Paisagem, Natureza e Direito

Landscape, Nature and Law

Antonio Herman Benjamin
(Organizador/Editor)

Homenagem ao/A tribute to
Prof. Alexandre Kiss

VOLUME 2

INSTITUTO O DIREITO POR UM PLANETA VERDE
LAW FOR A GREEN PLANET INSTITUTE

Paisagem, Natureza e Direito

Landscape, Nature and Law

Antonio Herman Benjamin
(Organizador/Editor)

Homenagem ao/A tribute to
Prof. Alexandre Kiss

VOLUME 2

9º CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL
10º CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO AMBIENTAL
São Paulo 31 de Maio a 3 de Junho - 2005

Criação de Capa: Armando de Lima Sardinha
Imagem da Capa: *Yugo Mabe*
Acervo da Fundação Mokiti Okada – M.O.A., São Paulo
Fotógrafo: Ricardo Fuchigami (JM)

Cover Designer: Armando de Lima Sardinha
Cover Image: by Yugo Mabe
Collection of the Mokichi Okada Fondation, São Paulo, Brazil
Photographer: Ricardo Fuchigami (JM)

Miolo em papel 100% reciclado (Papel Reciclato® da Suzano)
Pages printed on 100% recycled paper (Reciclato® Suzano Paper)

Coordenadores Científicos do 9º Congresso Internacional de Direito Ambiental
Academic Coordinators of the 9th International Conference on Environmental Law
Antonio Herman Benjamin (Brazil) e/and Dinah Shelton (USA)

Comissão de Organização do 10º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental
Steering Commitee of the 10th Brazilian Conference on Environmental Law
Daniel Roberto Fink (MP-SP/Office of the Attorney General of the State of São Paulo), Eladio Lecey (O Direito por um Planeta Verde/ Law for a Green Planet, Presidente da Comissão/President of the Commitee), Silvia Cappelli (MP-RS/Office of the Attorney General of the State of Rio Grande do Sul) e/and Vanêsca Buzelato Prestes (Procuradoria do Município de Porto Alegre/Office of the Chief-Legal Counsel, City of Porto Alegre)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Biblioteca da Imprensa Oficial do Estado de São Paulo

Congresso Internacional de Direito Ambiental (9. : 2005 : São Paulo, SP) =
International Conference on Environmental Law.
Paisagem, natureza e direito = Landscape, nature and law / organizador Antonio Herman Benjamin. - São Paulo : Instituto O Direito por um Planeta Verde.
2v.

Co-patrocínio do Ministério Público do Estado de São Paulo e o Instituto O Direito por um Planeta Verde.
Trabalhos apresentados no 9º Congresso Internacional de Direito Ambiental e 10º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, realizado em São Paulo nos dias 31 de maio a 3 de junho de 2005.

1. Direito Ambiental – Congressos I. Benjamin, Antonio Herman. II. Instituto O Direito por um Planeta Verde. III. Ministério Público do Estado de São Paulo. IV. Título.

CDD 344.046

MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE SÃO PAULO

FUNDAÇÃO
MOKITI OKADA
M.O.A.

Ministério do
Meio Ambiente

BRASIL
UM PAÍS DE TODOS
GOVERNO FEDERAL

CAO UMA

UICN
IUCN

INECE

Nossa Caixa
O banco do coração de São Paulo

PERDIGÃO

ACCORhotels
SOFITEL NOVOTEL mercure ibis PARTHENON

GERDAU

BASF
The Chemical Company

EDITORA
REVISTA DOS TRIBUNAIS

SUZANO
PAPEL E CELULOSE

TOYOTA

imprensaoficial

LIGHT
Os três papéis mais importantes da Suzano.
Nosso papel ambiental.
Todo papel ou papelcartão Suzano é produzido com recursos renováveis: árvores de eucalipto de florestas plantadas especialmente para a produção de celulose.
A tecnologia pioneira que tornou possível a utilização do eucalipto foi desenvolvida pela Suzano em 1955. Essa filosofia de inovação e desenvolvimento sustentável gerou mais um fruto: Reciclato, o primeiro papel off-set brasileiro 100% reciclado, produzido em escala industrial. A coleta das aparas pré e pós-consumo para a produção do Reciclato foi viabilizada por uma parceria inovadora com cooperativas de catadores de papel.
Nosso papel social.
A Suzano criou uma ONG que atua junto às comunidades em que a empresa trabalha.
O papel do Instituto Ecofuturo é ajudar as pessoas carentes a descobrirem o caminho do desenvolvimento econômico em suas vidas pessoais, com preservação ambiental e justiça social.
Nosso papel industrial.
A Suzano produz aqui, com a mesma qualidade dos principais centros mundiais, papelcartão e papel para copiar, imprimir, escrever, desenhar e embalar. Nosso sistema de produção é certificado com a ISO 9000, o passaporte internacional da qualidade.
SUZANO
Uma empresa que assume seu papel.

É muito natural que o nosso papel social faça tanta gente feliz.

O Programa Aparas de Papel da **Imprensa Oficial** recolhe todos os resíduos de papel, papelão, alumínio e retalhos de filmes para repassá-los à entidades assistenciais de utilidade pública. São instituições conveniadas com o Fundo Social de Solidariedade do Estado de São Paulo. A cada 15 dias, o material é leiloado para reciclagem e o dinheiro recebido ajuda muita gente, colaborando também com a natureza. Até o início de 2005, já foram doadas mais de 13,7 mil toneladas de material, que ao invés de irem para o lixo geraram renda ao Lar Escola São Francisco, Fundação Dorina Nowill, Fundação Antônio Prudente e Apae. Isso sim é respeito pelo meio ambiente e por você.

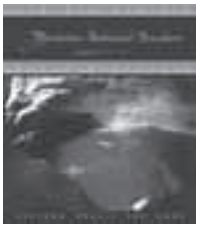
Publicações da Imprensa Oficial sobre meio ambiente:

São Paulo Metrópole

Ensaios Entreveros

Temas de Direito Urbanístico

Impactos Ambientais


Patrimônio Ambiental Brasileiro

imprensaoficial

CASA CIVIL

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RESPEITO POR VOCÊ

AGRADECIMENTOS

O Instituto "O Direito por um Planeta Verde" agradece à **Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo**, pelo apoio inestimável ao 9º Congresso Internacional de Direito Ambiental, fazendo-o nas pessoas dos doutores **Rodrigo César Rebello Pinho** (Procurador-Geral de Justiça), José Oswaldo Molinero, Dalva Teresa da Silva, Daniel Roberto Fink, nos membros do CAO do Meio Ambiente (Filippe Augusto de Andrade Vieira, Nathalie Kiste Malveiro, Vânia Maria Tuglio, Ana Laura Bandeira Lins Lunardelli e Roberto Luis de Oliveira Pimentel) e nos Promotores de Justiça Roberto Carramenha e José Carlos Meloni Sícoli.

Outras pessoas e instituições contribuíram, decisivamente, para o sucesso do evento, cabendo em especial lembrar:

Governo do Estado de São Paulo (Geraldo Alckmin Filho, Arnaldo Madeira e Orlando de Assis Baptista Neto)

Ministério da Justiça (Márcio Tomaz Bastos e Arthur Badin)

Ministério do Meio Ambiente (Marina Silva, Cláudio Roberto Bertoldo Langone e Gustavo Trindade)

Procuradoria Geral da República (Cláudio Fonteles e Sandra Cureau)

Escola Superior do Ministério Público da União (Lindora Maria Araújo)

CONAMA (Nilo Sérgio de Melo Diniz)

MOA – Fundação Mokiti Okada (Tetsuo Watanabe, Rogério Hetmanek, Hidenari Hayashi, Masahito Ono, Jorge Miguel da Silva Albertos, Luiz Fernando dos Reis e Yoshiro Nagae)

Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo (José Goldemberg, Suani Teixeira Coelho e Daisy Engelberg)

Secretaria da Agricultura do Estado de São Paulo (Antonio Duarte Nogueira Junior, Alberto José Macedo Filho, Marisa Nittolo Costa, Franscisca Tié Sumita, José Sidnei Gonçalves, Luiz Orlando de Barros Segala e Antonio Batista Filho)

CETESB (Antonio Rubens Costa de Lara)

Imprensa Oficial do Estado de São Paulo (Professor Hubert Alquéres, Professora Vera Lucia Wey, Luiz Carlos Frigério, Teresa Cristina de Miranda, Teiji Tomioka, Edemar Viotto, Ivail José de Andrade, Eduardo Borelli, Marcelo Dias Junqueira, Ricardo Francia Xavier e Solange Couto Brianti)

Consulado-Geral dos Estados Unidos em São Paulo (Michael Greenwald, Marshall R. Louis Jr., Cezar Borsa e Eva Reichmannn)

AJUFE – Associação dos Juízes Federais do Brasil (Jorge Antonio Maurique)

Escola Nacional da Magistratura (Luiz Felipe Salomão)

ANPR – Associação Nacional dos Procuradores da República (Nicolao Dino)

ABRAMPA – Associação Brasileira do Ministério Público e Meio Ambiente (Jarbas Soares Junior)

UICN (Sheila Abed e Alejandro Iza)

INECE (Durwood Zaelke e Kenneth J. Markowitz)

Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro (Júlio Horta e Arlindo Daibert Neto)

Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça (Roberto Bandeira)

AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros (Rodrigo Collaço)

ABEMA – Associação Brasileira de Entidades Estaduais de Meio Ambiente (Alexandrina Sobreira de Moura)

University of Texas School of Law (William Powers)

Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Cláudia Lima Marques e Catherine Tinker)

Suzano Bahia Sul Papel e Celulose (Luiz César Pizzotti, Edivaldo Eduardo dos Santos e José Francisco Pinto Amaral)

FIESP – Federação das Indústrias de São Paulo (Nelson Pereira dos Reis)

Perdigão (Antonio Zambelli, Silvia Eduarda Ribeiro Coelho e Plínio Lopes Shiguematso)

Editora Revista dos Tribunais (Antonio Belinelo, Carlos Henrique de Carvalho Filho e Regina Belinelo Troncon)

Hotel Transamérica (Paulo Celso Bertero)

Banco Nossa Caixa S/A (Terezinha de Jesus Alves)

BASF S.A. (Fernando Figueiredo, Gislaine Regina Rossetti e Vladimir M. de C. Mello)

GERDAU (Erico Teodoro Summer e Vera Martini Wanner)

Rede Accor de Hotéis (Cristiane Magalhães, Paulo Frias e Camila Costi)

CVC Eventos (Sérgio Souza e Leandra Rocha)

Toyota do Brasil Ltda (Edson Orikassa)

SPECIAL THANKS

The *Law for a Green Planet Institute* would like to the **Office of the Attorney General of São Paulo** for its inestimable support for the 9th International Conference on Environmental Law, and would like to especially express its gratitude to Rodrigo César Rebello Pinho, José Oswaldo Molinero, Dalva Teresa da Silva and Daniel Roberto Fink.

Other institutions and individuals contributed immensely to the sucess of the event and deserve to be mentioned:

The Governor's Office of the State of São Paulo (Government Geraldo Alckmin Filho, Arnaldo Madeira and Orlando de Assis Baptista Neto)

The Ministry of Justice (Mário Tomaz Bastos and Arthur Badin)

The Ministry of the Environment (Marina Silva, Cláudio Roberto Bertoldo Langone and Gustavo Trindade)

The Federal Attorney General's Office (Cláudio Fonteles and Sandra Cureau)

The National School of Federal Public Prosecutors (Lindora Maria Araujo)

CONAMA - National Environmental Council (Nilo Sérgio de Melo Diniz)

MOA – Mochiti Okada Foundation (Tetsuo Watanabe, Rogério Hetmanek, Hidenari Hayashi, Masahito Ono, Jorge Milguel da Silva Albertos, Luiz Fernando dos Reis and Yoshiro Nagae)

The Secretariat of the Environment of the State of São Paulo (José Goldemberg, Suani Teixeira Coelho and Daisy Engelberg)

The Secretariat of Agriculture of the State of São Paulo (Antonio Duarte Nogueira Junior, Alberto José Macedo Filho, Marisa Nittolo Costa, Franscisca Tié Sumita, José Sidnei Gonçalves, Luiz Orlando de Barros Segala and Antonio Batista Filho)

CETESB – The Pollution Control Agency of the State of São Paulo (Antonio Rubens Costa de Lara)

The Official Press of the of the State of São Paulo (Hubert Alquéres, Vera Lucia Wey, Luiz Carlos Frigério, Teresa Cristina de Miranda, Teiji Tomioka, Edemar Viotto, Ivail José de Andrade, Eduardo Borelli, Marcelo Dias Junqueira, Ricardo Francia Xavier and Solange Couto Brianti)

The Consulate General of the United States in São Paulo (Michael Greenwald, Marshall R. Louis Jr., Cezar Borsa and Eva Reichmannn)

IUCN (Sheila Abed and Alejandro Iza)

ABRAMPA – Brazilian Association of Environmental Public Prosecutors (Jarbas Soares Junior)

INECE (Durwood Zaelke and Kenneth J. Markowitz)

The National Association of Attorneys General (Roberto Bandeira

AMB – Brazilian Association of Judges (Rodrigo Collaço)

AJUFE – National Association of Federal Judges (Jorge Antonio Maurique)

ANPR – National Association of Federal Public Prosecutors (Nicolao Dino)

National School of Judges (Luiz Felipe Salomão)

ABEMA – Brazilian Association of State Environmental Agencies (Alexandrina Sobreira de Moura)

Office of the Chief-Legal Counsel, City of Rio de Janeiro (Júlio Horta and Arlindo Daibert Neto)

University of Texas School of Law (William Powers)

Federal University of Rio Grande do Sul (Cláudia Lima Marques e Catherine Tinker)

Suzano Bahia Sul Papel e Celulose (Luiz César Pizzotti, Edivaldo Eduardo dos Santos and José Francisco Pinto Amaral)

FIESP – Chamber of Industries of the State of São Paulo (Nelson Pereira dos Reis)

Perdigão (Antonio Zambelli, Silvia Eduarda Ribeiro Coelho and Plínio Lopes Shiguematso)

Editora Revista dos Tribunais (Antonio Belinelo, Carlos Henrique de Carvalho Filho and Regina Belinelo Troncon)

Hotel Transamérica (Paulo Celso Bertero)

Nossa Caixa Bank (Terezinha de Jesus Alves)

BASF S.A (Fernando Figueiredo, Gislaine Regina Rossetti and Vladimir M. de C. Mello)

GERDAU (Érico Teodoro Sommer and Vera Martini Wanner)

Accor Hotels (Cristiane Magalhães, Paulo Frias and Camila Costi)

CVC Events (Sérgio Souza and Leandra Rocha)

Toyota – Brazil (Edson Orikassa)

OUTSTANDING IN HIS FIELD

A couple was driving through a quiet rural landscape when they observed a man standing motionless in the center of a newly-plowed area. He continued to lean on a rake and stare as they drove closer. Being curious, they called to him when they were alongside, inquiring if he needed help.

"Nope," he replied.

"Well, then, what are you doing?" the couple asked.

"I´m campaigning for the Nobel Prize," replied the man.

"WHAT???"

"Yep, I heard they give it to people who are out standing in their field."

This small tale relates to Professor Alexandre Kiss in several ways. The first is, of course, that he is known for his extensive repertoire of such stories, available to fit all occasions. Professor Kiss believes that sharing laughter with someone builds a bond that bridges differences of culture, religion, ideology, age and personality. One cannot doubt his conviction or success. His travels to meetings and lectures throughout the world during his career have left in their wake a legion of "good old friends" and countless devoted former students. The friendship and loyalty he inspires are not due to the stories, however, but to the genuine interest and care for others he displays and which is always apparent. The *festschrift* prepared for him five years ago and this collection attest to the widespread respect and affection he garners.

The second way in which the opening story relates to Professor Kiss is by way of contrast. Unlike the farmer, Profession Kiss has never been content to

simply stand still in his field. He left his native Hungary as a student to undertake advanced studies in France and the Hague. Afterwards, from his early work compiling a seven-volume digest of French diplomatic practice, through his direction of the International Institute of Human Rights and, most importantly and lastingly, his development of the field of international environmental law, Professor Kiss has been a pioneering force in advancing the rule of law to address the globe´s most fundamental problems. He has been recognized and acknowledged with prizes and citations, but he would certainly point to the corpus of international environmental law as his highest achievement. In closing his lectures to students, Professor Kiss often reminds them of the choices they have. He notes that in fifty years time he will no longer be here to be concerned for a clean and healthy environment. instead, it is up to them to decide the kind of world they want for their children and grandchildren. This book, to which many of Professor Kiss´s friends, colleagues and students have contributed, explains some of the problems and some of the choices to each reader. It is a fitting tribute to this towering figure who is outstanding in his field.

ANTONIO HERMAN BENJAMIN
DINAH SHELTON

Conference Coordinators

PAISAGEM, NATUREZA E DIREITO
UMA HOMENAGEM A ALEXANDRE KISS

ANTONIO HERMAN BENJAMIN

Este Congresso, em homenagem a **Alexandre Kiss**, não poderia ser mais oportuno e cuidar de tema mais apropriado. Oportunidade que se explica pela comemoração dos 80 anos do grande Mestre, a maior parte deles dedicada ao Direito e ao ensino de uma legião de estudantes de todo o mundo. Dedicação e docência que não se vinculam a um Direito qualquer, mas fizeram do Direito a serviço dos vulneráveis uma rotina de vida. Propriedade de tema que advém da complexidade e renovada atualidade da *paisagem*, como mais uma expressão de um Direito Ambiental que não descansa, que está permanentemente à procura de novos horizontes de atuação, bem como de instrumentos que levem a uma melhor proteção da natureza. Uma disciplina jurídica que, talvez por conta da envergadura de sua missão, é vista como expansionista.

É o próprio Alexandre Kiss que alude, sem se amedrontar, aos "problemas de delimitação" do Direito Ambiental[1]. Poucas áreas da regulação jurídico-ambiental conseguem superar o perfil rebelde da paisagem, avessa aos esforços de delimitação, que recusa as fronteiras do teoricamente objetivo e do juridicamente palpável.

Realmente, quando imaginávamos que o Direito Ambiental já havia se consolidado em um espaço mais ou menos definido, eis que, recentemente, (re)surge a paisagem, como um dos seus temas centrais, tanto no Direito Internacional (e aí está a Convenção Européia da Paisagem), como no Direito interno. Apropriadas aqui as palavras de Lewis Mumford, em sua obra clássica, quando lembra que "felizmente a vida tem um atributo previsível: é cheia de surpresas"[2]. Nos passos da própria Natureza, uma das características mais constantes do Direito Ambiental é a previsibilidade de suas surpresas. A paisagem é uma delas.

Surpresa não exatamente por ser a paisagem uma desconhecida dos povos civilizados, como categoria jurídica, ou como objeto de estudo e nota em outros campos. O que há de surpreendente é como um tema que, de um modo ou de outro, já havia sido reconhecido pelo legislador e pela jurisprudência, reapareça agora com a força e vigor que apresenta.

Há milênios, a nebulosa noção do *belo* vem interessando aos filósofos, aos religiosos e aos artistas. Mas é sobretudo nos últimos séculos que o estético – artificial e natural - passou também a chamar a atenção de cientistas políticos, sociólogos e, mais recentemente, do jurista ambiental.

---

[1] Alexandre Kiss, *Droit International de l'Environnement*, Paris, Pedone, 1989, p. 8.

[2] Lewis Mumford, *The City in History: Its Origins, Its Transformations, and Its Prospects*, New York, MJF Books, 1961, p. 573.

Uma das justificativas iniciais para a proteção da natureza foi o reconhecimento de que ela, em si mesma, na sua complexidade e diversidade de formas e cores, poderia ser bela, extraordinariamente bela. Eis o berço da paisagem, como noção cultural, mas também jurídica. Ao contrário da acirrada disputa sobre o significado da Natureza[3], em relação à paisagem, mesmo na sua acepção de beleza natural, ninguém põe em dúvida o seu matiz de *construção social*, conquanto dependente da apreciação humana.

Já virou lugar-comum dizer que o movimento ambientalista evoluiu de mãos dadas com os defensores da estética natural[4], tanto mais no campo da conservação da natureza, o Direito Ambiental "verde". No entanto, os anos 70 e 80 não apenas viveram a popularização da proteção da natureza[5], como também presenciaram a sua *ecologização*. Ou seja, no plano político e jurídico, aceitou-se, já no início da formação do Direito Ambiental, que a verdadeira e ampla proteção do meio ambiente não podia se limitar ao belo, devendo, valorizar os processos ecológicos essenciais à manutenção da vida, de todas as formas de vida, formosas ou não.

Nos últimos anos, sem prejuízo do foco ecológico, países de todo o mundo vêm descobrindo ou redescobrindo a paisagem, e a partir dela, o belo natural, já não mais no seu sentido convencional de formas, cores e sons, mas enxergando beleza na própria diversidade da Natureza. Podemos dizer que, na perspectiva atual, o belo deixa de ser somente uma percepção extrínseca (= cultural e visualmente perceptiva), em proveito de uma percepção intrínseca, que valoriza os "segredos" da natureza: a apreciação estética vai do que vemos, sem grande esforço (as montanhas, o verde exuberante das florestas, a vitalidade dos rios), ao que não vemos, só sentimos intuitivamente, ou só notamos com o auxílio dos especialistas (os serviços ecológicos, a qualidade da água, a diversidade das florestas). É a posição do observador mais sensível, que compreende e aceita que "somos *da* natureza e estamos *na* natureza"[6].

PAISAGEM E ESTÉTICA NATURAL: UMA APROXIMAÇÃO HISTÓRICA, CULTURAL E CONCEITUAL

Como tema, a paisagem envolve uma difusa variedade de componentes, incluindo história, valores espirituais, significado estético, relações sociais e concepções de Natureza. Conforme o sentido que a ela se dê, fortalece a proteção do meio ambiente natural. Em decorrência de sua vinculação ao tempo, a paisagem

---

[3] Sobre ser a natureza uma "construção social" ou não, cf. William M. Adams, *Against Extinction: The Story of Conservation*, London, Earthscan, 2004, p. 233.

[4] Kimberly K. Smith, *Mere taste: democracy and the politics of beauty*, Wisconsin Environmental Law Law Journal, vol. 7, p. 154.

[5] Como explica McNeill, ao contrário das grandes idéias do Século XX, o ambientalismo explícito teve pouca importância ante's de 1970, pois os precursores não encontraram uma audiência ampla, o que levou a minguados resultados concretos, em especial no campo legislativo (J.R. McNeill, Something New under the Sun: An Environmental History of the Twentieth-Century World, New York, W. W. Norton & Company Ltd., 2000, p. 336-337).

[6] Jean-Paul Deléage, *Histoire de l'Écologie: une Science de l'Homme et de la Nature*, Paris, Éditions La Découverte, 1992, p. 305, grifo no original.

provoca interações entre o presente e o passado, uma espécie de memória que armazena a história dos sucessivos períodos da atividade humana sobre a Terra, e atribui ao indivíduo uma sensação de identidade, tanto na escala local, como regional e nacional[7].

Nessa evolução conceitual, inclusive jurídica, os últimos duzentos anos foram fundamentais. Mas não se imagine que o passado mais antigo não nos dá exemplos de valorização das belezas naturais. Parafraseando aqueles, como Arne Naess, que vêem a "vida como um vasto processo histórico"[8], não seria errado dizer-se que a proteção da paisagem é igualmente um longo e inacabado processo histórico.

Mesmo povos primitivos já enalteciam aspectos ou componentes da paisagem, por razões espirituais principalmente, a eles atribuindo características ou representações divinas. Não é esse o sentido contemporâneo da paisagem e de seus atributos, pelo menos para a maioria das pessoas.

No presente, já não adoramos, no sentido religioso, a Terra, embora não consigamos ficar insensíveis às suas belezas visíveis, enquanto outros começam a apreciar os segredos íntimos de sua organização e estrutura, de inigualável complexidade. Numa palavra, pouco importa a fé ou religiosidade, todos hoje se sentem, de uma forma ou de outra, em maior ou menor grau, vinculados aos destinos da Terra e, a partir dela, às belezas que ela oferece. Eis a importância da paisagem, no discurso político, cultural, ético e jurídico da proteção do meio ambiente.

Não obstante essa antiga e permanente vinculação do ser humano à Terra e a seus elementos, a preocupação com a paisagem, em si mesma, é fenômeno relativamente recente - inclusive na arte -, que apareceu entre as elites européias durante o Renascimento[9]. Antes do Século XVI, poucos artistas se dedicavam às belezas naturais, embora alguns deles o tenham feito com grande esmero e vigor. A arte da Grécia e Roma[10] antigas, com sua conhecida ênfase na perfeição do corpo humano (em especial na escultura), também fez uso dos temas naturais, tanto em mosaicos, como na poesia[11]. No período de 400d.c até o Século XIV, arte era sinônimo de inspiração religiosa, onde o belo era o divino, não a Natureza indomada. A situação muda com o início das grandes navegações, a ampliação do comércio e o surgimento de uma classe média.

Se a arte reflete a vida e os valores do seu tempo, cabe então indagar o porquê da adoção da paisagem pelos artistas desse período. Será que podemos atribuir tal fato à mobilidade dos povos, à exploração de novas terras e horizontes e ao desejo de, mesmo indiretamente, "ver" aquilo – especialmente o exótico – que os descobridores, como Colombo ou Vasco da Gama, relatavam? Certamente as

---

[7] Ian D. Whyte, *Landscape and History since 1500*, London, Reaktion Books, 2002, p. 7.
[8] Arne Naess, *Ecology, Community and Lifestyle*, translated and edited by David Rothenberg, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 165.
[9] Ian D. Whyte, *Ob. Cit.*, p. 12.
[10] No caso de Roma, cf. Paolo Fedeli, *La Natura Violata: Ecologia e Mondo Romano*, Palermo, Sellerio editore, 1990.
[11] J. Donald Hughes, *Pan's Travail: Environmental Problems of the Ancient Greeks and Romans*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1996, p. 56-57.

narrativas da época estimulavam a curiosidade das populações européias, ainda presas ao seu mundinho, delimitado por amarras feudais, que dificultavam a mobilidade e o conhecimento daquilo que se achava fora dos domínios reduzidos de onde se morava.

Allen Abramson afirma que duas reações opostas sobre a paisagem surgem no Século XVI: de um lado, um sentimento de liberdade, que se contrapõe a um sentimento de alienação e perda, combinação esta que resulta na "descoberta de uma relação com a Terra, maravilhosamente recheada com nostalgia"[12]. Na Europa, a apreciação da paisagem, com a conseqüente formação de uma nova imagem dos atributos estéticos, ganhou proeminência na Inglaterra e Holanda, dois países que experimentavam rápida expansão urbana, e onde um grande número de pessoas trocava o campo por empregos na indústria das cidades[13]. Nesse contexto, o rural, ao qual se atribuía a cor do bucólico, rapidamente se "expandiu como um local de memória cultural para aqueles exilados e auto-exilados nas cidades"[14].

Já em meados do Século XVIII, expande-se essa noção de paisagem, uma apreciação mais robusta da Natureza, para ir além da zona rural e incluir montanhas, desertos e oceanos. Esse movimento ganha dimensão internacional no final do Século XIX, consolidando-se no Século XX, em especial após a Segunda Guerra Mundial, por força do abandono dos centros das cidades em favor dos subúrbios, em busca da paisagem natural, nesse processo paradoxalmente ampliando o contraste entre o urbano e o rural, como duas entidades totalmente distintas. Em muitas partes do mundo, após 1945, os que residiam nas cidades passaram a valorizar a Natureza intocada, que deixou de ser vista como terra de ninguém ou desperdício de recursos, mesmo quando não explorada no sentido tradicional[15].

Com o crescimento das cidades, a explosão populacional e a demanda também crescente por alimentos e matérias primas, Natureza, urbanização e agricultura entram inevitavelmente em choque, algumas vezes em conflito direto, como se vê na sucessão interminável de cidades e campos de cultivo, nos países mais populosos e industrializados.[16]

Mas é mesmo nos anos 60, pelas mãos de multidões que protestavam contra os abusos e degradação sofridos pela Terra, que a paisagem ganha, em definitivo, um lugar central na agenda política dos principais centros do mundo. Nessa fase, já não era apenas o belo "particular" de uma montanha ou rio que importava, mas o belo da integridade (e fragilidade) de Planeta Azul, como visto a partir de uma esquisita nave russa lançada no espaço.

---

[12] Allen Abramson, *Land, Law and Environment: Mythical Land, Legal Boundaries* (Allen Abramson & Dimitrios Theodossopoulos eds.), Pluto Press, 2000, p. 3.
[13] Id., 6.
[14] Id.
[15] Samuel P. Hays, *Beauty, Health, and Permanence: Environmental Politics in the United States, 1955-1985*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 23.
[16] Emily W. B. Russell, *People and the Land Through Time* 5, Yale University Press, 1997, p. 5.

O termo paisagem abraça uma diversidade de sentidos e definições, sendo a imprecisão e a ambigüidade suas primeiras marcas. Na sua acepção moderna, a expressão vai surgir apenas no Século XVI, quando pintores holandeses e italianos começaram a usá-la para indicar a representação do que era pitoresco.[17]

Naquilo que importa ao Direito, a beleza pode ser natural ou artificial; bifurcação essa que repercute na organização do ordenamento. Não é propriamente de hoje que os urbanistas dão atenção à estética das cidades. O estético aí integra a paisagem artificial, isto é, uma criação estritamente humana.

Tendência bem mais recente é juridicamente valorizar a *beleza natural*, no seu complexo mosaico de integração do espaço físico, da flora e da fauna. Se é certo que a paisagem natural é comumente associada ao meio ambiente rural, não se pode dizer que toda paisagem artificial seja urbana, nem que toda paisagem natural seja rural.

Por outro lado, embora a associação entre paisagem – e, a partir dela, do ambiente também – e cultura seja permanentemente lembrada, nunca é demais repetir que nem todo bem cultural é um bem ambiental"[18].

Descrever uma paisagem cada um de nós facilmente pode fazê-lo; defini-lo, em especial em termos jurídicos, é tarefa bem mais complexa. A proteção da paisagem é definida como a "ação de preservação de suas características, justificada pelo seu valor extraordinário" [19]. Mas o que seria paisagem? O que seria beleza estética? O que é valor extraordinário? A quem compete decidir? São questões relevantes em qualquer modelo jurídico que pretenda tratar da paisagem, mas que, aqui, em texto introdutório de um Congresso, só nos compete dar uma breve notícia.

Primeiramente, a paisagem se relaciona com o estético. Mas o que é o estético? Nessa matéria em permanente evolução, a experiência do Direito comparado enfatiza elementos variados: beleza visual, às regras de boa-vizinhança, valores humanos partilhados referentes à harmonia ambiental[20]. De toda sorte, é equivocado confundir o estético com o ambiental, embora este possa ser, mas nem sempre o é, belo e até estonteante. Como corretamente lembra Michel Prieur, "a proteção do meio ambiente não é uma simples proteção daquilo que é bonito"[21].

No nosso mundo sensorial, a visão domina todos os outros sentidos. Nós somos profundamente marcados pelas associações visuais e sensoriais.[22] Seres visuais, muito mais informação nos alcança pelos olhos do que pelos outros sentidos.

A paisagem é sempre uma experiência humana, na medida em que o belo, pelo menos como o compreendendo, é uma realidade apenas aos olhos de quem vê. Não deixa de ser uma noção de caráter antropocêntrico, mas que nem por isso

---

[17] Ian D. Whyte, *Landscape and History since 1500*, London, Reaktion Books, 2002, p. 13.
[18] Jesús Jordano Fraga, *La Protección del Derecho a um Medio Ambiente Adecuado*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1995, p. 103.
[19] IUNC Commission on Environmental Law, *Landscape Conservation Law: Present Trends and Perspectives in International and Comparative Law*. Gland, 2000, p. Viii.
[20] Cf. James P. Karp, *The evolving meaning of aesthetics in land-use regulation*, *in* Columbia Journal of Environmental Law, vol. 15, 1990, p. 320-327.
[21] Michel Prieur, *Droit de l'Environnement*, 5e édition, Paris, Dalloz, 2004, p. 841.
[22] Yi-Fu Tuan, *Topophilia: A Study of Environmental Perception, Attitudes, and Values*, Prentice-Hall Inc., 1974, p. 6.

perde seu valor, pois não rejeita influências biocêntricas e até ecocêntricas. É nessa ultima acepção que se pode falar em beleza do "meio ambiente ecologicamente equilibrado", para usar a expressão da Constituição Federal de 1988. Consciente ou inconscientemente, para muitos a paisagem deixa de ser a relevância da beleza de um fragmento natural e ressurge como um atributo holístico da própria natureza, de toda a natureza.

O modo como enxergamos a paisagem é determinado pela nossa cultura e pelos valores que abraçamos, o que faz com que a percepção e a avaliação da Natureza variem entre povos e até pessoas. Nenhum grupo social faz exatamente a mesma avaliação do meio ambiente; são bem conhecidas as diferenças de percepção entre moradores e visitantes, turistas notadamente.

Os ordenamentos e a doutrina divergem no tratamento conceitual dado à paisagem. Para Ramón Martin Mateo, a paisagem nos "remete a conjuntos visualmente percebidos e culturalmente apreciados, integrados exclusiva, ou predominantemente, por elementos naturais"[23]. Outros preferem vê-la como sinônimo de beleza natural, o "belo da natureza", com a característica de "beleza incomum"[24]. Mesmo na Itália, onde a Constituição nacional protege, expressa e diretamente, a paisagem, as interpretações do seu sentido variam[25].

PAISAGEM NATURAL E BIODIVERSIDADE

Muito antes de se falar em biodiversidade e desenvolvimento sustentável, coube à paisagem justificar os esforços de criação de Unidades de Conservação, a começar em 1872, nos Estados Unidos, com o Parque Yellowstone.

Atualmente, é comum buscar-se vincular paisagem e biodiversidade. A história da noção de biodiversidade é bem mais recente que a de paisagem. Em verdade, até setembro de 1986, quando foi realizado um fórum nacional em Wasghington, D.C., o termo sequer existia e, para tal evento, foi cunhado como "Bio-Diversity"[26]. Hoje, a expressão é conhecida de todos, especialistas e leigos.

A biodiversidade pode ser protegida com base numa série de argumentos e doutrinas filosóficos, entre eles, o *estético*. Isso quer dizer que a paisagem tem um lugar na conservação da diversidade biológica, tanto mais se com ela se queira valorizar o turístico e o lazer.

No Direito Comparado, os juízes, por muitos anos, fraquejaram, quando chamados a decidir conflitos atinentes a valores estritamente estéticos. Nos Estados Unidos, p. ex., antes de 1950, os tribunais freqüentemente viam os valores

---

[23] Ramón Martín Mateo, *Tratado de Derecho Ambiental*, Tomo IV (Actualización), Madrid, Edisofer, 2003, p. 319.
[24] Maria Antonietta Crescenzi, *La tutela del paesaggio*, *in* Paolo Dell'Anno, *Manuale di Diritto Ambientale*, Padova, Cedam, 1995, p. 468.
[25] Sobre as várias interpretações do sentido de "paisagem" no art. 9º, da Constituição italiana, cf. Beniamino Caravita, *Diritto dell'Ambiente*, Bologna, il Mulino, 1990, p. 49.
[26] T. R. New, *Conservation Biology*, Oxford University Press, 2000, p. 57.

estéticos como um luxo, em vez de uma necessidade, negando-lhes proteção legal. Ou, então, os consideravam subjetivos em demasia, recusando-se a virar "árbitros de gosto", já que o prazer de um bem poderia ser a perturbação do outro, e vice-versa.[27]

Recentemente, contudo, observa-se um surpreendente crescimento de casos nessa área[28], na medida em que os planejadores empregam ferramentas criativas e complexas para identificar e proteger recursos estéticos.[29] Há apenas alguns anos, seria difícil encontrar-se leis de proteção da paisagem, principalmente no plano nacional, muito menos a salvaguarda da paisagem como componente de uma mais ampla tutela do meio ambiente..

Uma das dificuldades que o legislador e o aplicador freqüentemente encontrarão é que os valores estéticos, mesmo quando juridicizados, são baseados na beleza, uma noção que desafia qualquer definição rígida em si mesma. Os valores estéticos são inevitavelmente subjetivos. Mas também o são outros atributos da vida humana, levados amiúde aos tribunais, como vergonha, dor e risco.

Surgindo meio que escondida no âmbito jurídico, a paisagem nos últimos anos transformou-se em um "tema comum na proteção ambiental".[30] Isso se deve, entre outras causas, às mudanças significativas da percepção que o público tem do nosso meio ambiente natural. Sentimento esse que acaba por refletir-se no trabalho legislativo e no funcionamento dos tribunais.

Finalmente, vale lembrar que o valor das belezas naturais, no discurso da proteção do meio ambiente, conta com a desconfiança ou antagonismo de alguns, notadamente porque pode levar à proteção insuficiente de ecossistemas valiosos, mas não exatamente bonitos[31].

A PAISAGEM NO CONTEXTO JURÍDICO-AMBIENTAL BRASILEIRO

Não obstante nossas reconhecidas belezas naturais "a contemplação da natureza tem tido poucos adeptos no Brasil. O prestígio da urbanidade, transmitido pelos portugueses como meio de confirmar seu status superior em um ambiente estranho, sobrevive quase intacto"[32].

---

[27] Lisa Healy, *Trophy homes and other alpine predators: the protection of mountain views through ridge line zoning,* 25 B.C. Envtl. Aff. L. Rev. 913, 919 (1998).

[28] Nos Estados Unidos, cabe destacar a decisão da Corte Suprema da década de 50, Berman v. Parker, na qual estabeleceu-se o entendimento de que as cidades podiam considerar valores estéticos, como a manutenção do charme rural (Berman v. Parker, 348 U.S. 26, 103 (1954). Segundo o acórdão, da lavra do Ministro Douglas, "o conceito de bem-estar público é amplo e inclusivo ... Os valores que ele representa são espirituais, como físicos, estéticos e também monetários. Está no âmbito da competência do legislador determinar que a comunidade deve ser bonita tanto quanto saudável, espaçosa, limpa tanto quanto equilibrada e cuidadosamente patrulhada".

[2] Christopher J. Duerksen & R. Matthew Goebel, *Aesthetics, Community Character, and the Law*, American Planning Association, 1999, p. 4.

[30] Mark Bobrowski, *Scenic landscape protection under the police power*, 22 B.C. Envtl. Aff. L. Rev. 697, 701 (1995).

[31] Kimberly K. Smith, Mere taste: democracy and the politics of beauty, Wisconsin Environmental Law Law Journal, vol. 7., p. 159.

[32] Warren Dean, *A Ferro e Fogo: A História e a Devastação da Mata Atlântica Brasileira*, tradução de Cid Knipel Moreira, São Paulo, Companhia das Letras, 1996, p. 379.

Não deve surpreender, portanto, que, contrário de outros países, onde o tema desenvolveu-se tanto que já se fala em um "Direito da Paisagem"[33], no Brasil as referências legislativas à matéria ainda são esparsas e insuficientes. Assim, p. ex., o Código Florestal de 1965, ao tratar dos Parques Nacionais, previu que tais unidades teriam "a finalidade de resguardar atributos excepcionais da natureza, conciliando a proteção integral da flora, da fauna e das *belezas naturais*, com a utilização para objetivos educacionais, recreativos e científicos"[34]. Na mesma linha, o Código admitiu, entre as hipóteses de Áreas de Preservação Permanente administrativas, as destinadas a "proteger *sítios de excepcional beleza* ou de valor científico ou histórico"[35]. Finalmente, dispôs que "Qualquer árvore poderá ser declarada imune de corte, mediante ato do Poder Público, por motivo de sua localização, raridade, *beleza* ou condição de porta-sementes"[36].

Coube à Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – Lei n° 6.938/81 – ecologizar a noção de paisagem, isto é, enxertá-la como um dos atributos do "meio ambiente ecologicamente equilibrado". A rigor, não se tratou propriamente de um reconhecimento direto da paisagem, mas de incorporação, no conceito de poluição, de degradação da *condições estéticas do meio ambiente*[37]. Ou seja, as condições estéticas (= o belo, a paisagem) integram a estrutura da "qualidade ambiental", referida pela lei.

Esses atributos extraordinários impõem ao Poder Público o dever constitucional de definir espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos[38].

Mais diretamente, a paisagem é referida, de forma expressa, nos crimes "contra o ordenamento urbano e patrimônio cultural", nos arts. 62 e 63, da Lei n. 9.605/98. Na mesma linha, por sugestão minha, incluiu-se a paisagem no conceito de Área de Preservação Permanente, nos termos da Medida Provisória do Código Florestal: aquela que tem a função ambiental de "preservar os recursos hídricos, *a paisagem*, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas" (art. 1º, § 2º, II, grifei).

OS DESAFIOS PARA O BRASIL E AMÉRICA LATINA

A paisagem é o grande ausente da pauta ambiental daquilo que Ricardo Lorenzetti denominou, com uma ponta de idealismo, o "Direito comum latino-americano"[39].

---

[33] Henri Jacquot et François Priet, *Droit de l'Urbanisme*, 3e édition, Paris, Dalloz, 1998, p. 283.
[34] Código Florestal, art. 5º, a), grifei; dispositivo este revogado pela Lei do SNUC.
[35] Código Florestal, art. 3º, grifei.
[36] Código Florestal, art. 7º, grifei.
[37] Lei n. 6938/81, art. 3º, inciso III, d).
[38] Constituição Federal, art. 225, par. 1º, inciso III.
[39] Ricardo Luis Lorenzetti, *Fundamentos do Direito Privado*, tradução de Vera Maria Jacob de Fradera, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 583.

Por certo, não é este o momento, nem o local apropriado para apresentar um programa teórico e prático de tutela da paisagem no Brasil. Basta dizer que a nossa legislação precisa ser modernizada com vistas ao tratamento efetivo dessa importante matéria da agenda ambiental.

Assim devemos proceder, mesmo sabendo que, ao adotarmos a paisagem no discurso jurídico-ambiental estaremos ampliando a abertura do sistema legal, pela via do universo metajurídico de considerações e atributos estéticos, permeabilidade essa que não é novidade no Direito pós-moderno e, muito menos, no Direito Ambiental, como demonstram a teoria e a prática de seus princípios[40].

[40] Cf. Nicolas de Sadeleer, Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 249.

TESES | INDEPENDENT PAPERS

1. O PAPEL DO ENTE MUNICIPAL PARA PROMOVER O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL - **Deborah Ibrahim Martins de Castro e Rodrigo Fernandes** 3

2. GESTÃO INTEGRADA DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL - **Denise Muniz de Tarin** 15

3. A EFICÁCIA DO PLANO DE RECUPERAÇÃO DE ÁREAS DEGRADADAS NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL DE EMPREENDIMENTOS MINERÁRIOS - **Eliane Pereira Rodrigues Poveda** 25

4. RISCO DE POLUIÇÃO DAS ÁGUAS SUBTERRÂNEAS: O CASO DO AQÜÍFERO GUARANI EM RIBEIRÃO PRETO/SP - **Fabiana Paschoal de Freitas** 47

5. LICENCIAMENTO AMBIENTAL EM ÁREAS COSTEIRAS: ASPECTOS CONTROVERSOS - **Fernanda de Salles Cavedon e Francelise Pantoja Diehl** 61

6. COMPETÊNCIA PARA O LICENCIAMENTO AMBIENTAL: PRINCÍPIO DA SUPLETIVIDADE - **Flavia Maria Gomes Parente Alves** 73

7. LICENCIAMENTO E GESTÃO AMBIENTAL PORTUÁRIA - **Francelise Pantoja Diehl e Fernanda de Salles Cavedon** 89

8. OS ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS E AS ZONAS DE PROTEÇÃO NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO - **Francisco Seráphico da Nóbrega Coutinho**..... 101

9. EMPREENDIMENTOS DE RISCO EM OPERAÇÃOLICENCIADOS POR RAP: A INTERVENÇÃO DOMINISTÉRIO PÚBLICO - **Geisa Paganini De Mio, Edward Ferreira Filho, Alexandre Andrade Pereira e José Roberto Campos** 113

10. ECONOMIA E MEIO AMBIENTE – QUANTO VALE A BIODIVERSIDADE? - **Georgia Patrício Pessoa** 127

11. DO DIREITO A UM AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E DODEVER DE REPARAÇÃO E COMPENSAÇÃO **- João Paulo Fontoura de Medeiros e Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros** 141

12. O POTENCIAL DEMOCRÁTICO DOS MECANISMOS INSTITUCIONAIS DE PARTICIPAÇÃO PÚBLICA NOS PROCESSOS DE REGULAÇÃO SÓCIO-AMBIENTAL: BREVE ESTUDO DE CASO DO SETOR DE PETRÓLEO NO BRASIL - **Juliana Pita Guimarães**..... 149

13. POVOS INDÍGENAS, EMPRESAS E OS PRODUTOS "VERDES": CENÁRIO JURÍDICO DA COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS FLORESTAIS NÃO-MADEIREIROS - **Leny Nayra Michi**..... 173

14. DIREITO E DEVER AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E O ESTUDO DE IMPACTO DE AMBIENTAL - **Luciane Martins de Araújo Mascarenhas** 183

15. PARTICIPAÇÃO CIDADÃ E JUSTIÇA AMBIENTAL: UM ESTUDO SOBRE AS TENSÕES ENTRE REGULAÇÃO E EMANCIPAÇÃO NA DISTRIBUIÇÃO DOS RISCOS ECOLÓGICOS NO ESPAÇO SOCIAL - **Luciano José Alvarenga**..... 195

16. O PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL DAS POPULAÇÕES TRADICIONAIS E SUA TUTELA PELO DIREITO AMBIENTAL - **Luciano Rocha Santana e Thiago Pires Oliveira**..... 217

17. ASPECTOS DO CRÉDITO RURAL COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO AMBIENTAL - **Luiza Araújo Viana e Diogo Bernardino Pereira**. 239

18. AS LIMITAÇÕES DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO DE RISCOS: CONSIDERAÇÕES À LUZ DA TEORIA SOCIAL DE ULRICH BECK - **Maíra Luísa Milani de Lima** 251

19. FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE E DA PROPRIEDADE URBANA - **Maria Etelvina B. Guimaraens**..... 265

20. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO INSTRUMENTO DE TUTELA AMBIENTAL PREVENTIVA NO LICENCIAMENTO DE UM ATERRO SANITÁRIO - **Maria José Lopes de Araújo Saroldi, Digna de Faria Mariz e Osny Pereira Filho** 283

21. ESTUDOS DE IMPACTO AMBIENTAL E UNIDADES DE CONSERVAÇÃO: ALGUMAS PONDERAÇÕES SOBRE A COMPENSAÇÃO DE IMPACTOS - **Mariana Oliveira Pinto**..... 295

22. COMPENSAÇÃO AMBIENTAL NA LEI DO SISTEMA NACIONAL DAS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO – LEI 9.985/00 - **Marília Passos Torres de Almeida** 307

23. O PAPEL DO PODER PÚBLICO NA SUPRESSÃO DE RISCOS AMBIENTAIS DEPENDENTE DE PRESTAÇÕES POSITIVAS E A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE INSTRUMENTOS JUDICIAIS - **Roberto Rossato Rodrigues** 329

24. UMA AVALIAÇÃO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL DE OBRAS RODOVIÁRIAS EM SÃO PAULO - **Roberto Ulisses Resende**..... 347

25. LICENCIAMENTO AMBIENTAL E URBANÍSTICO PARA O PARCELAMENTO DO SOLO URBANO - **Rochelle Jelinek Garcez**..... 357

26. SOBRE O LICENCIAMENTO AMBIENTAL DE ATIVIDADES AGRÁRIAS NA PROPRIEDADE RURAL FAMILIAR - **Sergio Ahrens e Jeferson l. G. Wendling** 381

27. LICENCIAMENTO AMBIENTAL: UM INSTRUMENTO JURÍDICO DISPOSTO À PERSECUÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL - **Silviana Lúcia Henkes e Jairo Antônio Kohl**..... 397

28. AS URGÊNCIAS DO MEIO AMBIENTE E O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO - **Simone de Oliveira Fraga** 421

29. A APOSTA NO RISCO: NOTAS SOBRE A IMPLANTAÇÃO DE UM PÓLO SIDERÚRGICOEM SÃO LUÍS, MARANHÃO - **Thaís Emília de Sousa Viegas**..... 437

30. BIODIVERSIDADE E BIOTECNOLOGIA:UMA REFLEXÃO ATRAVÉS DAPROPRIEDADE INTELECTUAL - **Viviane Amaral Gurgel** ... 445

31. POLUIÇÃO VISUAL – PROTEÇÃO JURÍDICA DA PAISAGEM URBANA - **Watila Shirley Souza Campos**..... 469

32. A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICONA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICASPÚBLICAS DA ÁREA AMBIENTAL - **Ximena Cardozo Ferreira**..... 481

33. A POSSIBILIDADE DO CONTROLE DA OMISSÃO ADMINISTRATIVA NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS RELATIVAS À DEFESA DO MEIO AMBIENTE - **Ximena Cardozo Ferreira** . 499

TESES DE ESTUDANTES

STUDENTS' PAPERS

34. SATANIZAÇÃO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL - **Carlos Augusto Silva Bevilaqua e Vitor Henrique Salvador** 521

35. NORMA NBR ISO 14.001: CONCESSÃO MEDIANTE A OBSERVÂNCIA DOS INSTRUMENTOS LEGAIS DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE, PRESENTES NA LEI Nº 6.938/81 (LEI DE POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE) - **Diego Bisi Almada**..... 533

36. CONFLITO DE LEIS E INSTABILIDADE SOCIAL NO QUE TANGE A POÇOS ARTESIANOS - **Gustavo Madeira da Silveira, Luiza Simões Cozer, Anarita Araújo da Silveira e Michele Oliveira Teixeira**... 543

37. PAISAGEM: UM BEM CULTURAL A SER TUTELADO - **Jailson José de Melo** 555

38. A TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL - **João Augusto Aquino de Araujo** 565

39. POPULAÇÕES INDIGENAS E AS DISPOSIÇÕES CONSULTIVAS NO SISTEMA LEGAL BRASILEIRO: ANÁLISE COMPARATIVA DAS EXPERIÊNCIAS DA NOVA ZELÂNDIA E DA PROVÍNCIA DE BRITISH COLUMBIA NO CANADÁ - **João Daniel Macedo Sá**..... 583

40. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CRITÉRIO DE JUSTIFICAÇÃO DA FUNDAMENTALIDADE MATERIAL DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE TUTELA AMBIENTAL - L**ucas dos Santos Rocha Willadino** 599

41. O SISTEMA PROCESSUAL SUPRAINDIVIDUAL E A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE: AÇÃO CIVIL PÚBLICA E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - **Luciana Cardoso Pilati** 615

42. LICENCIAMENTO AMBIENTAL PARA CAÇA DE ANIMAIS SILVESTRES - **Luciana Vieira Dallaqua Santos**..... 631

43. A IMPOSIÇÃO DO DEVER DE RECOMPOSIÇÃO DE ÁREAS PREVIAMENTE DESMATADASAO NOVO ADQUIRENTE DA PROPRIEDADE RURAL E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **Luly Rodrigues da Cunha Fischer**..... 641

44. A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO CASO DOS TRANSGÊNICOS - **Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira** 661

45. O DIREITO DE VER ESTRELASA POLUIÇÃO LUMINOSA SOB A ÉGIDEJURÍDICA, URBANÍSTICA E AMBIENTAL - **Nadia Palacio dos Santos** 679

46. GESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS SUBTERRÂNEOS TRANSFRONTEIRIÇOS - **Paula Jimenez Ventura dos Santos**..... 689

TESES

INDEPENDENT PAPERS

O PAPEL DO ENTE MUNICIPAL PARA PROMOVER O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

DEBORAH IBRAHIM MARTINS DE CASTRO
Advogada

RODRIGO FERNANDES
Advogado

1. INTRODUÇÃO

A preocupação humana com o meio ambiente teve seu início com a percepção de que os recursos naturais são escassos, em razão da ocorrência de fenômenos climáticos, como o de 1952 ocorrido em Londres denominado "smog" e com as catástrofes por contaminação como o "Mal de Minamata", em 1953 no Japão.

Na área econômica Pigou e Coase, de diferentes formas, já demonstravam uma preocupação com os recursos naturais, mas viam o problema de uma forma limitada.

Para eles, os recursos naturais constituíam externalidades do processo econômico que deveriam ser suportadas. Pigou defendia a taxação pelo Estado, sendo que este interviria na economia para promover o bem-estar social, já Coase acreditava que os custos advindos dessas externalidades poderiam ser resolvidos entre as partes envolvidas, um problema envolvendo dois particulares.

Apenas na década de 70 o chamado Clube de Roma, acolhendo uma preocupação que surgia na Europa e nos Estados Unidos, encomendou, então, a uma equipe multidisciplinar do Massachussetts Institute of Technology um estudo, que resultou no livro *The limits of growth*, o qual teve grande influência na primeira Conferência Mundial do Meio Ambiente, realizada em Estocolmo, no ano de 1972.(NUSDEO, 2000, p.27)[1].

Nesta Conferência, pela primeira vez, introduziu-se na agenda política internacional a dimensão ambiental como condicionadora e limitadora do modelo tradicional de crescimento econômico e do uso dos recursos naturais.

A Declaração de Estocolmo estabeleceu, em seus 23 princípios, que os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora, a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais devem ser preservadas

[1] NUSDEO, Fábio. *Curso de economia- Introdução ao direito econômico.* 2ª.ed., São Paulo: RT, 2000, p. 27.

em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequados.

A mesma também foi responsável por evidenciar alguns princípios fundamentais para a legislação ambiental:o da precaução, prevenção e o do poluidor-pagador.

Ampliando a tutela internacional ambiental, o documento "Nosso Futuro Comum" mais conhecido como "Relatório Brundtland", publicado em 1982, foi responsável por delinear a expressão "desenvolvimento sustentável".

Esse documento foi elaborado pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e desenvolvimento, criada pelas Nações Unidas e presidida por Gro Brundtland, primeira-ministra da Noruega.

O "Relatório Brundtland" conceitua como sustentável o modelo de desenvolvimento que *"atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem suas próprias necessidades"*[2].

A partir de sua publicação, tornou-se referência mundial para a elaboração de estratégias e políticas de desenvolvimento eco-compatíveis.

No intuito de serem elaboradas estratégias para deter e reverter os processos de degradação ambiental, bem como promover efetivamente o desenvolvimento sustentável conceituado no Relatório Brundtland, houve a organização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em 1992.

Nesta Conferência foram emoldurados dois importantes documentos: a Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e a Agenda 21. Além desses, importantes Convenções Internacionais também foram celebradas, como a Conferência sobre Diversidade Biológica e a Conferência sobre Mudanças Climáticas.

Em dezembro de 1997, a Conferência das Partes da Convenção sobre Mudança do Clima aprovou em Kyoto, no Japão, um tratado internacional que passou a ser conhecido como Protocolo de Kyoto, entrado recentemente em vigor (16 de fevereiro de 2005), estabelece metas de controle dos gases causadores do efeito estufa.

Em 2002, em Johnnesburg, foi realizada a Conferência da ONU para o Desenvolvimento Sustentável (Rio +10), a fim de, mais uma vez, fazer com que os países empreendam esforços em comum para a consecução do desenvolvimento sustentável.

A legislação ambiental pátria vem internalizando as prescrições internacionais:

Tão logo houve o encerramento dos trabalhos da Conferência de Estocolmo, foi criada a SEMA- Secretaria Especial do Meio Ambiente, embrião do Ministério do Meio Ambiente.

Outras leis, anteriores à Conferência, já tratavam de diversos aspectos setoriais do meio ambiente, como o Código de Águas (Decreto 24.643/34), Código Florestal (Lei 4.771/65), a Lei de Proteção à Fauna (Lei 5.197/67).

No entanto, um dos principais regramentos ambientais teve o seu advento no ano de 1981.

---

[2] NAREDO, José Manuel. *Sobre el origen, el uso y el contenido Del término sostenible.* Disponível em:http://home.fa.utl.pt/~camarinhas/3-leituras9.htm.Acesso em 25/01/2005, p.01.

A Lei 6.938/81, responsável por implementar a Política Nacional do Meio Ambiente, conceitua termos primordiais como "meio ambiente", "poluição", "recursos ambientais", incorpora à legislação interna o Princípio do poluidor-pagador e engendrar a estrutura do SISNAMA-Sistema Nacional do Meio Ambiente.

O licenciamento ambiental, previsto na própria Lei 6.938/81, foi regulamentado pelas Resoluções 01/86 e 237/97 do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA. Estas Resoluções dispõem como serão examinados os projetos, quais os estudos necessários, enfim, descrevem as etapas do processo administrativo de licenciamento ambiental.

A Carta Magna de 1988 elevou o Meio Ambiente a *status* de matéria constitucional, sendo que o seu art. 225 trouxe importantes prescrições.

O inciso IV do § 1º, do Art. 225 expressamente preceituou que incumbe ao Poder Público, para assegurar a efetividade do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, *"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."

Assim, observa-se que a preocupação internacional com o Meio Ambiente passou também a ser uma preocupação pátria, com o advento de várias normas nacionais.

Em 1988 essa preocupação ganha maior força, pois passa a ser tutelada pela nossa Carta Magna em um capítulo próprio.

Nesse contexto evolutivo da tutela ambiental, o licenciamento ambiental assumiu a posição de instrumento indispensável ao desenvolvimento sustentável.

No entanto, alguns conflitos vêm impedindo que o licenciamento ambiental tenha a eficiência necessária. Um dos principais relaciona-se à competência dos entes federados para proceder ao licenciamento.

Não raro o Judiciário é chamado a se pronunciar sobre a competência de um ente que emitiu determinada licença, retardando ainda mais a implantação daquele empreendimento licenciado, o qual poderia ser de vital importância econômica.

Dentre os entes federados, pode se dizer que o ente municipal é aquele que sofre os maiores questionamentos.

Nesse trabalho analisaremos a competência municipal para analisar os processos administrativos licenciatórios, estabelecendo uma relação entre as normas ambientais vigentes, a doutrina pátria e a teoria da Análise Econômica do Direito.

2. O PROBLEMA DA COMPETÊNCIA COMUM DOS ENTES FEDERADOS

Conforme bem sintetiza SILVA[3] (1998,p.479): "*A nossa Constituição adota esse sistema complexo que busca realizar o equilíbrio federativo, por meio de uma repartição de competência que se fundamenta na técnica da enumeração dos poderes da União (arts. 21 e 22), com poderes remanescentes para os Estados*

[3] SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 479

(art. 25, §1º.) e poderes definidos indicativamente para os Municípios (art. 30), mas combina, com essa reserva de campos específicos (nem sempre exclusivos, mas apenas privativos), possibilidades de delegação (art. 22, parágrafo único), áreas comuns em que se prevêem atuações paralelas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23) e setores concorrentes entre União e Estados em que a competência para estabelecer políticas gerais, diretrizes gerais ou normas gerais cabe à União, enquanto se defere aos Estados e até aos Municípios a competência suplementar"

Neste liame, as competências ditadas pela Constituição Federal dividem-se em duas: competência para legislar e competência administrativa ou executória.

Em matéria de competência administrativa ou executória, que retrata o poder de polícia dos entes, a Carta Magna foi expressa em caracterizar como competência comum a todos os entes a proteção do meio ambiente e o combate à poluição em qualquer de suas formas, bem como a preservação das florestas, fauna e flora (artigo 23, incisos VI e VII).

O licenciamento ambiental traduz típico poder de polícia administrativo dos entes, como dispõe DI PIETRO[4] (2002, p.113), que o caracteriza como inserido no grupo dos atos administrativos e operações materiais, juntamente com outras medidas preventivas, como as autorizações, notificações, dentre outras.

Muitos problemas surgem desta previsão de competência comum dos entes para proceder ao licenciamento ambiental.

FARIAS[5] (1999, p. 313) aborda bem esse problema, expressando que: "*não raro, os administrados são submetidos a intermináveis embargos e interdições provocadas por mal-resolvidos conflitos de competência administrativa, com indesejáveis reflexos patrimoniais e não patrimoniais para a coletividade como um todo. Na raiz de tais problemas, freqüentemente, encontra-se, em questionamento, determinada atividade antrópica permitida e licenciada por um órgão - a princípio competente para tanto- e censurada por outro. O fulcro de tais conflitos, em regra, está circunscrito à adequada inteligência do conceito da competência comum e ao uso prevalente que se reconhece ao princípio da supletividade ou subsidiariedade, no que concerne aos conflitos ocorrentes entre Estados e União."*

Muito interessante para uma possível solução dessas controvérsias seria a aplicação do princípio da subsidiariedade combinado com a chamada "regra de ouro" para a realização do princípio democrático na Federação.

O princípio da subsidiariedade invocado acima por FARIAS[6] (1999, p.319) assegura, em linhas gerais, que as decisões serão tomadas no nível político mais baixo possível, sendo assim, primeiramente seria analisada a competência licenciatória do Município. Se houvesse a verificação de que este não iria poder licenciar, por falta de um Conselho municipal, por exemplo, passar-se-ia à possibilidade do estado e, após, à União, se necessário.

---

[4] Op. cit.p.113.

[5] FARIAS, Paulo José Leite.*Competência Federativa e Proteção Ambiental.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999,p.313.

[6] Op. cit.p.319

A denominada "regra de ouro" é assim definida por BASTOS[7] (1988,p.416): "*nada será exercido por um poder de nível superior, desde que possa ser cumprido pelo inferior. Isto significa que só serão atribuídas ao governo federal e ao estadual aquelas tarefas que não possam ser executadas senão a partir de um governo com esse nível de amplitude e generalização. Em outras palavras, o Município prefere ao Estado e à União. O Estado, por sua vez, prefere à União.*"

Parte da doutrina tem adotado um outro interessante parâmetro para dirimir o conflito dos entes: o critério da predominância de interesses, utilizado pela própria Constituição para estabelecer as competências nela enumeradas.

Segundo esse critério, há que ser observado quais interesses o empreendimento predominantemente irá afetar: interesses locais, regionais ou gerais, para então se definir o ente licenciador[8].

Esse critério de predominância do interesse não encontra qualquer correspondência com a titularidade do bem, devendo ser analisada a área de influência direta do empreendimento. A Resolução CONAMA 237/97 utilizou esse critério em suas disposições.

A Resolução CONAMA n. 237/97, que tratou especificamente sobre o licenciamento ambiental, tentou encontrar uma solução para as controvérsias que permeiam a "competência comum", através da delimitação da competência de cada ente (arts. 4º. a 6º.), destacando, ainda, que o licenciamento deveria ser feito em um único nível de competência (Art. 7º.).

Essa Resolução acabaria solucionando vários atritos existentes hodiernamente, proporcionando maior segurança jurídica ns relações ambientais Estado-Cidadão.

No entanto, tal Resolução tem sido questionada, especialmente por MACHADO[9] (2003, p. 100) que suscita a inconstitucionalidade dos seus artigos 4º a 7º, invocando, sucintamente, que o CONAMA não poderia ter atribuído competência aos entes, vez que isso seria matéria objeto de lei complementar (artigo 23, parágrafo único da Constituição Federal) bem como, teria havido uma violação direta aos artigos 8º e 10 da Lei 6.938/81.

3. O LICENCIAMENTO AMBIENTAL MUNICIPAL: POSSIBILIDADE, LIMITAÇÕES E VANTAGENS

O Município foi elevado ao *status* de ente federado pela Constituição Federal de 1988, conforme se observa pelo disposto nos seus artigos 1º e 18, fazendo parte da organização político-administrativa da República Federativa do Brasil.

Segundo se depreende dos artigos 29, 30 e 34, inciso VII, "c" da Carta Magna, constata-se também que o ente municipal é autônomo, possuindo uma tríplice capacidade: de auto-organização, auto-governo e auto-administração, como explana MORAES (2002,p.274)[10].

[7] BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil.* Vol.I, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 416
[8] FINK; ALONSO, DAWALIBI. *Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental*.1ª. ed., São Paulo: Forense Universitária, 2000, p. 40.
[9] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro.*11ª. ed, São Paulo:Malheiros, 2003,p. 258
[10] MORAES, Alexandre de.*Direito* Constitucional.11ª.ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 274.

Essa autonomia foi consolidada em seu artigo 182, que outorgou ao Município competência para estabelecer a política de desenvolvimento urbano, através da implantação do seu Plano Diretor.

No que tange à competência para legislar, ao Município foi conferida a competência privativa sobre os assuntos de interesse local (art. 30, inciso I, da Constituição Federal).

O Município é competente para fazer as suas leis de interesse local e, sendo o licenciamento um procedimento que exige amparo legal, conseqüentemente, a ele é concedido o "poder" de licenciar empreendimentos em que haja o interesse local.

3.1 Delimitando o interesse local

Surge então a indagação do que seria "interesse local".

Em relação ao interesse local, que determina a competência municipal, muito interessante foi a caracterização estabelecida pelo doutrinador MEIRELLES (1998,p.99)[11]:

> *"Interesse local não é interesse exclusivo do Município; não é interesse privativo da localidade; não é interesse único dos Municípios. Se se o exigisse essa exclusividade, essa privacidade, essa unicidade, bem reduzido ficaria o âmbito da Administração local, aniquilando-se a autonomia de que faz praça a Constituição. Mesmo porque não há interesse municipal que não seja reflexamente da União e do Estado-membro, como também, não há interesse regional ou nacional que não ressoe nos Municípios, como partes integrantes da Federação brasileira. O que define e caracteriza o interesse local, inscrito como dogma constitucional, é a predominância do interesse do Município, sobre o do Estado ou da União."*

Embora talvez impossível formular uma descrição abstrata sobre o interesse ambiental local, a contribuição da referida citação consiste em chamar a atenção para o fato de que sempre alguém poderá detectar interesses regionais e nacionais existentes em determinado interesse local, porque todos os interesses, amplamente considerados na seara dos direitos difusos e coletivos, não podem se excluir.

Ainda da citação se extrai que a competência administrativa seria atraída pela predominância do interesse, dando a entender que, mesmo em se tratando de bens transindividuais, é possível a delimitação por circunscrição da competência administrativa ambiental.

No âmbito judicial, tal possibilidade já vem bem demonstrada nos conflitos de competência entre a justiça federal e estadual. O fato de ser reconhecida, v.g., a competência da Justiça local para o julgamento de determinados crimes ambientais, não desconhece o interesse nacional *lato sensu* naquele bem jurídico tutelado.

Trata-se de delimitação de competência para fins de eficácia da máquina administrativa e judicial, pois, ainda que se discurse que a natureza tenha precedido

[11] MEIRELLES, Hely Lopes.*Direito Municipal Brasileiro.*7ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 99.

as divisões político-administrativas, a predominância do interesse como forma de repartição de competência assegura a descentralização democrática proposta pelo princípio federalista.

A recente Resolução SMA-54 de 30 de Novembro de 2004, da Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo, utilizando o critério da predominância de interesse, prescreveu que o Município é o ente competente para licenciar empreendimentos que tenham um impacto local.

O artigo 7º dessa Resolução prescreve que: *"Os empreendimentos ou atividades causadores de impacto ambiental de incidência local e aqueles licenciados pelo Município a partir de convênio com o Estado ou por meio de instrumento legal deverão obter o licenciamento nas respectivas Prefeituras."*

Muitas outras legislações atuais vêm observando a competência municipal ditada e reforçada pelo texto constitucional de 1988.

A Lei n.10.257/2001, "O Estatuto da Cidade", caracterizou o EIA/RIMA-Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo relatório, como instrumento da política urbana municipal, em seu artigo 4º, inciso VI.

A própria Lei n. 4.771/65 (Código Florestal), após as alterações determinadas pela Medida Provisória 2.166-67/2001, permitiu a supressão de vegetação em área de preservação permanente somente em caso de utilidade pública ou de interesse social, deixando expresso em seu art. 4º, §§2º e 3º que, em se tratando de área urbana, a autorização cabe ao órgão ambiental municipal.

Reconhecida a possibilidade legal de descentralização de competência administrativa ambiental delimitada pela predominância do interesse, resta saber como se verificará qual interesse está em predomínio para se determinar qual ente deve invocar-se competente.

Parece-nos que o estudo ambiental possui esta função.

É da identificação dos possíveis impactos gerados pelo empreendimento que será possível afirmar se estamos diante de interesse "predominantemente" nacional, regional ou local, dos quais a União, Estado e Municípios, respectivamente, teriam competência executiva.

Entretanto, deve se cuidar para não se confundir impactos diretos e indiretos com interesses direto e indireto.

O Estudo de Impacto prevê os levantamentos da área e influência direta e indireta do empreendimento. Tais influências são primordiais para se auferir a extensão dos impactos a ele relacionados, o que não ocorre com o interesse indireto que, como já discorrido, sempre existirá pela natureza difusa do bem ambiental.

Em outras palavras, os impactos diretos e indiretos detectados nos estudos ambientais determinarão o interesse direto e predominante do ente licenciador.

Extrai-se do artigo 6º da Resolução CONAMA 237/97 que, para termos caracterizada a predominância do interesse local, é imprescindível que os estudos ambientais atestem que os impactos diretos e indiretos não ultrapassam os limites territoriais do Município.

Entretanto, insta ser esclarecido que o Município, membro do Sistema Nacional do Meio Ambiente-SISNAMA, só poderá proceder ao licenciamento ambiental caso possua um Conselho com caráter deliberativo e participação social

(como o CADES em São Paulo/SP e o CONDEMA em Bertioga/SP, por exemplo), nos termos do disposto pelo art. 20 da Resolução CONAMA n. 237/97.

O Município deve ainda editar leis ambientais próprias e possuir em seus quadros ou a sua disposição, profissionais legalmente habilitados.

Ademais, um outro argumento relevante para a aceitação do licenciamento ambiental municipal é proveniente da teoria da análise econômica do Direito, conforme será explicitado a seguir.

3.2 O menor "custo de informação" do Licenciamento ambiental municipal e suas implicações

As Agências e os órgãos públicos, que analisam os processos de licenciamento ambiental, sofrem as influências de *stakeholders*[12], que podemos visualizar na forma de grupos de interesse.

Os grupos de interesse tendem a capturar as agências setoriais para que promovam a defesa e a proteção dos empresários do setor, através de normas e políticas que os beneficiem. (NUSDEO,1995, p. 121) [13]

Os dirigentes das Agências atendem às reivindicações a fim de receber uma remuneração, nem sempre pecuniária, podendo ser sob a forma de popularidade, apoio político, etc.

Já em relação aos processos de licenciamento ambiental, podem ser observados vários grupos de interesse exercendo suas influências: os empreendedores, as Ong's, a sociedade civil e os agentes públicos, estes últimos com os mesmos objetivos dos dirigentes das Agências descritos acima.

Essas assertivas fundamentam-se na teoria da "Public Choice", que preocupou-se em desenvolver modelos teóricos capazes de explicar o comportamento dos agentes econômicos sob o influxo de cenários institucionais diversos[14].Esta teoria é criticada, no entanto, por POSNER[15] (2004, p.49/80).

A realidade comprova a teoria da "Public Choice".

As notícias vinculadas pelos meios de comunicação evidenciam a influência de alguns desses grupos.

Observando uma matéria do jornal "O Estado de São Paulo", que tem como título "Travamento ambiental"[16]; e outra do jornal nacional da rede Globo de televisão sobre "Energia e crescimento econômico"[17] percebe-se que há uma crítica à longa duração dos processos de licenciamento ambiental, à atuação do Ministério Público, à ação dos ecologistas, à demora do Judiciário em resolver as controvér-

[12] Stakeholders são aqueles que tem um interesse em uma decisão particular, seja enquanto indivíduo ou representante de um grupo. Inclui-se aí, pessoas que influenciam uma decisão, ou possa influenciá-la tão bem como aqueles que são afetados por ela

[13] NUSDEO, Fábio.*Fundamentos para uma Codificação do Direito Econômico.* São Paulo:RT,1995, p. 121.

[14] Idem, p.120.

[15] POSNER, Richard. T*eorias da Regulação Econômica.*In MATTOS, Paulo, coord.*Regulação econômica e democracia, o debate norte-americano.*São Paulo: Editora 34, 2004, p.49/80.

[16] VIVAN,Danilo. Disponível em : <http://www.estadao.com.br>.Acesso em 25/01/2005.

[17] Disponível em <htpp://www.jornalnacional.globo.com>. Acesso em 26/01/2005.

sias, sendo que todas elas dão a impressão de que o licenciamento exigido está constituindo-se num sério entrave ao desenvolvimento.

Ainda que ambas tenham sido fortemente influenciadas pelo pensamento extremado dos empreendedores, que vêem as leis ambientais e os processos de licenciamento como uma barreira ao desenvolvimento e querem pressionar os órgãos ambientais e o Governo, essas matérias, utilizadas como exemplo, demonstram o conflito que ocorre entre os ecologistas e os empreendedores, cada um defendendo a sua posição sem qualquer possibilidade de diálogo. Situação que acaba sendo levada ao Judiciário, que não tem a eficiência necessária para resolver essas questões.

É certo que no decorrer do processo de licenciamento ambiental há a obrigatoriedade da audiência pública, a fim de garantir a participação de todos os grupos de interesse envolvidos, sem que haja a "captura" por um deles. A audiência pública foi exigida pela Resolução CONAMA 01/86 no decorrer do EIA - Estudo de Impacto Ambiental.

Nos casos do interesse local, que é o ponto central deste trabalho, as discussões salutares entre os diversos interesses envolvidos poderia ser desenvolvida num ambiente de proximidade e acessibilidade à informação e efetiva participação, desde que o órgão municipal tenha se equipado para tal finalidade.

FILHO[18] (2002, p.61/62) assevera que a difusão do conhecimento econômico aos grupos interessados e a efetiva representação dos mesmos no processo normativo das "Agências" é imprescindível ao desenvolvimento do país, além de evitar a prevalência de um determinado grupo de pressão.

Em uma análise mais aprofundada da atuação dos grupos de interesse no processo político, KOMESAR[19] (1994, p. 54/97) observa que a influência de um determinado grupo está relacionada com os custos para obtenção da informação, o número de pessoas que compõe o grupo e o grau de engajamento entre elas.

A conclusão da análise dos economistas citados é totalmente aplicável ao licenciamento ambiental. Apenas quando for proporcionada a informação e quando houver a necessária organização dos grupos de interesse é que serão garantidas a lisura, a legitimidade e a celeridade do processo de licenciamento ambiental.

O licenciamento realizado pelo Município, em razão de sua proximidade com a população interessada, proporciona, assim, uma diminuição nos custos para a obtenção de informação, evitando que apenas um grupo de interesse predomine.

Percebe-se que no Município pode haver um cenário mais democrático, no qual os vários interessados podem se organizar melhor, discutir os seus pontos de vista e exercer um maior controle dos atos dos agentes públicos. È o que explicita DERANI(1997, p.90)[20]:

[18] FILHO, Calixto Salomão. *Regulação e desenvolvimento.* In *Regulação e Desenvolvimento.* (coord.do mesmo autor) São Paulo:Malheiros,2002, p.61/62.

[19] KOMESAR, Neil K.*Imperfect Alternatives- Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy.* United States of America: The University of Chicago Press, 1994, p.54/97.

[20] DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico.São Paulo: Max Limonad. 1997

> *"A participação da sociedade nos programas decisórios, de planejamento e licença de atividades geradoras de grande impacto no ambiente é um avanço no sentido da democratização da realização de políticas para a conservação ambiental – ou realização de estratégias de sustentabilidade."*

Esse cenário mais democrático foi, inclusive, preconizado pelo Estatuto da Cidade (Lei n.10.257/2001), sendo certo que, caso haja a mobilização dos grupos envolvidos, há também a possibilidade de diálogo entre esses grupos de interesse, reduzindo-se a demanda pelo Poder Judiciário.

4. CONCLUSÕES ARTICULADAS

4.1 É possível, em sede de interesses difusos como o meio ambiente, a repartição de competências na esfera administrativa, criando-se circunscrições determinadas pelo interesse predominante.

4.2 O interesse predominantemente local será auferido nos casos em que os impactos diretos e indiretos do empreendimento não ultrapassem os limites territoriais do Município

4.3 A titularidade do bem e o interesse indireto de todos os entes em matéria ambiental não induzem a competência executiva para o licenciamento.

4.4 A descentralização, mesmo em matéria ambiental, é condizente com a democracia federalista e propicia, numa análise econômica, maior acesso à informação e participação dos grupos e indivíduos interessados, diminuindo os custos do engajamento social.

4.5 O licenciamento municipal, nos casos legalmente permitidos, diminuiria os conflitos existentes e reduziria as demandas judiciais.

4.6 Deve se estimular o aprimoramento dos Municípios para que implantem seus sistemas locais de meio ambiente, promovendo, assim, os objetivos do desenvolvimento sustentável aliado aos objetivos democráticos do nosso sistema federativo.

BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso. Comentários à Constituição do Brasil. Vol.I, São Paulo: Saraiva, 1988.

DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico.São Paulo: Max Limonad. 1997

FARIAS, Paulo José Leite.Competência Federativa e Proteção Ambiental. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

FILHO, Calixto Salomão. Regulação e desenvolvimento. In Regulação e Desenvolvimento. (coord. do mesmo autor) São Paulo:Malheiros,2002.

FINK; ALONSO, DAWALIBI. Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental.1a. ed., São Paulo: Forense Universitária, 2000.

KOMESAR, Neil K.Imperfect Alternatives- Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy. United States of America: The University of Chicago Press, 1994.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 11a ed.,São Paulo:Malheiros, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes.Direito Municipal Brasileiro.7a ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

MORAES, Alexandre de.Direito Constitucional.11a ed., São Paulo: Atlas, 2002.

NAREDO, José Manuel. Sobre el origen, el uso y el contenido Del término sostenible. Disponível em:<http://home.fa.utl.pt/~camarinhas/3-leituras9.htm>Acesso em 25/01/ 2005

NUSDEO, Fábio. Curso de economia- Introdução ao direito econômico. 2a ed., São Paulo: RT, 2000.

_____, Fábio.Fundamentos para uma Codificação do Direito Econômico. São Paulo:RT,1995.

POSNER, Richard. Teorias da Regulação Econômica. in MATTOS, Paulo, (coord.) Regulação econômica e democracia, o debate norte-americano.São Paulo: Editora 34, 2004.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15a ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

VIVAN,Danilo. Disponível em : <http://www.estadao.com.br>.Acesso em 25/01/2005.

GESTÃO INTEGRADA DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL

DENISE MUNIZ DE TARIN
Promotora de Justiça do meio Ambiente
no estado do Rio de Janeiro

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo traçar um liame entre a imperiosa necessidade da realização de atividades produtivas e o licenciamento destas pelos órgãos competentes e, para tanto, iniciaremos a reflexão com o aparente conflito entre o binômio desenvolvimento e meio ambiente.

A relação desenvolvimento e natureza são estudadas desde Marx, quando este considerou a produção como o processo de transformação dos recursos naturais entendendo que as condições naturais devem ser vistas como recursos para a continuidade da própria vida humana.

Modernamente, o termo desenvolvimento sustentável vem sendo cunhado desde a I Conferência Mundial de Meio Ambiente realizada em Estocolmo, em 1972, culminando com o foco dado à problemática, quando ecologia e meio ambiente foram focados na Conferência do Rio, em 1992 iniciando-se a partir daí a internacionalização da proteção ambiental em conjunto com o desenvolvimento econômico. Importantes instrumentos foram criados, tais como a Agenda 21, o Fundo Global para o Meio Ambiente, do Banco Mundial e a Convenção sobre a Alteração Climática.

Segundo ARI JUCHEM "O objetivo e a diretriz máxima de toda e qualquer política ambiental ecodesenvolvimentista devem ser a promoção do desenvolvimento econômico e social sustentável, estável e equilibrado, levando em conta a fragilidade, a interdependência e a capacidade limitadoras dos ecossistemas e da natureza como um todo"[1]

O grande desafio para a implementação desta política ambiental é a identificação de um sistema que propicie a convergência dos interesses sociais, tecnológicos, econômicos, administrativos e ambientais, que, a nosso sentir, pode se adequar no conceito de gestão ambiental compartilhada.

Por oportuno trazemos as lições de ELY[2] que sintetiza a estratégia, com fins à implementação da política do ecodesenvolvimento: "promover a integração

[1]Juchem, Peno Ari, in A questão Ambiental – Manual de Avaliação de Impactos Ambientais. Curitiba:SUREHMA/GTZ, 1992, pág.
[2]ELY, ALOÍSIO, in Economia do Meio Ambiente,: uma apreciação introdutória interdisciplinar da poluição, ecologia e qualidade ambiental, 3a edição, Porto Alegre, 1988, pág180.

científica, institucional e político-administrativa, com base em um planejamento nacional, regional, estadual e setorial integrado, compatibilizando os níveis de poderes de competência hierárquicos; promover a integração de todos os segmentos de interesse da sociedade local e regional e em particular os setores públicos e privados, para a melhoria e controle da qualidade ambiental; promover a conscientização e a participação comunitária local e regional, para a preservação da natureza e dos recursos naturais, protegendo as culturas sociais, em particular as culturas indígenas remanescentes das regiões; aperfeiçoar o sistema jurídico e viabilizar o cumprimento legal no controle ambiental, compatibilizando as leis e os códigos natural e humano; promover o crescimento econômico e desenvolvimento tecnológico adequado às condições e necessidades reais da região e de seus ecossistemas, incentivar alternativas de organização da vida econômica e social com base nos ecossistemas e princípios da natureza, visando à racionalização e à eficiência alternativa dos recursos naturais e qualidade de vida; promover o controle demográfico e orientar os fluxos migratórios, visando à racionalização no uso e distribuição do espaço, compatibilizando os setores produtivos, a agropecuária, industriais, urbanos, lazer e recreação e as redes de transportes e elétricas, respeitando a vocação e a capacidade dos ecossistemas; ampliar e implementar o sistema de unidade de conservação da natureza que represente a diversidade dos ecossistemas regionais, garantido a integridade de seus bancos genéticos, cadeias e redes de alimentação e a auto-regulação do meio ambiente; promover uma regionalização institucional político-administrativa, segundo critérios ambientais, em especial, as bacias hidrográficas; promover e acelerar a recuperação e a melhoria da qualidade ambiental nas áreas críticas degradadas".

Entendemos que tais medidas, face à primitiva organização administrativa e social em nosso país, são de difícil implementação, porém, algumas conquistas podem ser priorizadas, tais como, estabelecimento de uma matriz institucional com normas simples, claras e exeqüíveis, inclusive, com distribuição de competência entre os órgãos ambientais competentes nos diversos níveis da federação; democratização no acesso às informações e administração técnica dos órgãos ambientais.

O tema é bastante atual e encontra ressonância nos diversos setores produtivo e ambiental, em todo o planeta. A Organização das Nações Unidas apresenta um relatório produzido por 1350 especialistas, cujas conclusões foram veiculadas pelos meios de comunicação[3] "A humanidade está fazendo um saque a descoberto no grande (porém finito) banco dos ecossistemas globais. O resultado é o colapso futuro na capacidade do planeta fornecer bens e serviços naturais aos seres humanos, cujo primeiro efeito prático deve ser a impossibilidade de atingir as metas das Nações Unidas de combate à fome em 2015. As conclusões das chamada Avaliação Ecossistêmica do Milênio, como quase tudo o que diz respeito ao ambiente global são desalentadoras: quase dois terços dos chamados serviços ambientais estão em declínio acelerado. Isso significa que a capacidade do planeta de forne-

[3]Jornal Folha de São Paulo, "Humanos esgotam capital natural da Terra", Caderno Ciência, publicação 30.03.05.

cer água, reciclar nutrientes do solo, minimizar o impacto de desastres naturais e controlar o clima local está comprometida".

Por fim, cabe-nos enfatizar que o aperfeiçoamento do sistema de licenciamento de atividades potencialmente poluidoras ensejaria um grande avanço para a concretização do desenvolvimento sustentável na busca do ideal por todos nós perseguido.

2. O LICENCIAMENTO AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DO MEIO AMBIENTE

A Política Nacional de Meio Ambiente foi introduzida em nosso país com a promulgação da Lei 6938/81 e trouxe importantes instrumentos de gestão ambiental: o licenciamento de atividades potencialmente poluidoras e o estudo prévio de impacto ambiental.

O licenciamento como procedimento de controle ambiental pauta-se no princípio da precaução que tem nos ensinamentos de Gerd Winter citado por Paulo Affonso Leme Machado[4] um de seus maiores defensores "Se os perigos são geralmente proibidos, o mesmo não ocorre com os riscos. Os riscos não podem ser excluídos, porque sempre permanece a probabilidade de um dano menor. Os riscos podem ser minimizados. Se a legislação proíbe ações perigosas, mas possibilita a mitigação dos riscos, aplica-se o princípio da precaução, o qual requer a redução da extensão, da freqüência ou da incerteza do dano" .

Oportuna discussão neste tema é a natureza jurídica deste ato administrativo, vale dizer, se é licença ou autorização. Não existe controvérsia quanto à matéria, até mesmo porque a Lei Magna no parágrafo único do art. 170 dispõe que "É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgão públicos, salvo nos casos previstos em lei", logo se o texto constitucional contempla o ato como autorização e a lei prevê as hipóteses de revisão e renovação podemos concluir pela precariedade do ato, característica primeira da autorização.

O arcabouço legislativo, em matéria de licenciamento, é um dos mais completos o que, infelizmente, não traduz uma efetividade capaz de tutelar o meio ambiente de forma eficiente.

Primeiramente, o art. 9o, inciso IV, da Lei 6938/81 estabelece que o licenciamento e a revisão de atividades potencialmente poluidoras são instrumentos da política nacional do meio ambiente e o art. 10 do mesmo diploma legal disciplina que "a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente integrante do SISNAMA". Complementa tal dispositivo o parágrafo 4o que estabelece que "compete ao IBAMA o licenciamento ... no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional".

4 LEME MACHADO, Paulo Affonso, in Direito Ambiental Brasileiro, 9a edição, Malheiros Editores, pág.48 .

O Decreto 99.274 de 06 de junho de 1990 regulamentou a Lei 6938/81 e tratou do licenciamento ambiental nos arts. 17 a 22.

Disciplinando o procedimento de licenciamento ambiental o Conselho Nacional de Meio Ambiente expediu a Resolução 01 de 23.01.86 que estabelece as definições, as responsabilidades, os critérios básicos e as diretrizes gerais, para uso e implementação da avaliação de impacto ambiental como um dos instrumentos da Política e a Resolução 237/ 97 que estabelece os critérios utilizados no licenciamento ambiental como instrumento de gestão ambiental.

No estado do Rio de Janeiro a matéria é regulada pelo Decreto Lei 134, de 16 de junho de 1975. A Lei 1.356/88 disciplina os procedimentos vinculados à elaboração, análise e aprovação do EIA-RIMA e a Lei 3111 de 18 de novembro de 1998 estabelece o princípio de análise coletiva de EIA/RIMA quando numa mesma bacia hidrográfica.

Alguns aspectos merecem ser realçados: o primeiro é a natureza meramente exemplificava do art. 2o da Resolução no 01/86. O entendimento não poderia ser diferente, vez que a sociedade é dinâmica e as atividades se sofisticam com a mesma rapidez que a tecnologia. Esta é a única interpretação para este dispositivo, que disciplinará "que dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente.... o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como". Frisamos tais como.

O parágrafo único do art. 3o da Resolução 237/97 dispõe "que 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 processo de licenciamento". Assim, vale dizer que as atividades potencialmente poluidoras sempre se submeterão ao processo de licenciamento, mas não, necessariamente, à avaliação de estudo prévio de impacto ambiental.

O art. 10 da Resolução do CONAMA estabelece as etapas do procedimento de licenciamento ambiental e a audiência pública é a única, a nosso sentir, a merecer breve comentário. A intervenção da comunidade, nos países ditos desenvolvidos é determinante para a instalação de uma atividade, até mesmo não poluidora. A razão decorre do fortalecimento das associações de bairros, que interferem, inclusive, no zoneamento territorial. Infelizmente, tal realidade não se verifica em nosso país, logo quem já teve a oportunidade de partilhar desta experiência pôde visualizar um verdadeiro teatro, onde muitas vezes o órgão ambiental licenciador é quem defende o empreendimento, gerando na comunidade uma sensação de que nada pode ser feito. A falta de credibilidade e de confiança em muitos órgãos ambientais está motivando à comunidade a provocar a atuação do Ministério Público quando da deflagração do processo de licenciamento. Assim, em muitos empreendimentos a fase da audiência pública está sendo superada, em razão de uma efetiva participação da comunidade em todas as fases anteriores, até mesmo com a realização de reuniões que atingem o objetivo das audiências públicas.

Os parágrafos 1o, 2o e 3o do art. 12 da Resolução 237 definem as hipóteses em que as atividades ou empreendimentos submetem-se a procedimentos dife-

renciados quando da necessidade de avaliação de estudo de impacto ambiental, a saber: a) atividades e empreendimentos de pequeno potencial de impacto ambiental ou atividades e empreendimentos que implementem planos e programas voluntários de gestão ambiental que serão submetidos a procedimento simplificado, que deverão ser aprovados pelos Conselhos de Meio Ambiente; b) pequenos empreendimentos e atividades vizinhas e similares ou aqueles aprovados, previamente, pelo órgão governamental competente serão submetidos a processo único de licenciamento.

No que concerne ao prazo para o deferimento da licença o mesmo está disposto no art. 14 da Resolução 237/97, que estabelece que a expedição deverá ocorrer no prazo máximo de seis meses, com a exceção de existência de EIA-RIMA, que será de 12 meses.

Em complementação ao sistema de licenciamento das atividades potencialmente poluidoras é promulgada a Lei 9.985 de 18 de julho de 2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, que disciplinou no art. 36 que "nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e seu respectivo relatório, o empreendedor é obrigado a apoiar a implementação e manutenção da unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral ..." Um dos maiores questionamentos quanto à aplicabilidade do dispositivo reside no fato da Lei não ter estabelecido limite máximo para a compensação ambiental, tendo estabelecido, tão somente, o mínimo de 0,5% do valor do custo total do empreendimento. Na prática, o que vem ocorrendo é que este valor está sendo aplicado em todos os procedimentos de licenciamento, independentemente do grau de impacto ambiental causado com a implantação do empreendimento.

A Lei do SNUC foi regulamentada pelo Decreto 4.430 de 22 de agosto de 2002, que implementou a exigência do licenciamento corretivo e assim dispõe o art. 34 "os empreendimentos implantados antes da edição deste Decreto e em operação sem as respectivas licenças ambientais deverão requerer, no prazo de 12 meses, a partir da publicação deste Decreto, a regularização junto ao órgão ambiental competente mediante licença de operação corretiva ou retificadora."

Esta simples abordagem se propôs demonstrar que a legislação brasileira é bastante completa quando trata do licenciamento ambiental, afinando-se com as nações mais desenvolvidas, porém como trataremos a seguir o fato da existência de uma legislação moderna não é garantia de tutela do bem a que se pretende proteger, ao revés muitas vezes cria conflitos entre poderes, segmentos sociais e valores.

3. O PROCEDIMENTO DE LICENCIAMENTO E A REALIDADE NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Inicialmente, devemos considerar que, a experiência no licenciamento ambiente, no Brasil, iniciou-se no estado do Rio de Janeiro. O mérito é da FEEMA e

de seus técnicos, por inovador trabalho. Porém o trabalho se perdeu no tempo...

Em razão de titularidade exercida em uma Promotoria de Meio Ambiente, no estado do Rio de Janeiro, por dez anos, trazemos nossa experiência, com fins a demonstrar a não aplicação da legislação e, por via de conseqüência, o comprometimento da integridade do meio ambiente, já que importante instrumento de prevenção sendo descartado, a nossa atuação volta-se para a reparação, o que é inadmissível nos dias atuais.

Há dez anos, quando o Ministério Público do estado do Rio de Janeiro não contava com o trabalho do Grupo de Apoio Técnico Especializado – G.A.T.E., os estudos de impacto ambiental e os respectivos RIMAS eram encaminhados, diretamente, ao Promotor de Justiça, que tinha a oportunidade de observar que os referidos estudos não atendiam ao objeto da lei, constituíam simples fotocópias de estudos referentes a outros empreendimentos, não tínhamos sequer como identificar o coordenador do referido estudo, para fins de responsabilidade. A impugnação de vários estudos foi feita e a partir daí, pelo menos a forma começou a se observada, sem que no entanto a essência do estudo fosse considerada, tanto que vários inquéritos civis foram instaurados, com fins a questionar a expedição de licenciamento ambiental, sem observação das exigências legais, o que culminou na formalização de vários termos de ajustamento de condutas e propositura de ações civis públicas.

É importante considerar que, com as liminares sendo concedidas nas ações e mantidas no Tribunal de Justiça, além das obrigações contidas nos ajustes de conduta o empreendedor passou a posicionar-se com mais cautela, vez que os prejuízos provocados com a paralisação da execução dos projetos impôs uma nova forma de perceber a questão ambiental. No entanto, outro problema verificou-se e persiste até hoje: a falta de estrutura material e pessoal do órgão ambiental licenciador, dificultando a expedição da licença no prazo estabelecido na Resolução 237/97 do CONAMA.

Diante da inobservância dos prazos inúmeras atividades potencialmente poluidoras estão em operação, sem devido licenciamento, o que está provocando um aumento nas demandas por danos ao meio ambiente. Vale realçar que, em algumas hipóteses, há procedimentos de licenciamento, em tramitação há mais de quatro anos na FEEMA.

É válido realçar que, não existe no nosso ordenamento o instituto do silêncio administrativo, cuja natureza jurídica é descrita pelo Mestre espanhol MARTÍN MATEO[5] "Pode ocorrer que a licença seja outorgada em virtude do silêncio administrativo, que opera excepcionalmente com caráter positivo: transcorrido quatro meses da data da solicitação sem a expedição da mesma ou notificação ao interessado o interessado poderá denunciar a demora perante a autoridade competente e decorridos dois meses da denúncia será considerada outorgada a licença por silêncio administrativo" (tradução de responsabilidade da autora).

[4] MARTÍN MATEO, RAMÓN,in TRATADO DE DERECHO AMBIENTAL, vol.I, pág.367, 1991, Trivium.
[5] Acesso disponível http://ef.amazonia.org.br/opiniao/artigo_detail Acesso em 04.04.2005.

Assim, cabe-nos frisar que existindo apenas a possibilidade de questionamento da demora na expedição da licença ambiental em juízo, este importante instituto perde sua utilidade.

A questão ambiental no estado do Rio de Janeiro enfrenta há muitos anos vários empecilhos, a começar pela politização dos órgãos ambientais, que deveriam ser eminentemente técnicos percorrendo a uma absoluta ausência de política pública voltada à priorizarão deste serviço desembocando na incapacidade do próprio estado de proteger seu patrimônio natural, comprometendo, por conseguinte, o seu desenvolvimento econômico e humano.

Por oportuno trazemos as reflexões do Prof. da Universidade Federal Fluminense ARTHUR SOFFIATI[6] intitulada O custo ambiental da dupla Garotinho "Na gestão do casal, a FEEMA foi definitivamente sucateada e passou a órgão meramente licenciador junto com a CECA facilitando processos de licenciamento tanto para o setor público quanto para o setor privado...O pior aconteceu ao FECAM. Primeiramente, Garotinho conseguiu aprovar uma emenda constitucional que permitia o uso de recursos para obras de grandes impactos ambientais. Rosinha deu o golpe de graça, retirando do FECAM 75% dos seus recursos."

Ante tal realidade e, consciente que somente a atuação nos inquérito e ações não se mostra suficiente, demos início ao projeto piloto de licenciamento ambiental integrado, no município de Petrópolis e pretendemos, a partir desta experiência, abranger todo o estado do Rio de Janeiro.

4. LICENCIAMENTO AMBIENTAL INTEGRADO: A EXPERIÊNCIA APA-PETRÓPOLIS

A partir da elaboração do plano de gestão da APA-Petrópolis, em 1997, foi iniciado um trabalho de levantamento do passivo ambiental da Unidade, principalmente aquele relativo às atividades potencialmente poluidoras. Restou comprovado que 80% destas atividades não possuíam o licenciamento ambiental. O projeto foi executado em razão de obrigação de fazer constante em termo de ajustamento de condutas com o Ministério Público estadual.

O trabalho evoluiu para o desenvolvimento de um Sistema Integrado de Gestão Ambiental da Unidade, com a conversão do passivo das atividades potencialmente poluidoras, iniciando-se pelo levantamento, seleção e análise das informações disponíveis pelos pesquisadores do Laboratório Nacional de Computação Científica[7] "Nessa etapa foram englobadas as seguintes atividades: a) estudo e análise dos procedimentos técnicos, legais e fiscais relacionados à questão do licenciamento ambiental das empresas instaladas na APA-Petrópolis, bem como de novas empresas que queiram se instalar na região; b) avaliação das fontes industriais de lançamento de efluentes, com base na análise e integração de Bancos de Dados georreferenciados existentes para a região; c) avaliação do porte, potencial

[7] BORMA, L. ; COSTA, M. I. L.; REIMER, E.; PAGANI,Y. V.. Fontes de Poluição Hídrica Industrial na APA Petrópolis. V Congresso Brasileiro de Geotecnia Ambiental (REGEO, 2003), realizado em Porto Alegre no período de 20 a 23 de Maio de 2003.

poluidor e principais efluentes líquidos lançados pelas empresas identificadas nos Bancos de Dados consultados e situação quanto ao licenciamento ambiental; d) análise dos principais pontos de lançamento de efluentes industriais para efeito de definição de um plano de coleta e análise de água dos principais rios da região; e) georreferenciamento do Parque Industrial em Spring, resultante do cruzamento entre o banco de dados cadastral e o Zoneamento da APA."

A conversão do passivo, sob a coordenação da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente, em Petrópolis, consiste em um programa de adequação a ser formalizado por meio de Convênio firmado entre o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, IBAMA, Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente – FEEMA, FIRJAN e SEBRAE. Os objetivos do projeto de conversão são a identificação das responsabilidades, a delimitação dos danos e a ordenação das ações, que deverão ser descritas em Termos de Ajustamento de Condutas a serem firmados, individualmente, com cada empreendedor, que assumirão obrigações, em prazos pré-estabelecidos.

Considerando que já foi iniciado o programa de saneamento básico na cidade de Petrópolis e, em razão das características industriais da APA-Petrópolis, o trabalho foi iniciado pelas indústrias têxteis.

Assim, identificado o grupo das atividades de uma mesma tipologia, e aquelas que impactam o mesmo recurso hídrico, a dinâmica do projeto passa a ser assim definida:

1- reunião com todos os responsáveis pelas empresas têxteis, com a presença do Promotor de Justiça, e de representante da FEEMA, IBAMA, FIRJAN e do SEBRAE, para a explicar o projeto e as obrigações a serem desenvolvidas por cada um; 2- avaliação, pelo Centro Tecnológico Ambiental, das condições ambientais de cada uma das empresas têxteis, cujo estudo será submetido à FEEMA; 3- identificada a situação de cada empresa, o Promotor de Justiça preparará a minuta do Termo de Ajustamento de Conduta, que conterá as obrigações a serem cumpridas, em determinados prazos, e a encaminhará para avaliação e discussão com cada empresário; 4- assinatura do TAC perante o Ministério Público Estadual e FEEMA. Na hipótese do empresário não manifestar interesse em se adequar com a formalização do compromisso será proposta ação civil pública visando a tal finalidade; 5- cumpridas as exigências de adequação, a empresa receberá a licença de operação.

Os resultados deste trabalho apontam dois aspectos importantes: a) uma grande parte das empresas não estar de acordo com a legislação ambiental; b) o trabalho de levantamento do passivo não contemplou todas as atividades potencialmente poluidoras em atividade dentro da APA,vez que o cadastro da FEEMA só contempla as empresas que passaram ou estão passando pelo processo de licenciamento ambiental. Caberá uma ampliação da avaliação do Parque Industrial envolvido de forma a melhor determinar as estratégias de gerenciamento ambiental.

É importante enfocar que, os problemas ambientais que vive a APA- Petrópolis decorrem da perdulária relação estabelecida entre os sistemas produtivo e econômico, vez que um propicia o desenvolvimento do outro, sem que, ne-

cessariamente, o sistema natural seja respeitado, ainda, a agravar este modelo, insustentável nos deparamos com a inércia administrativa no que concerne à vigilância e controle das atividades industriais, o que permite que a atual situação se perpetue.

A interiorização dos custos ambientais não foi assumida pelos responsáveis do setor industrial, não obstante desde 1981, com o advento da Política Nacional do Meio Ambiente já existirem as responsabilidades administrativa e civil por danos ao meio ambiente, inclusive, com a possibilidade de suspensão ou interdição das atividades industriais, foco da poluição. Como resultado temos uma realidade que não destoa das demais regiões brasileiras, vale dizer, que quase 80% das indústrias estabelecidas na APA – Petrópolis não estão legalizadas sob o aspecto ambiental, portanto, vulneráveis à fiscalização e a ações na Justiça. Assim, entendemos que a execução do projeto de conversão do passivo é essencial para a gestão da APA, mas, também, de especial interesse dos empresários.

Concluído o trabalho com as indústrias têxteis, e após uma melhor visualização do encaminhamento da problemática as demais atividades serão aglutinadas em grupo, o que permitirá o desenvolvimento do projeto com todas as demais, ao mesmo tempo.

Não poderíamos deixar de realçar dois questionamentos que tornam a execução do projeto mais complexa, uma vez que não se trata, tão somente de cumprimento de lei ou mesmo de vontade em adequar-se. Trata-se da saúde financeira das empresas, que, em sua maioria, são pequenas e micros, portanto, sem recursos suficientes para a implantação de tecnologias mais modernas e, por via de conseqüência, menos poluentes, sem falar na instalação da estação de tratamento de resíduos e a outra que, também, tem a ver com recursos financeiros é o pagamento de compensação ambiental pelos danos ambientais perpetrados ao longo do tempo e, ainda, a compensação ambiental ínsita do licenciamento corretivo e decorrente da utilização dos recursos naturais.

Tais dificuldades representam mais um desafio para todos os envolvidos na gestão ambiental integrada da APA – Petrópolis e as soluções já estão sendo criadas, tais como a possibilidade de aplicação das verbas do SEBRAETEC, ainda, considerando a situação individual de cada empresa e a participação desta na sua adequação propiciar a permuta da compensação ambiental em espécie, por serviços à comunidade, integrando a empresa ao programa de responsabilidade social da FIRJAN.

As idéias aqui expostas representam um esforço para reverter o paradigma atual de desequilíbrio ecológico e do comprometimento da capacidade depurativa e regenerativa dos recursos naturais, que impõem a continuidade da gestão ambiental na APA – Petrópolis.

5. CONCLUSÕES ARTICULADAS

5.1 O licenciamento ambiental é o um dos instrumentos mais eficazes de tutela preventiva do meio ambiente

5.2 Em razão da responsabilidade objetiva ambiental, o órgão licenciador que não observar o prazo para concessão da licença ambiental será responsável solidário na reparação dos danos decorrentes de início de atividade potencialmente poluidora, em processo de licenciamento

5.3 Para maior efetividade à tutela protetiva, as Universidades Públicas e os renomados Institutos de Pesquisa poderão colaborar com os órgãos ambientais competentes na avaliação dos estudos preliminares e de impacto ambiental

5.4 A implementação dos Conselhos de Meio Ambiente deliberativos nos Municípios propiciará a realização de Convênio, com fins à fixação da competência municipal, para licenciamento de atividade potencialmente poluidora, com pequeno impacto ambiental local

5.5 O termo de ajustamento de condutas é eficiente instrumento de gestão compartilhada, para fins de licenciamento ambiental corretivo

5.6 No licenciamento ambiental corretivo o passivo ambiental pode ser compensado, pela empresa, com a prestação de serviços à comunidade objetivo a inserção da atividade na realidade local.

A EFICÁCIA DO PLANO DE RECUPERAÇÃO DE ÁREAS DEGRADADAS NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL DE EMPREENDIMENTOS MINERÁRIOS

ELIANE PEREIRA RODRIGUES POVEDA
Advogada do Departamento Jurídico da Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental - CETESB.
Especialista em Gestão Ambiental pela UNICAMP e em Direito Ambiental pela USP, mestranda em Administração e Política de Recursos Naturais do Instituto de Geociências da UNICAMP

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Este trabalho é uma reflexão acerca da eficácia legal do Plano de Recuperação de Área Degradada criado com vistas a reabilitar as áreas degradadas à normalidade anterior, ressalvada a estabilidade da área utilizada nos Empreendimentos Minerários. É uma análise crítica da contribuição do ponto de vista de Instrumento de Gestão para a proteção do Meio Ambiente, decorridas duas décadas da Lei Nacional de Proteção ao Meio Ambiente, visando não somente dotar a importância do cumprimento do direito positivo imposto tanto para a Administração como para os administrados face aos conflitos existentes.

O estudo tem por escopo induzir à reflexão que na verdade uma lei não precisa ser "eficaz ou não", ela precisa modenizar-se para acompanhar a dinâmica das necessidades sociais e do desenvolvimento dentro do contexto social. O que **deve e precisa ser eficaz é o conjunto institucional e o projeto técnico** que irão juntos dar cumprimento ao arcabouço legal.

Se os três Marcos (**Legal, Técnico e Institucional**) não apresentarem equilíbrio dinâmico, o processo tende a ser ineficaz e por sua vez a legislação não atinge a eficácia social desejada, comprometendo o sistema jus ambiental vigente, bem como o equilíbrio entre o desenvolvimento sustentável e a proteção dos recursos naturais finitos para o Planeta.

2. INTRODUÇÃO

O rápido crescimento da população mundial levou à necessidade de grandes incrementos da produção agropecuária e minerária, os quais vêm sendo obtidos através da aplicação intensiva de novas tecnologias e pela conquista de novas

fronteiras. Contudo, tem-se observado efeitos negativos, principalmente com a degradação dos ecossistemas, até então estáveis e harmônicos.

O problema das áreas degradadas é uma característica típica das sociedades industriais modernas. Ele é o resultado de muitas décadas de ações predatórias do homem em relação ao meio ambiente natural, que se manifestam de várias maneiras, quer destruindo os elementos que o compõem, como a derrubada das matas, quer contaminando-os com substâncias que lhes alterem a qualidade, impedindo seu uso normal, como se dá com a poluição do ar, das águas, do solo e da paisagem. Esta situação é agravada quando é levado em consideração que a atmosfera (ar, clima), hidrosfera (rios, lagos, oceanos) e litosfera (solo) são três órbitas entrelaçadas que mantêm a vida orgânica, e, deste modo, contaminação de uma componente compromete a pureza e o funcionamento ecológico das outras, direta ou indiretamente (SILVA 2000).

Em termos ecológicos, a degradação define-se como a superação da capacidade do ecossistema de se auto-recuperar, ou seja quando a resiliência está comprometida, necessitando da intervenção humana para sua recuperação.

O maior impacto das atividades do homem sobre o planeta ocorreu a partir da Revolução Industrial, a qual orientou-se na busca de redução de custos e do aumento da capacidade de produção, negligenciando-se nas preocupações coma conservação dos recursos naturais e nos impactos ao meio ambiente e à saúde humana.

A alteração adversa das características do meio ambiente é definida pela lei como a degradação da qualidade ambiental (Lei Federal nº 6.938/81, art. 3º inciso II). A mesma lei, em seu art. 3º, inciso III estabelece que poluição é:

> *"degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudique 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) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos".*

Assim, a poluição afirma-se como uma forma de degradação dos recursos ambientais, onde as substâncias poluentes circulam de um meio para o outro e destes para os organismos vivos, incluindo o homem.

A Lei Estadual nº 997/76 em seu art. 2º considera poluição do meio ambiente[1]:

> *"a presença, o lançamento ou a liberação, nas águas, no ar ou no solo, de toda e qualquer forma de matéria ou energia, com intensidade, em quantidade, de concentração ou com características em desacordo com as que forem estabelecidas em decorrência desta Lei, ou que tornem ou possam tornar as águas, o ar ou solo:*
> *I - impróprios, nocivos ou ofensivos à saúde;*

[1] Legislação Estadual: controle de poluição ambiental – Estado de São Paulo São Paulo: CETESB, 2003.

II - inconvenientes ao bem estar público;
III - danosos aos materiais, à fauna e à flora;
IV - prejudiciais à segurança, ao uso e gozo da propriedade e às atividades normais da comunidade".

Portanto, poluição que pode causar um dano.

Reitere-se que a Política Nacional de Meio Ambiente ao definir poluição como degradação mistura dois conceitos técnicos. A degradação é gênero do qual poluição é espécie.

Segundo SANCHEZ (2001), "desde que a poluição de origem industrial começou a se manifestar, seus efeitos se refletem sobre o solo". O termo poluição do solo usualmente se refere à presença de substâncias que alteram negativamente sua qualidade e podem por conseguinte, afetar a vegetação que dele depende, a qualidade da água subterrânea ou ainda representar um risco à saúde das pessoas que com ele entrem em contato direto.

O solo, além da poluição, também sofre outra forma de degradação: a erosão, que lhe causa destruição e deterioração. Ela consiste na remoção ou transporte dos elementos constituintes do solo para as planícies, para os vales, para o leito dos rios e até para o mar, em conseqüência da ação de agentes externos. Contribui, como se vê para gerar problemas na água.

Neste contexto, no presente trabalho, serão considerados sinônimos solos poluídos e solos contaminados, que levam a formação de áreas degradadas.

Áreas ou sítios contaminados e/ou degradados, são via de regra área industriais fechadas ou abandonadas nas quais, no passado, forma usadas substâncias nocivas (SCHIANETZ 1999). Tal uso existe especialmente quando as mencionadas substâncias tiverem sido ensacadas, engarrafadas, produzidas, tratadas ou utilizadas. Exemplos típicos de sítios contaminados são postos de combustíveis, galvanizadoras, bem como indústrias processadoras /beneficiadoras de metais e indústria química.

Segundo a definição proposta pela OTAN (Organização do Tratado do Atlântico Norte), "área contaminada é aquela que contém substâncias, que quando presente em concentrações suficientes, provavelmente, causarão danos direta ou indiretamente ao homem, ao meio ambiente, ou a outro bem que deva ser protegido".

Os tipos de áreas contaminadas identificados por ANDRADE (1996), incluem, entre outros, os chamados lixões (um terço das áreas contaminadas inventariadas em vários países), os locais onde acontecem acidentes, as instalações de tratamento ou disposição final de resíduos sólidos regularmente licenciadas, mas com operação deficiente, as instalações industriais de processamento, recuperação ou armazenagem de matérias primas, produtos e resíduos perigosos, postos de combustível com tanques de armazenagem subterrânea *e os locais de "bota-fora" de indústria de mineração*.

Em muitos lugares, a percolação das substâncias nocivas no subsolo e no aqüífero não está mais em equilíbrio com a capacidade de auto-purificação e regulação desses meios ambientais. Substâncias nocivas que já entraram nesses meios ambientais ou ameaçam entrar neles fazem uma antiga localização industrial ou

um antigo aterro sanitário se torne uma área degradada. Substâncias nocivas são aquelas consideradas perigosas quando elas apresentarem uma ou várias características físico-químicas ou tóxicas aos organismos humano ou meio ambiente, como por exemplo substâncias mutagênicas, cancerígenas, infecciosas, etc.

3. DEGRADAÇÃO PROVOCADA POR ATIVIDADES EM EMPREENDIMENTOS MINEIROS E OS PLANOS DE RECUPERAÇÃO DAS ÁREAS AFETADAS

No Brasil, os principais problemas oriundos da mineração podem ser englobados em quatro categorias: poluição da água, poluição do ar, poluição sonora, e subsidência do terreno.

Em geral, a mineração provoca um conjunto de efeitos não desejados que podem ser denominados de externalidades. Algumas dessas externalidades são: alterações ambientais, conflitos de uso do solo, depreciação de imóveis circunvizinhos, geração de áreas degradadas e transtornos ao tráfego urbano. Estas externalidades geram conflitos com a comunidade, que normalmente têm origem quando da implantação do empreendimento, pois o empreendedor não se informa sobre as expectativas, anseios e preocupações da comunidade que vive nas proximidades da empresa de mineração. (BITAR, 1997).

Kopezinski (2000) afirma ser inegável que a mineração assuma importância decisiva para o desenvolvimento no mundo moderno, Entretanto, esta atividade deixa imensas áreas degradadas que, na maioria das vezes, não podem ser ocupadas racionalmente. E afirma ainda que: minerar é uma das atividades mais primitivas exercidas pelo homem como fonte de sobrevivência e produção de bens sociais e industriais. A forma de extrair os bens minerais que a natureza nos oferece tem sido aprimorada nos últimos cinqiienta anos. Como atividade extrativa, a mineração exercida sem técnicas adequadas e sem controle, pode deixar um quadro de degradação oneroso na área que a abriga. A atividade mineral requer, para seu êxito, cuidadoso planejamento a partir do conhecimento efetivo da situação, a adoção de tecnologia evoluída e aplicável ao caso específico por uma equipe qualificada e o restabelecimento das condições anteriores encontradas ou recomendadas.

Todo ato de minerar, tanto a céu aberto como subterrâneo, modifica o terreno no processo da extração mineral e de deposição de rejeitos. O bem mineral extraído não retorna mais ao local, fica em circulação, servindo ao homem e às suas necessidades. Esse aspecto traz consigo uma dúbia questão, pois se, de uma certa maneira, a mineração degrada o terreno, é verdade também que este ambiente pode ser reestruturado de forma aceitável, limitando o impacto ambiental negativo a um curto período de tempo. A reestruturação é um dos elementos que devem ser objeto de preocupação e de ações efetivas desde os primórdios do processo de planejamento, durante a exploração da jazida, até um período após o término da atividade mineira no local.

A implantação de um programa de recuperação de uma área tem como objetivo minimizar ou eliminar os efeitos adversos decorrentes das intervenções e al-

terações ambientais inerentes ao processo construtivo e à operação do empreendimento, as quais são potencialmente geradoras de fenômenos indutores de impactos ambientais que manifestar-se-ão nas áreas de influência do empreendimento.

Em mineração, a degradação de uma área independentemente da atividade ali implantada, se verifica quando a vegetação, e por conseqüência a fauna, são destruídas, removidas ou expulsa, a camada fértil do solo é perdida, removida ou coberta, afetando a vazão e a qualidade dos corpos d'água superficiais ou subterrâneos, refletindo-se na alteração das características físicas, químicas e biológicas da área afetando seu potencial sócio-econômico.

A estratégia para a modificação desse processo degradatório já está claramente definida com a consagração do desenvolvimento sustentável, que, em síntese, define, que os recursos naturais são a base do desenvolvimento econômico e , que, portanto, proteção ambiental e desenvolvimento econômico são inseparáveis. Ou seja, hoje a tarefa primordial, consiste em impedir o surgimento de novas áreas degradadas, como lembra ANDRADE (1996). Esse caminho certamente é o melhor em termos ecológicos bem como econômicos. A experiência mostra que isso somente é possível se houver vontade política e se todos os envolvidos nesse processo buscarem um diálogo.

Entretanto, é importante que se tenha em mente que, além de existir um enorme passivo de degradação ambiental a ser recuperado, há que se ponderar que a adequação dos comportamento humanos e dos parques produtivos aos novos conceitos, provavelmente, não se realizará com rapidez, a eficiência e a eficácia desejadas para a sustentabilidade dos recursos ambientais.

Há, portanto, *necessidade de se aperfeiçoar os mecanismos de gerenciamento das atividades causadoras de poluição e de se criar procedimentos para a recuperação de áreas de qualidade ambiental degradada* (ANDRADE 1996).

Assim, outra tarefa importante é investigação, análise e recuperação da degradação existente, objeto de estudo deste trabalho. Ela é substancialmente mais difícil e dispendiosa. Há muito tempo já se descobriu que também no Brasil, país com tais dimensões deverá apresentar pontos críticos em algum momento. A qualidade da água potável é um desse pontos críticos. Outro ponto crítico é a utilização dos espaços de vida. Sobretudo nas áreas de grande concentração demográfica das maiores cidades industriais do Brasil, o problema das áreas degradadas se manifesta com clareza absoluta. Em outros lugares há inúmeros casos que ainda não chegaram ao conhecimento da opinião pública (SCHIANETZ 1999).

O Dicionário Brasileiro de Ciências Ambientais (SILVA et al. 1999) define a recuperação ambiental, como o "processo artificial de tentativa de recomposição de determinadas áreas degradadas ao seu estado natural original". No entanto, há entendimento equivocado para o retorno ao estado original, antes da degradação é a restauração, situação quase impossível a ser conseguida dado a dinâmica, peculiaridades dos ecossistemas e dos elementos que o compõe.

Nas atividades de mineração elaborado pelo IBAMA (1990), a recuperação significa que o sítio degradado será retornado a forma e utilização de acordo com um plano preestabelecido para o uso do solo, significando que o sítio degradado

terá condições mínimas de estabelecer um novo equilíbrio dinâmico, um novo solo e uma nova paisagem.

A recuperação se dá através da definição de um plano de recuperação (**restauração ou reabilitação**) que considere os aspectos ambientais, estéticos e sociais, frente à futura destinação que se pretende dar a área, permitindo um novo equilíbrio ecológico para a mesma (FERNANDES e NEPOMUCENO 1991).

Dentre todas as definições de tratamento da degradação ambiental o importante, como lembra SANCHEZ (2001), é que o objetivo de todas ações de recuperação pode ser o de eliminar ou reduzir a quantidade de substâncias nocivas presentes no solo ou na água subterrânea. A remediação, entendida como remoção dos contaminantes até níveis considerados seguros e compatíveis coma proteção humana e dos ecossistemas, também pode ser empregado no caso de medidas que visem isolar os setores mais contaminados de um sítio, com o objetivo de estancar a disseminação de substâncias nocivas ao meio ambiente.

4. ASPECTOS LEGAIS VIGENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO PARA A RECUPERAÇÃO DE ÁREAS DEGRADADAS

A partir da Conferência Mundial sobre Meio Ambiente, realizada em Estocolmo, Suécia, em 1972, a preocupação com as questões ambientais passou a fazer parte das políticas de desenvolvimento adotadas principalmente nos países mais avançados. O Brasil, embora tenha participado da Conferência de Estocolmo, apenas em 1981 promulgou a Lei Federal nº 6.938, estabelecendo a Política Nacional do Meio Ambiente. Nessa lei estão todos os fundamentos que definem a proteção ambiental em nosso país e que, posteriormente, durante a década de 80, foram regulamentados através de decretos, normas, resoluções e portarias (IBRAM, 1992).

Assim, a Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, regulamentada pelo Decreto nº 99.274/90, dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e prevê expressamente em seu Art. 4º, que a Política Nacional do Meio Ambiente visará:

> *VII - (...)* **obrigação de recuperar** *e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos."*

Deve ser citada, novamente, a Lei nº 6.938/81 (Política Nacional de Meio Ambiente), que adota o critério da **responsabilidade objetiva** em seu artigo 14º, pelo qual "... o poluidor é obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade." Nesta teoria da responsabilidade objetiva não se cogita o elemento de culpa. O empreendedor que, ao criar e operacionalizar a sua atividade cria riscos para terceiros, fica obrigado a reparar qualquer dano àquele causado, ainda que a sua atividade e a sua atitude estejam isentas de culpa. Assim, o fundamento jurídico da obrigação de reabilitar áreas degradadas repousa no dever de reparar o dano causado ao meio ambiente, cujos danos podem ter origem em atividade lícita, permitida por lei ou ilícita.

Uma série de instrumentos legais, a começar pela Constituição Federal, promulgada em 1988, regula as atividades potencialmente poluidoras, ditando normas e procedimentos para que as operações transcorram dentro de condições de controle. O artigo 225 da Carta Magna, também conhecido como Capítulo do Meio Ambiente, estabelece que "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-la e preservá-la para as presentes e futuras gerações". Este artigo incumbe ao poder público "exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente degradadora do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade". Determina-se, ainda, de acordo com o parágrafo 2º do artigo 225 da CF que *"aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado*, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei".

No entendimento de (SOUZA,2002), o vocábulo recuperar utilizado no art. 225, § 2º da Constituição imputa ao minerador uma obrigação de fazer, que somente pode ser interpretada como a de reabilitar o meio ambiente degradado pela atividade mineral, pois a lei não pode exigir o impossível, como o retorno da área à situação anterior às operações de lavra. A responsabilidade objetiva do minerador é, pois, a da recuperação do meio ambiente degradado em conseqüência do exercício de atividade legítima e regularmente autorizada; essa recuperação deve ser realizada com a finalidade de reabilitar a área degradada em decorrência das operações de lavra efetuadas. O aludido dispositivo constitucional estabelece que, terminada a fase de lavra, a recuperação da área degradada pela mineração deverá ocorrer conforme a solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei, aprovada quando do licenciamento ambiental da atividade.

O Código de Mineração com a redação dada ao art. 19 pela Lei n.º 7.805/89 expressamente responsabiliza o minerador legalmente autorizado pela reparação dos danos causados ao meio ambiente, sem distinguir a sua natureza (civil, administrativa ou penal), *in verbis*: "Art. 19 - O titular da autorização de pesquisa, de permissão de lavra garimpeira, de concessão de lavra, de licenciamento ou de manifesto de mina responde pelos danos causados ao meio ambiente" Portanto, a não recuperação do dano ambiental causado pela atividade de mineração pode acarretar sanções de natureza penal e administrativa, sem desonerar o minerador da obrigação de recuperar o meio ambiente degradado pela atividade (responsabilidade civil).

Aduz ainda o autor que, a Administração Pública tem o poder de polícia para controlar as atividades que causam impactos ambientais, por meio do controle direto das fontes geradoras de poluição ou utilizadoras de recursos naturais. *As penalidades administrativas típicas são as de cunho pecuniário (multa) ou ligadas ao regime autorizativo para o exercício de atividades (embargo, interdição ou suspensão)*. A responsabilidade penal é sempre de caráter subjetivo, pois pressupõe a aferição da vontade do autor para a prática do ato delituoso definido como crime, enquadrando-a nos parâmetros do dolo (consciência e vontade livre de realizar a conduta delituosa) ou da culpa (violação do dever de cuidado, atenção e

diligência com que todos devem pautar-se na vida em sociedade). As penalidades criminais são aplicadas exclusivamente pelo Judiciário.

Com relação às sanções penais, a Constituição Federal estabeleceu que "as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar o dano".

Em 1998 a promulgação da Lei Federal nº 9.605, de 12.02.1998, determinou a passagem das questões relacionadas a danos ambientais do âmbito administrativo para o âmbito criminal. Essa Lei, também conhecida como Lei de Crimes Ambientais, especifica as condições nas quais danos ambientais serão considerados e tratados como crime, com penas de indenização e de reclusão. Essa Lei determina, também, a co-autoria dos crimes ambientais, definida para todos aqueles que, de alguma forma, atuaram na ação que determinou o dano, no caso de empresas, desde o operário comum até o presidente do conselho administrativo, além das autoridades públicas que tenham, comprovadamente, negligenciado o fato.

A lei de crimes ambientais, certamente, é provida de imperfeições, mais, sem sombra de dúvidas, em sua essência, é nítido o resultado, de certa forma harmônico, da interseção entre o Direito Penal e o Direito Ambiental, interagindo os seus princípios basilares, ao lidar com a complexidade de objeto tutelado – o *bem ambiental*.[2]

No Brasil, os principais problemas oriundos da mineração podem ser englobados em quatro categorias: poluição da água, poluição do ar, poluição sonora, e subsidência do terreno.

Em geral, a mineração provoca um conjunto de efeitos não desejados que podem ser denominados de externalidades. Algumas dessas externalidades são: alterações ambientais, conflitos de uso do solo, depreciação de imóveis circunvizinhos, geração de áreas degradadas e transtornos ao tráfego urbano. Estas externalidades geram conflitos com a comunidade, que normalmente têm origem quando da implantação do empreendimento, pois o empreendedor não se informa sobre as expectativas, anseios e preocupações da comunidade que vive nas proximidades da empresa de mineração. (BITAR, 1997).

Frente aos impactos gerados e externalizados, mister o entendimento do objeto a ser tutelado, segundo (SILVA, 2000) "o objeto de tutela jurídica não é tanto o meio ambiente considerado nos seus elementos constitutivos. O que o Direito visa a proteger é a qualidade do meio ambiente em função da *qualidade de vida*. Pode-se dizer que há dois objetos de tutela, no caso: um *imediato*, que é a qualidade do meio ambiente; e outro mediato, que é a saúde, o bem-estar e a segurança da população, que se vem sintetizando na expressão "qualidade de vida". É certo que a legislação protetora toma como objeto de proteção não tanto o ambiente globalmente considerado, mas dimensões setoriais, ou seja: propõe-se a tutela da qualidade de elementos setoriais constitutivos do meio ambiente, como a qua-

[2] D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. Direito Ambiental Econômico e a ISO 14000. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2004.

lidade do solo, do patrimônio florestal, da fauna, do ar atmosférico, da água, do sossego auditivo e da paisagem visual".

Pelo exposto, a atividade mineradora se enquadra em todas as definições referenciadas anteriormente e, por isso mesmo, encontra-se em posição de permanente atenção para o cumprimento da legislação nas etapas de implantação, operação e fechamento e/ou desativação. O principal dispositivo legal sobre Fechamento de Mina (também designado Desativação de Empreendimento Mineiro), foi recentemente formalizado pela Portaria DNPM nº 237, de 18.10.2001, alterada pela Portaria nº 12, de 22.01.2002, instituindo as Normas Reguladoras de Mineração - NRM. Particularmente para tratar do tema foi criada a NRM 20, onde são definidos os procedimentos administrativos e operacionais a serem adotados no caso de "suspensão, fechamento de mina e retomada das operações mineiras". Também devem ser observados os conceitos prescritos na NRM 21, que trata da "reabilitação das áreas pesquisadas, mineradas e impactadas".

Em 21 de agosto de 2002, o Diretor Geral do DNPM editou a portaria n° 375 criando um grupo de trabalho GT, com a participação de entidades governamentais e organizações privadas representativas de diversos setores da mineração, para, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, elaborar uma proposta de diretrizes governamentais para o Setor Mineral sobre "Desativação de Empreendimento Mineiro".

Para efeito da NRM 20, o termo Fechamento de Mina designa a cessação definitiva das operações mineiras. Em função das características muito particulares nessa etapa dos empreendimentos de mineração, tem se verificado com freqüência cada vez maior discussões em torno desse assunto, envolvendo vários níveis do empresariado, sociedade civil, poder público e Organizações Não Governamentais.

Entretanto, segundo Reis & Barreto (2000), não se tem ainda completamente definido e entendido o conceito de Desativação de Empreendimento Mineiro porque não se teve a oportunidade de vivenciá-lo extensivamente pela novidade que representa, pela inexperiência no assunto, pela falta de dados comparativos. De uma maneira geral, porém, pode-se considerar o fechamento de mina como um processo de encerramento das atividades de lavra por razões de ordem técnica, legal ou econômica, em virtude de esgotamento ou exaustão da reserva mineral ou em razão da inexistência de condições que permitam a continuidade da lavra de um depósito mineral.

Mas há que se destacar que a Desativação de um Empreendimento Mineiro pode se fazer necessária em virtude da perda de economicidade do projeto, que pode ser atribuída à inviabilidade provocada por condições econômicas operacionais de lavra, por problemas de infra-estrutura para transporte e comercialização do minério, por razões de mercado, em função do nível de preços do minério, por reduzida demanda do produto ou por um conjunto de condições que venham provar a ausência de condições econômico-financeiras compatíveis para o prosseguimento do empreendimento.

Não se pode deixar de lado, também, o fato de que o empreendimento mineiro também pode ter suas atividades encerradas por impedimentos legais à lavra do depósito mineral, motivado por decisões de natureza administrativa emanadas de

órgãos governamentais competentes, inclusive ambientais, ou de natureza judicial motivadas por sentenças transitadas em julgado, e até mesmo por causas naturais.

É preciso enfatizar, ainda, que do ponto de vista de gerenciamento empresarial, a desativação nada mais é do que uma conseqüência previsível da criação de um empreendimento.

Qualquer que seja a razão que leve ao fechamento de uma mina, *coloca-se o problema da recuperação de áreas degradadas e reutilização do terreno*. No âmbito da mineração, a recuperação de áreas degradadas é geralmente entendida, como o conjunto de ações que visam tornar a área apta para algum uso produtivo, não necessariamente idêntico ao que antecedeu a atividade de mineração (SANCHEZ, 2000).

Diante do exposto, tem sido utilizado o instrumento denominado Plano de Fechamento o qual, após a avaliação pelo DNPM e pelo órgão ambiental competente, deve ser aprovado com a conseqüente emissão de uma Certidão de Aprovação.

Em última análise, um Plano de Fechamento ou Plano de Desativação de Empreendimento Mineiro, deve considerar as condições do ambiente de entorno, com uma indicação de uso futuro da área do empreendimento mineiro, que deverá ser apoiada e justificada com base nas tendências de uso e ocupação do entorno, do potencial de estabilização e suporte dos ambientes atuais e futuros, e considerando-se as restrições relacionadas aos aspectos específicos do meio físico.

O Decreto nº 97.632, de 10 de abril de 1989, que dispõe sobre a regulamentação do artigo 2º, inciso VIII, da Lei nº 6.938, determina:

> *"Art. 1º - Os empreendimentos que se destinem à exploração de recursos minerais deverão, quando da apresentação do Estudo de Impacto Ambiental - EIA e do Relatório de Impacto Ambiental - RIMA, submeter à aprovação do órgão ambiental competente um* ***plano de recuperação de área degradada****."*

Em seu Art. 2º, o mesmo decreto define o conceito de degradação:

> *"(...) são considerados como* ***degradação os processos resultantes dos danos ao meio ambiente,*** *pelos quais se perdem ou se reduzem algumas de suas propriedades, tais como, a qualidade ou capacidade produtiva dos recursos ambientais."*
>
> *Por fim, em seu Art. 3º, o decreto estabelece a finalidade dos Prad:*
>
> *"****A recuperação deverá ter por objetivo o retorno do sítio degradado a uma forma de utilização, de acordo com um plano preestabelecido para o uso do solo, visando a obtenção de uma estabilidade do meio ambiente****."*

A Constituição do Estado de São Paulo prevê expressamente no artigo 193, II, a adoção de medidas para manter e promover o equilíbrio ecológico e a melhoria da qualidade ambiental, prevenindo a degradação em todas as suas formas e impedindo ou mitigando impactos ambientais negativos e **recuperando o meio ambiente degradado.**

A primeira norma tratando especificamente de questões relacionadas à Avaliação de Impacto Ambiental - AIA de projetos de mineração editada no Estado foi a Resolução SMA nº 18, de 23.10.89, que disciplinava a obrigatoriedade de

apresentação de Plano de Recuperação de Área Degradada (Prad) instituída pelo Decreto Federal nº 97.632, de 10.04.89. Enquanto o Decreto limitava-se a ampliar o conteúdo obrigatório do EIA, de modo a garantir a recuperação das áreas degradadas pela atividade, e criar um instrumento próprio para tratar esta questão em empreendimentos já existentes, a Resolução foi mais específica, não reconhecendo o Prad como instrumento hábil para o licenciamento corretivo de empreendimentos devidamente licenciados pela CETESB (DIAS, 2001).

Esta diferença, sutil à primeira vista, teve grandes conseqüências na dinâmica de aplicação do processo de AIA ao setor mineral em São Paulo. Por esta norma, a exigência de EIA para empreendimentos de mineração ficou ainda mais estreitamente ligada à figura do licenciamento, ou seja, os empreendimentos minerários existentes, porém não devidamente licenciados pela Cetesb, ficavam sujeitos à exigência de EIA/Rima para obtenção da licença ambiental, apesar do caráter intrinsecamente prévio do instrumento.

Na prática, este e outros instrumentos, também formulados legalmente (Plano de Controle Ambiental - PCA e Relatório de Controle Ambiental - RCA) têm sido muito mais aplicados no setor de extração mineral. Aliás, PCA e RCA são específicos para a extração mineral (Resolução CONAMA nº 9 e Resolução CONAMA nº 10, respectivamente, ambas de 6 de dezembro de 1990) e Resolução SMA nº 4, de 22 de janeiro de 1999, em seu artigo 4º para os pedidos de licença ambiental para empreendimentos minerários.

Todavia, os Planos de Recuperação de Áreas Degradadas, também são importantes instrumentos da gestão ambiental para outros tipos de atividades antrópicas, sobretudo aquelas que envolvem desmatamentos, terraplenagem, exploração jazidas de empréstimos e bota-foras.

Os levantamentos de passivo ambiental podem ser os instrumentos que antecedem um Prad. Um EIA também pode demandar um Prad na qualidade de medida mitigadora. O mesmo é válido para um plano de zoneamento ambiental e para um sistema de gestão ambiental.

Em qualquer dos casos, os Planos de Recuperação das Áreas Degradadas são muito mais voltados para aspectos do solo e da vegetação, muito embora possam contemplar também, direta e indiretamente, a reabilitação ambiental da água, do ar, da fauna e do ser humano. O desenvolvimento de um Prad, basicamente, requer as seguintes atividades: inspeção ambiental da área a ser reabilitada; documentação fotográfica dos itens de passivo identificados; identificação dos processos de transformação ambiental que deram origem aos itens de passivo identificados; caracterização ambiental dos itens de passivo e de seus processos causadores; hierarquização dos itens de passivo, em termos de sua representatividade, assim como de seus processos causadores; estabelecimento de medidas corretivas e preventivas para cumprir com as necessidades de reabilitação ambiental da área e orçamento das medidas.

Da mesma forma que a maioria absoluta dos estudos e serviços ambientais, embora em menor escala, os Planos de Recuperação de Áreas Degradadas costumam demandar equipes multidisciplinares para a elaboração do documento.

É necessário um tempo para que se efetive o equilíbrio desejado na área em que foi realizado o trabalho de recuperador. Deve-se delimitar quais os objetivos

do projeto de recuperação, que devem ser planejados cronologicamente, em escalas de curto, médio e longo prazos. (ALMEIDA, 1999).

Os objetivos de curto prazo envolvem: "recomposição topográfica do terreno; controle de erosão; revegetação do solo; controle dos depósitos de estéreis e rejeitos", entre outros. A médio prazo, busca-se a "reestruturação das propriedades físicas e químicas do solo; a reciclagem dos nutrientes, e o reaparecimento da fauna". E, finalmente, a longo prazo: "a auto-sustentação do processo de recuperação, o inter-relacionamento entre solo-planta-animal, e a utilização futura da área". (IBRAM, 1990).

Num plano de recuperação de áreas degradadas pela atividade de mineração, deverão ser considerados outros aspectos que não somente da poluição do solo e das águas subterrâneas, descritos anteriormente, uma vez que a degradação está prevista pela própria instalação do empreendimento. A adoção de procedimentos específicos incluem o preparo da área a ser minerada, a remoção da camada fértil do solo e sua estocagem, o preenchimento da área lavrada com estéril e rejeito a seco, a recomposição topográfica e paisagística, tratos da superfície final, revegetação, manejo e recuperação da fauna e controle de voçorocas (IBAMA 1990).

Pelo exposto, conclui-se que a recuperação de áreas degradadas é uma atividade factível, porém que exige uma abordagem sistemática de planejamento e visão a longo prazo, **com acompanhamento constante em todas as fases do ciclo de vida do empreendimento minerário, desde a obtenção da outorga dos direitos minerários até o seu fechamento ou desativação**.

5. ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL E AS ETAPAS DO LICENCIAMENTO

Dadas as dimensões do País e as peculiaridades regionais ou locais, a execução da política brasileira de meio ambiente se dá nos três diferentes níveis da Administração Pública - federal, estadual e municipal.

A coordenação e formulação da Política Nacional do Meio Ambiente são de responsabilidade do Ministério do Meio Ambiente. A ele se vincula o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), órgão deliberativo e consultivo de política ambiental.

É de competência do CONAMA o estabelecimento das normas, padrões e critérios para o licenciamento ambiental a ser concedido e controlado pelos órgãos ambientais estaduais e municipais competentes, integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), e pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), em caráter supletivo.

Em decorrência dos dispositivos constitucionais, o exercício da atividade mineradora no País está condicionado a três instrumentos específicos de controle do Poder Público, no que tange aos riscos potenciais de danos ao meio ambiente resultantes da lavra: o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA), o Licenciamento Ambiental (LA) e o Plano de Recuperação de Área Degradada (PRAD). (DNPM, 2002).

O Estudo de Impacto Ambiental (EIA), que precede o licenciamento ambiental de qualquer atividade de aproveitamento de recursos minerais e dele se distingue, tem

sua definição, normas e critérios básicos, e diretrizes de implementação estabelecidos pela Resolução CONAMA nº 01/86 (com base na Lei Federal nº 6.938/81), alterada e complementada pelas Resoluções nº 9/90 e nº 10/90, do mesmo Conselho.

A exigência do EIA aplica-se aos empreendimentos mineiros de toda e qualquer substância mineral, com exceção daquelas de emprego imediato na construção civil (Classe II do Código de Mineração).

O EIA, a ser elaborado obrigatoriamente por técnicos habilitados, deve estar consubstanciado no Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), o qual é submetido ao órgão de meio ambiente competente, integrante do Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA), para análise e aprovação. Nesta fase, o RIMA deve ser tornado público, para que a coletividade ou qualquer outro interessado tenha acesso ao projeto e a seus eventuais impactos ambientais e possa conhecê-los e discuti-los livremente, inclusive em audiência pública. A aprovação do EIA/RIMA é o requisito básico para que a empresa de mineração possa pleitear o Licenciamento Ambiental.

A obtenção do Licenciamento Ambiental (LA) é obrigatória para a localização, instalação ou ampliação e operação de qualquer atividade de mineração objeto do regime de concessão de lavra ou licenciamento.

Este licenciamento está regulado no Decreto nº 99.274/90, que dá competência aos órgãos estaduais de meio ambiente para expedição e controle das licenças ambientais como:

- **Licença Prévia (LP)**, a qual é pertinente à fase preliminar do planejamento do empreendimento de mineração e contém os requisitos básicos a serem atendidos nas fases de localização, instalação e operação, observados os planos municipais, estaduais ou federais de uso de solo.
- **Licença de Instalação (LI)** - autoriza o início da implantação do empreendimento mineiro, de acordo com as especificações constantes do Plano de Controle Ambiental aprovado.
- **Licença de Operação (LO)** - autoriza, após as verificações necessárias, o início da atividade licenciada e o funcionamento de seus equipamentos e instalações de controle de poluição, de acordo com o previsto nas Licenças Prévia e de Instalação.

Devem ser observados as normas, os critérios e os padrões fixados nas diretrizes gerais para licenciamento ambiental emitidas pelo Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA). Além destes, devem também ser observados os critérios e padrões estabelecidos pelo órgão estadual de meio ambiente, na esfera de sua competência e na área de sua jurisdição, desde que em consonância com os do nível federal.

De acordo com o Decreto nº 97.632/89, os empreendimentos de mineração estão obrigados, quando da apresentação do Estudo de Impacto Ambiental e do Relatório de Impacto Ambiental, a submeter o Plano de Recuperação de Área Degradada (Prad) à aprovação do órgão estadual de meio ambiente competente.

Este plano contempla a solução técnica adequada, visualizada pela empresa de mineração, à reabilitação do solo degradado resultante da atividade de extração, para uso futuro.

O Prad aprovado pode ser revisto ou alterado posteriormente, com a concordância do órgão ambiental competente, com vistas a incorporar inovações tecnológicas ou alternativas mais adequadas em razão do desenvolvimento dos trabalhos de lavra.

Em casos de empreendimentos de mineração com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, a competência para efetuar o licenciamento ambiental é do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Renováveis (IBAMA), órgão federal vinculado ao Ministério do Meio Ambiente.

A legislação pertinente ao licenciamento ambiental de empreendimentos minerários é complexa e de difícil interpretação, com vários órgãos envolvidos na questão, quais sejam, Departamento Nacional da Produção Mineral - DNPM, em conjunto com os demais órgãos do SEAQUA - Sistema Estadual de Qualidade Ambiental (Daia, Dusm, DEPRN, CETESB) e DAEE – Departamento de Águas e Energia Elétrica, com atribuições concorrentes.

No Estado de São Paulo, visando o cumprimento do estabelecido no Decreto nº 97.632/89, foi editada a Resolução SMA 18, de 23.10.1989, que disciplina os procedimentos para a apresentação de Plano de Recuperação da Área minerada ao órgão ambiental competente, para os empreendimentos que exploram ou se destinam à exploração dos recursos minerais, com a criação do instrumento do Termo de compromisso de entrega do Plano de Recuperação de Área Minerada.

Não obstante, com as atuais normas que definem os procedimentos de licenciamento ambiental de empreendimentos minerários a recuperação da área degradada, está contemplada nos instrumentos do licenciamento, quais sejam, EIA/RIMA, Relatório Ambiental Preliminar- RAP, Relatório de Controle Ambiental - RCA e Plano de Controle Ambiental - PCA.

À luz do princípio da prevenção e do controle da degradação ambiental foi editada importante medida legal por meio da Resolução SMA nº 69, de 06 de novembro de 1997, que dispõe sobre a extração de areia e argila vermelha na Bacia Hidrográfica do rio Jaguari Mirim, impedindo sobremaneira o avanço dos impactos negativos no local, bem como a recuperação do meio ambiente.

Ainda neste diapasão, importante marco legal no âmbito do Estado de São Paulo é a figura da **"Licença Renovável"**, voltada exclusivamente à CETESB, com a introdução do conceito federal na legislação estadual: estipulando prazos para licenciamento, de 2 a 5 anos, e conseqüentemente *a renovação das respectivas licenças*, com base no artigo 71 do Decreto nº 47.397/02, que taxativamente no artigo 71-A, *dispõe acerca da obrigatoriedade das empresas não convocadas a procurar a CETESB para recadastramento*, caso contrário aplica-se o parágrafo 2º, ou seja, perda da validade da licença de operação, constituindo importante ferramenta de atualização e gerenciamento do cadastro das fontes de poluição, com vistas a prevenção de fontes potenciais de poluição no âmbito do estado.

Neste sentido, quanto a renovação da Licença de Operação, mister o esclarecimento do eminente jurista Édis Milaré: *"Porém, se já estiverem em operação com base em licença ambiental, deverão aguardar a renovação do ato autorizativo para serem incorporadas as novas exigências, salvo nos casos em que a lei impuser condições e prazos específicos. Cumpre dizer que nisso não*

implica ofensa ao direito adquirido nem ao ato juridicamente perfeito, pois a própria legislação ambiental impõe a renovação da licença para atividades potencial ou efetivamente poluidoras, vide art. 18 da Resolução CONAMA 237, de 19.12.1997, cuja regra vem sendo gradativamente incorporada pelos Estados, como ocorreu em São Paulo, através do Dec. 47.700, de 04.12.2002, que regulamentou a Lei Estadual 9.509, de 20.03.1997, ***estabelecendo prazos para as licenças e a renovação da Licença de Operação.*** *Esta a tendência da legislação ambiental, que além da renovação do licenciamento, tem exigido a licença de operação corretiva para empreendimentos antigos, consoante art. 34 do Dec. 4.340, de 22.08.2002, e art. 12 da Resolução 006, de 16.09.1987, do Conselho Nacional de Meio-Ambiente - CONAMA; também, os arts. 71-A do Dec. 47.397, de 04.12.2002, do Estado de São Paulo, e o art. 12 do Dec. 39.424, de 05.02.1998, do Estado de Minas* Gerais, ***exatamente para permitir a atualização tecnológica do controle da poluição.***

Ressalte-se ainda, que muito embora no nosso ordenamento jurídico não exista a modalidade de Licença de Desativação e/ou Encerramento de Atividade -, com o advento do Regulamento da Lei Estadual nº 9.509, de 20 de março de 1997, aprovado pelo Decreto nº 47.400, de 04 de dezembro de 2002, foi objeto de uma das considerações no § 1º do artigo 5º da legislação do SEAQUA - Sistema Estadual de Administração da Qualidade Ambiental ***"a necessidade de se estabelecer um procedimento de comunicação do encerramento ou desativação das atividades, como um instrumento preventivo na gestão ambiental de forma a minimizar o surgimento de áreas degradadas"***, constituindo um instrumento legal fundamental na gestão ambiental, para o controle de encerramento ou desativação de empreendimentos industriais, com vistas à prevenção de passivos ambientais.

5.1 A Certificação Ambiental no Licenciamento de Empreendimentos Minerários

Há que se ter em mente que o processo de licenciamento ambiental renovável não foi construído a partir do modelo de Sistema de Gestão Ambiental preconizado pela ISO[3] (ou qualquer outro), tampouco tem entre os seus objetivos obrigar, incentivar ou dificultar sua adoção pelas organizações.

A implementação e a certificação de um sistema de gestão ambiental não é, portanto, pré-condição para a renovação do licenciamento. As normas ISO 14001 e a ISO 14004 definem Aspecto Ambiental como "um elemento da atividade, produto e serviço de uma organização que pode interagir com o meio ambiente de forma benéfica ou adversa". O conceito de Impacto Ambiental, conforme estas mesmas normas, "é qualquer modificação do meio ambiente, benéfica ou adversa, que resulte, no todo ou em parte, das atividades, produtos ou serviços de uma organização".

[3] International Organization for Standardization

Certamente haverá uma aproximação de conceitos entre certificação e licenciamento e é nesse contexto que surge o conceito do "Desenvolvimento Sustentável". Comumente reproduzido no discurso atual, o desenvolvimento sustentável pode ser entendido, no caso das atividades de mineração, como sendo a necessidade de se estabelecer uma linha de conduta que possibilite às empresas conduzir suas atividades, indispensáveis ao bem-estar da sociedade, de maneira mais eficiente e ambientalmente responsável. Significa garantir que os impactos inerentes da mineração, em qualquer de suas fases (implantação, operação e encerramento ou desativação), sejam eles positivos ou negativos, produzam efeitos assimiláveis pelo ambiente.

Buscar o desenvolvimento sustentável representa, certamente, uma das maiores preocupações dos setores produtivos atualmente, independente do ramo de atividades.

A regulamentação ambiental em nível de experiência internacional, aduz a utilização crescente de um mix de instrumentos - comando e controle, instrumentos econômicos e a participação pública no processo, para a eficiência dos procedimentos administrativos, o desempenho dos instrumentos de regulação **está condicionado à natureza das relações entre reguladores e regulados.**

Nas duas últimas décadas a complexa relação entre as atividades humanas e o meio ambiente tem se tornado uma das maiores preocupações, de âmbito global, com importantes repercussões políticas, legais e econômicas, envolvendo a sociedade como um todo. O 'desenvolvimento sustentável', fortificado através da Conferência Mundial Rio-92, constitui caminho sem volta e não só as futuras gerações, mas também a presente dependem da sua assimilação e da sua aplicação maximizadas e reiteradas na Conferência Rio + 10, realizada de 26 de maio a 29 de agosto de 2002, em Johannnesburgo, até porque em várias partes de seu documento final, assinado por todos os países presentes, a mineração foi considerada como **uma atividade fundamental para o desenvolvimento econômico e social** de muitos países, tendo em vista que os minerais são essenciais para a vida moderna[4].

Com a determinação que a Licença de Operação seja objeto de renovação periódica, o Decreto nº 47.397/02 possibilitou a obtenção de ganhos significativos na gestão pública do meio ambiente no Estado de São Paulo por oferecer oportunidades para estimular que as empresas adotem procedimentos que gestão ambiental integrada com vistas a melhorar seu desempenho ambiental, a partir do conceito de melhoria contínua em consonância com os padrões de qualidade ambiental estabelecidos em dispositivos legais estaduais e federais; e que o órgão ambiental mantenha o seu banco de dados com a atualização periódica das informações a respeito dos empreendimentos, facilitando a operacionalização de um inventário de fontes de poluição[5].

[4] Relatório preparado para o CGEE PNUD – Carlos Eugênio Gomes Farias. Outubro de 2002.
[5] Material da aula do Dr. Fernando Rei do curso em Especialização em Direito Ambiental – PUC. /SP. 2005.

6. REFLEXÕES SOBRE A EFICÁCIA DA RECUPERAÇÃO OU REABILITAÇÃO DE ÁREAS DEGRADADAS

Obviamente, temos a consciência de que a legislação, por si só, não garante a defesa do meio ambiente, mas sabemos que a existência de uma boa legislação é um importante suporte para a condução dessa defesa.

O tratamento legal dispensado pela legislação brasileira, não obstante apresentar algumas lacunas, já contém instrumentos essenciais para a defesa ambiental, como a obrigação de recuperar áreas degradadas é suficiente.

As normas contidas no Decreto nº 97.632/89 só se aplicam à reabilitação de áreas mineradas, quando o desejável seria que abrangesse todas as atividades que utilizassem recursos ambientais. O prazo estabelecido no § único do art. 1º do referido decreto serviu como mera formalidade burocrática, pois não era factível em apenas 180 (cento e oitenta) dias a elaboração do PRAD em razão da complexidade da matéria, não ficando ainda ressalvado que a apresentação do plano deveria ser devidamente analisado e aprovado pelo órgão competente.

Assim, não basta o simples protocolo de qualquer plano de recuperação no órgão competente para o estrito cumprimento da exigência legal, o mesmo deve contemplar as soluções de ordem técnica, mas com abordagem dos aspectos sócioeconômicos para a efetividade da reabilitação da área degradada.

Na hipótese de a exaustão da lavra estar ainda longínqua, caberia ao órgão competente, a verificação e acompanhamento periódico, constatando a situação da reabilitação, cotejando com os estudos socioeconômicos apresentados analisando a disponibilidde de recursos financeiros (DIAS, 1998). E ainda aduz acerca de outro conflito que se apresenta com referência a recuperação de áreas degradadas quando o empreendimento só possui a concessão minerária e a superfície pertence a terceiros. No momento da reabilitação, o proprietário da superfície pode exigir que se faça recomposição da maneira que melhor lhe aprouver, diferentemente do plano integrante do EIA/RIMA e aprovado pelo órgão ambiental. O desejável é que o empreendimento faça consulta ao proprietário superficiário sobre as opções desejadas e apresente nos estudos para a reabilitação quais destas opções são compatíveis com a estabilidade dos terrenos, cabendo ao órgão ambiental competente, ao analisar o plano de recuperação de área degradada, considerar aquela opção que julgar mais conveniente, devendo esta decisão ser acatada tanto pelo empreendedor como pelo proprietário superficiário.

Independentemente das possíveis propositurasl legais aqui mencionadas, é importante frisar que o ponto fulcral da questão é que a problemática está tecnicamente confrontada com o desequilíbrio nacional existente, entre os marcos legal, institucional e técnico. O arcabouço legal brasileiro é um dos mais eficazes sob o aspecto jurídico-formal, não obstante sob o aspecto de eficácia social deixa a desejar em face da operacionalidade institucional, salvo algumas exceções, é falha e incompleta.

Contribui para esta situação o fato de que os projetos técnicos (documentos) de Planos de Recuperação de Áreas Degradadas - PRAD, são feitos com poucos recursos financeiros, pela falta crônica de financiamento para este tipo de atividade.

Como eles são feitos, em geral, de forma não completa, surge uma enorme dificuldade analítica para os órgãos reguladores e fiscalizadores, pois os Prads precisam ser corrigidos diversas vezes, fato que retarda o processo em muito.

A Secretaria de Meio Ambiente do Estado de São Paulo, referência em nível de território nacional, em 2004 estabeleceu meta institucional denominada "força/tarefa", com vistas a analisar cerca de 200 (duzentos) Prads existentes, face ao passivo laboral existente no Departamento de Análise de Impactos Ambientais[6].

Este contexto nacional faz com que as pessoas digam que muitas leis brasileiras são ineficazes. Na verdade uma lei não precisa ser "eficaz ou não", ela precisa modenizar-se para acompanhar a dinâmica das necessidades sociais e do desenvolvimento dentro do contexto social. O que **deve e precisa ser eficaz é o conjunto institucional e o projeto técnico** que irão juntos dar cumprimento ao arcabouço legal.

Se os três Marcos (Legal, Técnico e Institucional) não apresentarem equilíbrio dinâmico, o processo tende a ser ineficaz e por sua vez a legislação não atinge a eficácia social desejada, passando por legislação ineficaz.

É cediço que não há a necessidade de se criar mais mecanismos legais de proteção ambiental, não obstante há juristas que entendem que a legislação ambiental brasileira é falha ou omissa a não tutelar a reabilitação de área degradada. O fato é que no contexto de um "Estado Legalista-Fiscalista", **o arcabouço legal não pode ser desvinculado da realidade técnica, econômica e institucional do país**, posto que o arcabouço a legislação ambiental brasileira é uma das mais bem elaboradas do mundo, o desafio é a obtenção dos resultados.

Obter resultados definitivos é um compromisso da nossa Administração Pública, embora haja um desaparelhamento dos órgãos fiscalizadores, quer por agentes técnicos capacitados ou mesmo por aspectos técnico-operacionais. A administração é centralizadora e mister que haja a implementação das políticas públicas existentes.

Neste sentido a título meramente elucidativo, o Estado de Goiás estabeleceu critérios e procedimentos necessários ao licenciamento ambiental das atividades de mineração de areia e argila, que prevê para o licenciamento ambiental de novos empreendimentos de extração mineral de areia e argila no Estado, bem como para a renovação do licenciamento daqueles já existentes, além do cumprimento do disposto na legislação federal e estadual ambiental vigente, constituirá obrigação do empreendedor a recuperação de outra área de equivalente tamanho.

Ora! Tal regulamento é factível na prática? Estarão os administrados e o próprio órgão executor aparelhados para a implementação de mais uma obrigação imposta ao empreendedor? A Administração Pública fará o seu papel frente ao novo marco regulatório imposto aos administrados?

Estes são alguns questionamentos que o legislador em tese deveria refletir antes de editar por editar uma lei ou regulamento, mister se faz uma profunda reflexão acerca da questão, face ao arcabouço de legislação existente no país, sem a eficácia social desejada.

[6] Aula da disciplina Recuperação de Áreas Degradadas. Prof. Luiz Enrique Sánchez. POLI/USP. São Paulo.2004

Não é diferente no Estado de São Paulo que por meio do Projeto de Lei sob nº 253, publicado no Diário Oficial do Estado em 17.04.2004, com vistas a disciplinar o licenciamento ambiental das atividades e empreendimentos minerários, cujo teor dispensa maiores comentários, vez que faz alusão a todos os instrumentos legais e de gestão ambiental que há muito vem sendo utilizados nos procedimentos de licenciamento ambiental no âmbito do Estado de São Paulo e cuja justificativa se pauta exatamente na necessidade de exercer com maior eficácia o seu poder de polícia!

Certo é que para exercer o poder de polícia administrativo com eficácia não há efetivamente a necessidade de edição de mais normas legais. Basta somente **o exercício pleno das normas legais vigentes, já impostas pelo Poder Público, baseadas na relação poder-dever da Administração Pública em cumprir efetivamente com as suas atribuições legais, com vistas *a evitar o dano ambiental*.** Caso contrário, assumirá o risco de ter que responder solidariamente com os causadores diretos do dano ambiental, devido à falta do serviço de sua competência.

Outra questão fundamental reside na apuração da responsabilidade do poluidor-degradador. É claro que o "princípio do poluidor pagador" deverá ser aplicado prioritariamente, mas aqui surge também o problema de identificar o efetivo causador do dano ambiental a ser recuperado, para que o ônus da recuperação não seja assumido pela coletividade.

A rigor, a atividade de lavra constitui uma concessão pela qual a União Federal, não se interessando em ela própria explorar os seus bens minerais, permite a terceiros, em seu nome, a exercer esta atividade.

Assim, no caso dos empreendimentos minerários que têm obrigação de recuperar, ou seja, reabilitar áreas degradadas, a legislação para garantir a execução dos trabalhos a serem executados deveria exigir desde a fase prévia do licenciamento ambiental o fiel cumprimento do Termo de Compromisso para a recuperação da área degradada mediante as seguintes modalidades de prestação de garantias:

- caução em dinheiro ou título da dívida pública;
- fiança bancária, e
- seguro-garantia (obrigação de fazer)

No âmbito do Estado de São Paulo o Termo de Ajustamento de Conduta – TAC é regulado pelas Resoluções SMA nº 05/97 e 66/98 – que estabelecem requisitos próprios para a viabilidade dos acordos, inclusive, no que respeita às sanções cominatórias. O instrumento vem sendo utilizado pela CETESB no âmbito de sua competência para o controle de poluição e remediação de áreas contaminadas, como ferramenta de gestão ambiental firmada entre a Administração Pública e o administrado com obrigação de fazer ou não fazer, para suprimir condutas lesivas, ou para *evitar condutas* que possam implicar em lesão ambiental.

Outro aspecto importante a destacar é a falta de integração das políticas públicas. Especificamente quanto aos empreendimentos minerários, houve a intenção da integração dos procedimentos com os demais órgãos envolvidos no Estado de São Paulo, com a edição da Resolução SMA nº 4, de 22.01.1999, que disciplina o procedimento para o licenciamento ambiental integrado das atividade-

des minerárias, mas na prática, nos deparamos com os conflitos de competência administrativa, com a falta de estrutura técnica e administrativa para a efetividade das ações conjuntas entre os órgãos gestores.

Neste sentido, segundo FREITAS (2002) "a emaranhada e complexa legislação ambiental - seria recomendável uma consolidação - e a imensa estrutura de organismos destinados a aplicá-la parece guardar sintonia quantitativa com o processo de degradação do meio ambiente. Aduz ainda o autor, que a poluição do ar, das águas e do solo, aproveitando-se da dispersão de competências, do esclerosamento das estruturas burocráticas, impotentes diante do poder econômico, também cresce de intensidade".

Diante de todo o exposto, a recuperação de áreas degradadas é uma atividade que deve ser compatibilizada desde a fase da pesquisa minerária, ou seja, antes da obtenção do título minerário junto ao Departamento Nacional da Produção Mineral - DNPM até à fase de sua desativação e/ou encerramento, para que haja planejamento e gestão dos instrumentos contemplados na legislação mineral, quais sejam, o PAE - Plano de Aproveitamento Econômico e o Plano de Recuperação da Área Degradada - Prad, em consonância com os dispositivos legais de proteção ambiental vigentes.

7. CONCLUSÕES ARTICULADAS

7.1 Infere-se que a eficácia do Plano de Recuperação de Área Degradada objeto do presente estudo não atingiu o fim preconizado e a eficácia social desejada, em razão da deficiência apontada entre os marcos legal, institucional e econômico.

7.2 A legislação ambiental não pode ser desvinculada da realidade técnica, econômica e institucional do país, há estudos que são pedidos na fase de licenciamento ambiental e não são acompanhados e controlados pelo Poder Público que os exigiu.

7.3 Indubitavelmente há casos de sucessos na questão da recuperação das áreas degradadas, mas que dependem da postura do empreendimento minerário e de sua responsabilidade sócio-ambiental.

7.4 A dificuldade para o acompanhamento do Prad está exatamente na problemática mencionada no item acerca das reflexões sobre a eficácia da recuperação ou reabilitação de áreas degradadas. Existe discrepâncias acentuadas entre os marcos legal, institucional e técnico que não coadunam com a realidade fática da questão, e o meio ambiente embora tutelado dentro de um arcabouço legal de primeiro mundo está sem a recuperação desejada e muito distante de ser efetivamente protegido frente ao dinamismo da nossa sociedade econômica e da estagnação dos órgãos responsáveis pela implementação das políticas públicas objeto do presente estudo.

7.5 O que se pretende é a celeridade do Poder Judiciário que tem um papel fundamental para a formação da jurisprudência buscando por meio da Lei de Crimes Ambientais aperfeiçoar a individuação da responsabilidade penal mediante o estabelecimentos de

penas consectâneas com a realidade criminal, privilegiando as penas alternativas com fulcro na educação ambiental, bem como dispor sobre a responsabilização da pessoa jurídica, por seus gestores e sobre a responsabilidade pela reparação do dano como efeito da sentença condenatória. Neste sentido, **é preciso agir e cumprir com os deveres impostos no direito positivo brasileiro** e rejeitar as condutas retrocessivas da insciência, da conivência, da indiferença ou da negligência perante os graves fatos da degradação ambiental, caso contrário tanto o princípio da recuperação da área degradada, bem como o do desenvolvimento sustentável que norteiam o direito ambiental e minerário ficarão limitados somente à teoria.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Humberto Mariano de. *Mineração e meio ambiente na Constituição Federal.* São Paulo LTR, 1999.

ANDRADE, AC. *Sistemas de avaliação de prioridades para recuperação de áreas contaminadas por resíduos sólidos.* São Paulo; 1996. [Tese de Mestrado – Faculdade de Saúde Pública].

BITAR, Omar Yazbek. **Avaliação da Recuperação de Áreas Degradadas por Mineração na Região Metropolitana de São Paulo**. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Engenharia de Minas da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, São Paulo 1997.

DIAS, Elvira Gabriela Ciacco da Silva. *Avaliação de Impacto Ambiental de Projetos de Mineração no Estado de São Paulo: A etapa de acompanhamento.* Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Engenharia de Minas da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, São Paulo 2001. 283 p.

DIAS, e Griffith. *Recuperação de Áreas Degradadas.* Editora Folha de Viçosa Ltda. 1998.

D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Direito Ambiental Econômico e a ISO 14000.* Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2004.

IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis. *Manual de recuperação de áreas degradadas pela mineração: técnicas de revegetação.* Brasília;1990.

IBRAM – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. *Manual de recuperação de áreas degradadas pela mineração:técnicas de revegetação.* Brasília: IBAMA, 1990.

FREITAS, Vladimir Passos de (org.) *Direito Ambiental em evolução.* 2ª Edição Curitiba:Juruá, 2002. 398 p.

FERNANDES RS, Nepomuceno LC. *Proposta de metodologia para elaboração de recuperação de áreas degradadas pela atividade de mineração.* Mineração Metalurgia. 1991;519; p.39-43.

HERRMANN, Hildebrando. *Direito Ambiental: Dos Princípios Básicos à responsabilidade por Danos Ambientais* In: Debate Ambiental: Do Conhecimento Multidemensional à Perspectiva de Sustentabilidade, 2002.

KOPEZINSKI, I. *Mineração X meio ambiente: considerações legais, principais impactos ambientais e seus processos modificadores.* Porto Alegre: Editora da Universidade. 2000.

LIMA LMQ. *Recuperação de áreas degradadas por resíduos.* Saneamento ambiental. 1992;18:34-36.

MEDAUAR, Odete. *Coletânea de Legislação de Meio Ambiente.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 3ª Edição. 2002.

SÁNCHEZ, Luiz Enrique. *Desengenharia: o passivo ambiental na desativação de empreendimentos industriais.* São Paulo: Edusp;2001.

SCHIANETEZ, Bojan. *Passivos Ambientais: levantamento histórico: avaliação da periculosidade: ações de recuperação.* Curitiba: SENAI;1999.

SILVA, José Afonso. *Direito ambiental constitucional.* São Paulo: Malheiros; 2000.

SILVA, PPL., Guerra AJT, Mousinho P, Bueno C, Almeida FG, Malheiros T et al. *Dicionário brasileiro de ciências ambientais.* Rio de Janeiro: Thex; 1999.

SOUZA, Marcelo Gomes. *Fechamento de mina: aspectos legais. Brasil Mineral* - nº 203 - Março. São Paulo; 2002.

RISCO DE POLUIÇÃO DAS ÁGUAS SUBTERRÂNEAS: O CASO DO AQÜÍFERO GUARANI EM RIBEIRÃO PRETO/SP

FABIANA PASCHOAL DE FREITAS
Mestra em Direito, na área de Relações Internacionais, pela UFSC. Professora de Direito Ambiental e Direito Internacional na AVEC/RO

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da questão da poluição das águas subterrâneas que se relaciona, antes de tudo, com as atividades humanas realizadas na superfície do terreno onde há ocorrência de aqüíferos, especialmente nas áreas mais suscetíveis à contaminação, ou seja, nas áreas de afloramento e recarga.[1] Partindo-se da teoria da sociedade de risco formulada por Ulrich Beck, este trabalho pretende explicar a noção de risco de poluição em aqüíferos. Para isso, verifica as principais fontes de poluição e suas implicações sobre as águas subterrâneas, com ênfase no Aqüífero Guarani, trazendo, por fim, um estudo de caso na região paulista de Ribeirão Preto, além de apontamentos sobre o EIA/RIMA e o licenciamento como instrumentos jurídicos para a gestão de riscos ambientais.

2. O AQÜÍFERO GUARANI

2.1 Designação do termo

O termo "Aqüífero Guarani" foi a denominação formal atribuída em 1994 pelo geólogo uruguaio Danilo Anton que, em reunião de pesquisadores de universidades da Argentina, do Brasil, do Paraguai e do Uruguai, propôs unificar a nomenclatura do aqüífero de ocorrência comum nos territórios destes quatro países, mas conhecido por nomes diferentes em cada um deles.[2] Utiliza-se também o termo "Sistema Aqüífero Guarani", muitas vezes sob a sigla "SAG", pois não obstante o Aqüífero Guarani constituir-se por formações rochosas distintas,

[1] Os afloramentos são pedaços das rochas que formam o aqüífero que se expõem à superfície, ou seja, que não se encontram confinados (cobertos por outros pacotes de rochas). No caso do Aqüífero Guarani, os afloramentos localizam-se geralmente nas bordas de delimitação do manancial e constituem as suas principais áreas de recarga direta (áreas por onde as águas da chuva se infiltram). Por isso, essas são as áreas mais suscetíveis à poluição.

[2] CAMPOS, 2000, p. 4. Antes de ganhar a sua atual denominação, o Aqüífero Guarani já foi chamado de Aqüífero Gigante do Mercosul (ARAÚJO; FRANÇA; POTTER, 1995, p. 1), por ocorrer nos territórios dos Estados-membros do referido acordo comercial; e era conhecido pelos nomes Botucatu no Brasil, Misiones no Paraguai e Tacuarembó no Uruguai e na Argentina.

estas podem ser tomadas como uma única unidade ou sistema sob o ponto de vista hidrogeológico.[3] O nome Guarani foi escolhido em homenagem ao povo indígena que habitava o domínio geográfico do aqüífero na época do descobrimento da América e primórdios da colonização.[4]

2.2 Referências geográficas

Acredita-se que o Aqüífero Guarani seja o maior reservatório de água doce subterrânea *transfronteiriça* do mundo,[5] situado entre os paralelos 16º e 32º de latitude sul e entre os meridianos 47º e 56º de longitude oeste, estendendo-se ao longo da Bacia do Paraná, no sudeste do Brasil, e pela parte leste da Bacia Chaco-Paraná nos territórios da Argentina, Paraguai e Uruguai.[6]

A extensão total do Aqüífero Guarani é estimada em 1,2 milhões de km², abrangendo quatro países: a) 840.000 km² no Brasil; b) 225.500 km² na Argentina; c) 71.700 km² no Paraguai; d) 58.500 km² no Uruguai.[7]

Portanto, aproximadamente dois terços da sua área de ocorrência situam-se em território brasileiro, estendendo-se aqui por oito estados: a) 213.200 km² em Mato Grosso do Sul; b) 157.600 km² no Rio Grande do Sul; c) 155.800 km² em São Paulo; d) 131.300 km² no Paraná; e) 55.000 km² em Goiás; f) 51.300 km² em Minas Gerais; g) 49.200 km² em Santa Catarina; h) 26.400 km² em Mato Grosso.[8]

Essas estimativas dão uma idéia geral da extensão do Aqüífero Guarani que, segundo Rocha, para ilustrar, constitui área equivalente à dos territórios de Inglaterra, França e Espanha juntos[9] ou, segundo a *Revista Ecologia e Desenvolvimento*, ao território do Amazonas, o maior Estado brasileiro − 18% do todo o Brasil.[10] Importante ressaltar, entretanto, que não se sabe ainda a dimensão final do aqüífero, visto existirem áreas onde ainda não se conhecem os seus limites.[11]

O Aqüífero Guarani é um pacote de camadas arenosas que se depositaram na Bacia Sedimentar do Paraná há 200 milhões de anos. Tais rochas (arenitos) são altamente permeáveis e porosas, capazes de reter água.[12] Difunde-se a idéia de que as águas do Aqüífero Guarani são, em sua maior parte, de excelente qualidade, adequadas para o consumo humano, embora estudos mais recentes contestem essa tese: Rosa Filho acredita que, de toda a área do aqüífero, apenas entre 20 e 30% sejam água potável, tratando-se o restante de águas salobras.[13]

---

[3] VIANNA, 2002, p. 26.
[4] CAMPOS, 2000, p. 4.
[5] ROCHA, 2002, p. 27.
[6] CAMPOS, 2000, p. 4.
[7] Importante observar que os números aqui apresentados constituem apenas estimativas da extensão do aqüífero, podendo variar tais números de um autor para outro. Araújo, França e Potter, por exemplo, estimaram uma área superior a 1.194.000 km² (ARAÚJO; FRANÇA; POTTER, 1995, p. 1); Rosa Filho e outros em aproximadamente 1.195.000 km² (ROSA FILHO et al., 2003, p. 92); Rebouças em 1.195.200 km² (REBOUÇAS, 2002, p. 137); Rocha em 1,2 milhões km² (ROCHA, 1997, p. 191); Campos em aproximadamente 1.194.000 km² (CAMPOS, 2000, p. 4); e assim por diante.
[8] ARAÚJO; FRANÇA; POTTER, 1995, p. 1; REBOUÇAS, 2002, p. 137; ROSA FILHO et al., 2003, p. 92.
[9] ROCHA, 1997, p. 191.
[10] SCHETTINO, 2002, disponível em: <http;//www2.uol.com.br/ecologia/pesquisa-public/ecologia/ecologia_ 104_ 10.htm>. Acesso em: 28 nov. 2003.
[11] É o caso da porção Argentina e parte da porção paraguaia.
[12] ROCHA, 1997, p. 192.

3. A POLUIÇÃO DAS ÁGUAS SUBTERRÂNEAS

Conforme Rocha, "a poluição das águas é a pior herança do século que passou."[14] Grande parte das águas superficiais se encontra hoje poluída, fazendo com que as águas subterrâneas tenham, muitas vezes, que substituí-las, principalmente para o abastecimento público. A crescente demanda e respectivo aumento do uso das águas subterrâneas, entre elas, as águas do Guarani, trazem novos riscos de poluição se não forem implementadas medidas de proteção e de controle na exploração do manancial.

Atualmente, a poluição atinge a atmosfera, as águas e o solo, ameaçando a qualidade do meio ambiente em geral e das águas subterrâneas em particular. Em relação às águas subterrâneas, esses problemas tendem a se tornar mais graves, uma vez que, por ocorrerem abaixo do solo, os processos hidrogeoquímicos são invisíveis, complexos e ainda pouco conhecidos.[15]

As principais fontes de poluição das águas subterrâneas são o esgoto doméstico, o lixo urbano, os efluentes industriais, os insumos agrícolas (fertilizantes e agrotóxicos), os dejetos de animais confinados e as próprias águas superficiais, quando poluídas.

> *[...] enquanto a contaminação de um manancial de superfície constitui, em geral, um problema agudo e visível − identificável pela mudança da cor da água, presença de espuma, aparecimento de peixe morto etc., a contaminação dos aqüíferos é invisível e pode transformar-se num problema crônico, na medida em que só venha a ser identificado por meio dos seus efeitos na saúde pública.*[16]

Em razão desta "invisibilidade" da contaminação das águas subterrâneas, Foster, Ventura e Hirata ressaltam a existência de uma dificuldade quanto à percepção da poluição nos aqüíferos, uma desinformação sobre o assunto e, principalmente, uma complacência sobre os seus riscos.[17]

3.1 Noção de risco

A noção de risco está relacionada com a possibilidade ou probabilidade de uma atividade ou comportamento vir a causar um dano ou prejuízo. Trata-se, portanto, de situações de expectativas quanto a um possível resultado.

Há autores que diferenciam risco e perigo. Segundo Leite e Ayala, por exemplo, perigo está relacionado a causas naturais, representando todas as circunstâncias fáticas que sempre ameaçaram as sociedades humanas. Quando este perigo

---

[13] ECOTERRA BRASIL, 2005, disponível em: <http://www.ecoterrabrasil.com.br/home/index.php?pg= ecoentrevistas&tipo=temas&cd=819>. Acesso em: 25 abr. 2005.
[14] ROCHA, 2002, p. 52.
[15] REBOUÇAS, 1992, p. 13.
[16] REBOUÇAS, 1992, p. 14.
[17] FOSTER; VENTURA; HIRATA, 1993, p. 7.

torna-se conhecido, sua ocorrência previsível e sua probabilidade controlada, há a transformação do perigo em risco.[18]

Nesta diferenciação, observa-se que os perigos têm origem em causas externas e os riscos na gestão desses perigos, ou seja, nos processos de tomada de decisão. Quando o homem passa a intervir sobre o meio ambiente, na tentativa de controlar a natureza, surgem os riscos.[19]

O processo de transformação do perigo em risco acompanhou a própria evolução da sociedade. Na sociedade pré-industrial havia apenas situações de perigo, como as pragas, as fomes, as guerras, as catástrofes naturais, ou seja, situações imprevisíveis das quais o homem não podia calcular. A partir da sociedade industrial, os riscos passaram a ser produzidos, mas eram riscos calculáveis com efeitos passíveis de previsão. Já na moderna sociedade de risco, em decorrência dos avanços da ciência, da técnica e da indústria, os riscos deixaram de ser calculáveis e seus efeitos passaram a ser imprevisíveis. Ou seja, a sociedade de risco opera além do limite de segurança estabelecido na fase industrial.[20]

A sociedade de risco refere-se, portanto, à sociedade contemporânea que permanece industrializada, porém seus riscos tornaram-se mais complexos: constata-se a existência do risco, mas não se sabe exatamente o que o produz, como evitá-lo e quais os seus efeitos.[21]

A expansão dos riscos gerados durante o desenvolvimento das forças produtivas e a modernização da sociedade (como é o caso da presença de substâncias tóxicas no ar, na água e nos alimentos) não rompe com a lógica capitalista, apenas a eleva a um novo nível,[22] uma vez que os riscos apresentam hoje novas características: a) incerteza; b) ocorrência imprevisível; c) probabilidade incalculável; d) dimensão transfronteiriça; e) grande potencial destrutivo; f) mas cujos efeitos ainda não são totalmente conhecidos.

3.2 Sociedade de risco

A sociedade de risco – modelo sociológico desenvolvido por Ulrich Beck – surgiu como conseqüência dos ideais progressistas do pós-guerra de 1945, ou seja, como um reflexo do processo de industrialização que priorizou o desenvolvimento econômico independentemente dos riscos e danos que esta modernização poderia causar. Durante o desenvolvimento da sociedade industrial, multiplicaram-se os riscos ambientais, tornados cada vez mais complexos, o que impossibilitou sistemas de proteção com padrões de segurança satisfatórios.[23] Na modernidade alcançada, segundo Beck, "a produção social de riqueza vem acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos."[24]

[18] LEITE; AYALA, 2002, p. 14.
[19] FERREIRA, 2003, p. 22-23.
[20] FERREIRA, 2003, p. 24-25 e 32.
[21] FERREIRA, 2003, p. 25 e 32.
[22] BECK, 2001, p. 28-29.
[23] FERREIRA, 2003, p. 145.
[24] BECK, 2001, p. 25 (tradução livre).

A idéia de uma sociedade qualificada pelo risco diz respeito a um espaço onde se administra, no dia-a-dia, uma ameaça constante de catástrofe proveniente de situações de perigo às quais essa sociedade é exposta.[25]

> *O conceito de "sociedade industrial ou de classes" (no sentido mais amplo de Marx e Weber) girava em torno da questão de como se pode repartir a riqueza produzida socialmente de uma maneira desigual e ao mesmo tempo "legítima". Isto coincide com o novo paradigma da sociedade de risco que em seu núcleo repousa a solução de um problema similar e, não obstante, completamente diferente. Como se podem evitar [...] os riscos e perigos que se têm produzido sistematicamente no processo avançado de modernização, limitá-los e repartilos [...] de tal modo que não obstaculizem o processo de modernização nem ultrapassem os limites do "suportável" (ecológico, médico, psicológico, socialmente)?*[26]

As sociedades de risco caracterizam-se, portanto, pela emergência de novos riscos, entre eles os riscos ambientais de catástrofes que traduzem, em última instância, "a falência do Estado como modelo de regulação desses novos problemas e a quebra da relação de legitimidade entre suas instituições e as promessas de manutenção da segurança dos cidadãos."[27]

Nessas sociedades, há um constante estado de incerteza quanto ao futuro, uma vez que se tornou impossível prevê-lo com certeza e segurança, juntamente com um estado de invisibilidade em relação aos riscos, visto as pessoas não tomarem conhecimento dos mesmos.[28]

3.3 Risco de poluição

A noção de fonte potencial de poluição em relação aos aqüíferos refere-se à atividade humana que poderá vir a gerar uma poluição e alterar a qualidade das águas subterrâneas acima dos padrões permitidos em lei.[29] "É, portanto, um *conceito associado a risco e não indica que a atividade, no momento em que se realiza, esteja causando dano a um aqüífero específico* [...] em muitos casos, o risco de geração de poluição está associado ao próprio manuseio de produtos perigosos, aos acidentes, aos vazamentos etc.."[30]

Assim sendo, uma atividade potencialmente poluidora não significa necessariamente que não tenha a devida licença ambiental concedida pelo órgão público, ou que não trate os seus efluentes. Mesmo as indústrias com modernos sistemas de tratamento de efluentes e de resíduos sólidos não estão isentas de problemas de poluição das águas subterrâneas, haja vista que o armazenamento ou o transporte de substâncias perigosas sempre gera um risco de acidente. Por conseguinte, o

[25] LEITE; AYALA, 2002, p. 12.
[26] BECK, 2001, p. 25-26 (tradução livre).
[27] LEITE; AYALA, 2002, p. 11-12.
[28] LEITE; AYALA, 2002, p. 12.
[29] Sobre os padrões de potabilidade da água para consumo humano no Brasil, ver Portaria nº 518 de 2004 do Ministério da Saúde.
[30] INSTITUTO GEOLÓGICO, 1997, p. 19 (grifou-se).

termo genérico "atividade potencialmente poluidora" não abarca somente as ditas "indústrias sujas" como também aquelas que, apesar de disporem de sistemas adequados de tratamento, manuseiam substâncias perigosas.[31]

Os riscos de dano ambiental produzidos pela sociedade contemporânea podem ter as mais diversas origens, o que lhes confere um caráter multidimensional, circunstância que acentua a dificuldade de se lidar com os problemas dessa ordem.[32]

A urbanização, a industrialização, as práticas agrícolas e a extração mineral são as principais atividades humanas que geram resíduos que, quando lançados no solo, rios ou atmosfera, transformam-se em fontes potenciais de poluição e contaminação das águas subterrâneas, podendo ser classificadas, de acordo com o seu grau de extensão, em fontes pontuais ou difusas.[33]

Fontes pontuais são fontes potenciais de poluição de pequena escala, facilmente identificáveis, como é o caso dos lixões, dos vazamentos de tanques automotivos, de fossas sépticas e negras, de produtos perigosos etc.:

> *Quantitativamente, um dos mais significantes exemplos de fonte pontual são os lixões ou aterros controlados e aterros de disposição de resíduos sólidos industriais. Quando qualquer um deles localizar-se próximo a um aqüífero arenoso, o risco potencial de contaminantes serem transportados e atingirem a água subterrânea é muito grande.*[34]

Já as fontes difusas são relativamente dispersas, atingem grandes superfícies e têm origem muitas vezes incerta, como por exemplo a infiltração de produtos perigosos a partir da aplicação de agrotóxicos nas propriedades rurais.[35]

3.4 Poluição efetiva

Caso o risco de poluição dos aqüíferos se materialize ocorrerá a sua poluição propriamente dita, entendida como "qualquer alteração na qualidade da água subterrânea de origem antrópica no sistema aqüífero [...]."[36] Portanto, não serão tratadas neste estudo as anomalias hidroquímicas naturais (como flúor, cromo, ferro, sulfatos etc.), cuja ocorrência independe da ação do homem.

---

[31] INSTITUTO GEOLÓGICO, 1997, p. 19.
[32] LEITE; AYALA, 2002, p. 11.
[33] COELHO; DUARTE, 2003, p. 78-79
[34] HASSUDA, 2000, p. 194.
[35] HASSUDA, 2000, p. 194; COELHO; DUARTE, 2003, p. 79.
[36] COELHO; DUARTE, 2003, p. 78. Há autores que diferenciam poluição de contaminação, como Coelho e Duarte ao entenderem que "quando esta alteração ou degradação da qualidade natural das águas subterrâneas [poluição] atinge níveis que podem afetar, de forma prejudicial, a saúde humana e dos animais que a consomem, é denominada contaminação" (COELHO; DUARTE, 2003, p. 78). Exposto de outra forma, Rebouças afirma que "quando essa degradação física, química ou bacteriológica ultrapassa os limites máximos permitidos pelos padrões de potabilidade, isto é, tornando-a imprópria para consumo, diz-se que houve contaminação. Quando a degradação fica abaixo desse limite, diz-se que há poluição" (REBOUÇAS, 1992, p. 15). No presente artigo, entretanto, os termos poluição e contaminação são utilizados indistintamente, seguindo a definição da Lei nº 6.938/81 que entende por "degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente" (art. 3º, II); por "poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; d) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos" (art. 3º, III); e por "poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental" (art. 3º, IV).

A poluição das águas subterrâneas ocorre quando substâncias poluentes − freqüentemente como conseqüência da descarga descontrolada de efluentes ao solo − infiltram-se no terreno em movimento descendente, sob o efeito da força da gravidade, da mesma forma como ocorre com a recarga natural proveniente da chuva, até atingir a profundidade onde se encontra o aqüífero.[37]

A composição do solo tem capacidade de filtrar muitos, mas não todos os contaminantes da água. Essa idéia de solo depurativo levou à prática da disposição final de resíduos diversos sobre o solo. Todavia, conforme Foster, "não são todos os tipos de solo e de aqüíferos subjacentes efetivos na redução dos contaminantes. Ademais, o grau de atenuação variará consideravelmente com o tipo de contaminante e o processo de contaminação de uma situação específica."[38]

Quando rejeitos industriais ou domésticos são diretamente despejados em áreas de afloramento e recarga, há grande probabilidade de contaminação das águas subterrâneas.[39]

A qualidade natural das águas do Guarani, de um modo geral, atende aos requisitos de potabilidade para o consumo humano.[40] No entanto, a crescente exploração do reservatório tem acarretado sérios riscos de contaminação de suas águas, num contexto em que os impactos da atividade humana na superfície do Aqüífero Guarani já estão sendo profundamente sentidos, resultando em áreas que já se encontram poluídas e que ameaçam a integridade do manancial, como tem sido constatado em relatórios da CETESB e Embrapa.[41]

Além disso, inúmeros poços já foram construídos, operados e posteriormente abandonados sem a tecnologia adequada ou qualquer proteção. Segundo Rebouças, "quando uma obra de captação das águas subterrâneas – poço escavado (cacimbão) ou tubular profundo, galeria, túnel – é construída sem atender características técnicas mínimas necessárias de uso e proteção, poderá se transformar num foco de contaminação do solo-subsolo e águas subterrâneas."[42]

Há casos de poços em desuso utilizados para a disposição final de resíduos e efluentes, prática altamente perigosa, podendo causar sérios incidentes de contaminação das águas subterrâneas. Por isso se recomenda um programa de inspeção e identificação dos poços em desuso, devendo a boca do poço ser sempre tampada a fim de se evitar eventuais contaminações. Campanhas de conscientização e educação ambiental, entre os usuários e operadores de poços de água, sobre os riscos associados ao despejo de efluentes em poços em desuso, também são extremamente importantes.[43]

---

[37] FOSTER et al., 1992, p. 11; HASSUDA, 2000, p. 181.
[38] FOSTER et al., 1992, p. 11 (tradução livre).
[39] FOSTER; VENTURA; HIRATA, 1993, p. 25.
[40] Lembrando que, entretanto, estudos mais recentes têm contestado essa tese: "nas áreas de maior confinamento, as águas do Guarani não são, sem tratamento, adequadas ao consumo humano, devido ao elevado teor de sólidos totais dissolvidos, bem como uma elevada concentração de sulfatos e a presença de flúor acima dos limites recomendáveis." (BORGHETTI, N. R. B.; BORGHETTI, J. R.; ROSA FILHO, 2004, p. 150).
[41] A propósito, ver: CETESB. *Relatório de qualidade das águas subterrâneas do Estado de São Paulo 1998 - 2000*. São Paulo: CETESB, 2001. 179p; GOMES, Marco Antonio Ferreira, et al. *Uso agrícola das áreas de recarga do Aqüífero Guarani*: localizadas na porção noroeste e parte oeste da Bacia Sedimentar do Paraná (documento n. 8). Jaguariúna: Embrapa Meio Ambiente, 1999. 27p; GOMES, Marco Antonio Ferreira, et al. *Áreas críticas nas porções de recarga do Aqüífero Guarani localizadas nas nascentes do rio Araguaia* (documento n. 18). Jaguariúna: Embrapa Meio Ambiente, 2000, 16p.
[42] REBOUÇAS, 2002, p. 121.
[43] FOSTER et al., 1992, p. 30.

3.5 Modalidades da poluição

Na medida em que as concentrações urbanas e industriais aumentam, aumentam também as quantidades de efluentes e resíduos gerados pelas atividades humanas − poluentes que, de um modo geral, atingem diretamente as águas superficiais e indiretamente as águas subterrâneas. Estas, embora mais protegidas no subsolo, também são vulneráveis às cargas poluidoras que as atingem através da infiltração pelo terreno.[44]

> *A denominada **poluição orgânica** constitui um dos maiores problemas para as águas superficiais e tem como fonte os esgotos domésticos e as indústrias que manipulam matéria prima de origem animal e vegetal. Tais poluentes são alimentos que induzem no corpo de água receptor o crescimento exagerado de microorganismos aeróbicos, principalmente bactérias, que consomem o oxigênio presente na água [...] As águas assim poluídas podem atingir os lençóis subterrâneos [...] A contaminação por microorganismos **patogênicos** constitui outro tipo de poluição e traz sérios problemas tanto para águas superficiais como para águas subterrâneas que recebem direta ou indiretamente os dejetos humanos e águas servidas de um modo geral. A febre tifóide, a cólera, as desinterias, a hepatite, a poliomelite e outras, são doenças que encontram na água um veículo apropriado para os seus microorganismos causadores [...] A **poluição química** é outro tipo que vem cada vez mais preocupando as autoridades sanitárias. Despejos de metais pesados resultantes de certas operações industriais, os praguicidas usados na lavoura e certos complexos formados por interações químicas ou bioquímicas que ocorrem no ambiente, podem representar risco ponderável para a saúde. Tem sido estimado que 60 a 90% dos cânceres humanos são de origem ambiental [...] Finalmente, há a considerar o problema da radioatividade que pode afetar as águas superficiais e subterrâneas, se cuidados não forem tomados com os resíduos de substâncias radioativas utilizados na medicina, na engenharia e nas usinas nucleares.*[45]

A poluição das águas subterrâneas refere-se a qualquer deterioração na qualidade dessas águas resultante de atividades humanas. Esta definição, segundo Heath, "inclui a intrusão de água do mar em água doce dos aqüíferos, resultante de rebaixamento artificial dos níveis de água subterrânea."[46] Tal processo, conhecido por salinização, ocorre em casos de superexploração de aqüíferos, ou seja, nas captações de água subterrânea que vão além do potencial renovável dos aqüíferos, ocasionando a movimentação da água do mar em direção às zonas ocupadas anteriormente pela água doce que dali foi retirada. Deste tipo de poluição, especificamente, o Aqüífero Guarani está protegido, uma vez que a salinização aflige somente os aqüíferos localizados em áreas costeiras.

3.6 Poluição transfronteiriça

Quase todas as substâncias poluentes, sejam elas provenientes de esgotos domésticos, lixos, efluentes industriais, agrotóxicos, excrementos de animais etc., são solúveis em água, o que já lhe rendeu o título de solvente universal.

[44] CETESB, 1978, p. 8.
[45] CETESB, 1978, p. 8-9 e 11.
[46] HEATH, 1982, p. 66.

Quando tais substâncias atingem a água subterrânea, movem-se com ela, acompanhando o fluxo. Quanto mais distantes estiverem do ponto de origem da poluição à área de descarga do aqüífero,[47] mais os poluentes penetrarão no sistema e maior será a área final afetada e o respectivo impacto ambiental.[48]

O transporte dos contaminantes pelas águas subterrâneas não pode ser observado ou medido facilmente, tendendo a ser um processo lento na maioria dos aqüíferos. Isso significa que pode durar anos ou décadas para que o impacto de uma contaminação seja identificado no abastecimento de água captada de um aqüífero, podendo ocorrer, neste período, um dano irreversível.[49]

Uma possibilidade que se abre dentro deste processo de contaminação de aqüíferos é que uma eventual poluição do Aqüífero Guarani produzida no Brasil − em regiões próximas à fronteira com os países vizinhos sob os quais também haja a ocorrência do aqüífero − ultrapasse os limites nacionais, de modo que seus efeitos venham a ser sentidos também nas porções argentinas, paraguaias ou uruguaias do Guarani. É a chamada dimensão transfronteiriça das atividades poluidoras exercidas no âmbito das jurisdições nacionais.

Ou seja, a poluição originária de um dos quatros países sobrejacentes ao Aqüífero Guarani, ao atingir as águas do sistema aqüífero, pode ser transportada para o território de outro e vice-versa. No momento em que isso ocorre, a poluição deixa de ser local ou regional para tornar-se transfronteiriça.

Conforme observa Soares, a questão da poluição transfronteiriça − seja das águas doces dos rios, geleiras, lagos e aqüíferos internacionais, ou da poluição atmosférica trazida pelos ventos − "demonstra que tais fenômenos, por sua natureza, não conhecem fronteiras físicas e políticas entre Estados e, portanto, seu combate somente poderá ser realizado com eficácia por meio de uma efetiva cooperação internacional."[50]

4. ESTUDO DE CASO: O IMPACTO DAS ATIVIDADES HUMANAS SOBRE O AQÜÍFERO GUARANI NA REGIÃO DE RIBEIRÃO PRETO (SP)

A região de Ribeirão Preto teve um grande desenvolvimento econômico entre as décadas de 1970 e 1980, período em que o governo federal subsidiou a plantação de cana-de-açúcar para a produção de álcool durante o programa conhecido como Pró-Álcool.[51]

[44] CETESB, 1978, p. 8.
[45] CETESB, 1978, p. 8-9 e 11.
[46] HEATH, 1982, p. 66.
[47] Enquanto que áreas de recarga referem-se às áreas por onde os aqüíferos recebem as águas da chuva, áreas de descarga são aquelas que despejam água em nascentes, leitos de rios, lagos (e até oceanos, no caso de aqüíferos costeiros).
[48] HEATH, 1982, p. 67.
[49] FOSTER et al., 1992, p. 11.
[50] SOARES, 2003, p. 28.
[51] Ver: SILVA, Lígia Dutra. *Desenvolvimento sustentável das áreas de afloramento do Aqüífero Guarani na região de Ribeirão Preto*: uma perspectiva jurídico-ambiental. 2002. 62f. Trabalho de Conclusão de Curso de Direito − Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista, Franca.

Contando atualmente com uma população de 504.923 habitantes (censo demográfico de 2000), a cidade de Ribeirão Preto é uma das maiores do interior paulista. É também uma das cidades consideradas de melhor qualidade de vida no Estado de São Paulo, levando-se em conta que

> *[...] é uma das poucas cidades brasileiras em que quase 99% dos seus moradores são abastecidos por água encanada, que pode ser considerada de ótima qualidade, retirada integralmente do Aqüífero Guarani. Existem cerca de 155 poços artesianos na cidade, sendo que atualmente 85 estão em funcionamento para atender às necessidades do abastecimento público. O consumo da cidade é de 255.480 m³, totalizando 7.664.400 m³ em um mês. Deste total, estima-se que 57% sejam usados na agricultura, 30% na indústria e 13% sejam utilizados para o consumo doméstico.*[52]

Verifica-se, portanto, que Ribeirão Preto depende inteiramente das águas do Aqüífero Guarani e que, em conseqüência, uma eventual poluição no reservatório comprometeria todas as atividades desenvolvidas na cidade, seja em relação ao abastecimento público, à indústria ou à agricultura.

Acrescenta-se ainda o fato de que Ribeirão Preto está localizada numa das áreas de afloramento do Guarani, ou seja, em uma área vulnerável à contaminação, visto tratar-se de área de recarga direta do aqüífero.

Por essas razões, o planejamento da agricultura, da indústria e da ocupação urbana no município torna-se essencial para garantir a exploração contínua e sustentável do Aqüífero Guarani, a fim de satisfazer às necessidades das gerações atuais e futuras.

> *O cultivo predominante na região é a da cana-de-açúcar, ocupando a maior parte das terras disponíveis e com maior importância econômica. A estrutura fundiária é muito concentrada, principalmente nas áreas em que a cana é cultivada, existindo enormes porções de terras nas mãos de poucos produtores. A região também tem tradição na criação de animais, em especial de gado para corte [...].*[53]

Segundo dados da Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto, a região "responde por 29% da produção nacional de cana. O açúcar é a maior fonte estadual de arrecadação de impostos, gerando para o Estado de São Paulo cerca de R$300 milhões de ICMS por ano. A região conta com 34 usinas de açúcar e 11 destilarias de álcool."[54]

Apesar da importância da cana-de-açúcar para a economia de Ribeirão Preto, a produção de açúcar e álcool é a principal responsável por focos de poluição hoje encontrados nas águas do Guarani, pois o uso de agrotóxicos, juntamente com o vinhoto (líquido residual poluente originário da produção do álcool de cana-de-açúcar), contamina os solos e as águas dos locais de cultivo através da infiltração no solo dessas substâncias.[55]

---

[52] SILVA, 2002, p. 37.
[53] SILVA, 2002, p. 38.
[54] SILVA, 2002, p. 41.
[55] SILVA, 2002, p. 38-39.

Observa-se, por conseguinte, que a região combina dois fatores: é dominada pelas plantações de cana-de-açúcar, o que demanda muito agrotóxico, e seu abastecimento de água vem exclusivamente do subsolo. O resultado dessa combinação foi a detecção, em análise de amostras da água do Guarani, da presença de agrotóxicos (como os herbicidas *diuron* e *tebutiuron*) nessas águas. O nível encontrado foi de 80% do máximo permitido para o consumo humano, tendo sido a área de recarga de Ribeirão Preto classificada como de alto risco de contaminação.[56] Evidencia-se que esta água já está poluída, uma vez que sua qualidade natural encontra-se alterada pelo uso de agrotóxicos na lavoura de cana.

Há também grande risco de contaminação através dos efluentes oriundos de lixões, aterros sanitários e industriais:

> *Esse problema pode ser constatado na área conhecida como "Lixão de Serrana", onde cerca de seiscentas mil toneladas de lixo doméstico, industrial e hospitalar foram depositados ao longo de dez anos em duas grandes valas abertas para a exploração de saibro. O "lixão" fica sobre uma das áreas de recarga do Guarani e mesmo tendo sido desativado em 1989, continua oferecendo risco de contaminação, pois o chorume ainda encontra-se depositado na região.*[57]

Outra problemática em Ribeirão Preto é a questão da impermeabilização do solo em decorrência da ocupação da cidade, capaz de impedir a recarga do Aqüífero Guarani, uma vez que obstrui os mecanismos naturais de renovação das suas águas, interrompendo o ciclo hidrológico:

> *Para que as águas superficiais possam infiltrar no subsolo e atingir o aqüífero, nas áreas de recarga, é fundamental que o solo esteja livre, coberto preferencialmente pela mata nativa, para poder absorver melhor as águas das chuvas. Quando a cidade de Ribeirão Preto avança sobre as áreas de recarga do aqüífero, com a construção de casas e o asfaltamento, impermeabilizando o solo, gera dois problemas: as águas não conseguem infiltrar no solo e, portanto, não chegam aos reservatórios do subsolo. Assim, acabam escoando para o leito dos rios e córregos fazendo-os transbordar e ocasionando enchentes por várias regiões da cidade.* [58]

Por fim, convém ressaltar que o consumo médio de água hoje em Ribeirão Preto é de 360 litros por habitante/dia, enquanto que a média nacional é de 200 litros por habitante/dia − fato que está produzindo um rebaixamento de 15 a 25% no nível da água do Guarani na zona central da cidade, o que significa que há em Ribeirão Preto um uso excessivo do aqüífero em relação à sua recarga natural.[59]

---

[56] LOPES, 2002, disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u6990.shtml>. Acesso em: 28 nov. 2003.
[57] SILVA, 2002, p. 49.
[58] SILVA, 2002, p. 50-51.
[59] BALAZINA, 2003, p. C5. Nos últimos 20 anos, a captação de água em Ribeirão Preto causou o rebaixamento em 50 metros das águas do Aqüífero Guarani (informação disponível em: <http://www.ibire.org.br/agua.htm>. Acesso em: 25 abr. 2005).

Imprescindível, portanto, que haja um bom planejamento de ocupação urbana e, mais do que isso, o devido respeito a esse planejamento, normalmente disciplinado no Plano Diretor da cidade.[60]

5. GESTÃO DE RISCOS AMBIENTAIS: INSTRUMENTOS JURÍDICOS PREVENTIVOS

5.1 EIA/RIMA

Um mecanismo preventivo do Direito Ambiental previsto na Lei nº 6.938/81 é a avaliação de impacto ambiental (AIA).[61]

Em conformidade com Milaré, "a implantação de qualquer atividade ou obra efetiva ou potencialmente degradadora deve submeter-se a uma análise e controle prévios. Tal análise se faz necessária para se antever os riscos e eventuais impactos ambientais a serem prevenidos, corrigidos, mitigados e/ou compensados [...]."[62]

Entre as modalidades de AIA, destacam-se o Estudo Prévio de Impacto Ambiental e o seu respectivo Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), em que é possível medir antecipadamente o risco ambiental.

O EIA é de maior abrangência que o RIMA, compreendendo o levantamento da literatura científica e legal pertinente, pesquisas de campo, análises de laboratório e a própria redação do relatório.[63] O relatório descreverá o projeto e as conclusões do estudo em linguagem acessível, apontando os prováveis impactos ambientais da implantação da atividade.[64] Dias explica que o RIMA é "um resumo do EIA, reflete suas conclusões e faz uma síntese do diagnóstico ambiental da área, além de indicar a alternativa mais favorável."[65]

O EIA/RIMA está previsto na Constituição Federal, art. 225: "[…] incumbe ao Poder Público: 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;"[66] e o termo impacto ambiental definido na Resolução CONAMA nº 01/86:

> *Art. 1º. Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:*
> *I − a saúde, a segurança e o bem-estar da população;*
> *II − as atividades sociais e econômicas;*

[60] Plano Diretor está definido no Estatuto da Cidade como "o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana" (Lei nº 10.257/2001, art. 40). Conforme explica Machado, Plano Diretor "é um conjunto de normas obrigatórias, elaborado por lei municipal específica, integrando o processo de planejamento municipal, que regula as atividades e os empreendimentos do próprio Poder Público Municipal e das pessoas físicas e jurídicas, de Direito Privado ou Público, a serem levados a efeito no território municipal" (MACHADO, 2004, p. 368).
[61] Art. 9º. São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: [...] III. a avaliação de impactos ambientais [...].
[62] MILARÉ, 2004, p. 428.
[63] MACHADO, 2004, p. 214.
[64] Res. CONAMA nº 01/86, art. 9º.
[65] DIAS, 2003, p. 40.
[66] CF/88, art. 225, § 1º, IV.

> *III − a biota;*
> *IV − as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;*
> *V − a qualidade dos recursos ambientais.*[67]

Observa-se que a CF/88 fala em "significativa degradação" e não em "qualquer alteração" do meio ambiente (como a Res. CONAMA 01/86). Segundo Milaré, trata-se de um equívoco técnico cometido pela legislação infraconstitucional [...] porque é impossível conceber uma atividade antrópica que não altere de alguma forma o ambiente."[68] Outro detalhe é que a CF/88 utilizou o termo "exigir", o que torna obrigatório ao Poder Público a realização do EIA/RIMA. Como afirma Machado, não é, portanto, uma faculdade sujeita à discricionariedade da Administração, devendo ser o estudo apresentado antes do licenciamento ambiental da obra ou atividade, pois "o texto constitucional inseriu o termo 'Prévio' para situar, sem nenhuma dúvida, o momento temporal em que ele deverá ser utilizado."[69]

Uma última observação pode ser feita quanto ao direito à informação, uma vez que a CF/88 usou a expressão "estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade":

> *Dar publicidade ao Estudo transcende o conceito de possibilitar a leitura do Estudo ao público, pois passa a ser dever do Poder Público levar o teor do Estudo ao conhecimento público. Deixar o Estudo à disposição do Público não é cumprir o preceito constitucional, pois − salvo melhor juízo − o sentido da expressão 'dará publicidade' é publicar − ainda que em resumo − o Estudo de Impacto em órgão de comunicação adequado. A audiência pública no EPIA, ainda que não prevista expressamente pela Constituição, implicitamente está contida no texto constitucional, pois dar publicidade é partilhar a informação, por todos os meios eficazes e disponíveis.*[70]

O Instituto Geológico de São Paulo considerou o instrumento EIA/RIMA adequado para contemplar uma avaliação de impacto sobre as águas subterrâneas. Deve-se exigir EIA/RIMA que contemple as águas subterrâneas em fases anteriores à instalação de empreendimento que possa apresentar riscos aos aqüíferos. "Quando da permissão da instalação de atividades em áreas mais frágeis, será necessário estipular um programa de monitoramento 'ostensivo', ou seja, que permita detectar com antecipação qualquer impacto significativo na qualidade das águas subterrâneas."[71]

5.2 Licenciamento ambiental

Outro instrumento de caráter preventivo da tutela do meio ambiente previsto na Lei nº 6.938/81 é o licenciamento ambiental,[72] definido na Resolução CONAMA nº 237/97:

---

[67] Res. CONAMA nº 01/86, art. 1º.
[68] MILARÉ, 2004, p. 434.
[69] MACHADO, 2004, p. 125.
[70] MACHADO, 2004, p. 127.
[71] INSTITUTO GEOLÓGICO, 1997, p. 59 e 61.
[72] Art. 9º. São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: [...] IV. o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras [...].

> *Licenciamento ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.*[73]

O licenciamento ambiental não se confunde com a licença ambiental que, por sua vez, é um ato administrativo declaratório e vinculado,[74] consistindo numa das fases do licenciamento ambiental. O licenciamento ambiental não é um ato administrativo, mas sim um encadeamento de atos administrativos (procedimento administrativo), realizado em três fases distintas: a) outorga da licença prévia; b) outorga da licença de instalação; c) outorga da licença de operação.[75]

Antes de cada uma dessas etapas, deveriam ser sempre exigidos o EIA/RIMA para avaliar o impacto ambiental sobre as águas subterrâneas e também a audiência pública para incentivar a participação da sociedade civil na luta pela proteção dos aqüíferos.

6. CONCLUSÕES ARTICULADAS

6.1 Fonte potencial de poluição em relação aos aqüíferos refere-se à atividade humana que poderá vir a gerar uma poluição e alterar a qualidade das águas subterrâneas. É, portanto, um conceito associado ao *risco*. Caso o risco de poluição dos aqüíferos se materialize, ocorrerá a poluição efetiva.

6.2 O Aqüífero Guarani é considerado um dos maiores reservatórios de água subterrânea do mundo, ocorrendo no subsolo de parte dos territórios da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. Difunde-se a idéia de que as águas do Guarani são, em geral, de ótima qualidade, adequadas para o consumo humano. Estudos mais recentes, entretanto, contestam essa tese, afirmando que apenas entre 20 e 30% de toda a sua área são de água potável, tratando-se o restante de águas salobras.

6.3 De qualquer forma, é fato que o Aqüífero Guarani é utilizado para o abastecimento público de cidades como Ribeirão Preto, fazendo-se necessário a adoção de medidas que visem à sua proteção, especialmente nas áreas de afloramento e recarga (mais suscetíveis à poluição), assim como o planejamento da agricultura, da indústria e da ocupação urbana no município, a fim de garantir a exploração sustentável do manancial pelas presentes e futuras gerações.

6.4 Antes de se licenciar qualquer empreendimento que possa apresentar riscos aos aqüíferos, devem ser exigidos o EIA/RIMA que contemple as águas subterrâneas.

---

[73] Res. CONAMA nº 237/97, art. 1º, I.
[74] Ato administrativo é uma declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes, no exercício de prerrogativas públicas. Será vinculado quando a decisão a ser tomada estiver predefinida na lei (MELLO, 2000, p. 325 e 329-330).
[75] FIORILLO, 2004, p. 73.

LICENCIAMENTO AMBIENTAL EM ÁREAS COSTEIRAS: ASPECTOS CONTROVERSOS

FERNANDA DE SALLES CAVEDON
Docente/pesquisadora em Direito Ambiental da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; mestre e doutoranda em Ciência Jurídica pela UNIVALI; doutoranda em Direito Ambiental pela Universidade de Alicante, Espanha.

FRANCELISE PANTOJA DIEHL
Docente/pesquisadora em Direito Ambiental da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; mestre em Direito Ambiental pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

1. INTRODUÇÃO

Pela sua diversidade de ecossistemas, função ecológica que desempenha, importância econômica e taxas de crescimento demográfico, a Zona Costeira apresenta-se como cenário de conflitos de uso, a requerer estratégias específicas de gestão e critérios mais rigorosos de interpretação e aplicação dos instrumentos de Direito Ambiental. A Lei 7.661/88, regulamentada pelo Decreto 5.300/04, estabelece normas específicas de gestão do meio ambiente costeiro, especialmente através da instituição dos Planos de Gerenciamento Costeiro. Consubstancia-se como norma geral, direcionadora e conformadora das políticas voltadas à gestão e uso da Zona Costeira. Portanto, direciona as decisões e políticas públicas nas áreas costeiras no sentido de se coadunarem aos objetivos e princípios do Gerenciamento Costeiro, o que se aplica ao licenciamento ambiental em áreas costeiras.

O licenciamento ambiental pode ser considerado como um importante instrumento de gestão da Zona Costeira, pelo qual visa-se à aplicação do Princípio da Prevenção na conformação da decisão pública ambiental referente ao licenciamento de obras e atividades em áreas costeiras, a fim de se evitar que o grande potencial econômico destas áreas venha a impactar sobre suas características ambientais relevantes. Porém, diante das peculiaridades deste espaço geográfico, o licenciamento ambiental em áreas costeiras adquire maior grau de complexidade, bem como envolve aspectos controversos a merecerem análise jurídica específica.

Neste contexto, visa-se a trazer contribuições sobre dois aspectos polêmicos do licenciamento ambiental em áreas costeiras: a distribuição de competências para o licenciamento ambiental, especialmente pela designação da Zona Costeira como Patrimônio Nacional pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e no que se refere às obras e atividades que incidem sobre espaços costei-

ros considerados como bens da União; e a exigência de EIA/RIMA no âmbito dos procedimentos de licenciamento ambiental em áreas costeiras, frente ao disposto no § 2° do art. 6° da Lei n°. 7.661/88.

2. CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS ACERCA DA GESTÃO INTEGRADA DA ZONA COSTEIRA

A Zona Costeira é um espaço geográfico que se destaca pelos seus recursos naturais e diversidade ambiental, bem como pelo seu grande potencial para o desenvolvimento de atividades econômicas, como o turismo, a pesca, a maricultura, as atividades portuárias, a construção civil, dentre outros. Devido a esta configuração, as áreas costeiras são o cenário de uma série de conflitos de uso, requerendo estratégias específicas de gestão e adequação dos instrumentos jurídicos de Direito Ambiental às suas peculiaridades. A gestão da Zona Costeira rege-se pela Lei 7.661/88, que instituiu o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro – PNGC, regulamentada pelo Decreto 5.400/04. É no âmbito do PNGC II que foram estabelecidos os princípios, os objetivos e os instrumentos da gestão costeira, que foram posteriormente incorporados pelo citado Decreto. Sua importância foi reconhecida constitucionalmente, ao ser considerada como Patrimônio Nacional pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 225, § 4°. A Lei 7.661 define Zona Costeira como "o espaço geográfico de interação do ar, do mar e da terra, incluindo seus recursos renováveis ou não, abrangendo uma faixa marítima e outra terrestre, que serão definidas pelo plano". Destaca-se, ainda, o conceito estabelecido pela Resolução 01, da Comissão Interministerial para os Recursos do Mar – CIRM, de 21 de novembro de 1990, considerando como Zona Costeira:

> *a área de abrangência dos efeitos naturais resultantes das interações terra-mar-ar, leva em conta a paisagem físico-ambiental, em função dos acidentes topográficos situados ao longo do litoral, como ilhas, estuários e baías, comporta em sua integridade os processos e interações características das unidades ecossistêmicas litorâneas e inclui as atividades sócios-econômicas que aí se estabelecem.*

É por estas características que a Zona Costeira pode ser considerada como um espaço paradoxal: se por um lado possui grande relevância ecológica, apresentando-se como uma área ambientalmente frágil, a exigir estratégias de gestão e proteção, de outro apresenta grande potencial econômico, abrigando parcela significativa da população e uma variedade de atividades econômicas que podem gerar situação de risco quanto à integridade desta região.

Neste sentido, ANTUNES [1999, p. 136] destaca a importância ecológica da Zona Costeira pela variedade de ecossistemas que a compõem, bem como a pressão exercida sobre os mesmos, requerendo proteção especial:

> *A costa brasileira, por força de expressa disposição constitucional (art. 225, §4º), é um espaço territorial submetido a regime especial de proteção. Justifica-se esta determinação constitucional, pois desde os primórdios da colonização*

> *portuguesa tem sido muito intensa a pressão exercida sobre os ecossistemas costeiros. Relembre-se que a maior parte da população brasileira está assentada ao longo do litoral; dos dezessete estados que são banhados pelo mar, quatorze possuem suas capitais no litoral. A enorme extensão do litoral brasileiro (7.367 Km.) faz com que ali se encontre toda uma grande variedade de ecossistemas".*

Também LEAL [2001, p.543] informa que estas zonas exibem um significativo conjunto de riquezas, na forma de recursos renováveis, dentro de suas várias interfaces: atmosfera, continente, oceano e componentes bióticos, na forma de ecossistemas variados, sendo historicamente geradoras de conflitos, por constituírem-se em áreas de interesses múltiplos, os quais, muitas vezes, geram sobreposição de usos.

Na mesma linha de entendimento, NEVES [2001, p.589] faz menção à complexidade das Zonas Costeiras, pela diversidade ambiental, potencial econômico, concentração populacional e conseqüentes problemas ambientais:

> *As zonas costeiras oferecem inúmeros benefícios aos seus habitantes citando-se a fonte de alimentos, lazer, renda e entretenimento, que acabam refletindo numa realidade prejudicial: o crescimento dos problemas pelas atividades criadas e sua ocupação descriminada e desordenada. Estas regiões apresentam características únicas e ímpares como: a grande concentração populacional e demográfica, o surgimento de problemas ambientais e uma série de divergências sociais.*

O Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro – PNGC II, reconhece esta diversidade, a importância da qualidade ambiental da Zona Costeira para as comunidades litorâneas e a necessidade de práticas integradas, cooperativas e participativas de gestão [PNGC, 2001 p.07-08]:

> *- A Zona Costeira abriga um mosaico de ecossistemas de alta relevância, cuja diversidade é marca pela transição de ambientes terrestres e marinhos, com interações que lhe conferem um caráter de fragilidade e que requerem, por isso, atenção especial do poder público, conforme demonstra sua inserção na Constituição brasileira como área de patrimônio nacional;*
> *- A maior parte da população mundial vive em Zonas Costeiras, e há uma tendência permanente ao aumento da concentração demográfica nessas regiões. A saúde, o bem-estar e, em alguns casos, a própria sobrevivência das populações costeiras depende da saúde e das condições dos sistemas costeiros, incluídas áreas úmidas e regiões estuarinas, assim como as correspondentes bacias de recepção e drenagem e as águas interiores próximas à costa, bem como o próprio sistema marinho. Em síntese, a sustentabilidade das atividades humanas nas Zonas Costeiras depende de meio marinho saudável e vice-versa; e*
> *- A atividade de gerenciamento deste amplo universo de trabalho implica, fundamentalmente, a construção de um modelo cooperativo entre os diversos níveis e setores do governo, e deste com a sociedade.*

Portanto, foi visando gerir esta complexidade da Zona Costeira que se fez necessário desenvolver políticas e normas específicas voltadas à construção de um

sistema integrado e participativo de gestão deste espaço. Tal iniciativa não é exclusividade do Brasil. O reconhecimento da fragilidade e importância ambiental dos espaços costeiros e a necessidade de desenvolver estratégias e instrumentos adequados de gestão tem início no cenário internacional, através de documentos e ações da Organização das Nações Unidas, especialmente através de seu programa para o meio ambiente (PNUMA). Também a União Européia, dentro do seu propósito de uniformização da legislação ambiental entre os países membros, e considerando sua vasta extensão de costa, criou em 1996 um programa sobre Gestão Integrada de Zonas Costeiras.

Verifica-se, portanto, que a gestão da Zona Costeira, espaço dotado de peculiaridades ambientais, econômicas e sócio-culturais que potencializam situações de tensão e conflituosidade, exige estratégias diferenciadas, pautadas na idéia de integração de políticas públicas e normas, para além da mera ordenação do território, e que garantam a inclusão da sociedade nos processos decisórios e a igual consideração de todos os interesses incidentes sobre as áreas costeiras.

A complexidade ambiental, política, econômica e sociocultural dos espaços costeiros, aliada à intensificação da sua descaracterização e ocupação desordenada, têm gerado respostas nos diversos níveis decisórios, que passam do internacional, ao comunitário, nacional e local, no sentido de desenvolver estratégias de gestão e normas jurídicas que garantam a conservação e ordenação do uso da Zona Costeira, consubstanciados no que se denomina de Gestão Integrada de Zonas Costeiras. Neste sentido, destaca LARRUGA [2002, p. 190]:

> *Em resposta a este preocupante fenômeno de degradação das zonas litorâneas, generalizado em muitas partes do mundo, foram desenvolvidos desde meados do século XX diversas iniciativas e recomendações em escala internacional e regional, muitas delas vinculadas à problemática ambiental. A sensibilização de muitos países para os novos problemas experimentados em suas áreas costeiras deu lugar ao surgimento de vários instrumentos jurídicos para os abordar com maior eficiência. Se trata de uma nova perspectiva da tradicional política de "ordenação do território" que, orientada sobre os espaços costeiros, passa a denominar-se "gestão integrada das zonas costeiras" (GIZC).*

No que se refere à atuação da União Européia em matéria de gestão integrada de Zonas Costeiras, tem-se como ponto de partida para a elaboração de uma estratégia comunitária neste sentido a Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre a gestão integrada de Zonas Costeiras, em 31 de outubro de 1995. Deve-se considerar, contudo, que antes desde documento, a União Européia, em vários outros documentos, já havia se manifestado sobre a necessidade de proteção da Zona Costeira, a exemplo da Carta Européia do Litoral de 1981. Por fim, merece destaque no que se refere ao desenvolvimento de uma estratégia comunitária de gestão costeira integrada a proposta de Recomendação apresentada ao Conselho e ao Parlamento Europeu, através do documento COM (2000)545 final, de 8 de setembro de 2000. [LARRUGA, 2002]

Ainda quanto às recomendações em nível europeu para a proteção de Zonas Costeiras, PRIEUR [1991, p. 349] destaca a resolução do Comitê de ministros de

26 de outubro de 1973, através do qual o Conselho da Europa preconiza um tratamento global do litoral. Em 12 de outubro de 1976 o OCDE, através de uma resolução, anuncia princípios relativos à gestão da Zona Costeira. Através da atuação de uma organização não governamental de caráter consultivo junto às instituições comunitárias, adota-se, na Conferência das Regiões Periféricas Marítimas, em 8 de outubro de 1981, uma Carta Européia do Litoral, aprovada em 18 de junho de 1982 pelo Parlamento Europeu. Por fim, cita a aprovação, durante a Quarta Conferência Ministerial Européia para o Meio Ambiente, de uma resolução relativa à política e à legislação em matéria de planejamento e gestão de Zonas Costeiras.

BLANQUET [2001] destaca a tomada de consciência, no âmbito comunitário, da necessidade de desenvolver uma estratégia comum e integrada de gestão sustentável da Zona Costeira, coordenando as estratégias adotadas em seus países membros. Assim, dispõe que

> *La Communauté a, certes, pris une conscience toute particuliére ces dernières années de l'importance du problème de la gestion des zones côtières et a considere que, dans un esprit de subsidiarité, il convenait de s'appuyer sur les diverses expériences nationales, l'action communautaire pouvant produire une "valeur ajoutée"en termes, essentiellement, de coordination.*

Cabe destacar o sentido do que se denomina de Gestão Integrada de Zonas Costeiras. GHEZALI [2001] aponta como conceito jurídico de integração: "Il consiste à rapprocher dans lês dispositions légales les différents aspects de l'environment et à les traiter dans dês textes communs ou coordonnés". Já no que se refere à gestão, a entende como "Régir une réalité complexe, fragile et riche, impliquant lê souci de la précaution, de l'utilisation économe dês ressources, bref celui de la rationalité". Por fim, o autor destaca que um sistema de gestão racional das Zonas Costeiras pode ser fundado numa tripla conclusão, conforme segue:

> *- Le passage d'un systéme de gestion sectorielle à une gestion globale, à partir de la multiplicité et de l'interdépendence dês usages, de la rareté et de la fragilité de la ressource et qui conduit à assurer la préservation dês écosystèmes côtiers;*
> *- L'appel au service de la gestion globale à de nouveaux insruments de gestion, avec, d'une part, une approche juridique basée sur l'unité écologique de la resource, nonobstant la diversité dês usages et as traduction juridique sur lê plan de la gestion globale dês espaces côtiers et, d'autre part, une organisation administrative qui met em évidence lê souci de protection spécifique, coordonnée et pertinent de l'environnement.*
> *L'appel, sur lê plan institutionnel, à um renouvellement du cadre partenarial, mettant em évidence dês structures intermédiaires dont la légitimité, conquise auprès dês multiples usagers, sanctionne l'efficacité:*
> *- L'intégration de la gestion des zones côtières aux autres politiques publiques, avec la préoccupation de concilier la conception, la formulation et la mise em oeuvre de l'action des pouvoirs publics, l'efficacité économique, la préservation de l'environnement, et em general du développement durable. [GHEZALI, 2001]*

Através da Gestão Integrada de Zonas Costeiras, visa-se abranger não só seus aspectos ambientais, mas também considerar sua importância econômica, social e cultural, integrar as políticas públicas incidentes sobre este espaço, promover a coordenação entre as atuações das diferentes esferas públicas e institucionais em sua área de abrangência, bem como destacar a necessidade de se entender a Zona Costeira dentro de uma concepção unitária, evitando-se sua fragmentação para fins de planejamento e tomadas de decisão. Reafirma-se, portanto, que as Zonas Costeiras são espaços paradoxais, ao aliarem fragilidade e importância ambiental ao grande potencial econômico e crescimento demográfico, requerendo políticas, normas e diretrizes próprias, capazes de abarcar esta multiplicidade de fatores, superando visões compartimentadas e estanques, consubstanciadas numa estratégia consistente de Gestão Integrada da Zona Costeira.

3. PECULIARIDADES DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL EM ÁREAS COSTEIRAS

Diante da constatação de que a Zona Costeira configura-se como uma área dotada de características ambientais especiais, suscetível a intensa conflituosidade, e considerando-se que sua gestão deve se dar de forma integrada, os procedimentos de licenciamento de obras e atividades em seu território adquirem contorno diferenciado É necessário considerar, nos procedimentos de licenciamento ambiental em áreas costeiras, as peculiaridades ambientais e socioculturais deste espaço, as normas específicas e as políticas públicas que regulam a sua gestão, no sentido de promover a harmonização do instrumento do licenciamento aos objetivos, princípios e instrumentos do gerenciamento costeiro. Os critérios preventivos no licenciamento ambiental em áreas costeiras devem ser intensificados, considerando-se sua importância e fragilidade ecológica que se apresentam ameaçadas pela intensificação das atividades econômicas e crescimento demográfico. Neste sentido informa o estudo realizado pelo Ministério do Meio Ambiente denominado *Ações prioritárias para a conservação da biodiversidade das zonas costeira e marinha* [2002, p. 4]:

> *A preocupação com a integridade e o equilíbrio ambiental das regiões costeiras decorre do fato de serem as mais ameaçadas do planeta, justamente por representarem, também para as sociedades humanas, um elo de intensa troca de mercadorias, tornando-se alvo privilegiado da exploração desordenada, e muitas vezes predatória, de recursos naturais, e ainda por terem se tornado, já na era industrial, o principal local de lazer, de turismo ou de moradia de grandes massas de populações urbanas.*

Por outro lado, deve-se considerar que o licenciamento ambiental é um procedimento complexo cuja regulamentação apresenta pontos controversos. Como conseqüência, tem-se verificado um processo de judicialização do licenciamento ambiental, deslocando a decisão pública ambiental que lhe corresponde dos órgãos ambientais licenciadores para o Poder Judiciário. Esta situação verifica-se, especialmente, no que se refere à competência administrativa para o licenciamen-

to ambiental. Neste sentido manifesta-se STAUT JÚNIOR [2004, p. 3861], ao mencionar a "crescente 'judicialização' das questões atinentes ao licenciamento", acrescentando que "[...] a diversidade dos temas sobre meio ambiente que têm sido submetidas ao crivo do Judiciário, a matéria referente à competência administrativa para o licenciamento é das mais ventiladas atualmente". Complementa-se esta constatação mencionando, ainda, a controvérsia quanto à decisão do órgão licenciador quanto à necessidade ou não da realização de EIA/RIMA, como subsídio para a fundamentação da decisão pública ambiental referente à possibilidade de concessão da licença ambiental.

3.1 Competências para o licenciamento ambiental na zona costeira

Dois aspectos do licenciamento ambiental em áreas costeiras são ensejadores de controvérsias no que se refere à distribuição de competências: 1) a designação constitucional da Zona Costeira como Patrimônio Nacional, e 2) as obras e empreendimentos localizados em terrenos de marinha e praias, considerados bens da União.

Ao se instituir, na esfera constitucional, a Zona Costeira como Patrimônio Nacional, gerou-se o falso entendimento de que este espaço passaria a integrar o patrimônio da União, ou que sobre este espaço incidiria o interesse exclusivo da União, gerando conseqüências jurídicas desastrosas. Imagine-se que, seguindo este entendimento, teria havido a desapropriação indireta de todas as propriedades localizadas na Zona Costeira, já que passariam a integrar o rol dos bens da União.

Deve-se considerar que a designação Patrimônio Nacional em nada se confunde com o patrimônio da União. O reconhecimento da Zona Costeira como Patrimônio Nacional visa a enfatizar que este espaço geográfico, sua gestão, proteção e utilização de seus recursos interessam a todos os cidadãos brasileiros pela sua importância ecológica, econômica e sociocultural no contexto nacional. MACHADO [2002, p. 832] esclarece o sentido do § 4° do art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

> *A regra geral constitucional tem sua importância não só por indicar ao administrador público, aos particulares e ao juiz que o desenvolvimento econômico não deve ser predatório, como torna claro que a gestão do litoral não interessa somente a seus ocupantes diretos, mas a todo brasileiro, esteja ele onde estiver, pois se trata de "patrimônio nacional".*

Cabe destacar que o conceito de Patrimônio Nacional, no que se refere à Zona Costeira, foi fixado pelo PNGCII, esclarecendo que esta designação constitucional não tem como conseqüência a incidência de interesse exclusivo da União sobre este espaço, estando mais voltada a destacar suas características próprias a ensejarem especial proteção, conforme segue: "conjunto de bens pertencentes à nação brasileira, de uso comum, cujas características especiais, de valor histórico, paisagístico, socioeconômico, ambiental ou outras características congêneres,

lhe conferem 'status' especial, exigindo a preservação de suas condições básicas de existência". Verifica-se que a designação Patrimônio Nacional está voltada a destacar que este espaço é de especial interesse da nação brasileira, e não especificamente da União, já que adquire os contornos de bem de uso comum, não exercendo qualquer influência sobre a distribuição de competências administrativas. Neste sentido, destaca-se o entendimento de STAUT JÚNIOR [2004, p. 3870]:

> *A adjetivação "patrimônio nacional"consubstancia a especial relevância dos respectivos ecossistemas para toda a sociedade brasileira, no sentido de que sua utilização esteja sempre subordinada ao desígnio de sua preservação. Todavia, não importa o referido dispositivo em estabelecer interesse exclusivo da União sobre o referido patrimônio, de modo a deslocar competências administrativas ou mesmo jurisdicionais.*

Partindo-se do falso entendimento de que a designação Patrimônio Nacional teria como conseqüência o interesse preponderante da União sobre este espaço, bem como a confusão entre Patrimônio Nacional e Patrimônio da União, gerou-se a concepção de que a competência para proceder ao licenciamento ambiental na Zona Costeira seria exclusiva do IBAMA. Esta mesma concepção foi aplicada no que se refere ao licenciamento de obras e atividades incidentes sobre praias e terrenos de marinha, já que integram o rol dos bens da União, listados no art. 20 do Texto Constitucional. Cita-se, a título exemplificativo deste entendimento, parte de decisão judicial do Tribunal Regional Federal 4° Região:

> *A FATMA não possuía competência para autorizar construção situada em terreno de marinha, Zona Costeira, esta considerada como patrimônio nacional pela Carta Magna, visto tratar-se de bem da União, configurando interesse nacional, ultrapassando a competência do órgão estadual.*[1]

Verifica-se que o Tribunal, além de utilizar o argumento da designação da Zona Costeira como Patrimônio Nacional, adotou como critério para a fixação da competência em matéria de licenciamento ambiental a dominialidade do bem afetado.

Não se compartilha deste entendimento, seguindo-se o critério de distribuição de competências fixado pela Res. CONAMA 237/97, centrado na área de abrangência dos impactos ambientais, em detrimento do critério da dominialidade. O meio ambiente é aqui tratado como bem de uso comum do povo, cujo titular é a coletividade, e não enquanto somatório de recursos ambientais, que podem ser objeto de domínio público e/ou privado. Como resultado do Seminário Repartição de competências – a regulação do art. 23 da CF e o fortalecimento do SISNAMA, realizado no Rio de Janeiro em 20 e 21 de outubro de 2004, fez-se a seguinte proposição: "a repartição de competências deve ter como fundamento a abrangência

[1] BRASIL. Tribunal Regional Federal. Região, 4. Administrativo. Ambiental. Ação Civil Pública promovida pela União. Construção de hotel. Município de Porto Belo. Zona de Promontório. Área de preservação permanente. Non aedificandi. Licença nula. Descumprimento da legislação ambiental. Inexistência de avaliação ambiental. Princípio da prevenção. Desfazimento da obra. Apelação Cível n. 217979 (199804010096842). Relator Juiz Joel Ilan Paciornik. Porto Alegre, 18 de dezembro de 2002.

e magnitude dos impactos ambientais e não a titularidade dos bens afetados, bem como a regulamentação da ação supletiva".[2]

O critério da área de abrangência dos impactos para a fixação das competências para o licenciamento ambiental foi confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, na decisão de recurso especial referente ao licenciamento das obras de desassoreamento do Rio Itajaí-Açu.[3] Apesar do Rio ser de domínio do Estado de Santa Catarina, entende o STJ que a competência para o licenciamento é do IBAMA, considerando-se que os impactos ambientais da obra abrangem o mar territorial e tem reflexos sobre toda a Zona Costeira, configurando interesse nacional.

Cabe destacar que a questão referente à competência do IBAMA em matéria de licenciamento ambiental em áreas costeiras já foi adequadamente sanada pelo PNGC II, bem como pelo Decreto 5.300/04. Ambos estabelecem que compete ao IBAMA proceder ao licenciamento ambiental dos empreendimentos ou atividades de repercussão regional ou nacional incidentes na Zona Costeira, em observância às normas vigentes. Verifica-se que o dispositivo citado adota o critério da área de abrangência dos impactos, limitando a competência do IBAMA para o licenciamento ambiental na Zona Costeira somente aos casos de empreendimentos e atividades cuja área de abrangência dos impactos seja regional ou nacional. Resta claro, portanto, que a designação da Zona Costeira como Patrimônio Nacional, ou a incidência de obras e atividades sobre espaços e ambientes costeiros considerados bens da União, tais como praias e terrenos de marinha, não deslocam a competência em matéria de licenciamento ambiental para o órgão ambiental federal.

3.2 Exigência de EIA/RIMA nos procedimentos de licenciamento ambiental na zona costeira

A necessidade ou não de se exigir EIA/RIMA como requisito para a decisão pública ambiental referente ao procedimento de licenciamento ambiental caracteriza-se como um dos aspectos controversos que podem levar à judicialização do procedimento de licenciamento ambiental. Esta decisão do órgão ambiental licenciador, tendo em vista o caráter meramente exemplificativo do rol do art. 2 da Res. CONAMA 001/86, adquire contornos de discricionariedade. Cabe ao órgão licenciador verificar, caso a caso, se o empreendimento ou a obra é potencialmente causadora de significativa degradação ambiental, tendo ainda a prerrogativa, caso entenda que a degradação não será significativa, de dispensar o EIA/RIMA, substituindo-o por outros estudos ambientais. Tanto o inciso IV, § 1° do art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como a Resolução CONAMA 237/97, em seu art. 3°, utilizam a expressão *significativa degradação*

[2] Disponível em: <www.mma.gov.br>. Acesso em: 20 nov. 2004.

[3] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo e Ambiental. Ação Civil Pública. Desassoreamento do Rio Itajaí-Açu. Licenciamento. Competência do IBAMA. Interesse Nacional. Recurso Especial 2003/0159754-5. Relator Ministro José Delgado. Brasília, 17 de fevereiro de 2004. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 20 nov. 2004.

ambiental, remetendo ao órgão ambiental licenciador a especificação do que seja uma degradação significativa. É esta indeterminação do conceito de significativa degradação ambiental que dá o caráter discricionário à decisão de se exigir ou não a realização do Estudo de Impacto Ambiental. Neste sentido, destaca KRELL [2004, p. 3779]: "A decisão da Administração – se exige ou não o EIA – é discricionária, pois envolve o exercício de um juízo técnico-valorativo a respeito da questão: se a possível degradação causada pela atividade é *significativa* ou não".

É justamente esta margem de discricionariedade que envolve a decisão do órgão ambiental licenciador quanto à necessidade de realização do EIA que pode levar a uma intensificação da judicialização do procedimento de licenciamento ambiental, conforme já destacado. Como bem coloca KRELL [2004, p. 3780], manifestando-se favoravelmente à intervenção do Poder Judiciário,

> *Tendo em vista o número cada vez maior das dispensas do EIA, deve-se lembrar que essa decisão administrativa pode ser controlada através da ação civil pública, visto que a derrogação indevida desse instrumento significa, normalmente, o primeiro passo para a concretização de um dano ambiental. E, apesar de envolver um juízo discricionário (técnico, valorativo, de prognose), o ato pode ser plenamente sindicado pelo juiz, que deve considerar os valores constitucionais de proteção do meio ambiente [...].*

Porém, em se tratando de licenciamento ambiental na Zona Costeira, a questão quanto à necessidade de se exigir a realização do Estudo de Impacto Ambiental adquire contornos diferenciados por conta do disposto no art. 6° da Lei n°. 7.661/88, que traz considerações acerca do licenciamento de obras e atividades que alterem as características naturais da Zona Costeira, conforme segue:

> *Artigo 6° - O licenciamento para parcelamento e remembramento do solo, construção, instalação, funcionamento e ampliação de atividades, com alterações das características naturais da Zona Costeira, deverá observar, além do disposto nesta Lei, as demais normas específicas federais, estaduais e municipais, respeitando as diretrizes dos Planos de Gerenciamento Costeiro.*
> *§ 1° - A falta ou o descumprimento, mesmo parcial das condições do licenciamento previsto neste artigo serão sancionados com interdição, embargo ou demolição, sem prejuízo da cominação de outras penalidades previstas em lei.*
> *§ 2° - Para o licenciamento, o órgão competente solicitará ao responsável pela atividade a elaboração do estudo de impacto ambiental e a apresentação do respectivo Relatório de Impacto Ambiental - RIMA, devidamente aprovado, na forma da lei.*

O primeiro aspecto que se destaca é a necessidade de adequação do procedimento de licenciamento ambiental ao PNGC, no que se refere às obras e atividades a serem licenciadas em áreas costeiras. Conforme destacado, a Zona Costeira apresenta-se como uma área de grande relevância e fragilidade ambiental, que exige práticas de gestão específicas, que acabam por refletir na condução do licenciamento ambiental.

Destaca-se, especificamente, o disposto no § 2°, que exige a realização de EIA/RIMA para o licenciamento de parcelamento e remembramento do solo, construção, instalação, funcionamento e ampliação de atividades que alterem as características naturais da Zona Costeira. Verifica-se que este dispositivo traz regra específica quanto ao licenciamento em áreas costeiras, ao alterar o poder discricionário do órgão ambiental licenciador de decidir da necessidade ou não de exigir o EIA/RIMA. O juízo técnico-valorativo não está mais em especificar o que seja *significativa* degradação ambiental, e sim em identificar em cada obra ou atividade sob licenciamento, a possibilidade de gerarem alteração das características naturais da Zona Costeira. Pode-se verificar que houve uma intensificação da exigência de EIA/RIMA em se tratando de licenciamento ambiental em áreas costeiras, já que uma gama bem maior de obras e atividades pode se enquadrar entre aquelas passíveis de ocasionar alteração das características naturais da Zona Costeira do que utilizando-se o critério geral de fazer esta exigência apenas para as obras e atividades que possam gerar significativa degradação ambiental. Entende-se, portanto, que na maioria dos procedimentos de licenciamento ambiental na Zona Costeira haverá a exigência de EIA/RIMA, dispensado apenas para obras e atividades de menor porte e/ou a serem locadas em áreas já bastante alteradas.

Este diferencial com relação à exigência de EIA/RIMA para o licenciamento em áreas costeiras se justifica diante de sua importância ambiental e pela intensificação das atividades econômicas neste espaço, gerando a necessidade de se adotar critérios mais exigentes de prevenção e precaução contra possíveis danos ambientais que possam decorrer da instalação de obras e atividades na Zona Costeira.

Deve-se considerar, contudo, que as mesmas dificuldades já apontadas quanto à regra geral sobre a exigência ou não da realização de EIA/RIMA permanecem, já que se mantém o poder discricionário do órgão ambiental licenciador para decidir as situações sob licenciamento que podem acarretar modificação das características naturais da Zona Costeira. Entende-se que tais dificuldades poderiam ser sanadas através de um detalhamento do que seja alteração das características naturais da Zona Costeira sem, contudo, estabelecer listagem taxativa de obras e atividades sujeitas ao EIA /RIMA na Zona Costeira, já que as condições desta exigência variam de acordo com as peculiaridades de cada caso, especialmente no que se refere à sua localização, aspectos ambientais do local e porte da atividade, que exigem uma avaliação caso a caso.

4. CONCLUSÕES ARTICULADAS

4.1 A Zona Costeira pode ser considerada um espaço paradoxal, visto que possui grande relevância ecológica, configurando-se como uma área ambientalmente frágil, a exigir estratégias de gestão e proteção e, ao mesmo tempo, apresentando grande potencial econômico e abrigando parcela significativa da população que podem gerar situação de risco quanto à integridade dos ambientes costeiros.

4.2 A complexidade ambiental, política, econômica e sociocultural dos espaços costeiros, aliada à intensificação da sua descaracterização e ocupação desordenada, têm gerado respostas nos diversos níveis decisórios, visando desenvolver estratégias de gestão e normas jurídicas que garantam a conservação e ordenação do uso da Zona Costeira, que se consubstanciam na Gestão Integrada de Zonas Costeiras.

4.3 Diante da complexidade da Zona Costeira, que se caracteriza como um espaço de intensa conflituosidade pela sobreposição de interesses e usos incidentes sobre os seus recursos, a exigir práticas diferenciadas de gestão, o licenciamento ambiental de obras e atividades em áreas costeiras adquire contornos diferenciados, devendo se adequar aos objetivos, princípios e diretrizes do PNGC e demais normas específicas incidentes sobre este espaço. Esta exigência pauta-se na necessidade de se intensificar os critérios de prevenção, tendo em vista a sua importância e fragilidade ambiental aliadas ao seu potencial econômico.

4.4 O procedimento de licenciamento ambiental vem sofrendo um processo de judicialização, especialmente no que se refere à competência administrativa para o licenciamento e à exigência de realização de EIA/RIMA, deslocando a decisão pública ambiental da esfera administrativa para o âmbito do Poder Judiciário.

4.5 A designação da Zona Costeira como Patrimônio Nacional, ou a incidência de obras e atividades sobre espaços e ambientes costeiros considerados bens da União, tais como praias e terrenos de marinha, não deslocam a competência em matéria de licenciamento ambiental para o órgão ambiental federal, tendo em vista que o critério para a distribuição de competências é a área de abrangência dos impactos e não a dominialidade dos bens afetados. No que se refere especificamente ao licenciamento ambiental na Zona Costeira, este critério está consolidado tanto no PNGC II como no Decreto n°. 5.300/04, ao fixarem as competências do IBAMA para o licenciamento ambiental em áreas costeiras.

4.6 A decisão quanto à exigência do EIA/RIMA nos procedimentos de licenciamento ambiental configura-se como poder discricionário do órgão ambiental licenciador, que deve verificar se a atividade sob licenciamento pode ou não acarretar significativa degradação ambiental. Porém, em se tratando de licenciamento ambiental em áreas costeiras, deve-se seguir o disposto no § 2° do art. 6° da Lei n°. 7.661/88, que substitui o critério da significativa degradação ambiental pela possibilidade de acarretar alteração das características naturais da Zona Costeira. Há, portanto, uma intensificação da exigência de EIA/RIMA nos procedimentos de licenciamento ambiental em áreas costeiras, visto que o critério referente à alteração das características naturais da Zona Costeira é mais abrangente.

4.7 Sugere-se um detalhamento maior do que pode ser entendido como alteração das características naturais da Zona Costeira, a fim de evitar controvérsias quanto à necessidade ou não de EIA/RIMA nos licenciamentos ambientais em áreas costeiras, que possam levar à judicialização do procedimento.

COMPETÊNCIA PARA O LICENCIAMENTO AMBIENTAL: PRINCÍPIO DA SUPLETIVIDADE

FLAVIA MARIA GOMES PARENTE ALVES
Pós-Graduanda de Direito do Centro
Universitário do Maranhão - UNICEUMA

1. INTRODUÇÃO

A proteção dos bens jurídicos fundamentais e a estruturação do Estado para garantir o bem-estar dos cidadãos dependem do sistema constitucional de repartição de competências legislativa e executiva. Desta forma, a Carta Magna brasileira estabelece a distribuição de competências de forma descentralizada, em que os Entes da Federação compartilham as responsabilidades.

De modo geral, ao Poder central impõe-se ações de âmbito nacional e internacional e a elaboração de normas gerais. Já os Poderes locais têm a missão de atuar nas questões de interesse local. Para dar flexibilidade a este sistema, alguns dispositivos legais determinam a ação supletiva de alguma esfera do poder, em face da omissão do órgão originariamente competente. Portanto, a cooperação entre os membros do Estado, com o fim de atingir com plenitude seu objetivo é um instrumento essencial de adequação das atividades dos poderes públicos às realidades em que irão intervir.

A preocupação com a utilização racional dos recursos naturais é um processo histórico marcado por avanços e retrocessos que são impulsionados, principalmente, pelo modelo econômico adotado por cada país. No Brasil, somente na Constituição Federal de 1988, a garantia de um meio ambiente equilibrado e saudável foi elevada à categoria de direito fundamental. O legislador constituinte de 88 estabelece, ainda, a repartição de competências referentes à proteção do meio ambiente.

A complexidade do sistema de repartição de competência na área ambiental dá margem a inúmeros estudos e, delimitado na questão da competência de execução para licenciamento ambiental, é o objeto específico deste estudo.

O licenciamento ambiental é um dos meios mais importantes para a preservação do meio ambiente, sendo tratado pela Política Nacional de Meio Ambiente - PNMA -, Lei Federal 6.938/81, como um de seus instrumentos. Esta lei determina que os órgãos estaduais competentes devem licenciar e a União deve atuar neste campo de forma supletiva.

Extrai-se da doutrina o ensinamento segundo o qual "[...] versaram referidos diplomas sobre as normas federais básicas para a uniformização do licenciamento ambiental em todo o território nacional, referendando a descentralização de sua

outorga, que ficou entregue fundamentalmente aos órgãos estaduais competentes.″ (MILARÉ, 2004, p.488).

Do exposto, firma-se o entendimento de que diante da inação do órgão estadual competente, a União atuará no processo de licenciamento ambiental. No entanto, a supletividade depara-se com a discricionariedade técnica, a avaliação de impactos ambientais e o conceito de áreas de influência.

Para execução da pesquisa que fundamenta esta tese foi utilizado o método dialético de abordagem para que, através do confronto de informações teóricas e práticas, possam ser atingidas confirmações ou negações das hipóteses pré-estabelecidas. Sem a intenção de esgotá-lo, todos os esforços serão concentrados na busca da verdadeira essência do tema explorado. A técnica de documentação indireta - pesquisa documental e bibliográfica - foi o principal instrumento para atingir os objetivos desejados, além de ser a fonte inspiradora deste tema.

Aplicando os procedimentos histórico, estatístico e comparativo foi possível a contextualização política, econômica e social das determinações legais de competência em razão da matéria para o licenciamento ambiental e do respeito a estes dispositivos pelo poder executivo.

No primeiro momento é destinado ao desvendamento dos dispositivos constitucionais que se referem à proteção do meio ambiente. Através de um breve histórico, direciona-se às determinações explícitas e implícitas da Carta de 1988 acerca do poder-dever do Estado e da sociedade de preservação do meio ambiente.

O desvendamento da competência executiva para promover o licenciamento ambiental e a aplicação do princípio da supletividade como regra de distribuição de competência em matéria ambiental são apontados como indispensáveis para garantir a defesa do ambiente ecologicamente equilibrado.

A importância deste tema é confirmada pela necessidade de que sejam dirimidas as controvérsias sobre competência para o licenciamento ambiental. E, com efeito, este instituto atinja a sua finalidade de instrumento essencial para proteção do meio ambiente.

Para tanto, afirma-se, desde já, que Constituição Federal deve ser observada como fonte para a repartição de competência, respeitando-se os critérios verticais e horizontais de suas determinações. A garantia de um meio ambiente de qualidade é um direito fundamental, exigindo do Poder Público clareza e efetividade quanto às políticas a serem aplicadas e que, especialmente, os princípios da legalidade e da precaução norteiem as práticas relativas à gestão ambiental.

2. O DIREITO AMBIENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Uma evolução histórica de longo prazo marcou o desenvolvimento da proteção formal do meio ambiente no Brasil. Durante o Império, a Constituição de 1824 foi omissa, não tratando da questão ambiental. No entanto, através de uma interpretação extensiva, nota-se que aos municípios foi atribuída a função de regulamentar a maioria das atividades diretamente relacionadas ao meio ambiente.

As Constituições Republicanas anteriores à Carta de 1988 apenas estabeleceram a competência exclusiva da União para legislar em matérias referentes à exploração de alguns recursos naturais, como minas e energia. Somente a Carta Magna de 1969 acrescentou um dispositivo, não muito importante, acerca da questão ambiental, apontando a competência legislativa da União quanto à defesa da nação, em caso de calamidades públicas, especialmente aquelas causadas por fenômenos naturais, como inundações e secas.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dentre tantas outras inovações, apresentou um capítulo próprio sobre meio ambiente, elevando-o à categoria de direito fundamental. Disposto no título designado ao ordenamento da ordem social, este capítulo insere-se no domínio dos direitos sociais, econômicos e culturais.

De forma dinâmica e sistêmica, a Constituição de 1988 acrescentou ainda outros dispositivos vinculados indiretamente ao sistema de preservação ambiental, porém de fundamental importância para a manutenção do equilíbrio ambiental e do desenvolvimento sustentável do país. Assim é que a legislação pátria reconhece que o meio ambiente equilibrado, além de um direito, deve ser um princípio norteador das ações públicas e privadas no país.

Foi a Carta Magna de 1988 que impôs a duplicidade de pólo passivo, colocando o indivíduo e o Estado como vítimas das práticas devastadoras do meio ambiente. O meio ambiente torna-se, a partir de então, um direito difuso que "[...] apresenta-se como um direito transindividual, tendo um objeto indivisível, titularidade indeterminada e interligada por circunstâncias de fato". (FIORILLO, 2002, p. 7).

Este grande avanço relativo à matéria ambiental constitucional foi resultado de intensos movimentos sociais. No momento em que ficou comprovado que o modelo de desenvolvimento existente no planeta é incapaz de atender aos interesses do homem por toda a sua existência, ouviram-se as vozes que clamavam por uma reestruturação da organização social e econômica no plano universal. Em 1988 foi institucionalizada, no Brasil, uma mobilização de âmbito internacional pela mudança de comportamento da humanidade com relação ao meio ambiente.

As normas ambientais positivadas no texto constitucional de 1988, além de representarem, de forma clara, o imperativo poder-dever do Estado e da coletividade de proteção do meio ambiente, integram-se ao ordenamento jurídico nacional, apresentando valores, objetivos e princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

A interpretação dos dispositivos constitucionais ambientais, conforme o paradigma ecológico, analisando-se o peso dos princípios e a questão dos interesses e de suas colidências, deverá ser o norte das ações para manutenção do meio ambiente equilibrado. Assim como outros valores constitucionais, além da preservação ambiental, devem ser levados em consideração.

É necessário, portanto, que, em sua aplicação, as normas e os princípios próprios do Direito Ambiental sejam articulados com outros princípios e com o contexto em que estão inseridos. E, ainda, que respeitem a hierarquia do conjunto normativo pátrio. As normas ambientais devem ser consideradas de forma global,

relacionando-as com outros ramos do direito e com outras áreas do conhecimento. É desta forma que se reconhecem e se respeitam a transversalidade e a interdisciplinaridade do Direito Ambiental.

Assim enuncia Farias (1999, p. 244):

> *"Os princípios alçados à condição de fundamentos da República Federativa do Brasil, os objetivos fundamentais da República, os direitos fundamentais elencados, bem como os demais princípios vigentes no corpo da Constituição Federal, devem ser ponderados conjuntamente à aplicação do disposto no artigo 225 da Lei Maior, que trata estritamente do meio ambiente; pois, in concreto, estar-se-á, muitas vezes, diante de conflitos entre tais normas-princípios".*

Para instrumentalizar a defesa do meio ambiente, o legislador constituinte impôs dispositivos constitucionais de naturezas penal, processual, econômica, sanitária, tutelar administrativa e de repartição de competência administrativa.

O artigo 225 da Constituição Federal de 1988 determina que:

> *"Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de protegê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".*

É assim que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado passa a ser reconhecido como direito fundamental de terceira geração, transindividual, em que a segurança e o bem estar, valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, confirmam que o meio ambiente equilibrado é um direito coletivo.

Esta tese além de constituir-se de um conteúdo material referente à proteção e preservação do meio ambiente, destaca os instrumentos para efetivá-lo. Diante de sua complexidade conceitual e normativa, é necessário esclarecê-lo de forma sistemática.

Como ponto de partida e com resguardo da doutrina especializada e da Lei Ordinária 6.938/81, define-se meio ambiente como um sistema complexo composto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que determina e condiciona a vida em todas as suas formas.

Outro esclarecimento fundamental refere-se ao equilíbrio ecológico. O artigo 225 da Constituição garante o direito ao meio ambiente equilibrado, apontado para a necessidade de que a relação homem e natureza seja harmônica. Através de uma interpretação teleológica, infere-se que este direito difuso e coletivo impõe, na mesma proporção, o dever de proteção do meio ambiente.

O meio ambiente equilibrado é condição para que seja respeitado o direito à dignidade humana e à vida; e a sua efetivação depende dos instrumentos de salvaguarda dos recursos ambientais. Preservação e a proteção do meio ambiente são os maiores objetos desta norma.

Este mesmo dispositivo da Carta Magna classifica o meio ambiente como bem de uso comum do povo. Esta é a forma de expressar o caráter difuso da proteção ambiental. É um bem público, não no sentido de propriedade do Estado, mas por ser direito de todos.

Doutrinariamente classifica-se o meio ambiente como macrobem e microbem. O primeiro é imaterial e incorpóreo, não sendo, portanto, apropriável e não podendo ser conferidos sobre eles direitos individuais. Estes bens são indispensáveis à proteção do meio ambiente. É o objeto último e principal almejado pelo legislador.

Os microbens são os bens corpóreos que compõem o macrobem. Representam as unidades do conjunto ambiental, constitucionalmente resguardado. Eles são os elos materiais da cadeia global.

A titularidade dos macrobens ou dos bens ambientais individualizados não interferem na fruição do bem ambiental como de uso comum do povo. A doutrina italiana, por exemplo, já classifica o meio ambiente como bem de interesse comum, que possui regime jurídico especial, por ser essencial à qualidade de vida da coletividade.

Há de se ressaltar que o conceito de bem do uso comum do povo deve ser interpretado em harmonia com o imperativo de que a propriedade deve atingir sua função social, neste caso, a manutenção de um meio ambiente equilibrado.

Outro elemento fundamental disposto neste enunciado é a sadia qualidade de vida, que corresponde a um conjunto de condições, externas ao homem, que possibilitem o pleno desenvolvimento da pessoa, como educação, saúde e meio ambiente de qualidade. Nota-se a intenção da Carta de 1988 de apresentar, de forma expressa, o meio ambiente equilibrado como uma condição indispensável para uma vida saudável.

A obrigação do Poder Público em promover políticas públicas voltadas para a proteção e defesa do meio ambiente é uma preocupação expressa do legislador constituinte. Ao referir-se ao Poder Público, a norma constitucional ambiental impõe a participação, de forma ampla, de todos os entes da federação em ações de preservação do meio ambiente. É a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios nesta matéria.

Assim, define Afonso da Silva (1995, p. 49):

> *"Poder Público é expressão genérica que se refere a todas as entidades territoriais públicas, pois uma das características do Estado Federal, como o nosso, consiste precisamente em distribuir o Poder Público por todas as entidades autônomas que o compõem, para que cada qual o exerça nos limites das competências que lhes foram outorgadas pela Constituição".*

Para garantir a eficácia plena das normas de preservação ambiental é essencial a participação da coletividade. O alicerce da democracia é a participação popular nas ações com repercussão em toda a sociedade. Seguindo a linha democrática e participativa é que a Constituição Federal insere o dever de atuação da coletividade na gestão ambiental.

Destaque-se, ainda, que para possibilitar esta união entre o Poder Público e a sociedade civil, a Constituição Federal confere aos cidadãos acesso a informações de interesse coletivo e direito de expressão, como garantia do exercício pleno da cidadania.

Sobre a importância da aliança da legislação, do Poder Público e da coletividade pela preservação do meio ambiente, ensina Siqueira Castro (1992, p. 67):

> *"Somente quando interligarem a lei e a sociedade num amálgama de vontade política decididamente reorientadora do processo de desenvolvimento, poder-se-ão atingir as metas ecológicas em benefício da humanidade e da geografia econômica do Planeta".*

O enunciado constitucional materializa a necessidade de proteção do meio ambiente apontando, de forma subjetiva, os titulares desse direito, que são as presentes e futuras gerações. Esse dispositivo representa o sentido real da solidariedade entre gerações, em que se reconhece ser necessário agir de forma responsável e corretiva, pois o que não for solucionado hoje deixará uma pesada carga às gerações futuras.

Na defesa da solidariedade entre as gerações e do exercício pleno da cidadania, pondera com maestria Alberto Warat (apud FARIAS, 1999, p. 258):

> *"[...] O amor é sempre uma forma de cuidado. Amamos a vida quando a cuidamos; encontramos a solidariedade quando cuidamos do outro; [...] A "prática do cuidado" é uma forma de forçar o poder para que encontre limites com os quais deva negociar. [...] Por aqui começa o sentido mais amplo de cidadania como uma forma solidária de encontrar-se, autônomo, frente à lei, de exigir cuidado público da vida."*

Além do artigo 225, a Constituição brasileira de 1988 apresenta um amplo arcabouço de normas que representam de forma direta e indireta o dever de preservação ambiental. Estes dispositivos buscam modificar padrões de comportamento em direção à qualidade ambiental.

Observa-se, com efeito, o artigo 5º (LXXI e LXXIII), que aponta instrumentos para garantir a defesa do meio ambiente, como o mandado de injunção e a ação popular, respectivamente. Existem, também, vários dispositivos referentes à repartição de competências em matéria ambiental e, ainda, outros que abrangem aspectos essenciais à qualidade de vida, a exemplo de infra-estrutura, saneamento básico e saúde pública.

No título referente à Ordem Econômica, a Carta de 1988 apresenta, como um dos seus princípios, a defesa do meio ambiente: artigo 170, IV. Através dele conclui-se que o desenvolvimento da atividade econômica deve estar aliado e ter como elemento a proteção ao meio ambiente. Para tanto, é necessário que o Poder Público adote medidas responsáveis que conciliem os conflitos entre a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento econômico.

O papel regulador do Estado é fundamental para concretização do desenvolvimento sustentável, ou seja, para que a economia e o meio ambiente sejam compatíveis. Ações como a elaboração da Agenda 21, durante a ECO 92, que estabeleceu metas para o desenvolvimento sustentável, são fundamentais para a efetividade do dever de uso racional dos recursos naturais.

Silveira (2002, p. 121) aponta de forma sucinta a relação ideal entre o direito econômico e o ambiental:

> *"A normatização da economia nos moldes traçados pela nova Constituição visa a transmudar o fio condutor das relações de mercado, baseadas no lucro indi-*

> *vidual, fixando um norte afeito à proclamação dos direitos sociais, entre eles, o direito ao meio ambiente equilibrado. A relação entre direito ambiental e direito econômico deve encontrar um balanço entre qualidade de vida e desenvolvimento econômico".*

No caso concreto, a harmonia entre desenvolvimento e preservação do meio ambiente não é uma tarefa fácil. Implica decisões políticas firmes e a participação da coletividade, atuando de forma responsável e cobrando ações do Poder Público neste sentido. "De qualquer modo um bloco de ações das mais diversas faz-se necessário para compatibilizar a economia e o meio ambiente; nele se inclua a participação da sociedade nos programas decisórios". (SILVEIRA, 2002, p. 125).

3. LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Na década de 70, com o grande desenvolvimento econômico do país, tornou-se indispensável uma política de controle ambiental eficiente. A principal preocupação do legislador pátrio era com a poluição industrial. Para assegurar a efetiva proteção do meio ambiente e garantir a sua qualidade e equilíbrio para as presentes e futuras gerações, o Poder Público dispõe de vários instrumentos que foram legalmente instituídos para viabilizar a gestão ambiental.

O controle das atividades humanas sobre o meio ambiente deve ser preferencialmente prévio. No entanto, podem acontecer de forma concomitante e sucessiva às ações que degradam o meio ambiente, tais como a fiscalização e o habite-se, respectivamente. Como um dos principais instrumentos de controle ambiental prévio, disposto na PNMA, aponta-se o licenciamento ambiental, conforme o artigo 9º, IV da Lei 6.938/81.

Através do licenciamento ambiental, o Poder Público visa a defender o meio ambiente para que o maior número de pessoas possa utilizar os recursos naturais sem desequilibrar os ecossistemas. Busca-se regrar as atividades humanas de forma a promover o desenvolvimento sustentável.

O licenciamento ambiental apresenta para o Poder Público a adequação das atividades efetiva ou potencialmente causadoras de impacto ao meio ambiente e sua adequação aos princípios da PNMA. Avalia as conseqüências positivas e negativas dos projetos, sob o ponto de vista da defesa do bem comum, autorizando ou não a sua instalação. "A finalidade do licenciamento ambiental é, a grosso modo e em resumo, compatibilizar a proteção dos recursos naturais com o atendimento às necessidades da sociedade, potencializadas pelo surgimento da sociedade de consumo" (FINK, 2002, p. 71).

O licenciamento ambiental é um ato administrativo único, composto de várias etapas que culminam com a expedição de um alvará autorizando a implementação do empreendimento. A Resolução CONAMA 237/97, que determina procedimentos e critérios para o licenciamento ambiental, em seu artigo 1º, inciso I, define este instituto como:

> *"Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo o qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, con-*

> *sideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso".*

Para empreendimentos utilizadores de recursos naturais, capazes de causar degradação ambiental, alteração adversa ou poluição, o licenciamento ambiental é obrigatório e deve ser, necessariamente, prévio. Convém ressaltar que qualquer ação humana pode causar degradação ambiental, porém a Administração Pública possui discricionariedade para determinar se uma atividade é ou não nociva ao meio ambiente. Apenas as atividades de menor porte ou aquelas que não impliquem significativa agressão ao meio ambiente estão dispensadas do licenciamento ambiental.

O uso dos recursos naturais deve ser racional; caso um empreendimento possa prejudicar de maneira sensível o equilíbrio ambiental, este será impedido de ser implementado. Observa-se que a utilização de um recurso ambiental guarda estreita relação com a sua destinação, devendo haver, por parte do órgão licenciador, prudência na análise da relação entre o desenvolvimento econômico gerado por um empreendimento e os custos impostos ao meio ambiente.

De forma detalhada, Afonso da Silva (1995, p. 193) descreve o licenciamento ambiental:

> *"As licenças ambientais, em geral, são atos administrativos de controle preventivo de atividades de particulares no exercício de seus direitos. Há situações em que o particular é titular de um direito relativamente à exploração ou uso de um bem ambiental de sua propriedade. Mas o exercício desse direito depende do cumprimento de requisitos legalmente estabelecidos tendo em vista a proteção ambiental, de tal sorte que fica ele condicionado à obtenção da competente licença da autoridade competente, pois que o licenciamento de atividades potencialmente poluidoras é uma exigência da Lei 6938/81 como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 9º, IV)".*

O licenciamento é uma atividade preventiva, pois o momento adequado para sua execução é anterior à instalação de um empreendimento. Evitando impactos ambientais, muitas vezes impossíveis de serem reparados. É mais simples e menos dispendioso evitar o dano ambiental que mitigá-lo. Atividades preventivas são mais eficientes e menos onerosas que as corretivas.

Os prazos de vigência das licenças ambientais são imprescindíveis à PNMA, pois garantem segurança jurídica na proteção do meio ambiente, diante da intensa dinâmica das condições ambientais e das tecnologias. Aos empreendedores estes prazos representam a possibilidade de planejamento financeiro, sendo um instrumento de garantia perante a Administração Pública.

O prazo da Licença Prévia, por exemplo, é importante para garantir segurança jurídica no que se refere às normas de uso e ocupação do solo; à indisponibilidade dos recursos que seriam usados naquela atividade por outros empreendedores; e para dar-lhes a noção de que poderão ter que modificar as condições da sua atividade, em face da evolução dos sistemas de proteção ambiental.

Observe-se que o licenciamento ambiental assumirá também a missão de revisar as atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, pois este instituto

representa uma espécie de loteamento dos recursos ambientais disponíveis entre os vários usuários; tendo em vista o desenvolvimento sócio-econômico mediante a utilização racional de tais recursos. O objetivo desta ação é permitir a utilização dos recursos naturais, pelo maior numero possível de usuários, com segurança ambiental.

Como já fora mencionado, a licença ambiental não pode ser revogada. Poderia, no entanto, ser anulada, se irregular ou cassada, se descumpridas as suas condições. Ressalte-se que não há, por parte do empreendedor, o direito de degradar o meio ambiente. Havendo conflitos, o processo judicial determinará a solução do problema.

4. COMPETÊNCIA PARA O LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Como instrumento da PNMA, o licenciamento ambiental deverá ser provocado pelo titular do empreendimento capaz de gerar degradação ambiental e instaurado pelo órgão ambiental competente para fazê-lo. Desta forma, instrumentaliza-se a máxima constitucional de que o Poder Público e a coletividade têm o poder-dever de defender o meio ambiente e manter o seu equilíbrio.

Alonso Jr. Afirma que (2002, p. 40):

> *"O licenciamento, sem dúvida, enquadra-se no princípio transcrito - princípio da precaução – e obriga o Estado a exercer seu poder de polícia administrativa para evitar ou minimizar impactos ambientais relativos a empreendimentos (ou atividades) que devem ser submetidos ao necessário e prévio procedimento licenciador".*

No que se refere ao órgão competente para promover o licenciamento ambiental, existe um complexo e contraditório sistema que instrui a sua determinação. É o princípio da preponderância dos interesses públicos que norteia a repartição de competências, ou seja, o órgão competente para licenciar deverá ser aquele capaz de proteger melhor o meio ambiente.

As palavras de Afonso Silva reafirmam esta posição (2001, p. 412):

> *"[...] o princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado federal é o da predominância do interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local [...]".*

O artigo 10 da Lei 6.938/81 impõe o licenciamento ambiental por parte do órgão estadual competente e do IBAMA, em caráter supletivo, das atividades que interfiram no equilíbrio ecológico. Há, neste mesmo dispositivo legal, a determinação expressa de que esta licença não será deferida em detrimento de outras licenças cabíveis. E o seu § 4º dispõe que o IBAMA deverá licenciar as atividades que possam causar impacto de influência nacional ou regional.

A Constituição Federal de 1988 recepcionou a PNMA e as condições por ela impostas, uma vez que esta norma responsabiliza todos os Entes Públicos pelas

ações de preservação do meio ambiente e, também, pela sua coerência em face do sistema constitucional de repartição de competência. Note-se que a descentralização da competência executiva assume status constitucional a partir de 1988.

Em 1990, o Decreto 99.274 complementa as regras definidas na PNMA, detalhando-a no que trata do licenciamento ambiental. Suas determinações mantêm a divisão descentralizada de competência para licenciar, entregando, essencialmente, aos órgãos ambientais estaduais a missão de promover o licenciamento ambiental, sem excluir a atuação dos demais entes da federação.

Destas normas gerais infere-se que o licenciamento ambiental é tarefa do Poder Executivo Estadual, regido por termos federais, quanto às normas gerais. Os termos específicos são de ordem estadual, nos limites de seus territórios. Em face da competência legislativa e executiva concorrente entre todos os entes da federação, os Municípios não estão isentos deste processo, devendo atuar no licenciamento de atividades possivelmente causadoras de impactos locais.

Exige-se, portanto, a descentralização executiva e legislativa para a efetivação do licenciamento ambiental. Todos os entes da federação devem exercer a função de elaborar normas gerais (União) e específicas (Estados, Distrito Federal e Municípios) acerca do licenciamento e, principalmente, adaptar suas estruturas para a execução responsável de seu procedimento.

Desta forma, a Constituição de 1988 e as normas federais protetoras do meio ambiente dispõem que os três níveis da federação têm competência executiva para o licenciamento ambiental. Havendo, inclusive, previsão expressa autorizando a duplicidade de licenças, quando necessário. "Nada impede, a bem ver, por conta mesmo da estrutura federativa do Estado brasileiro, venha o licenciamento a ser disciplinado pelos três níveis de governo, conforme a natureza da atividade a ser licenciada". (MILARÉ, 2004, p. 488).

Com o objetivo de apresentar etapas e caminhos a serem seguidos pelo órgão licenciador e de esclarecer conflitos de competência, o CONAMA, no exercício de suas atribuições legais, edita a Resolução nº 237/97. Dentre os principais elementos constituidores deste regulamento, ressaltam-se as regras de competência para o licenciamento ambiental, dispostas nos artigos 4º e seguintes.

A grande e controvertida inovação desta Resolução refere-se ao seu artigo 7º. Ele determina que o licenciamento ambiental deverá ser executado em um nível único de competência. Percebe-se que para alcançar o objetivo de estabelecer um critério definido para a determinação de competência, o CONAMA ultrapassa seus próprios limites, atentando contra a Constituição Federal, em seu sistema de repartição de competência e, ainda, contrariando a Lei Federal 6.938/81, ao referir-se à competência executiva para o licenciamento ambiental.

Fiorillo (2002, p. 74) chama atenção para a inconstitucionalidade desta norma:

> *"A Resolução Conama n. 237/97 alterou as regras de competência para o licenciamento, fixando, em seu art. 7º, que os empreendimentos e atividades serão licenciados em um único nível de competência. Isso torna questionável a constitucionalidade do dispositivo, uma vez que exclui o licenciamento em duas ou mais esferas governamentais, contrariando a competência comum material dos*

> *entes federados, na proteção do meio ambiente e no combate da poluição em qualquer de suas formas."*

Sobre este mesmo assunto, Milaré (2004, p. 489) é ainda mais enfático:

> *"Daí a eiva de inconstitucionalidade da Resolução CONAMA 237/97 [...] e conferir o licenciamento a um único nível de competência, acabou enveredando por seara que não lhe diz respeito, usurpando à Constituição competência que esta atribui aos entes federados".*

Esta Resolução, apesar da tentativa de dirimir conflitos de competência, apresenta critérios subjetivos para sua determinação, gerando, desta forma, um sistema ainda mais complexo de repartição de competência para licenciamento ambiental. Estes critérios são consubstanciados nos conceitos de impacto ambiental e de sua área de influência direta.

Pode-se inferir do artigo 1º da Resolução CONAMA nº 01/86 que impacto ambiental é a influência humana no meio físico, no meio biológico, nos ecossistemas e no meio sócio-econômico. Este significado, associado à determinação da área que poderá ser influenciada diretamente pelo empreendimento a ser licenciado, será fundamental para a definição de qual o órgão ambiental será competente para fazê-lo. "É oportuno atentar para a preocupação com os impactos diretos. Serão esses impactos que deverão ser considerados para a correta identificação do órgão competente para realizar o licenciamento. Os impactos indiretos são inúteis a esse fim". (FINK, 2002, p. 18).

Interessa, ainda, o comentário de Alonso Jr. (2002, p. 45):

> *"Anote-se que não é fator decisivo estar o empreendimento dentro dos limites de determinada cidade, pouco importando, ainda, a titularidade da área onde será realizada a atividade e/ou obra. O raio de influência ambiental é que indicará o interesse gerador da fixação da atribuição, traçando-se uma identificação da competência licenciadora com a competência jurisdicional (art. 2º da Lei Federal nº 7.347/85 – local do dano)".*

De acordo com o artigo 4º da Resolução 237/97, cabe à União, através do IBAMA, o licenciamento das atividades e obras que representem a possibilidade de significativo impacto ambiental de âmbito nacional (país) ou regional (dois ou mais Estados). Há intensa subjetividade nesta determinação, posto que é necessário reconhecer se o impacto ambiental é significativo, qual será a área de influência da atividade, se local, regional ou nacional.

O IBAMA deverá atuar, ainda, em caráter supletivo, diante da omissão do órgão licenciador estadual. Este mesmo dispositivo atribui competência à União em face da titularidade de suas Unidades de Conservação, o que representa um equívoco sistemático na técnica de repartição e mais um desrespeito às normas constitucionais. Existem atividades específicas, enumeradas na Resolução 237/97, em que a União deverá, obrigatoriamente, promover seu licenciamento.

Aos órgãos ambientais estaduais e distritais, o artigo 5º da Resolução atribui a competência licenciadora de empreendimentos geradores de impactos diretos

que ultrapassam os limites territoriais de um município. Deverá, também, licenciar atividades desenvolvidas em Unidades de Conservação de seu domínio e em florestas ou vegetações de preservação permanente.

A competência dos municípios pra licenciar está disposta no artigo 6º desta mesma norma. Fica estabelecido que atividades causadoras de impactos estritamente locais, em que a sua área de influência não ultrapasse as fronteiras do próprio município, devem ser licenciadas pelo órgão ambiental municipal.

Acerca das competências legislativa e executiva do município para o licenciamento ambiental, Fink (2002, p. 21) aponta:

> *"Portanto, quando houver relevante interesse ambiental local, devidamente fundamentado e demonstrado, pode o Município produzir normas visando à sua proteção, inclusive, definindo parâmetros para o licenciamento ambiental, bem como a competência de órgãos municipais ambientais para promovê-lo".*

Ressalte-se que o órgão competente para licenciar deverá considerar os pareceres técnicos elaborados pelos órgãos ambientais dos demais entes da federação. Estes exames não terão caráter vinculante, porém, decisões contrárias deverão ser devidamente motivadas.

Ao analisar este aspecto do processo de licenciamento, Milaré (2004. p. 492) acrescenta:

> *"Lembre-se, também aqui, o caráter não vinculativo dos estudos técnicos emanados dos outros órgãos envolvidos no licenciamento. O que não se pode é prescindir de justificação e fundamentação para a recusa, de modo a se evitar medidas arbitrárias ou mesmo possíveis alegações de falta de cuidado no trato do meio ambiente".*

Existe, por fim, a competência delegada em que a União transfere a competência para licenciar atividades com significativo impacto ambiental regional aos Estados. Da mesma forma, os Estados podem delegar a atribuição de promover o licenciamento de empreendimentos causadores de impacto local aos municípios. Para garantir a validade do licenciamento por delegação, é necessário que a transferência de atribuição seja efetivada através de instrumento legal ou por convênio.

5. PRINCÍPIO DA SUPLETIVIDADE

A adoção do princípio da supletividade como regra na distribuição de competências é conseqüência da estrutura federativa adotada pelo Brasil. O processo de descentralização política desenvolve-se baseado neste princípio, com o objetivo de estimular a atuação dos poderes locais no que se refere aos seus próprios interesses. Sem, contudo, diminuir a responsabilidade do Estado de garantia e proteção dos direitos dos cidadãos.

Este princípio também é conhecido pela doutrina como princípio da subsidiariedade, que é definido "[...] como princípio pelo qual as decisões serão tomadas

ao nível político mais baixo possível, isto é, por aqueles que estão, o mais próximo possível, das decisões que são definidas, efetuadas e executadas."(BARACHO apud FARIAS, 1999, p. 319).

A supletividade insere-se no rol dos princípios informadores das normas de proteção ambiental. É uma das fontes garantidoras da efetividade dos instrumentos de defesa do meio ambiente. "A aplicação desse princípio em matéria ambiental, tendo em vista as dificuldades e a natureza jurídica dos bens ambientais, é benéfica."(SILVEIRA, 2002, p. 91).

É necessário enfatizar que o princípio da supletividade refere-se à competência comum material, disposta no artigo 23 da Constituição Federal. Não é aplicável, portanto, à competência legislativa concorrente em matéria ambiental. A atribuição para legislar nesta área é determinada pelo artigo 24 deste mesmo diploma, que impõe à União o dever de editar normas gerais e aos Estados e Municípios a competência suplementar. Não havendo normas gerais, estes Entes Públicos têm competência plena sobre suas peculiaridades locais. No entanto, a superveniência de lei federal sobre normas gerais, suspende a eficácia da norma estadual ou municipal.

Relacionando este princípio com a competência comum ambiental, Farias (1999, p. 320) esclarece a atuação deste princípio na determinação das atribuições da gestão ambiental:

Em face da competência comum ambiental, prevista no art. 23, VI e VII da Constituição Federal, e, considerando o princípio da subsidiariedade inerente ao modelo federativo, a competência do órgão federal de gestão ambiental exerce-se, de forma complementar à atração do órgão estadual congênere, na fiscalização e concessão de licenças e autorizações ambientais.

A supletividade da ação federal é expressa na Lei 6.938/81. Esta norma estabelece que o licenciamento ambiental deverá ordinariamente ser executado pelo órgão estadual competente e, quando houver omissão nessa esfera, a União deverá assumir esta missão.

Note-se que a atuação do poder federal é uma exceção, devendo ser expressamente prevista em lei. Não há superposição de atribuições, formula-se uma rede de cooperação harmônica entre os entes da federação. O órgão central age de maneira complementar às ações dos órgãos locais, sem determinações hierárquicas.

A menos que o impacto do empreendimento seja de âmbito nacional ou regional, o Poder Público federal não terá competência licenciadora exclusiva, mas sempre supletiva e, portanto, dependente da omissão do órgão competente. Desta forma, para promover o licenciamento ambiental de um empreendimento, o governo federal deveria promover a verificação da amplitude de seu impacto.

O princípio da supletividade é, pois, o elo de ligação entre o sistema de repartição da competência ambiental executiva e a efetividade dos instrumentos de proteção dos recursos naturais. Representa um compromisso entre a defesa dos interesses locais e a garantia do direito fundamental a um meio ambiente equilibrado e saudável.

6. CONCLUSÕES ARTICULADAS

6.1 O desenvolvimento econômico e a proteção do meio ambiente devem ser regulamentados para que haja desenvolvimento sustentável.

6.2 Os Entes integrantes da federação brasileira deverão criar normas para adequar as atividades humanas à manutenção de um meio ambiente equilibrado e fiscalizá-las, para que o ordenamento jurídico ambiental seja respeitado, garantindo a efetividade de seu objetivo.

6.3 A Lei Federal 6.938/81 determina que o licenciamento ambiental deverá ser promovido pelo órgão estadual competente, e apenas em caráter supletivo, pelo IBAMA. Ressalta-se ainda, que os Estados podem delegar a atribuição de promover o licenciamento de empreendimentos causadores de impacto local aos municípios.

6.4 Observa-se que, a possível atuação de um Ente Público em caráter supletivo é mais uma forma de garantir a efetiva proteção do meio ambiente através de instrumentos legalmente instituídos. Desta forma, em face da omissão do órgão local competente, torna-se imperiosa a ação de outro ente federativo no processo de licenciamento ambiental.

BIBLIOGRAFIA

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CASTRO, Carlos Roberto S. O direito ambiental e novo humanismo ecológico. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 317, 1992.

FARIAS, Paulo José Leite. **Competência Federativa e Proteção Ambiental**. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1999.

FINK, Daniel Roberto; ALONSO JR., Hamilton; DAWALIBI, Marcelo. **Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEDAUAR, Odete (Org.). **Coletânea de Legislação de Direito Ambiental - Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**: doutrina – prática – jurisprudência – glossário. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MORAES, Luís Carlos Silva de. **Curso de Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2002.

MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental**: sistematizado. 3. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998.

NAHUZ, Cecília dos Santos; FERREIRA, Lusimar Silva. **Manual para Normalização de Monografias**. 3. ed. São Luís, 2002.

OLIVEIRA, Antonio Inagê de Assis. **Licenciamento Ambiental**. São Paulo: Iglu, 1999.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. **Competência Ambiental**. Curitiba: Juruá, 2004.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

LICENCIAMENTO E GESTÃO AMBIENTAL PORTUÁRIA

FRANCELISE PANTOJA DIEHL
Docente/pesquisadora em Direito Ambiental da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; mestre em Direito Ambiental pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

FERNANDA DE SALLES CAVEDON
Docente/pesquisadora em Direito Ambiental da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI

1. INTRODUÇÃO

O Estado, para dar suporte aos crescentes investimentos públicos e privados que visam o incremento da capacidade brasileira de atuação no comércio internacional, e buscando acompanhar e disputar fatias de mercado em países estrangeiros, percebeu a necessidade de uma normatização que possibilitasse a modernização dos serviços da principal via de entrada e saída de produtos do país, os Portos. Essa modernização concretizou-se através da Lei 8.630/93 que, dentre outras modificações, trouxe à iniciativa privada, a legalização que necessitava para atuar no setor, que antes era de domínio exclusivo do Governo Federal.

Para que o meio ambiente não sofresse com o impacto do grande investimento que seria direcionado às áreas onde são executadas as atividades portuárias, ficou estabelecido que as iniciativas que viessem a implementar os bens para a execução daquelas atividades que dão suporte à operação portuária dentro dos limites da área do Porto Organizado, necessitariam, obrigatoriamente, da aprovação do Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente, como deixa claro o artigo 4º,§1º da Lei nº 8.630/93 (Lei de Modernização dos Portos), que exige que " a *celebração do contrato e a autorização (...) devem ser precedidas de consulta à autoridade aduaneira e ao poder público municipal e de aprovação do Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente – RIMA".*

Podem ser classificadas como preventivas as normas constantes da Lei de Modernização dos Portos que tratam da qualificação da prestação do serviço portuário, visando a garantia do controle ambiental. Podemos observar que quando a lei somente autoriza a execução das operações portuárias por operadores portuários qualificados, ao mesmo tempo em que está garantindo serviços especializados aos seus contratantes, também está diminuindo as chances de

ocorrência de acidentes ambientais. Esta prevenção também é perceptível quando a lei obriga, aos operadores portuários, a contratação de mão-de-obra especializada na operação portuária.

Assim como em muitos outros setores de prestação de serviço, no setor portuário, a execução dos serviços com garantia de qualidade, é o principal fator competitivo. Os Portos Organizados, para alcançarem a qualidade em seus serviços, garantindo assim o aumento da demanda, multiplicam seus investimentos, tanto públicos como privados, com base nas possibilidades permitidas pela Lei 8.630/93. Com a quebra do monopólio da União no setor, também se fez necessária à otimização dos custos para que cada Porto Organizado pudesse concorrer com preços mais competitivos, para isso, se fizeram necessários investimentos que previnem gastos inesperados, como possíveis indenizações por danos ambientais que, dependendo do caso, podem vir acompanhadas de suspensão das atividades portuárias, o que influi diretamente na sustentabilidade de tais organizações.

2. AS POLÍTICAS E OS INSTRUMENTOS DE CONTROLE AMBIENTAL VOLTADOS À ATIVIDADE PORTUÁRIA

Um dos instrumentos utilizados pela administração portuária para a prevenção e controle ambiental na área do Porto Organizado é a imposição de regimentos internos de segurança ou, até mesmo a adoção de normas internacionais de segurança como as estabelecidas pela MARPOL/73-78 que, conforme Soares[1],

> *"tem como objetivo a preservação do meio ambiente marinho, por meio da eliminação completa da poluição por descargas de substâncias nocivas ou de efluente que contenha tais substâncias, realizadas por navios, e minimização de descargas acidentais de tais substâncias".*

Para o setor portuário brasileiro existe um sistema normativo ligado a programas governamentais. A implantação de programas governamentais de prevenção do meio ambiente é uma forma de intervenção estatal na administração portuária. Esses programas são utilizados também por outros países, como podemos vislumbrar na obra de Silva&Cocco[2], quando se reportam ao sistema holandês afirmando que " o *governo holandês está se esforçando para elaborar padrões, sistemas de licenças etc., a fim de melhorar a situação atual e se assegurar de que os novos desenvolvimentos seguirão regulamentos severos"*

No Brasil, quando tratamos de preservação ambiental, podemos iniciar citando a lei que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938/81.

A finalidade a Lei 6.938/81 é expressa no *caput* de seu artigo 2º, que indica que ela "*tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar no País, condições de*

[1] SOARES, Guido Fernando Silva. (2001) - *Direito internacional do meio ambiente*. São Paulo: Atlas.
[2] SILVA, Gerardo; COCCO, Giuseppe. (1999) - *Cidades e portos: os espaços da globalização*. Rio de Janeiro: DP&A.

desenvolvimento sócio econômico, aos interesses de segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana".

A Lei 6.938/81 considera a importância do desenvolvimento sustentável, quando estabelece a competência do Poder Público, em seus diferentes níveis, para manter efetiva a fiscalização dos recursos ambientais, visando a compatibilização do desenvolvimento econômico com a proteção ambiental, e , de acordo com o artigo 4º, I , instituindo que "a *Política Nacional do Meio Ambiente visará: I – à compatibilização do desenvolvimento econômico social coma a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico*".

A Lei 6.938/81 também implementou meios de proteção ambiental através de importantes instrumentos, dentre eles, a avaliação de impactos ambientais e o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras. A Resolução CONAMA 237/97, em seu Anexo I, quando nomeia as atividades ou empreendimentos sujeitos ao licenciamento ambiental, inclui, com referencia ao setor portuário as "*marinas, portos e aeroportos*".

O controle ambiental da atividade portuária, devido à localização dos Portos Organizados, é também estabelecido pelas normas do Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, instituído pela Lei 7.661/88, e regulamentado pelo Decreto 5.300/04, reforçando a obrigatoriedade do Estudo de Impacto Ambiental para implementação de projetos na Zona Costeira.

Outra política nacional ambiental que influencia nas atividades portuárias é a Política Nacional de Recursos Hídricos, positivada pela Lei 9.433/97, que veio a instituir o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Conforme o artigo 2º, II da Lei 9.433/97, são objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos "*a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável".*

Como a atividade portuária de carga e descarga também contempla a manipulação de materiais potencialmente poluentes, necessário observar o disposto na Lei nº 9966, de 28 de abril de 2000, a qual dispõe sobre a prevenção, controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional. A referida lei, em seu art. 5º, dispõe que

> *"todo porto organizado, instalação portuária e plataforma, bem como suas instalações de apoio, disporá obrigatoriamente de instalações ou meios adequados para o recebimento e tratamento dos diversos tipos de resíduos e para o combate à poluição, observadas as normas e critérios estabelecidos pelo órgão ambiental competente".*

Determina ainda a Lei 9.966/00 que, para a definição das características das instalações e meios destinados ao recebimento e tratamento de resíduos e ao combate da poluição, será feito estudo técnico que deverá levar em conta o porte, o tipo de carga manuseada ou movimentada e outras características do porto organizado.

O referido estudo técnico determinado pela Lei 9.966/00 deverá estabelecer, no mínimo, as dimensões das instalações, a localização apropriada das instalações, a capacidade das instalações de recebimento e tratamento dos diversos tipos de

resíduos, padrões de qualidade e locais de descarga de seus efluentes, os parâmetros e a metodologia de controle operacional, a quantidade e o tipo de equipamentos, materiais e meios de transporte destinados a atender situações emergenciais de poluição, a quantidade e qualificação do pessoal a ser empregado e o cronograma de implantação, além de indicar o início da operação nas instalações.

A Lei 9.966/00 impõe à operação portuária nos Portos Organizados o gerenciamento os riscos de poluição. Este gerenciamento é feito através de normas internas de prevenção, como manuais de procedimento interno, para o gerenciamento dos riscos de poluição ou para a gestão dos diversos resíduos gerados ou provenientes das atividades de movimentação e armazenamento de óleo e substâncias nocivas ou perigosas. Esses manuais devem ser aprovados pelos órgãos ambientais competentes, em conformidade com a legislação, normas e diretrizes técnicas vigentes.

Com vistas à garantia da ação imediata que ilidiria danos ambientais, ou ao menos diminuiria os efeitos, vem a Lei 9.966/00 obrigar os envolvidos na operação portuária a garantir planos de emergência para a minimização desses efeitos nocivos ao meio ambiente. Esta obrigatoriedade legal se encontra no art. 7º da citada lei estabelecendo que

> *"Os portos organizados, instalações portuárias e plataformas, bem como suas instalações de apoio, deverão dispor de planos de emergência individuais para o combate à poluição por óleo e substâncias nocivas ou perigosas, os quais serão submetidos à aprovação do órgão ambiental competente".*

3. A AGENDA AMBIENTAL PORTUÁRIA

A Agenda Ambiental Portuária contempla uma proposta de modelo institucional para a gestão ambiental portuária a qual deve ser baseada numa estrutura gerencial ágil e adequada, que privilegie a articulação entre todas as autoridades envolvidas e tenha como fundamento a Lei de Modernização dos Portos. Com relação ao Porto Organizado, diz a Agenda Ambiental Portuária que

> *"cada porto organizado deverá dispor de uma Coordenação Ambiental vinculada à Administração do Porto, responsável pela implementação das atividades estabelecidas na Agenda Ambiental Portuária sob sua competência. Essa coordenação prestará apoio técnico ao Conselho de Autoridade Portuária – CAP, em cumprimento ao previsto no inciso XII, do parágrafo 1º do Artigo 30 da Seção I do Capítulo VI e coerentemente ao disposto no inciso V do parágrafo 1º do Artigo 33 da Seção II do mesmo capítulo da Lei Federal 8.630/93".*[3]

A Agenda Ambiental Portuária é atualizada conforme as inovações e modificações das normas ambientais vigentes, dando-se, por exemplo, a

[3] Comissão Interministerial para Recursos do Mar. Resolução nº 006, de 02 de dezembro de 1998. (Agenda Ambiental Portuária).

superveniência de Leis após sua criação, como é o caso da Lei do Óleo de 2000 e da Resolução do CONAMA nº 293/2001, referente a Planos de Emergência Individuais. Medidas como a Resolução CONAMA nº 02/96 são de grande importância para a reparação de danos causados ao meio ambiente quando estabelece que

> *"sempre que houver impactos relevantes ao meio ambiente, o empreendimento deverá contemplar medidas compensatórias, como as previstas na Resolução CONAMA nº 02/96, ou outras a serem estabelecidas no licenciamento ambiental, a fim de contribuir para a conservação dos recursos naturais".*[4]

Um instrumento considerado importante pela Agenda Ambiental Portuária foi criado pelo CONAMA e identificado por Resolução nº237/97, que se refere ao artigo 10 da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente. Sobre a utilização deste instrumento, a Agenda Ambiental Portuária estabelece que

> *"os empreendimentos portuários devem ser licenciados com base em Estudos de Impacto Ambiental – EIA e seus respectivos Relatórios de Impacto Ambiental – RIMA de acordo com a legislação vigente, avaliando-se os impactos identificados e levando-se em consideração as características específicas do local de implantação e as peculiaridades do empreendimento. No caso de instalações portuárias de baixo impacto, o licenciamento ambiental poderá utilizar-se de instrumentos de avaliação mais simplificados, conforme Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) nº 237/97".*[5]

A Resolução CONAMA/237/97, leva em consideração procedimentos para definição do deferimento ou indeferimento do pedido de licença, indicando que o Licenciamento Ambiental obedecerá as etapas de

> *" I - Definição pelo órgão ambiental competente, com participação do empreendedor, dos documentos, projetos e estudos ambientais necessários ao início do processo de licenciamento correspondente à licença a ser requerida; II – Requerimento da licença ambiental pelo empreendedor, acompanhado dos documentos, projetos e estudos ambientais pertinentes, dando-se a devida publicidade; III – Análise pelo órgão ambiental competente, integrante do SISNAMA, dos documentos, projetos e estudos ambientais e a realização de vistorias técnicas, quando necessárias; IV – Solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, integrante do SISNAMA, uma única vez, em decorrência da análise dos documentos, projetos e estudos ambientais apresentados, quando couber, podendo haver a reiteração da mesma solicitação caso os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios; V – Audiência pública, quando couber, de acordo com a regulamentação pertinente; VI – Solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, decorrentes de audiências públicas, quando couber, podendo haver reiteração da solicitação quando os esclarecimentos e*

[4] Comissão Interministerial para Recursos do Mar. Resolução nº 006, de 02 de dezembro de 1998. (Agenda Ambiental Portuária).
[5] Comissão Interministerial para Recursos do Mar. Resolução nº 006, de 02 de dezembro de 1998. (Agenda Ambiental Portuária).

> *complementações não tenham sido satisfatórios; VII – Emissão do parecer técnico conclusivo e, quando couber, parecer jurídico; VIII – Deferimento ou indeferimento do pedido de licença, dando-se a devida publicidade".*[6]

A Agenda Ambiental Portuária, também, faz referência aos procedimentos para o controle ambiental da atividade portuária, referindo-se a padronização dos seus procedimentos. Com isso, visivelmente incita a qualificação dos serviços prestados pelo setor portuário como forma de prevenir danos ambientais provenientes da falta de capacitação técnica para tal atividade. A implementação de tal controle ambiental, conforme a Agenda Ambiental, deve partir de programas estabelecidos no processo de licenciamento ambiental, e seus programas devem prever pelo menos ações nos campos do

> *"1. Monitoramento Ambiental; 2. Controle de erosão e assoreamento (incluindo o gerenciamento de dragagens; 3. Risco ambiental e prevenção de acidentes (análises de risco, plano de contingências); 4. Plano de Controle Ambiental (resíduos sólidos, efluentes líquidos e emissões); 5. Controle da introdução de espécies marinhas exóticas por meio de água de lastro; 6. Conservação dos recursos naturais (pesca, ecossistemas costeiros na área de influência do porto".*[7]

Dentre essas ações, podem ser citadas duas, referentes ao Plano de Controle Ambiental, que já são obrigatórias, conforme previsão de normas existentes: Resíduos Sólidos e Efluentes. A Resolução do CONAMA nº 5, de 5 de agosto de 1993 determina condições para tratamento de resíduos sólidos de diversas atividades, e em seu artigo 2º, estabelece que se aplica "*aos resíduos sólidos gerados nos portos, aeroportos, terminais ferroviários e rodoviários e estabelecimentos prestadores de serviços de saúde."*[8]. Quanto aos efluentes, a Resolução do CONAMA nº 357/05 em seu artigo 25, após estabelecer limites quantitativos de tolerância de determinadas substâncias que poderiam ser emitidas nas diversas classificações de águas, estabelece que

> *" Art. 25. É vedado o lançamento e a autorização de lançamento de efluentes em desacordo com as condições e padrões estabelecidos nesta Resolução.*
> *Parágrafo único. O órgão ambiental competente poderá, excepcionalmente, autorizar o lançamento de efluente acima das condições e padrões estabelecidos no art. 34, desta Resolução, desde que observados os seguintes requisitos:*
> *I - comprovação de relevante interesse público, devidamente motivado;*
> *II - atendimento ao enquadramento e às metas intermediárias e finais, progressivas e obrigatórias;*
> *III - realização de Estudo de Impacto Ambiental-EIA, às expensas do empreendedor responsável pelo lançamento;*
> *IV - estabelecimento de tratamento e exigências para este lançamento; e*
> *V - fixação de prazo máximo para o lançamento excepcional.".*[9]

[6] Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução. nº 237, de 19 de dezembro de 1997.
[7] Comissão Interministerial para Recursos do Mar. Resolução nº 006, de 02 de dezembro de 1998. (Agenda Ambiental Portuária).
[8] Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução nº 5, de 05 de agosto de 1993.
[9] Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução nº 357, de 17 de março de 2005.

Quando da criação da Agenda Ambiental Portuária, se deu relevância a procedimentos para o monitoramento ambiental das atividades portuárias, e sugeriu-se aos portos que utilizassem instituições que tivessem ligação com procedimentos voltados ao meio ambiente, se recomendando "*o desenvolvimento de um programa interinstitucional que aproveite, de forma articulada, a capacidade instalada dos órgãos ambientais, de universidades e de institutos de pesquisa".*[10] O CONAMA, através da Resolução nº 306 de 05 de julho de 2002, considerando o potencial de impacto ambiental da indústria de petróleo e gás natural e seus derivados, estabeleceu requisitos mínimos e o termo de referência para realização de auditorias ambientais. Em seu Anexo II, a citada Resolução CONAMA nº 306/02, indicou o conteúdo mínimo das auditorias ambientais. Estas auditorias, conforme o inciso XIX do item 1.1, quanto à avaliação do desempenho da gestão ambiental, envolvem, entre outros, *"a verificação das condições de manipulação, estocagem e transporte de produtos que possam causar danos ao meio ambiente".*[11]

Um dos instrumentos propostos pela Agenda Ambiental Portuária e posteriormente normatizado pela Lei 9.966/2000 e pela Resolução do CONAMA nº 293/01, foram os procedimentos para a elaboração de Planos de Contingência que incluem os Planos Individuais de Emergência, essa proposta, conforme a Agenda Ambiental Portuária, sugere que

> *"As unidades ou setores de gerenciamento ambiental deverão dispor de Planos de Contingência, otimizando a capacidade instalada já existente. Esses planos deverão ser abrangentes, contemplando todas as potenciais situações de risco e deverão buscar, ainda, a integração com planos regionais e nacionais existentes ou em elaboração, como por exemplo o "Plano Nacional de Contingência para o Combate a Acidentes por Derrame de Óleo".*[12]

Considerando a necessidade de estabelecer estratégias de prevenção e de procedimentos que venham a contribuir para a eficácia das ações de resposta a incidentes que causam poluição por óleo, a Lei nº 9.966/2000 traz princípios básicos a serem obedecidos na movimentação de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em portos organizados, como a exemplo de seu artigo 7º, estabelecendo que

> *"Os portos organizados, instalações portuárias e plataformas, bem como suas instalações de apoio, deverão dispor de planos de emergência individuais para o combate à poluição por óleo e substâncias nocivas ou perigosas, os quais serão submetidos à aprovação do órgão ambiental competente"*[13].

[10] Comissão Interministerial para Recursos do Mar. Resolução nº 006, de 02 de dezembro de 1998. (Agenda Ambiental Portuária)
[11] Conselho Nacional do Meio Ambiente. Anexo II da Resolução nº 306, de 5 de julho de 2002.
[12] Comissão Interministerial para Recursos do Mar. Resolução nº 006, de 02 de dezembro de 1998. (Agenda Ambiental Portuária)..
[13] Lei nº 9.966, de 28 de abril de 2000.

Neste mesmo sentido, o CONAMA, através da Resolução nº 293, de 12 de dezembro de 2001, veio a normatizar e a detalhar em seu artigo 1º que "*Os portos organizados, instalações portuárias ou terminais, dutos, plataformas, bem como suas respectivas instalações de apoio deverão dispor de Plano de Emergência Individual, na forma desta resolução".*[14]

4. ASPECTOS POLÊMICOS DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL PORTUÁRIO

As atividades de transporte aquaviário, em geral, exigem diversas formas de intervenção no ambiente biofísico e também nas dinâmicas sociais e econômicas contínuas as suas instalações. A necessidade de se otimizar o retorno de investimentos, induz as suas localizações em regiões mais abrigadas como estuários, baías e enseadas. Nesse sentido, essas instalações constituem-se potencialmente impactantes da realidade sócioambiental.

As instalações portuárias produzem intervenções significativas desde a fase de construção, envolvendo dragagens para canal de acesso, quebra-mares e outras obras civis indispensáveis às suas operações de embarque/desembarque.

A legislação ambiental vigente, ao instituir o licenciamento ambiental como um dos instrumentos da política ambiental, determina que os empreendimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento ambiental.

A necessidade de uma uniformidade e delimitação da abrangência prevista motivou o estabelecimento do universo dessas atividades, mediante a Resolução Nº 237/97, do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA**.** Estão previstas nesta Resolução como atividades sujeitas ao licenciamento ambiental, as atividades de transportes em geral, destacando-se:

- marinas e portos
- terminais de minério, petróleo e derivados e produtos químicos
- depósitos de produtos químicos e produtos perigosos
- dragagem e derrocamentos em corpos d`água
- obras civis envolvendo hidrovias, aberturas de barra, embocaduras de barras e serviços de utilidade.

Em função das características do porto, podem-se inclui também atividades de:

- abertura de barras, embocaduras e canais
- tratamento e destinação de resíduos industriais (líquidos e sólidos)
- tratamento e disposição de resíduos especiais (agroquímicos e suas embalagens usadas e de serviços e saúde, entre outros)
- tratamento e destinação de resíduos sólidos urbanos, inclusive daqueles provenientes de fossas.

[14] Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução nº 293, de 12 de dezembro de 2001.

Pela Lei 9.966/00 estão previstas como atividades potencialmente poluidoras, e portanto, se enquadrariam à necessidade do licenciamento :

- embarcações e instalações associadas à movimentação de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas
- dutos
- plataformas
- estaleiros
- marinas
- clubes náuticos e outros locais e instalações similares.

Cabe ressaltar, entretanto, que essas atividades manifestam diferentes interferências no ambiente em função do porte e condições locacionais, bem como podem ocasionar intervenções complementares ou de suporte as suas instalações. Sendo assim, devem ser especificadas as diferentes possibilidades de atividades e instalações portuárias considerando-se como principais aspectos:

a) as distintas possibilidades de porte ou perfil de movimentação e transportes que deverão ser passíveis de serem submetidas ao licenciamento;

b) a necessidade de garantir uma abordagem integrada do licenciamento ambiental, tornando-se fundamental uma avaliação dos impactos da atividade principal e seus desdobramentos, ou seja outras atividades derivadas da instalação, tendo como exemplo típico a dragagem.

As competências decisórias do licenciamento estão circunscritas ao IBAMA, órgão federal competente, e aos órgãos estaduais e municipais, conforme determina a Resolução 237/97 do CONAMA. A experiência licenciatória brasileira tem indicado que para haver uma atuação integrada entre órgãos ambientais, torna-se fundamental uma abordagem diferenciada no processo de licenciamento de cada tipologia de atividades ou setor de intervenção, de maneira que se possa viabilizar a sua compatibilização com os processos de planejamento e instâncias decisórias de cada segmento de atividades.

Um dos indicadores que mais refletem os problemas enfrentados no licenciamento ambiental é o trâmite de processos. Observa-se também, a escassa utilização de outros instrumentos de melhoria da eficácia do licenciamento ambiental, como o uso de auditorias ambientais seletivas e de instrumentos econômicos que estimulem o licenciamento, todos estes instrumentos em fase incipiente de implantação institucional.

A aplicação do licenciamento tem sido conduzida por diferentes esferas de governo, com superposição de procedimentos distintos e, sobretudo, sem uma articulação devida para se lograr um gerenciamento integrado dessas atividades.

Constata-se, então, uma prática e uma abordagem fragmentada dos impactos gerados, na medida em que os seguintes fatos têm sido freqüentemente observados:

a) indefinições quanto a competência do licenciamento*:* em alguns Estados as instalações portuárias são licenciadas pelo IBAMA , enquanto em outros o processo é conduzido pelo órgão estadual;

b) fragmentação do processo de licenciamento e gerenciamento dos impactos ambientais*:* algumas instalações são licenciadas de forma fragmentada. Uma

situação típica consiste no licenciamento das instalações físicas terrestres pelo órgão estadual e da dragagem pelo IBAMA. Similar situação tem ocorrido em relação ao plano de emergência, quando ora está incluído no licenciamento pelo Estado e, em outros casos, são aprovados separadamente pelo IBAMA, ou mesmo pelo próprio órgão estadual;

c) desarticulação dos processos decisórios das atividades portuárias com as instâncias decisórias do licenciamento: observa-se uma precária integração entre os órgãos governamentais envolvidos na autorização das instalações portuárias e os órgãos ambientais, comprometendo o caráter preventivo do licenciamento.

Foi a partir da experiência dos Estados que se originou toda a concepção sistêmica e de gestão integrada do ambiente preconizada pela Política Nacional de Meio Ambiente, instituída pela Lei 6938/81. Essa lei consagra, então, a prática resultante dos órgãos estaduais na aplicação do licenciamento, ao determinar no art. 10:

> *"a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos de atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão estadual competente, integrante do SISNAMA, e dado Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais - IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças cabíveis" .*

Essa perspectiva de condução predominante do licenciamento no âmbito estadual está balizada no "princípio da predominância do interesse". Essa percepção é fortalecida pela Comissão Interministerial para os Recursos do Mar – CIRM, ao considerar como um dos princípios fundamentais *do Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro – PNGC* (Resolução 005/1997), que a sua execução ocorra "*em conformidade com o princípio da descentralização, assegurando o comprometimento e a cooperação entre os níveis de governo, e desses com a sociedade, no estabelecimento de políticas, planos e programas estaduais e municipais.*"

5. CONCLUSÕES ARTICULADAS

5.1 Em sintonia com a lei nacional e com as convenções internacionais, a gestão ambiental portuária traz, no momento de constante desenvolvimento do setor, o caminho para a compatibilização da expansão da atividade portuária, aos parâmetros necessários à preservação do meio ambiente, sem os quais os benefícios do suporte a esta atividade se transformariam em prejuízos ambientais, descaracterizando as vantagens dos investimentos.

5.2 As disposições legais e os programas governamentais referentes ao controle ambiental da atividade portuária, no que se refere à sua implementação, podem resultar na inserção da cultura de preservação ambiental no setor portuário, se trabalhados sob uma abordagem ambiental integrada, vinculada não apenas ao licenciamento ambiental, mas também ao gerenciamento ambiental da atividade portuária.

5.3 Há a necessidade de integração das normativas nacionais vigentes, e melhor definição das competências licenciatórias, que possibilitem uma abordagem ambiental integrada na gestão portuária e efetiva sistematização de seu licenciamento ambiental.

OS ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS E AS ZONAS DE PROTEÇÃO NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

FRANCISCO SERÁPHICO DA NÓBREGA COUTINHO
Juiz de Direito no Rio Grande do Norte

1. INTRODUÇÃO

O homem imaginou-se, durante séculos, num domínio em que os recursos naturais proviriam de fontes inesgotáveis. Isso porque as impressões sensíveis humanas, dada a vastidão territorial circundante, não o habilitava a perceber a finitude daquelas fontes. Compreensão esta que o levaria ao consumo descomedido dos recursos ambientais, principalmente após a Revolução Industrial.

Em verdade, pode-se afirmar, a preocupação com a degradação ambiental é bastante recente. E intensifica-se após uma das publicações do Clube de Roma — o relatório intitulado *Os Limites do Crescimento* (1972) —, a qual viria a culminar com a realização da primeira Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, entre 5 e 16 de junho de 1972, criando-se um novo organismo para ONU — o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente.

No Brasil, essa cautela no trato do meio ambiente refletiu-se mais incisivamente na ordem jurídica interna a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. No entanto, pelo menos desde 1937, com a edição do Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro do mesmo ano, observa-se uma tendência legislativa de limitar-se o uso e gozo do direito de propriedade daqueles bens que estejam situados nas áreas adjacentes a uma zona ambiental protegida. Tema de discussões doutrinárias e jurisprudenciais, a noção de *área adjacente*, o direito de propriedade e o direito de vizinhança passaram por profunda revisão, chegando-se a falar em função social da propriedade e sua dimensão ambiental, máxime ante o estabelecimento de zonas protegidas pelo direito ambiental.

O presente texto imiscui-se exatamente nos espaços territoriais especialmente protegidos pelo direito ambiental. Trata do problema da delimitação geográfica desses espaços em cotejo com o direito de propriedade, procurando responder a questões da seguinte ordem: o que é um espaço territorial especialmente protegido? Qual a sua natureza? Qual a sua abrangência? O que é uma zona de proteção ambiental? Esta constitui modalidade de espaço protegido? Como é sua delimitação geográfica? Existe regulamentação legal? Que normas regem? Quais os caracteres do regime jurídico? Qual a forma de fiscalização?

Ademais, apresenta a análise da problemática partindo da exposição de palavras-chave usadas no texto base (item 2), caracteriza os espaços territoriais especialmente protegidos (item 3), explanando-se sobre o tratamento jurídico-normativo (item 4), além do problema da delimitação geográfica (item 5), a que se segue a apresentação das conclusões (item 6).

2. DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA

O presente trabalho versa sobre o tema *Zonas de Proteção no Direito Ambiental*, tendo como base texto de mesmo título, de autoria de Bernadete Ferreira Farias (1993), no qual trata das áreas circundantes de proteção no ordenamento jurídico brasileiro, sem, no entanto, integrá-las num modelo conceitual.

Ao desenvolver o tema, Farias utiliza-se de conceitos-chave, imprescindíveis ao entendimento de seus argumentos e igualmente importantes na articulação do raciocínio. Faz uso por diversas vezes dos termos *sítio*, *sítio inicial*, *sítio estendido*, sem, contudo, defini-los expressamente, o que não se dá quando ela trata das *áreas adjacentes*, as quais "podem ser empregadas para indicar uma relação estreita de vizinhança da coisa principal ou acessória e para significar uma situação de relação de vizinhança pública ao sítio natural" (p. 3).

As áreas adjacentes são classificadas por Farias (1993, pp. 8-9) em *áreas lineares de proteção* e *áreas circundantes de proteção*. As lineares são faixas de terra delimitadas ao longo dos rios, litorais e praias, vertentes naturais isoladas ou de proteção aos interesses de segurança militar, ao longo das fronteiras terrestres. As circundantes são aquelas criadas ao redor de lagos, lagoas, baías, paisagens, sítios e monumentos naturais, a permitir "*uma suficiente preservação aos valores visados das parcelas territoriais iniciais de interesse público*" (Farias, 1993, pp. 8-9). E compreendem a *área circundante imediata* — campo de visibilidade e covisibilidade — e a *área circundante mediata* — zona de proteção.

Mas, enfim, o que significa *zona*[1] *de proteção*? Este termo suscita pelo menos três noções: *(a)* uma de caráter mais geral, representaria qualquer área protegida, a qualquer título; *(b)* numa acepção mais restrita, embora ainda ampla, espaço territorial e recursos ambientais objetos de proteção pelo direito ambiental; *(c)* ou ainda, no sentido em que Bernadete Ferreira Farias (1993, p. 3) a usa, para designar as áreas circundantes mediatas a um sítio[2].

---

[1] *Zona* para Aurélio Buarque de Holanda Ferreira significa "Ponto, parte, local. Região que se caracteriza por certas particularidades (de temperatura, de vegetação, de população, econômicas, sociais, etc.). Região delimitada, ou parte de uma cidade, que se caracteriza pelo aspecto exterior, pela natureza das atividades que ali se desenvolvem, etc." (in: *Dicionário Aurélio — Século XXI, versão eletrônica*).

[2] Aurélio Buarque de Holanda Ferreira define ***sítio*** como "Lugar, local, ponto", complementando a noção com as seguintes definições: "***Sítio histórico***: Local que tem valor histórico pela presença de testemunhos do seu processo de ocupação, ou por outros significados históricos e/ou etnográficos relevantes, e que é objeto de preservação. ***Sítio paleontológico***: Local onde se encontram fósseis de vegetais e/ou de animais; jazida paleontológica. ***Sítio urbano***: O local em que a cidade se desenvolve, em contraposição a áreas naturais, ou rurais" (*ob. cit.*).
Cretella Jr. (1993, p. 4.437) acentua que "*Locais de valor artístico* (Constituição de 1967, art. 172, parágrafo único e EC nº 1, de 1969, art. 180, parágrafo único) ou *sítios de valor artístico* (Constituição de 1988, art. 216, V) são espaços caracterizados por traços estéticos".

A par do texto base e orientando-se pela sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, apresenta-se mais adequado versar sobre a temática contextualizando-a, integrada que está ao sistema a que pertence. Assim, no presente trabalho, as zonas de proteção — áreas circundantes mediatas — serão objeto de consideração como integrantes dos *espaços territoriais especialmente protegidos*, enquanto objeto do problema da delimitação geográfica destes.

3. CARACTERIZAÇÃO DOS ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS

Os espaços territoriais especialmente protegidos são "espaços geográficos, públicos ou privados, dotados de atributos ambientais relevantes, que, por desempenharem papel estratégico na proteção da diversidade biológica existente no território nacional, requerem sua sujeição, pela lei, a um regime de interesse público, através da limitação ou vedação do uso dos recursos ambientais da natureza pelas atividades econômicas" (Milaré, 2004, p. 233).

Apesar de anterior à Constituição Federal de 1988, é apenas com a promulgação desta que ao modelo de espaços territoriais especialmente protegidos é atribuído conteúdo mais precisamente delimitado, com base nos princípios norteadores fixados pela Carta Constitucional, além da regulamentação posterior através de normas infraconstitucionais, cuja discussão far-se-á no item 4.

Com efeito, para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado o Poder Público é incumbido pela Carta Magna de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas (I); preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético (II); *definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção* (III)[3]; proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade (VII) (CF, art. 225, § 1º).

Para tanto, dispõe o Poder Público de quatro categorias fundamentais, a saber, Área de Proteção Especial, Área de Preservação Permanente, Reserva Legal e Unidades de Conservação (Milaré, 2004, p. 235).

As *Áreas de Proteção Especial (APE)* inserem-se no contexto urbano, relacionando-se ao parcelamento do solo para implantação de loteamento ou desmembramento, finalizando a preservação de bens e valores ambientais estratégicos. Constituem esta categoria as "áreas de interesse especial, tais como as de proteção aos mananciais ou patrimônio cultural, histórico, paisagístico e arqueológico, assim definidas por legislação em lei estadual ou federal" (Lei nº 6.766/79, art. 13, I — Lei de Parcelamento do Solo Urbano).

[3] Destacou-se.

O Código Florestal[4], após estatuir no *caput* do art. 1º que "As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País", no item II do § 2º do mesmo artigo passa a definir *Área de Preservação Permanente (APP)*, enquanto aquela "protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas".

Abrangem, pois, dentre outras, as áreas situadas ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água, ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais, nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água".

A *Reserva Legal* é também definida pelo Código Florestal no item III do § 2º do art. 1º, como "área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas".

As *Unidades de Conservação* são compreendidas como espaços territoriais e seus recursos ambientais — atmosfera, águas interiores, superficiais e subterrâneas, estuários, mar territorial, solo, subsolo, elementos da biosfera, fauna e flora[5] —, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção. [6]

As unidades de conservação, segundo o art. 22 da Lei nº 9.985/2000, "são criadas por ato do Poder Público". Nada obstante, não há óbice à sua criação por lei. O mesmo diploma as classifica[7] como de *proteção integral* e de *uso sustentável*,[8] aquelas compreendendo estações ecológicas[9], reservas biológicas[10], parques nacionais, estaduais ou municipais[11], monumentos naturais[12], refúgios da vida silvestre[13], enquanto essas, as áreas de proteção ambiental[14], áreas de relevante

[4] Lei nº 4.771/65.

[5] Consoante definição do inciso IV da Lei nº 9.985/2000.

[6] Definição dada pela Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC, nos seguintes termos: "*Art. 2º Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I –* ***unidade de conservação****: espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção;*" (grifou-se).
Consoante lição de Sirvinskas (2002, p. 177), são "espaços territoriais especialmente protegidos, 'sob domínio atual ou iminente do Poder Público, cujo escopo é o de proteger e preservar os ecossistemas em seus estados naturais e primitivos ou recuperá-los, sendo os recursos naturais passíveis de uso indireto, sem que tal implique em consumo'".

[7] "Art. 7º As unidades de conservação integrantes do SNUC dividem-se em dois grupos, com características específicas: I - Unidades de Proteção Integral; II - Unidades de Uso Sustentável. § 1º O objetivo básico das Unidades de Proteção Integral é preservar a natureza, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais, com exceção dos casos previstos nesta Lei. § 2º O objetivo básico das Unidades de Uso Sustentável é compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais".

[8] Cf. Sirvinskas, 2002, pp. 177-81.

[9] Art. 9º, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, I, II, III e IV, da Lei nº 9.985/2000.

[10] Art. 10, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei nº 9.985/2000.

[11] Art. 11, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, da Lei nº 9.985/2000.

[12] Art. 12, § 1º, da Lei nº 9.985/2000.

[13] Art. 13, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, da Lei nº 9.985/2000.

[14] Art. 15, §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 5º, da Lei nº 9.985/2000.

interesse ecológico[15], florestas nacionais, estaduais e municipais[16], reservas extrativistas[17], reservas de fauna[18], reservas de desenvolvimento sustentável[19], reservas particulares do patrimônio natural[20].

Acrescenta Sirvinskas (2002, p. 181) que "*O Poder Público, utilizando-se do seu poder de polícia, poderá criar essas unidades de conservação para proteção das espécies da fauna ameaçadas de extinção e das belezas naturais ali existentes (art. 3º,* f*, da Lei n. 4.771/65)*"[21].

Com efeito, constitui limitação ao direito de propriedade e livre concorrência, caracterizada pela liberdade de iniciativa e exercício de atividades econômico-financeiras (Moraes, 2001, p. 630), o que é especialmente evidenciado pelo teor normativo do art. 1º da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965[22], bem assim procedendo-se à interpretação sistemática, além da circunstância de inexistirem atualmente áreas de exploração livre[23]. Atribui-se, pois, o dever jurídico de preservação dos recursos naturais, cuja inobservância resultará em sanção administrativa, civil ou penal.

4. TRATAMENTO JURÍDICO-NORMATIVO

A princípio, inexistente regulamentação específica, e mesmo uma concepção bem articulada e consciência sobre a necessidade de preservação do meio ambiente, apenas se tutelava o uso da propriedade em relação à vizinhança — o denominado Direito de Vizinhança, apêndice do Direito das Coisas —, prescrevendo o Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916) que "*O proprietário, ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam*".[24]

A partir da vigência do *Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937*, que organiza a proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, é introduzida, no Brasil, a noção de área circundante, enquanto zona a ser protegida (Farias, 1993, p. 2), dada a limitação imposta na *vizinhança da coisa tombada*, de se fazer construção a impedir ou reduzir a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se, neste caso, a multa de cinqüenta por cento do valor do mesmo objeto, salvo

[15] Art. 16, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.985/2000.
[16] Art. 17, §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 6º, da Lei nº 9.985/2000.
[17] Art. 18, §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 6º, da Lei nº 9.985/2000.
[18] Art. 19, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, da Lei nº 9.985/2000.
[19] Art. 20, §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, I, II, III e IV, e 6º, da Lei nº 9.985/2000.
[20] Art. 21, §§ 1º e 2º, I e II, da Lei nº 9.985/2000.
[21] Grifou-se.
[22] Eis o teor do mencionado dispositivo: "Art. 1º. As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem".
[23] Cf. Sirvinskas, 2002, p. 182.
[24] A norma foi mantida pelo novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), alterando-se, entretanto, a redação e ampliando seu alcance: "*Art. 1277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha*".

se existente prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (art. 18).

Passou-se, então, nas palavras de Pontes de Miranda, a existir, "*a favor do titular do direito de propriedade da coisa da coisa tombada, direito de vizinhança, não prevista no direito das coisas. Trata-se do direito público de vizinhança*".[25]

Com a edição e vigência da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, que instituiu o Código Florestal, foram criadas áreas de preservação permanente de florestas e vegetação natural, em consonância com o seu art. 2º, que determina:

> *Art. 2º. Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:*
> *a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima seja:*
> *1) de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;*
> *2) de 50 (cinqüenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinqüenta) metros de largura;*
> *3) de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinqüenta) a 200 (duzentos) metros de largura;*
> *4) de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;*
> *5) de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;* [26]
> *b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;*
> *c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinqüenta) metros de largura;* [27]
> *d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;*
> *e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45º, equivalente a 100% na linha de maior declive;*
> *f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;*
> *g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;* [28]
> *h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação.*[29]

Em se tratando de *áreas urbanas*, ou seja, as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por Lei Municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, deve-se observar o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere o artigo superposto. [30]

---

[25] *Apud* Farias, *Zonas de Proteção no Direito Ambiental*, p. 4.
[26] Redação dada à alínea pela Lei nº 7.803, de 18.07.1989.
[27] Redação dada à alínea pela Lei nº 7.803, de 18.07.1989.
[28] Redação dada à alínea pela Lei nº 7.803, de 18.07.1989.
[29] Redação dada à alínea pela Lei nº 7.803, de 18.07.1989.
[30] Parágrafo único do art. 2º citado, acrescentado pela Lei nº 7.803, de 18.07.1989.

Ademais, foi expressamente prevista a possibilidade de instituição de áreas de preservação permanentes, determinada por ato do Poder Público, das florestas e demais formas de vegetação natural destinadas *(a)* a atenuar a erosão das terras; *(b)* a fixar as dunas; *(c)* a formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias; *(d)* a auxiliar a defesa do território nacional a critério das autoridades militares; *(e)* a proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico; *(f)* a asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção; *(g)* a manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas; ou, finalmente, *(h)* a assegurar condições de bem-estar público (art. 3º do Código Florestal).

Com a promulgação da Constituição da República de 5 de outubro de 1988[31] consolidou-se, juridicamente, a tendência legislativa direcionada à conservação e proteção do meio ambiente, pois que o meio ambiente ecologicamente equilibrado foi alçado a direito fundamental, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225).[32]

Além disso, ao tratar do patrimônio cultural brasileiro, incluiu enquanto constituintes os conjuntos urbanos e *sítios* de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (CF, art. 216, V).[33] São, portanto, merecedores de especial promoção e proteção por parte do Poder Público, com a colaboração da comunidade, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação (CF, art. 216, § 1º).

Aliás, a Carta Constitucional chega mesmo a estabelecer áreas de proteção permanente no § 4º, do art. 255:

> *§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.*

Merece destaque, igualmente, a *dimensão ambiental da função social da propriedade* englobada no princípio da função social da propriedade, o qual, a par da ampla divergência doutrinária existente, apresenta-se sob dois aspectos, segundo Lodovico Barassi: "o de função *impulsiva*, voltado em especial à propriedade dos bens de produção e à ordem econômica, em que se busca um rendimento ótimo dos bens econômicos" (CF, art. 170); "e o da função *limite*, de caráter mais

[31] Válido ressaltar que a Constituição traça as diretrizes e normas gerais dos ordenamentos meio ambiental e urbanístico, através de uma série de disposições, não obstante esparsas (Cf. CR/1988, arts. 21, IX, 24, I, 29, 30, VIII, 182, § 2º, 225, § 1º, III e IV).

[32] 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.

[33] Veja-se o teor do comando normativo: "Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico".

geral, com características de intervenção limitadora do exercício da autonomia do proprietário, a fim de que se alcance maior fecundidade na gestão dos bens" (CF, arts. 5º, XXIII, 182 e 186).[34]

O uso dos recursos ambientais é regulado também no espaço urbano. Coube ao Estatuto da Cidade[35] (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001) regulamentá-lo, ao estabelecer as diretrizes gerais da política urbana, a qual tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, pautada, dentre outras diretrizes, na proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico (art. 2º, XII). Previu, ainda, diversos instrumentos, destacando-se o plano diretor, estudo de impacto ambiental (EIA), estudo de impacto de vizinhança (EIV) e zoneamento ambiental, todos relacionados ao planejamento municipal (art. 4º, III, "c").

O zoneamento[36] apresenta-se, nesta nova rede de proteção ao meio ambiente, natural ou artificial, como um adequado e potencialmente eficiente instrumento da política urbana. A organização do território nele fixada, através do estabelecimento de medidas e padrões de proteção ambiental destinados a assegurar a qualidade ambiental, dos recursos hídricos e do solo e a conservação da biodiversidade, *deve* ser obrigatoriamente seguida na implantação de planos, obras e atividades públicas e privadas, garantindo o desenvolvimento sustentável e a melhoria das condições da vida da população (art. 2º do Dec. nº 4.297/2002).

O objetivo geral consiste em organizar, de forma vinculada, as decisões dos agentes públicos e privados quanto a planos, programas, projetos e atividades que utilizem recursos naturais, direta ou indiretamente, assegurando a plena manutenção do capital e dos serviços ambientais dos ecossistemas (art. 3º).

O zoneamento, por conseguinte, é imprescindível ao Poder Público — Federal, Estadual e Municipal — para a fixação de espaços territoriais especialmente protegidos, porquanto ser através dele que se definem objetivos e região de estudos, prazos e recursos disponíveis para a execução do serviço, escalas de trabalho; identificam-se os aspectos ambientais de interesse ao estudo, as metodologias de diagnóstico, interpretação e representação dos aspectos estudados; desenvolvimento do diagnóstico, processamento e interpretação das informações; representação cartográfica das informações processadas; interação dos dados e representação final do zoneamento (Milaré, 2004, p. 417-9).

---

[34] *Apud* Figueiredo, 2004, pp. 81-2.

[35] Lei infraconstitucional que "estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental" (art. 1º, parágrafo único, da Lei 10.257/2001).

[36] Esse instrumento é também designado *Zoneamento Ambiental* ou *Zoneamento Ecológico Econômico*. Marchesan, Steigleder e Cappelli (2004, pp. 78-9), acentuam que o zoneamento ambiental "Consiste em dividir o território em parcelas nas quais se autorizam determinadas atividades ou interditam-se outras, de modo absoluto ou relativo, com vistas a garantir o desenvolvimento sustentável das cidades, a proteção da dignidade humana e a qualidade de vida".

A Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000 prescreve: "*Art. 2º Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: XVI - **zoneamento**: definição de setores ou zonas em uma unidade de conservação com objetivos de manejo e normas específicos, com o propósito de proporcionar os meios e as condições para que todos os objetivos da unidade possam ser alcançados de forma harmônica e eficaz;*" (destacou-se).

Além disso, na distribuição espacial das atividades econômicas, deve-se levar em conta a importância ecológica, as limitações e as fragilidades dos ecossistemas, estabelecendo-se vedações, restrições e alternativas de exploração do território, determinando-se, inclusive, quando for o caso, a relocalização de atividades incompatíveis com suas diretrizes gerais.[37]

É válido salientar que não só o Poder Público — Federal, Estadual e Municipal, por meio de seus "poderes" (Executivo, Legislativo e Judiciário) —, mas a comunidade tem a faculdade — ou mais ainda, o dever cívico — de zelar pela integridade do meio ambiente e do patrimônio público. Nesse sentido, faculta-se tanto ao Estado[38], como aos cidadãos brasileiros, instrumentos jurídicos hábeis a promover/preservar a efetividade das normas ambientais, com a obediência aos seus preceitos e regras, a devida reparação em caso de dano e/ou crime ambiental, pois todo esse arcabouço não estaria completo se tais inexistissem.

Além do Ministério Público — instituição incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis[39], através da promoção do *inquérito civil* e ajuizamento de *ação civil pública*, em caso de dano ambiental, ou *ação penal pública*, na hipótese de crime ambiental —, ao cidadão são facultados a *ação popular*[40] e o *direito de representação*, aquela visando a resguardar o meio ambiente, enquanto este finalizando comunicar ao Ministério Público a prática de delito ambiental.

5. O PROBLEMA DA DELIMITAÇÃO GEOGRÁFICA

A delimitação geográfica dos espaços territoriais especialmente protegidos constitui-se em problema de peculiar relevo.

Desde a edição do Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, a área adjacente ao sítio passou a ser protegido, através do *direito público de vizinhança.* Logo, o espaço protegido constituía-se do *(a)* sítio, demarcado pelas *evidências valorativas iniciais*, na expressão de Farias, e da *(b)* área adjacente (linear ou circundante imediata).

De outra feita, discutia-se a necessidade de assentar-se uma terceira faixa de proteção na área circundante mediata. Aliás, há quem considere imprescindível a

[37] Parágrafo único do art. 3º do Dec. nº 4.297/2002.

[38] Aqui em sua acepção lata, querendo significar União, Estados-membros e Municípios.

[39] As atribuições e funções institucionais do Ministério Público são estabelecidas pela Constituição Federal, principalmente nos arts. 127 e 129, nos seguintes termos: "*Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*". Ademais, dentre outras, são funções institucionais do Ministério Público: *(I)* promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; *(II)* zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; *(III)* promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

[40] A Carta Política, em seu art. 5º, após estatuir no *caput* que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:", em seu inciso LXXIII prescreve que "*qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;*".

sua instituição. Nesse sentido, salienta Farias (1993, p. 3) que "*...nenhuma expectativa à formação de um 'sítio' seria possível sem que as suas áreas circundantes mediatas sejam inseridas no quadro respectivo*".[41] Entretanto, conclui a mesma autora: "De concepção inicial tomada dos textos legislativos internacionais e da noção eminentemente européia, sobretudo, a prática legislativa brasileira não alcançou ou não atendeu aos avanços legislativos na matéria, concernente ao sistema de Proteção das Áreas Circundantes dos Sítios Naturais".

Nada obstante, a ordem jurídica brasileira tem avançado, chegando, inclusive, a impor a obrigatoriedade de criação de zona de proteção (zona de amortecimento) nas unidades de conservação. A Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, em seu art. 25, expressamente determina: "As unidades de conservação, exceto Área de Proteção Ambiental e Reserva Particular do Patrimônio Natural, devem possuir uma zona de amortecimento e, quando conveniente, corredores ecológicos".

Ora, a zona de amortecimento corresponde à zona de proteção referida por Farias. Com efeito, entende-se por *zona de amortecimento* o *entorno* de uma unidade de conservação, onde as atividades humanas estão sujeitas a normas e restrições específicas, com o propósito de minimizar os impactos negativos sobre a unidade.[42] *Entorno* significa exatamente "área vizinha a outra legalmente protegida", ou "toda a área circundante de uma construção, ou de outra área demarcada".[43]

Por conseguinte, a ocupação e o uso dos recursos da zona de amortecimento e dos corredores ecológicos de uma unidade de conservação é limitado, de acordo com as normas fixadas pelo órgão responsável pela administração da unidade. Seus limites e as respectivas normas poderão ser definidas tanto no ato de criação da unidade, como posteriormente. [44]

Todavia, o Decreto nº 4.340, de 22 de agosto de 2002, em seu art. 2º, prescreve que os limites das unidades de conservação devem ser indicados no ato de sua criação, além da denominação, a categoria de manejo, os objetivos, a área da unidade e o órgão responsável por sua administração (I); a população tradicional beneficiária, no caso das Reservas Extrativistas e das Reservas de Desenvolvimento Sustentável (II); a população tradicional residente, quando couber, no caso das Florestas Nacionais, Florestas Estaduais ou Florestas Municipais (III); e as atividades econômicas, de segurança e de defesa nacional envolvidas (IV).

As unidades de conservação devem, ainda, dispor de um Plano de Manejo, o qual deve abranger a área da unidade de conservação, sua zona de amortecimento e os corredores ecológicos, incluindo medidas com o fim de promover sua integração à vida econômica e social das comunidades vizinhas.[45] Assinala Paulo Affonso Leme Machado (2001, p. 771) que,

---

[41] Destaque acrescido.

[42] Veja-se o teor normativo da Lei 9.985: "*Art. 2º Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: XVIII –* ***zona de amortecimento****: o entorno de uma unidade de conservação, onde as atividades humanas estão sujeitas a normas e restrições específicas, com o propósito de minimizar os impactos negativos sobre a unidade*" (grifo acrescido).

[43] Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *ob. cit*.

[44] Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000: "Art. 25 (...) § 1º O órgão responsável pela administração da unidade estabelecerá normas específicas regulamentando a ocupação e o uso dos recursos da zona de amortecimento e dos corredores ecológicos de uma unidade de conservação. § 2º Os limites da zona de amortecimento e dos corredores ecológicos e as respectivas normas de que trata o § 1º poderão ser definidas no ato de criação da unidade ou posteriormente".

[45] Cf. Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, Art. 2º, VIII, IX, X, XI, e Art. 27, *caput* e § 1º.

> *É perfeitamente compreensível que as dez unidades de conservação mencionadas não possam realizar plenamente seus objetivos, se não houver uma separação gradativa entre o meio ambiente antropicamente trabalhado e o meio ambiente natural. A expressão "zona de amortecimento" é um espaço destinado a diminuir ou enfraquecer os efeitos das atividades existentes na área circundante de uma unidade de conservação.*
> *Há atividades e obras que não têm justificativa de estar na vizinhança de uma unidade de conservação como aeroportos, estações rodoviárias ou ferroviárias, distritos industriais, aplicação de agrotóxicos através de aviões ou helicópteros, experimentos agrícolas ou pecuários com a introdução de organismos geneticamente modificados, áreas de exercícios militares.*

N'outro quadrante, não apenas as unidades de conservação comportam o estabelecimento de zona de proteção, mas todos os espaços territoriais especialmente protegidos podem expressar a necessidade de criação de áreas circundantes mediatas de proteção, quer seja através de lei, quer de ato do Poder Público.

Destarte, somente a partir da análise da área a ser protegida é que se pode instituir zona de proteção, de acordo com seus atributos e peculiaridades. De todo modo, em cada caso deve-se realizar estudo para determinação do espaço geográfico a ser tutelado.

6. CONCLUSÕES ARTICULADAS

6.1 Após o advento da Constituição Federal de 1988 o meio ambiente ecologicamente equilibrado passou a ser considerado direito fundamental, atribuindo-se dever jurídico ao Poder Público e aos cidadãos de zelar pela integridade ambiental, aos quais faculta-se uma série de instrumentos jurídicos, processuais ou participativos, hábeis a promover-lhe a proteção, preservação ou recuperação.

6.2 Fortaleceu-se o modelo de espaços territoriais especialmente protegidos, dispondo o Poder Público de quatro categorias: a Área de Proteção Especial, Área de Preservação Permanente, Reserva Legal e Unidades de Conservação.

6.3 As *áreas circundantes de proteção*, referidas por Bernadete Ferreira Farias, inserem-se no contexto dos *espaços territoriais especialmente protegidos*, objeto de regulamentação pelo direito ambiental, principalmente após a Constituição Federal de 1988.

6.4 Os espaços territoriais protegidos podem constituir-se, além do sítio, pela área adjacente (linear ou circundante imediata), das *zonas de proteção* ou *áreas circundantes mediatas*, que, por sua vez, podem caracterizar delimitação territorial fundamental à preservação daqueles espaços.

6.5 A delimitação geográfica das *zonas de proteção* deve ser procedida de maneira casuística, considerando-se as peculiaridades da área objeto de proteção.

6.6 A sujeição dos indivíduos ao regime de interesse público instituído pelo estabelecimento de espaço territorial especialmente protegido constitui limitação ao direito de propriedade e livre concorrência.

BIBLIOGRAFIA

CRETELLA JR., José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. **Elementos de Direito Urbanístico.** Barueri-SP: Manole, 2004.

FARIAS, Bernadete Ferreira. **Zonas de Proteção no Direito Ambiental**. MAIA, 2ª edição, agosto de 1993, PIAB.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio — Século XXI**. Versão eletrônica.

FIGUEIREDO, Guilherme J. Purvin. **A Propriedade no Direito Ambiental.** Rio de Janeiro: Esplanada, 2004.

MARCHESAN, Ana M. Moreira; STEIGLEDER, Annelise M.; CAPPELLI, Silvia. **Direito Ambiental.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente.** 3 ed. São Paulo: RT, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MUKAI, Toshio. **Direito Urbano-Ambiental Brasileiro.** 2 ed. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. **Temas Atuais de Direito Urbanístico e Ambiental.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

OLIVEIRA, Aluísio Pires de; CARVALHO, Paulo César Pires. **Estatuto da Cidade, Anotações à Lei 10.257 de 10 de julho de 2001.** Curitiba: Juruá, 2002.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental.** São Paulo: Saraiva, 2002.

EMPREENDIMENTOS DE RISCO EM OPERAÇÃO LICENCIADOS POR RAP: A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

GEISA PAGANINI DE MIO
Doutora - Departamento de Hidráulica e Saneamento da Escola de Engenharia de São Carlos - USP

EDWARD FERREIRA FILHO
7o Promotor de Justiça do Meio Ambiente da Comarca de São Carlos - SP

ALEXANDRE ANDRADE PEREIRA
1o Promotor de Justiça de Descalvado - SP

JOSÉ ROBERTO CAMPOS
Professor Titular - Departamento de Hidráulica e Saneamento da Escola de Engenharia de São Carlos - USP

1. INTRODUÇÃO

A crescente implantação de gasodutos de gás natural é resultante das necessidades de desenvolvimento econômico e social, e função da busca por novos componentes da matriz energética do país.

Por se caracterizarem como empreendimentos de risco, podendo causar danos tanto para a sociedade quanto para o meio ambiente, os gasodutos integram a lista de atividades sujeitas ao Licenciamento Ambiental, e para que o mesmo seja efetivado, torna-se necessária a realização do Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente (EIA-RIMA), ambos instrumentos previstos na Política Nacional do Meio Ambiente, Lei Federal no 6.938/81.

Em São Paulo, a Secretaria de Estado do Meio Ambiente editou a Resolução no 42/94, que institui o Relatório Ambiental Preliminar (RAP), instrumento que objetiva a avaliação inicial da atividade ou empreendimento a ser licenciado, para verificar a necessidade ou não da realização de EIA-RIMA, agilizando os processos.

Porém, muitas vezes o RAP é utilizado como ferramenta direta de avaliação para o Licenciamento de empreendimentos, pelas instituições competentes, excluindo a necessidade de EIA-RIMA inclusive nos casos que apresentem riscos à sociedade e ao meio ambiente, como é o dos gasodutos.

De acordo com o que sugere Kirchhoff, 2004, no caso de gasodutos, além do EIA-RIMA, deve ser utilizada também a Avaliação de Risco Ambiental como importante ferramenta complementar, sendo útil para a concessão do Licenciamento Ambiental.

Na região central do Estado de São Paulo, o Gasoduto Gás Brasiliano, implantado e em operação, no trecho São Carlos – Descalvado – Porto Ferreira foi licenciado pelo Departamento de Avaliação de Impacto Ambiental (DAIA), da Secretaria de Estado do Meio Ambiente, diretamente por meio do RAP, não respondendo portanto por sua viabilidade ambiental e de segurança para a sociedade civil.

O presente artigo procura apresentar, com base no Estudo de Caso do Gasoduto Gás Brasiliano, a possibilidade de intervenção do Ministério Público em empreendimentos de risco, mesmo após implantação e início de operação, licenciados apenas por meio de apresentação do RAP.

2. O LICENCIAMENTO AMBIENTAL DE EMPREENDIMENTOS

2.1 O Licenciamento Ambiental e o EIA-RIMA

Atualmente existe um esforço mundial para que sejam inseridos os princípios do desenvolvimento sustentável nos processos decisórios sobre localização e implantação de empreendimentos e atividades correlatas (SOUZA, 2000).

No Brasil, os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei no 6.938 podem ser divididos em instrumentos de ação e instrumentos de apoio. Os instrumentos de ação atuam de modo preventivo e com a possibilidade de participação da sociedade (SOUZA, 2000).

Entre os instrumentos de ação, dois deles são extremamente importantes e estão interligados, o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA) e o Licenciamento Ambiental. Assim, muitas atividades modificadoras do meio ambiente têm seu licenciamento vinculado a esse estudo.

O EIA pode ser considerado procedimento analítico-científico de um determinado empreendimento, realizado por equipe multidisciplinar, e objetiva descrever os impactos ambientais previsíveis em decorrência do empreendimento. Após a conclusão do estudo ele deve ser sintetizado e transformado para linguagem acessível à sociedade civil, em um relatório chamado Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente (RIMA). A partir do EIA, o licenciamento só deve ser concedido após a certeza da conciliação entre o empreendimento e a qualidade ambiental (SOUZA, 2000).

O licenciamento de empreendimentos a partir do EIA-RIMA permite, nas audiências públicas, a apresentação dos projetos e a negociação dos mesmos, com os diversos interessados. A discussão de empreendimentos ainda na fase de projeto permite também a antecipação a possíveis danos e riscos ambientais, e portanto demonstra ser importante para a obtenção do desenvolvimento sustentável.

No caso de gasodutos, a necessidade de realização de EIA-RIMA para o licenciamento do empreendimento torna-se ainda mais necessária, devido aos ris-

cos ao meio ambiente e à sociedade associados ao mesmo, e a respeito dos quais são feitas algumas considerações.

2.2 Aspectos Técnicos e Riscos associados a Gasodutos

O gás natural é composto de mais de 80% de metano, menos de 10 % de etano e em menores proporções, de metano e de hidrocarbonetos de baixo peso molecular (KIRCHHOFF, 2004).

O gás natural vem sendo considerado como alternativa energética mais limpa que os tradicionais derivados de petróleo e nos últimos anos, o seu consumo tem crescido, inclusive para uso doméstico, principalmente nos países desenvolvidos (KIRCHHOFF, 2004).

No Brasil, a implantação do gasoduto Brasil-Bolívia, entre outros, pode tornar o gás natural o combustível mais utilizado, aumentando sua participação na matriz energética nacional (KIRCHHOFF, 2004).

Porém, a implantação de gasodutos pode implicar em riscos, e as conseqüências de acidentes com dutos que transportam gás natural já são conhecidas e estudadas.

O gás natural desde as fontes até o consumidor final passa por dois tipos de gasodutos, os de transporte e os de distribuição. Os gasodutos de distribuição levam o gás a partir das redes de transporte até os usuários finais. O transporte do gás em dutos ocorre por pressão, e os valores de pressão variam nos dois tipos de gasoduto. Assim, ao passar dos dutos de transporte para os de distribuição a pressão do gás deve ser reduzida, e assim uma série de estações de descompressão são instaladas ao longo dos mesmos (KIRCHHOFF, 2004).

Além da pressão mais baixa, na fase de distribuição, os gases devem atender a outras especificações, devendo ser isentos de contaminantes, e odorizados para facilitar a detecção em caso de vazamentos.

O gás natural é inflamável, e portanto merece atenção especial. Segundo análise histórica realizada em acidentes envolvendo gás natural, 67% deles ocorreram em gasodutos, e as causas mais freqüentes foram falha mecânica, erro humano e eventos externos como falhas de impacto. As falhas de impacto geralmente ocorrem durante escavações. Este tipo de acidente pode resultar em perfuração ou até mesmo ruptura da tubulação e consequentemente vazamento do gás, podendo causar incêndio e explosão (ARNALDOS et al., 1998; NTSB, 1997).

O National Transportation Safety Board (NTSB) (1997), uma agência federal independente do Estados Unidos, que investiga acidentes em diferentes modos de transporte, considera que acidentes em gasodutos são menos fatais que outras formas de transporte, porém estão associados a riscos de catástrofes, resultando inclusive em altos custos.

Zuñiga-Gutierrez, 2002, apontam quatro principais fatores importantes no que diz respeito a danos em gasodutos: possibilidade de dano feito pela população local, intencional ou não, e que aumenta com o aumento da densidade populacional; atividade agrícola ao longo da rota do duto; maior extensão do gasoduto e maior o número de pontos de inflexão; topografia acidentada.

Assim, não existem gasodutos 100% seguros. A questão principal é decidir se eles são seguros o suficiente e se a sociedade aceita os riscos associados à operação dos mesmos (CORNWELL et al., 1989) o que no Brasil pode ser respondido pelo EIA-RIMA, complementado pela Avaliação de Risco Ambiental e pela discussão em audiências públicas.

2.3 Licenciamento Ambiental de Gasodutos

De acordo com a legislação vigente, por se enquadrarem como empreendimentos de risco à sociedade e ao meio ambiente, os gasodutos carecem da realização do EIA-RIMA para serem licenciados, conforme previsto no art. 2o, inciso V da Resolução CONAMA no 01, de 23 de janeiro de 1986: "Dependerá de Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), a serem submetidos à aprovação de órgão estadual competente, e da Secretaria Especial de Meio Ambiente (SEMA), em caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como: V – oleodutos, gasodutos...".

O que é confirmado pela resolução CONAMA no 237, de 19 de dezembro de 1997: "A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório sobre o meio ambiente (EIA-RIMA). O que é complementado pelo art. 2o , §1o e respectivo Anexo I: "Estão sujeitos ao licenciamento ambiental os empreendimentos e as atividades relacionadas no Anexo I, parte integrante desta resolução". E no Anexo 1: "Atividades ou Empreendimentos sujeitos ao Licenciamento Ambiental – Transportes, terminais e depósitos – transporte por dutos".

Entretanto, os referidos instrumentos legais, não levam em conta o porte das atividades, obrigando que todas as atividades listadas nas referidas legislações realizem estudo de impacto ambiental. No caso específico do licenciamento de gasodutos, a legislação não esclarece o porte dos mesmos. Assim, qualquer tubulação que transporte gás pode ser considerada como gasoduto, não importando o diâmetro, comprimento e pressão de trabalho da tubulação (LIMA, 2004).

No Estado de São Paulo, a Secretaria de Estado do Meio Ambiente editou a Resolução no 42/94, que institui o Relatório Ambiental Preliminar (RAP), que deveria permitir uma avaliação inicial da atividade ou empreendimento a ser licenciado, pelo Departamento de Avaliação de Impacto Ambiental (DAIA), para verificar a necessidade ou não da realização de EIA-RIMA, em razão de impedimentos legais ou técnicos ou, se é possível licenciar, sem a necessidade de EIA-RIMA, agilizando os processos. Ou seja, a finalidade principal do RAP não é avaliar a viabilidade ambiental de projetos e sim verificar se existe necessidade de EIA-RIMA (KIRCHHOFF, 2004).

Embora com o objetivo principal de agilizar os trâmites do licenciamento das atividades modificadoras do meio ambiente, previstas no art. 2o da Resolução CONAMA no 01/86, apresenta características inconstitucionais (AKAOUI, 2002)

e muitas vezes serve de amparo legal para licenciamentos diretos, sem o EIA-RIMA, mesmo nos casos em que o instrumento se faz necessário.

3. O ESTUDO DE CASO DO GASODUTO GÁS BRASILIANO: TRECHO SÃO CARLOS – DESCALVADO – PORTO FERREIRA

3.1 Considerações Gerais

O interior de São Paulo, no eixo que interliga os Municípios de São Carlos – Descalvado – Porto Ferreira é abastecido por gás natural proveniente do gasoduto Brasil – Bolívia, transportado e distribuído pela concessionária Gás Brasiliano (Figura 1). O gasoduto foi licenciado, implantado e encontra-se em operação, sem que para isto fosse realizado EIA-RIMA. O licenciamento ocorreu apenas por meio da apresentação do Relatório Ambiental Preliminar (RAP), o que transformou o empreendimento em um conflito ambiental e necessitou da intervenção do Ministério Público, representado pelas Promotorias de Justiça do Meio Ambiente de São Carlos e de Descalvado - SP.

3.2 Caracterização do Empreendimento

O gasoduto que atende os Municípios de São Carlos, Descalvado e Porto Ferreira é composto de rede de alta pressão com extensão total de 54.800 m, em tubo de aço de 200 mm de diâmetro nominal e espessura de 6,4 mm, percorrendo trechos com travessias de rodovias, ferrovias e cursos d´água. Além dos dutos, foram instaladas uma estação de transferência e custódia, localizada na Estrada São Carlos-Itirapina e três estações de controle de pressão, em que as pressões são reduzidas e controladas, objetivando a distribuição aos usuários por redes de baixa pressão, localizadas respectivamente, no trevo de acesso a São Carlos, na SP-215, para abastecer o polo de consumo de São Carlos - SP; no acesso Sul de Descalvado na SP-215 para abastecer o polo de consumo de Descalvado; e na Estrada Velha de São Carlos - Porto Ferreira, para abastecer o polo de consumo de Porto Ferreira (GAS BRASILIANO, 2001)

Boa parte do traçado se desenvolve paralelo às rodovias, fora da faixa de domínio das mesmas e localizado a 1,0 m de distância das cercas, em áreas não edificáveis. Em alguns trechos, o duto se afasta das rodovias, caminhando pelo interior de propriedades rurais (KIRCHHOFF, 2004).

Ao longo do duto foi estabelecida faixa de servidão de 3,0 m, sendo 1,5 m de cada lado do tubo, que deve ser mantida desocupada para ser utilizada como acesso para atividades de inspeção e manutenção do sistema (KIRCHHOFF, 2004).

3.3 Histórico da Negociação e a Atuação do Ministério Público do Estado de São Paulo

O histórico das negociações apresentado a seguir relata o estudo de caso a partir da instauração do Inquérito Civil na Promotoria de Justiça do Meio Ambiente da Comarca de São Carlos – SP (DE MIO, 2005).

Figura 1 – Localização do Gasoduto Gás – Brasiliano
(Trecho São Carlos – Descalvado – Porto Ferreira – SP)

Em 2001, durante a implantação do gasoduto, o Departamento Estadual de Proteção de Recursos Naturais (DEPRN), recebeu denúncia de que o desmatamento, devido às obras de escavação para implantação do mesmo, ultrapassavam a faixa de 6,0 m ao longo de toda a extensão autorizada pelo órgão. Em função da denúncia, o DEPRN realizou vistoria confirmando que a intervenção havia sido realizada em faixa de 9,3 m, resultando em danos à vegetação nativa de cerrado em estágio inicial de regeneração.

O fato foi comunicado à Polícia Ambiental que também realizou vistoria e emitiu o Auto de Infração Ambiental (AIA), considerando que a intervenção havia sido realizada em desacordo com a licença ambiental emitida pelo DEPRN.

Os documentos foram então encaminhados ao Promotor de Justiça do Meio Ambiente, que após algumas negociações, firmou com a Gás Brasiliano, em 11/10/02 um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), que previa as seguintes obrigações: compensação ambiental devido à supressão de vegetação superior à licenciada, ocorrida durante a implantação do ramal e apresentação de informações e esclarecimentos técnicos a respeito do licenciamento ambiental.

No que diz respeito à compensação ambiental, o TAC contemplava: recuperação de área igual a dez vezes a área suprimida com espécies nativas da região;

definição da empresa responsável pelo projeto de recuperação; definição das áreas a serem recuperadas, incluindo a Área de Preservação Permanente (APP) do Córrego da Prata, localizada no Município de Descalvado - SP; APP do Córrego Monjolinho à montante do local da captação para o abastecimento de São Carlos e APP do Córrego Tijuco Preto, todas localizadas no Município de São Carlos - SP. A obrigação de recuperação das áreas compreendia, pelo período de três anos, o plantio e acompanhamento das espécies, garantia de seu desenvolvimento, e reposição de mudas em caso de perda das mesmas.

No que diz respeito ao fornecimento de informações a respeito do licenciamento do empreendimento previsto no TAC, representou o início da intervenção do Ministério Público. A obrigação previa inclusive a realização de audiência pública, mesmo que póstuma, para apresentação do projeto, do processo de licenciamento, do estudo de análise de risco, das características do empreendimento implantado e em operação, bem como do programa para o atendimento a emergências.

Por cautela, na cláusula 5a do TAC deixou-se aberta a possibilidade de discussão da forma do licenciamento do gasoduto propriamente dito, se por RAP ou EIA-RIMA.

A audiência pública deveria ser realizada no prazo de 60 dias, a partir da data de assinatura do TAC, e contar com a participação de pelo menos 100 pessoas, incluindo representantes de instituições do poder público, de organizações não governamentais, entre outros. Foi estabelecida ainda, multa em caso de não cumprimento das obrigações acordadas no Termo de Ajustamento de Conduta.

Durante o período de negociações, até a assinatura do TAC, o Promotor de Justiça do Meio Ambiente de São Carlos - SP, solicitou apoio técnico a um docente da Escola de Engenharia de São Carlos, da Universidade de São Paulo (EESC-USP), e cujo parecer só foi apresentado posteriormente, na audiência pública, após a celebração do TAC, portanto.

Com carência de apoio técnico, o TAC celebrado foi considerado até aquele momento, suficiente para a recuperação do dano ambiental que deu origem ao Inquérito Civil, ou como esclareceu o Promotor de Justiça na audiência pública: " O Inquérito Civil surgiu em função de um AIA emitido pela Polícia Ambiental resultante da comprovação de desmatamento em área superior à licenciada pelo DEPRN. Sem o apoio técnico competente, anteriormente solicitado, tive que tomar uma decisão a respeito do problema inicial".

A audiência pública foi realizada em 10 de março de 2003. Nessa audiência foram apresentadas aos presentes, as informações previstas como obrigações no TAC e parecer inicial elaborado pelo docente da EESC-USP). Após todas as explicações, questionamentos e discussões durante a audiência pública, alguns pontos ficaram claros:

- A audiência caracterizou-se como um embate entre os representantes do empreendedor, defendendo o desenvolvimento econômico, e o docente da EESC-USP e sua equipe, defendendo a proteção ambiental e inviabilidade do empreendimento;
- Em atendimento à legislação vigente, o empreendimento em questão não poderia ser licenciado por meio do Relatório Ambiental Preliminar (RAP);

- Segundo parecer técnico do docente da EESC-USP e sua equipe, o empreendimento não respeitou a avaliação de adequação de tipologia e de localização; o RAP não poderia substituir o EIA; o RAP não demonstrava a viabilidade ambiental do empreendimento, a audiência pública em questão, só estava servindo para mostrar à sociedade o que já tinha sido implantado e estava em operação, e o papel da audiência deveria ser apresentar e discutir, com a sociedade, o projeto de um empreendimento que será implantado e buscar alternativas para a viabilidade ambiental do mesmo.
- A explicação do Promotor de Justiça do Meio Ambiente na audiência pública era que "a questão do desmatamento ficou pequena perto da problemática do licenciamento do empreendimento via RAP, pelo que propôs o TAC para resolver a questão da supressão de vegetação, deixando uma cláusula em aberto para poder resolver o problema do licenciamento".
- Os técnicos do DAIA, responsáveis pelo licenciamento do empreendimento não compareceram à audiência pública;
- Os representantes do empreendedor e técnicos que realizaram os estudos, tentavam defender o empreendimento, já implantado, com argumentos pouco convincentes, pois o projeto foi implantado, independentemente de sua viabilidade ambiental, voltado apenas para a questão econômica e os estudos com o RAP, a análise de riscos, o programa de gerenciamento de riscos e o plano de atendimento de emergência não foram norteadores de uma análise de viabilidade ambiental, mas elaborados para um empreendimento já definido;
- O representante da Secretaria Municipal de Ciência, Tecnologia e Desenvolvimento Sustentável, de São Carlos, informou que estavam tentando criar mecanismos de participação da sociedade na gestão ambiental, e que o Município estava discutindo com o Estado a possibilidade de licenciamento municipal de empreendimentos;
- Como conclusão da audiência, o Promotor de Justiça do Meio Ambiente esclareceu que se não ficasse comprovado que a substituição do EIA-RIMA pelo RAP prejudicou o interesse público, não seria necessária a Ação Civil Pública, mas que o Inquérito Civil permaneceria em aberto, bem como as negociações, para que pudessem ser tomadas decisões corretas, inclusive, em relação ao trecho todo, São Carlos – Descalvado – Porto Ferreira.

Pode-se verificar, a partir da estratégia de inserir no TAC algumas pendências sobre o licenciamento ambiental do empreendimento, a possibilidade do Ministério Público, por meio da utilização do Inquérito Civil e do TAC, de realização de audiência pública não contemplada no RAP, apenas no EIA-RIMA, e a reabertura da negociação e de novas tomadas de decisão, mesmo após o TAC firmado, à medida que novas informações e alternativas foram sendo anexadas ao processo. Esse procedimento mostra-se bastante importante para a resolução do conflito ambiental e inclusive para o desenvolvimento sustentável, porém, exige conhecimento do assunto e experiência por parte do Promotor de Justiça do Meio Ambiente.

Em 25 de agosto de 2003, uma audiência contando com a presença de várias pessoas, entre elas os Promotores de Justiça do Meio Ambiente de São Carlos e

de Descalvado realizou-se na Promotoria de Justiça do Meio Ambiente de São Carlos, em continuidade à audiência pública realizada em março do mesmo ano. Nesta audiência permaneceram algumas dúvidas a respeito do empreendimento, pois todos os estudos foram realizados somente após a implantação do mesmo, não havendo avaliação prévia de riscos, emergências e viabilidade ambiental.

Nesta audiência a proposta do docente da EESC-USP era de modificação do traçado do gasoduto nos trechos de alta pressão, em operação próximos a residências em alguns pontos.

Demonstrando um importante aspecto do licenciamento por meio de RAP, durante a audiência o representante da empresa concessionária de gás mencionou " Seguimos a regra do jogo, fizemos o que a Secretaria de Meio Ambiente pediu", questionando também que as cidades não têm Plano Diretor, e que num breve futuro muitas áreas estariam ocupadas, não havendo como afastar permanentemente os dutos de outras atividades, ficando sem sentido mudar os traçados.

Permaneceram no processo de resolução do conflito, duas posições opostas, a saber: de um lado, os empreendedores que defendiam o empreendimento licenciado por meio de RAP, segundo legislação estadual e portanto operando legalmente, sem necessidade de alterar traçados; de outro lado, o grupo em defesa do meio ambiente e da avaliação dos riscos associados ao empreendimento, liderado pelo docente da EESC-USP, considerando que o RAP solapava os direitos constitucionais garantidos pelo EIA-RIMA, em acordo com Akaoui, 2002.

O empreendimento, embora licenciado, era passível de questionamentos, cabendo ao Promotor de Justiça intervir, buscar o consenso e a implantação das alterações necessárias, de acordo com as prioridades definidas. Nesses aspectos, definiu-se como essenciais: a alteração do traçado dos trechos mais próximos às residências, e portanto, considerados críticos pelo estudo da USP, ou caso a empresa concessionária de gás não se adequasse às solicitações, iniciar a Ação Civil Pública contra a mesma.

Como proposta final da reunião seria realizado um estudo de novos traçados considerados mais viáveis sob o ponto de vista do meio ambiente, para serem comparados com os já implantados e em operação. Os traçados seriam avaliados em campo, com realização de análise de risco e avaliação de impacto ambiental, e se realmente exigida nova alternativa, o empreendedor encaminharia à diretoria da empresa distribuidora de gás, para tomada de decisão. O estudo seria realizado pelo docente da EESC-USP e sua equipe.

A conclusão do representante da empresa concessionária de gás foi de que, dependendo dos custos, a empresa poderia desistir da distribuição de gás na região, o que poderia acarretar prejuízos econômicos para os Municípios e para outras empresas que faziam uso do combustível.

Em janeiro de 2004, foi apresentado o estudo técnico sobre novos traçados. Em março de 2004 foi realizada audiência na Promotoria de Justiça de Descalvado, com a presença dos Promotores de Justiça de São Carlos e Descalvado e de representantes da empresa concessionária de gás. Nesta reunião, os Promotores propuseram, com base no estudo da USP, a alteração de traçado em dois pontos críticos implantados em Descalvado, bastante próximos às residências, havendo

a possibilidade de discutir prazos para evitar prejuízo aos consumidores que já faziam uso do gás. A discussão, respaldada pelo parecer técnico do docente da USP, orientou-se para a alteração dos pontos críticos, e não mais pela busca do traçado ideal.

Os Promotores, sempre criando um contexto de confiança e diálogo, informaram não haver, nos autos do Inquérito Civil, documentos que comprovassem a proteção do gasoduto como um todo. O representante da concessionária de gás conformou, então, a existência de um trecho em curva, em Descalvado - SP, próximo às residências, que não estava protegido, que estava disposto a implementar as medidas mitigadoras necessárias, evitando a interrupção no fornecimento de gás.

Como técnica de negociação e buscando verificar o comprometimento da concessionária de gás com as ações que forem acordadas no futuro TAC, os Promotores questionaram a respeito do cumprimento das obrigações previstas no TAC anteriormente firmado. Foi então sugerida vistoria nos trechos de risco, na estação de controle de pressão de Descalvado e nas Áreas de Preservação Permanente (APPs) em fase de recuperação da vegetação.

A audiência foi encerrada e iniciou-se a vistoria. Verificou-se, durante a vistoria, que um trecho da tubulação de alta pressão está implantado no meio de uma das ruas de um bairro periférico de Descalvado – SP, em frente a diversas casas e que não há sinalização suficiente. Durante a vistoria da estação de redução de pressão, foi realizado um teste pelo representante da concessionária de gás para comprovar as ações em caso de emergência. Porém, mesmo com a abertura da estação e do painel de controle, nenhuma manifestação ocorreu por parte da central em Araraquara - SP, que opera todo o sistema e monitora possíveis emergências por computador, o que pode demonstrar falhas na detecção e atendimento a emergências.

Ficou claro também que, no estágio atual de ramificação da rede, não é possível manobrá-la facilmente, devido ao pequeno número de ramais implantados, e que alterações no traçado realmente interromperiam o fornecimento de gás em alguns trechos, mas que no futuro isso seria possível, dependendo da implementação de novos ramais. Ao final da vistoria ficou acordado que a concessionária de gás enviaria novas informações sobre as proteções e programas de atendimento a emergências.

Em junho de 2004, os Promotores de Justiça do Meio Ambiente de São Carlos e de Descalvado - SP, reuniram-se novamente para discutir sobre o andamento do Inquérito Civil do gasoduto, pois até essa data, não haviam recebido novas informações da concessionária de gás.

Foram discutidas algumas propostas e alternativas para fazerem parte do TAC, que seriam apresentadas em audiência futura com representantes da concessionária. Entre elas, pode-se citar: como compensação a concessionária de gás poderia fornecer equipamentos para o centro de atendimento a desastres e emergências, que será criado em São Carlos pela Defesa Civil, com participação de outras instituições, entre elas a ONU. Um risco nessa medida compensatória, levantado pelos Promotores, é que o centro ainda é um projeto e se o mesmo não der certo,

o TAC perde parte de sua efetividade. Uma opção seria estabelecer prazo para a criação do Centro, e se o Centro não for implantado, o dinheiro poderia ser repassado para a Defesa Civil de São Carlos; a Defesa Civil sugeriu a instalação de estação de monitoramento do vazamento de gás, e em caso de acidente, a Defesa Civil atenderia ao gasoduto no trecho São Carlos-Descalvado-Porto Ferreira. Entre as ações e obrigações a serem implementadas a partir da celebração de um novo TAC, foram listadas: a construção das proteções de concreto nos trechos de maior risco; elaboração de EIA-RIMA para quaisquer outros empreendimentos da concessionária de gás no Estado de São Paulo, ficando proibido o licenciamento por meio de RAP; elaboração de programa de atendimento a emergências; elaboração de relatórios trimestrais a respeito da operação do sistema, ocorrências e intercorrências, preventivas e de gerenciamento de riscos; todas com a partir da assinatura do TAC. Outra obrigação discutida, e que constaria do TAC, seria a concessionária de gás apresentar o projeto de novos trechos ao Promotor de Justiça da respectiva comarca, assim que der entrada no órgão ambiental, do pedido de Licença Prévia.

6. CONCLUSÕES ARTICULADAS

6.1 Verifica-se que o Inquérito Civil, instrumento exclusivo do Ministério Público tem papel importante na aquisição de informações e como registro das negociações que envolvem empreendimentos de risco;

6.2 O estudo de caso do gasoduto da concessionária Gás Brasiliano demonstrou que o impacto inicial, resultante da implantação do empreendimento, que consistia em desmatamento de área de cerrado, ficou pequeno em função de novos problemas que surgiram, e que foram detectados a partir de novas informações integrantes do Inquérito Civil;

6.3 O TAC, celebrado entre a empresa concessionária de gás e a Promotoria de Justiça do Meio Ambiente de São Carlos - SP mostrou-se insuficiente do ponto de vista de resolução do principal conflito ambiental, o risco associado ao empreendimento e a falta de comprovação de viabilidade do mesmo, em função do licenciamento por meio de RAP, conforme previa e expressamente assinalado pelo próprio Promotor de Justiça do Meio Ambiente da Comarca de São Carlos – SP no corpo do TAC.

6.4 O estudo de caso demonstrou a importância do apoio técnico e da disponibilidade de informações confiáveis para as tomadas de decisão, sendo necessária a criação de estrutura que dê suporte técnico aos Promotores de Justiça do Meio Ambiente, tanto para as questões ambientais, quanto para empreendimentos de risco, e que os CAOs existentes não têm como atender a essa demanda, sendo importante inclusive, a participação de técnicos locais, pois caracterizam-se como os maiores conhecedores do entorno em que vivem, confirmando MMA, 2002.

6.5 Embora muitos técnicos locais, inclusive oriundos de corpos docentes de universidades, sejam, muitas vezes, capacitados para o atendimento às demandas do Ministério Público, têm outras funções já definidas, e na maioria das vezes, não conseguem responder em tempo hábil. Além disso, nem sempre existe a interação entre o Promotor de Justiça do Meio Ambiente e as Universidades, fazendo-se necessário um cadastro de técnicos e pesquisadores, inclusive com a especificação de suas respectivas áreas de atuação.

6.6 A existência de legislação no Estado de São Paulo, que fere a Constituição de 1988, e que concede a licença a empreendimentos por meio de RAP, exige a intervenção dos Promotores de Justiça na verificação da viabilidade destes empreendimentos, uma vez que o RAP não tem instrumentos que respondam, muitas vezes, pelos reais impactos e problemas do empreendimento, o que pode resultar em muitos conflitos, riscos e danos associados aos mesmos.

6.7 Até a conclusão do artigo, a negociação a respeito das melhores soluções para o gasoduto Gás Brasiliano, no trecho São Carlos - Descalvado - Porto Ferreira ainda permanece, e o conflito em questão não foi transformado em Ação Civil Pública, por ser claro para os Promotores de Justiça envolvidos, que o acordo e o comprometimento da empresa distribuidora de gás, que presta serviço de utilidade pública, será mais importante para a questão ambiental e social do que ações judiciais, sem contudo dispensá-las se o interesse público não puder ser contemplado no TAC.

6.8 A parceria entre dois Promotores de Justiça, de diferentes comarcas, de São Carlos - SP e de Descalvado - SP, permite a resolução do conflito de forma mais ampla, sistêmica e regional.

6.9 O estudo de caso apresenta alguns caminhos e a possibilidade da intervenção do Ministério Público em empreendimentos de risco implantados e em operação, licenciados por meio de RAP, demonstrando, inclusive, que este instrumento, amplamente utilizado pela Secretaria de Estado do Meio Ambiente, não tem competência para responder a respeito dos danos e riscos que o empreendimento pode causar à sociedade e ao meio ambiente, sobretudo gasodutos e assemelhados.

BIBLIOGRAFIA

AKAOUI, F. R. V. (2002). Resolução 42/94 da Secretaria Estadual deo Meio Ambiente de São Paulo: um texto contaminado pela eiva da inconstitucionalidade – A necessidade do EIA, Revista Justitia, Disponível em: <http://www.mpso.gov.br/justitia> Acesso em 17 abr. 2005.

ARNALDOS, J. (1998). Design of a computer tool for the evaluation consequences of accidental natural gas releases in distribution pipes, Journal of Loss Prevention in the Process Industries, n. 11, p. 135-148.

CORNWELL, J. B. (1989). Risk analysis methodology for gas pipelines, in: Petro-Safe 89 , Houston, Texas. oct, 1992.

DE MIO, G. P. (2005) O Inquérito Civil e o Termo de Ajustamento de Conduta como instrumentos efetivos para resolução de conflitos ambientais. Tese (Doutorado) – Escola de Engenharia de São Carlos, Universidade de São Paulo, São Carlos, 2005, 240 p.

GAS BRASILIANO DISTRIBUIDORA S.A. (2002). Relatório Ambiental Preliminar (RAP) – Sistema de Distribuição de Gás Natual (Eixo São Carlos – Descalvado – Porto Ferreira), Equipe UMAH, ----- p.

KIRCHHOFF, D. (2004). Avaliação de risco ambiental e processo de licenciamento: o caso do gasoduto de distribuição Gas Brasiliano – Trecho São Carlos – Porto Ferreira. 185 p. - Dissertação (Mestrado), Escola de Engenharia de São Carlos, Universidade de São Paulo, São Carlos, 2004.

LIMA, E. (2004). Licenciamento Ambiental de Gasodutos, Entrevista concedida pela Presidente da FEEMA à Folha do GNV, Disponível em: < http://www.wfed.org/resources/reports/article3.htm>, 2001, acesso em 05 abr. 2005.

MMA – Ministério do Meio Ambiente/SDS (2002). Comércio e Meio Ambiente: uma Agenda Positiva para o Desenvolvimento Sustentável, Braga, A. S.; Miranda, L.C. (Org.), Brasília, 310 p.

NTSB – National Transportation Safety Board. (1997). Safety Study: Protecting public safety through excavation damage prevention., Washington. DC.

SOUZA, M.P. (2000). Instrumentos de gestão ambiental: fundamentos e prática. São Carlos, Editora Riani Costa, 112 p.

ZUÑIGA-GUTIERREZ, G. (2002). Environmental quantitative assessment of two alternative routes for a gas pipeline in Campeche - Mexico, Landscape na Urban Planning, n. 59, p. 181-186.

ECONOMIA E MEIO AMBIENTE – QUANTO VALE A BIODIVERSIDADE?

GEORGIA PATRÍCIO PESSOA
Advogada e Mestranda em Tecnologia – Área de Concentração Engenharia Ambiental, no Centro Federal Tecnológico – CEFET-CE

1. INTRODUÇÃO

O compromisso com o meio ambiente, o que alguns até chamam de "revolução ambiental", vem sendo um fato marcante nas últimas décadas, cuidando de forma consciente ou não, de inserir uma nova visão do mundo, a qual por sua vez tem interferido diretamente em todas as áreas do saber, notadamente no campo científico.

Verifica-se que as preocupações e o início de um comportamento mais comprometido com o meio ambiente somente veio a ser mais efetivo nos anos 60. A previsão de cenários de degradação futura grave motivou autores internacionais[1] a estudar a chamada *ecologização da economia*, passando a ser tratada com caráter científico.

A ecologia ocupa, nos dias de hoje, um lugar de destaque. Ela retrata a evolução da natureza e da espécie humana. Sua historização contrasta com a historicidade da *mainstream economics* que resiste à mudança do paradigma fundamental, limitando-se a praticar uma economia ecológica de corte neoclássico fundada no conceito de externalidades e na internalização das mesmas pelo mecanismo dos preços.

Não obstante, outras teorias de pensamento "estão explorando territórios menos limitados, caminhando para uma "ecosocioeconomia" (W. Kapp) de cunho interdisciplinar que reintroduz no horizonte mental dos cientistas sociais os condicionantes biofísicos dos processos socioeconômicos e culmina no conceito normativo de *ecodesenvolvimento ou desenvolvimento sustentável*: a eqüidade social e a prudência ecológica devem andar juntas, delimitando no universo de atividades economicamente viáveis o subconjunto daquelas que promovem o desenvolvimento genuíno." [2]

Qualquer que seja a sua natureza, um bem ou serviço ambiental, tem um valor intrínseco, ou seja, um valor que lhe é próprio, interior, inerente e peculiar. Ele reflete os direitos de existência e interesses da espécie humana.

Sob a ótica econômica, o valor relevante de um recurso natural é aquele considerado importante para a tomada de decisão, levando-se em conta, essencialmente, a contribuição efetiva do recurso ambiental para o bem-estar e a qualidade de vida da sociedade.

---

[1] BOULDING, Kenneth. *The Economics of the Coming Spaceship Earth. 1966; DALY, Herman. On Economics as a Life Science*, 1968; e ROGEN, Nicholas Georgescu. *The Entropy Law and the Economic Process*, 1971.
[2] SACHS, in Ademar ROMEIRO. 2000. et al. p.11.

Desta forma, a valoração econômica ambiental busca avaliar o valor econômico de um recurso ambiental através da determinação do que é equivalente, em termos de outros recursos disponíveis na economia, considerando o que se estaria disposto a abrir mão, visando uma melhor qualidade e quantidade dos recursos naturais. Daí a razão de afirmar-se que a valoração econômica dos recursos ambientais ser uma escolha entre opções *(trade-offs)*.

O crescimento econômico é, e será por algum tempo ainda, uma condição necessária, mas não suficiente do desenvolvimento. O grande desafio repousa na resposta a indagação: como fazer com que seus frutos beneficiem a sociedade toda e, ao mesmo tempo, economizem e conservem o capital natural e a resiliência dos ecossistemas – fazendo desta idéia algo factível?

Em que pesem as divergências doutrinárias e metodológicas, sabe-se que a passagem do crescimento econômico "selvagem", para o ecodesenvolvimento ou desenvolvimento sustentável vai demandar mudanças profundas nos sistemas de regulação da economia, nas políticas públicas, nas estratégias de ocupação territorial e no comportamento das pessoas, exigindo ainda a adequação de novos instrumentos de análise, planejamento, implementação e acompanhamento.

Pensar o desenvolvimento sustentável no Brasil somente é possível numa projeção de um cenário onde se preze pelo respeito a diversidade ecossistêmica, biológica, cultural e social. Estamos falando de uma rede complexa contendo estratégias regionais e locais ousadas, inovadoras e ágeis.

Um dos principais objetivos da valoração econômica ambiental é estimar os custos sociais de se usar recursos naturais escassos, ou ainda incorporar os benefícios sociais adquiridos com a utilização desses recursos. Assim, será possível incorporar estes custos aos preços de serviços e produtos além de utilizá-los para tomada de decisões, elaboração de políticas públicas e instrumentos de gestão ambiental.

Para tanto, neste trabalho discorrer-se-á, de forma sumária sem a pretensão de esgotar o assunto, sobre alguns conceitos e definições da ciência econômica e meio ambiente, tratando-se de temas como ecodesenvolvimento e desenvolvimento sustentável e capitalismo e meio ambiente. Em seguida apresentar-se-ão alguns modelos, espécies e instrumentos apresentados pelas principais teorias da economia ambiental, para então abordar questões da socioeconomia e recursos naturais, avaliando como o processo de industrialização relaciona-se com a conservação e o uso sustentável do meio ambiente.

2. VALORAÇÃO ECONÔMICA AMBIENTAL

2.1 Relevância Econômica da Biodiversidade

Costanza[3] apresenta uma estimativa de que o valor dos serviços de ecossistemas e capital natural representa 33 trilhões de dólares anuais, uma estimativa mé-

[3] CONSTANZA, R. *The science and management for sustainability*. New York: ed. Ecological economics: Columbia University Press, 1991.

dia entre um mínimo de 16 e um máximo de 54 trilhões de dólares, aproximando-se a quase duas vezes o PIB mundial. Acredita-se que no Brasil este valor atinja 45% do PIB, considerando-se a atividade agroindustrial, a extração de madeiras e a pesca, a partir dos recursos naturais manejados no país.

A Convenção Mundial para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, conhecida como RIO ou ECO 92, quando estabeleceu a Agenda 21 e a Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB), colocou em primeiro plano a necessidade de integração e harmonização prática e conceitual entre meio ambiente e desenvolvimento, o que deveria nortear o processo de tomada de decisões, buscando a sustentabilidade dos recursos ambientais.

Como resultado da RIO 92, a comunidade internacional assumiu um compromisso em reunir esforços globais, regionais e locais nas atividades de integração entre meio ambiente e desenvolvimento econômico contemplando a sustentabilidade. Para tanto boa parte das nações signatárias dos tratados internacionais oriundos da RIO 92, como por exemplo a Convenção para a Diversidade Biológica (CDB), traz em seu texto legal três princípios elementares sobre a diversidade biológica da Terra que deve ser cuidada por todos da comunidade internacional, sendo estes:

> *"I - Cada país é soberano em relação aos recursos da biodiversidade situados em seus limites. Isto significa um reconhecimento sobre os direitos do país detentor de sal diversidade biológica.*[4]
> *II - As novas descobertas e usos econômicos proporcionados pela biotecnologia, devem beneficiar ambos os países detentores: aquele que desenvolve a tecnologia e aquele onde se situa o recurso da biodiversidade objeto da pesquisa científica.*[5]
> *III - Os países desenvolvidos cooperam com os países detentores da biodiversidade para a manutenção in situ dos recursos, contribuindo com o aporte de tecnologia e a partição dos custos.'*
> *As políticas desenvolvidas pelo Brasil para a biodiversidade, entre as consideradas de ação direta, podem ser resumidas em componentes principais como a fiscalização, a pesquisa científica, a educação ambiental e a gestão de unidades de conservação (Lei nº 9985/00, que recebe a alcunha de Lei do "SNUC"). Indiretamente situam-se as políticas de caráter normativo que visam impulsionar os agentes econômicos em uma trajetória de sustentabilidade no uso e exploração dos recursos naturais, tais como os instrumentos econômicos que proporcionam subsídios e taxas menores para determinadas atividades, bem como os regulamentos e sanções quando da ocorrência de danos ambientais, como a exemplo da Lei nº 9.605/98, conhecida como "Lei de Crimes Ambientais".*

2.2 Principais Correntes da Economia do Meio Ambiente

O Relatório de Brundtland traz a discussão e confere um caráter de compromisso internacional acerca do conceito de *desenvolvimento sustentável* como um

[4] No caso do Brasil, em que o sistema de pontuação elaborado pelo SBSTTA - Órgão Subsidiário de Assessoramento Científico, Técnico e Tecnológico da CDB - Convenção da Diversidade Biológica o situou no topo em recursos da biodiversidade.

[5] Este é um ponto polêmico e de difícil implementação, vis a vis, o modelo historicamente adotado de atribuir patentes para estas descobertas científicas sem se preocupar com o país ou a região detentora do recurso natural.

novo modelo de desenvolvimento econômico, onde duas novas variáveis lhes são atribuídas. A primeira que diz respeito ao conceito de *necessidades*, notadamente a atenção e prioridade demandada pela pobreza mundial. A segunda reconhecendo que embora exista notável progresso tecnológico não se sabe ao certo qual a real capacidade da terra em suportar o frenético processo de degradação ambiental e desenfreado consumo humano de seus recursos naturais, donde se reconhece a *limitação* da biodiversidade do planeta.

É neste sentido que algumas escolas e teorias da economia contemporânea buscam trabalhar com estratégias de prevenção contra catástrofes ambientais iminentes, visando a conservação da biodiversidade para as gerações presentes e futuras. Estas idéias impõem limites ao crescimento, pautados na possível escassez dos recursos naturais e sua capacidade de suporte, independente do avanço das tecnologias.

As teorias econômicas mais difundidas e conhecidas são a neoclássica, a keynesiana, institucionalista e marxista. *No que tange a microeconomia a teoria neoclássica passou a ser a mais utilizada, concentrando sua análise no problema da alocação ótima dos recursos*, cabendo ao mercado determinar um sistema único e estável. Esta teoria atribui ao mercado a responsabilidade de resolver todas as querelas ambientais.

Para a teoria econômica neoclássica o capital natural sempre poderá ser substituído pelo capital material, admitindo que o avanço tecnológico resolverá os problemas de limites de crescimento que possam a surgir em decorrência da escassez dos recursos ambientais. Desta forma, exacerbam-se os bens produzidos pelo Homem em detrimento daqueles eminentemente naturalmente produzidos.

A ciência econômica procura acompanhar a evolução dos conceitos e conseqüente ajuste cultural da sociedade que lhes foi imposto. É assim que alguns teóricos e doutrinadores passaram a considerar e aprofundar seus estudos relacionando desenvolvimento econômico com o limite dos ecossistemas do planeta.

Para tanto, observar-se-ão em seguida, as três fases pelas quais ocorreu a aproximação dos conceitos e alinhamento dos princípios da economia com o meio ambiente.

2.2.1 Economia dos Recursos Naturais

A economia dos recursos naturais foi difundida nas décadas de 1960 e 1970, tendo sua ênfase no alcance do uso ótimo de recursos renováveis e não-renováveis, porém sem um compromisso de evitar a degradação dos recursos naturais. Vale ressaltar que, neste período correu-se o risco de esgotamento dos recursos ambientais.

Esta teoria foi criticada por não considerar a variável ambiental na sua real dimensão e factibilidade de esgotamento. O que interessava para os que trabalhavam com este modelo era o crescimento econômico, sem, contudo, coordená-los com práticas de conservação e uso sustentável dos recursos naturais.

2.2.2 Economia Ambiental (*mainstream* neoclássico)

Estudada a partir de 1980, a teoria da economia ambiental consiste na percepção que se faz da poluição como externalidade do processo de produção e consumo que devem ser tratadas pelos meios de internalização dos custos ambientais nos preços dos produtos e serviços oferecidos no mercado.

Seu campo de atuação é a análise do impacto ambiental, potencial ou efetivo, para tratar a poluição, ou seja, a externalidade, por meio de ferramentas de mitigação, prevenção ou mediação.

Romeiro, em seu texto Economia ou Economia Política da Sustentabilidade, diz que a "economia ambiental (o *mainstream* neoclássico) considera que os recursos naturais (como fonte de insumos e como capacidade de assimilação de impactos dos ecossistemas) não representam, a longo prazo, um limite absoluto à expansão da economia."

Para os neoclássicos a economia funcionava sem os recursos naturais, adotando-se uma visão implícita de infinitude e até mesmo de perpetuidade dos recursos naturais.

Na literatura esta corrente ficou conhecida por meio do conceito de *sustentabilidade fraca*. Isto por que uma economia é considerada não-sustentável, se a poupança total fica abaixo da depreciação combinada com os ativos produzidos e não produzidos, os últimos usualmente restritos a recursos naturais.

Nicolas Gorgescu-Rogen[6], matemático e economista, foi reconhecido na história econômica, quando em 1971, publicou sua obra *The Entropy Law and the Economic Process*, provocando revisões substanciais nas teorias convencionais neoclássicas, apresentando considerações da lei da entropia no raciocínio econômico.

O autor apresentou o funcionamento da economia através de um diagrama do fluxo circular entre firmas e unidades de consumo onde não há lugar para os recursos naturais como insumos e como rejeitos lançados ao meio ambiente. A primeira vista seria fácil solucionar o problema apresentado pelo pesquisador. Ocorre que essa representação do fluxo circular é inerente à epistemologia mecanicista do paradigma teórico neoclássico, na qual existem apenas movimentos reversíveis e qualitativamente neutros.

Desta forma Gorgescu, *trouxe a idéia de irreversibilidade e de limites na teoria econômica***,** a partir da segunda lei da termodinâmica – lei da entropia, em contraposição da primeira lei da termodinâmica - sobre transformação da matéria, na qual essa idéia não faz sentido e sobre a qual repousava implicitamente a base da teoria econômica convencional.

Para Merico[7], a economia dos recursos naturais e a economia ambiental não forma capazes de tratar de forma ampla o meio ambiente na análise econômica.

---

[6] ROGEN, Nicholas Georgescu. *The entropy law and the economic process*, 1971.
[7] MERICO, L.F.K. *Introdução à economia ecológica*. Blumenau: Editora da FURB, 1996.

2.2.3 Economia Ecológica

Corroborando com as idéias de Merico, Pillet[8] mencionou que o tratamento de uma economia ecológica teve início em 1968, no artigo de Herman Daly, intitulado *Is Economics a Lifescience?*

Ocorre que no referido trabalho nem a economia dos recursos naturais e a economia ambiental fizeram as considerações a respeito das interações ecológicas, as funções do ambiente, os trabalhos dos ecossistemas e o valor dos bens e serviços do ambiente – capacidade de regeneração do capital natural e de assimilação dos resíduos e emissões.

A economia ecológica surge como resposta à demanda de avanço as formas anteriores, tratando da problemática do uso dos recursos naturais com as externalidades da cadeia produtiva, trazendo a prática efetiva da sustentabilidade ambiental, associada a capacidade de suporte do planeta, indicando como e quais os limites desejáveis e máximos para o desenvolvimento econômico que não degrade os ecossistemas.

Segundo Constanza[9], a economia ecológica é "uma nova abordagem transdisciplinar (que vai além das concepções tradicionais das disciplinas científicas, procurando integrar e sintetizar muitas perspectivas disciplinares diferentes), que contempla toda a gama de inter-relacionamentos entre os sistemas econômico e ecológico".

Buarque[10] diz que a economia ecológica deve contemplar todas as relações da vida como parte de seu estudo, incorporando não só a variável ecológica, como também compromissos com o longo prazo, quando no futuro poder-se-á conhecer os resultados e as repercussões das decisões econômicas tomas no passado.

Os que estudam esta teoria preconizam que uma economia deve crescer até um determinado limite que não leve a um cenário de escassez de recursos, o que se imagina ser a *capacidade de carga ou de suporte da terra*. Este limite de crescimento, segundo esta corrente, não poderá ser resolvido com o progresso tecnológico. Desta maneira, ao lado dos mecanismos tradicionais da economia de alocação e distribuição, a economia ecológica acrescenta o conceito de escala quanto ao volume físico de matéria e energia que é convertido e absorvido nos processos antrópicos da expansão econômica.

O que há é um entendimento de que os avanços da ciência e o progresso tecnológico podem de sobremaneira aumentar a eficiência na utilização dos recursos naturais, sejam renováveis ou não. Neste ponto, os que defendem esta teoria compartilham com as idéias dos que defendem a economia ambiental. Porém, continua a discordância das duas correntes no que diz respeito a capacidade de superação indefinida dos limites naturais da terra.

Segundo May[11], *duas vertentes metodológicas principais tem estudado os princípios da economia ecológica*. A primeira, *procurando expandir as fronteiras*

---

[8] PILLET, G. *Economia ecológica:* uma introdução à economia do ambiente e recursos naturais. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

[9] CONSTANZA, R. *The science and management for sustainability*. New York: ed. Ecological economics: Columbia University Press, 1991.

[10] BUARQUE, C. *O pensamento em um mundo terceiro mundo.* In: BURSZTYN, Marcel. *Para Pensar o Desenvolvimento Sustentável.* São Paulo: Editora Brasiliense, 1994. p. 57-80.

[11] MAY, Peter Herman e MOTTA, Ronaldo Serôa (Orgs.). Valorando a Natureza: *Análise Econômica para o Desenvolvimento Sustentável.* Rio de Janeiro: Editora Campus, 1995.

da análise tradicional de custo e benefício, buscando quantificar as iterações entre a atividade econômica e as funções ecológicas, valendo-se de métodos de valoração ambiental. A segunda, *estabelecendo limites à interferência da economia nos ecossistemas naturais*.

De acordo com Cavalcanti[12], "um processo econômico é verdadeiramente sustentável quando três funções ambientais críticas não são desrespeitadas: *1. provisão de recursos; 2. absorção e neutralização dos dejetos da atividade humana; e 3. manutenção da oferta de serviços ambientais*, desde as condições de amenidade propiciadas pelo "verde" até as funções como a de estabilidade climática".

A economia ecológica entende o sistema econômico como um subsistema de um todo maior que o contém, impondo uma restrição absoluta à sua expansão. O capital construído e o capital natural são complementares. A doutrina atribui a economia ecológica o conceito de *sustentabilidade forte*.

Percebe-se que com o tempo, a sustentabilidade da economia não é viável sem a estabilização dos níveis de consumo *per capta*, considerando-se a capacidade de carga do planeta.

Os que defendem esta teoria consideram que os bens e serviços oriundos da natureza, muito menos as funções dos ecossistemas, não são passíveis de negociação. Assim, deixá-los ao condão do livre mercado é por demais arriscado, implicando em seu possível consumo e aniquilação, interferindo diretamente no equilíbrio do meio ambiente do planeta.

O grande desafio dos que estudam esta teoria é: como fazer com que a economia funcione considerando a existência destes limites?

Verifica-se que o mecanismo proposto não considera princípios ecológicos, e sim econômicos, à medida que a busca por uma garantia da sustentabilidade com base no cálculo de custo e benefício, feito pelos agentes econômicos, visa a alocação de recursos em investimentos para o controle da poluição e pagamento de taxas por poluir[13].

O mecanismo de ajuste, acima mencionado, considera que a tecnologia e as preferências são tomadas com parâmetros não-físicos, indicando uma posição de equilíbrio, no qual acontece um ajuste das variáveis físicas da quantidade de bens e serviços ambientais usados – escala. Desse modo, o que se deve buscar é uma escala que seja construída dentro de parâmetros sustentáveis, ou seja, uma escala sustentável.

Há dois tipos de dificuldades em relação a internalização dos custos ambientais, conforme observa Ascelard[14]. A primeira quanto às técnicas de valoração dos processos ecológico, por sua característica de incerteza e heterogeneidade. A segunda quanto a legitimidade para fundamentar o valor econômico desses processos, fazendo-os valer no mercado.

---

[12] CAVALCANTI, Clóvis (Org.). *Condicionantes biofísicos de economia e suas implicações quanto à noção do desenvolvimento sustentável.* In: ROMEIRO, A. R. et al. Economia do meio ambiente: teoria, políticas e a gestão de espaços regionais. Campinas: Unicamp, IE, 1996. São Paulo: Cortez; Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 1995.

[13] O autor complementa mencionando que o cálculo das taxas será baseado num conjunto de metodologias de valoração econômica que mensuram direta ou indiretamente a disposição a pagar dos indivíduos por bens e serviços ambientais.

[14] ASCSELRAD, H. *Externalidades ambiental e sociabilidade capitalista*. In CAVALLCANTI, C. (Org.). Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável. São Paulo: Cortez; Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 1995. Cap. 7. p. 128-138.

Esta corrente trata da economia em sua feição humana como parte de um todo, ultrapassando os limites disciplinares e procura o ponto máximo e ideal de harmonia e interação entre as áreas econômicas e ecológicas.

De acordo com Pearce & Turner[15], o valor ambiental pode ser interpretado de três formas pelas instâncias políticas e pela sociedade em geral: a) valores expressos via preferências individuais; b) valores de preferência pública; e c) valores do ecossistema físico funcional.

2.3 Os Instrumentos Econômicos (IE) para a Gestão Ambiental

2.3.1 Políticas Ambientais e Instrumentos Econômicos no Brasil

Com a criação do Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA), por meio da Lei n° 6.938 de 1981, o Brasil instituiu a sua Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA), criando ainda o Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA), com a função de instituir normas ambientais. Atualmente o SISNAMA é composto pelo CONAMA, pelo Ministério do Meio Ambiente (MMA), pelo Instituto Brasileiro de Recursos Naturais e Renováveis (IBAMA) e os entes estaduais e municipais do meio ambiente.

A Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA, estabelecida pela Lei Federal n°. 6.938 de 31/08/1981, expressa em seus princípios e objetivos as premissas do desenvolvimento sustentável, no qual determina em seu o artigo 9º, *in verbis:*

> *"I. o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental;*
> *II. o zoneamento ambiental;*
> *III. a avaliação de impactos ambientais;*
> *IV. licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras;*
> *V. os incentivos à produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental (redação determinada pela lei nº 7.804/89);*
> *VI. criação de espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público Federal, Estadual e Municipal, tais como áreas de proteção ambiental, de relevante interesse ecológico e reservas extrativistas;*
> *VII. sistema nacional de informações sobre o meio ambiente;*
> *VIII. Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental;*
> *IX. as penalidades disciplinares ou compensatórias ao não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental;*
> *X. a instituição do Relatório de Qualidade do Meio Ambiente, a ser divulgado anualmente pelo Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA (com a modificação pela lei nº 7.804/8);*
> *XI. a garantia da prestação de informações relativas ao meio ambiente, obrigando-se o Poder Público a produzi-las, quando inexistentes;*
> *XII. Cadastro Técnico Federal de atividades potencialmente poluidoras e/ou utilizadoras de recursos ambientais."*

[15] PEARCE, D. W; TURNER, R. K. *Economics of natural resources and the environment.* Baltimore, Mayland: The Johs Hopkins Ubniversity Press, 1991.

Fabio Leite[16] apresenta a divisão desses instrumentos em dois grupos: *os instrumentos de comando e controle (CEC)*[17], ou regulação direta, e os *instrumento econômicos (IE)*. Os primeiros instrumentos ainda são bastante utilizados por agências e governos em todo mundo. Já o uso de *instrumentos econômicos (IE)* tem sido defendido como uma abordagem complementar e mais eficiente, para a política ambiental, do que os tradicionais instrumentos de comando e controle, aplicados no mundo inteiro.

De acordo com Marcelo Souza[18], os instrumentos de comando e controle da política nacional brasileira assumem duas concepções: *os instrumentos de ação* (pró-ativo, no qual atuam como forma de prevenção) e *os instrumentos de apoio* (relativo apoio aos instrumentos de ação).

O uso de instrumentos econômicos (IE) para uma gestão ambiental eficaz e eficiente demanda uma relação operativa entre autoridades fiscais e ambientais. Embora sua coordenação seja institucional, quem determina a regra do jogo é o mercado, que tem por hábito, internalizar custos sociais. Neste caso, é função dos IE incentivar a iniciativa privada a agir buscando o desenvolvimento sustentável.

Embora se disponha no país um arcabouço legal estruturado na área ambiental, percebe-se a insuficiência de instrumentos de Coordenação entre a Política Ambiental (PA), a Política Fiscal (PF), Política Econômica (PE) e Política Social (PS), urgindo a necessidade de integrar, conciliar e coordenar intersetorial, intergovernamental e intertemporalmente estas políticas.

De acordo com a OECD[19], os Instrumentos de Política Ambiental são utilizados, pelos tomadores de decisão, para alterar os processos sociais de modo que eles se transformem e se compatibilizem com os objetivos ambientais. De acordo com Veiga Neto[20], "A escolha dos instrumentos a serem utilizados varia de país para país, de acordo com uma série de critérios. A OECD divide esses critérios em dois grupos. Em primeiro lugar, estão as questões relativas ao 'critério de conformidade', onde são avaliados se os objetivos da política proposta estão em acordo com a política geral de meio ambiente do país ou da região onde será implementada e se são legalmente aceitáveis. Em segundo lugar, estão as questões relativas ao 'critério de otimização', onde são avaliados a efetividades, a eficiência, os aspectos distributivos, a aceitação política e as questões administrativas que envolvem a política proposta".

Nesse sentido, diversas experiências estão sendo realizadas em várias áreas, aplicando-se os IE, dentre elas: gestão do uso do solo, gestão dos recursos hídricos, reciclagem e controle e poluição do ar.

---

[16] LEITE, Fábio Heuseler Ferreira. *O ICMS Ecológico no Rio de Janeiro*, Monografia (Bachrelado em Economia). Rio de Janeiro: UFRJ. 2001. p.72.

[17] No caso do Brasil, a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA,), estabelece os instrumentos de comando e controle, dentre os quais: padrões de qualidade, licenciamento, educação ambiental, zoneamento ambiental, sistema de unidades de conservação, dentre outros.

[18] SOUZA, Marcelo Pereira. *Instrumentos de gestão ambiental*: fundamentos e prática. São Carlos: Editora Riani Costa, 2000.

[19] OECD. *Economic Instruments for Environmental Protection*. 1989.Paris em VEIGA NETO, Fernando C. *Análise de Incentivos Econômicos nas Políticas Públicas para o Meio Ambiente* – O Caso do ICMS Ecológico em Minas Gerais. Rio de Janeiro: CPDA, dissertação de mestrado, Instituto de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. 2000

[20] VEIGA NETO, Fernando C. *Análise de Incentivos Econômicos nas Políticas Públicas para o Meio Ambiente* – O Caso do ICMS Ecológico em Minas Gerais. Rio de Janeiro: CPDA, dissertação de mestrado, Instituto de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, 2000, p. 17.

2.3.2 História dos Instrumentos Econômicos na Gestão Ambiental

Entre as décadas de sessenta e setenta, quando o movimento ambientalista iniciava sua trajetória de expressão no cenário internacional, havia uma tendência global por abordagens de comando e controle nas normas e demais instrumentos de regulamentação. O uso de IE para o estabelecimento dos padrões ambientais, por meio da análise de benefícios e custos marginais, não eram considerados relevantes para as nações, mesmo que estas fossem desenvolvidas ou em processo de desenvolvimento.

No Brasil, segundo Marcel Bursztn[21], a gestão ambiental passou por três fases de institucionalização. Primeiramente, antes de 1973, havia políticas públicas sem que existisse um organismo específico do governo. Posteriormente, a segunda fase inicia em 1973, no "clima" da conferência de Estolcomo, seguindo o exemplo norte-americano onde a idéia era que o Estado tinha que assumir a função de promover políticas sociais, de previdência, educação e saúde. A partir de 1973, com a criação do SEMA, substituído em 1989, pelo IBAMA, consolida-se uma fase institucional para a gestão do meio ambiente, definindo instrumentos e políticas de uma forma muito mais objetiva e sistematizada.

A medida que as sociedade foram evoluindo, percebeu-se as deficiências das técnicas de comando e controle para o alcance dos padrões e demandas ambientais satisfatórias para a preservação dos recursos naturais.

A origem da reflexão em torno do uso dos IE para a gestão ambiental, surgiu, a partir da discussão do Princípio do Poluidor Pagador, na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano de Estolcomo em 1972. Segundo o professor e pesquisador, da EBAPE[22], do CIDS[23] e da FGV[24], José de Oliveira[25], o agente causador da poluição ou degradação ambiental deve, de alguma forma, internalizar as externalidades ambientais negativas das suas atividades econômicas ou compensar as pessoas afetadas e o meio ambiente degradado.

Atualmente, percebe-se no Brasil uma defesa em relação à utilização de instrumentos econômicos (IE) como uma abordagem complementar e mais eficiente, para a política ambiental, que os tradicionais instrumentos de comando e controle. Além disso, como veremos no estudo de caso no nono capítulo dessa monografia, que os IE tem sido importantes instrumentos de aumento de receita para prover fundos para atividades sustentáveis.

Um dos grandes objetivos dos *IE* é alterar comportamentos, por intermédio de uma ação direta no sistema de preços. Desta forma, os IE não devem ser, necessariamente, financeiramente auto-sustentáveis.

Os *IE* não tem a pretensão de incrementar a carga tributária nacional, e sim influenciar e procurar modificar a conduta dos agentes econômicos para que estes atuem comprometidos com o meio ambiente.

---

[22] BURSZTYN, Marcel. *Para Pensar o Desenvolvimento Sustentável*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994.
[22] Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas
[23] Centro Internacional de Desenvolvimento Sustentável
[24] Fundação Getúlio Vargas
[25] OLIVEIRA, José Marcos Luedy (org). *Quintas ambientais no CRA*: síntese das palestras. Salvador: CRA, 2004. 283 p.

Desta maneira, os *IE* têm um caráter extrafiscal ou finalidade não arrecadatória, *podendo ter objetivos de dissuasão, compensação ou incentivos* (positivos ou negativos). Normalmente, os benefícios concedidos por IE na área ambiental consistem em isenções, incentivos fiscais e diferenciação de alíquotas. Um exemplo disto seria a adoção de alíquotas menores, como acontece com o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), para automóveis movidos a álcool combustível. A forma mais conhecida de se aplicar IE associados a ações de preservação ambiental é o ICMS Ecológico, cujos conceitos e referências de aplicação no Brasil, será apresentado no decorrer deste trabalho.

2.3.3 Limitações e dificuldades brasileiras na implementação dos Instrumentos Econômicos na Gestão Ambiental

A introdução dos instrumentos de gestão ambiental para a implementação de políticas ambientais, embora traga diversos benefícios já percebidos nos casos citados acima, traz uma série de fatores que podem dificultar essa implementação. Segundo José de Oliveira[26], no Brasil os principais problemas encontrados incluem:

- *"Escassez de recursos financeiros, técnicos e humanos de muitos órgãos ambientais do Brasil.*
- *Inexistência, muitas vezes, de uma coordenação adequada das políticas ambientais com as políticas de outros setores da administração pública, e da sociedade geral.*
- *Falta de apoio político para o setor ambiental..*
- *Escassez de capacitação de técnicos para a introdução de instrumentos econômicos na gestão ambiental.*
- *Inexistência da capacidade institucional e técnica para a implementação dos IEs, como equipamentos para monitoração, avaliação, etc.*
- *Necessidade de desenvolvimento de um marco legal para habilitar a aplicação dos IEs no Brasil e compatibilizá-los com os instrumentos já existentes."*

Diante da problemática levantada acima, sugerimos, que a inicialização do processo de adoção de instrumentos econômicos leve em consideração algumas situações, entre elas destacam-se:

- Conscientização e cooperação dos agentes econômicos das vantagens do novo sistema;
- Acompanhamento, conhecimento e controle adequado do órgão ambiental em relação a fontes, emissões e nível de qualidade ambiental desejado;
- Intercâmbio e harmonia com outros órgãos do governo, em relação a administração de coleta de taxas ou emissão de certificados;
- Tornar possível a realização de simulação de cenários e resultados, para o favorecimento e orientação da implementação da nova sistemática baseado em instrumentos econômicos.

[26] OLIVEIRA, José Marcos Luedy (org). *Quintas ambientais no CRA*: síntese das palestras. Salvador: CRA, 2004. 283 p.

3. CONCLUSÕES ARTICULADAS

4.1 Como foi abordado no decorrer deste trabalho, a sociedade contemporânea é inexoravelmente guiada pelo sistema de produção capitalista, ávido no processo de industrialização, domínio do capital, da informação, da tecnologia e de todas as outras formas que procuram garantir a hegemonia global deste sistema. Deste modo, é fundamental aceitar o fato de se estar inserido numa sociedade capitalista e procurar entendê-la neste contexto e interferir efetivamente na complexa teia de relações que o sistema impõe, seja em seus aspectos sociais, culturais, étnicos, antropológicos, ambientais, econômicos. Ao mesmo tempo, buscar alternativas harmônicas para que tanto o Homem como a natureza continuem existindo e evoluindo – o grande desafio.

4.2 É necessário incluir nos conceitos econômicos e ambientais a variável sustentabilidade, considerando-se a capacidade de suporte dos ecossistemas. Neste processo, percebe-se que atribuir valor aos recursos naturais é uma forma de quantificar e atribuir preço aos insumos naturais do planeta para que a princípio possa se ter uma idéia de quanto "vale o verde".

4.3 A política do meio ambiente, no atual cenário econômico, tem a responsabilidade de pensar e estabelecer caminhos alternativos para os problemas de conservação e uso sustentável dos recursos naturais, e ainda o desafio de atribuir um valor aos recursos e serviços ambientais. As questões de custo e benefício devem ser observadas para se pensar num desenho adequado das políticas ambientais as demandas da sociedade, a preservação dos ecossistemas.

4.4 Considerando as regras de livre mercado do sistema capitalista e a atribuição de valor econômico aos recursos naturais, seria oportuno propor e até mesmo impor que aqueles que promovam o equilíbrio ambiental do planeta venham a receber algo daqueles que o degradam para crescer a qualquer preço. Isto por que quando se atribuem aos insumos naturais e aos serviços ambientais funções e valores econômicos positivos, e se aplica preço zero, a probabilidade de exauri-los é bastante elevada. Incluir na discussão e analise econômica, quanto vale efetivamente os recursos naturais é, no mínimo, um exercício tentativo de corrigir algumas das imperfeições apresentadas pelo livre mercado.

4.5 É hora de se iniciar um encaminhamento de diretrizes e mecanismos para quebrar este paradigma. Os instrumento econômicos (*IE*) apresentam-se como poderosa ferramenta de implementação de políticas públicas ambientais e fiscais, pautadas na busca de uma relação harmônica entre crescimento econômico e desenvolvimento sustentável.

4.6 A idéia deste trabalho é identificar as externalidades ambientais inerentes ao processo produtivo. O que se analisa é como reconhecê-las para com elas descobrir alternativas para minimizá-las e mitigá-las, contribuindo assim para o cresci-

mento compromissado com conservação e sustentabilidade das espécies naturais. Desta forma o Homem estará habilitado a internalizar economicamente tais efeitos negativos na composição do custo da degradação ambiental e do consumo de recursos naturais, para então considerá-los nos processos produtivos em geral.

4.7 Acredita-se que as possíveis causas para o distanciamento pragmático das premissas do desenvolvimento sustentável, conforme preconizadas no Relatório de Brundtland e reiterada pela "RIO ou ECO 92", não vem sendo implementadas em razão da ineficiência e ineficácia das intervenções públicas, bem como da inexistência ou insuficiência de instrumentos de Coordenação entre a Política Ambiental (PA), a Política Fiscal (PF), Política Econômica (PE) e Política Social (PS). Urge integrar, conciliar e coordenar intersetorial, intergovernamental e intertemporalmente as políticas acima mencionadas. A ausência de Coordenação acima exposta, pode ser observada a medida em que o SISNAMA não dispõe da capilaridade que necessitaria ter para colocar a questão ambiental como transversal na formulação e implementação das políticas públicas brasileiras. Muito menos concilia os conflitos existentes entre os objetivos ambientais e fiscais. Falta-lhe um papel harmonizador para alinhar as diretrizes dos recursos naturais e econômicas.

4.8 A gestão ambiental brasileira é marcada por diretrizes de *comando e controle - CEC* (instrumentos legais, licenciamento de atividades econômicas, padrões de qualidade e monitoramento ambiental), que tem uma importância político-institucional enorme, mas que sozinhos não são capazes de resolver os problemas ambientais. Daí a necessidade de aplicar os *instrumentos econômicos* **-** IE (incentivos fiscais, creditícios e tributários), como a exemplo do ICMS Ecológico e as formas de comercialização dos créditos de carbono. Já se sabe que a degradação ambiental existe, mas não se conseguiu efetivamente conter as atividades antrópicas da sociedade, seja por meio de normas contundentes de comando e controle (*CEC*), seja através de instrumentos econômicos (*IE*). Não se é capaz de conter, por exemplo, os grandes índices de desmatamento na Amazônia, por parte dos pequenos produtores, embora tenhamos no Brasil a severa "Lei de Crimes Ambientais" e se saiba exatamente aonde estão os atores responsáveis por essas externalidades.

4.9 Percebe-se um contraste entre retrocessos factuais e avanços institucionais no desenvolvimento sustentável, no qual gera-se um hiato entre as aspirações e a realidade da sociedade. Como resolver isto? Propõe-se como uma das alternativas a adoção de instrumentos econômicos e fiscais que incorporem aos preços, os custos ambientais externos as atividades de produção e de consumo. Há que se pensar em formas mais criativas, tais como normas visando "esverdear" o sistema tributário criando impostos progressivos para quem polui o meio-ambiente com gradualismo e sem aumentar a carga tributária. Outro ponto importante é o avanço nas discussões políticas acerca da chancela e implementação do pacto federativo, com o objetivo de se atribuírem respon-

sabilidades políticas (ambientais, econômicas e fiscais) à Federação, aos Estados e Municípios brasileiros. Além disso, é fundamental que o Brasil invista em pesquisa científica, tecnológica e educação no país, imprescindíveis para a evolução de uma nação.

4.10 O momento é favorável a incorporações das idéias ora apresentadas, visto que o país passa por um processo de discussão acerca de uma reforma tributária. Por que não inserir no seu contexto fiscal a variável ambiental com mais veemência? Dessa forma, é possível pensar em alternativas fiscais que atendam as prerrogativas ambientais, estabelecendo tributos que busquem reduzir ou eliminar os subsídios ambientalmente nocivos. O cenário permite o incremento de novos *IE*, além do ICMS Ecológico, um exemplo disto seria difundir e estimular a cobrança pelo uso da água, compensações, *royalties* e taxas de reflorestamento (nacional e estadual). Aplicar o valor adequado e correto aos recursos naturais e serviços ambientais, integrando-os às políticas econômicas e fiscais apresenta-se como um caminho a ser estudado e percorrido. Se o ordenamento político e legal de um país assim não o fizer, o mercado cuidará de fazê-lo.

Agradecimentos

A autora agradece ao Programa de Bolsa de Mestrado da Fundação Cearense de Apoio a Pesquisa (FUNCAP) e ao CEFET-CE. Agradecimento especial à orientadora e amiga Nájila Rejanne Alencar Julião Cabral, pela atenção e apoio.

DO DIREITO A UM AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E DO DEVER DE REPARAÇÃO E COMPENSAÇÃO

JOÃO PAULO FONTOURA DE MEDEIROS
Promotor de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul sediado na Comarca de Parobé/RS; Especialista em Direito Processual Civil pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS

FERNANDA LUIZA FONTOURA DE MEDEIROS
Doutoranda em Direito pelo CPGD/UFSC; Mestre em Direito pelo PPGD/PUCRS; Professora de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da PUCRS; Coordenadora e Pesquisadora do NEPAD/PUCRS

A ação predatória do homem sobre a Terra é tão antiga quanto a sua própria existência. Nos primórdios, o homem exercia essa ação predatória para sobreviver e, em seguida, para enriquecer, retirando da natureza toda a matéria de que necessitava de modo irresponsável e inconsciente. As ações de degradação ambiental eram permitidas ou, pelo menos, toleradas, inclusive, pela própria falta de regulação na área.

Atualmente, a estas matrizes agregam-se outras vertentes que incluem o homem na teia da vida, processo do qual esse mesmo homem se excluía como parte inerente. Porém, tem-se em mente a finitude dos recursos naturais do planeta e que a exploração desenfreada pode levar a conseqüências desastrosas[1]. Essa condição torna-se clara quando refletimos acerca da idéia de que o planeta onde vivemos é um organismo que possui órgãos, fluidos, vísceras; é uma massa viva que necessita de condições adequadas para sobreviver. Sua riqueza de recursos é finita; se as fontes de água potável se extinguirem, não haverá retorno. Isto faz parte de um sofisma, pois elas só se extinguem, geralmente, por ações externas, em grande parte, exercidas pelo homem. O mesmo poderia acontecer com a fauna, com a flora, e com todos os organismos vivos que dependem do planeta sadio para sobreviver. Neste elenco, também, se encontra o homem[2]. Assim, a proteção do meio

[1] Gould traduz bem esta preocupação ao caracterizar os planetas como "organismos, não como moléculas de água, possuem personalidades irredutíveis formadas pela história. São objetos que pertencem ao domínio de um grandioso empreendimento humano – a história natural – que em ambos os estilos da ciência até no nome, ainda perfeitamente apropriado, que o acompanha desde a Antigüidade". S. J. Gould, Viva o Brontossauro. Reflexões sobre a História Natural, p.498.

[2] Nesta perspectiva, Souza Filho dispõe que "o meio ambiente, entendido em toda a sua plenitude e de um ponto de vista humanista, compreende a natureza e as modificações que nela vem introduzindo o ser humano. Assim, o meio ambiente é composto pela terra, a água, o ar, a flora e a fauna, as edificações, as obras-de-arte e os elementos subjetivos e evocativos, como a beleza da paisagem ou a lembrança do passado, inscrições, marcos ou sinais de fatos naturais ou da passagem de seres humanos. Desta forma, para compreender o meio ambiente é tão importante a montanha, como a evocação mística que dela faça o povo" C.F. M. de Souza Filho, *Bens Culturais e Proteção Jurídica*, p.9.

ambiente reveste-se de capital importância para a preservação da vida na Terra e a atuação da humanidade, hoje a principal causa da destruição, poderá tornar-se a principal cura.

Durante milhares de anos, a intervenção do homem na natureza era relativamente reduzida devido às limitadas técnicas de exploração utilizadas na produção dos bens de consumo, seja nas manufaturas, na agricultura ou na pecuária. Com o início da era industrial essa realidade alterou-se e ao final do século passado os perigos que afetam o meio ambiente atingiram um nível dramático; são técnicas que variam desde uma queimada – para preparar a terra e para destruir a terra – até a liberação de gases poluentes na atmosfera destruindo a camada que nos protege – para melhorar a vida e para destruir a vida.

A degradação ambiental tem sua origem na própria ação do homem, que pode ser entendida como uma atividade eminentemente modificadora do ambiente, haja vista a alteração de processos naturais, de características físicas, químicas e/ou biológicas que, de alguma forma, interferem nos usos preexistentes de um determinado meio ambiente. Podemos afirmar que o homem é o maior poluidor e o maior responsável pelo esgotamento das próprias bases naturais da manutenção da vida por intermédio de suas ações modificadoras do meio, como as obras da construção civil (com o uso dos recursos minerais), as atividades agrícolas e de mineração, que ocupam e transformam o solo através do uso, entre outras.

Inobstante, esta visão aos poucos vem sendo modificada pela participação efetiva na proteção, promoção e preservação do meio ambiente. Governos, organizações não-governamentais, escolas, pessoas, dentre outros tantos entes, têm-se manifestado na luta pela preservação da vida, incluindo a vida humana. Esta busca é global, haja vista o meio ambiente ser um dos poucos temas a despertar o interesse de todas as nações, *"independentemente do regime político ou sistema econômico"*[3], devido à consciência de que **as conseqüências dos danos ambientais ultrapassam fronteiras, países ou regiões**: *"daí a preocupação geral no trato da matéria que, em última análise, significa zelar pela própria sobrevivência do homem"*[4]. Desta forma, o dever de zelar pela manutenção de um meio ambiente saudável supera conceitos fechados de soberania e suplica por uma interpretação supranacional no concernente à proteção ambiental[5].

O passar dos anos e o gigantesco aumento das tragédias naturais provocadas pela mão humana despertaram uma reação mundial voltada à preservação do meio natural. Esta reação se apresenta mediante uma alteração de consciência da humanidade referente à saúde ambiental. Essa conscientização sobre o estado do meio ambiente de nosso planeta não deixou de registrar conseqüências no ordenamento jurídico, culminando, então, no desenvolvimento do direito à proteção ambiental, nesse estudo ambientado na preocupação da tutela processual capaz de auxiliar na reparação e na compensação do dano ambiental.

Antes mesmo da entrada em vigor da Carta Magna, a Lei Nacional n.º 6.938/81 já tratava da "*degradação da qualidade ambiental*" como alteração ad-

[3] V. Passos de Freitas, *Direito Administrativo e Meio Ambiente*, p.12.
[4] V. Passos de Freitas, Idem, ibidem.
[5] Embora aqui nós estejamos a nos preocupar, prioritariamente com a proteção jurídico-constitucional.

versa das características do meio ambiente (Lei Nacional n.º 6.938/81, art. 3º, II), definindo como poluidor o "…*responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental*" (Lei Nacional n.º 6.938/81, art. 3º, IV). Nessa ordem de idéias, o aludido diploma legal terminou por responsabilizar o poluidor, independentemente da existência de culpa, obrigando-o a indenizar todos os danos causados ao meio ambiente (Lei Nacional n.º 6.938/81, art. 14, parágrafo 1º), em evolução legislativa a que não se mostrou alheio Adherbal Meira Mattos.[6]

Como se não bastasse ter consagrado o meio ambiente como um bem jurídico a ser protegido, vê-se que o aludido diploma legal impôs ao poluidor o dever de indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente[7], independentemente da existência de culpa, consagrando a denominada responsabilidade civil objetiva,[8] diretamente relacionada ao princípio do poluidor-pagador,[9] fruto de uma preocupação mundial com a crescente degradação do meio ambiente.

Ferreira defende a idéia de que

> *A reparação do dano ambiental é um princípio já adotado por diversos países entre eles o Brasil. Visa, em primeiro plano, à recuperação, à reintegração ou substituição dos bens ambientais afetados e, indiretamente, à prevenção do dano ecológico. Trata-se, pois, de uma opção por um sistema de responsabilidade civil que não se restringe essencialmente à compensação da vítima.*[10]

Cuida-se de entendimento que em nada diverge do perfilhado por José Juste Ruiz, que terminou por acentuar que o "…*princípio mesmo da responsabilidade e reparação dos danos ambientais constitui, sem dúvida, um dos princípios reconhecidos no Direito Internacional do Meio Ambiente.*"[11]. Ao dissertar acerca do regime de responsabilidade civil por danos ambientais, Édis Milaré terminou por asseverar:

> *Na legislação especial, ao contrário, o dano ambiental é regido pelo sistema da responsabilidade objetiva, fundado no risco,* ***que prescinde por completo da culpabilidade do agente e só exige, para tornar efetiva a responsabilidade, a ocorrência do dano e a prova do vínculo causal com a atividade***[12]

Nunca é demais ressaltar que a Constituição Federal de 1988 consagrou, explicitamente, esse princípio, obrigando o degradador a reparar eventuais danos que venha a causar ao meio ambiente (Constituição da República Federativa do Brasil, art. 225, §§ 2º e 3º).

---

[6] MATTOS, Adherbal Meira. *Direito, Soberania e Meio Ambiente.* Rio de Janeiro, Editora Destaque, 2001, pág. 101.
[7] Dever esse entendido como um dever fundamental, como já tivemos a oportunidade de defender na obra Medeiros, Fernanda Luiza Fontoura de, *Meio Ambiente: direito e dever fundamental*, 2004.
[8] FERRAZ, Sérgio. *Responsabilidade Civil por dano ecológico. In Revista de Direito Público,* volumes 49 e 50, 1979, pág. 38.
[9] Cf. STONOGA, Andreza Cristina. *Tutela Inibitória Ambiental: A Prevenção do Ilícito.* Curitiba, Editora Juruá, 2004, pág. 54.
[10] FERREIRA, Helini Sivini, Compensação ecológica: um dos modos de reparação do dano ambiental in LEITE, José Rubens Morato (org.), *Aspectos processuais do direito ambiental*, p.56.
[11] RUIZ, José Juste. *Derecho Internacional del Medio Ambiente.* Madri, McGraw Hill, 1999, 479 pp.
[12] MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. Ed. Revista dos Tribunais, 2001, 2ª ed., pág. 426 (grifo nosso).

No que tange à necessidade de reparar ou indenizar os danos causados ao meio ambiente, é de se destacar que, no caso de impossibilidade de reposição florestal na própria área degradada, seja porque a vegetação já se recompôs ou porque o local não se presta ao cultivo de espécies nativas, impõe-se a fixação de indenização pecuniária, a ser revertida ao Fundo para reconstituição dos bens lesados, na forma do art. 13 da Lei n.° 7347/85. Trata-se da responsabilidade de indenizar os danos causados ao meio ambiente, na hipótese de não ser possível a sua reconstituição ao estado anterior.

Conquanto se respeite a posição do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, não se pode perder de vista que, sempre que se causa um dano ao meio ambiente, gera-se um prejuízo que não pode mais ser reparado, o que sujeita o infrator à cumulativa obrigação de reparar o que foi feito e de compensar o estrago produzido. Ainda que sempre se tenha em mente a reparação do dano causado com a reconstituição do meio ambiente ao "*status quo ante*", jamais se pode esquecer que "*…nem sempre é fácil ou mesmo possível esse retorno; ou, se este ocorre, podem ser necessários muitos anos.*"[13]

Nessa ótica, revela-se insuficiente obrigar o réu a recuperar o prejuízo causado ao meio ambiente se isso se restringe a, a título de exemplo, repor os espécimes vegetais ao local de onde foram indevidamente retirados. Ora, a pura e simples condenação do réu a reparar o dano causado por meio do plantio de mudas de espécies nativas não devolve ao meio ambiente como um todo o período em que a referida área de mata nativa permanece sem os aludidos espécimes vegetais, até o momento em que esses vêm a ser replantados.

O prejuízo causado ao meio ambiente como um todo, passível de ser verificado no incremento do efeito estufa e na diminuição dos locais destinados à permanência de espécies animais, jamais pode ser recuperado. O mesmo se diga das emissões atmosféricas oriundas de diversas atividades degradadoras, que contribuem diretamente para a diminuição da qualidade do ar. À semelhança desses, muitos outros exemplos poderiam ser citados, donde se percebe que a regra é a impossibilidade de reconstituição do que foi lesado.

Como bem veio a acentuar Paulo Affonso Leme Machado, a atividade poluente "*…acaba sendo uma apropriação pelo poluidor dos direitos de outrem, pois na realidade a emissão poluente representa um confisco do direito de alguém em respirar ar puro, beber água saudável e viver com tranqüilidade.*"[14]

Na esteira do afirmado por Francisco José Marques Sampaio, tem-se:

> *Não é apenas a privação a agressão à natureza que deve ser objeto de reparação, mas a privação, imposta à coletividade, do equilíbrio ecológico, do bem-estar e da qualidade de vida que aquele recurso ambiental proporciona, em conjunto com os demais.*[15]

---

[13] STONOGA, Andreza Cristina. *Tutela Inibitória Ambiental: A Prevenção do Ilícito.* Curitiba, Editora Juruá, 2004, pág. 60. Nessa ótica: FREITAS, Wladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais.* São Paulo, RT, 2002, pág. 183.

[14] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro.* Malheiros Editores, 2003, 11ª ed., pág. 327. Nesse mesmo sentido: LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: Do individual ao coletivo extrapatrimonial.* 2000, pág. 98

[15] SAMPAIO, Francisco José Marques. *Responsabilidade Civil e Reparação dos Danos Causados ao Meio Ambiente.* Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1998, pág. 107.

Pensamento que Francisco José Marques Sampaio conclui nestes termos:

> *Desse modo, a reparação do dano ambiental deve compreender, também, o período em que a coletividade ficará privada daquele bem e dos efeitos benéficos que ele produzia, por si mesmo e em decorrência de sua interação (art. 3º, I, da Lei 6.938/81).*[16]

Emerge daí a necessidade de os responsáveis por danos ao meio ambiente serem obrigados não só a repará-lo como também a compensar a sociedade pelo período em que permanece sem usufruí-lo em todo seu esplendor. Até mesmo porque, como bem lembrou Álvaro Luiz Valery Mirra, "…*no Direito Brasileiro, vigora a cominação: responsabilidade sem culpa, indenização ilimitada.*"[17].

A prevalecer entendimento diverso, os causadores dos danos ambientais jamais virão a cessar as suas agressões ao meio ambiente. Nesse ponto se ingressa no âmbito do chamado princípio da prevenção, a respeito do qual Andreza Cristina Stonoga terminou por deduzir, na esteira do afirmado por Celso Antônio Pacheco e por Marcelo Abelha Rodrigues:

> *Duas observações são importantes em relação ao princípio da prevenção, quais sejam: a necessidade de se ter uma consciência ecológica para se conceber a prevenção de um dano ambiental e o papel de severidade do Estado, ao punir o causador de danos ao meio ambiente, pois assim se idealizará um mecanismo estimulante contra a prática de agressões ao meio ambiente.*[18]

Em época na qual cada vez mais vem à tona a necessidade de se tomar medidas urgentes com o escopo de salvar o pouco de meio ambiente equilibrado que ainda nos resta, não se pode permitir que o ordenamento jurídico brasileiro opte por rumo diverso. Nem se pode dizer que o posicionamento que defendemos resulta de uma interpretação "*contra legem*" do § 3˚ do artigo 225 da Carta Magna e do artigo 3˚ da Lei n.˚ 7.347/85. Ora, nada é mais absurdo do que pretender entender que a lei, enquanto produto do legislador,[19] encontre-se isenta de incoerências e contradições.[20]

A rebater a essa possível argumentação está a máxima de Carlos Maximiliano, de leitura obrigatória para qualquer um que se disponha a se entregar à bela tarefa de interpretar o alcance de uma norma constitucional ou de um dispositivo legal: "*Deve o Direito ser interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá a ter conclusões*

---

[16] SAMPAIO, Francisco José Marques. *Responsabilidade Civil e Reparação dos Danos Causados ao Meio Ambiente.* Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1998, pág. 107.

[17] MIRRA, Álvaro Luiz Valery *apud* MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro.* Malheiros Editores, 2003, 11ª ed., pág. 340

[18] STONOGA, Andreza Cristina. *Tutela Inibitória Ambiental: A Prevenção do Ilícito.* Curitiba, Editora Juruá, 2004, pág. 57.

[19] Na referência à lei como produto do legislador, não estamos a afirmar que aquela é expressão da vontade deste. Consoante bem veio a salientar Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "*…o legislador, enquanto tal, não tem vontade própria*". Indo-se além, é de se inferir que "*…se a lei é expressão da vontade geral, ela não é expressão da vontade do legislador*." (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição.* São Paulo, Editora Saraiva, 1999, 2ª ed., pág. 104).

[20] Nesse sentido: BOSCHI, José Antônio Paganella. *Ação Penal.* Rio de Janeiro, AIDE Editora, 2002, 3ª ed., pág. 105; GOMES, Fábio. *Carência de Ação.* São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág. 63.

inconsistentes ou impossíveis".[21] Até mesmo porque o § 3° do artigo 225 da Carta Magna não exclui a cumulação do dever de reparar e de indenizar no âmbito da responsabilidade civil.

Se se optar por entendimento diverso, quem deixará de efetuar o desmatamento de suas propriedades, se o máximo que lhes poderá ocorrer será terem de recompor o terreno ao estágio em que se encontrava antes da agressão? Respeitar-se-á o meio ambiente no momento em que se descobrir que o risco de prejuízo aos agressores é mínimo, porquanto só se exige a recomposição do meio ambiente ao estágio em que se encontrava antes do dano? Optará por respeitar o meio ambiente quem constatar que o caminho do dano ambiental é, à primeira vista, economicamente vantajoso, uma vez que só os flagrados respondem e a responsabilidade desses se restringe a recompor o terreno ao que era antes do dano? Deixará o degradador de assumir o risco de ser flagrado se souber que o máximo que lhe será imposto será o abandono da exploração que sequer deveria estar ocorrendo?

Do exposto se vê que, em prevalecendo o entendimento consoante o qual o dever de reparar é excludente do de indenizar no âmbito da responsabilidade civil, apenas mentes ecologicamente conscientizadas optarão por respeitar o meio ambiente. Os degradadores seguirão sugando o meio ambiente, deixando para se preocupar com os percalços legais apenas se forem flagrados. E mesmo na hipótese de serem flagrados, tão-somente terão de abrir mão de uma área que sequer deveriam estar explorando.

A continuarmos no caminho que se vem percorrendo, restará à sociedade atual apenas a lembrança de um mundo que poderá jamais voltar a ser o que era. Consoante bem veio a salientar Hugo Nigro Mazzilli: "*Teremos danos incalculáveis com a degradação do habitat, em prejuízo de todas as espécies.*"[22] Pensamento que conclui nestes termos:

> *É preciso conscientizar as pessoas, o Ministério Público e o próprio Poder Judiciário de que, além de um dever negativo de não poluir, existe também um dever consistente na prática de ato impositivo, seja para impedir o dano ambiental, seja para reparar o dano ocorrido"*[23]

Servindo-nos das palavras de Manoel Pedro Pimentel, resta-nos implorar ajuda a todos que possam contribuir nessa luta pela conservação de um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado:

> *Levantem os olhos sobre o mundo e vejam o que está acontecendo à nossa volta, para que amanhã não sejamos acusados de omissão se o homem, num futuro próximo, solitário e nostálgico de poesia, encontrar-se sentado no meio*

[21] MAXIMILIANO, Carlos. *Interpretação e Aplicação do Direito.* Livraria do Globo, 1933, 2a ed., pág. 183. Sempre se lembre que "...la interpretación de *la ley es el conocimiento consciente de la norma, del valor y* ***del fin de ella***" (BIELSA, Rafael. *Derecho Constitucional.* Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1954, segunda edición, aumentada, pág. 22). Servindo-se de semelhante entendimento, Alexandre Pasqualini terminou por acentuar que "*...a toda lei corresponde uma finalidade a partir da qual deverá ser interpretada e sem a qual jamais será compatibilizada com os fins últimos e gerais do ordenamento jurídico.*" (PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e Sistema Jurídico: Uma introdução à interpretação sistemática do Direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1999, pág. 78).

[22] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo.* São Paulo, Editora Saraiva, 2004, 17ª ed., pág. 143.

[23] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo.* São Paulo, Editora Saraiva, 2004, 17ª ed., pág. 143.

> *de um parque forrado com grama plástica, ouvindo cantar um sabiá eletrônico, pousado no galho de uma árvore de cimento armado.*[24]

A Constituição Federal, no capítulo do meio ambiente, prevê a existência de três níveis de responsabilidade na esfera administrativa, penal e civil. Urge salientar que, essas três esferas de responsabilidade não são excludentes e que não há óbice algum que a reparação e a compensação caminhem juntas, como forma efetiva de evitar, em caráter preventivo, e reparar e compensar a título retorno do *status quo* ambiental *ante* a realização do dano.

CONCLUSÕES ARTICULADAS

1. O direito brasileiro prevê a possibilidade da reparação do dano ambiental na modalidade da responsabilidade integral, independentemente da existência de culpa.

2. Vem à tona a necessidade de se tomar medidas urgentes com o escopo de salvar o pouco de meio ambiente equilibrado que ainda nos resta, não se pode permitir que o ordenamento jurídico brasileiro opte por rumo diverso.

3. Prevalecendo o entendimento consoante o qual o dever de reparar é excludente do de indenizar no âmbito da responsabilidade civil, apenas mentes ecologicamente conscientizadas optarão por respeitar o meio ambiente.

4. Necessidade de os responsáveis por danos ao meio ambiente serem obrigados não só a repará-lo como também a compensar a sociedade pelo período em que permanece sem usufruí-lo em todo seu esplendor.

[24] PIMENTEL, Manoel Pedro *in Revista de Direito Penal,* V.24, p.91.

O POTENCIAL DEMOCRÁTICO DOS MECANISMOS INSTITUCIONAIS DE PARTICIPAÇÃO PÚBLICA NOS PROCESSOS DE REGULAÇÃO SÓCIO-AMBIENTAL: BREVE ESTUDO DE CASO DO SETOR DE PETRÓLEO NO BRASIL

JULIANA PITA GUIMARÃES
Mestra em Direito da Cidade pela UERJ e professora de Direito Ambiental na UNIPLI/Niterói-RJ

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende realizar uma análise específica do mecanismo de audiência pública estabelecida para a regulação sócio-ambiental do setor petrolífero.

A escolha deste setor não foi aleatória, tendo-se em vista que a Agência Nacional do Petróleo (ANP) lida com atividades de grandes impactos e riscos sócio-ambientais. Além disso, a indústria do petróleo é um vetor de desenvolvimento muito forte, que determina mudanças sócio-econômicas e ambientais de alto impacto desde o início de suas atividades.

No que se refere aos riscos que as atividades de petróleo e gás podem gerar, em razão do alto grau de conhecimentos técnicos específicos desta área, permite-se supor que o nível de informação dos cidadãos sobre eles seja menor do que sobre outros setores. Desse modo, considerando todos os afetados por uma decisão da ANP, haverá, em regra, uma desigualdade muito grande entre aqueles que estão diretamente envolvidos na atividade petrolífera (empresários e técnicos) e os múltiplos usuários dos recursos ambientais (comunidades afetadas, setores de turismo etc). Estes, por maiores que sejam as aberturas legais para participação, têm um baixo nível de percepção quanto aos direitos ambientais e sua proteção nos diferentes etapas daquela atividade.

Nesse contexto, optou-se por realizar um estudo sobre o mecanismo de audiência pública na ANP, tendo-se em vista que é o único instrumento de participação direta do cidadão previsto expressamente na legislação do setor para os processos decisórios da agência.

Não se pretende, com o estudo da audiência pública, obter conclusões sobre o modelo das agências reguladoras brasileiras, mas apenas sinalizar reflexões sobre este modelo e apresentar conclusões sobre a efetividade daquele mecanismo na atividade de regulação sócio-ambiental da ANP.

Inicialmente, optou-se por tratar brevemente sobre os riscos ambientais da indústria do petróleo, como também sobre a competência da ANP na regulação

sócio-ambiental, de forma a clarear o caminho para a maior eficácia dos mecanismos de participação naquele ente no que se refere às questões ambientais da indústria do petróleo. A partir disso, será feita uma análise mais detida do mecanismo de audiência pública, para, finalmente, tratar do funcionamento deste instrumento de participação na ANP.

2. OS RISCOS DAS ATIVIDADES PETROLÍFERAS NO BRASIL: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Sevá Filho (2001), a partir de intensos anos de pesquisa sobre a indústria petrolífera no Brasil[1] destaca:

"A indústria do petróleo e do gás natural é uma evidência contemporânea dos riscos e acidentes de grande porte, dos riscos de acidentes de trabalho em geral e dos mecanismos de contaminação humana e da vida animal, pesando cada vez mais nas alterações ambientais e planetárias" (SEVÁ FILHO, 2001: 170).

De fato, a indústria do petróleo é uma das mais poluentes, produz forte contaminação dos solos, água e ar e suas atividades de exploração e produção podem importar em perda da biodiversidade. A contaminação produz, entre outros impactos, a destruição das bases de sustentação dos povos e das economias ligadas à natureza. (Oilwatch, 2002). As operações de petróleo utilizam-se de diferentes químicos que provocam, junto com o produto que é extraído e queimado, níveis altíssimos de contaminação. Além disso, as limpezas de derrames, além de não permitirem o retorno ao *stato quo*, têm custos muito altos (OILWATCH, 2002)[2].

Além disso, há que considerar ainda que, além da indústria do petróleo ser um forte vetor de desenvolvimento, capaz de gerar sérios impactos sócio-econômicos e culturais, as atividades petrolíferas têm se mostrado também como focos de disputas por rendas, territórios e guerras. Em documentos de posição da Oilwatch (2002), uma importante ONG ambiental ligada às atividades petrolíferas, por exemplo, são destacados os conflitos gerados com a exploração de petróleo e gás natural em tribos africanas. Os inúmeros enfrentamentos entre as empresas petroleiras e a sociedade civil provocaram atrozes violações aos direitos humanos dos povos daquelas tribos, degradação ambiental, um estado de violência contínua e a morte de muitos nativos.

Com relação ao risco[3] das atividades petrolíferas, de acordo com Sevá Filho (2002), ele pode ser definido como sendo técnico, coletivo e ambiental ao mesmo

[1] O estudo de Sevá Filho (2002) foi realizado a partir de inspeções, visitas, levantamentos, reuniões, depoimentos nas refinarias de Paulínia, São José dos Campos e Cubatão (SP), nos terminais de São Sebastião, da Alemoa e do Barnabé, Santos (SP), na base de Cabiúnas, Macaé (RJ), e em uma plataforma de perfuração no campo marítimo de Bonito/Piraúna, litoral do Rio de Janeiro, além de acompanhamentos das atividades das CIPAS, inquéritos e ações iniciadas pelo Ministério Público, entre outras análises.

[2] Como exemplo o citado relatório cita o caso do Derrame da Exxon Valdez em 1989, na costa do Alaska, cujos custos de limpeza ficaram em cerca de 7 milhões de dólares (OILWATCH, 2002).

[3] Adotou-se aqui a definição de risco apresentada por Giorgi (1998: 227): "poder-se-ia falar de risco quando qualquer dano seja imputado a uma decisão, isto é, quando este dano deva ser tratado como conseqüência de uma decisão (ou daquele que decide ou de outros). O conceito oposto seria então o conceito de perigo, que é aplicável quando danos possíveis sejam imputados ao exterior".

tempo. O autor usa a expressão risco "técnico coletivo", pois o risco é de origem tecnológica, diferenciando de um risco natural típico (como uma erupção vulcânica).

Os riscos são cada vez mais coletivos porque se ampliam os efeitos acidentais, poluidores e patológicos da atividade, atingindo não somente os próprios trabalhadores diretos, mas por vezes também os administradores, a população vizinha e os transeuntes[4]. Além disso, nas regiões próximas às atividades vão se acumulando seqüelas[5] (SEVÁ FILHO, 2002).

No contexto brasileiro, conforme ressalta Herculano (2000), a partir dos anos 60, a aceleração do processo de urbanização e industrialização não teve como corolário um processo de prevenção dos riscos industriais. Ao contrário, seguiu-se o abandono ou omissão do poder público no controle e prevenção dos riscos, acentuando as condições precárias das moradias, que além de não terem acesso aos bens e serviços de saneamento e saúde, localizavam-se ao lado de perigosas indústrias[6].

Dentro desse quadro, é possível afirmar que o processo de divisão internacional do trabalho conduziu à divisão internacional dos riscos e benefícios. Assim, a partir dos anos oitenta, observa-se um aumento na freqüência dos acidentes principalmente nas áreas periféricas (Herculano, 2000) e a insuficiência, ou mesmo inexistência, de uma política de gerenciamento dos riscos, bem como da legislação sobre planejamentos de emergências.

De acordo com Freitas (2000), ao contrário do que ocorre nos EUA e na Europa, a fragilidade dos movimentos sociais (trabalhadores e comunidades), aliada ao despreparo das instituições públicas para enfrentar esses eventos e à precariedade das condições de trabalho e vida, tem contribuído não só para a ausência ou insuficiência de legislação sobre planejamento de emergências e fornecimento de informação para as comunidades e trabalhadores, mas também para que nem mesmo decisões de instituições internacionais, como a OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico), sejam cumpridas pelas indústrias dos países membros. Com efeito, tais elementos constituem fatores da divisão internacional dos riscos (FREITAS, 2000).

Em função disso, é preciso buscar referenciais teóricos-normativos e mecanismos aptos a compor a integridade humana de quem trabalha, dos que vivem por perto de atividades petrolíferas, em busca de sua valorização, como sujeitos

[4] No Brasil coletividades humanas já forem vítimas de alguns dos maiores acidentes no ranking internacional e no circuito do petróleo: REDUC (RJ), em 1972, com 38 trabalhadores mortos em uma explosão em uma esfera de GLP; POJUCA (BA), em 1982, com número de mortos variando entre dezenas e uma centena por conta do incêndio e explosão em um comboio de trem que transportava combustíveis e descarrilou; Plataforma de ENCHOVA (RJ), em 1984 e 1988, resultando o primeiro acidente na morte de aproximadamente 40 trabalhadores e o segundo na destruição da plataforma; Vila Socó, 1984, com um número de cerca de 5000 óbitos resultantes do incêndio que teve seu foco em um oleoduto que vazava, atingindo toda uma favela.

[5] Segundo Sevá Filho (2002), as coletividades das duas principais concentrações urbanas no Brasil, ou seja, as regiões metropolitanas do Rio de Janeiro e de São Paulo, e suas imediações são as principais afetadas pelo funcionamento da indústria petrolífera .Também sofrem grandes impactos dessa atividade as coletividades urbanas e rurais do Recôncavo Baiano, praticamente dentro ou em torno da Região Metropolitana de Salvador, e a mais recente no litoral Norte Fluminense. No texto "'*Segura, Peão": Alertas sobre o risco técnico coletivo crescente na indústria petrolífera (Brasil, anos 90*)", o autor apresenta um quadro sinótico e os mapas sobre as principais coletividades humanas afetadas por esta indústria no Brasil.

[6] Em nível nacional e internacional, observa-se a concentração de indústrias perigosas nas áreas periféricas aos grandes centros urbanos, onde vivem populações mais pobres.

na produção, na economia e na política da empresa, e como cidadãos, dentro e fora do trabalho. Isso demanda, necessariamente, a reestruturação das relações técnicas e organizacionais, função esta a ser desempenhada através da regulação social das tecnologias e processos de trabalho[7].

Nesse sentido, Porto (2000) chama atenção para o papel chave que o Estado e suas instituições possuem no desenrolar do processo regulatório dos riscos industriais, destacando sua responsabilidade na concretização das demandas sociais existentes nos estatutos legais que regulamentam os riscos em suas várias fases. Neste ponto, destaca-se o papel das agências reguladoras, que segundo o referido autor, deve desempenhar o papel de gerar conhecimentos que direcionam as políticas, a legislação e as tomadas de decisão sobre os riscos industriais, bem como assumem o papel de autoridades controladoras e punidoras na avaliação dos riscos e cumprimento da legislação existente (PORTO, 2000)[8].

A regulação das atividades petrolíferas[9] impõe, da mesma forma, o controle social dos seus riscos. A prevenção dos riscos industriais, conforme Herculano (2000), não é de caráter eminentemente técnico. Muitas vezes, a natureza técnica dos debates que envolvem os processos de prevenção e controle dos riscos industriais mascara a dinâmica essencialmente social e política que delimita os seus próprios resultados (HERCULANO et al, 2000).

Assim, constituem-se mecanismos fundamentais da própria qualidade das decisões a serem tomadas, a inclusão legítima do conjunto de atores envolvidos nos processos decisórios e a conformação de políticas públicas.

Conforme Giorgi (1998), que se refere ao risco como algo que apenas pode ser imputado como conseqüência de uma decisão, tradicionalmente supõe-se que os riscos podem ser calculados, o que é falso. Apesar de existirem cálculos racionais, o significado e o alcance global do tema impossibilita a prática dos resultados aos quais se possa prevenir, "enquanto que o atuar concreto dos sujeitos, das instituições e das organizações, se subtrai continuamente da presumida racionalidade do cálculo" (GIORGI, 1998: 217). Nesse sentido, os riscos, assim como as estratégias de controle e prevenção, precisam ser entendidos como questões decorrentes de problemas sociais, políticos e sócio-econômicos, que precisam ser contextualizados (HERCULANO et al, 2000).

Dessa forma, a noção de impacto sócio-ambiental demanda um julgamento de valores que dependerá da comunidade (trabalhadores e população) envolvida. Esta deverá ter mecanismos para influir no processo de avaliação dos impactos do projeto, devendo-lhes ser dadas opções de escolha entre alternativas que reverterão em benefício da sociedade. Portanto, "democracia e cidadania são elementos

[7] Este tema é demasiado amplo para comportar uma análise específica no presente trabalho. Um bom tratamento sobre a matéria foi o trabalho apresentado por Isabela do Valle Zonno, Valdir Pessoa e Hubmaier Andrade, no 2º Congresso Brasileiro de P&D em Petróleo e Gás (2003).

[8] Destaca ainda Porto (2000): "uma das características dos países periféricos e de pouca tradição democrática é a tendência a uma menor autonomia das agências reguladoras". Tal fenômeno pode dificultar enormemente as possibilidades de participação dos diversos atores sociais, principalmente trabalhadores e grupos ecológicos.

[9] Conforme Giorgi (1998: 220), não é cabível aqui falar em segurança, como conceito contraposto ao de risco. Segurança "é um conceito ilusório que mascara o problema real, não há segurança que esteja livre de risco".

intrínsecos a uma prática regulatória e a uma lógica de regulação de riscos ambientais e industriais eficaz" (HERCULANO et al, 2000: 23).

É de se destacar a relevância internacional que vêm assumindo o tema da participação da sociedade nos assuntos públicos, em especial no que se refere às questões ambientais. Ela está refletida em vários documentos e legislações de organizações internacionais. Em 2001, a OCDE publicou um trabalho em que apresenta propostas e experiências que possibilitam uma participação mais ampla dos cidadãos no processo político. Tal trabalho, denominado *"Cidadãos como parceiros: um manual da OCDE sobre informação, consulta e participação na formulação de políticas públicas"* (2001) é um guia prático para dirigentes públicos promoverem o desenvolvimento de novas formas de relacionamento com a sociedade, fortalecendo os vínculos entre Estado e cidadão.

Também na *Convenção da União Européia* de 1998 sobre "informação, participação pública na tomada de decisões e acesso à justiça em questões ambientais" (ECE, 1998), são previstas garantias de acesso à informação, participação pública, acesso à justiça, educação ambiental, como também o dever dos governos obrigarem os agentes econômicos, cujas atividades tenham significativo impacto sobre o meio ambiente, a informar o público sobre o impacto de suas atividades e produtos.Trata, entre outras coisas, da participação pública nas decisões sobre atividades específicas, entre elas as atividades da indústria do petróleo, assegurando que as decisões levarão em conta as opiniões do público, devendo ser publicadas e justificadas.

Além disso, o art 8º da referida Convenção dispõe sobre a participação pública nas agências governamentais durante a preparação de regulamentos executivos e instrumentos normativos legais que possam ter efeitos significantes sobre o meio ambiente. É ressaltada a necessidade de o resultado da participação pública ser considerado ao máximo possível (ECE, 1998).

Conforme acentua Acselrad (2000: 50), "se ambientes e territórios são socialmente diferenciados, múltiplas serão também as temporalidades das técnicas, ou seja, múltiplos serão as 'sustentabilidades'". Dessa forma, a dinâmica institucional da proteção ao meio ambiente e de controle dos riscos deve estar ancorada numa atuação articulada entre os processos de mercado, as relações industriais, os processos de urbanização e democracia.

3. REGULAÇÃO SÓCIO-AMBIENTAL E PARTICIPAÇÃO[10]

Derani (1997: 261) destaca que no princípio da dignidade humana está "o vínculo axiológico da realização da ordem econômica com a prática de proteção ao meio ambiente". E como decorrência disso, a defesa do meio ambiente é consagra-

[10] Com base no Direito Público Econômico, o termo regulação refere-se ao conjunto de expedientes que visam assegurar que o desempenho, por agentes privados, de atividades relevantes para a sociedade, atenda a critérios de sustentabilidade econômica e social. A regulação sócio-ambiental, nesse sentido, destina-se a corrigir e prevenir as externalidades negativas e seus efeitos em campos como saúde, segurança de trabalhadores, meio ambiente etc, como também proporcionar informações adequadas aos cidadãos, propiciando sua participação nas atividades reguladoras além do controle social das mesmas.

da no inciso VI do artigo 170 da Constituição Federal. Assim, o Estado e todas as entidades econômicas privadas encontram-se vinculados pelo princípio do desenvolvimento sustentável, este decorrente da dignidade de todos os seres humanos.

Dessa forma, a defesa do meio ambiente, além de um fator da produção, constitui também em um direito reconhecidamente fundamental. Com efeito, quando o artigo 225 da Constituição Federal afirma o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, aponta nele uma faceta essencial para a garantia da dignidade humana, à medida que a manutenção das bases naturais da vida são essenciais para o livre desenvolvimento do indivíduo como também para a melhoria da convivência social (DERANI, 1997). De acordo com Derani:

> *"Existência digna, em termos de meio ambiente, é aquela obtida quando os fatores ambientais contribuem para o bem estar físico e psíquico do ser humano. A aplicação do art. 225 também é capaz de garantir a dignidade da existência àquelas comunidades cujo modo de vida – seja pela atividade de subsistência como pela cultura como um todo – está essencialmente ligado à atividade com a natureza, por exemplo, a prática agrícola não vinculada à indústria agropecuária, a prática da pesca e a extrativista, a atividade das comunidades indígenas" (DERANI, 1997: 255).*

Uma conclusão a ser adotada, portanto, é que a regulação econômica mediata no que diz respeito ao meio ambiente, ou "regulação sócio-ambiental", tem como parâmetro a realização da dignidade humana nos termos propostos pelo art. 225 da Constituição Federal. Assim, ela deverá ser capaz de assegurar o bem-estar físico e psíquico de todos os afetados pelas atividades econômicas, como também a manutenção dos modos de vida peculiares dos grupos ligados diretamente à natureza.

Nessa perspectiva, os fatores tempo e risco deixam de ser concebidos apenas em uma dimensão privada, na qual os agentes econômicos consideram o risco do investimento, o planejamento de seu tempo e retorno do capital em certo prazo (DERANI, 1997). A prática econômica passa, então, a assumir uma dimensão política, fazendo com que os possíveis riscos por ela produzidos sejam considerados em razão dos efeitos negativos irreversíveis capazes de influir decisivamente sobre o meio ambiente e os modos de sobrevivência humana (DERANI, 1997).

A regulação adquire, com base na precaução, natureza profilática, dada a impossibilidade de se estabelecer com segurança o que é danoso. De acordo com Feres (2003: 59) "a regulação sofre influências das políticas públicas, pois estas são responsáveis pelo conteúdo e pela finalidade daquela". Da mesma forma, importante papel caberá ao direito, ao possibilitar que ambas, regulação e política pública, sejam viabilizadas, "acionando-as de acordo com a democracia, a liberdade e a igualdade na especificidade e exclusividade de um caso concreto" (FERES, 2003: 59).

Com isso, a regulação sócio-ambiental somente se torna viável quando fundada em um processo democrático, onde a participação dos destinatários nas decisões sobre o meio ambiente seja considerada como fator fundamental para a legitimação das mesmas. Revela Cittadino (2004: 19) que "é, portanto, pela via da participação político-jurídica, aqui traduzida como o alargamento do círculo de

intérpretes da constituição, que se processa a interligação entre os direitos fundamentais e a democracia participativa".

Nesta mesma linha de raciocínio está Canotilho (2004: 10):

> *"Fala-se hoje de um comunitarismo ambiental ou de uma comunidade com responsabilidade ambiental assente na participação activa do cidadão na defesa e proteção do meio ambiente. Daqui até a insinuação de deveres fundamentais ecológicos vai um passo. Parece indiscutível que as tarefas 'defesa e proteção do ambiente', 'defesa e proteção do planeta Terra', 'defesa e proteção das gerações futuras' não podem nem devem ser apenas tarefas do Estado ou das entidades públicas".*

Ressalta, ainda, o citado autor que o acento tônico nos deveres ecológicos dos cidadãos impõe a abertura à participação dos mesmos nos "procedimentos e processos ambientalmente relevantes", dimensão esta indispensável à "concepção integrativa do ambiente" (CANOTILHO, 2004: 13).

Naturalmente, não é possível tratar de medidas de proteção ambiental e uso racional dos recursos naturais se não se garante igualdade de participação nas decisões que afetam direta ou indiretamente o meio ambiente, o que demanda uma efetiva comunicação dos riscos[11] por parte do poder público e empreendedores[12]. Derani (1997: 260) explica que "sem essas condições de fato, a democracia restringe-se a um vazio conceitual", comprometendo decisivamente o movimento de efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Além disso, é possível prever que através de uma eficiente comunicação dos riscos pode-se alcançar mais compreensão recíproca e mais consenso (GIORGI, 1998)[13].

Por fim, o "dever-poder" do cidadão, consagrado na norma constitucional (art. 225) manifesta-se, no comportamento ativo do cidadão, que é chamado a atuar socialmente na comunidade. A Constituição, no mencionado artigo 225, introduz a noção de responsabilidade social, impondo à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado (DERANI, 1997). A norma constitucional exige, assim, do poder público, implicitamente, a necessidade de produzir normas e atuar administrativamente para viabilizar a participação da sociedade nas decisões que envolvam o meio ambiente[14].

---

[11] Conforme Herculano (2000), o direito a informação sobre os riscos está diretamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

[12] É de se destacar a Lei nº 9.966/2000 (regulamentada pelo Dec. 4.136/2002) que dispõe sobre o controle, prevenção e fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo em águas nacionais, obrigando a criação, pelas empresas de um procedimento interno para gerenciamento dos riscos, bem como planejamentos de emergência individuais. Esta lei, todavia, não obriga a comunicação dos riscos às populações potencialmente afetadas. Da mesma forma, a Portaria nº 14/00 da ANP estabelece apenas procedimentos para comunicação de incidentes nas atividades petrolíferas. Não foi encontrada nenhuma norma que estabelece a obrigatoriedade de comunicação dos riscos, pelas empresas de petróleo, às populações.

[13] Girogi acentua a preocupação dos produtores de riscos quando aos efeitos proporcionados pela sua comunicação, o que pode gerar o reforço das desconfianças. Segundo o citado autor, é importante um projeto investigação que enfrente o tratamento das questões sobre riscos na forma de um diálogo entre os que os produzem e os que estão interessados neles.

[14] A nova lei sobre informações ambientais, Lei nº 10.650/2003, vem assegurando o direito de acesso a informações ambientais dos órgãos e entidades públicas em todo o país. Tal lei assegura que, no prazo de 30 dias, contado da data do pedido, a entidade ou órgão público ligado ao SISNAMA deverá prestar a informação ou permitir a consulta a quem a solicitar. Além disso, atribui aos órgãos ambientais do SISNAMA a obrigação de elaborar e divulgar relatórios anuais relativos à qualidade do ar e da água, além de outros elementos ambientais, dados da maior relevância para orientar as políticas públicas no enfrentamento dos problemas de poluição em escala nacional.

Em termos políticos, já se nota um indício de preocupação do atual governo com relação à necessidade de maior controle social nas questões ambientais. A ministra do Meio Ambiente, Marina Silva (2003), afirma a necessidade de mudança do enfoque na resolução de conflitos e problemas relacionados ao meio ambiente. Ela esclarece que um marco deverá proceder-se e se sustentará na afirmação do princípio da precaução, nos novos procedimentos para o licenciamento de atividades de exploração de petróleo, na melhor articulação entre os órgãos da área ambiental, na ampliação da participação e aprimoramento dos conselhos de gestão. Segundo Silva (2003), o novo programa de desenvolvimento sustentável para a Amazônia já se orienta nesse sentido, como também as ações relativas à cobrança pelo uso da água no Rio Paraíba do Sul, entre outras (MARINA SILVA, 2003).

Ainda conforme Silva (2003), no Plano Plurianual consta, como uma das suas cinco dimensões, a exigência do "crescimento ambientalmente sustentável":

> *"o que significa que o governo quer tornar a qualidade ambiental um critério para o novo ciclo de desenvolvimento com inclusão social. Controle social. Há quem ainda tenha dúvidas ou temor, mas, na gestão ambiental para a sustentabilidade, a participação social é imprescindível. Para isso, nossas ações devem ser dirigidas, cada vez mais, ao fortalecimento da sociedade civil e suas organizações" (MARINA SILVA, 2003).*

Dessa forma, é possível verificar o surgimento de uma nova perspectiva política em torno da questão sobre a exploração dos recursos ambientais brasileiros, em que se destaca a ênfase na participação pública.

3.1. A política energética e a regulação sócio-ambiental

Conforme visto, a regulação sócio-ambiental cuida das externalidades, que decorrem da diferença entre o custo privado de produção e os benefícios propiciados pelo produto e os benefícios e custos absorvidos pela sociedade. Isso porque, sem internalização destes últimos, por parte dos empreendedores, a sociedade estará subsidiando a produção, e dessa forma, faz-se necessária imposição reguladora para que ela não ocorra.

Todavia a regulação sócio-ambiental ultrapassa esta idéia, pois também trata da relação entre o simples atuar arriscado e a reação daqueles que poderão sofrer suas conseqüências, o que requer soluções através da participação pública.

Essa questão assume especial relevância quando se trata da regulação do monopólio do petróleo e do gás natural[15], exercida pela Agência Nacional do Petróleo, em razão da necessidade da preservação e aproveitamento racional do meio ambiente.

Antes porém de discutir os aspectos relacionados à regulação "sócio-ambiental" a ser exercida pela ANP é importante apontar o contexto geral onde tal forma de regulação se insere.

[15] Importa lembrar que, a partir da EC nº 09/95, abriu-se a possibilidade de contratação, entre União e empresas estatais ou privadas, de atividades de pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural, refino do petróleo, entre outras atividades (art. 177, incisos I a V da CF/88).

Com efeito, a regulação dos setores de petróleo e gás natural está abrangida pela política energética nacional, da qual a energia elétrica também participa. Assim, a Lei que criou a ANP (Lei 9.478/97), além de legislar sobre as atividades relativas ao monopólio do petróleo, dispõe sobre a política energética nacional e institui o Conselho Nacional de Política Energética. A partir disso, portanto, se viabiliza uma integração planejada dos setores elétrico, petrolífero, do álcool, entre outros, tendo-se em vista a valorização dos recursos energéticos do país (art. 1º, II da Lei do Petróleo).

Importa esclarecer que a política energética, como todas as outras políticas setoriais, está condicionada aos preceitos do art. 225 (DERANI, 1997). Ademais, mesmo não sendo uma política específica de meio ambiente, ela está indissociavelmente ligada à política ambiental, em razão da utilização e apropriação dos recursos naturais e implicações no que diz respeito às externalidades ambientais negativas e riscos que a produção de energia enseja. Dessa forma, as decisões políticas adotadas naquela lei condicionarão uma melhor ou pior garantia ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Pode-se verificar, com facilidade, na Lei 9478/97, um tratamento específico e adequado no que se refere à questão ambiental. Entre os objetivos e princípios da política energética nacional, estão a proteção do meio ambiente e a conservação de energia, bem como a utilização de fontes alternativas de energia (incisos IV e VII da Lei 9.478/97), em sua maioria menos poluidora que as fontes tradicionais, como a energia eólica, solar, o álcool, entre outras.

3.2. ANP: contextualização e a regulação sócio-ambiental

As jazidas de petróleo apenas foram incorporadas ao patrimônio nacional em 1938[16], através do Dec-Lei nº 395. Este decreto também criou o Conselho Nacional de Petróleo (CNP), um organismo autônomo, subordinado diretamente ao Presidente da República. Cabia a tal conselho executar as medidas estipuladas naquele Dec. Lei, autorizando as operações financeiras das empresas, como também fiscalizá-las.

Posteriormente, a Lei 2004/53 veio dispor sobre a Política Nacional do Petróleo, as atribuições do CNP e instituiu a "Petróleo Brasileiro S.A" (Petrobrás). Esta lei constituiu em monopólio da União a pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e outros hidrocarbonetos fluidos, a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro, o transporte do petróleo de origem nacional, ou de derivados do petróleo produzidos no Brasil. Assim, caberia ao CNP orientar e fiscalizar o exercício do monopólio pela Petrobrás (VENÂNCIO FILHO, 1968).

Já em 1995, ocorre a flexibilização do monopólio estatal de pesquisa, lavra, refino e transporte do Petróleo. Tal processo, inserido que está na Reforma do Estado, se dá em virtude da impossibilidade de grandes e constantes investimentos em infra-estrutura pelo governo. Assim, abre-se a política de investimento no setor petrolífero.

[16] Até 1938 as explorações de petróleo eram feitas sob o regime da livre iniciativa.

Dentro desse quadro, a Lei do Petróleo (9.478/97) cria o CNPE (Conselho Nacional de Política Energética), extinguindo o CNP, como também o DNC (Departamento Nacional de Combustíveis) e transfere para ANP seu acervo, recursos, etc. Esta nova autarquia assume a regulação de um mercado singular ao gerenciar a exploração dos monopólios da União no setor de petróleo[17].

É de se reconhecer que as atividades petrolíferas, por serem atividades econômicas imbuídas de um interesse público atribuído pela Constituição, necessitam de um gerenciamento no sentido de propiciar sua conformação social e promover o desenvolvimento econômico-social da nação. Além disso, a posição central que o mercado desses produtos ocupa no sistema econômico faz com que as operações e alterações nele realizadas acarretem efeitos importantes sobre todo o aparato produtivo, atingindo aqueles que dele participam direta e indiretamente. Assim, são de interesse público todos os atos e fatos relativos ao mercado de petróleo e derivados e gás natural. Da mesma forma, é importante que o abastecimento dessas fontes de energia acarrete custos mínimos para a sociedade, aí computadas as despesas diretas e indiretas (PINHEIRO, 1996).

Como órgão regulador da indústria do Petróleo, a ANP é responsável por garantir o bem-estar social e a estabilidade do setor petrolífero. Conforme salienta Mello (2001), a ANP não é uma instituição de fomento da indústria do petróleo, nem formuladora de políticas[18], sendo seu propósito principal perseguir o interesse público, este entendido como o interesse social e coletivo. Segundo Castro (2002:138, 139), se referindo à agência reguladora de modo geral:

> *"Ela é um órgão muito mais voltado para a sociedade, para a comunidade de usuários, para os consumidores e para o controle da legalidade da execução do serviço concedido, nos termos da Constituição, das leis, dos regulamentos e do contrato de concessão, cabendo-lhe articular suas ações e exercer suas competências institucionais (...)".*

Dessa forma, todos os atos praticados pelas agências reguladoras, por serem atos administrativos, deverão observar sempre os mesmos princípios e normas constitucionais regentes da administração pública e tutelares dos direitos fundamentais, tanto os coletivos, econômicos e sociais, como também os de natureza individual e política (CASTRO, 2002).

Em especial, o exercício da função reguladora pela ANP envolverá a proteção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado[19], direi-

[17] Com relação a este aspecto, interessante esclarecer a importante diferença entre serviço público e atividade econômica, tendo em vista que à ANP cabe a regulação desta última. Nesse sentido, os serviços públicos são atividades que objetivam atender diretamente as necessidades ou utilidades públicas[18]. De outra forma, as atividades econômicas visam atender o interesse fiscal ou estratégico do Estado, e apenas podem ser monopolizadas por este nos casos taxativamente estabelecidos na Constituição.

[18] Importa dizer que a ANP está subordinada ao CNPE, no que tange à formulação de políticas públicas. Para melhor esclarecimento desta questão vide tópico 4.2.2.

[19] Em razão disso, a ANP deveria integrar o Sistema Nacional do Meio Ambiente, como órgão seccional (Lei 6938/81, art. 6º e Dec. 99274/90, art. 3º, inciso V).

to esse que possui uma dimensão intergeracional, pois as gerações futuras também estão ligadas às suas garantias (art. 225, caput, CF/88). Nessa linha, o decreto nº 2.455/98, que implantou a ANP, consagra como princípio a "satisfação da demanda atual da sociedade, sem comprometer o atendimento da demanda das futuras gerações" (art. 3º, I). Isso acarreta, naturalmente, no aumento da preocupação do órgão regulador, impondo tarefas estratégicas e desafiantes que se distinguem das demais em virtude do direito das futuras gerações.

De fato, se os problemas ambientais relacionados à industria do petróleo geram riscos, é necessário uma atuação estratégica e articulada por parte dos órgãos reguladores ambientais, agências e ministérios do Meio Ambiente e de Minas Energia, o que demanda também uma reflexão conjunta sobre o "significado que o futuro tem para com o presente" (GIORGI, 1998: 217), "capaz de fundar racionalmente esta preocupação e ao mesmo tempo de delimitá-la e de referi-la a temas específicos" (GIORGI, 1998: 218), como os relacionados à indústria petrolífera.

O que decorre das normas-objetivo constantes da lei do petróleo é a opção por privilegiar a conservação do meio ambiente quando da atuação da ANP em suas atividades de regulação, contratação e fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo (arts. 1º e 8º, *caput* e incisos I, II, III, IV, VII e IX). Tal tarefa expressa um desafio a ser assumido por esta agência reguladora.

A Lei do Petróleo atribui ainda à ANP o poder para realizar as concessões (através de licitação) e conceder as autorizações necessárias para o desenvolvimento da indústria do petróleo[20]. Nessas atividades, as exigências com relação aos impactos sócio-ambientais deverão ser amplamente consideradas pelo órgão regulador.

Todavia, segundo observa Costa (2004), assessor de meio ambiente da Superintendência de Desenvolvimento e Produção da ANP, em entrevista realizada pela autora deste trabalho, a agência do petróleo enfrenta várias deficiências na regulação sócio-ambiental quando da estruturação das concessões. Segundo o entrevistado, não existe a previsão de licenciamento em outra escala que não a de projeto, pois o único instrumento da política nacional de meio ambiente que está implantado é o licenciamento ambiental[21]. Ou seja: políticas, planos e programas não são submetidos à avaliação de impactos ambientais.

Pode-se, então, verificar aí a insuficiência da legislação ambiental aplicável à matéria, tendo-se em vista que não existe a previsão legal de uma licença ambiental prévia na fase de planejamento das concessões, cuja responsabilidade é da ANP[22], capaz de induzir uma modificação ambiental muito grande nas áreas escolhidas (COSTA, 2004).

---

[20] A pesquisa e lavra de jazidas de petróleo, gás e outros hidrocarbonetos são atividades submetidas à Concessão. Já o refino de petróleo nacional ou estrangeiro, importação, exportação de petróleo, gás e derivados básicos de petróleo nacional e o transporte por conduto de petróleo bruto e seus derivados como também do gás são submetidos à autorização pelo órgão regulador.

[21] O licenciamento ambiental é o procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação, operação de empreendimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais considerados efetiva ou potencialmente poluidores (vide art. 9º, IV e art. 10 da Lei 6938/81).

[22] A ANP é responsável pelo planejamento da atividade de E&P, cabendo-lhe indicar as novas áreas para exploração e controlar o desenvolvimento e a execução das atividades já concedidas.

A consulta à população e as audiências públicas[23] e demais mecanismos de participação popular e de garantias do direito à informação, ocorrem quando da realização do EIA/RIMA (Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental)[24], que na forma da legislação em vigor, realizam-se apenas quando dos processos de licenciamento do projeto.

Faz-se necessária, pois, uma avaliação ambiental prévia, no sentido de verificar, através de um diagnóstico ambiental em escala regional ou nacional, áreas homogêneas e ambientalmente frágeis, para que seja possível identificar áreas de exclusão, que não são objeto de concessão pela ANP, como também áreas sensíveis, onde seria necessário um controle ambiental maior do que em outros locais (REVISTA BRASIL ENERGIA, 2000)[25].

A revisão da legislação ambiental aplicável às atividades de E&P demanda, portanto, a ampliação do escopo da aplicação da Avaliação de Impacto Ambiental (AIA), para que esta seja considerada na fase de planejamento das atividades petrolíferas, como também aplicada às políticas, planos e programas governamentais que a ANP participa (REVISTA BRASIL ENERGIA, 2000).

Uma proposta a ser analisada, que segundo Costa (2004) é o instrumento ideal para uma intervenção planejada da agência em assuntos ambientais, seria a adoção da avaliação ambiental estratégica (AAE), designação adotada para o instrumento e o processo de avaliação ambiental de políticas, planos e programas, de forma a oferecer subsídios para evitar, reduzir ou compensar os impactos produzidos na fase de planejamento (REVISTA BRASIL ENERGIA, 2000). Assim, quando o projeto é submetido à avaliação dos seus impactos ambientais na etapa de desenvolvimento, ele já é o resultado de uma série de escolhas e decisões de planejamento[26].

---

[23] A audiência pública no contexto do processo de licenciamento ambiental é o meio que garante aos interessados informações sobre a atividade que se pretende desenvolver e o conteúdo do RIMA, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito (Resolução CONAMA n°009/87, art. 1°). Importa salientar que a não realização dessas audiências, apesar da solicitação de algum legitimado, acarretará na invalidade da licença que vier a ser deferida. É de se destacar ainda a Resolução CONAMA 237/97, art. 3°, estabelecendo que ao EIA/RIMA "dar-se-á publicidade, garantida a execução de audiências públicas". Esta será realizada nas quatro hipóteses elencadas na Resolução 009/87: quando o órgão do meio ambiente julgar necessário; por solicitação da entidade civil, por solicitação do Ministério Público, a pedido de cinqüenta ou mais cidadãos. Os municípios e os Estados também podem, ao implantar o seu sistema de licenciamento, estabelecer outras hipóteses em que as audiências públicas seriam convocadas.

[24] A avaliação de impactos ambientais pode ser considerada um instrumento político de gestão e planejamento como também um procedimento associado ao licenciamento ambiental. Ambos têm por objetivo analisar a viabilidade, em termos ambientais, da concretização de uma atividade ou um empreendimento proposto pela iniciativa pública ou privada. Funciona, dessa forma, como uma estratégia preventiva da política ambiental. Para cada ambiente avaliado, obtém-se um resultado, permitindo a "tomada de decisões mais apropriadas antes que o dano ocorra" (DERANI, 1997: 172). Conjugam-se, assim, fatores econômicos, ecológicos e sociais procurando a conformação entre eles. Conforme DERANI (1997: 172), nos processo de avaliação de impacto ambiental, "não se encontram somente interesses diversos, mas também encontram-se manifestos conhecimentos diversos a serem observados, procurando uma composição".

[25] Segundo Costa (2004), a agência, de uma maneira muito incipiente, tentou suprir essa necessidade, a partir da 4ª Rodada de Licitações. Juntamente com o IBAMA foi feita uma avaliação, basicamente a partir dos dados que o Ministério de Minas e Energia publicou sobre as áreas prioritárias para a conservação da biodiversidade do país, das áreas consideradas pela agência para fazer licitações. Foi produzido um mapeamento com uma escala de "dificuldade de licenciamento", indicando, progressivamente, onde o órgão ambiental vai ser mais exigente ao licenciar as atividades. Para o entrevistado, tal avaliação tem vários aspectos falhos, pois foi feita com base em um diagnóstico que por si só é precário. O levantamento das áreas prioritárias para a conservação no Brasil, apesar de ter sido um grande esforço do MMA, baseou-se em uma metodologia um tanto primária: foi feito através de um seminário de especialistas e repousa no que é conhecido publicamente sobre as áreas costeiras e marítimas. Portanto os dados são precários (COSTA, 2004). Não foram considerados dados sócio-econômicos estaduais, os levantamentos do IBGE, consultas às comunidades envolvidas, o que sugere uma atuação pouco vinculada ao interesse público, principalmente no que diz respeito às questões sociais, por parte da ANP.

[26] Nas atividades de E&P, é necessário considerar os efeitos cumulativos e sinérgicos da atuação de vários concessionários em uma dada região, bem como a elaboração de programas e padrões de controle ambiental uniformes e planos de mitigação e gerenciamento de riscos envolvendo o conjunto de operadores em nível regional e nacional.

A AAE seria realizada pela ANP na etapa de planejamento da atividade, ou seja, anteriormente à concessão, sendo sua aprovação pelo órgão ambiental competente requisito para a Licença Prévia (REVISTA BRASIL ENERGIA, 2000). O EIA/RIMA também poderia ser solicitado nesta etapa, permitindo maior participação das comunidades interessadas e poderes públicos municipais e estaduais, além de contribuir para otimizar a própria operacionalização destas atividades, reduzindo substancialmente os estudos necessários na fase dos projetos[27].

Outro instrumento de gestão ambiental pública de grande importância é a auditoria ambiental[28], pois permite a verificação, por parte da agência, da efetividade das regras estabelecidas no contrato de concessão e das normas ambientais. A própria agência, em conjunto com o IBAMA, deve promovê-las durante a vigência dos contratos[29] e quando da extinção dos mesmos, o que até o momento ainda não se verificou (COSTA[30], 2004).

Nesse contexto, as medidas tomadas pela agência devem ser, em sua maioria, preventivas, embora possam punir os responsáveis de uma eventual lesão ao meio ambiente[31]. Da mesma forma, a competência para a proteção do meio ambiente atribuída à ANP, em virtude da Lei do Petróleo, não implica transformá-la em um "IBAMA do setor energético de petróleo e gás". A atuação da autarquia reguladora deverá ser coordenada com as atribuições do IBAMA, principalmente no que se referir ao licenciamento e fiscalização de atividades petrolíferas.

Mello (2001), numa visão esclarecedora, diz que a ANP está subordinada a mandados de otimização, ou seja, ordens de caráter jurídico e vinculativo que se compreendem da seguinte forma: a- todas as ordens devem ser aplicadas simultaneamente; b- podem ser aplicadas, em decorrência disso, com graus diferentes, levando em consideração as possibilidades de cada caso.

Dessa forma, a ANP, ao considerar o aspecto ambiental em todas as funções que envolvem a atividade reguladora, deverá ter em vista as peculiaridades do meio ambiente envolvido em cada caso, assim como os fatores sociais e características das comunidades que dele se utilizam.

---

[27] Na prática, isso significa menos exigências e tempo para a elaboração dos estudos a serem desenvolvidos pelos concessionários. No Brasil, tal fato reveste-se de maior importância, tendo-se em vista que a regulamentação do petróleo estabelece prazos legais de duração para os contratos de concessão de E&P (REVISTA BRASIL ENERGIA, 2000).

[28] A auditoria ambiental é um instrumento muito comumente utilizado no setor privado. Muitos segmentos industriais, em nível mundial, a utilizam com forma de prevenir violações à legislação ambiental, aferição de riscos, prevenção de responsabilidades, mensuração do passivo ambiental em caso de transações comerciais etc. Muitas empresas ao adotarem normas internas ou normas de caráter público, como a série ISO 14.000, para uma gestão ambiental, submetem-se voluntariamente às auditorias ambientais (GUIMARÃES, 2004).

[29] O art. 43, incisos VI E VII da Lei 9478/97, estabelece a necessidade da previsão, no contrato de concessão, de cláusulas que prevêem procedimentos de acompanhamento e fiscalização das atividades de exploração, desenvolvimento e produção e para a auditoria do contrato. Também devem ser previstas cláusulas que especifiquem a devolução e desocupação de áreas. O art. 44, inciso I, da citada lei também estabelece a necessidade do contrato de concessão obrigar o concessionário a adotar medidas de conservação dos reservatórios e recursos naturais, normas de segurança do trabalho e de proteção ao meio ambiente. Resta, assim, inquestionável a competência da ANP para estabelecer auditorias ambientais.

[30] Segundo Costa, a ANP não realiza auditoria ambiental por ser usurpação de competência dos órgãos ambientais. A ANP garante que, do ponto de vista das tecnologias do petróleo, a questão ambiental está sendo tratada e que todas as atividades estão sendo feitas com licenciamento ambiental do órgão competente (COSTA, 2004).

[31] Deve-se notar, no entanto, que a ANP fixa regras ao estabelecer os termos do contrato e ao editar suas portarias, mas não defende uma pessoa determinada que poderá vir a ser desfavorecida ou prejudicada, em relação aos aspectos ambientais do local onde vive, por atividades ligadas à indústria do petróleo.

Será necessária, contudo, a criação de canais de comunicação entre a agência e a sociedade com vistas a ouvir suas idéias, informações e reivindicações, como também conciliar seus interesses com os dos investidores.

Portanto, as ações e iniciativas de proteção do meio ambiente demandarão a abertura para a participação da sociedade nas atividades de regulação desempenhadas pela ANP. Torna-se necessário saber como a participação será viabilizada, quais as condições para que se realize e em quais momentos de atuação da autarquia reguladora.

4. AUDIÊNCIAS PÚBLICAS COMO FORMA DE PARTICIPAÇÃO DIRETA DO ADMINISTRADO NA ATUAÇÃO DA ANP

4.1. Aspectos gerais sobre audiência pública

Os instrumentos que asseguram a oitiva dos interessados nos processos decisórios do poder público são uma garantia objetiva de razoabilidade para o administrado, pois ele percebe que o Estado atua razoavelmente através de mecanismos idôneos de formação de consenso da opinião pública sobre a juridicidade e conveniência do ato estatal. Tais instrumentos funcionam também como uma garantia objetiva de transparência dos procedimentos estatais com relação aos permissionários e concessionários, e principalmente, caracterizam um elemento de democratização do poder, conforme o princípio de que a democracia não é só um modo de designação do poder, mas um modo de seu exercício, de participação cidadã no poder público.

O enfoque na análise do instrumento de audiência pública[32] justifica-se pelo fato de ele ser um importante mecanismo de participação direta na ANP e, em especial, porque está relacionado ao campo regulatório das questões ambientais da agência, presente na fase de licitação dos blocos e na produção normativa da Agência. Com efeito, a audiência pública é o único mecanismo de participação direta legalmente previsto na lei 9478/97 (at. 19[33]), no decreto 2455/98 (art. 22), bem como no Regimento Interno da ANP (Portaria 215/98 do MME).

O procedimento administrativo de audiência pública segue, conforme Gordillo (2000), os princípios do devido processo, publicidade, contraditório e participação. Tais princípios são de caráter constitucional, devendo ser considerados dentro dos marcos do informalismo, oralidade, instrução, impulsão de ofício e economia processual (GORDILLO, 2000).

Nesse contexto, o procedimento de audiência pública aparece revalorizado como um mecanismo autônomo de composição de interesses, de garantia demo-

[32] Segundo Gordillo (2000), a audiência pública é distinta da pública audiência ou sessão pública. Esta é uma sessão administrativa com assistência passiva e muda do público, podendo se dar através de rádio ou televisão. Já na audiência pública, o público é parte interessada e ativa, com direitos de natureza procedimental.

[33] Diz o artigo: "As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo serão precedidas de Audiência Pública convocada e dirigida pela ANP".

crática, com funções legitimatórias extremamente relevantes na realização dos direitos fundamenteis e capaz de revelar a racionalidade e otimização das decisões administrativas (LOUREIRO, 1995).

Segundo Gordillo (2000), o fundamento para o procedimento de audiência é garantir a oitiva dos interessados antes de se ditar uma decisão que possa afetar seus direitos ou interesses. Em razão disso, a audiência pública constitui um princípio clássico do direito constitucional e administrativo, muito embora seja freqüentemente descumprido (GORDILLO, 2000).

Não obstante, há muito o direito contemporâneo vem mostrando uma evolução crescente do alcance deste princípio, que está a compreender também a emissão de normas gerais e decisões de grandes projetos de impacto ambiental. Segundo Moreira Neto (2000), a audiência pública tem como traço característico a formalidade de seu processo e a eficácia vinculativa[34] de seu resultado. Assim, para o autor, no direito brasileiro, elas necessitam de previsão legal, uma vez que o exercício direto do poder só se admite nos termos da constituição (art. 1º, parágrafo único), através de lei específica, sempre através do poder executivo.

Todavia, no entender de Gordillo (2000), a audiência pública não está limitada a efetuar-se unicamente nos casos impostos pela lei ou regulamento, mas também deveria ser realizada, obrigatoriamente, em todos os demais casos em que os efeitos das decisões excedam o caso particular e em que objetivamente seja necessário realizar o procedimento para o exercício do direito de defesa dos usuários e afetados[35], trazendo, assim, maior eficácia e legitimidade jurídica e política de suas decisões (Gordillo, 2000).

A administração deverá fazer tantas audiências públicas quanto materialmente possa, como melhor forma de embasar fática e juridicamente suas decisões, buscando a obtenção do consenso da opinião pública, com respaldo na sociedade e na legitimidade e eficácia de suas decisões, e até como consolidação de sua imagem frente à opinião pública no cumprimento das funções que a lei lhe impõe. Nesta abordagem, ressalta Figueiredo (2000) que uma das finalidades da audiência pública é a transparência da Administração, ou seja, a necessidade de garantir o "fair play" na conduta administrativa. Assim, se a atual Constituição prescreve uma atuação participativa, mesmo sem a obrigatoriedade constitucional ou legal, grandes projetos ou decisões importantes a serem tomadas, devem ser precedidos de audiência pública (FIGUEIREDO, 2000)[36].

[34] Para Moreira Neto (2000), a eficácia vinculativa não precisa ser plena, havendo vários graus de intensidade e níveis de profundidade da vinculação da Administração aos resultados alcançados, havendo dois grandes grupos: as audiências que se dão numa fase instrutória e as que ocorrem na fase decisória da ação administrativa. Assim, as orientações colhidas na fase instrutória poderão ser contrariadas pelo órgão público para decidir de forma realista e razoável. De outra forma, as diretrizes recebidas em fase decisória não podem ser afastadas pela administração, a menos que ocorra um vício de forma.

[35] Nesse sentido, o artigo 22 do Decreto 2455/98 trata da implantação e funções da ANP. Diz o artigo: "O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo, decorrente de ato administrativo da Agência ou de anteprojeto de lei por ela proposto, será precedido de Audiência Pública, com objetivos de: I- recolher subsídios, conhecimentos e informações para o processo decisório da ANP; II- propiciar aos agentes econômicos e aos consumidores e usuários a possibilidade de encaminhamento de opiniões e sugestões, III – identificar todos os aspectos relevantes à matéria objeto de Audiência Pública, IV- dar publicidade às ações da ANP.

[36] Neste caso, aplica-se a Lei de Processo Administrativo Federal (Lei 9784/99), que prevê expressamente a audiência pública.

Para Gordillo (2000), o fundamento prático do requisito da audiência pública ou privada, dentro da garantia do devido processo, é duplo: serve ao interesse público, para que não se produzam atos ilegítimos e ao interesse dos particulares de poder influir com seus argumentos e provas antes da tomada de uma decisão determinada, como também serve às autoridades públicas para diminuir o risco de possíveis erros de fato ou de direito em suas decisões. Dessa maneira, para Gordillo (2000), as orientações colhidas nas audiências, apesar de não terem caráter vinculativo, proporcionam o sustento fático da decisão a ser tomada[37].

Diante disso, caso ocorra a defasagem temporal entre a audiência pública realizada e tomada da decisão, perde-se a finalidade daquela, pois certas condições de fato seriam modificadas, comprometendo-se o "fair hearing" que a justifica. Em razão disso, entende Figueiredo (2000), que se a defasagem temporal trouxer condições de fato novas, poderá haver a nulidade do procedimento (FIGUEIREDO, 2000).

É de se reconhecer a reticência das administrações para com as audiências públicas, muito em razão do contato direito com o público que elas requerem, gerando a necessidade de bem fundamentar seus atos ou trocá-lo por outro melhor.

Gordillo (2000) ressalta a desnecessidade de normas gerais para todas as audiências, devendo ser adaptada para os casos singulares, conforme os princípios que informam este procedimento. Deve-se evitar, portanto o excessivo regulamentarismo, que só obsta o bom funcionamento do sistema e sua devida compreensão[38].

Ainda para o citado autor, quanto à questão da gratuidade ou não das audiências, pode-se optar por um sistema misto, em que a gratuidade não seja total e cada um suporte os custos que sua intervenção ocasiona. Da mesma forma, a publicidade não deveria seguir o sistema já previsto para as licitações públicas, que apenas tem sentido para os grupos específicos de contratantes que devem estar atentos a tais informações. A publicidade tem de ser adequada, podendo ensejar, caso contrário, uma impugnação judicial para anular o procedimento[39].

Quanto ao desenvolvimento do procedimento da audiência pública, Gordillo (2000) revela a necessidade indispensável de uma pré-audiência para ordenar o procedimento, determinar quem serão os participantes, fixar tempos, a fim de que o procedimento funcione conforme os mecanismos pré-determinados[40].

No que se refere às partes da audiência pública, algumas regulamentações estabelecem expressamente, de forma ampla, o conceito de parte, mas aclaram

[37] Para Gordillo (2000), o não cumprimento ou o defeituoso cumprimento do preceito de audiência pública é causa de nulidade absoluta e insanável do ato. Isso porque não é possível sanar judicialmente a não realização da audiência pública, dado que é impossível escutar as vozes da opinião pública e discutir em sede judicial.

[38] Para Gordillo (2000), deve-se evitar a regulamentação minuciosa do procedimento, pois o excesso de previsão normativa acaba por restringir a liberdade de decisão do funcionário que preside a audiência, tansformando-o em um burocrata a mais. Uma audiência pública realizada ineficazmente, com procedimentos minuciosos não salvará o ente de ver anulado seus atos pela Justiça, por defeituoso ou ineficaz cumprimento dos princípios retores da audiência pública, que são requisitos prévios de validez do ato.

[39] Gordillo (2000), cita a experiência norte-americana, onde as audiências para os grandes projetos de alcance nacional têm uma publicidade especial em uma página completa dos grandes periódicos nacionais e também nos periódicos locais do lugar onde se realizará a audiência, conforme a natureza geográfica da decisão a ser tomada.

[40] Segundo Gordillo (2000) não é indispensável que a audiência seja organizada e conduzida por funcionários públicos, podendo ser entregue a um terceiro alheio ao tema em debate ("terceiro desinteressado"). A terceirização da realização das audiências foi adotada na legislação da Argentina.

que a determinação de admiti-las é uma faculdade a ser exercida conforme a utilidade ou benefício que possam presumivelmente apresentar para a solução do caso. No sistema argentino, é mais freqüente o critério de admitir quem tem direito subjetivo e interesse legítimo, e mais recentemente, já se admite a participação daqueles que representam direitos coletivos. De fato, obrigatoriamente deveriam ser considerados como parte no processo de audiência, além dos que possuem direitos subjetivos, os que possuem interesses legítimos, como também os que representam direitos coletivos e difusos. Cabe também admitir como parte pessoas públicas supranacionais, internacionais ou privadas, segundo as particularidades de cada caso.

A presença do ouvidor da Agência, como também de um membro do Ministério Público são também indispensáveis para a garantia do contraditório e participação nos procedimentos de audiência pública. A presença do promotor, como fiscal da lei, deixa aberta a possibilidade de o ouvidor, que integra a organização administrativa da autoridade que convoca a audiência contando com as informações necessárias dentro da organização pública, atuar no sentido de tutelar os interesses diretos e imediatos dos usuários, e não os demais interesses comprometidos.

Dentro desse quadro, haveria três alternativas, segundo Gordillo (2000), para o desenvolvimento da audiência: o ente que a promove permite a introdução de perguntas das partes em seguida às suas perguntas, formando, *ab initio*, os elementos de juízo que proporcionará sustento fático para a decisão a ser adotada; o esgotamento da atividade probatória das partes para depois passar para sua própria atividade instrutória; e, por fim, optar por delegar o máximo de atividades probatórias para a pré-audiência, devendo as partes apresentar detalhadamente tudo que tenham a argumentar e provar. Neste último caso, ao realizar a audiência pública, já se tem produzido por escrito a totalidade, ou, ao menos, parte substancial da prova, ficando para o procedimento oral apenas as manifestações sumárias que, em forma verbal, as partes pretendam realizar conforme o tempo acordado, destacando os aspectos de prova ou de direito que a seu juízo correspondam.

Na legislação brasileira, além das previsões legais sobre audiências públicas na Lei de Processo Administrativo Federal (art 32 da Lei 9.784/99) e nas leis das Agências Reguladoras, já mencionadas anteriormente, há ainda a previsão na lei 8666/93[41] e também nos casos de licenciamento ambiental (Lei 6938/81) que envolvam estudo de impacto ambiental (EIA/RIMA) (Resoluções CONAMA nº 009/87 e nº 237/97, art. 3º).

[41] O art. 39 da lei obriga a realização de audiências públicas em licitações simultâneas ou sucessivas que ultrapassem em cem vezes o limite de um milhão e quinhentos mil reais. Assim, o início do procedimento se dá com a audiência pública, sendo esta um fato administrativo preliminar ao edital de licitação, e compõe o procedimento, ou seja, o ato administrativo do edital (FIGUEIREDO, 2000). Há divergências entre Figueiredo (2000) e Marçal J. Filho (apud JUSTINO DE OLIVEIRA, 1997) quanto à nulidade ou não do procedimento na falta da realização da audiência pública. Para a primeira, com acerto, ocorre a nulidade do procedimento caso a audiência não seja realizada. Para o segundo, haverá mera irregularidade, sendo a licitação válida (JUSTINO DE OLIVEIRA, 1997). Ainda de acordo com Figueiredo (2000), a audiência não é vinculativa, por ausência de determinação legal para tal fim, mas pode-se questionar a legitimidade da obra recusada pela comunidade ou mesmo a maneira como a audiência foi realizada. Diz a autora que ocorre, neste caso, a inversão do ônus da prova em termos de controle, havendo a necessidade de a Administração provar que sua decisão, não obstante desacolhida ou questionada pela comunidade interessada, foi bem tomada.

4.2. A efetividade dos mecanismos de participação pública nas audiências públicas da ANP

A breve pesquisa empírica teve como foco as audiências públicas realizadas pela ANP referentes às rodadas de licitações para a contratação de atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural. A justificativa para tratamos apenas destas audiências, apesar de não estar relacionada com a produção normativa da Agência, é o grande envolvimento de questões ambientais nessa fase, como também a projeção de grandes impactos sócio-ambientais sobre as áreas que abrigam os blocos que serão licitados.

O campo de pesquisa foram as perguntas formuladas pelos participantes das audiências públicas, realizadas pela ANP, a partir da quarta rodada de licitações, o que compreende os anos de 2001 a 2004. Dado o grande volume de assuntos técnicos tratados nessas audiências e as inúmeras dificuldades de se obter dados perante a ANP, optou-se por analisar apenas as perguntas relacionadas com a questão ambiental.

Procurou-se avaliar, a partir do critério temporal, se as audiências passaram a receber mais ou menos contribuições, se este mecanismo de participação ficou mais ou menos eficiente. Buscou-se assim especificar os responsáveis pelas contribuições oferecidas às audiências públicas, o que demandou a necessidade de se criar categorias, de forma a permitir a comparação com outras audiências. Assim, com base no estudo de Mattos (2002) sobre o setor de telecomunicações, foram estabelecidas seis categorias: 1- segmento específico de petróleo e gás, que abarca pessoas jurídicas que atuam nesse ramo, além das concessionárias das atividades econômicas desse setor; 2- consultores e advogados; 3- órgãos governamentais; 4- pessoas físicas; 5- associações de tutela do meio ambiente ; 6- outros.

As fontes da pesquisa foram as atas das audiências públicas da 4ª, 5ª e 6ª rodada de licitações, disponíveis na página da ANP na Internet: www.anp.gov.br/

Antes de passar à análise específica do mecanismo de audiência pública, cabe observar que a Lei 9478/97 e o Decreto 2455/98 (implanta a ANP e aprova sua estrutura regimental) dispõem sobre estrutura básica da ANP, que conta apenas com uma Diretoria, uma Procuradoria Geral e Superintendências de processos organizacionais[42]. A Diretoria conta com um Diretor-Geral e quatro Diretores.

Quanto à publicidade dos atos da Diretoria, os extratos de suas decisões devem ser publicados no Diário Oficial da União[43].

Cabe destacar, que as referidas normas não estabelecem a necessidade da criação de um conselho consultivo[44], bem como de uma ouvidoria, órgãos essenciais para a garantia de defesa dos interesses da sociedade dentro da agência. Isso

[42] Os processos organizacionais a serem contemplados na estruturação das Superintendências são: I- gestão de informação e dados técnicos; II- definição de blocos; III- promoção de licitações; IV- exploração; V- desenvolvimento e produção; VI- controle das participações governamentais; VII- relações institucionais; VIII- refino e processamento de gás natural; IX- transporte de petróleo, seus derivados e gás natural; X- importação e exportação de petróleo, seus derivados e gás natural; XI- desenvolvimento da infra-estrutura de abastecimento; XII- abastecimento; XIII- qualidade de produtos; XIV- gestão de recursos humanos; XV- gestão financeira e administrativa; XVI- gestão interna (art. 12 do Dec. Nº 2455/98). As atribuições específicas de cada uma delas está prevista no Regimento Interno da ANP(Portaria nº 215/98 do MME), nos artigos 15 a 30.

[43] Art. 7º , parágrafo 2º do Dec 2455/98.

[44] A Lei 9472/97 prevê no art. 8º, parágrafo 1º, a criação de um Conselho Consultivo e de uma ouvidoria na ANATEL. O art. 33 da mesma lei esclarece que "o Conselho Consultivo é o órgão de participação institucionalizada da sociedade na Agência".

porque o ouvidor pode funcionar como "um catalisador" de interesses difusos na sociedade e opinar sobre o conteúdo da regulação, devendo ainda ter legitimidade para propor a edição de atos normativos.

Da mesma forma, nos referidos textos normativos, não se encontra previsão de comitês estratégicos, que funcionam como órgãos colegiados, com a participação de representantes de instituições da sociedade, criados para formular estudos e recomendações sobre temas específicos da indústria do petróleo[45], o que poderia ser de grande valia para o tratamento das questões ambientais na ANP.

Todas essas formas de participação indireta, ainda não previstas para ANP, são importantes mecanismos que podem influenciar os processos decisórios na agência, contribuindo para uma atuação mais consentânea com as finalidades legalmente estabelecidas.

Outros procedimentos de participação direta, além da audiência pública, apesar de não previstos na Lei 9478/97 e no Dec. 2455/98, são realizados, como as consultas públicas, constantemente formuladas antes da edição de atos normativos a serem expedidos pela agência.

Além disso, a ANP criou no ano de 2000 o Centro de Relações com o Consumidor da ANP, cujas atribuições são, dentre outras, receber, ouvir a analisar as demandas dos consumidores e do público, tais como reclamações, denúncias, críticas e sugestões, pedidos de informação etc, contribuir com a fiscalização da ANP e desenvolver estudos e pesquisas.

4.3. Quadro Geral

Tomando por espaço amostral as Audiências Públicas analisadas, passa-se a avaliação conjunta dos dados referentes à participação de segmentos da sociedade civil e poder público nas referidas audiências promovidas pela ANP:

Categorias dos participantes	4ª Rodada de Licitações	5ª Rodada de Licitações	6ª Rodada de Licitações	Total %
Segmento específico	2 perguntas	5 perguntas	6 perguntas	35,1
Consultores e advogados	2 perguntas	0	0	5,4
Órgãos governamentais	1 pergunta	0	0	2,7
Associações de Defesa do Meio Ambiente	0	0	0	0
Pessoas físicas	0	0	0	0
Outros	12 perguntas		7 perguntas	51,3
Não identificado	2 perguntas			5,4
Total	19	5	13	37

[45] O art. 60 do Regimento Interno da ANATEL prevê a criação, por decisão do Conselho Diretor, dos comitês estratégicos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das transcrições das perguntas relacionadas à questão ambiental, é possível perceber uma considerável diminuição delas entre os anos de 2001 e 2004.

Da análise dos dados, verifica-se que, entre 2001 a 2004, a participação efetiva através da audiência pública oscilou consideravelmente. A quinta rodada de licitações contou apenas com perguntas do segmento específico, diferindo muito das outras duas audiências, em que o número de perguntas dos outros setores foi maior.

É de se observar, a ausência de participação efetiva de organizações de defesa do Meio Ambiente, que deveriam representar interesses difusos, além do importante papel de proteção dos interesses das comunidades locais envolvidas. Por outro lado, a maioria das contribuições do segmento "outros" é de organismos de interesses relacionados, direta ou indiretamente, às questões ambientais, como se nota através das perguntas formuladas pela Associação dos Engenheiros da Petrobrás (AEPET).

Importa ressaltar ainda, a insignificante contribuição de órgãos e entidades governamentais. Em nenhuma das audiências verificou-se a participação de membros do Ministério Público, e apenas na 6ª audiência contou-se com a presença de Procuradores Federais.

Observou-se, através das atas das audiências públicas em questão, que todas elas tiveram a presença de um ouvidor. Na quarta audiência pública, o ouvidor escalado foi a Superintendente de Relações Institucionais, e nas posteriores (quinta e sexta), o Gerente de Promoção de Licitações que exerceu aquela função. Cabe, todavia, a indagação sobre os reais benefícios que membros diretamente ligados à questão específica da promoção do processo licitatório poderão trazer para a defesa dos interesses dos cidadãos no sentido de tutelar seus interesses diretos e imediatos.

É importante ressaltar também o local onde as audiências públicas foram realizadas. Todas elas ocorreram no Rio de Janeiro, local sede da ANP, gerando dificuldades de acesso dos realmente interessados neste processo decisório. As populações dos locais onde se situam os blocos dificilmente têm oportunidade de comparecer às audiências realizadas a longas distâncias de suas residências.

Com efeito, nas audiências públicas que as coletividades e entidades ambientalistas podem influir na elaboração e na forma de execução dos planos das atividades de licitação que repercutem no meio ambiente.

De acordo com Castro (2002: 133), que entende a autarquia reguladora como "uma espécie de substituto processual da sociedade, da coletividade de usuário dos serviços, do público consumidor dos serviços" e, pode-se dizer, de todos os afetados pelas ações prejudiciais dos setores regulados, é muito significativo o fato de que há uma baixa participação de órgãos de tutela dos interesses dos cidadãos e do meio ambiente.

Todos esses fatores, portanto, estão a comprometer seriamente o grau adequação interna das normas que prevêem a realização de audiências públicas (arts. 19 da Lei 9478/97 e art. 22 do Dec. 2455/98), ou seja, a capacidade de tais normas efetivamente contribuírem para que não se produzam atos ilegítimos e propicia-

rem a todos os interessados o poder de influir, com seus argumentos e provas, nas decisões da agência.

Naturalmente, o grau de informações disponíveis aos cidadãos será sempre mais baixo que o disponível aos grupos de interesses ligados ao setor petrolífero, muito em razão do conteúdo técnico das informações. Dentro desse quadro, a participação de órgãos especializados na defesa dos interesses dos cidadãos, bem como órgãos específicos de tutela do meio ambiente assumem especial importância. Ao que parece, todavia, isto não está acontecendo.

O baixo grau de participação de segmentos da sociedade civil ligados à defesa das comunidades e do meio ambiente pode estar relacionado a vários fatores, em especial a pouca informação direcionado à sociedade sobre a atuação da ANP e sobre os riscos reais das atividades petrolíferas.

Portanto, é possível concluir que apesar da institucionalização de mecanismos de participação pública pela ANP, em especial o de audiência pública, sua efetividade está a depender da viabilidade de condições concretas de participação da sociedade brasileira, em especial das comunidades que poderão ser afetadas pelas decisões tomadas no processo de concessão.

Tais mecanismos, em si considerados, não são capazes de legitimar democraticamente o conteúdo da regulação desempenhada pela agência. Em razão disso, levanta-se a necessária preocupação com o grau de atividade da esfera pública brasileira, ainda muito baixo, mas em vias de ampliação e aumento, principalmente no tocante às questões ambientais.

Decerto, os governos, em todos os níveis precisam dar mais atenção às instituições que representam direitos fundamentais e garantir o acesso delas aos mecanismos de produção e implementação de normas. Cabe especialmente à ANP viabilizar, nas audiências públicas, a participação das comunidades e instituições locais que serão afetadas por suas decisões, logrando assim, um grau maior de legitimidade e justeza em seus processos decisórios.

6. CONCLUSÕES ARTICULADAS

6.1 A participação, em audiências públicas, de órgãos especializados na defesa dos interesses dos cidadãos, bem como órgãos específicos de tutela do meio ambiente, assumem caráter essencial para a efetividade dos direitos sócio-ambientais.

6.2 Os mecanismos de participação, em si considerados, não são capazes de legitimar democraticamente o conteúdo da regulação desempenhada pela agência do petróleo (ANP).

6.3 Os governos, em todos os níveis, precisam dar mais atenção às instituições que representam direitos fundamentais e garantir o acesso delas aos mecanismos de produção e implementação de normas

6.4 Cabe especialmente à ANP viabilizar, nas audiências públicas, a participação das comunidades e instituições locais que serão afetadas por suas decisões, logrando assim, um grau maior de legitimidade e justeza em seus processos decisórios.

BIBLIOGRAFIA

ASCELRAD, Henri. Sustentabilidade e Território. In: HERCULANO, Selene, PORTO, Marcelo Firpo de Souza e FREITAS, Carlos Machado (orgs.). Qualidade de Vida e Riscos Ambientais. Niterói: Eduff, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: MORATO LEITE, José Rubens e FERREIRA, Heline Sivini (orgs). Estado de Direito Ambiental: tendências. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O regime jurídico e os princípios orientadores das agências de regulação. Enrique Saraiva, Alketa Peci, Edson Américo Brasílico (org). In Regulação, defesa da concorrência e concessões. Rio de Janeiro: FGV: 2002.

CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

CONVENÇÃO SOBRE INFORMAÇÃO, PARTICIPAÇÃO PÚBLICA NAS TOMADAS DE DECISÕES E ACESSO À JUSTIÇA EM QUESTÕES AMBIENTAIS, 1998: Comissão Econômica para a Europa.

COSTA, Nilce. Rio de Janeiro. Brasil, 13 de janeiro de 2004. 1 fita cassete (60 min.). Entrevista concedida a Juliana Pita Guimarães.

DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FERES, Marcos Vinício Chein. Direito, regulação e concorrência internacional: uma análise ético-discursiva. Tese de doutorado apresentada na Universidade Federal de Minas Gerais, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da Administração Consensual: a audiência pública e sua finalidade. Revista de direito Administrativo, Rio de Janeiro, no 230, p. 237-250, out/dez, 2000.

FERES, Marcos Vinício Chein. Direito, regulação e concorrência internacional: uma análise ético-discursiva. Tese de doutorado apresentada na Universidade Federal de Minas Gerais, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da Administração Consensual: a audiência pública e sua finalidade. Revista de direito Administrativo, Rio de Janeiro, no 230, p. 237-250, out/dez, 2000.

FREITAS, Carlos Machado de. Acidentes químicos ampliados, vulnerabilidade social e planejamento de emergências. In: HERCULANO, Selene, PORTO, Marcelo Firpo de Souza e FREITAS, Carlos Machado (orgs.). Qualidade de Vida e Riscos Ambientais. Niterói: Eduff, 2000.

GIORGI, Raffaele de. Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

GORDILLO, Agustín A. Ideas sobre participación en America Latina. Revista de Direito Público. São Paulo, no 57-58, pp 29-38, jan./jun. 1981.

_____.Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 2: La defesa Del usuário y Del administrado. 4a ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000.

GUIMARÃES, Juliana Pita. Competência constitucional dos municípios em matéria ambiental. In: COUTINHO, Ronaldo do Livramento e ROCCO, Rogério. Direito Ambiental das Cidades. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

HERCULANO, Selene C. A qualidade de vida e seus indicadores. In: HERCULANO, Selene, PORTO, Marcelo Firpo de Souza e FREITAS, Carlos Machado (orgs.). Qualidade de Vida e Riscos Ambientais. Niterói: Eduff, 2000.

_____, PORTO, Marcelo Firpo de Souza e FREITAS. Introdução: qualidade de vida e riscos ambientais como um campo interdisciplinar em construção. In: HERCULANO, Selene, Carlos Machado (orgs.). Qualidade de Vida e Riscos Ambientais. Niterói: Eduff, 2000.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. O Procedimento Administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares: algumas considerações. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MATTOS*, Paulo Todescan Lessa. Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e Desenvolvimento (coord.). São Paulo: Malheiros, 2002, p. 182 – 230.

MELLO, Eduardo Santos Amaral. Os desafios na defesa dos interesses dos consumidores: a proposta de um Centro de Relações com os consumidores. In: Regulação em Petróleo e gás natural. Saul B. Sauslick (org). Campinas: Komedi, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito da Participação Política: Legislativa, Administrativa e Judicial – Fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

Nações Unidas. Comissão Econômica para a Europa. Convenção sobre informação, participação pública na tomada de decisões e acesso à justiça em questões ambientais. Comitê das UM-ECE sobre política ambiental, 1998. Disponível em: www.mem.dk/aarhus-conference/issues/public-participation/ppartikler.htm

O Cidadão como Parceiro: manual da OCDE sobre informação, consulta e participação na formulação de políticas públicas/ Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – Brasília: MP, SEGES, 2002.

OILWATCH. Guerra y Petróleo: artífices de la historia del siglo XX. Documento de Posición no 2, 2002.

PINHEIRO, Ricardo Pinto. Novo órgão Regulador para as atividades de Petróleo. In: A nOva Regulação da Indústria de Petróleo no Brasil. Anais do Seminário organizado pelo IBP e FGV, maio de 1996.

PORTO, Marcelo Firpo de Souza. Considerações sobre a dinâmica de regulação dos riscos industriais e a vulnerabilidade da sociedade brasileira. In: HERCULANO, Selene, PORTO, Marcelo Firpo de Souza e FREITAS, Carlos Machado (orgs.). Qualidade de Vida e Riscos Ambientais. Niterói: Eduff, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

SEVÁ FILHO, Arsênio Oswaldo. 'Seguuura, Peão!' Alerta sobre o Risco técnico coletivo crescente na Indústria PetrolÍfera. In: FREITAS, Carlos Machado de; PORTO, Marcelo Firpo de Souza; MACHADO, Jorge Mesquita Huet (org.). Acidentes Industriais Ampliados: alertas sobre o risco técnico coletivo. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2000.

SILVA, Marina. Meio Ambiente: preparando a mudança. Jornal Folha de São Paulo, 05 de junho de 2003. Tendências e Debates, p. 3.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. A intervenção do Estado no domínio econômico. Rio de Janeiro: FGV, 1968.

POVOS INDÍGENAS, EMPRESAS E OS PRODUTOS "VERDES": CENÁRIO JURÍDICO DA COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS FLORESTAIS NÃO-MADEIREIROS

LENY NAYRA MICHI
Advogada. Mestranda em Ciência Ambiental no PROCAM-USP
(Programa de Pós-Graduação em Ciência Ambiental da USP)

1. INTRODUÇÃO

Desde o final da década de 80, tem-se observado a valorização crescente dos recursos florestais e da sociodiversidade brasileira. A constatação de alguns estudos de que os povos indígenas e seus sistemas tradicionais de uso dos recursos naturais conservam tão bem quanto as áreas de unidades de conservação (Molnar; Scherr; Khare, 2004), aliada à adoção de práticas de responsabilidade socioambiental pelas grandes empresas e ao interesse dos consumidores pelos produtos "verdes" ou socialmente responsáveis (Goulart, 2003) têm conduzido à expansão de parcerias[1] comerciais entre povos indígenas e empresas[2] para a comercialização de produtos florestais não-madeireiros[3] (Mayers & Vermeulen, 2002). Para ilustrar tal expansão, podemos mencionar a indústria de cosméticos internacional, representadas por empresas multinacionais como The Body Shop e Aveda Corporation, além da atuação de empresas nacionais como a Natura Cosméticos S/A, as quais empregam a preservação ambiental e a responsabilidade social nas suas estratégias de marketing (Morsello, 2004). O estabelecimento de parcerias tem sido estimulado no Brasil, principalmente na Amazônia, pela atuação de diversas organizações não governamentais (ONGs), como o Instituto Socioambiental (ISA), Amigos da Terra, Imaflora, entre outras, e como resultado de um novo modelo de desenvolvimento socioambiental na região (Morsello, 2004).

Contudo, o delineamento jurídico para a comercialização de produtos florestais não-madeireiros desenvolvida pelos povos indígenas ainda é objeto de incertezas para os diversos atores envolvidos. Nesse sentido, o objetivo do presente

---

[1] Segundo Mayers (2000), parcerias são relações e acordos formais ou informais firmados com a expectativa de gerar benefícios para ambas as partes, podendo envolver terceiros em diversos papéis.

[2] Para ilustrar tal expansão, podemos mencionar a indústria de cosméticos internacional, representadas por empresas multinacionais como The Body Shop e Aveda, além da atuação de empresas nacionais como a Natura Cosméticos S/A, as quais empregam a preservação ambiental e a responsabilidade social nas suas estratégias de marketing (Morsello, 2004).

[3] Podemos definir os PFNMs como todo e qualquer recurso proveniente da floresta, exceto a madeira (NEUMANN; HIRSCH, 2000), considerando-se apenas os produtos de origem biológica (BRITO, 2003). A categoria dos produtos florestais não madeireiros (PFNMs) é ampla e abrange diferentes tipos de produtos e sistemas de produção numa variedade de contextos sociais, econômicos e ecológicos (BELCHER; RUIZ-PEREZ; ACHDIAWAN, 2003).

trabalho é fazer uma análise e reflexão do cenário jurídico que abriga essas atividades, nos níveis federal e estadual.

Primeiramente, o artigo propõe analisar os fatores que levaram à proliferação das parcerias comerciais entre povos indígenas e empresas para a comercialização de PFNMs. Em seguida, são apresentados alguns entendimentos atuais acerca do fenômeno em seus aspectos jurídicos. Por fim, é delineado o cenário jurídico atual aplicável às parcerias comerciais, buscando esclarecer de que forma elas são tratadas no âmbito brasileiro.

2. FATORES PARA A EXPANSÃO DAS PARCERIAS ENTRE EMPRESAS E POVOS INDÍGENAS

As primeiras parcerias comerciais entre comunidades e empresas surgiram há cerca de vinte anos (Morsello, s/d), ou seja, na década de 80, quando a "questão Amazônia" alcançava seu ápice de saturação de campanhas e cobertura da mídia. Foi, no entanto, na última década que verificamos um crescimento notável do fenômeno tanto nos países desenvolvidos como nos países em desenvolvimento (Mayers; Vermeulen, 2002). Embora inicialmente a comercialização de produtos florestais tenha sido implementada com o apoio de organizações não governamentais (ONGs), com o tempo, ela passou a ser estabelecida por meio de parcerias entre as comunidades e empresas (Clay, 1997).

Após análise de dados de 24 dos 30 países maiores detentores das florestas mundiais, WHITE e MARTIN (2002) verificaram que as comunidades locais são proprietárias ou possuem acesso prioritário a pelo menos 22% das áreas florestadas nos países em desenvolvimento. Esse fator, aliado a efeitos da globalização como os mencionados por GIDDENS (2000), o fim da natureza e o fim da tradição, contribui para a compreensão do crescimento do fenômeno no final do século XX. De acordo com GIDDENS, na alta modernidade não há local na biosfera que não tenha sido tocado pelo homem moderno. Falar no fim da natureza é uma maneira de se referir à sua completa socialização (Giddens, 1995). O fim da tradição relaciona-se ao fato de as populações tradicionais terem sido inevitavelmente envolvidas pela aculturação, pois tudo encontra-se permeado pela sociedade industrial. A adesão de comunidades tradicionais e povos indígenas às parcerias comerciais com empresas e a sua integração ao mercado refletem a perspectiva de GIDDENS. Hoje comunidades buscam empregos, tecnologia, infra-estrutura, serviços sociais e fontes de renda (Mayers; Vermeulen, 2002). Muitos autores consideram a integração ao mercado inevitável diante do cenário atual da modernidade, uma vez que novas necessidades e desejos de consumo têm sido criados para as comunidades e a pressão externa de interessados nos recursos florestais é crescente. A pressão é um dos fatores mais enfatizados para explicar a integração de povos indígenas ao mercado (Morsello, s/d).

A globalização traz outra conseqüência importante que contribui para explicar as parcerias. Ela tem sido acompanhada de forças contrárias de "localização", ou seja, uma reação da sociedade diante do crescente distanciamento das decisões, incluindo mecanismos que buscam empoderar a sociedade civil e devolver o

controle aos grupos locais (Morsello, s/d; Mayers; Vermeulen, 2002). Na última década, os movimentos populares têm exercido grande pressão política para a devolução das florestas para as comunidades e têm gerado a necessidade de as empresas firmarem acordos com elas (Morsello, 2004). A região amazônica, e.g., tem passado por um processo de reivindicação social por movimentos amplos e diversificados, que tiveram início no final da década de 80 com o movimento dos seringueiros. Principalmente no Estado do Acre houve resistência dos seringueiros à destruição da floresta com o apoio de vastos setores sociais (Becker; Léna, 2002). A floresta amazônica é de fato uma das questões mais importantes do ambientalismo global (Zhouri, 2000). Atualmente, os movimentos sociais continuam desempenhando papel crucial, no entanto, o radicalismo de anteriormente tem sido abandonado e novas características têm emergido.

O crescimento das parcerias, além disso, reflete a difusão do marketing verde e a gestão ambiental estratégica. As empresas e ONGs envolvidas nas parcerias apostam no "consumismo verde". Trata-se de investir em novos produtos que visam consumidores com perfil cultural associado à identificação com temas ecológicos ("mercado verde" e *fashion*, em contraste com o mercado tradicional) (Goulart, 2003).

O fato é que a demanda por produtos da floresta tropical cresce em muitos países industrializados, principalmente nos EUA e na Europa. Conforme destaca GOULART (2003), 75% dos consumidores norte-americanos disseram em recente *survey* estarem preocupados com o meio ambiente e mais de 50% disseram que adquiriram produtos por razões ambientais. A empresa Natura Cosméticos S/A, e.g., caracterizada pelo marketing do desenvolvimento sustentável e venda de produtos verdes, é considerada a empresa mais comprometida com a responsabilidade social, segundo pesquisa da Interscience ("Natura é a empresa mais admirada socialmente"). Ou seja, conforme enunciou uma das revistas de maior circulação no Brasil, "a selva é chique" e, por isso, vende (Cavalcanti; Eichenberg, 1998).

3. ENTENDIMENTOS SOBRE A COMERCIALIZAÇÃO DE PFNMS PELOS POVOS INDÍGENAS

Antes de partirmos para a análise do cenário jurídico que envolve as parcerias comerciais entre povos indígenas e empresas para a comercialização de produtos florestais não-madeireiros, é interessante expor entendimentos de alguns autores sobre o assunto.

REYDON, SCHLÖGL E HENRY (2004), por exemplo, realizaram estudo sobre a oferta e demanda em potencial de PFNMs na Amazônia, em três regiões do Acre. Ao mencionar o acordo de cooperação estabelecido entre a multinacional Aveda Corporation, o povo indígena Yawanawa e o Governo do Estado do Acre para a extração de óleos, o estudo afirma:

> *"Do ponto de vista legal é importante destacar que a andiroba, ao ser coletada pelas comunidades indígenas dos Iawanawa, não necessitam de plano de manejo e outras requerimentos ambientais"* (Reydon, Schlögl; Henry, 2004: 7).

Já um estudo de CLAY, ALCORN e BUTLER (2000), ao apresentar questões relativas aos povos indígenas, governos e florestas, afirma que muitas autoridades federais, estaduais e locais usualmente possuíam a visão de que os povos indígenas não deveriam controlar a propriedade, uso ou manejo dos recursos florestais, apresentando como exemplos ilustrativos os casos da Namíbia, Índia e Brasil. Os autores interpretaram o contexto legal brasileiro da seguinte maneira:

> *"In Brazil, indigenous peoples are still not legally allowed to manage forest resources for commercial use although in some cases (e.g. the Xikrin tribe) they have won the legal right to manage the forests in their reserves after first submitting a detailed environmental management plan*[4]*"* (Clay; Alcorn; Butler, 2000: 7).

Os estudos acima mencionados não especificam a base legal para tais interpretações, de modo que entendemos serem equivocadas. Compartilhamos, no entanto, a interpretação de Juliana SANTILLI, que afirma:

> *"Os índios não podem alienar a terceiros o seu direito de usufruto. Isto não significa, entretanto, que estejam obrigados a gozar direta e imediatamente de seus bens, ou que não possam fazer parcerias ou ser assessorados por terceiros em projetos que visem a exploração de seus recursos naturais. O entendimento contrário transformaria o "usufruto exclusivo" indígena em um verdadeiro "presente de grego" às comunidades indígenas, que estariam impedidas de desenvolver os seus próprios projetos econômicos, conforme salienta Roberto Santos (...)".*
> *"O direito de usufruto exclusivo indígena não pode impedir os índios de desenvolver suas próprias atividades produtivas, ainda que com finalidades comerciais"* (Santilli, 2000: 2).

De fato, a legislação vigente aplicável às atividades econômicas desenvolvidas pelos povos indígenas nos leva à conclusão acima. Para corroborar a interpretação de SANTILLI, analisaremos a seguir os diplomas legais referentes ao assunto.

4. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À COMERCIALIZAÇÃO DE PFNMS PELOS ÍNDIOS:

4.1 Constituição Federal e Legislação Federal:

Ao tratarmos da legislação aplicável ao desenvolvimento de atividades econômicas pelos povos indígenas em suas terras, iniciamos pela Constituição Federal de 1988, que é considerada um marco no que se refere à proteção aos direitos indígenas no Brasil. O art. 231 da Constituição garante o direito dos índios às suas terras:

[4] Tradução livre: "*No Brasil, os povos indígenas ainda não são legalmente autorizados a manejar os recursos florestais para uso commercial, embora em alguns casos (e.g. o povo Xikrin) eles tenham conquistado o direito legal de manejar as florestas em suas reserves após submeter um plano de manejo ambiental detalhado".*

> *"Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens:*
> *§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por ele habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.*
> *§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes".*

O Estatuto do Índio atualmente em vigor, Lei nº 6.001/73, estabelece a definição do usufruto indígena da seguinte maneira:

> *"Art. 24 – O usufruto assegurado aos índios ou silvícolas compreende o direito à posse, uso e percepção das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes nas terras ocupadas, bem assim ao produto da exploração econômica de tais riquezas e utilidades.*
> *§ 1º – Incluem-se no usufruto, que se estende aos acessórios e seus acrescidos, o uso dos mananciais e das águas dos trechos das vias fluviais compreendidos nas terras ocupadas".*

Assim, entende-se que os povos indígenas possuem o direito de retirar de suas terras os recursos naturais e todos os rendimentos possíveis, desde que não comprometam a sua sustentabilidade ambiental. Além disso, o Estatuto do Índio ressalta que:

> *"Art. 18 – As Terras Indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas.*
> *1º – Nessas áreas, é vedada a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa".*

Conforme se apreende dos artigos acima, não existem vedações legais às atividades econômicas exercidas pelos povos indígenas para sua subsistência. E elas são de grande importância hoje para a sobrevivência dos povos que habitam o país. Como ressalta BRAND (2001), os povos indígenas encontram-se confinados em áreas de terra insuficientes para a sua sobrevivência física e cultural, sendo, portanto, ilusório falar em autonomia e respeito à diversidade cultural num contexto de ausência de recursos para a sobrevivência. A perda dos territórios e a destruição dos recursos naturais comprometeram as bases tradicionais da economia indígena, destruindo seus sistemas de auto-sustentação e instaurando processos contínuos de empobrecimento. Nesse contexto, dentro da própria estrutura da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) foi criado o Departamento de Desenvolvimento

Comunitário[5], o qual possui a função de definir as políticas de uso dos recursos naturais não-madeireiros e de produção de alimentos e fibras no interior das terras indígenas, para a sobrevivência física e cultural dos povos indígenas. Para os excedentes de produção, busca-se a racionalização visando o comércio local/regional.

Contudo, é importante mencionar que existem diferenças relevantes entre o uso de recursos naturais para o atendimento de necessidades internas dos povos indígenas, segundo seus sistemas tradicionais, e a produção de excedentes para comercialização. Embora as atividades produtivas exercidas pelos índios em suas terras para sua subsistência ou consumo interno não estejam sujeitas a qualquer restrição ou autorização do governo, no caso de exploração comercial dos recursos naturais, devem ser observadas todas as exigências e normas aplicáveis, inclusive a legislação ambiental nacional (Santilli, 2000).

Nesse sentido, o art. 3º-A do Código Florestal[6], acrescido pela Medida Provisória nº 2.166/2001, prevê que a exploração de recursos florestais em terras indígenas apenas poderá ser realizada pelos índios em regime de manejo florestal sustentável, para atender a sua subsistência, respeitados os artigos 2º e 3º do Código Florestal.

O regime de manejo florestal sustentável, que tem como princípios gerais (i) a conservação dos recursos naturais, (ii) a preservação da floresta e de suas funções, (iii) a manutenção da diversidade biológica e (iv) o desenvolvimento sócio-econômico da região, foi definido pelo Decreto nº 2.788/1998, que regulamenta o art. 15 do Código Florestal no que se refere à exploração das florestas primitivas da bacia Amazônica. Transcrevemos abaixo *ipsis litteris* a definição prevista no decreto:

> *"Art. 1º (...)*
> *§ 2º Entende-se por manejo florestal sustentável de uso múltiplo a administração da floresta para a obtenção de benefícios econômicos, sociais e ambientais, respeitando-se os mecanismos de sustentação do ecossistema objeto do manejo, e considerando-se, cumulativa ou alternativamente, a utilização de múltiplas espécies madeireiras, de múltiplos produtos e subprodutos não madeireiros, bem como a utilização de outros bens e serviços de natureza florestal" (g.n.).*

Ainda no Decreto nº 2.788/1998, foram previstas as categorias de manejo florestal simplificado e comunitário, restando para o Ibama o detalhamento das regras. Para tanto, o Ibama aprovou as seguintes normas: (i) Instrução Normativa nº 4/1998, que regulamenta o manejo florestal sustentável de uso múltiplo em geral; (ii) Instrução Normativa nº 5/1998, sobre o manejo florestal sustentável simplificado; e (iii) Instrução Normativa nº 6/1998, sobre o manejo florestal em escala empresarial.

Podemos citar como exemplo de plano de manejo desenvolvido em terra indígena o caso dos Xikrin do Cateté, no Estado do Pará. O plano foi desenvolvi-

[5] Conforme o Regimento Interno da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), Portaria no 542, de 21 de dezembro de 1993, em seus artigos 82 a 84.
[6] Lei no 4.771, de 18 de setembro de 1965.

do em parceria entre a Associação Bep-Nói de Defesa do Povo Xikrin e a ONG Instituto Socioambiental, contando ainda com o apoio logístico e financeiro da Companhia Vale do Rio Doce e do Programa Piloto para Proteção das Florestas Tropicais do Brasil, do Ministério do Meio Ambiente. As prioridades do projeto foram a (i) consolidação e gerenciamento do plano de manejo florestal; (ii) a gestão territorial integrada; (iii) a geração de renda com a comercialização de madeira e de castanha-do-pará e (iv) a capacitação administrativa dos quadros da associação indígena (ISA, s/d). O desenvolvimento da parceria e do plano de manejo foi fundamental para dar fim à exploração irregular predatória dos recursos madeireiros na região.

4.2 Legislação Estadual

No âmbito estadual, vale mencionar o cenário vigente em alguns Estados, como o Amazonas (AM) e Acre (AC).

No Estado do Amazonas, foi criada por meio da Lei nº 2.783, de 31 de janeiro de 2003, a Agência de Florestas e Negócios Sustentáveis do Amazonas (Agência de Florestas), uma autarquia que vigora sob regime especial, vinculada à Secretaria de Estado do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (SDS). Nenhum outro Estado da Amazônia brasileira possui agências de fomento florestal. A agência tem como objetivo *"dinamizar e fomentar as cadeias produtivas de madeira e produtos não-madeireiros oriundos de manejo florestal e da fauna silvestre, incentivando o surgimento de negócios sustentáveis, gerando emprego, renda e melhoria de qualidade de vida"* (Amazonas, s/d).

Na Agência de Florestas, foi criado especificamente o Departamento de Produção Florestal Não-Madeireiro, que atua mediante (i) o apoio ao associativismo, na captação de recursos para viabilizar infra-estruturas básicas de produção; (ii) orienta a concessão do crédito para potencializar o uso dos recursos florestais; (iii) promove cursos tecnológicos para qualificação profissional; e (iv) cria cooperações técnicas e implanta ações de viabilização de transferência tecnológica. A autarquia mantém parcerias com o Ibama, Universidade Federal do Amazonas (Ufam), Ministério do Meio Ambiente (MMA), Serviço de Apoio a Micro e Pequenas Empresas (Sebrae) e ONGs nacionais e internacionais. A agência possui projetos e ações específicos para valorização de produtos florestais não-madeireiros da Amazônia, como a extração de borracha, castanha, óleos vegetais, a meliponicultura e o artesanato Sateré-Mawé (Amazonas, s/d).

Da mesma maneira, o Estado do Acre dispõe de legislação de notável importância para a comercialização dos PFNMs. A Lei nº 1.235, de 9 de julho de 1997, trata dos instrumentos de controle do acesso aos recursos genéticos do Estado do Acre. Conforme previsto no art. 1º, a lei regula direitos e obrigações relativas ao acesso de recursos genéticos, material genético e produtos variados, em condições ex situ e in situ, existentes no Estado do Acre e aos conhecimentos tradicionais das populações indígenas e comunidades locais, associadas aos recursos genéticos.

Já a Lei nº 1.459, de 3 de maio de 2002, instituiu o Programa de Promoção de Negócios do Acre, com o objetivo de *"fomentar atividades produtivas e realizar investimentos em projetos que elevem a competitividade de setores estratégicos para o desenvolvimento sustentável"*. A lei prevê como projetos estratégicos os de Manejo Florestal Sustentável Empresarial Individual, Manejo Florestal Sustentável Empresarial Associativo e Projeto de Pecuária Sustentável.

Vale destacar, por fim, a Portaria Interinstitucional nº 1, de 12 de agosto de 2004, do Instituto de Meio Ambiente do Acre (IMAC) e do Ibama do Estado do Acre. A portaria institui procedimento administrativo para exploração econômica de produtos florestais não-madeireiros nas Unidades de Conservação de Uso Sustentável, em Terras Indígenas e propriedades rurais e áreas com legítimos possuidores. No caso do Acre, foi criado o chamado Plano de Manejo Florestal Simplificado Não Madeireiro (PMFSNM). É interessante ressaltar que o plano de manejo é exigido apenas nos casos de extrativismo com destinação comercial, sendo dispensado para fins de pesquisa.

6. CONCLUSÕES ARTICULADAS

6.1 Já está definido no cenário jurídico brasileiro que os povos indígenas podem legalmente exercer atividades econômicas em suas terras para sua subsistência, em decorrência de seu direito de usufruto exclusivo garantido pela Constituição Federal, podendo estabelecer parcerias com terceiros como empresas, ONGs, institutos de pesquisa, desde que (i) as Terras Indígenas (TIs) não sejam objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da sua posse direta; (ii) sejam respeitadas as áreas de preservação permanente, de acordo com o art. 2º do Código Florestal; e (iii) a exploração ocorra sob a forma de manejo florestal sustentável de uso múltiplo.

6.2 O manejo florestal sustentável de uso múltiplo deve observar os princípios de conservação dos recursos naturais e o desenvolvimento sócio-econômico da região, bem como os dispositivos contidos nas instruções normativas do Ibama.

6.3 A proteção dos recursos florestais existentes em Terras Indígenas deve se dar, portanto, com a implementação de políticas públicas e programas que ofereçam incentivos, recursos financeiros e capacitação para os povos indígenas poderem administrar seus recursos e tomar decisões, garantindo sua autodeterminação e sobrevivência digna.

BIBLIOGRAFIA

AMAZONAS. *Agência de Florestas e Negócios Sustentáveis do Amazonas.* Disponível em http://www.florestas.am.gov.br Acesso em 28 outubro 2004.

BECKER, Bertha K. & LÉNA, Philippe. *Pequenos empreendimentos alternativos na Amazônia*. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro/Rede

de Sistemas Produtivos e Inovativos Locais, 2002, 30 p.

BELCHER, BRIAN, MANUEL RUIZ-PEREZ, et al. *Global patterns and trends in NTFP patterns*. The International Conference on Rural Livelihoods, Forests and Biodiversity. Bonn, Germany. 19-23 May 2003, 2003. p.

BRAND, A. Desenvolvimento local em comunidades indígenas no Mato Grosso do Sul: a construção de alternativas. *Revista Internacional de Desenvolvimento Local*., v.1, n.2, Mar. 2001, p.59-68. 2001.

CAVALCANTI, K.;F. EICHENBERG. 1998. "*A selva é chique*". *Veja*, 4 de novembro.

CLAY, J. 1997. Business and biodiversity: rainforest marketing and beyond. In: *Business and biodiversity: rainforest marketing and beyond* (VANCE, N. C.& J. THOMAS, ed.). Washington, DC: U.S.D.A. Forest Service. 122-145pp.

CLAY, J. W., J. B. ALCORN*, et al. Indigenous peoples, forestry management and biodiversity conservation: an analytical study for the World Bank's forestry policy implementation review and strategy development framework*. 2000.

GIDDENS, Anthony. *Modernização reflexiva*. São Paulo: Unesp, 1995.

GOULART-ANDRADE, *A. Artesãos da Floresta. População Tradicional e Inovação Tecnológica: o caso do "Couro Vegetal" na Reserva Extrativista do Alto Juruá, Acre*. Dissertação de Mestrado. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, 2003. 174p..

ISA (Instituto Socioambiental). s/d. *Projeto Xikrin do Cateté*. Disponível em <http://http://www.socioambiental.org/inst/projetos.shtm> Acesso em 19 abril 2005.

MAYERS, J. *Company-community forestry partnerships: a growing phenomenon*. Unasylva, v. 51 (200), 2000, p. 33-41.

MAYERS, J. e S. VERMEULEN. *Company-community forestry partnerships: from raw deals to mutual gains? Instruments for sustainable private sector forestry series.* London: International Institute for Environment and Development. 2002.

MOLNAR, A., S. J. SCHERR*, et al. Who conserves the world's forests? A new assessment of conservation and investment trends.* Washington D.C.: Forest Trends/Ecoagriculture Partners, 2004.

MORSELLO, Carla. "Parcerias comerciais entre empresas e comunidades amazônicas: oportunidades, problemas e desafios". *II Encontro Associação Nacional de Pós Graduação e Pesquisa em Ambiente e Sociedade*, 2004, Indaiatuba.

MORSELLO, Carla. 2002. *Market integration and sustainability in Amazonian indigenous livelihoods: the case of the Kayapó*. Tese de doutorado. School of Environmental Sciences, University of East Anglia, 2002, 301 p.

NEUMANN, R. P. AND HIRSCH, E. *Commercialisation of non-timber forest products: review and analysis of research*. Bagor, Indonesia: Center for International Forestry Research, 2000. 176p..

REYDON et al. "*Produtos florestais não madeireiros da Amazônia: limites e perspectivas para o desenvolvimento sustentável*". http://www.eco.unicamp.br.

SANTILLI, Juliana. *Atividades econômicas em Terras Indígenas*. 2000. Disponível em:<http://www.socioambiental.org/pib/portugues/direito/ativecon.shtm>. Acesso em: 5 setembro 2004.

WHITE, A. & MARTIN, A. *Who Owns the World's Forests?*. Washington, DC: Forest Trends, 2002, 30p.

ZHOURI, Andrea. "Transnational campaigns for the Amazon: NGO strategies, trade and official responses". *Ambiente & Sociedade*, nº 6/7: 31-62, 1º sem./2º sem. de 2000.

DIREITO E DEVER AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E O ESTUDO DE IMPACTO DE AMBIENTAL

LUCIANE MARTINS DE ARAÚJO MASCARENHAS
Mestranda em Direito pela Universidade
Federal de Goiás. Professora de Direito Constitucional

1. INTRODUÇÃO

A degradação ambiental motivada pela forma com que o homem via a natureza ameaça a todos nós. Temos sofrido as conseqüências das alterações climáticas provocadas pelo uso desmedido dos recursos naturais.

O homem nunca se preocupou com estes recursos, pois tinha a concepção de que eles eram ilimitados, a degradação do meio ambiente era sinônimo, na maioria das vezes, de progresso. O homem via a natureza como um depósito, onde se retira tudo que lhe parece interessante, deixando no lugar o lixo, os resíduos do processo de produção. O processo de evolução da humanidade era subordinado à degradação ambiental.

Os custos sociais e ambientais dessa busca do crescimento econômico eram e ainda são ignorados no cômputo da produção. Em busca de produtos cada vez mais atraentes, o homem degrada o meio ambiente, sem considerar as perdas ambientais ocasionadas pelo uso indiscriminado dos recursos naturais.

As conseqüências da degradação ambiental são sentidas por todos nós, motivo pelo qual o homem tem cada dia mais, se preocupado com a proteção do meio ambiente.

Neste sentido, existem grandes avanços na esfera legislativa, tendo como grande marco o tratamento constitucional do meio ambiente na Constituição Federal.

Trataremos neste trabalho sobre o direito e dever ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo o Estudo de Impacto Ambiental um instrumento para efetivação do dispositivo constitucional de proteção ao meio ambiente.

2. DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE

O *caput* do artigo 225 do texto constitucional, assim prescreve:

> *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.*

O artigo acima citado consagra no texto constitucional o princípio do desenvolvimento sustentável ao garantir o direito e dever ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a toda coletividade e ainda, possui caráter intergeracional, eis que não visa resguardar apenas os interesses da geração atual, mas também das futuras gerações.

Nas palavras de Konrad HESSE, "A norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente." É este o objetivo da norma em comento, que almeja sim, construir um futuro melhor para as futuras gerações, começando com a construção de um presente melhor. "A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida".[1]

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é considerado, portanto, um terceiro gênero, eis que não se enquadra na esfera pública ou privada. Trata-se de direito difuso, que pode ser definido como um direito transindividual, ou seja, que transcende ao indivíduo, ultrapassando a esfera de direitos e obrigações de caráter individual. Tem como titulares pessoas indeterminadas; é ao mesmo tempo pertencente a todos sem pertencer a ninguém especificamente. Este é o traço diferenciador entre direito difuso e coletivo, eis que neste último há uma determinabilidade de seus titulares. Possui ainda natureza indivisível, que não pode ser fracionado. A definição de Direito Difuso veio por meio do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11/09/90), artigo 81.

Conforme disposto no preceito constitucional, o ambiente sadio e equilibrado é direito de todos, tido como "bem de uso comum". Os recursos naturais, antes considerados *res nullius*, tornam-se agora bens públicos.

O Código Civil brasileiro (Lei 10.406/2002), reproduzindo as disposições relativas aos bens do Código anterior (Lei 3.071/1916), estabeleceu em seu artigo 98, a diferenciação entre bens públicos e particulares, classificando em seguida, (art. 99) os bens públicos em três categorias, a saber: os de uso comum do povo, onde se incluem rios, mares, estradas, ruas e praças; os de uso especial, como os edifícios e terrenos destinados a serviços ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, bem como suas autarquias e por último; os bens dominicais que são os que constituem patrimônio das pessoas jurídicas de direito público.

Nota-se que a Carta Magna ao estabelecer que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo, ou seja, de titularidade de toda coletividade, portanto de fruição coletiva e de qualquer pessoa indistintamente, não se enquadrou na restrita classificação trazida pelo Código Civil, vez que esse se mostra muito mais abrangente, englobando alguns dos aspectos trazidos pela legislação civil e incorporando ainda o caráter humano do qual se reveste o estatuído constitucionalmente, visto tratar-se de um bem indispensável a manutenção da sadia qualidade de vida.

Na classificação trazida pelo Código Civil, há uma nítida conotação dominial e econômica. De acordo com essa classificação, muitos recursos naturais não

[1] A força normativa da Constituição, 1991, p. 18.

podem ser considerados bens, haja visto que não são passíveis de apropriação individual.

Neste sentido, José Afonso da SILVA esclarece que há elementos físicos do meio ambiente que não são suscetíveis de apropriação, com acontece com a qualidade ambiental, que não se enquadra como bens públicos ou particulares. Constituem sim, uma nova modalidade de bens, quais sejam "bens de interesse público, dotados de um regime jurídico especial, enquanto essenciais à sadia qualidade de vida e vinculados, assim a um fim de interesse coletivo".[2]

De fato, em uma análise ampla e global, não há como enquadrar os componentes do meio ambiente nos estreitos limites a que se refere o Código Civil. O meio ambiente não é um bem do Poder Público, nem privado, trata-se de bem pertencente a toda coletividade. Celso Antônio Pacheco FIORILLO entende que o artigo 225 criou uma nova categoria de bens, qual seja, o "Bem ambiental".

> *O bem ambiental é, portanto, um bem que tem como característica constitucional mais relevante ser ESSENCIAL À SADIA QUALIDADE DE VIDA, sendo ontologicamente de uso comum do povo, podendo ser desfrutado por toda e qualquer pessoa dentro dos limites constitucionais.*
> *[...]*
> *É, portanto, da somatória de dois aspectos: bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, que estrutura constitucionalmente o bem ambiental.* [3]

O bem ambiental visa tutelar em primeiro lugar a vida humana, estando em perfeita consonância com o disposto no artigo 5º, caput da Constituição Federal que expressamente garante a "inviolabilidade do direito à vida". Vida e meio ambiente estão umbilicalmente ligados, eis que deve existir um ambiente propício a fim de garantir a existência e proteção da vida com qualidade.

> *Com base nessa compreensão se constata que o direito à vida, do qual se irradia o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, não consiste unicamente na garantia da vida humana sobre a Terra, mas na manutenção da vida em todas as suas formas, aí sendo incluídas todas as demais espécies de seres vivos.* [4]

A qualidade de vida liga-se a um dos princípios fundamentais trazidos no artigo 1º da Constituição Federal, qual seja a dignidade da pessoa humana. "Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida". [5]

> *O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto*

[2] José Afonso da SILVA, Direito Ambiental constitucional, 2003, p 84.
[3] Celso Antônio Pacheco FIORILLO, Curso de Direito Ambiental brasileiro, 2004, p. 51
[4] Marise Costa de Souza DUARTE, Meio ambiente sadio. direito fundamental, 2003. p .87.
[5] José Afonso da SILVA, Curso de Direito Constitucional positivo, 2003, p. 105.

> *à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência.* [6]

Para assegurar este princípio deve-se propiciar ao ser humano alimentação adequada, moradia, vestuário, saúde, educação, cultura, lazer, tudo dentro de um ambiente propício ao desenvolvimento pleno do ser humano. Este último é imprescindível como garantia dos demais fatores.

A dignidade da pessoa humana somente se faz presente quando suas necessidades básicas tenham sido atendidas e quando este tiver garantido a sua autonomia, ou seja, a capacidade de fazer escolhas próprias, formular objetivos e traçar suas metas. E mais, faz parte da integrante da dignidade da pessoa humana a participação democrática do cidadão na vida coletiva.

Haverá dignidade da pessoa humana sem que a moradia possua condições mínimas de habitabilidade, bem como que não haja saneamento básico? Se o meio ambiente não propicia uma boa qualidade de vida, outros fatores que possibilitam a existência da dignidade da pessoa humana não possuirão sustentáculo. De acordo com Eros GRAU, "[...] a dignidade da pessoa humana apenas restará plenamente assegurada se e enquanto viabilizado o acesso de todos não apenas às chamadas liberdades formais, mas, sobretudo, às liberdades reais."[7]

José Afonso da SILVA[8] identifica dois objetos de tutela quando se trata de ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida, um imediato, que é a qualidade de meio ambiente; o outro mediato, que é a saúde, o bem-estar e a segurança da população, que sintetizam o que vem a ser "qualidade de vida".

O meio ambiente equilibrado traz, portanto, uma nova dimensão ao direito fundamental à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana, visto que é no meio ambiente que se desenvolve a vida humana. Assim, o homem está inserido no meio ambiente, dele também fazendo parte, motivo pelo qual para que haja efetividade ao direito fundamental à vida e ao princípio da dignidade humana, há que reconhecer a ligação e interação do homem com o meio ambiente e que este seja ecologicamente equilibrado, a fim de propiciar o bem estar necessário.

A Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981, portanto anterior à Constituição vigente, instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente e trouxe uma nova roupagem para as questões ambientais, eis que seu objetivo foi dar uma efetiva proteção ao meio ambiente, tratando-se de um importante instrumento para nortear as ações públicas e privadas que venham a intervir no meio ambiente. Seu artigo terceiro define meio ambiente como "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".

Trata-se de um conceito dinâmico e não estático, onde interagem vários fatores, tais como condições, leis, influências e interações. O mestre Paulo de Bessa

---

[6] Luís Roberto BARROSO, O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas, limites e possibilidades da Constituição brasileira, 2003, p. 323.
[7] A ordem econômica na Constituição de 1988, 2003, p. 177.
[8] Direito Ambiental constitucional, 2003, p. 81.

ANTUNES critica referido conceito, eis que apesar de possuir caráter eminentemente interdisciplinar, traz uma definição do ponto de vista puramente biológico, não tratando da questão mais importante, qual seja, o gênero humano e o aspecto social que é fundamental quando se trata de meio ambiente. "A definição legal considera o meio ambiente do ponto de vista puramente biológico e não do ponto de vista social".[9]

De fato, o meio ambiente como um todo deve abranger os aspectos sociais que o compõe, que englobam também as alterações produzidas pelo ser humano no meio ambiente, lembrando que a expressão meio ambiente inclui ainda a relação dos seres vivos, bem como "urbanismo, aspectos históricos paisagísticos e outros tantos essenciais, atualmente, à sobrevivência sadia do homem na Terra". [10] Observe-se, no entanto, que a lei estabeleceu que o meio ambiente é o conjunto de interações que abriga todas as formas de vida. Sem dúvida, o aspecto mais importante quando se refere a meio ambiente é a proteção à vida.

A Constituição Federal, no artigo 225, trouxe a preocupação de caráter eminentemente social e humano. Ficou clara a inter-relação existente entre o direito fundamental à vida, o princípio da dignidade da pessoa humana e o meio ambiente. Todos eles são fundamentais e necessários à preservação da vida.

> *O que é importante – escrevemos de outra feita – é que se tenha a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do Homem, é que há de orientar todas a formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Cumpre compreender que ele é um fator preponderante, que há de estar acima de quaisquer outras considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente. É que a tutela da qualidade do meio ambiente é instrumental no sentido de que, através dela, o que se protege é um valor maior: a qualidade de vida.*[11]

Ressalte-se também, que o meio ambiente ecologicamente equilibrado integra o rol dos Direitos Humanos. J. J. Gomes CANOTILHO traz clara a diferenciação entre direitos dos humanos e direitos fundamentais, da seguinte maneira:

> ***direitos do homem*** *são direitos válidos para todos os povo e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os* ***direitos do homem*** *arrancariam da própria natureza humana e daí o caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.* [12]

Hodiernamente, surgiu uma nova terminologia, qual seja "direitos humanos

[9] Paulo de Bessa ANTUNES, Direito Ambiental, 2004, p. 67.
[10] Vladimir Passos de FREITAS, A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais, 2002, p. 17.
[11] José Afonso da SILVA, Direito Ambiental Constitucional, 2002, p. 70.
[12] Direito Constitucional e teoria da Constituição, 1999, p. 369.

fundamentais", em que se reconhecem aos direitos humanos de caráter internacional, reconhecidos como valores e reivindicações essenciais positivados nas constituições esse caráter duplo, são direitos humanos e também fundamentais[13]. O reconhecimento do direito ao meio ambiente sadio foi consagrado primeiramente como direito humano, e hoje se encontra positivado como direito fundamental na Constituição Federal e em algumas leis ordinárias.

Como um dos fundamentos da República Federativa é a realização da dignidade humana, esta somente será possível com a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição, que incluiu para uma vida digna, um ambiente sadio. Além da vida humana, também este direito visou preservar os recursos naturais, incluindo todas as formas de vida existentes na terra, pois estes são necessários para a própria existência da vida humana.

O Texto Constitucional traz ainda, que as futuras gerações também têm direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, que só é possível se as gerações presentes fizerem uso racional dos recursos, visto que estes recursos também deverão servir aos que estão por vir e que também têm direito à uma vida sadia e digna.

Nota-se, portanto, que o texto Constitucional visa, por meio do artigo 225, dar visão global do objeto da tutela, qual seja o meio ambiente, que já se encontrava tutelado de forma seccionada e esparsa na legislação ordinária, como acontece com o Código de Águas, Código de Pesca, Código Florestal e outros. O texto constitucional juntou todos esses elementos englobando-os como necessários à efetivação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e necessário à sadia qualidade de vida.

3. DEVER FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE

Conforme se infere do disposto no *caput* do artigo 225, nota-se que o ordenamento constitucional prevê dupla perspectiva para o meio ambiente equilibrado que é direito, mas também é dever do Poder Público e de toda coletividade.

O direito fundamental ao meio ambiente sadio possui assim um caráter dúplice, é direito e também dever de todos, constituindo-se uma nova relação jurídica que envolve tanto o Poder Público como o particular. Neste aspecto, observe-se que o particular poderá ser tanto o potencial ou efetivo poluidor, como também o(s) prejudicado(s) pelo dano ambiental.

Como dever fundamental, J. J. Gomes CANOTILHO[14] explica que os deveres fundamentais num Estado Democrático de Direito, significam em primeiro lugar, da mesma forma que os direitos, possibilitar a relação do indivíduo com a comunidade, mas possuem base de legitimação, ou seja, fundamento constitucional, diverso dos direitos. Os deveres fundamentais podem ser autônomos, independente da existência de um direito ou conexos com direitos fundamentais,

[13] Ingo Wolfgang SARLET, Eficácia dos direitos fundamentais, 1998, p. 33.
[14] Direito Constitucional e teoria da Constituição, 1999, p. 492.

como acontece com o dever de proteção ao meio ambiente. No caso específico do meio ambiente, o mestre português ressalta ainda, que este dever fundamental não pode ser equiparado com as restrições de direitos fundamentais, ou restrições legais de direitos. Os deveres e as restrições possuem um "efeito negativo", mas mesmo "quando alguns deveres fundamentais estão conexos com direitos – dever de defesa do meio ambiente, dever de educação dos filhos -, não se pode dizer que estes deveres constituem 'restrições' ou um 'limite imanente'...". [15]

O dever fundamental não pode ser entendido como restrições aos direitos, mas como obrigações positivas para com a coletividade. Impõe-se a todos, Estado e coletividade o dever de proteger o meio ambiente e ambos têm ainda, o poder de preservar o meio ambiente.

> *Enquanto uns detêm o dever de preservar, outros detêm o poder de fiscalizar essa obrigação, ou ainda, para que se possa ter o poder de usufruir de um meio ambiente saudável e equilibrado, tem-se o dever de ser sujeito ativo em sua preservação. Assim, no que concerne à proteção ambiental, a coletividade e o Estado possuem o poder e, sobretudo, o dever de preservar e, nele, o de proteger o meio ambiente.* [16]

O dever de preservação visando garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado remete ainda à necessidade da participação popular como forma de garantir meio ambiente sadio. Trata-se do exercício do poder, por meio da participação que é uma das dimensões do princípio democrático, contidos no artigo 1º da Constituição Federal.

Daí o motivo pelo qual a sociedade necessita ter consciência da importância da questão ambiental, pois somente uma sociedade consciente é capaz de reivindicar seus direitos que estão sendo usurpados, pela degradação ambiental, que ocorre de forma silenciosa, sem que haja possibilidade de defesa por parte das espécies de vida atingidas.

Pode-se dizer ainda, que a participação popular também um dos elementos integrantes para que seja possível uma vida digna.

> *Sob esse enforque o Direito Ambiental, um desconhecido de tantos, faz lembrar uma propaganda sobre segurança nas estradas em que o slogan era: "Não faça do seu carro uma arma, a vítima pode ser você." O Direito Ambiental pode ser uma arma e a população escolhe de que lado fica, se na sua frente ou escudada por ele. Se conhecermos os princípios constitucionais e os instrumentos jurídicos disponíveis, poderemos defender o ambiente e autodefender-nos.*[17]

Participar é uma modalidade no exercício pleno da cidadania, que embute um aspecto político, de organização social que não deve ser menosprezado.

[15] J. J. CANOTILHO, Direito Constitucional e teoria da Constituição, 1999, p. 495.
[16] Fernanda Luiza Fontoura de MEDEIROS, Meio ambiente. Direito e dever fundamental, 2004, p. 102
[17] Elida SÉGUIN, O Direito Ambiental: nossa casa planetária, 2002, p.292

3. O ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

Incumbe ao Poder Público assegurar a efetividade ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações por meio de ações previstas no parágrafo primeiro do artigo 225 da Constituição Federal que inclui, em seu inciso IV, o seguinte:

> *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;*

Assim, se devidamente observado o preceito constitucional em comento, será possível efetuar uma previsão dos efeitos positivos e negativos dessas atividades ou obras, possibilitando ainda a análise de alternativas sempre buscando proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Como bem expressa o mestre Paulo de Bessa ANTUNES, o Estudo de Impacto Ambiental é "um dos mais importantes instrumentos de planejamento ambiental e de intervenção de que é dotado o Direito Ambiental"[18]. Este estudo visa efetuar uma análise antecipada das conseqüências de atividades ou obras com alto poder de degradação ambiental. Assim, Poder Público tem o dever de exigir a realização do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) para obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental.

Nota-se que os termos "potencialmente" e "significativa" são termos vagos que podem dar vazão à atuação discricionária do administrador quando da análise sobre a necessidade ou não da realização do EIA.

A Resolução CONAMA nº 001/86 apresenta elenco das atividades com maior potencial ofensivo ao meio ambiente, que devem se submeter ao EIA antes de expedido o licenciamento correspondente. Observe-se, no entanto, que o elenco trazido é meramente exemplificativo, podendo existir outras atividades que, em observância ao texto constitucional, se enquadre nas atividades em que há necessidade de realização do Estudo de Impacto Ambiental. Paulo Affonso Leme MACHADO esclarece que "A palavra 'potencialmente'abrange não só o dano de que não se duvida, como o dano incerto e o dano provável" e ainda, significativa é "a agressão ambiental provável que possa causar dano sensível".[19]

> *[...] o EIA deve ser entendido na sua exata dimensão, ou seja, como um valiosíssimo instrumento para a discussão séria do planejamento global, em todos os níveis, que permite às políticas públicas, ao mesmo tempo, realizarem plenamente os imperativos sociais e econômicos e cumprirem os anseios conservacionistas da coletividade. Longe de ser um fato de atraso na execução das obras, atividades e empreendimento, o EIA surge, finalmente, como mecanismo de viabilização de sua realização segura e equilibrada em termos sócio-econômicos-ambientais, como requer a Política Nacional do Meio Ambiente.*[20]

[18] Direito Ambiental, 2004, p. 20.
[19] Paulo Affonso Leme MACHADO, Direito Ambiental brasileiro, 2001, p. 64 e 194.
[20] Álvaro Luiz V. MIRRA, Impacto ambiental: aspectos da legislação brasileira, 2002, p. 6.

Desta forma, se esse instrumento de proteção ambiental não for de cunho obrigatório, havendo obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental, em risco estará o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

> *Na situação ora em análise, cabe inicialmente ao órgão público ambiental delimitar o conceito de degradação ambiental "significativa", ao lhe ser submetido um projeto de atividade potencialmente causadora de degradação ambiental sujeita a licenciamento ambiental, para em relação a ela, por suas peculiaridades ou pelas características do meio afetado, exigir ou não o EIA.*[21]

A análise sobre a necessidade ou não de da realização do EIA fora dos casos previstos pela Resolução 001/86 do CONAMA, deve ser sempre com base no dispositivo constitucional que estabelece que compete ao Poder Público exigir o estudo em questão, para as atividades e obras potencialmente causadoras de degradação ambiental, como forma de garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

As avaliações de impacto tinham previsão tímida e pontual na legislação brasileira, como se observa pelo Decreto-lei nº 1.413, de 14 de agosto de 1975 e pela Lei nº 6.803, de 2 de julho de 1980. O diferencial ocorreu por meio da Lei nº 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) que trouxe uma mudança importante na concepção de meio ambiente, onde buscou-se a efetiva proteção ambiental.

> *[...] indicando uma (re)orientação radical de rumo, aparece a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (1981), dando início à fase holística, onde o ambiente passa a ser protegido de maneira integral, vale dizer, como um sistema ecológico integrado (resguardando-se as partes a partir do todo), com autonomia valorativa (é, em si mesmo, bem jurídico) e com garantias de implementação (= facilitação do acesso à justiça). Só com a Lei nº 6.938/81, portanto é que verdadeiramente começa a proteção ambiental como tal no Brasil, indo o legislador além da tutela dispersa, que caracterizava o modelo fragmentário até então vigente (assegura-se o todo a partir das partes).*[22]

A Lei nº 6.938/81 inclui no artigo 9º, III, a avaliação de impacto ambiental como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente. Há que se ressaltar que a Constituição guindou o Estudo de Impacto Ambiental como matéria constitucional e instrumento na defesa do meio ambiente. O EIA passou a ser, portanto, um importante instrumento a fim de garantir o meio ambiente ecologicamente equilibrado conforme previsto constitucionalmente.

Neste sentido, ressalte-se que o Estudo de Impacto Ambiental, aliado ao disposto no *caput* do artigo 225, reforça vários princípios do Direito Ambiental, mormente o Princípio do Desenvolvimento Sustentável, que tem por objetivo aliar

---

[1] Ibidem, p. 28.

[22] Guilherme J. Purvin FIGUEIREDO, A propriedade no Direito Ambiental, 2004, p. 23, apud Antônio Herman V. BENJAMIN, Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro, in Antônio Herman V. BENJAMIN (Org.) Manual prático da promotoria de justiça do meio ambiente, 1999, p. 24.

desenvolvimento econômico e preservação ambiental, a fim de preservar a qualidade do meio ambiente sadio para as atuais e futuras gerações. O direito/dever de proteção ambiental exerce influência direta no EIA, visto que se houver atividade de significativa degradação ambiental sem a realização deste estudo, ameaçado estará o meio ambiente ecologicamente equilibrado das presentes e futuras gerações.

O EIA possui também grande sintonia com os Princípios da Precaução e Prevenção, visto que primeiramente cumpre a todos, Poder Público e coletividade, proteger e preservar o meio ambiente. Neste sentido, o EIA é um instrumento fundamental quando se trata de obra ou atividade potencialmente causadora de significativo impacto ambiental. O mestre Paulo Affonso Leme MACHADO, nos ensina sobre o momento de aplicação de cada um dos princípios:

> *A aplicação do princípio da precaução relaciona-se intensamente com a avaliação prévia das atividades humanas. O "Estudo de Impacto Ambiental" insere na sua metodologia a prevenção e precaução da degradação ambiental. Diagnosticado o risco, pondera-se sobre os meios de evitar o prejuízo. Aí entra o exame da oportunidade do emprego dos meios de prevenção.*[23]

Desta forma, primeiramente deve-se agir de acordo com o Princípio da Precaução, ou seja, analisando o risco do empreendimento. Com a adoção das medidas de proteção, estar-se-á empregando o Princípio da Prevenção.

Nota-se ainda, que para a realização do EIA exerce grande importância o Princípio da Participação, ou Princípio Democrático, denominação utilizada por Paulo Bessa ANTUNES[24], que estabelece a cooperação entre Estado e coletividade a fim de implementar a política ambiental e solucionar os problemas relacionados ao meio ambiente. O direito a participação pressupõe ainda, o acesso à informação. De fato, para que haja participação é necessário primeiramente que haja informação, este é um meio valioso para a difusão da consciência ambiental. Somente poderemos exercer o direito e dever do meio ambiente sadio se tivermos consciência da necessidade de proteção ambiental a fim de possibilitar a própria continuidade da vida na Terra.

Um dos instrumentos oferecidos pelo Direito Ambiental de participação da sociedade visando à defesa do meio ambiente é o Estudo e Impacto Ambiental, cujo relatório correspondente, Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) que é o reflexo do trabalho realizado, deve se tornar público, dando acesso à população às informações nele contidas. O próprio dispositivo constitucional em comento estabelece que deve ser dada publicidade do EIA, isto a fim de possibilitar a participação popular. Há participação popular por meio da audiência pública que tem por objetivo informar à população sobre o empreendimento almejado e ainda, debater com a comunidade acerca da implantação da obra ou atividade potencialmente causadora de impacto ambiental.

[23] Paulo Affonso Leme MACHADO, Direito Ambiental brasileiro, 2001, p. 64.
[24] Paulo Bessa ANTUNES, Direito Ambiental, 2004, p. 32.

A participação efetiva da população na análise do EIA/RIMA consagra o dever da coletividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, eis que é necessária a ação conjunta da coletividade e Poder Público a fim de verificar os riscos da atividade motivadora do EIA visando à proteção do meio ambiente.

Também as atividades sujeitas ao EIA devem estar em consonância com o direito meio ambiente ecologicamente equilibrado, que como já observado, visa a proteção da vida e da qualidade de vida, devendo toda atividade ser analisada levando-se em conta os direitos fundamentais do homem. Neste sentido, nota-se ainda a estreita ligação do EIA com o Princípio da Ubiqüidade.

> *Fala-se no Direito ambiental econômico, de um princípio de extrema importância, que é o da ubiqüidade. Consoante este princípio, qualquer atividade a ser desenvolvida há de estar vocacionada para a preservação da vida e, assim, do próprio meio ambiente.*[25]

O EIA é, portanto, um instrumento de grande importância quando se almeja dar efetividade ao direito fundamental ao meio ambiente sadio. Este estudo deve conter medidas mitigadoras dos impactos negativos e o necessário acompanhamento e monitoramento destes impactos.

O Estudo de Impacto Ambiental é parte integrante do procedimento de licenciamento ambiental, eis que sua realização é condição necessária para a obtenção da licença (Licença Prévia) para início das obras ou atividades potencialmente degradadoras do meio ambiente. Neste sentido é o dispositivo contido no artigo 2º da Resolução CONAMA 001/86, que ao apresentar o rol de atividades sujeitas à elaboração do EIA estabelece que este, juntamente com o Relatório de Impacto Ambiental respectivo, será submetido ao órgão competente para fins de possibilitar o licenciamento ambiental.

Da mesma forma que o Estudo de Impacto Ambiental, o licenciamento ambiental é instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, conforme previsão do artigo 9º, IV da Lei 6.938/81. Trata-se também de um importante instrumento visando o desenvolvimento sustentável. Busca-se por meio da prevenção, minimizar os impactos ambientais negativos. O Licenciamento e Estudo de Impacto Ambiental são duas grandes ferramentas para se alcançar o meio ambiente sadio garantido constitucionalmente.

4. CONCLUSÕES ARTICULADAS

4.1 O artigo 225 da Constituição consagrou o direito ao meio ambiente ecologicamente saudável, como direito humano fundamental que se liga diretamente ao direito à vida, a qualidade de vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, somente através da efetividade do direito ao meio ambiente sadio é que se poderá alcançar os demais direitos.

[25] André Ramos TAVARES. Direito Constitucional econômico. São Paulo: Método. 2003. p. 199.

4.2 Conexo ao direito ao ambiente sadio encontra-se o dever, imposto todos, coletividade e Poder Público, em busca do meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que demonstra a necessidade de participação de todos em busca da efetividade desse direito.

4.3 O Estudo de Impacto Ambiental previsto como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), se apresenta também como um Instrumento Constitucional de grande importância para fins de dar efetividade ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Através da realização do EIA nos termos previstos constitucionalmente, estar-se-á reforçando a importância dos princípios de Direito Ambiental, principalmente os Princípios do Desenvolvimento Sustentável, da Precaução e Prevenção, da Participação, e ainda da Ubiqüidade.

4.4 Nota-se ainda a grande ligação do licenciamento ambiental com o EIA, visto que ambos são importantes instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente e visam garantir o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

PARTICIPAÇÃO CIDADÃ E JUSTIÇA AMBIENTAL: UM ESTUDO SOBRE AS TENSÕES ENTRE REGULAÇÃO E EMANCIPAÇÃO NA DISTRIBUIÇÃO DOS RISCOS ECOLÓGICOS NO ESPAÇO SOCIAL

LUCIANO JOSÉ ALVARENGA
Ex-pesquisador do CNPq. Assessor Jurídico na Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Professor na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG

APRESENTAÇÃO

O presente texto originou-se de pesquisa teórica e de campo apoiada pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq. A investigação teve como tema nuclear a efetividade[1] do princípio da participação dos cidadãos na proteção do meio ambiente.

Devido a razões metodológicas, a pesquisa focalizou a efetividade do aludido princípio num determinado licenciamento ambiental, relativo à Central de Tratamento de Resíduos Sólidos proposta para o bairro Capitão Eduardo, localizado numa região periférica do Município de Belo Horizonte.

Quanto à redação deste texto, procurou-se ordenar os seus itens de forma lógica. Inicialmente, são abordados os referenciais metodológicos e teóricos que subsidiaram a investigação (itens 1, 2 e 3). Subseqüentemente, os dados empíricos observados em campo foram confrontados com esses referenciais (itens 4, 5). Ao final (item 6), são apresentadas algumas conclusões articuladas.

Como tese, este texto pretende demonstrar que o princípio da participação dos cidadãos, compreendido à luz da idéia de emancipação social preconizada por Santos (1997, p. 235-280), pode desempenhar um papel sensivelmente relevante para a promoção da justiça ambiental, com o questionamento da divisão iníqua dos riscos ecológicos no espaço social.

[1] O tema da efetividade do direito é hoje um dos mais debatidos na Ciência Jurídica. Para Barroso (2003, p. 247), a questão "[...] traduz a mais notável preocupação do constitucionalismo dos últimos tempos". No campo jurídico-ambiental, o problema também apresenta significativa relevância, pois, como observa Carneiro (2001, p. 5), "[...] conquanto tenhamos uma legislação ambiental formalmente bem estruturada, com padrões de qualidade rigorosos e restritivos, muitos dos quais equiparáveis aos adotados pelos países mais avançados do mundo em termos de implementação de critérios de conservação do meio ambiente, sofremos graves problemas de efetividade do arcabouço legal vigente [...]".

1. REFERENCIAL METODOLÓGICO E CONCEITO DE EFETIVIDADE

A investigação realizada seguiu o método de abordagem dialético, levantando contradições teóricas entre o princípio da participação dos cidadãos e sua aplicação num determinado espaço territorial e social.

Assumiu-se o conceito de efetividade apresentado por Sander (1982). Para ele, a expressão traduz aquilo que é:

> *[...] real, verdadeiro, que causa efeito concreto [...] refletindo a capacidade de resposta ou de atendimento às exigências da comunidade externa expressas politicamente. Em outras palavras, a efetividade é o critério de desempenho que mede a capacidade de produzir a solução ou resposta desejada pelos participantes da comunidade (SANDER, 1982, p. 13, grifo nosso).*

Com essa perspectiva conceitual, a pesquisa não se limitou ao exame da eficácia do princípio enfocado, o que significaria averiguar a concretização dos objetivos imanentes às normas jurídicas. Procurou-se focalizar as necessidades e demandas sociais, que, muitas vezes, não coincidem com os desideratos normativos. Como afirma Sander (1982, p. 13): "Na realidade, o conceito de efetividade supõe um compromisso com os objetivos sociais e as demandas políticas de uma comunidade". (grifo nosso)

2. REFERENCIAL TEÓRICO: EMANCIPAÇÃO SOCIAL NO PENSAMENTO DE BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

2.1 O princípio da comunidade e a construção de uma nova cidadania

Para Santos (2000, p. 235-280), se fosse correto falar de "patologias da modernidade", elas consistiriam, até o presente momento histórico, em sínteses precárias entre subjetividade, cidadania e emancipação, sínteses essas que têm vindo a resultar em excessos de regulação, seja pela hipertrofia do princípio do mercado (Locke) face ao princípio do Estado (Hobbes), seja pela hipertrofia de ambos em detrimento do princípio da comunidade (Rousseau).

Todavia, para o referido autor, essa situação-limite que marca a contemporaneidade emerge a um só tempo como crise e como oportunidade para a construção de uma *teoria crítica pós-moderna*, capaz de equilibrar as relações entre subjetividade, cidadania e emancipação. Com essa perspectiva, parte-se da premissa de que as tradicionais formulações teóricas sobre cidadania e participação política se encontram saturadas, o que reclama sua superação. E essa superação, num cenário marcado por excessos de regulação, deve ter como força-geradora o *princípio da comunidade*, "[...] o que tem mais virtualidades" – segundo Santos (2000, p. 263) – "para fundar as novas energias emancipatórias". Nesse curso de raciocínio, o pensador lusitano postula pela valorização das responsabilidades políticas na horizontalidade (entre cidadãos), bem como pela valorização da responsabilidade destes perante objetivos mais amplos, comuns à sociedade como um todo. Afirma:

> *A ideia de obrigação política horizontal, entre cidadãos, e a ideia da participação e solidariedade concretas na formulação da vontade geral são as únicas susceptíveis de fundar uma nova cultura política e, em última instância, uma nova qualidade de vida pessoal e colectiva assentes na autonomia e no autogoverno, na descentralização e na democracia participativa, no cooperativismo e na produção socialmente útil (SANTOS, 2000, p. 263).*

Na atualidade, Santos vê os novos movimentos sociais – NMS como indicativos de transformações globais nos contextos político, social e cultural. Esses movimentos compartilham entre si justamente a idéia-força do *princípio da comunidade*, a única capaz, na visão do pensador, de viabilizar uma nova democracia – pós-moderna –, que supere os excessos de regulação e assegure a autonomia das individualidades.

Para Santos, os novos movimentos sociais têm vindo a transcender as formas de cidadania que resultaram da articulação bilateral entre os princípios do mercado (Locke) e do Estado (Hobbes), formas de cidadania essas quase sempre fundadas na *mediação estatal*.[2] Nas palavras do autor, os NMS têm orientado suas ações em busca de:

> *[...] novas formas de cidadania – colectivas e não meramente individuais, assentes em formas político-jurídicas que, ao contrário dos direitos gerais e abstratos, incentivem a autonomia e combatam a dependência burocrática, personalizem e localizem as competências interpessoais e colectivas em vez de as sujeitar a padrões abstratos; atentos às novas formas de exclusão social baseadas no sexo, na raça, na perda da qualidade de vida, no consumo, na guerra, que ora ocultam ou legitimam, ora complementam e aprofundam a exclusão baseada na classe social" (SANTOS, 2000, p. 263-264, grifo nosso).*

Os novos movimentos sociais têm cultivado esse inovador e extenso campo da cidadania e da emancipação, mediante:

> *[...] a permanente reavaliação e rompimento com as estruturas sociais, políticas, culturais e econômicas opressoras, com o propósito de aprofundamento da organização e associativismo para a ampliação das lutas democráticas sem um único fim definido e assumindo caráter político negativo (sustar a catástrofe ecológica, impedir a discriminação de gênero, de raça etc.; impossibilitar a distribuição discriminatória de bens sociais, tais como moradia, infra-estrutura social básica etc.) (PROJETO..., 1997).*

Para Santos (2000, p. 278), o cultivo desse campo imenso será "o produto-produtor de uma nova cultura", capaz de superar as distâncias hoje marcantes entre Estado e comunidade. Essa nova cultura deve voltar-se, primordialmente,

[2] Noutro lugar, Santos (1999) afirma ter ocorrido, na modernidade, o estabelecimento de "[...] um círculo virtuoso entre o princípio do Estado e o princípio do mercado de que ambos saíram reforçados, enquanto o princípio da comunidade, assente na obrigação política horizontal cidadão a cidadão, foi totalmente descaracterizado na medida em que *o reconhecimento político da cooperação e a solidariedade entre cidadãos foi restringido às formas de cooperação e de solidariedade mediadas pelo Estado*". (grifo nosso)

para o atendimento de necessidades básicas das comunidades, especialmente a da autonomia.[3]

2.2 Os Novos Movimentos Sociais no Brasil

Santos (2000, p. 265-268) observa que os novos movimentos sociais brasileiros combinam reivindicações típicas de movimentos sociais de países centrais (movimento ecológico, feminista etc.) com aspirações voltadas para a democracia e para o atendimento de necessidades básicas (comunidades eclesiais de base, movimento dos sem-terra, sem-teto, favelados etc.). Para o autor, o caráter híbrido dos NMS no Brasil está associado à condição econômica semiperiférica do país.

3. O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO DOS CIDADÃOS NA PROTEÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE

3.1 O conceito de princípio

A dogmática jurídica tradicional distinguia normas de princípios, e reconhecia que os últimos tinham apenas uma função retórico-argumentativa. Com apoio na lição de Canotilho (2002, p. 1146), essa distinção é aqui abandonada para, "[...] em sua substituição, se sugerir: (1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas".

Parte-se da compreensão, pois, de que os *princípios* são verdadeiras normas, qualitativamente diferenciadas das *regras jurídicas*. Consoante lição do mencionado jurista lusitano, as diferenças entre esses dois tipos de normas expressam-se nos seguintes aspectos:

> *Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma optimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: applicable in all-or-nothing fashion); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de optimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à "lógica do tudo ou nada"), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das*

[3] Para Gustin (1999, p. 10), existe uma gama de necessidades básicas e, portanto, generalizáveis a toda a espécie humana. Dentre essas necessidades, destaca-se a autonomia, "[...] especialmente no Mundo Contemporâneo, e que não mais deve corresponder ao seu conceito liberal e moderno de auto-suficiência, devendo ser entendida segundo uma natureza interativa e dialógica capaz de romper com a tradicional disjunção entre esfera pública e privada. Nesse sentido, é possível ao homem superar uma visão tópica de comunidade e de discurso comunitário e transcender os limites de uma linguagem normativa particular".

> *suas prescrições, nem mais nem menos. [...] em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação e de harmonização, pois eles contêm apenas "exigências" ou "standards" que, em "primeira linha" (prima facie), devem ser realizados; as regras contêm "fixações normativas" definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas) (CANOTILHO, 2002, p. 1147-1148, grifos do autor).*

Por serem "[...] *compatíveis com vários graus de concretização*, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos [...]" (CANOTILHO, 2002, p. 1147-1148, grifo nosso), os princípios podem apresentar, obviamente, *diferentes níveis de efetividade*, à luz da conceituação de Sander (1982, p. 13), abordada no item 1 deste texto.

3.2 Fontes normativas do princípio da participação cidadã

Com o objetivo de manter a correspondência com o referencial teórico de Santos (item 2), opta pelo emprego das expressões "participação cidadã" ou "participação dos cidadãos". Como esclarece Gohn (2001, p. 1211-1212), existem diferenças entre os conceitos de participação política, comunitária, popular, social e cidadã. Para a autora em referência, a participação cidadã insere-se no contexto de uma *concepção democrática-radical*, em que:

> *Os entes principais que compõem os processos participativos são vistos como "sujeitos sociais" – não se trata portanto de indivíduos isolados e nem de indivíduos membros de uma da classe social. A participação tem caráter plural. Nos processos que envolvem a participação popular, os indivíduos são considerados como "cidadãos". A participação articula-se, nesta concepção, com o tema da cidadania. Participar é visto como criar uma cultura de dividir as responsabilidades na construção coletiva de um processo (ver Pontual, Hamilton e outros, 1998), é dividir responsabilidades com a comunidade. Essa última é vista como parceira, como co-responsável permanente e não apenas em um ator coadjuvante em programas esporádicos (GOHN, 2001, p. 1208, grifo nosso).*

No direito brasileiro, o princípio da participação dos cidadãos constitui expressão de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, previsto no art. 1º, II, do texto constitucional: a *cidadania*. Esse fundamento conjuga-se com o preceito estabelecido no parágrafo único do referido dispositivo, segundo o qual: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou *diretamente*, nos termos desta Constituição" (grifo nosso).

As sobreditas normas constitucionais já seriam mais do que suficientes como fulcros da participação dos cidadãos em procedimentos deliberativos sobre meio ambiente. Caberia tão-somente adicionar que o art. 225, *caput*, da CRFB consagra o meio ambiente ecologicamente equilibrado como "[...] 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" (grifo nosso).

Não obstante, muitos juristas dedicaram-se a identificar outras fontes normativas do princípio da participação dos cidadãos em decisões afetas à problemática ambiental. Para Silva (2000, p. 65), por exemplo, essa participação encontra respaldo no Princípio nº 10 da Declaração da Conferência do Rio de Janeiro de 1992, assim expresso:

> *A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar em processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito à compensação e reparação de danos.*

Não obstante, grande parte dos doutrinadores remete os fundamentos jurídicos da participação enfocada aos já referidos artigos 1º e 225, *caput*, da CRFB. É o caso, por exemplo, de Mirra (1996). Para ele, o primeiro dispositivo aludido instituiu no Estado Brasileiro um regime de *democracia semidireta*; e o segundo, por sua vez, leva à conclusão de que a participação de atores sociais na proteção do ambiente é "[...] decorrência necessária do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e do regime jurídico do ambiente como bem de uso comum do povo". Por fim, considera que o direito pátrio não confere à coletividade simples faculdade de defender e preservar o meio ambiente, pois "[...] a nossa Carta Magna" – diz – "impôs expressamente à sociedade o *dever* de atuar nesse sentido (art. 225, *caput*)" (MIRRA, 1996, p. 57, grifo do autor).

Por fim, vale aqui fazer uma breve referência à tese de Häberle (1997, p. 10 e 18), para quem:

> *Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição. [...] Experts e "pessoas interessadas" da sociedade pluralista também se convertem em intérpretes do direito estatal. Isto significa que não apenas o processo de formação, mas também o desenvolvimento posterior, revela-se pluralista: a teoria da ciência, da democracia, uma teoria da Constituição e da hermenêutica propiciam aqui uma mediação específica entre Estado e sociedade! (grifo nosso)*

Como se vê, para Häberle (1997), os diversos atores sociais têm legitimidade para participar dos processos de formação do direito, de sua interpretação e de seu "desenvolvimento posterior".

3.3 Modalidades de participação mediadas pelo Estado

Mirra (1996, p. 57) reconhece três formas de participação dos cidadãos na tutela jurídica do meio ambiente. Em primeiro lugar, expõe, o ordenamento jurídico brasileiro permite a participação pública na elaboração da legislação ambiental. Essa permissão se manifesta na possibilidade da iniciativa popular de leis (art. 61, *caput* e §2º, CRFB), na realização de referendo sobre leis (art. 14, II, CRFB) e na atuação de representantes da sociedade civil em órgãos colegiados com poderes normativos.

A segunda forma de participação dos cidadãos em questões ambientais é mediada pelo Poder Judiciário. Trata-se do exercício do *direito de ação*, tendo em vista provimento judicial que assegure o equilíbrio de um ecossistema, nos casos em que este vier a ser ameaçado ou danificado. Atualmente, a *ação civil pública*, instituída pela Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985, têm vindo a merecer destaque como um dos mais relevantes instrumentos da tutela ambiental.

Por último, os cidadãos podem participar da formulação e execução de políticas ambientais. Para isso, eles devem ser representados em órgãos colegiados afetos a tais objetivos e, por outra parte, co-atuar junto a instituições públicas e privadas nos diversos procedimentos administrativos que versem sobre questões ambientais. Com efeito, tais procedimentos, entre os quais se inclui o *licenciamento ambiental*, são expressões das aludidas políticas ambientais.

3.4 A participação dos cidadãos no licenciamento ambiental: enfoque do pilar da regulação

Benjamin (1992, p. 43) identifica quatro fundamentos para a participação dos cidadãos no licenciamento ambiental. O primeiro deles resulta da necessidade de informação por parte da Administração Pública, quanto aos potenciais impactos ecológicos e sociais do empreendimento proposto. Para o aludido jurista, a "multiplicidade de pontos de vista e prova" gerada pela participação é capaz de levar a uma decisão mais próxima do interesse público.

Em segundo lugar, o autor pondera que a co-atuação dos interessados no *iter* administrativo possibilita uma acomodação menos traumática da decisão no meio social. Em suas palavras:

> *Há um processo de acomodação menos traumático quando se permite ao indivíduo (organizado ou não) – mesmo quando se depara com uma decisão contrária aos seus interesses – a oportunidade de manifestar-se; diversamente sucede quando se lhe apresenta o* fait accompli*, antítese de tal modelo participativo (BENJAMIN; 1992, p. 44).*

Adicionalmente, Benjamin compreende a participação dos cidadãos no licenciamento ambiental como fator de democratização das decisões relativas ao *iter* e, como corolário, de efetivação da justiça em seu aspecto formal e procedimental.

Para Milaré & Benjamin (1993), a participação dos cidadãos no licenciamento ambiental não se confunde com a publicidade devida a todos os atos administrativos que integram o referido procedimento. Em rigor, tal participação implica verdadeira *colaboração* dos atores sociais na construção da decisão administrativa final (licença ambiental ou sua denegação). Como afirmam os aludidos juristas:

> *Cuida-se de verdadeira participação da cidadania (organizada ou não) no processo de convencimento do administrador, influindo, como se parte processual fosse, postulando perícias e providências, juntando documentos, fiscalizando a idoneidade da equipe técnica encarregada de elaborar o EIA e participando, ativamente, das audiências públicas, apresentando, finalmente, testemunhas e reperguntando outras trazidas pelo proponente do projeto (MILARÉ & BENJAMIM, 1993, p. 120).*

Para os autores, a efetividade da participação em foco está condicionada à concretização de dois outros direitos: a) o *direito à informação*, compreendido numa relação jurídica em que se deve assegurar aos interessados "[...] o recebimento da informação, no momento adequado, na profundidade necessária e com clareza suficiente"; e b) o *direito de ser ouvido*, por decorrência do qual devem ser garantidas aos interessados autênticas e efetivas possibilidades de colaboração na formação das decisões.

Benjamin (1992) compreende que a participação dos cidadãos no licenciamento ambiental manifesta-se como um limite à discricionariedade dos atos administrativos. Além disso, tal forma de participação funciona, para ele, como um "contrapeso" diante de um fenômeno não raro na Administração Pública, a participação econômica[4], fenômeno esse assim referido pelo autor:

> *[...] os diversos agentes econômicos sempre tiveram – e continuam tendo – acesso direto aos agentes com poder de decisão, fazendo com isso prevalecer seus pontos de vista, nem sempre coincidentes com o mandato conferido ao administrador pela cidadania como um todo. É difícil não aceitar a tese de que a participação pública produz um processo decisório mais racional, já que permite a consideração a uma 'multiplicidade de pontos de vista e prova' (BENJAMIN, 1992, p. 43).*

Como se vê, Benjamin defende que o juízo de viabilidade ambiental de um empreendimento não pode ser formado apenas com elementos derivados da visão do administrador. Todos os interessados podem (e devem) participar da formação

[4] A "participação econômica" aludida por Benjamin pode ser compreendida à luz da tipologia das formas de poder teorizada por Bobbio (1999, p. 82). Segundo o cientista político italiano, existem três formas básicas de poder no espaço social: político, ideológico e econômico. Emprega o poder econômico aquele que "[...] se vale da posse de certos bens, necessários ou percebidos como tais, numa situação de escassez, para induzir os que não os possuem a adotar uma certa conduta, consistente principalmente na execução de um trabalho útil. Na posse dos meios de produção reside uma enorme fonte de poder por parte daqueles que os possuem contra os que não os possuem, exatamente no sentido específico da capacidade de determinar o comportamento alheio. Em qualquer sociedade onde existem proprietários e não proprietários, o dever do proprietário deriva da possibilidade que a disposição exclusiva de um bem lhe dá de obter que o não proprietário (ou proprietário apenas de sua força de trabalho) trabalhe para ele e nas condições por ele estabelecidas".

de tal juízo, servindo-se das prerrogativas que o ordenamento jurídico consagra para tanto.

Entretanto, é necessário perceber que a cognição principiológica ora exposta concerne à estrutura do procedimento administrativo. Por isso, pode-se dizer que se trata de um *enfoque jurídico-formal* do princípio da participação dos cidadãos, um enfoque que parte do pilar da regulação, precisamente do conjunto de normas relativas ao licenciamento ambiental. Nas palavras de Benjamin (1992, p. 43):

> *O princípio da participação pública, conforme analisado aqui, não se refere a toda e qualquer forma de participação (processo eleitoral, por exemplo), nem, tampouco, a todas as formas de participação ambiental (o boicote ambiental, por exemplo). Sua noção, portanto, é restrita, dirigindo-se mais às* formas de participação no procedimento decisório administrativo propriamente dito e, em segundo momento, no seu controle judicial (ação civil pública e ação popular ambientais, por exemplo). *(grifo nosso)*

Trata-se, assim, de uma participação que requer, direta ou indiretamente, a *mediação do Estado*.

3.5 O princípio da participação pública no licenciamento ambiental: enfoque do pilar da emancipação

Aproximando-se da idéia de emancipação social referida por Santos (item 2), Sánchez (1996) reconhece as matrizes jurídico-normativas da participação, mas esclarece que esta pode ocorrer de modo *menos ortodoxo*, por meio, por exemplo, de denúncias à imprensa, manifestações públicas etc. Para ele, a participação dos cidadãos não se limita à gama de prerrogativas jurídico-formais (pilar da regulação); existem, paralelamente, outras formas de participação que, conquanto não encontrem previsão expressa no direito objetivo, são juridicamente legítimas. De acordo com as considerações de Sánchez (1996, p. 148):

> *Há, obviamente, um vínculo muito forte entre os mecanismos de participação do público e o papel de instrumento de negociação que a avaliação de impacto ambiental pode desempenhar. Todavia, mesmo sem mecanismos formais de participação,* é possível haver um controle por parte do público, através de artigos na imprensa, pressão por intermédio de políticos, manifestações, etc. *(grifo nosso)*

Nesse curso de raciocínio, o reconhecimento formal de oportunidades de participação (por exemplo, a audiência pública) significa apenas a institucionalização de alguns dos fóruns legítimos para as discussões sobre a viabilidade dum empreendimento ou atividade de significativo potencial poluidor. Com efeito, para Sánchez (1993, p. 148), a "[...] possibilidade de haver um efetivo controle por parte do público depende de sua *capacidade de organização e mobilização*" (grifo nosso).

Como se vê, o autor compreende que a efetividade da participação dos cidadãos não se reduz às vias formalmente reconhecidas para tanto, mas resulta da própria força dos *movimentos sociais*.

4. A PARTICIPAÇÃO PÚBLICA NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL DA CENTRAL DE TRATAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS DE CAPITÃO EDUARDO

4.1 Breve esboço dos espaços territorial e social do bairro Capitão Eduardo

A aferição da efetividade do princípio da participação dos cidadãos no licenciamento ambiental da Central de Tratamento de Resíduos Sólidos de Capitão Eduardo não se restringiu às variáveis tipicamente jurídicas envolvidas no procedimento. Elementos históricos, sociológicos e culturais também foram levados em consideração. A busca das respostas para as questões levantadas, além de informada pelo marco teórico de Santos (item 2), não ignorou as características próprias do espaço social que seria diretamente afetado pela instalação do projeto municipal: o *bairro Capitão Eduardo*.

Esse bairro está situado num pequeno morro, na extrema periferia da região nordeste de Belo Horizonte, já bem próximo ao Município de Santa Luzia.

Em 1972, a Prefeitura de Belo Horizonte – PBH declarou a utilidade pública da região e a agregou ao patrimônio municipal, por meio do Decreto nº 2.302, daquele ano.

Em 1973, a PBH elaborou o primeiro Plano Diretor de Limpeza Urbana de Belo Horizonte. Esse plano previa que a chamada "Fazenda Capitão Eduardo", naquele momento já pertencente ao patrimônio municipal, seria destinada, juntamente com terrenos situados às margens da BR-040 e ao norte da municipalidade, a servir de suporte espacial para um futuro aterro sanitário.

No ano de 1975, durante o qual tiveram início as operações do aterro sanitário da BR-040, a PBH cedeu a área hoje correspondente ao bairro Capitão Eduardo para a Superintendência de Limpeza Urbana – SLU, por meio de um contrato de comodato (cfr. Decreto nº 2.764/75). De acordo com a norma, a área deveria servir para a implantação de um segundo aterro sanitário, que viria a atender demandas adicionais da coletividade municipal. Até esse momento, não havia na região uma significativa densidade demográfica, de maneira que a sobredita afetação apresentava-se viável, *a priori*, ao menos do ponto de vista sócio-econômico.

Todavia, em meados da década de oitenta, a Fazenda Capitão Eduardo, apesar de anteriormente destinada à instalação de aterro sanitário, foi objeto de parcelamento, para fins urbanos, de sorte que parte de seu espaço foi afetada a fins habitacionais. Nascia, então, o *Conjunto Habitacional Capitão Eduardo*, cujas origens estão relacionadas a movimentos de reivindicação organizados por famílias sem-casa ou que, por motivos econômicos, encontravam-se na iminência de serem despejadas.

Já em 1987, a Administração Municipal desconsiderou a afetação jurídica da área para a instalação de projeto de engenharia sanitária, e realizou o assentamento das famílias sem-teto na região. A Prefeitura de Belo Horizonte propôs-se, então, a financiar o pagamento dos terrenos, para que os moradores pudessem construir suas casas. Dupla irresponsabilidade político-administrativa: primeiro, em razão da existência de um contrato anterior de comodato sobre aquele terreno;

e, segundo, pelo desrespeito à população assentada, que não foi informada sobre a situação jurídica da área.

Posteriormente, o Governo do Estado dispensou a necessidade de pagamento; no entanto, os moradores não vieram a adquirir o título de propriedade de seus imóveis, posto que haviam sido assentados num terreno público que, juridicamente, pertencia à SLU e que, por efeito de norma municipal, estava destinado a sediar um futuro aterro sanitário.

A inserção de atores sociais na região suscitou algumas contradições. Primeiramente, entre os objetivos normativos e as necessidades e demandas da comunidade, sobretudo aquelas consideradas básicas ou primárias, como a habitação; em segundo lugar, e como corolário, entre a atuação do Poder Público Municipal e as referidas necessidades e demandas.

Os fatos históricos seguintes foram marcados por movimentos e lutas sociais que preconizavam assegurar *in concreto* o direito à moradia no bairro. Surgia, assim, um movimento social cujo escopo fundamental era dar solução ao problema fundiário na área, problema esse que se transformou na principal razão da mobilização social local.

Atualmente, o bairro sofre as conseqüências de seu crescimento desordenado, sem respeito às diretrizes estabelecidas pela Lei de Uso e Ocupação do Solo. Os moradores clamam por saneamento básico, policiamento e urbanização. Ademais, relacionam uma série de problemas que hoje os atormentam à condição de marginalidade sócio-econômica em que se encontram.

Com efeito, pôde-se observar *in loco* que as casas e outras construções são simples. Não existem estabelecimentos comerciais de grande porte, tão-somente alguns bares, pequenas vendas, mercearias, além de um depósito de materiais de construção. A renda média dos moradores é baixa. *Existe, pois, não apenas uma situação de exclusão físico-territorial, devido ao afastamento em relação à região central de Belo Horizonte, mas também uma marginalização social.*

Por outro lado, do ponto de vista ecológico, pôde-se verificar a existência de uma extensa área verde no entorno do bairro. Não obstante os sérios problemas de urbanização que o local enfrenta, ainda é possível contemplar um rico panorama natural, composto por mananciais, diversas espécies de árvores e animais silvestres etc. A este respeito, são ilustrativas as seguintes palavras de uma das mais expressivas lideranças da comunidade: *"Nós temos, aqui no bairro, mais de doze nascentes, muitas árvores, plantas medicinais, capivaras, maritacas, araras... temos muita coisa aqui"* (informação verbal).

Além disso, o bairro Capitão Eduardo possui uma escola municipal, uma sede do Projeto Curumim, do Governo Estadual, uma sede da Igreja Católica e outra da Igreja Protestante.

Existe a *Associação do Bairro Capitão Eduardo*, que é razoavelmente organizada, se comparada a entidades similares existentes em outras regiões da cidade. Reuniões regulares são realizadas com a comunidade e entre os próprios dirigentes. Há um certo grau de formalidade nos procedimentos decisórios. Todos os participantes têm direito à manifestação durante as reuniões. Um relator fica encarregado de registrar o número de participantes, os temas debatidos, as

decisões tomadas e os processos de votação (quantos votaram a favor, quantos votaram contra e as abstenções). Incentiva-se a ampla participação dos membros da comunidade local – o que "[...] evidencia a necessidade de formalização dos processos na Associação, talvez como forma de dar maior legitimidade [oficialidade] às decisões" (PROJETO..., Relatório...).

A entidade foi criada para representar os moradores na solução de problemas da comunidade, especialmente o da falta de título de propriedade dos terrenos. Todavia, como será referido no item 4.2.3, a instituição desempenhou papel importante no movimento de contradição em face da proposta de instalação da Central de Tratamento de Resíduos Sólidos no bairro.

Com razoável probabilidade de certeza, pode-se dizer que a participação pública no procedimento administrativo investigado confundiu-se com a participação dos atores sociais do bairro Capitão Eduardo. Necessário alertar, porém, que essa participação possuiu como pano de fundo um contexto social razoavelmente complexo, plural. E de tal complexidade emergiram, obviamente, diversos juízos de valores concernentes à viabilidade sócio-ambiental do projeto da Central de Tratamento de Resíduos Sólidos, proposto pelo Município.

As manifestações foram plurais; os segmentos políticos formados, vários. Mas, dentre eles, um sobreleva em interesse científico, pelo fato de ter participado *de modo mais expressivo* das discussões políticas e jurídicas a respeito da concretização do projeto da SLU. Tal segmento comunitário conduziu um movimento de contradição argumentativa à viabilidade do projeto do referido órgão municipal.

Os esforços desse segmento ora se destinaram a infirmar o convencimento de alguns membros da comunidade, favoráveis à instalação do empreendimento, ora a agregar, para fortalecimento próprio, atores políticos de relevância local e regional.

Para os atores sociais pertencentes a esse grupo, os pontos de vista assumidos por aqueles que pugnavam pela instalação do projeto não eram autênticos, pois constituíam – diziam – conseqüência de um discurso político-administrativo autoritário e alienante, destinado a produzir um "consenso distorcido e não legítimo" entre os moradores do bairro a respeito da localização do empreendimento.

Embora o discurso político-administrativo municipal tenha alcançado certo grau de convencimento na comunidade do bairro, o grupo de indivíduos em comento, tendo como núcleo de agregação e coordenação lideranças da própria comunidade, procurou atuar em nome de toda a coletividade local contra a instalação do aterro sanitário proposto pelo Município.

4.2 A efetividade do princípio da participação pública sob as ópticas da regulação e da emancipação

4.2.1 Problematização

O grau de efetividade do princípio da participação dos cidadãos pode variar *in concreto*, de acordo com os diferentes conceitos encontrados na doutrina

jurídica a respeito do âmbito de aplicabilidade do aludido princípio. Isso equivale a dizer que níveis de efetivação principiológica distintos podem ser aferidos, conforme se adote uma ou outra compreensão teórica relativamente ao princípio enfocado.

De um lado, como antes referido, a efetividade da participação dos cidadãos no licenciamento ambiental pode ser investigada como se essa participação se restringisse à dimensão interna do procedimento administrativo. Cabe enfatizar que, aqui, o conceito de participação é mais restrito, e delimita como objeto de investigação tão-somente a *atuação de atores sociais e institucionais em etapas específicas do procedimento administrativo*, como a audiência pública. Trata-se de um olhar, pois, a partir do enfoque da regulação.

Todavia, essa não é a única nem a última maneira de se compreender o princípio jurídico-ambiental da participação cidadã. Como referido nos itens 2 e 3.5, o pilar da regulação não esgota todas as possibilidades de participação pública na formação das decisões relativas à questão ambiental. Manifestações não explicitamente previstas no ordenamento jurídico como vias participativas (passeatas, articulações com atores políticos e institucionais, organização de grupos e movimentos, recurso à mídia etc.) também constituem expressões – legítimas – do princípio em foco. A participação cidadã transcende, pois, os limites da regulação jurídica, e se funda na *capacidade de emancipação dos atores e movimentos sociais. Essa capacidade não se alimenta apenas do direito objetivo (o que implicaria reduzir a participação às vias mediadas pelo Estado) mas, igualmente, da práxis política e ideológica, da democracia em sua dinâmica e, até mesmo, do sentimento religioso.*

Confirmando as ponderações iniciais deste item, pode-se afirmar que o princípio da participação cidadã apresentou diferentes graus de efetividade no caso investigado, conforme ele fosse enfocado a partir do pilar da regulação (item 3.4) ou à luz da idéia-força de emancipação (item 3.5).

4.2.2 Da ótica do pilar da regulação

Caso se compreenda que o espaço da participação cidadã se limita às prerrogativas formais inerentes ao licenciamento ambiental, poder-se-á dizer que o princípio teve baixa concretização. Tal conclusão geral foi aferida a partir das seguintes constatações:

a) Ainda é forte a visão, entre empreendedores e administradores, de que a participação dos cidadãos em licenciamentos ambientais é mera formalidade a ser cumprida. As opiniões e os questionamentos das comunidades não são levados em consideração, na maioria dos casos, mesmo porque o juízo de viabilidade ambiental já se encontra, não raro, pré-concebido;

b) Não se levou em consideração o conhecimento que a comunidade têm sobre seu ambiente. No curso do procedimento administrativo, as decisões foram informadas por uma visão tecnicista da questão ambiental, visão essa baseada na certeza da superação de riscos e impactos ambientais por meio de instrumentos

tecnológicos.[5] As diversas percepções ambientais dos atores sociais envolvidos não foram levadas em consideração. O conhecimento foi reduzido às suas expressões estritamente científicas, o que gerou um novo fator de discriminação, inclusive espacial, dos atores sociais pertencentes à comunidade do bairro Capitão Eduardo, vistos de antemão como "carentes de conhecimento". Tal situação acabou por gerar um paradoxo entre o direito à participação e a práxis institucional e científica: reconhece-se o direito à participação, mas muitos cidadãos, ao tentarem exercê-lo, são deslegitimados, por não empregarem argumentos do conhecimento científico em sentido estrito, um conhecimento a que poucos têm acesso efetivo.[6]

Adicionalmente, vê-se, aqui, que a desvalorização das percepções ambientais da comunidade surge como fator de geração da chamada *injustiça ambiental*, uma das manifestações da desigualdade no espaço social. Como esclarece Acselrad (2004, p. 26 e 31):

[...] a viabilização da atribuição desigual dos riscos encontra-se na suposta fraqueza política dos grupos sociais residentes nas áreas de destino das instalações perigosas, comunidades ditas "carentes de conhecimento", "sem preocupações ambientais" ou "fáceis de manejar", na expressão dos consultores detentores da ciência da resistência das populações à implantação de fontes de risco. [...] A crítica de que o movimento de justiça ambiental seria vulnerável por recorrer mais à indignação moral do que à ciência dos impactos pode ser entendida como parte da luta simbólica através da qual pretende-se *retirar legitimidade* às denúncias de desigualdade ambiental. (grifo nosso)

Também por esta razão, a participação dos cidadãos no licenciamento ambiental não passou de mera formalidade. O discurso do empreendedor, em grande parte baseado em argumentos técnicos ou estritamente científicos, esteve em posição de superioridade em relação ao discurso comunitário;

c) No que toca ao envolvimento dos cidadãos no procedimento, observou-se a presença de um distanciamento significativo entre a Administração Pública e os administrados. As formas de convocação para a audiência pública não foram satisfatoriamente inclusivas, a despeito de a publicidade se afigurar como condição teórica de efetividade do princípio da participação dos cidadãos, com aludido no item 3.4;[7]

d) A falta da satisfação de necessidades sociais intermediárias, como trabalho, habitação e segurança, repercutiu na autonomia de grande parte da comunida-

[5] Com isso, pôde-se observar a presença do discurso da "modernização ecológica", que propugna pela adoção de medidas "[...] destinadas essencialmente a promover ganhos de eficiência e a ativar mercados" (ACSELRAD, 2004, p. 23), como forma de se superar aquilo que se considera o núcleo da problemática ambiental: o desperdício de matéria e energia.

[6] Para Serra Jr. & Cunha (2004, p. 67-68), existe um princípio que aponta para o reconhecimento e valorização das tradições e do saber das comunidades locais, derivado do Princípio nº 22 da Declaração do Rio, segundo o qual: "As populações indígenas e suas comunidades e outras comunidades locais desempenham um papel vital na gestão e desenvolvimento do ambiente devido aos conhecimentos e práticas tradicionais. Os Estados deverão apoiar e reconhecer devidamente a sua identidade, cultura e interesses e tornar possível a sua participação efetiva na concretização de um desenvolvimento sustentável". À compreensão dos aludidos pensadores, o conhecimento e saber das comunidades locais "[...] é condição primeira para uma convivência harmoniosa com o ambiente".

[7] Entretanto, pode-se dizer que a aludida impropriedade foi razoavelmente superada in concreto por virtude da organização dos moradores do bairro. O acesso à informação por alguns garantiu a mobilização de expressivo número de atores sociais.

de afetada, o que, em conjugação com os fatores anteriormente referidos, reduziu as possibilidades de ampla e efetiva participação no licenciamento ambiental, tornando ainda mais evidente a "coincidência" de que:

> *As comunidades mais poluídas são as comunidades com infra-estrutura desintegrada, ausência de investimentos econômicos, habitações precárias, escolas inadequadas, desemprego crônico, alta pobreza e sistemas de atenção à saúde sobrecarregados (BULLARD, 2004, p. 44).*[8]

Com efeito, convivendo com a organização comunitária que procurava obstar a possível instalação da Central de Tratamento de Resíduos Sólidos, havia um conjunto significativo de individualidades sem crítica em face dessa possibilidade. Sem aceitar ou infirmar a proposta, apenas "confiavam" na Administração Municipal, sem participar, porém, da construção das decisões. Viu-se, assim, que parcela da comunidade se manteve em estado de *alienação*, caracterizado por uma postura desligada dos rumos das políticas local, regional e global sobre meio ambiente. Essa ausência de crítica em face da proposição municipal parece estar associada ao baixo grau de autonomia do grupo em questão, em face da insatisfação de necessidades consideradas essenciais. Como acentua Gustin (1999, p. 210):

> *"[...] a realização ou não realização das necessidades afetará positiva ou negativamente a plenitude da pessoa ou das coletividades em sua busca permanente de um ser humano emancipado e auto-realizado. [...] As necessidades, por todas essas razões, concedem aos indivíduos argumentos sobre a justiça e a justeza dos fatos e das relações; portanto, sobre os fundamentos de sua legitimidade".*

e) Não houve uma participação significativa de organizações não-governamentais ou associações ambientalistas externas no curso do licenciamento ambiental. Para alguns membros da comunidade, essa ausência derivou das condições sócio-econômica e cultural periféricas do bairro Capitão Eduardo, e refletiu, igualmente, a iniqüidade ambiental que assinalava o caso.

4.2.3 Da ótica do pilar da emancipação

Por outra parte, sob a óptica de uma concepção menos ortodoxa do princípio da participação cidadã, pode-se dizer que ele foi razoavelmente efetivo. Isso como conseqüência da *organização* e *mobilização* de um grupo significativo de membros da comunidade do bairro, o que conferiu à referida participação contornos muito mais *sócio-políticos* (capacidade de organização de movimentos, consecução de resultados políticos relevantes, capacidade de manutenção destes resultados, articulação com entidades públicas e privadas de expressividade etc.) que estrita ou tipicamente jurídico-procedimentais (participação *nos* atos do procedimento administrativo de licenciamento ambiental, na audiência pública, na

[8] Bullard (2004, p. 44) considera que a injustiça e o racismo ambiental têm caráter institucional, já que: "Instituições governamentais promovem esse sistema de dominação".

avaliação de impactos ambientais etc.). Vê-se, aqui, clara correspondência com a assertiva de Sánchez (1996, p. 148) de que "[...] mesmo sem mecanismos formais de participação, é possível haver um controle por parte do público".

Com efeito, no licenciamento ambiental da Central de Tratamento de Resíduos Sólidos de Capitão Eduardo, *foram a organização e mobilização da comunidade que propiciaram uma discussão democrática sobre a viabilidade sócio-ambiental do projeto*. As formas jurídicas previstas para a participação não permitiram, *de per se*, uma efetiva co-atuação dos atores sociais interessados na construção do juízo de viabilidade ambiental do empreendimento, como referido no item anterior.

O movimento social local, que teve como núcleo organizador a Associação do Bairro Capitão Eduardo, conseguiu importantes articulações político-jurídicas, trazendo para a discussão da proposta outros atores sociais e institucionais, além do empreendedor (SLU), dos órgãos da Administração Pública do Ambiente (Fundação Estadual do Meio Ambiente – FEAM, Conselho Municipal de Meio Ambiente – COMAM e Conselho Estadual do Meio Ambiente – COPAM) e comunidade diretamente afetada.

Nessas condições, pôde-se compreender que os grupos sociais organizados do bairro Capitão Eduardo, transcendendo as vias jurídico-formais destinadas à sua participação no licenciamento ambiental, conseguiram ampliar sua capacidade de colaboração na construção do juízo de viabilidade ambiental da Central de Tratamento de Resíduos Sólidos. Para isso, os referidos grupos sociais levaram a efeito as seguintes ações:

a) manifestos populares (p. ex., passeatas), tendo em vista a atenção da coletividade municipal para a relevância da questão;

b) recurso à imprensa como forma de se conferir expressividade pública ao fato social e de apresentar à comunidade do município argumentos tendentes à inviabilidade sócio-ambiental de instalação do empreendimento proposto pelo município;

c) busca de apoio junto a atores (representantes) políticos municipais e estaduais, com o objetivo de viabilizar formas de representação da comunidade nas esferas de poder político local e regional;

d) articulação com representantes das Igrejas Católica e Protestante, representantes esses que vieram a desempenhar papéis importantes na discussão do empreendimento, funcionando, algumas vezes, como "pontes" de acesso de atores da comunidade às esferas do Poder Público;

e) envolvimento do Ministério Público Estadual na questão, especificamente da Promotoria de Justiça de Defesa do Meio Ambiente e Patrimônio Cultural de Belo Horizonte.

Entre essas ações, duas merecem destaque. O envolvimento do Ministério Público na questão foi decisivo em favor do grupo social que procurava expandir suas condições de participação. Com efeito, o compromisso de ajustamento de conduta firmado pelo empreendedor perante o Parquet e os membros da comunidade do bairro Capitão Eduardo foi determinante para o deslinde do caso. Tal ajuste, que previu um número razoável de condicionantes ambientais, levou a um

recuo do empreendedor. A SLU, empreendedora, não conseguiu cumprir as condicionantes fixadas, o que dificultou sensivelmente a instalação da obra.[9]

Adicionalmente, outra articulação política mereceu destaque no caso investigado: o envolvimento de atores políticos de expressão local e estadual (vereadores, deputados). De fato, a atuação do movimento social do bairro junto a tais atores, sobretudo da esfera estadual, repercutiu positivamente na efetividade do movimento social. Dessa articulação surgiu uma proposta normativa que, posteriormente – quando aprovada e convertida em lei estadual (Lei nº 13.958, de 26 de Julho de 2001) –, alterou sensivelmente os rumos da discussão em favor do movimento social de Capitão Eduardo. Por efeito da aludida lei, a região foi levada à condição jurídica de Área de Proteção Ambiental, inviabilizando, do ponto de vista jurídico, a implementação da Central de Tratamento de Resíduos Sólidos no local originariamente proposto.

5. CAPACIDADE DE EMANCIPAÇÃO, DESVENDAMENTO E SUPERAÇÃO DA INJUSTIÇA AMBIENTAL

A comparação dos fatos investigados com a orientação teórica exposta no item 2 permite chegar às seguintes conclusões, quanto à capacidade de emancipação do movimento social da comunidade do Bairro Capitão Eduardo:

- Partindo-se da premissa sociológica de que a compreensão da totalidade do movimento social exige a consideração da realidade razoavelmente complexa de que ele emerge, pôde-se constatar que um segmento expressivo dos moradores do bairro percebeu a realidade que os circunda como opressora. As organização e mobilização sociais desempenharam uma função antitética frente a essa conjuntura. O movimento social da localidade procurou atuar tendo em vista a consecução de necessidades imediatas, como habitação, qualidade de vida e saúde. Observou-se um movimento de agregação da comunidade, objetivando a realização de pretensões locais. Este movimento teve como núcleo a associação do bairro. Das reuniões realizadas nessa associação, originaram-se, como resultantes de procedimentos decisórios com certo nível de formalidade, propostas de atuações que, mais tarde, vieram a ser importantes para a efetivação do movimento;
- A mobilização dos atores sociais conseguiu oferecer resistência à política ambiental local. Nessa mobilização, pode-se dizer que o princípio da comunidade (SANTOS, 1997, p 235-280) desempenhou função antitética face aos óbices normativos e institucionais impostos à participação dos cidadãos no licenciamento ambiental. Todavia, percebeu-se que a mobilização não envolveu toda a coletividade do bairro, o que pode estar associado às diferentes capacidades de emancipação das

[9] Por certo, se essa instalação ocorresse em desacordo com o ajuste firmado, materializar-se-ia hipótese de proposição de ação civil pública, para reparação de danos ambientais, nos termos do art. 225, §3º, da CRFB/1988; art. 1º da Lei Federal nº 7.347/1985; e art. 14, §1º, da Lei Federal nº 6.938/1981.

subjetividades (GUSTIN, 1999, p. 210), num cenário em que necessidades básicas como saúde, educação, emprego e moradia, não estão satisfatoriamente realizadas;

- A atuação do movimento social implementado no bairro Capitão Eduardo obteve resultados significativos em termos de resistência ao planejamento ambiental incidente sobre a localidade. A consecução destes resultados foi, porém, resultante de uma participação social que transpôs os limites do procedimento administrativo, materializando uma mobilização e uma participação com contornos evidentemente sociais e políticos, com base jurídica em princípios mais genéricos do ordenamento jurídico e com enfoque na idéia de emancipação;
- A participação político-jurídica dos atores sociais conseguiu superar os óbices normativos e administrativos que inviabilizaram uma participação efetiva nas etapas do licenciamento ambiental investigado. Resultado expressivo desta atuação político-jurídica foi a promulgação de lei estadual proposta por agente político com o qual a comunidade se articulou, lei essa que veio a declarar a região de Capitão Eduardo como área de proteção ambiental. Esta norma, já eficaz na dimensão jurídica, contém dispositivos que proíbem a instalação de qualquer empreendimento que possa vir a ser nefasto ao ecossistema local. O compromisso de ajustamento de conduta, assinado pelo empreendedor perante o Ministério Público Estadual e representantes da comunidade, foi também um passo importante dado pelo movimento social. Tal compromisso, impondo condições rigorosas para a realização do projeto da SLU, provocou um "recuo político" do empreendedor;
- Os resultados e ganhos obtidos pelos atores sociais de Capitão Eduardo foram efetivos, em termos de resistência e contradição à política ambiental que lhes fora destinada, e é possível dizer que a problemática da localização do empreendimento foi resolvida em favor do movimento social implementado. A Superintendência de Limpeza Urbana – SLU, empreendedora, recuou em sua proposta, e as Administrações Públicas Municipal e Estadual estudam, atualmente, a possibilidade de instalação de um aterro sanitário intermunicipal;
- O movimento social conseguiu pressionar a Administração Pública Local para o atendimento de suas necessidades sociais. Pode-se dizer que o processo de solução da questão habitacional, que há tempos afligia a comunidade, está bem adiantado.

[10] Como antítese, a *U. S. Environmental Protection Agency* conceitua a justiça ambiental como o "[...] tratamento justo e o significativo envolvimento de todas as pessoas, independentemente de raça, cor, nacionalidade ou rendimento, no desenvolvimento, implementação e cumprimento das leis, regulamentações e políticas públicas ambientais. Tratamento justo significa que nenhum grupo de pessoas, incluindo os grupos raciais, étnicos, e socioeconômicos devem arcar com um peso desproporcional das conseqüências ambientais negativas resultantes de operações comerciais, industriais ou municipais ou da execução de políticas públicas e programas federais, estaduais, locais e tribais" (EPA, 1997 apud Bullard, 2004, p. 46).

Por outra parte, pôde-se observar que o grau de emancipação alcançado pelo movimento social investigado lhe permitiu desvendar a injustiça ambiental[10] que marcava a proposta de instalação da Central de Tratamento de Resíduos Sólidos no bairro. A injustiça ambiental se refere a uma certa "divisão social do ambiente" (ACSELRAD, 2004, p. 32), que gera o deslocamento dos efeitos negativos de empreendimentos poluidores para as comunidades periféricas em termos sociais, culturais, étnicos, raciais e políticos (ALVARENGA, 2005, em fase de elaboração).[11] Como alerta Sánchez (1996, p. 145):

> *[...] boa parte dos projetos ocasionam uma desigual distribuição de ônus e benefícios – um caso típico é o das instalações de tratamento e dos sítios de disposição de lixo e outros resíduos sólidos: beneficiando, em princípio, toda a comunidade, causam indiscutíveis transtornos à vizinhança.*

No que toca especificamente à instalação da Central de Tratamento de Resíduos Sólidos do Bairro Capitão Eduardo, a injustiça ambiental foi percebida com clareza. De fato, no caso, a concretização do empreendimento ocorreria nos arredores de uma comunidade que, como já referido, não tem suas necessidades básicas ou primárias (habitação, segurança, saneamento completo etc.) satisfatoriamente realizadas. Por outro lado, a localização do empreendimento seria iníqua pelo fato de a comunidade local ser responsável por um volume de detritos pouco expressivo, se comparado ao volume produzido pelas comunidades humanas do "centro econômico e social" de Belo Horizonte. Nesse curso de raciocínio, não seria social nem ambientalmente justo que a comunidade suportasse os efeitos nefastos do consumo desse "centro". Observou-se, assim, que o movimento social foi capaz de desvendar, por trás da política ambiental proposta, a ideologia de *"not in my backyard" (não no meu quintal) (BULLARD, 2004, p. 55), que bem sintetiza o pensamento subjacente à injustiça ambiental.*

Pôde-se verificar também que o município insistiu, por um bom tempo, na instalação da Central de Tratamento de Resíduos Sólidos no bairro Capitão Eduardo. Aparentemente, essa insistência esteve diretamente associada ao baixo grau de efetivação de necessidades humanas intermediárias no espaço social correspondente. Com efeito, pressupunha-se que a comunidade local apresentava, em sua totalidade, baixos níveis de autonomia crítica e de ação, o que tornaria mais fácil e menos traumática a justificação, aceitação e instalação do empreendimento então proposto.

6. CONCLUSÕES ARTICULADAS

6.1 À luz da idéia-força de emancipação referida na obra de Santos (2000, p. 235-280), o âmbito do princípio da participação dos cidadãos na formação de juízos

[11] Injustiça ambiental: expressão da desigualdade no espaço social, artigo a ser publicado no Jornal da Associação Brasileira do Ministério Público do Meio Ambiente – ABRAMPA.

de viabilidade sobre empreendimentos potencialmente poluidores não se reduz às prerrogativas procedimentais mediadas pelo Estado, mas compreende outras formas de cidadania, menos ortodoxas, na expressão de Sánchez (1996), derivadas principalmente da *mobilização social*;

6.2 Com esta perspectiva, e a partir das conceituações sobre efetividade e princípios, respectivamente apresentadas por Sander (1982, p. 13) e Canotilho (2002, p. 1147-1148), pôde-se verificar que o princípio da participação dos cidadãos alcançou razoável efetivação no caso da Central de Tratamento de Resíduos Sólidos de Capitão Eduardo. Isso porque o *movimento social* que emergiu no espaço territorial e social investigado, não limitando suas prerrogativas de participação cidadã às mediadas pelo Estado, conseguiu sustar os efeitos de uma política ambiental considerada injusta, em razão da distribuição iníqua dos riscos ecológicos;

6.3 A efetiva participação cidadã, possibilitada pela idéia-força de emancipação, e irredutível às vias mediadas pelo Estado, constitui fator importante para a realização da justiça ambiental, com o questionamento da divisão desigual dos riscos ecológicos no espaço.

BIBLIOGRAFIA

ACSELRAD, Henri. Ação coletiva e estratégias argumentativas. In: _____; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs.). *Justiça ambiental e cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação Ford, 2004, p. 23-39.

ALVARENGA, Luciano José. Injustiça ambiental: expressão da desigualdade no espaço social (em fase de elaboração). *Jornal da ABRAMPA*, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 317, a. 88. 1992.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*: para uma teoria geral da Política. 7.ed. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Presidência da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.presidencia.gov.br/>. Acesso em: 19 abr. 2005.

BULLARD, Robert. Enfrentando o racismo ambiental. In: ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs.). *Justiça ambiental e cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação Ford, 2004, p. 41-66.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARNEIRO, Ricardo. *Direito Ambiental*: uma abordagem econômica. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOHN, Maria da Glória. Participação: novas e antigas concepções na gestão pública. In: IX ENCONTRO NACIONAL DA ANPUR, vol. 1, 2001, Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro: Anpur, 2001, p. 1206-1217.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos*: ensaio de Sociologia e Filosofia do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. (Título original: Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und "prozessualen" Verfassungsinterpretation). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

MILARÉ, Édis; BENJAMIN, Antônio Herman V. *Estudo prévio de impacto ambiental*: teoria, prática e legislação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios fundamentais do Direito Ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, n. 2, São Paulo. 1996.

PROJETO Pólos reprodutores de cidadania: direito achado na rua. *Relatório de pesquisa de campo*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1997.

_____. *Plano metodológico de ação do Núcleo Jurídico-Social Regional da Coordenadoria de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e Prefeitura Municipal de Belo Horizonte.

SÁNCHEZ, Luís Enrique. Os papéis da avaliação de impacto ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, v. 0. São Paulo, 1996.

SANDER, Benno. Administração da educação no Brasil: é hora da relevância. *Revista Educação Brasileira*, Brasília, v. 4, n. 9, 2.sem. 1982.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma reinvenção solidária e participativa do Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (org.). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo/Brasília: UNESP/ENAP, 1999.

_____. *Pela mão de Alice*: o social e o político na pós-modernidade. 7.ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SERRA JR., Carlos; CUNHA, Fernando. *Manual de Direito do Ambiente*. Maputo: Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

O PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL DAS POPULAÇÕES TRADICIONAIS E SUA TUTELA PELO DIREITO AMBIENTAL

LUCIANO ROCHA SANTANA
Primeiro Promotor de Justiça do Meio Ambiente
da Comarca de Salvador (BA), Pós-graduado
em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP

THIAGO PIRES OLIVEIRA
Acadêmico de Direito da Universidade Federal
da Bahia (UFBA), Assistente Jurídico da Associação
dos Moradores da Costa (AMC), Membro do
Grupo de Pesquisa Cnpq em Patrimônio
Cultural Imaterial da UFBA

1. INTRODUÇÃO AO TEMA

Atualmente quando se fala em comunidades tradicionais, têm os estudiosos do Direito Ambiental se debruçado quase que exclusivamente sobre a questão dos conhecimentos tradicionais, como se a única preocupação que pudesse interessar aos ambientalistas, pelas populações tradicionais, fosse a questão da preservação desses conhecimentos, que vêm auferindo grandes vantagens econômicas para laboratórios e empresas dos Estados Unidos da América, Europa ou Japão - sem demonstrar qualquer interesse pelas comunidades tradicionais em si, mas somente como uma fonte de conhecimentos passíveis de apropriação econômica.

Assim, faltam estudos a serem realizados pela comunidade jurídica como um todo, e não somente pelos jusambientalistas, acerca da situação jurídica de alguns segmentos tradicionais, como é o caso dos indígenas e quilombolas. Talvez, uma das falhas da doutrina ambiental resida em não avaliar adequadamente a relação entre o Direito Ambiental e essas comunidades, que, pelo modo de vida que ainda levam, apresentam uma relação com o meio ambiente muito mais harmônica e equilibrada do que boa parte das pessoas responsáveis por definir os rumos das políticas governamentais que interferirão na vida daquelas populações tradicionais, apresentando noções de sustentabilidade e ética ambiental na prática que superam até mesmo o conhecimento teórico esbanjado por especialistas em desenvolvimento sustentável.

Assim, devem os estudiosos do Direito Ambiental ponderar a importância desta questão, pois as comunidades tradicionais são grupos coletivos humanos que

possuem um modo de vida distinto da nossa sociedade padronizada pela indústria cultural, não produzindo, em hipótese alguma, os impactos ambientais que um condomínio urbano de moradores de baixa renda produz, a título de exemplo.

Neste contexto, poder-se-ia analisar inúmeros temas ainda controversos na Ciência do Direito, como a questão da presença dessas comunidades em espaços territoriais especialmente protegidos ou a importância da preservação dos conhecimentos tradicionais, dentre os quais se destacam os conhecimentos medicinais e alimentares, e a garantia de sua exploração econômica por essas mesmas populações. Contudo, o nosso recorte epistemológico está centrado na questão do patrimônio cultural imaterial dessas comunidades como um todo e não somente naquele elemento do patrimônio cultural que vem interessando aos estudiosos do *Biodiversity Law* e que vem sendo patenteado por empresas estrangeiras dos países do Primeiro Mundo.

Assim, para fins meramente metodológicos, deveremos enfocar como objeto de estudo as comunidades tradicionais não-indígenas, visto que falta um maior amparo pela classe jurídica a essas, pois os estudos de Direito sobre os índios e, por extensão, sobre seu patrimônio cultural já contam com excelentes trabalhos, como os de Carlos Marés Filho[1], Luiz Felipe Bruno Lobo[2], Juliana Santilli[3], Manuela Carneiro da Cunha[4] e Paulo de Bessa Antunes[5].

2. O CONCEITO DE CULTURA E SUAS IMPLICAÇÕES SÓCIO-JURÍDICAS

A plurissignificação da palavra cultura é, sem sombra de dúvidas, a principal causa para a dificuldade que os diversos campos do conhecimento têm para conceituá-la. Assim, o termo cultura apresenta várias dimensões que interferem em sua conceituação, podendo-se destacar duas dimensões: uma histórico-etimológica e outra cognitiva, que é o conceito de cultura variando de acordo com o campo do saber que a define.

Quanto à primeira dimensão, encontramos a curiosa origem do termo advinda do verbo latino *colere*, que significa cultivar, cuidar, semear a terra[6]. A associação do termo com o trabalho agrícola foi arrefecendo-se com o tempo, passando-se, em seguida, a ser relacionada ou à habitação da terra onde o homem cultiva seu sustento, ou ao hábito de prestar honras e homenagens aos deuses e aos amigos, até ocorrer a ruptura total com a sua raiz etimológica, quando o senador romano Cícero emprega a palavra cultura no sentido de "trato e aprimoramento do espírito", através da locução latina *cultura animi* (cultivo do espírito)[7].

---

[1] *Alguns pontos sobre os Povos Indígenas e o Direito*. In O Índio perante o Direito: Ensaios. Florianópolis: UFSC, 1987.

[2] *Direito Indigenista Brasileiro: subsídios a sua doutrina*. São Paulo: LTr, 1996.

[3] *Os direitos indígenas e a Constituição*. São Paulo, 1993.

[4] *Os Direitos do Índio.* São Paulo: Brasiliense, 1987.

[5] *Curso de Direito Ambiental.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

[6] SALVADOR, Ângelo Domingos. *Cultura e educação brasileiras*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1971. p. 10. Interessante notar que ainda hoje utilizamos o termo cultura ligando-a a atividade agrícola, v.g. a expressão "cultura do milho", "cultura da mandioca" etc.

[7] Idem. Ibidem. p. 10-11.

Ligada à idéia de refinamento pessoal, este termo será determinante para a criação dos adjetivos culto e inculto e para a própria formulação da idéia de cultura a qual seria, durante séculos, paradigma das manifestações, costumes e tradições das elites européias, que, unida à idéia de civilização que orientou os colonialistas europeus, serviu como instrumento de hierarquização das sociedades humanas e subjugação das sociedades não-européias, que foram consideradas bárbaras, desprovidas de cultura, orientação esta que repercutiu, posteriormente, na própria definição de patrimônio cultural, como objeto de tutela pelo Direito.

Quanto à dimensão cognitiva, ou seja, aquela relacionada ao campo do saber, o conceito de cultura apresenta várias definições. O senso comum entende cultura de uma forma, a filosofia de outra, a psicologia de outra também diferente. Enfim, buscar um conceito homogêneo que sirva para todos os ramos do conhecimento humano pode levar a distorções. Desse modo, nos ampararemos no conceito antropológico de cultura, visto que para o Direito somente interessa o conceito de bem cultural e não o conceito de cultura em si, devendo os outros ramos do saber (como é o caso da antropologia) fornecer esse embasamento para que determinado bem adquira um valor cultural e, assim, possa receber especial proteção.

Segundo Marshall Sahlins[8], a origem do conceito antropológico de cultura se deve a Johann Gottfried von Herder, que a desenvolveu na Alemanha, no final do século XVIII, durante o período do Iluminismo Alemão (*Aufklarung*), cujos principais expoentes foram J.W. Goethe e Immanuel Kant.

Porém, em 1871, o conceito antropológico de cultura é sistematizado por Edward Tylor, o qual concebera o termo cultura do seguinte modo: "*tomado em seu amplo sentido etnográfico, é este todo complexo que inclui conhecimentos, crenças, arte, moral, leis, costumes ou qualquer outra capacidade ou hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade"* [9]. Porém, ante a controvérsia que tal conceito provoca, a ponto de haverem numerosas correntes, cada qual atacando virulentamente a outra, optaremos, na realidade, por definir cultura no aspecto que interessa ao objeto do artigo, sendo a citação de Tylor mera pontuação histórica[10].

Clifford Geertz conceitua cultura da seguinte forma:

> *Acreditando, como Max Weber, que o homem é um animal amarrado a teias de significado que ele mesmo teceu, assumo a cultura como sendo essas teias e sua análise; portanto, não como uma ciência experimental em busca de leis, mas como uma ciência interpretativa, à procura de significado.*[11]

[8] SAHLINS, Marshall. *O "pessimismo sentimental"* e a experiência etnográfica: por que a cultura não é um "objeto" em via de extinção. In Maná, v. 3, n. 1, Rio de Janeiro, abr. 1997.

[9] CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. *Patrimônio Cultural: proteção legal e constitucional.* Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p. 19-20.

[10] O conceito antropológico de Edward Tylor representa o elo que liga a dimensão histórico-etimológica com a dimensão cognitiva do conceito de cultura. Seu conceito foi bastante atacado por outros antropólogos, como Franz Boas, Alfred Kroeber e Clifford Geertz, entre outros motivos, por promover uma visão evolucionista linear segundo a qual cada sociedade humana estaria em um estágio de evolução, o que depois se mostrou uma postura etnocêntrica da Antropologia Tradicional que visava justificar o domínio imperialista da Europa e Estados Unidos sobre a América Latina, Ásia, África e Oceania.

[11] CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. *Ob. cit.* p. 23.

Geertz tem, dessa forma, uma concepção simbólica de cultura, em que as manifestações e práticas que certa comunidade possui carregam um significado compreensível para aquela e que, muitas vezes, é desprezada pelo Estado, o qual, influenciado ou por uma ideologia cultural de elite, ou por não compreender tal teia simbólica de manifestações, acaba praticando ações ou omissões que destroem o patrimônio cultural de determinada comunidade.

Clifford Geertz acrescenta ainda duas idéias fundamentais ao conceito por ele enunciado[12]: primeiramente, a cultura não seria simplesmente um sistema de "padrões concretos de comportamentos" (costumes, usos, tradições, feixes de hábitos), como conceituou Edward Tylor, mas um "conjunto de mecanismos de controle" que governam o comportamento de um indivíduo em uma comunidade; a segunda idéia geertziana é a de que o homem seria o animal mais dependente de tais mecanismos para ordenar seu comportamento, e, assim, desenvolver sua personalidade e sobreviver em sociedade.

O que tornaria uma comunidade tradicional uma sociedade portadora de um patrimônio cultural imaterial necessitando ser protegido é o fato de que as populações tradicionais, principalmente as rurais, possuiriam como "conjunto de mecanismos de controle" um modo de viver e encarar o meio ambiente, em uma concepção simbólica muito distinta do homem médio de uma sociedade urbanizada e (ou) industrializada e que, com o avanço desta, vem extinguindo essas manifestações tradicionais.

Consideramos que o conceito de cultura mais adequado à valoração de algo como patrimônio cultural imaterial, no caso específico das populações tradicionais, é o preconizado por Antônio Carlos Diegues, segundo o qual as culturas tradicionais:

> *(...) são padrões de comportamento transmitidos socialmente, modelos mentais usados para perceber, relatar e interpretar o mundo, símbolos e significados socialmente compartilhados, além de seus produtos materiais, próprios do modo de produção mercantil.*[13]

3. DEFINIÇÃO DE POPULAÇÕES TRADICIONAIS

Desde a ascensão dos movimentos de defesa do meio ambiente e do patrimônio cultural, sempre houve um "nó górdio" que atrelou ambos, esse nó foi a aparente incompatibilidade entre o ser humano e os patrimônios natural e cultural, onde um representava a negação do outro, constituindo o que seria, parafraseando Antonio Carlos Diegues, o "mito moderno da natureza intocada".

Na realidade, tal dicotomia é um falso conflito, principalmente, quando tratamos da relação entre as comunidades ou populações tradicionais e o meio

[12] Idem. Ibidem. p. 28.

[13] DIEGUES, Antônio Carlos. *O mito moderno da natureza intocada*. 3ª ed. São Paulo: Hucitec/ NUPAUB-USP, 2000. p. 87.

ambiente cultural. As populações tradicionais são aquelas comunidades que, coadunando com o conceito de cultura tradicional proposto por Antônio Carlos Diegues, possuem como principais características[14], de acordo com este professor da USP:

> *a) "Importância das simbologias, mitos e rituais associados à caça, pesca e atividades extrativistas";*
> *b) "Auto-identificação ou identificação pelos outros de se pertencer a uma cultura distinta das outras";*
> *c) "Noção de território ou espaço onde o grupo social se reproduz econômica e socialmente";*
> *d) "Moradia e ocupação desse território por várias gerações, ainda que alguns membros individuais possam ter-se deslocado para os centros urbanos e voltado para a terra de seus antepassados".*

As populações tradicionais variam de acordo com cada região do Brasil, apresentando traços culturais que a diferenciam da população que está em seu entorno; são comunidades tradicionais os "povos indígenas", as comunidades "remanescentes de quilombos", os "caboclos ribeirinhos", as "comunidades tradicionais urbanas"[15], as "populações tradicionais marítimas", que se subdividem em "pescadores artesanais" e os "caiçaras", entre outras.

Das comunidades acima, as que têm sofrido maiores ameaças ao seu patrimônio cultural imaterial são justamente aquelas comunidades que não são tão estimadas pelo Poder Público e Mídia como se fossem grupos populacionais tradicionais, como é o caso das culturas marítimas formadas pelos pescadores artesanais tradicionais do Litoral Nordestino e pelos caiçaras do Litoral do Sul e Sudeste do Brasil, das populações ribeirinhas e extrativistas da Amazônia e das comunidades tradicionais urbanas habitantes de centros históricos, bairros étnicos e quilombos urbanos das grandes e médias cidades brasileiras.

No Estado da Bahia, percebe-se a existência de algumas comunidades pesqueiras artesanais tradicionais ao longo de todo o litoral baiano, destacando-se algumas áreas da baía de Todos os Santos, como as ilhas dos Frades e de Maré, da baía de Camamu e do Litoral Norte, que vêm sofrendo um processo de destruição de seu patrimônio cultural imaterial, principalmente graças ao fato dos mais jovens não quererem reproduzir o *modus vivendi* de seus antepassados, além de boa parte dos pescadores que fabricam e velejam num "saveiro", barco típico da baía de Todos os Santos, ou conhecem a arte de confeccionar artesanalmente uma rede de pesca, um "corrupichel", um "munzuá", ou um "cofo", enfim, estes instrumentos de pesca artesanal que são desconhecidos para boa parte da população urbana e pescadora profissional da própria Bahia, já estarem na faixa dos setenta anos e

[14] Idem. Ibidem. p. 87-88.

[15] As comunidades tradicionais urbanas reúnem ainda remanescentes de quilombos urbanos que foram absorvidos com o crescimento das cidades. Para um maior aprofundamento sobre o assunto das comunidades tradicionais urbanas, ver o artigo de nossa autoria *"Tem Legitimidade ad causan o Ministério Público para proteger o patrimônio cultural imaterial das comunidades urbanas?"* In *A Efetividade do Direito Ambiental Brasileiro: ações e resultados: caderno de teses.* Araxá, MG: ABRAMPA, 2004.

falecendo, infelizmente, não repassando seus conhecimentos para as futuras gerações e prejudicando toda uma comunidade que perde seu meio ambiente cultural, que vai de desvanecendo aos poucos até desaparecer por completo.

Os jangadeiros são também populações tradicionais marítimas que vivem no litoral nordestino, variando em relação aos pescadores artesanais tradicionais da Bahia por apresentarem alguns traços culturais bem distintos, como o tipo de embarcação artesanal que utilizam, a própria relação que mantém com a natureza, fruto de exercerem uma pesca em "mar aberto", diferente das comunidades acima acostumadas ao "modo de fazer e saber" pautado na pescaria artesanal em enseadas e baías. Também variam em relação às comunidades caiçaras por terem sido influenciados mais pela cultura africana do que a européia[16].

Os caiçaras são povos pescadores e extrativistas que habitam o litoral dos estados de São Paulo e do Paraná. Elas apresentam elementos culturais e étnicos resultantes, principalmente, da miscigenação entre o europeu lusitano e os índios que habitavam aquela região, sendo essa miscigenação um processo que atravessou séculos até resultar na atual comunidade caiçara, a qual demonstra as particularidades desse processo de formação através de sua religiosidade e de suas festas populares, as quais remontam à raízes medievais portuguesas[17].

As comunidades quilombolas são populações tradicionais que, identificando-se como tal, possuem uma trajetória histórica própria, com presunção de ancestralidade relacionada à resistência ao modelo escravista ou segregador que caracterizou o Estado Brasileiro no decorrer de seu processo histórico. O conceito legal de comunidades tradicionais quilombolas está previsto no artigo 2º do Decreto Federal nº 4.887, de 20 de novembro de 2003. Essas comunidades estão espalhadas por praticamente todo o território nacional, se destacando os estados da Bahia (Chapada Diamantina e Bom Jesus da Lapa), Maranhão, Pará (região do vale do Rio Trombetas e Oriximiná), norte de Minas Gerais e São Paulo (região de Sorocaba).

As comunidades tradicionais urbanas estão muito atreladas à noção de memória sócio-urbana, que é nada mais, nada menos, que a expressão máxima da riqueza cultural que o meio ambiente urbano pode oferecer[18]; formando, assim, uma paisagem intangível ao nosso "tato", porém perceptível aos demais sentidos. São essas comunidades as responsáveis por tornar certos locais, como bairros e praças, localidades dotadas de características culturais distintas do restante da cidade, diferindo este conceito do de populações tradicionais rurais, visto que estas teriam um modo de produção diferente do existente nas sociedades urbano-industriais, enquanto que as populações tradicionais urbanas teriam como principal caractere uma manifestação cultural diferenciada e perceptível no espaço urbano, com bairros marcados pela presença de uma comunidade diferenciada[19], como é o

[16] SILVA, Luis Geraldo. *Caiçaras e jangadeiros: cultura marítima e modernização no Brasil (1920-1980)*. In DIEGUES, Antônio Carlos (coord.). *Série Documentos e Relatórios de Pesquisa nº 1*. São Paulo: NUPAUB - USP, 2004. Disponível em: www.usp.br/nupaub/luisgeraldo.pdf. Acesso em: 23 fev. 2005. p. 33.
[17] Idem. Ibidem. p. 32-33.
[18] CARVALHOSA, Modesto. *Fundamentos constitucionais da preservação no Brasil.* In Revista do ICOMOS – Brasil: aspectos urbanos, históricos e legais para a preservação no Brasil. 1998. p. 132.
[19] ARANTES, Antônio Augusto, *O que é Cultura Popular*. 16ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1986. p. 10.

caso do Pelourinho, em Salvador (BA), cuja população era considerada portadora de um modo de viver distinto do restante da metrópole soteropolitana[20], ou como observamos em São Paulo, no bairro da Liberdade, onde a imigração japonesa, na primeira metade do século XX, tornou-se a responsável por fomentar a criação de um espaço cultural extremamente distinto e peculiar em relação ao restante do município paulistano.

Por fim, acreditamos não haver conflito entre se proteger tanto os bens ambientais quanto os culturais materiais em relação ao patrimônio cultural imaterial decorrente de populações tradicionais, visto que essas comunidades também integram o meio ambiente, no aspecto cultural, sendo consideradas elementos integrantes da paisagem e não indivíduos que somente estariam ocupando a posse de bens imóveis dotados de valor histórico-arquitetônico ou usufruindo certo bem ambiental, como um espaço territorial protegido; devendo o Poder Público não promover uma expulsão dos moradores nativos dessas áreas, mas sim fazer a restauração dos imóveis, no caso de patrimônio cultural imaterial, ou promover manejos sustentáveis nas áreas habitadas por essas comunidades, no caso de áreas protegidas, e proceder por uma educação ambiental adequada à realidade dessas comunidades, inclusive, assegurando a presença dos integrantes da comunidade tradicional no seu local de origem, visto que esses espaços costumam ter um valor simbólico inestimável para os integrantes dessa população tradicional, sem falar no fato de que o próprio valor paisagístico, previsto no artigo 216, inciso V, da Constituição da República, estaria sendo violado caso se retirasse esses moradores tradicionais de sua área de vivência sócio-cultural.

4. TUTELA JURÍDICA DO PATRIMÔNIO IMATERIAL E AS COMUNIDADES TRADICIONAIS

4.1 A proteção constitucional

O patrimônio cultural imaterial tem como principal fundamento legal, perante o Direito Brasileiro, a Constituição da República de 1988, que, diferentemente de cartas constitucionais passadas, reconhece a importância dos bens imateriais, bastando que os mesmos sejam "bens portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diversos grupos que compõem a sociedade brasileira".

A proteção constitucional dos bens imateriais evidencia a importante valoração que a sociedade tem feito acerca desse patrimônio, recentemente reconhecido como bem cultural, e a necessidade que a mesma tem de querer assegurar que os seus bens culturais imateriais sejam transmitidos para as presentes e futuras gerações. Assim, deve o Direito atender a necessidade de efetivação desse importante direito, que entendemos ser de terceira geração, ou seja, é uma aspiração que a sociedade ainda não implementou satisfatoriamente, tal como as demais normas

[20] SANTANA, Luciano Rocha e OLIVEIRA, Thiago Pires. *"Tem Legitimidade ad causam o Ministério Público para proteger o patrimônio cultural imaterial das comunidades urbanas?"* In II CONGRESSO NACIONAL DA MAGISTRATURA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA O MEIO AMBIENTE. A Efetividade do Direito Ambiental Brasileiro: ações e resultados: caderno de teses. Araxá, MG: ABRAMPA, 2004. p. 198-199.

ambientais, apesar de reconhecida sua importância pelas pessoas, necessitando o Poder Público empreender todos os esforços para assegurar o direito ao patrimônio cultural imaterial, de modo que os próprios indivíduos, reconhecendo sua identidade cultural, possam se identificar como cidadãos e, assim, contribuir para o desenvolvimento de sua comunidade ao promover a auto-estima coletiva, através de sua cultura.

Segundo Liliana Zendri[21], o direito humano ao meio ambiente, incluindo no mesmo o direito ao patrimônio e à identidade cultural, seria também um direito de terceira geração, cuja positivação pelos ordenamentos jurídicos nacionais visa assegurar a liberdade – individual e coletiva –, ao garantir o acesso à cultura, que, ao lado da educação, constitui um dos principais pressupostos para o desenvolvimento da personalidade das pessoas.

As normas da Constituição Federal que protegem o bem cultural imaterial estão previstas nos artigos 215 e 216. O artigo 215 enuncia a defesa da cultura de modo amplo e genérico, citando a diversidade cultural como característica nacional e incentivando a valorização e difusão, tanto das manifestações culturais quanto do exercício dos direitos culturais. Conforme inferimos a seguir:

> *Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.*
> *§ 1° O Estado protegerá as* ***manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional*** *(...). (grifo nosso).*

Analisando o artigo da Carta Constitucional, acima transcrito, observamos que o Estado brasileiro definitivamente reconheceu não haver diferença entre a cultura erudita e a popular, ao ponto de assegurar a proteção das manifestações da "cultura popular" (art. 215, § 1º) no mesmo patamar dos bens de "excepcional" valor cultural (quase sempre coincidentes com o patrimônio cultural oriundo das elites nacionais).

Também, percebe-se o reconhecimento da diversidade que compõe o mosaico cultural do país, havendo diversos grupos que participaram do processo histórico nacional, dando cada um a sua contribuição para a formação da identidade nacional, devendo destacar que essa diversidade está ainda presente graças às diversas populações tradicionais que isoladas, ou não, desenvolveram uma cultura peculiar que, muitas vezes, preserva, ainda hoje, tradições e costumes de seus

[21] ZENDRI, Liliana. *La preservación del Patrimonio y la Identidad Cultural, un "nuevo" derecho en la Constitución Nacional. Su efectiva tutela.* In ASOCIACIÓN DE ABOGADOS DE BUENOS AIRES. III Congreso Internacional Derechos y Garantias en el siglo XXI: El Derecho y el nuevo contexto mundial – soberania, autodeterminación y Derecho Internacional. Buenos Aires, 8, 9 y 10 de septiembre de 2004. Disponível em: www.aaba.org.ar/bi210p27.htm. Acesso em: 16 dez. 2004 [internet]. Assim, preleciona a jurista argentina que: "Es que los derechos de tercera generación – en los que se inscribe el ambiente en general y la preservación del patrimônio cultural y la tutela de la identidad en particular, son un intento tendiente a la recuperación de âmbitos de liberdad perdidos por el abuso cometido en nombre de la autonomía de la voluntad. El intento por rescatar y elevar, por potenciar el derecho humano al ambiente – y dentro de este el derecho humano al patrimonio colectivo y la identidad cultural - en el acto concreto de positivizarlo, es un intento de afirmación de todos los demás derechos y de lograr una igualdad humana social o colectiva, real".

antepassados, porém adaptaram essa cultura "exógena" ao ambiente e ao intercâmbio com outras culturas[22].

Já o artigo 216 tem o importante papel de conceituar o que é patrimônio cultural material e imaterial, além de definir alguns institutos jurídicos que podem ser utilizados para implementar essa tutela, conforme se analisa, a seguir:

> *Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:*
> *I – as formas de expressão;*
> *II – os modos de criar, fazer e viver;*
> *III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;*
> *IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;*
> *V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.*
> *§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.*
> *§ 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.*
> *§ 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.*
> *§ 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.*
> *§ 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos (...).*

Analisando o *caput* do artigo 216, infere-se que o legislador constituinte inovou ao apresentar um conceito de patrimônio cultural, ressaltando que a noção apresentada é deveras ampliadíssima, o que demonstra uma certa atualização do constituinte da época com as novas tendências científicas e doutrinárias sobre a tutela de bens culturais.

A norma constitucional supracitada possibilita que sejam tutelados os mais diversos tipos de patrimônio cultural, incluindo entre eles os bens de natureza imaterial que são aqueles não concretizados materialmente, como as práticas e os costumes, e que necessitam de um instrumento para se manifestarem, sendo na maioria das vezes esse veículo de manifestação cultural o próprio ser humano em sua dimensão individual e coletiva. Isso demonstra a nova era constitucional que foi inaugurada, pois se rompeu com o paradigma da excepcionalidade, consagra-

[22] Percebemos tais afirmações nos casos de algumas comunidades quilombolas de São Paulo e Minas Gerais que, inclusive, ainda falam uma língua de origem bantu com elementos do português, o *cucópia*, na região de Sorocaba (SP), e o *popiá* ou *"língua de benguela"* no norte de Minas Gerais.

da por valores estético-arquitetônicos, inserindo-se valores sócio-antropológicos na formulação da noção de meio ambiente cultural, lembrando que essa inserção, não representou o fim da proteção aos "monumentos" tradicionais, mas sim a expansão dos objetos passíveis de tutela.

Consoante o pensamento exposto, assevera o jurista José Eduardo Ramos Rodrigues[23], um dos doutrinadores mais ativos acerca da proteção ao meio ambiente cultural, que:

> *Os dois primeiros e o terceiro inciso em parte consagram a preservação dos valores imateriais, de conteúdo sociológico e antropológico. Trata-se de um patrimônio em geral intangível, não tridimensional, mas científico, de conhecimentos, de tecnologia, de todas as disciplinas, erudito e popular (...).*

Apesar de a Constituição Federal ter um expansivo conceito de patrimônio cultural, isso não significa que o mesmo tenha se esgotado, pois a própria Lei Magna possibilita que sejam inseridos na seara da tutela jurídica do ambiente cultural novos elementos, frutos do dinamismo cultural que aflora na sociedade. Desse modo se expressa acerca do tema, Ramos Rodrigues[24]:

> *Outra questão fundamental referente aos incisos do artigo 216, é que estes formam uma lista exemplificativa, de tal forma que o legislador constitucional, não pretendendo esgotar uma rica e dinâmica realidade,* ***deixou em aberto a possibilidade de construção de novos tipos de bens culturais.*** *Assim, qualquer bem pode vir a integrar o patrimônio cultural brasileiro, desde que seja portador de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos termos do "caput" do artigo 216. (grifo nosso).*

O primeiro parágrafo do artigo 216 da Constituição Federal elenca uma série de instrumentos que o Poder Público pode dispor para a tutela do meio ambiente cultural, como o tombamento, o inventário, o registro, a desapropriação, a vigilância, entre outras formas de acautelamento e preservação. A rigor, como nosso objeto de estudo é o patrimônio cultural imaterial, podemos inserir como os instrumentos mais adequados para a sua proteção o inventário e o registro. Sobre estes dois institutos comenta o saudoso publicista Celso Ribeiro Bastos que, ambos, "servem para fazer a organização, a proteção e o levantamento do nosso patrimônio cultural nacional. Através deles, além de se proteger o patrimônio cultural brasileiro, facilita-se de maneira direta o acesso a pesquisas e estudos e também sua divulgação"[25]; para, então, apresentarmos o conceito de

[23] RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *A evolução da proteção do patrimônio cultural - crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural*. In Revista Advocacia Pública & Sociedade: Temas de Direito Ambiental e Urbanístico. Coord. Guilherme José Purvin de Figueiredo. Ano II, n. 3. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 209.
[24] RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *Ob. Cit.* p. 209.
[25] BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. V. 8. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 789.

registro formulado pela promotora de justiça paulista Amaitê Iara Giriboni de Mello[26], *in verbis*:

> *O registro significa identificação e produção de conhecimento sobre o bem cultural pelos meios técnicos mais adequados e amplamente acessíveis ao público, de modo eficiente e completo, mediante a utilização dos recursos proporcionados pelas novas tecnologias da informação.*

O registro significa para o patrimônio cultural imaterial o que o tombamento é para o patrimônio cultural material, tanto que ambos possuem a mesma finalidade: conservação do bem, para, através dessa conservação, conseguir proteger o bem cultural em questão[27]. Por fim, outra importante diferença do registro em relação ao tombamento é que o registro tem um caráter de valorização do bem cultural diferente do tombamento, cuja preocupação é adstrita à preservação patrimonial.

Por fim, temos ainda a vigilância que, nas palavras do jurista cearense Danilo Fontenele Cunha, "pode ser encarada como forma de manifestação do poder de polícia estatal, no que diz respeito às inspeções de bens tombados e demais bens considerados do patrimônio cultural brasileiro"[28]. E que, apesar de ser um instrumento do Poder Público mais voltado à proteção dos bens materiais, pode também ser, indiretamente, importante para o patrimônio imaterial, naqueles casos em que se devem proteger os espaços destinados pelas comunidades tradicionais à manifestação de seu patrimônio cultural imaterial, ou, então, os documentos onde está registrada esta modalidade de bem cultural.

Os segundo e terceiro parágrafos do artigo constitucional em análise versam, respectivamente, sobre a responsabilidade estatal pela gestão documental-arquivística e pela regulamentação dos projetos de incentivo à cultura (ex: o PRONAC, regido pela Lei Federal nº 8.313/91).

O quarto parágrafo versa sobre a responsabilização legal daquele que cometer dano ou ameaçar cometê-lo a qualquer bem cultural, seja o material, seja o imaterial ou intangível. Somente resguardar o patrimônio cultural material de dano ou ameaça é realizar uma diferenciação que não encontra amparo na Constituição Federal de 1988, visto que a C.F. não privilegia as modalidades patrimoniais descritas, muito menos nos ramos do conhecimento que tem como objeto epistemológico a cultura, e, por extensão, o patrimônio cultural, como é o caso da antropologia, para a qual a divisão entre o material e o imaterial é meramente didática, pois tudo corresponde ao patrimônio cultural[29]. Esta norma constitucional encontra-se regulamentada pela Lei Federal nº 9.605/98, que rege os crimes ambientais e cuja exposição será melhor pormenorizada no decorrer deste texto.

---

[26] MELLO, Amaitê Iara Giriboni de. *O Ministério Público e a defesa do Patrimônio Cultural Imaterial*. In 7o Congresso de Meio Ambiente e 1o Congresso de Habitação e Urbanismo do Ministério Público do Estado de São Paulo. Amparo/SP, 20-23 de novembro de 2003. Disponível em: www.mp.sp.gov.br/caouma/Doutrina/ Amb/Teses/Teses%20Congresso-2003.htm. Acesso em 16 dez. 2004 [internet].

[27] Idem. Ibidem. [internet].

[28] CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. *Ob. Cit.* p. 131.

[29] SANTOS, José Luiz dos. *O que é cultura*. 7ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 54-57.

E o quinto parágrafo, apesar de tratar de um bem cultural tangível, interessa a este artigo por fazer referência expressa ao patrimônio cultural de uma comunidade tradicional que é a quilombola, prevendo esta norma que deverão ser protegidos os espaços territoriais quilombolas, para então tornar viável a própria proteção dos bens intangíveis desse grupo social.

4.2 Ordenamento infraconstitucional

A tutela dos bens culturais imateriais no Direito brasileiro, de acordo com o art. 216, § 1º, da CF/88, pode ser feita por meio de lei, decisão judicial ou ato administrativo (entre os quais se destacando os inventários, registros e ações fiscalizatórias de vigilância). A principal norma federal vigente no Brasil, regulando a matéria é o Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000. A Convenção internacional para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, de 17 de outubro de 2003 ainda não foi ratificada pelo Congresso Nacional, logo, não configurando como fonte formal de direito.

Quanto às normas específicas que cuidam do patrimônio imaterial das populações tradicionais (excetuando as indígenas que não estão sendo objeto deste artigo) temos a Lei Federal nº 7.668, de 22 de agosto de 1988, estabelecendo em seu artigo 1º, agir a Fundação Palmares, entidade vinculada ao Ministério de Estado da Cultura, "com a *finalidade de promover a preservação dos valores culturais*, sociais e econômicos *decorrentes da influência negra na formação da sociedade brasileira*" (grifos nossos).

Neste diapasão, se destacam como normas específicas que tratam do patrimônio cultural das comunidades quilombolas, as presentes nos artigos 5º e 18, parágrafo único, do Decreto Federal nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, que dispõe sobre regularização e reconhecimento das comunidades remanescentes de quilombos, dispondo a primeira sobre a competência do Ministério da Cultura, através da Fundação Palmares, para garantir a preservação da identidade cultural dos remanescentes das comunidades dos quilombos, e a segunda sobre a atribuição dessa fundação para instruir o processo para fins de registro ou tombamento e zelar pelo acautelamento e preservação do patrimônio cultural brasileiro decorrente de comunidades quilombolas.

4.2.1 Esfera federal – Decreto nº 3.551/00

O Decreto Federal nº 3.551/2000 é um marco no Direito Ambiental, visto que este diploma normativo foi o responsável por tornar aplicável o artigo 216 da Constituição Federal de 1988 no tocante ao patrimônio cultural imaterial brasileiro. Este decreto prevê o registro dos bens culturais imateriais efetuado pelo IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional), autarquia ligada ao Ministério de Estado da Cultura, os quais serão considerados Patrimônio

Cultural do Brasil[30]. Vale destacar a inovação que este decreto efetuou na tutela do patrimônio cultural imaterial, sendo considerado uma referência, inclusive, a nível internacional.

Convém destacar algumas normas presentes neste importante marco regulatório do meio ambiente cultural a nível federal. De acordo com seu artigo 1º, o registro do patrimônio imaterial poderá ser efetuado em quatro livros de registro: o dos saberes, o das celebrações, o das formas de expressão e o dos lugares.

O Livro dos Saberes visa registrar os conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades. Este registro é de suma importância para as populações tradicionais, visto que, graças ao fenômeno de massificação cultural associado à globalização, têm extinguido todos os modos espontâneos de fazer e conhecimentos populares, principalmente nas cidades brasileiras, cuja sociedade vem adotando paradigmas mais globais e rejeitando os valores locais e regionais. Assim, resta às populações tradicionais este importante papel social: preservar ainda os conhecimentos e modos de fazer do processo de fragmentação cultural que o fenômeno "globalitário", no dizer de Milton Santos, vem impondo, de forma mais acentuada nestes últimos dez anos.

O Livro das Celebrações visa assegurar o registro, como forma de preservação, dos rituais e festejos que promovem "a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento" e de outras manifestações coletivas existentes na vida social. Para as sociedades tradicionais é este livro também muito importante, pois boa parte de suas práticas ainda são coletivas, havendo uma forte interação de quase todos os membros da comunidade nesses eventos, como é o caso do candomblé nos quilombos ou das festas em homenagem a Iemanjá, praticadas pelas populações pesqueiras tradicionais da Bahia.

O registro das Formas de Expressão em livro próprio também é muito interessante, pois visa documentar, em essência, as manifestações artísticas (literatura, dança, música, artes plásticas e cênicas, além de outras atividades lúdicas) de certa comunidade ou que encarnem a identidade nacional. Para as populações tradicionais este livro tem tido muito valor, pois vem promovendo, inclusive, o resgate de muitas "formas de expressão" que essas comunidades vinham deixando de manifestar, muitas vezes por falta de incentivos governamentais para divulgação das mesmas, associado à "baixa estima cultural" que essas comunidades têm de si próprias, deixando-se influenciar pela cultura de massa das sociedades no seu entorno[31].

Por fim, temos o Livro específico de registro dos Lugares, "onde serão inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas" (artigo 1º, inciso IV, do Decreto nº

[30] Podemos citar como exemplos de bens tombados na qualidade de patrimônio cultural imaterial, conforme o Decreto nº 3.551/00, o samba de roda, da região do Recôncavo Baiano, terra de Caetano Veloso, e o acarajé, prato típico da culinária baiana.

[31] Percebe-se isto nas vilas de pescadores artesanais (Paramana, Costa de Fora e Ponta de Nossa Senhora) da Ilha dos Frades, localizada na baía de Todos os Santos (BA), onde sua população tradicional vem deixando de praticar muito de suas manifestações musicais típicas (exemplo: o samba de roda), para incorporar, em seu lazer coletivo, gêneros musicais frutos da "indústria cultural" baiana e de forte apelo massificador, como é o caso do "axé music", do "pagode" e do "arrocha". Desse modo, percebemos o quanto a cultura de massa pode descaracterizar a cultura popular tradicional.

3.551/2000). Este livro também possui seu valor para as coletividades tradicionais, visto que algumas dessas comunidades, por ainda utilizarem o extrativismo, ao fazer a comercialização de seus produtos, escolhem determinados locais, onde se promovem não apenas simples operações comerciais, mas se realizam toda uma dinâmica de atividades de cunho sócio-cultural, como apresentações de música e teatro, apostas em jogos de azar etc. Temos, como exemplo desses "lugares", no Estado da Bahia, a Feira de São Joaquim, localizada em Salvador.

Os bens intangíveis componentes das culturas tradicionais podem igualmente compor o conteúdo de todos os livros previstos no decreto em questão. Sucede que, apesar destes livros, ainda sim, não há previsão de que os mesmos possam garantir a valorização e registro de boa parte das manifestações culturais das populações tradicionais, citando, a título de exemplo, o caso das línguas e dialetos de minorias tradicionais, como alguns quilombolas de São Paulo (*cucópia*)[32] e Minas Gerais (*língua de bengüela*...), ou das comunidades indígenas, cujo patrimônio lingüístico não têm sido protegido devidamente no plano prático, além de não haver na legislação nacional quaisquer considerações quanto à proteção dos idiomas indígenas como modalidade de patrimônio cultural imaterial a ser devidamente tutelado pelo Direito Brasileiro.

Assim, nos amparando na preleção do ilustre constitucionalista Celso Bastos[33], o qual entende serem as línguas componentes das Formas de Expressão, previstas no artigo 216, I, da C.F./88, coaduna com nosso entendimento segundo o qual, em caso do Poder Público não criar um livro específico destinado às línguas não-oficiais faladas por comunidades tradicionais e indígenas do país, que se registre as mesmas no Livro de Registro das Formas de Expressão, pois é um absurdo deixar desprotegido esse patrimônio imaterial que "permite ao homem criar suas tradições e transmitir toda a cultura, os costumes e o folclore de uma geração para outra"[34].

O Decreto nº 3.551/2000 peca ao excluir, em seu artigo 2º, que versa sobre as entidades legitimadas para provocar a instauração do processo administrativo de registro, o Ministério Público do citado rol. Visto que é atribuição do *parquet* a defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos, de acordo com o artigo 129 da Constituição da República, dentre os quais se destacam o patrimônio cultural imaterial. É interessante salientar a posição da promotora paulista Amaitê Iara Giriboni, segundo a qual[35]:

> *É função institucional do Ministério Público a defesa do meio ambiente e do patrimônio cultural, valores estes de natureza indisponíveis, componentes da ordem jurídica e do sistema democrático. Assim sendo, este não poderá ter obstaculizada sua esfera de atuação nem limitada a utilização de nenhum instrumento de defesa dos interesses sociais.*

[32] FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 121.
[33] BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Ob. cit*. p. 775.
[34] Idem. Ibidem. p. 775.
[35] MELLO, Amaitê Iara Giriboni de. *Ob. cit.* [internet].

> *Ora, provocar a instauração do processo de registro de um bem cultural constitui, sem dúvida, medida de defesa do patrimônio imaterial. Por conseguinte, legitimado está, e sempre estará, o Ministério Público para a propositura do processo, independentemente da ausência de expressa previsão no decreto acima apontado.*

O procedimento administrativo de registro dos bens imateriais está disciplinado nos artigos 3º, 4º e 5º do decreto supra referido. Vale lembrar que não é a Diretoria do IPHAN quem determina se um bem é ou não portador de valor cultural, mas sim o Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, órgão criado pelo Decreto-lei Federal nº 25/37, vinculado ao IPHAN, que tem sua atual composição regida pelo Decreto Federal nº 5.040, de 4 de abril de 2004.

A crítica observada neste caso é sobre a composição do mencionado conselho, considerando que vivemos em um país com uma "megadiversidade" sócio-cultural, havendo diferenças enormes entre as populações tradicionais de cada região do Brasil, entendemos que o Conselho Consultivo ao reservar dezoito membros à sociedade civil, ainda assim não garante a representação das populações tradicionais, visto serem estas as principais responsáveis pela diversidade cultural nestes tempos pós-modernos. Desse modo, a ausência dessas comunidades nestas instâncias decisórias viola o princípio ambiental da participação popular, ao não permitir que a própria comunidade tradicional possa participar, com os técnicos e políticos integrantes do referido conselho, de deliberações que poderão repercutir sobre ela própria.

Para solucionar tal impasse, entendemos que deveria o Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural reservar determinado número de vagas para integrantes das comunidades tradicionais, salientando que deverão, ao menos, contar com o mínimo de três representantes das comunidades indígenas, quilombolas e uma terceira (pescadora artesanal, ribeirinha, caiçara...), para, então, efetivar-se o princípio da participação popular que orienta o Direito Ambiental.

O princípio da participação popular constitui um dos alicerces do Direito Ambiental, ao orientar a geração e implementação da norma ambiental[36], através de um processo de legitimação perante a sociedade civil. Ele está previsto na Declaração do Rio de Janeiro de 1992, em seu artigo 10, e no caso da tutela jurídica do patrimônio cultural o encontramos presente no artigo 216, § 1º, da Constituição Federal, quando esta afirma que "O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro"[37].

Acerca da participação popular na proteção do patrimônio cultural, é lapidar a lição do jurista José Eduardo R. Rodrigues, transcrita nestes termos:

> *A participação da comunidade é fundamental, pois ela como legítima produtora e beneficiária dos bens culturais, apresenta mais do que ninguém legitimidade para determinar um valor cultural, que não precisa ser apenas artístico,*

[36] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro.* 8º ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 41.

[37] Além da participação popular, entendemos ser imprescindível para a identificação de determinado bem cultural como objeto do registro, instituto previsto no Decreto 3.551/2000, a presença de profissionais antropólogos e etnólogos para avaliar a relevância cultural de certas manifestações e simbolismos.

> *arquitetônico ou histórico, mas também estético ou simplesmente afetivo. A identificação ou simpatia da comunidade por determinado bem pode representar uma prova de valor cultural bastante superior àquela obtida através de dezenas de laudos técnicos plenos de erudição, mas muitas vezes vazios de sensibilidade. Além de significar, por si só, uma maior garantia para a sua efetiva conservação*[38].

4.2.2 Esfera estadual: o caso do Estado da Bahia

De acordo com o artigo 24, inciso VII, da CF/88, a União, o Distrito Federal e os Estados possuem competência concorrente para legislar sobre proteção do patrimônio cultural, cabendo aos Estados suplementar a lei federal quando necessário (artigo 24, § 2º). Paulo Affonso Leme Machado preleciona que o poder supletório é exercido quando o Estado aperfeiçoa a legislação federal, ao suprir lacunas ou imperfeições da norma geral federal[39].

Observando essa competência legislativa atribuída aos Estados-membros, entendemos ser a lei estadual o plano normativo mais adequado para a proteção do patrimônio cultural imaterial das populações tradicionais, visto que, de acordo com o princípio da predominância do interesse, se está protegendo um bem que é de interesse prevalentemente regional, a despeito de todo bem cultural relevante ser de interesse nacional[40], pois as comunidades tradicionais, mesmo pertencendo a um tipo (ex: quilombolas), apresentam uma heterogeneidade cultural interna que dificulta uma homogeneização legislativa a nível nacional. Assim, a lei estadual, ao ser elaborada, em tese, mais próxima dessas comunidades tradicionais, permitirá que elas utilizem-se dos meios de pressão que a sociedade civil possui, associada a uma atuação do Ministério Público na defesa dos interesses difusos decorrentes do patrimônio cultural do citado grupo social, para que o processo legislativo produza uma norma realmente adequada à realidade local dessas populações e, sobretudo, para que a mesma seja efetiva.

A Constituição do Estado da Bahia de 1989 deu uma demonstração de autêntico exercício de seu poder constituinte derivado decorrente, quando disciplinou, em seus artigos 269 a 275, a cultura no âmbito estadual. Tal afirmação se pauta no fato desta Constituição Estadual não se limitar a "repetir" a norma presente nos artigos 215 e 216 da Carta da República, mas sim inovar perante o ordenamento jurídico brasileiro, ao fazer referência à obrigação que o Poder Público tem de preservar o patrimônio cultural imaterial das camadas populares e das populações tradicionais, conforme inferimos da norma constitucional estadual infra:

---

[38] RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *Patrimônio Cultural – aspectos polêmicos*. In Revista de Direito Ambiental. Coords. Antônio Herman V. Benjamin e Édis Milaré. Ano 6, n. 21, janeiro-março de 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 180.

[39] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Ob. Cit.* 8º ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 79.

[40] Cremos, porém, ser de competência administrativa comum entre os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e também Municípios), nos termos do artigo 23, incisos III, IV e V, da C.F./88, a proteção do patrimônio cultural imaterial das comunidades tradicionais.

> *Art. 270 - A política cultural do Estado deverá facilitar à população o acesso à produção, distribuição e consumo de bens culturais, garantindo:*
> *(...) VI - os meios para a dinamização e* ***condução pelas próprias comunidades das manifestações culturais populares, tradicionais e contemporâneas****; (grifo nosso).*

Assim, a partir do reconhecimento da cultura tradicional pelo constituinte baiano, inferimos que não poderá o Poder Público no Estado da Bahia promover políticas culturais excluindo a participação das comunidades responsáveis pela produção do citado patrimônio imaterial no processo de gestão desse patrimônio, devendo a Administração Pública oferecer os subsídios necessários para consecução da efetiva proteção cultural.

Uma crítica bem pertinente que pode ser feita, além do atraso - superior a quatorze anos - na edição de norma regulamentando a nível estadual o registro de bens culturais imateriais, é a de que o registro do patrimônio cultural imaterial, incluindo o das comunidades tradicionais, é realizado de forma fragmentada, havendo uma lei estadual disciplinando o processo administrativo de Registro Especial das Expressões Lúdicas e Artísticas[41], que é a Lei Baiana nº 8.895, de 13 de dezembro de 2003, e outra lei baiana regulamentando o processo administrativo de Registro dos Mestres dos Saberes e Fazeres da Cultura Tradicional Popular, que é a Lei Estadual nº 8.899, de 18 de dezembro de 2003.

4.3 O bem cultural imaterial perante o Direito Penal Ambiental

A Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 216, § 4º, prevê que os "danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei". Observa-se, então, que, por imperativo constitucional, deve o Poder Público garantir a responsabilização penal e administrativa daquele que danificar ou ameaçar o patrimônio cultural, material ou imaterial. Dessa forma, atribui-se a Lei Federal nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, o importante papel de, também, ter regulamentado parcialmente essa norma constitucional, visto que não havia nenhuma norma federal versando sobre o registro do patrimônio cultural imaterial, o que dificultava sua tutela.

No período anterior a Lei de Crimes Ambientais (LCA), a tutela penal do patrimônio cultural no ordenamento jurídico brasileiro era disciplinada de modo confuso, visto que não havia um tipo penal adequado, tendo o ordenamento jurídico do período equiparado, inicialmente, o injusto penal contra o patrimônio cultural como crime contra o patrimônio nacional, reservando esta tutela àqueles bens culturais dotados de um caráter excepcional, conforme se infere do artigo 5º da Lei Federal nº 3.924/61. O patrimônio imaterial, então, era completamente desprotegido pelo Poder Público, visto que o mesmo só passou a reconhecer o pa-

[41] É no Livro de Registro Especial das Expressões Lúdicas e Artísticas que se encontra assentado o registro de um dos maiores festejos populares do planeta que é o Carnaval de Salvador.

trimônio cultural imaterial com a Constituição de 1988, e, mesmo assim, somente o Estado regulamentando a norma constitucional com o Decreto nº 3.551 de 2000. Assim, passaram-se doze anos de "abandono" do bem cultural imaterial.

Com o advento da Lei Federal nº 9.605/98, de Crimes Ambientais, se esperava uma maior proteção desses bens, contudo, visto que se alegava não ser autoaplicável a norma constitucional prevista no artigo 216, passou-se um período em que a norma penal ambiental não produzira o devido efeito legal, visto ser a norma presente na citada lei ambiental uma norma penal em branco, necessitando de regulamentação administrativa para estabelecer os limites do tipo, situação que perdurou até a edição do citado decreto federal que institui o registro dos bens culturais imateriais.

Dentre as normas penais especiais existentes no Capítulo V, Seção IV, da Lei de Crimes Ambientais (Dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural), interessa aos estudiosos do patrimônio cultural imaterial, inclusive das populações tradicionais, a norma tipificada no artigo 62[42]. Esta norma representou uma significativa contribuição para a tutela jurídica do patrimônio cultural, ao possibilitar que os bens culturais imateriais fossem protegidos pelo Direito Penal, sendo que no período anterior à Lei Federal nº 9.605/98 era inexistente tal proteção, visto que a principal norma penal que visava tutelar o bem cultural era o artigo 165 do Código Penal, que restringia a proteção somente aos bens dotados de valor histórico, arqueológico e artístico, e, ainda assim, desde que fossem tombados pelo Poder Público.

Desse modo, com o advento do artigo 62 da LCA, houve a revogação tácita[43] da ultrapassada norma existente no Código Penal (artigo 165), destacando-se os seguintes motivos: a) De acordo com o critério de resolução de conflitos aparentes de normas penais da "especialidade"[44], segundo o qual havendo duas normas tratando de uma mesma conduta, a norma especial (artigo 62 – Lei de Crimes Ambientais) absorverá a norma geral (artigo 165 – Código Penal); b) O apenamento presente no artigo 62 da LCA é mais grave que o codificado no artigo 165 do CP; c) o conceito de bem cultural do artigo 165 do CP era muito restrito, sendo insuficiente e ineficaz na proteção do patrimônio cultural brasileiro; d) mesmo estando no restrito rol de bem cultural, este ainda tinha de ser reconhecido perante o Poder Público pela via do tombamento para "merecer" a tutela penal.

O artigo 62 tipifica a conduta delituosa de destruir, inutilizar ou deteriorar qualquer bem cultural especialmente protegido ou os bens documentais portadores de valor cultural, como arquivos, registros, museus e bibliotecas, conforme se observa, *in verbis*:

---

[42] O jurista Carlos Ernani Constantino possui entendimento diverso, considerando somente passíveis de tutela pelo artigo 62 da Lei de Crimes Ambientais os bens culturais materiais, apesar de tal limitação não estar prevista em nenhum trecho da própria Lei nº 9.605/98. Sobre este posicionamento faremos algumas considerações a seguir.

[43] COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. *Dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural*. In BELLO FILHO, Ney de Barros; COSTA, Flávio Dino de Castro e. e COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. Crimes e Infrações Administrativas Ambientais: Comentários à Lei nº 9.605/98. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 303-304. O jurista Nicolao Dino inclusive relaciona dois motivos que fundamentam a revogação tácita do art. 165: a exigência exclusiva do tombamento e a pena mais branda são limitações inexistentes no artigo 62 da LCA.

> *Art. 62. Destruir, inutilizar ou deteriorar:*
> *I- bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial;*
> *II- arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial;*
> *Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.*
> *Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena é de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção, sem prejuízo da multa.*

De acordo com a lição de Nicolao Dino de Castro e Costa Neto[45], o verbo "destruir" significa "demolir, aniquilar, fazer desaparecer, extinguir". Este elemento do tipo se aplica diretamente ao patrimônio cultural imaterial em duas hipóteses: a proteção dos espaços destinados à manifestação cultural intangível (inciso I) e a proteção do registro de certas manifestações culturais imateriais dessas comunidades, visto que não se pode querer seu engessamento, sob risco de uma artificial folclorização[46] (inciso II).

A primeira envolve a preservação dos espaços onde há a realização de determinadas manifestações culturais de comunidades tradicionais, política cultural que está consagrada pela Carta de Santos, de 24 de setembro de 2004, produto do "2º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural", evento realizado sob os auspícios da ABRAMPA, citando a título de exemplo: áreas quilombolas, como Rio das Rãs na Região de Bom Jesus da Lapa (Bahia), o Território Kalunga na Chapada dos Veadeiros (Goiás)[47] e o Cafundó na Região de Sorocaba (São Paulo); ou, então, das vilas de pescadores artesanais encontradas no Litoral Brasileiro e que são pertencentes aos caiçaras, jangadeiros e outros tipos de pescadores artesanais, cuja localização deve ser preservada independentemente dos interesses imobiliários envolvendo suas terras; devendo o Poder Público, em caso de querer implantar um espaço territorial especialmente protegido, consultar essas comunidades via institutos como as audiências públicas, assegurando, destarte, o princípio jurídico-ambiental da participação popular nas mesmas, e evitar, ao máximo, exceto em casos extremos, a remoção dessas comunidades de seu meio ambiente, sob risco de destruição do patrimônio cultural imaterial ali constituído.

A segunda hipótese versa sobre a proteção do registro e dos locais onde estão guardados as referências das manifestações culturais (videoteca, biblioteca...) da destruição, podendo ser aplicado também o verbo "deteriorar" integrante do

---

[44] SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna Teoria do Fato Punível.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. p. 344-347.

[45] COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. Ob. cit. p. 304.

[46] ARANTES, Antônio Augusto. Ob. cit. p. 20. Segundo Antônio Augusto Arantes, o problema da folclorização é que em nome de uma pretensa estética e didática, determinados eventos considerados populares e tradicionais, seriam "enxugados" para tornar mais atraente para o gosto de determinadas camadas da sociedade, tornando o que antes era autêntico signo de dada cultura, em mera representação do que as outras culturas fazem da cultura objeto do folclore.

[47] O Estado de Goiás, inclusive, sancionou a Lei Complementar nº 19, de 5 de janeiro de 1996, que dispõe sobre o sítio histórico e patrimônio cultural da comunidade quilombola Kalunga, elevando à esfera jurídica a proteção do espaço territorial como forma de proteção do patrimônio cultural material e imaterial.

núcleo do tipo previsto no artigo 62, visando punir penalmente qualquer ação ou omissão do Estado ou de particular que importe em descaracterização total ou parcial do registro de determinada manifestação cultural, seja um registro em livro, seja em meio áudio-digital, seja em meio fotográfico.

Por fim, vale fazer uma consideração sobre a proteção penal do patrimônio cultural. Ela ainda está impregnada pela orientação da concepção de patrimônio cultural como bem material, conforme se observa na posição em que o legislador reservou os bens culturais na Lei nº 9.605/98: na seção IV, denominada "Dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural". Esta organização legislativa teve como influência o fato do próprio senso comum, que também influencia nossos legisladores, associar o patrimônio cultural àqueles bens de relevante valor histórico-arquitetônico, como é o caso das inúmeras construções e prédios históricos existentes nas cidades brasileiras (ex: Ouro Preto – Minas Gerais, Palmeiras – Chapada Diamantina/Bahia, São Cristóvão – Sergipe, entre outras), confundindo, então, a proteção desse patrimônio cultural (construído) com a própria gestão e planejamento urbano, concepção esta respaldada pela doutrina ambiental, conforme percebemos da preleção do jurista Nicolao Dino de Castro e Costa Neto[48], segundo o qual a lei penal ambiental associou a proteção do patrimônio cultural ao ordenamento urbano, tendo como objetivo "acentuar a relevância de uma boa estruturação e funcionalidade da *urbe*".[49]

Sucede que a separação entre o bem cultural material e o bem cultural imaterial decorre mais de uma divisão didática do que efetiva, pois a própria Constituição reafirma, em seu artigo 216, o igual patamar em que se encontram essas duas formas de manifestação do meio ambiente cultural, além de a própria Lei de Crimes Ambientais não estabelecer na norma penal-ambiental o tipo "destruir, inutilizar ou deteriorar" patrimônio cultural material, mas sim o "bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial" ou então as modalidades documentais-arquivísticas presentes no inciso II.

5. CONCLUSÕES ARTICULADAS

Do exposto, conclui-se:

5.1 a necessidade de preservação do patrimônio cultural imaterial para que se efetive a proteção das próprias comunidades tradicionais responsáveis por sua gestação e reprodução, cabendo ao Poder Público promover e incentivar a realização das manifestações culturais, assim como proteger os espaços destinados à geração e reprodução dessas práticas;

[48] COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. Ob. Cit. p. 302.

[49] Vale ressaltar que esta reflexão não tem como objetivo conceber uma gestão urbanística dissociada da preservação do patrimônio cultural material (centros históricos, prédios de valor arquitetônico, obras artísticas...), como poderia uma leitura superficial do parágrafo supor. Isto representaria a própria negação do Direito Ambiental e da nossa tese fulcral que é a de que o meio ambiente natural, cultural e artificial, incluindo neste o urbano, deve ser protegido ao mesmo tempo. O que estamos fazendo é apenas uma reflexão sobre a ideologia da "excepcionalidade" (só seriam bens culturais aqueles dotados de excepcional valor histórico-arquitetônico, portanto relacionados à cultura erudita...) que orientou as políticas culturais do Estado brasileiro por décadas e cujos reflexos ainda se fazem sentir no senso comum e de forma bem sutil na técnica legislativa empregada na elaboração da citada lei.

5.2 há urgência na proteção do patrimônio cultural e na tutela da identidade cultural, em suma, na promoção de meios assecuratórios do direito à cultura, ao lado da educação, como direito de terceira geração e sua positivação pelo Direito, como forma de garantir a liberdade individual e coletiva, a igualdade humana e o próprio desenvolvimento da personalidade das pessoas;

5.3 a Carta da República de 1988 definitivamente reconheceu não haver diferença entre a cultura erudita e a popular, sendo, ambas, objeto de tutela pelo Direito Ambiental;

5.4 apesar de não haver referência expressa no Decreto Federal nº 3.551/2000, está o Ministério Público, tanto o estadual quanto o federal, legitimado para propor a instauração do processo de registro de bens culturais imateriais;

5.5 é imprescindível a proteção das línguas ou dialetos não-oficiais falados por comunidades tradicionais e indígenas do país, para tanto deve o Poder Público registrá-las, ou no Livro de Registro das Formas de Expressão, ou criar um Livro de Registro específico a esse patrimônio lingüístico-cultural.

5.6 para garantir a efetividade do princípio ambiental da participação popular na proteção do patrimônio cultural imaterial das populações tradicionais, deve ser garantida a presença de representantes dessas populações no Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural do IPHAN;

5.7 o artigo 62 da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) alcança também, em seu âmbito de tutela, o patrimônio cultural imaterial, visto que ele, também, tem como objetivo proteger os espaços destinados à manifestação cultural, além de garantir a tutela dos documentos remissivos à memória cultural das comunidades tradicionais;

5.8 acreditamos não haver conflito entre se proteger os bens ambientais, sejam naturais ou culturais materiais, e o patrimônio cultural imaterial decorrente das populações tradicionais, visto que essas comunidades também integram o meio ambiente, devendo ser consideradas elementos integrantes da paisagem e não indivíduos que somente estariam ocupando a posse de bens imóveis dotados de valor histórico-arquitetônico ou usufruindo certo bem ambiental, como um espaço territorial protegido;

5.9 por fim, deverá o Poder Público não promover uma "assepsia" humana nas áreas ocupadas por populações tradicionais, sejam elas urbanas ou rurais, mas sim fazer a restauração dos imóveis, no caso de patrimônio cultural imaterial, e promover o manejo sustentável nas áreas habitadas por essas comunidades, no caso de espaços territoriais especialmente protegidos, procedendo por uma educação ambiental adequada à realidade dessas comunidades, inclusive, assegurando sua presença nos locais de origem, visto que esses espaços costumam ter um valor simbólico inestimável para os integrantes dessa população tradicional.

ASPECTOS DO CRÉDITO RURAL COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO AMBIENTAL

LUIZA ARAÚJO VIANA
Graduada em Direito pela Universidade Federal de Goiás

DIOGO BERNARDINO PEREIRA
Estudante de Direito pela Universidade Federal de Goiás; Aluno do curso de pós-graduação lato sensu em Gestão do Agronegócio pela Escola de Agronomia da Universidade Federal de Goiás e Monitor da disciplina de Direito Processual Civil no curso Especialização em Direito Público do CESEM- Centro de Educação Serra da Mesa em convênio com a Universidade Católica de Goiás

1. INTRODUÇÃO: DA NECESSIDADE DA OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS AMBIENTAIS PELOS ATORES DE ATIVIDADES ECONÔMICAS COMO FORMA DE ASSEGURAR-SE O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O caminho trilhado para que hoje tenhamos decisões judiciais calcadas na força operativa e normativa dos princípios jurídicos – notadamente os princípios implícita e / ou explicitamente percebidos nos textos constitucionais – não foi curto.

Muito pelo contrário, a trajetória que levou os princípios a serem reconhecidos como normas jurídicas dotadas de plena e imediata eficácia tardou a acontecer e só foi possível, justamente, devido ao acolhimento destes no bojo das constituições.

Sem dúvidas, o manejo bitolado / engessado do Direito, – impregnado da visão do cientificismo mecanizado, pelo qual o homem e seus fenômenos sociais deveriam ser estudados analiticamente através de regras pré-estabelecidas e imutáveis –, cuja expressão emblemática é o "dogmatismo jurídico", só sofreu seu esmaecimento com a derrocada histórica dos regimentos totalitários do fascismo e do nazismo.

A Lei, até então tida como única fonte normativa, passa a ser – muito embora timidamente – questionada em sua legitimidade. Não se admite, a partir de então, a sua aplicação de maneira acrítica ou isenta de ideologia. Refletindo sobre este momento histórico, nasce na humanidade a certeza de que a lei não pode ser aplicada quando divorciada de valores éticos e morais.[1]

[1] Cf. Luís Roberto Barroso. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos da Constituição Brasileira*. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>. Acesso em:28/10/2004.

Os princípios, então, migram dos Códigos para os textos constitucionais nos quais "assentam os principais padrões pelos quais se investiga a compatibilidade da ordem jurídica aos princípios fundamentais de escalão constitucional; aos princípios que dão fundamento axiológico e normativo ao ordenamento jurídico".[2]

Uma vez aninhados no bojo das constituições, os princípios tornam-se representativos dos principais padrões / fundamentos axiológicos e normativos do ordenamento jurídico.[3] Aliás, neste compasso, galgaram total hegemonia e preeminência sobre as regras deles derivadas. Daí porque "violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer"[4].

O Direito Ambiental, certamente devido à sua jovialidade se comparado a outros ramos do Direito, vale-se muito desta visão pós-positivista, que empresta aos princípios o *status* de norma jurídica dotada de plena e imediata aplicabilidade. Ressalte-se que a evolução na aplicação do direito através da consideração principiológica, no que se refere à tutela ambiental, possibilitou maior garantia de proteção ao direito fundamental à vida[5], que, por certo, há de ser saudável, para a atual e para as futuras gerações, conforme se depreende do artigo 225 da Constituição Federal.

Aliás, levando-se em consideração que este ramo do Direito só veio a se desenvolver mais visivelmente nos últimos 40 anos, com o advento e pressão dos movimentos sócio-ambientais organizados, o que, por sua vez desencadeou o incremento das leis de cunho ambiental, conclui-se com facilidade a necessidade do intérprete / aplicador valer-se dos princípios relacionados à salvaguarda do meio ambiente.

Afinal, nem todo o patrimônio tutelado pelo Direito Ambiental encontra escudo em um dispositivo legal específico. Evidentemente, considerando a amplitude e infinidade de bens / relações a serem protegidas, isto será impossível de acontecer. Daí a imperiosidade da observância e invocação de tais preceitos pelo exegeta; de forma não só a garantir à Lei em apreço a maior dimensão possível como, outrossim, propiciar que a tutela ambiental se manifeste e seja efetiva mesmo quando verificado um vácuo legislativo.

Um exemplo recorrente sobre a invocação destes postulados fundamentais pelos órgãos jurisdicionais é o princípio da precaução – de basilar importância para a preservação ambiental – cuja aplicação pelos Tribunais pátrios já está se tornado bastante corriqueira.

Tal preceito, conforme é cediço, possibilita a imediata obstrução de qualquer empreendimento ou ação humana na qual se verifique potencial risco ou perigo de dano ambiental, sem que seja necessária a demonstração científica de que tal dano irá ocorrer.

Infelizmente, porém, se por um lado pode-se comemorar a alvissareira notícia de que cada vez mais o Poder Judiciário (e, obviamente, todos que dele participam) se mostra sensível à operatividade dos princípios que envolvem a proteção

---

[2] *Apud* Ruy Samuel Espíndola. *Conceito de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática adequada*, 2002, p. 64.
[3] *Apud* Ruy Samuel Espíndola. Conceito de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática adequada, 2002, p. 64.
[4] *Apud* Ruy Samuel Espíndola. Conceito de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática adequada, 2002, p. 116.
[5] José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo, 2005, p. 847.

do meio ambiente, fora dos Palácios da Justiça, isto é, fora da seara judicial, a observância – e mesmo o conhecimento – de tais preceitos ainda é embrionária e demanda uma maior conscientização.

Ora, o respeito e aos princípios ambientais (como normas dotadas de plena aplicabilidade) não é dever apenas de magistrados, advogados, promotores, procuradores e demais atores da Justiça. Ao contrário, tais normas vinculam a toda sociedade, vez que "têm [os princípios] eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou **privados**[6] bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de generalizações mais abstratas."[7]

Desta feita, devem os princípios ambientais – e isto por um sem número de razões, que vão desde a sua importância para a continuidade da vida humana até a sua contemplação no corpo da Constituição Federal vigente – serem cumpridos por todos que, de forma direta ou indireta, interferem nas relações ambientais.

Neste passo, a eles devem ser ater inclusive e principalmente os protagonistas de atividades econômicas, a fim de que se alcance, de fato, o tão almejado desenvolvimento sustentável. Não se pode olvidar que a Carta Política vigente, ao lado do princípio da livre iniciativa, também elegeu como preceito geral da atividade econômica nacional a defesa do meio ambiente em seu artigo 170, inciso VI.

A propósito, diga-se em breve hiato, ao utilizar expressão "defesa", no caso, disse menos do que desejava o constituinte, pois defesa pressupõe um ataque ou um dano já iminente ou comprovado. E, conforme é cediço e desejável a proteção aos recursos naturais pode e deve ser efetivada sem que tal agressão esteja cientificamente atestada (princípio da precaução acima comentado). Teria sido melhor optar pelas palavras "proteção" ou "respeito" ou "preservação", como, inclusive, o fizera no artigo 225.

Neste estudo, partindo-se da premissa acima, ou seja, de que os princípios ambientais têm que ser observados de forma plena e efetiva por toda a sociedade, é que se propõe que, sendo o crédito rural fundamental (quase imprescindível) para a viabilização da agricultura nacional, pode se tornar um grande instrumento de gestão ambiental. Bastando, para tanto, que se exija dentre os requisitos para concessão dos empréstimos, a adequação da propriedade e dos métodos de cultivo a serem empregados no plantio financiado às técnicas de melhor aproveitamento dos recursos naturais. Aliás, insta adiantar, consoante será analisado adiante, como já o exige a legislação que regulamenta esta espécie de mútuo.

2. DA FUNÇÃO SOCIAL DO CRÉDITO RURAL

A atividade agrária, não se pode descordar, possui aspectos sociais e econômicos importantíssimos, cuja dimensão não pode ser ignorada e que, só por isso, já se justifica uma regulamentação especial da mesma.

[6] Grifos do autor.
[7] Ruy Samuel Espíndola. Conceito de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática adequada, 2002, p. 64.

Aliás, a par de demonstrar tal relevância, cumpre vincar que não são consideradas atividades agrárias apenas aquelas ligadas diretamente ao plantio. Além destas, existem outras às mesmas conexas ou complementares e que, desta forma, também devem ser consideradas atividades agrárias. As palavras de Antonino C. Vivanco são elucidativas:

> *a atividade agrária é produtiva por excelência; mas compreende não apenas o cultivo da terra, senão também sua conservação, a cria do gado, a exploração da floresta* **e toda outra atividade conexa com a produção ou sua transformação e venda dos produtos agropecuários**. [8] *(Livre tradução).*[9] *(Grifado).*

Em rasa síntese: atividade agrária não se limita só ao plantar, criar, extrair. Nesta classificação devem ser ainda incluídas atividades como o transporte, o armazenamento, a comercialização, **o financiamento** e todas as outras ações que viabilizam, sejam indispensáveis ou representem o desfecho natural do processo produtivo.

Raymundo LARANJEIRA, ocupando-se da delimitação das atividades agrárias assim dissertou:

> *Atividade complementar da exploração rural. Empresa – Depois de observado que as explorações agrárias são das que se imantam de um caráter produtivista, por excelência, é preciso agora deixar frisado que a utilização do agro, por qualquer forma que assuma, ela pode pressupor também o exercício de uma outra atividade, diversa por natureza, embora conexa nas tarefas rurígenas. Diz respeito ao transporte e venda dos produtos do prédio rústico, rurais típicos ou agroindustriais, e consigna o coroamento lógico do próprio processo produtivista, essa vazão natural que o produtor procura dar aos frutos obtidos, não só para atender às necessidades do consumo de terceiros, como para haurir os benefícios da sua atividade mesma.*[10]

A própria Constituição Federal de 1.988, quando da enumeração dos mecanismos a serem adotados na condução da Política Agrícola (artigo 187), ratifica o entendimento supra abordado, deixando claro que a mesma deve envolver "produtores e trabalhadores rurais" bem como "os setores de comercialização, de armazenamento e de transportes", levando em conta, dentre outros, instrumentos creditícios e fiscais (inciso I) e "preços compatíveis com os custos de produção (inciso II).

No que tange aos instrumentos creditícios, ou seja, ao Crédito Rural propriamente dito, sua institucionalização ocorreu com a Lei n.°: 4.829 de 5 de Novembro de 1965, que, inclusive, cuidou de conceituar o instituto em seu artigo 2°:

> *Art. 2° - Considera-se crédito rural o suprimento de recursos financeiros, por entidades públicas e estabelecimentos de crédito particulares, a produtores*

[8] *Apud* Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Atividade Agrária e Proteção Ambiental: Simbiose Possível,* 1997, p. 40.
[9] Original: la actividad agraria es productiva por excelencia; pero comprende no sólo el cultivo de la tierra, sino tambiém su conservación, la cría de ganado, la explotación del bosque y toda otra actividad conexa con la producción o sea la transformación y venta de los productos agropecuarios.
[10] Raymundo Laranjeira. *Propedêutica do Direito Agrário*, 1975, p. 48.

> *rurais ou suas cooperativas, para aplicação exclusiva em atividades que se enquadrem nos objetivos indicados na legislação em vigor.*

Também a Lei Agrícola (Lei n.° 8.171 de 17 de Janeiro de 1991), deixa patente, dentre outras preocupações, a necessidade da utilização do crédito rural como instrumento de fomento para o progresso social do rurícola e da sociedade como um todo. É o que se depreende de seu artigo 48:

> *Art. 48 - O crédito rural, instrumento de financiamento da atividade rural, será suprido por todos os agentes financeiros sem discriminação entre eles, mediante aplicação compulsória, recursos próprios livres, dotações das operações oficiais de crédito, fundos e quaisquer outros recursos, com os seguintes objetivos:*
> *(...)*
> *III – incentivar a introdução de métodos racionais no sistema de produção, visando ao aumento da produtividade, à melhoria do padrão de vida das populações rurais e à adequada conservação do solo e preservação do meio ambiente;...*

E não foram poucos os diplomas que seguiram o mesmo caminho, pelo que fora constituído um verdadeiro aparato legislativo para implantação do sistema de Crédito Rural no País. O que só foi possível, evidentemente, em virtude do reconhecimento da indispensabilidade de uma modalidade de crédito direcionada para viabilização do plantio, "(...) a Lei não poderia cerrar os olhos à necessidade do setor contar com um empenho creditício voltado mais ao interesse da atividade produtiva do que propriamente da atividade econômico-financeira (...)".[11]

Em boa hora, a par de localizar o leitor, mister informar que o Crédito Rural é disponibilizado (ou ao menos deveria ser) aos produtores, cooperativas e empresas agrárias a taxas menores do que as praticadas usualmente nos contratos de mútuo, obrigando, inclusive, a alocação compulsória dos recursos para fins agroindustriais pelos agentes financeiros.

Neste ponto, insta destacar que além de visar propiciar a melhoria social, econômica e cultural dos agricultores, a regulamentação desta linha de crédito esboça cristalina preocupação com a preservação e o adequado aproveitamento dos meios de produção, no caso, a terra e os recursos a ela inerentes!

A propósito, pode-se asseverar que a Legislação concernente ao Crédito Rural – assim como de resto toda a Legislação Agrarista – tem como desafio maior conciliar a obtenção de uma produção agrícola (e agroindustrial) que atenda as necessidades sociais – inclusive gerando excedentes para fins de exportação – propiciando o bem estar coletivo (notadamente da população rural) sem que, para tanto, haja agressão ao meio ambiente. Em breves palavras, visa assegurar o desenvolvimento sustentável, diante dos riscos potenciais da atividade agrícola realizada de forma irresponsável, que se constituem em verdadeira ameaça ao globo, os quais vão desde o aquecimento global à disseminação de produtos químicos tóxicos[12].

---

[11] Lutero de Paiva Pereira. Crédito Rural Escritura Pública de Confissão de Dívida, 1999, p. 40.
[12] Cf. Brian Haweil *Agricultura Ecológica - Reduzindo a Fome e Atingindo Metas Ambientais*. Disponível em: <http://www.gestaoambiental.com.br/articles.php?id=21>, acesso em 10/04/2005.

É nítida, pois, a interface do Direito Agrário com o Direito Ambiental, este é filho emancipado daquele. A atividade agrária legitimada e protegida pela Legislação Agrarista pressupõe e reclama a observância das normas ambientais. A própria função social da propriedade, pedra angular do jusagrarismo, exige expressamente para o seu reconhecimento o requisito do aproveitamento racional e adequado, bem como a utilização escorreita dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente.

Certamente por isso – e para efetivar tão nobre propósito – este ramo do Direito, denominado Direito Agrário – tem como um de seus traços peculiares o forte dirigismo estatal, com normas cogentes e alçadas ao patamar de normas de ordem pública.

Foi no jusagrarismo onde primeiro se falou em função social do contrato e intervenção estatal na liberdade contratual, porquanto a autonomia nas avenças pelo mesmo regulamentadas (sobretudo pelas Leis n.º 4.504 de 30 de Novembro de 1964 e n.º 4.947 de 1966 e pelo Decreto n.º 59.566 de 14 de Novembro de 1966) é quase nula.

Diferentemente do que se dá com as normas de Direito Civil, que são nitidamente mais abstratas e abertas (características que eram muito perceptíveis no Código Civil de Beviláqua, no qual o *pacta sunt servanda* imperava, mas que também se fazem presentes no *Codex* de Reale, apesar de bastante atenuadas); no Direito Agrário esta discricionariedade é sempre restringida em nome da proteção social e econômica aos cultivadores diretos e pessoais da terra e, ainda, em virtude da "obrigatoriedade de cláusulas irrevogáveis que visem à conservação dos recursos naturais (...)".[13]

O Crédito Rural, evidentemente, não foge – e nem poderia – à regra do intervencionismo, vez que, igualmente, contempla regras no sentido de se assegurar o desenvolvimento sustentável. Daí porque entendemos sê-lo uma alternativa viável de gestão ambiental, sendo, imprescindível, entretanto, que as normas com mote ambiental sejam rigorosamente observadas.

3. DA UTILIZAÇÃO DOS RECURSOS DO CRÉDITO RURAL PARA FINS DE GESTÃO AMBIENTAL

O primeiro dispositivo que esboça a inolvidável preocupação da legislação atinente ao Crédito Rural com o respeito ambiental é o inciso IV do artigo 3º da Lei n.º: 4.829 de 05 de Novembro de 1.965. A propósito, a par de deixar claro a dimensão desta preocupação, cumpre informar que é justamente neste artigo no qual são arrolados os objetivos específicos desta modalidade de crédito:

> *Art. 3º – São objetivos específicos do crédito rural:*
> *(...)*
> *IV – incentivar a introdução de métodos racionais de produção, visando o aumento da produtividade e à melhoria do padrão de vida das populações rurais, e à adequada defesa do solo.*

[13] Benedito Ferreira Marques. *Direito Agrário Brasileiro*, 2001, p. 229.

O texto legal em foco merece interpretação cuidadosa, pois é notório que o legislador disse menos do que pretendia. Ao escolher a expressão "defesa do solo", por óbvio, queria salvaguardar todos os recursos naturais inerentes ao plantio, cultivo, transporte e comercialização da produção.

É preciso ponderar que o diploma legal em questão fora elaborado nos idos de 1.965, quanto o Direito Ambiental e mesmo o Direito Agrário ainda eram carentes de conceitos e definições. Daí a atecnia ora comentada, que deve ser suprida pelo aplicador através de uma leitura mais abrangente. Além da defesa da terra (solo) devem também ser protegidas pelos métodos racionais de produção: especificamente, a água, o ar, a fauna, a flora e; de forma geral, todo o patrimônio ambiental.

Em tempo, o uso de "defesa" ao revés de "proteção" ou "respeito" ou "preservação" – como tivemos a oportunidade de comentar nas linhas retro – , também demanda uma interpretação extensiva do aplicador.

Aliás, é de se registrar que o próprio legislador parece confessar os deslizes acima denunciados. Tanto é verdade, que no inciso III do artigo 48 da Lei n.° 8.171 de 17 de Janeiro de 1.991, preferiu utilizar o termo "preservação do meio ambiente (...)", conforme sugerimos.

Prosseguindo na análise de tal dispositivo, insta salientar que na perseguição da meta supra, qual seja, a de incentivar a introdução de métodos racionais de produção, os recursos do mútuo agrário não estão vinculados somente ao custeio das atividades relacionadas ao plantio propriamente dito.

Além deste fim, nos parece indiscutível que a verba também pode / deve ser utilizada para o financiamento de pesquisas e de experimentos que tenham como propósito a invenção, o desenvolvimento e a conseqüente introdução na cadeia produtiva das técnicas de aproveitamento adequado dos recursos naturais.

Ora, a pesquisa de tais métodos, ao lume do que discorremos algures, quando tivemos a oportunidade de trazer à baila várias opiniões doutrinárias, devem ser classificadas como atividades agrárias conexas ou complementares.

A uma, porque toda atividade que se destina à preservação ambiental no processo de exploração dos recursos naturais é considerada atividade agrária complementar / conexa. E isto é bastante clarividente quando a pesquisa financiada tem como mote o aperfeiçoamento de determinada etapa produtiva agrícola / agroindustrial.

Resgatando o que dissemos outrora, a atividade agrária pressupõe e reclama a observância das normas ambientais. Neste viés, a pesquisa científica com tais fins passa a fazer parte e ser considerada como uma das fases do processo produtivo e, por que não dizer, uma atividade pressuposta ao mesmo. Desta feita, é indiscutível sua classificação como atividade agrária conexa / complementar.

A duas, e corroborando o raciocínio anterior, em razão de que pelo mesmo fato de não ser reconhecida função social sem o aproveitamento racional e adequado da propriedade (art. 186, I da CF/88), não há agricultura sem ciência.

Em outras palavras, sem pesquisa, para exponencializar a utilização e o aproveitamento dos recursos naturais, não poderá ser reconhecida a função social da propriedade; fato que é conclusivo no sentido de que as atividades relacionadas à pesquisa sejam consideradas uma fase (importantíssima!) inerente ao processo produtivo e, como tal, atividades conexas / complementares.

Retomando o argumento de que o Crédito Rural pode deve / ser utilizado para fins de pesquisa, vale consignar que além da interpretação teleológica da Lei n.º: 4.829 de 05 de Novembro de 1.965 (que o instituiu) e da Legislação correlada – que, consoante exposto, possuem premente preocupação ambiental – é de se ponderar que em nenhum momento há referência em tais disposições de que os recursos hão de ser, necessariamente, empregados no custeio do cultivo, comercialização, transporte e / ou armazenamento.

Em absoluto. O artigo 2º da Lei n.º: 4.829 de 05 de Novembro de 1.965 dispõe, de forma genérica que a verba deverá ter "aplicação exclusiva em atividades que se enquadrem nos objetivos indicados na legislação em vigor". E, consoante consideramos, as atividades de pesquisa estão abarcadas neste rol.

Da mesma forma, cabe informar que não há restrição deste jaez no Decreto-Lei n.º: 167, de 14 de Fevereiro de 1.967, que regulamenta as Cédulas de Crédito Rural, título de crédito através do qual o financiamento rural será concedido aos produtores. É o que se depreende do artigo 2º do indigitado diploma legal: "o emitente da cédula fica obrigado a aplicar o financiamento nos fins ajustados, devendo comprovar esta aplicação no prazo e forma exigidos pela instituição financeira."

Conforme se nota, não há um arrolamento taxativo e específico das etapas da produção nas quais devem ser aplicados os recursos. Ao contrário, optou-se, mais uma vez, pela utilização de expressão genérica "fins ajustados". Na linha do que discorremos nas linhas passadas, um dos fins pode / deve ser a pesquisa com matiz ambiental, pois a consideramos parte indispensável do processo produtivo agrícola / agroindustrial.

Ainda que embrionário, senão inédito, este posicionamento, pelo qual defendemos a utilização dos recursos do mútuo agrário para o financiamento de técnicas de pesquisa que aprimorem a utilização dos recursos ambientais é, indiscutivelmente, uma forma de Gestão Ambiental ou, ao menos, uma maneira de implementação / viabilização da mesma.

Obviamente, não há como incentivar a introdução de métodos racionais de produção sem que tais técnicas sejam, antes, descobertas, aperfeiçoadas e desenvolvidas, no sentido de ser possível sua utilização pela cadeia produtiva agrícola / agroindustrial. Da mesma maneira, tal processo não será possível sem dinheiro suficiente para seu patrocínio.

Assim, uma vez utilizados recursos subsidiados oriundos da destinação específica e compulsória para do Crédito Rural, para o fomento das atividades de pesquisa que envolvam fins ambientais, esta espécie de mútuo passa a caracterizar verdadeiro instrumento de Gestão Ambiental e importante patrocinador do Desenvolvimento Sustentável.

Aliás, consoante argumentamos algures, tal é o fim de todas as normas jusagraristas, propiciar a produção agrícola em patamares desejáveis e significativos –inclusive gerando excedentes exportáveis – em prol do bem comum (sobretudo das populações rurígenas) e com o imprescindível respeito ao meio ambiente.

Nos parece clarividente o raciocínio: quando um agricultor pega um empréstimo (através dos mecanismos do crédito rural) e contrata um agrônomo para criar / engenhar / inventar um sistema que permita o melhor aproveitamento, por exem-

plo, da água utilizada para a irrigação da plantação, está claro que está objetivando gerir racionalmente (ao menos do ponto de vista ecológico) sua propriedade.

Da mesma forma, uma cooperativa de produtores de determinada região, cujas propriedades servem-se das águas de determinado rio para irrigar suas plantações terá interesse em obter um empréstimo nos moldes do crédito rural para desvendar os motivos do assoreamento deste manancial. E certamente, a (in)disponibilização dos recursos da forma subsidiada será determinante para a salvação do mesmo.

A primeira recompensa destes investimentos, evidentemente, seria a preservação ambiental, o que, por óbvio, reverterá em prol de toda a coletividade. Num segundo plano, mas não menos considerável, haveria nítido retorno financeiro: a uma, pelo fato de possibilitar a continuidade da produção; a duas, em razão da pesquisa financiada poder ser divulgada e utilizada em outras propriedades / regiões, rendendo, inclusive, os *royaltes* condizentes.

Ora, assim como o próprio cultivo, a elaboração de métodos racionais de produção também demandam investimentos significativos, cujo ônus, na maioria das vezes, representa uma barreira intransponível para a descoberta destas novas e desejadas técnicas.

Portanto, nada mais justo que, além do cultivo, transporte, comercialização e armazenamento, sejam os recursos do mútuo rural destinados ao subsídio das pesquisas que tenham como mote a salvaguarda ou a melhor utilização do meio ambiente envolvido no processo produtivo agrícola / agroindustrial.

Afinal de contas, na cadência dos argumentos expendidos, a pesquisa é, também, uma atividade agrária conexa / complementar e, neste particular, deve ser considerada uma das fases do processo produtivo ou mesmo um pressuposto do mesmo.

4. DA NECESSIDADE E VIABILIDADE DA GESTÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE PARA CONCESSÃO DO CRÉDITO RURAL

Prosseguindo, cabe salientar que ao mesmo tempo em que a Legislação atinente ao Crédito Rural subsidia os recursos a serem alocados na produção – inclusive, obrigando a destinação dos mesmo pelos agentes do sistema financeiro às atividades agrárias – o sistema contempla uma série de regras para assegurar que tais verbas sejam, efetivamente, empregadas nos fins desejados.

De início, para concessão do empréstimo, faz-se imprescindível a apresentação pelo tomador (produtor ou cooperativa) de um orçamento de aplicação nas atividades específicas, por profissional que tenha capacidade para tanto (*v.g.* engenheiro agrônomo), consoante determina o artigo 10, II da Lei n.º: 4.829/65. Tal exigência visa, inicialmente, assegurar a idoneidade técnica e econômica do empreendimento financiado.

Idoneidade econômica, no sentido de se verificar se o projeto a ser implementado e subsidiado é viável financeiramente, garantindo o não emprego do dinheiro em atividades cuja produtividade seja duvidosa.

Já no que tange à idoneidade técnica, mister se fazer uma interpretação mais abrangente. Neste particular e, ressaltando que um dos fins específicos do Crédito Rural é contribuir para inserção destas técnicas adequadas de utilização dos recursos naturais, entendemos que também devem ser considerados inaceitáveis, com a conseqüente não disponibilização do capital, os projetos / orçamentos que não contemplem métodos racionais de utilização dos recursos naturais.

Portanto, em mais este aspecto, pode / deve ser o mútuo rural um importante mecanismo de gestão ambiental. Insiste-se: se há hoje a certeza de que além da produtividade, os sistemas de produção devem cuidar da proteção do meio ambiente como forma de não exaurir os recursos naturais imprescindíveis ao plantio e, sendo esta, inclusive, uma das preocupações da regulamentação desta linha creditícia.

Na prática, isto significa que se há no orçamento a previsão de compra de insumos necessários para o plantio de determinada área e da aquisição uma quantidade de defensivos agrícolas desproporcionalmente maior do que a ambientalmente considerada acertada, deverá o projeto ser rejeitado.

Conceder o empréstimo neste caso seria patrocinar a agressão ao meio ambiente o que, ao seu turno, redundaria na utilização inadequada dos recursos do ponto de vista econômico e ambiental, desvirtuando em dois aspectos os objetivos do Crédito Rural.

Continuando a destacar a possibilidade / necessidade do mútuo agrário ser um instrumento de gestão ambiental e, até mesmo, é de se alinhavar que há a exigência (art. 10, III da Lei n.º: 4.829/65), de que o financiador (agentes do sistema financeiro através dos quais são concedidos os empréstimos) fiscalize o emprego adequado dos recursos, nos moldes da legislação pertinente.

Tal é a determinação que se nota em vários dispositivos. Esta fiscalização, vale registrar, há de ser ampla, devendo o tomador possibilitar ao financiador todos os meios necessários ao acompanhamento da aplicação dos recursos (art. 7º do Decreto-Lei n.º: 167, de 14 de Fevereiro de 1.967).

Poderá o agente financeiro, neste propósito fiscalizador, indicar pessoas para fazer tal averiguação *in locu*, ou seja, no interior da propriedade rural na qual está sendo implementado o empreendimento, percorrendo "(...) todas e quaisquer dependências dos imóveis referidos no título (...)" de concessão do mútuo e, ainda, "verificar o andamento dos serviços neles existentes" (art. 7º do Decreto-Lei n.º: 167, de 14 de Fevereiro de 1.967).

Nesta senda, a aferição da observância das regras ambientais e das técnicas racionais de aproveitamento dos recursos naturais é perfeitamente possível e necessária, vez que a Lei não só autoriza como impõe esta gestão / acompanhamento ambiental da propriedade por parte do financiador.

Desta feita, uma vez constatada a infração dos preceitos ambientais ou a não implementação de métodos racionais de produção pelo tomador do empréstimo, deve o agente financeiro estar atento e intervir para assegurar a utilização adequada do capital e, até mesmo, suspender a disponibilização do mesmo.

Por fim, insta frisar que esta gestão ambiental a ser implementada pelo financiador não impõe ônus a este, vez que as despesas inerentes à fiscalização, por força

do artigo 8º do Decreto-Lei n.º: 167 de 14 de Fevereiro de 1.967, podem ser embutidas na própria Cédula de Crédito Rural, através da previsão da "taxa de comissão de fiscalização" estando, pois, embutidas no preço a ser pago pelo financiamento.

Aliás, o fato destes recursos já estarem inclusos no preço do capital, assegura a utilização efetiva dos mesmos na gestão ambiental da propriedade, pois o acompanhamento será feito pelo financiador, através de destinação específica dos mesmos para este fim, o que evita a apropriação da verba pelo agricultor para aumentar sua margem de lucro.

Por mais este motivo, é bastante viável aos nossos olhos, a utilização do Crédito Rural como instrumento de gestão ambiental, vez que os recursos necessários para fazer tal acompanhamento já estão assegurados e vinculados no ato da concessão do mútuo (e, diga-se de passagem, de forma subsidiada), não envolvendo gastos posteriores para o produtor, o que, na maioria dos casos, é apontado como o grande obstáculo para implementação de monitoramento ambiental .

Enfim, consideramos cumprido propósito deste arrazoado. Com efeito, tendo em conta as linhas expendidas o mútuo agrário pode e deve se tornar um eficaz instrumento de gestão ambiental. Afinal, além de ser utilizado para o financiamento de pesquisas que levem ao desenvolvimento de novas e mais aprimoradas técnicas de aproveitamento dos recursos naturais; sua concessão exige (através do requisito técnico) a demonstração de que tais métodos de utilização adequada do meio ambiente; assim como impõe a fiscalização por parte do agente financeiro de que tal proposta está sendo efetivamente cumprida pelo tomador, sendo que as despesas para tal acompanhamento estão asseguradas no próprio empréstimo.

5. CONCLUSÕES ARTICULADAS

5.1 Nosso sistema jurídico alberga visão pós-positivista, a qual não se contenta com o mero respeito à legalidade consubstanciada nas regras, somando-se a necessidade e o dever de uma orientação princípiológica, não somente no que atine à atuação do judiciário, mas também às demais funções estatais e privadas à sociedade. A tutela ambiental, sob certo modo, bastante atual, é fortemente beneficiada por este novo pensamento, visto que a falta de uma norma específica a impedir determinada ação ou omissão não será fator impeditivo de que se imponha a não realização destas condutas. O princípio ambiental, a exemplo de todos os princípios, há de ser aplicado como norma dotada de plena e imediata eficácia.

5.2 A atividade agrícola perfaz-se em um complexo processo produtivo que, além de uma atividade principal, qual seja, o manejo do cultivo propriamente dito, envolve atividades outras, conexas ou complementares a este, e que o viabilizam, permitindo ao produtor auferir os resultados do seu trabalho.

5.3 O Crédito Rural consiste em um relevante instrumento de desenvolvimento da agricultura. E é implementado não só em prol do produtor, como também em benefício de toda a coletividade, em virtude da melhoria da produtividade e da

utilização de técnicas adequadas de exploração dos recursos naturais que serão oportunizadas pelo financiamento.

5.4 As atividades de pesquisa que tenham como mote a descoberta, desenvolvimento e conseqüente inserção no processo produtivo de métodos de produção ecologicamente adequados devem ser consideradas atividades agrárias complementares ou conexas e, neste viés, devem também ser fomentadas através de recursos advindos do Crédito Rural.

5.5 Os empreendimentos a serem financiados através do Crédito Rural devem, para fins de concessão, apresentar projeto que contemple métodos racionais de produção, tendo por eixo o respeito ao meio ambiente, em respeito ao princípio do desenvolvimento sustentável.

5.6 O incentivo ao desenvolvimento de técnicas de aproveitamento racional –, através da disponibilização dos recursos para fins de pesquisa –, a obrigatoriedade na observância de destas técnicas no processo produtivo, e, ainda a imperiosidade da fiscalização do financiador no que tange ao respeito ao meio ambiente por parte do produtor; permitem afirmar ser o Crédito Rural um instrumento eficaz de Gestão Ambiental.

AS LIMITAÇÕES DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO DE RISCOS: CONSIDERAÇÕES À LUZ DA TEORIA SOCIAL DE ULRICH BECK

MAÍRA LUÍSA MILANI DE LIMA
Advogada, mestranda em Direito Ambiental pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Membro do Grupo de Estudos de Relações Internacionais e Meio Ambiente – GERIMA, cadastrado no CNPq. Bolsista da Capes

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, ganha a atenção dos pesquisadores do Direito a temática dos riscos ambientais. Enquanto na sociologia, na ciência política e na antropologia o tema vem sendo discutido já há algum tempo, a preocupação com o risco é relativamente recente para os estudiosos do Direito no Brasil.

A relevância da discussão emerge em razão da ineficácia dos instrumentos de proteção dos recursos naturais previstos no ordenamento jurídico pátrio, bem como do descompasso existente entre os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente e o modelo de desenvolvimento econômico em vigor. Apesar do enorme avanço no que concerne à legislação ambiental, o país continua incapaz de conter a produção de riscos ecológicos e, por isso, o Direito recorre às outras áreas do conhecimento para tentar compreender sua insuficiência perante eles.

São raros os trabalhos no âmbito do Direito Ambiental que ultrapassam a mera descrição de dispositivos jurídicos. Refiro-me, aqui, aos doutrinadores que se deslumbram com a avançada legislação brasileira relativa à matéria ambiental, sem, no entanto, preocupar-se com a implementação da mesma na prática. A fim de verificar se tais dispositivos realmente atingem o objetivo para o qual foram criados, e superar opiniões entusiastas acerca das maravilhas do mundo do dever-ser jurídico, é que se faz importante para o pesquisador imiscuir-se em outras áreas do conhecimento. A interdisciplinaridade é capaz de romper a redoma posta pelo positivismo ao redor do jurista, e fazê-lo analisar criticamente a realidade à qual seu instrumento de trabalho (a norma) corresponde.

É neste contexto que surge a necessidade de se analisar a noção de *sociedade de risco,* tal como desenvolvida pelo sociólogo alemão Ulrich Beck. Sua afirmação segundo a qual vivemos hoje em uma sociedade que investe deliberadamente em riscos ecológicos nos ajuda a compreender a ineficácia dos dispositivos legais que tentam resguardar o meio ambiente, em especial aqueles que instituem e regulamentam instrumentos de gestão de riscos, como o licenciamento ambiental.

Este trabalho pretende sistematizar algumas das principais idéias desenvolvidas por tal autor. A escolha de Ulrich Beck decorre da atualidade de sua obra e da centralidade dada por ele à questão dos riscos ambientais engendrados pelo desenvolvimento da sociedade industrial. Com o intuito de compreender as transformações sociais geradas pelos riscos que contrariam idéias centrais da modernidade, como segurança e bem-estar, Beck propõe novas categorias, como a *sociedade de risco,* a *modernização reflexiva*, e a *irresponsabilidade organizada,* entre outras.

O objetivo deste trabalho é pensar alguns aspectos da realidade ambiental brasileira a partir das citadas categorias, a fim de compreender as já referidas insuficiências do Direito Ambiental, principalmente no que se refere à produção da informação constante no Estudo de Impacto Ambiental - EIA - e à participação da sociedade civil na gestão dos riscos por meio da audiência pública realizada no âmbito do licenciamento ambiental.

2. MODERNIZAÇÃO REFLEXIVA E SOCIEDADE DE RISCO

A modernidade, como período histórico, tem início com a mudança no modo de entender a ciência. Enquanto na Idade Média valorizava-se muito pouco a experimentação científica e a observação dos fenômenos como método, a Idade Moderna se caracteriza exatamente pela experimentação e pela observação, buscando extrair dos fenômenos as suas leis e princípios. Esta nova maneira de observar os fenômenos naturais e buscar o conhecimento foi seguida por novos métodos de observação da sociedade e, por conseguinte, novas formas de organização sociais, como o Estado laico e a sociedade industrial.

O avanço científico e o conseqüente desenvolvimento tecnológico foram responsáveis por profundas transformações nas formas de organização social. No entanto, tais mudanças trouxeram não apenas bem-estar e segurança social, mas também foram acompanhadas pela produção de riscos ecológicos que ameaçam a vida na Terra.

Beck refere-se à *modernização* para designar o processo de inovações tecnológicas que altera profundamente as formas de organização social, os estilos de vida, as estruturas e formas de poder, as concepções da realidade e os fundamentos do conhecimento[1]. Para ele, a modernidade pode ser dividida em dois períodos: o primeiro deles refere-se ao nascimento da sociedade industrial, onde ocorre a *modernização simples*; já o segundo período diz respeito à modernização da sociedade industrial e é denominado de *modernização reflexiva*[2].

Enquanto a modernização simples foi responsável pelo fim dos privilégios estamentais e pela laicização do Estado, a modernização reflexiva é expressão do desenvolvimento exagerado de algumas promessas da modernidade, como o desenvolvimento científico e o progresso tecnológico. A partir do momento em

[1] BECK, Ulrich. *La sociedad Del riesgo:* hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998a, p. 25.
[2] BECK, 1998a, ob. cit., p. 16-17.

que as grandes ameaças, que atingem a sociedade e a natureza, surgem como conseqüência do ideal de desenvolvimento científico e progresso propagado na modernidade, seus problemas passam a desafiar as premissas centrais de seu próprio sistema social e político. Nas palavras de Beck:

Esse novo estágio, em que o progresso pode se transformar em autodestruição, em que um tipo de modernização destrói outro e o modifica, é o que eu chamo de etapa de modernização reflexiva[3].

Para melhor explicar cada período, o autor procura diferenciar *cientificização*[4] *simples* de *cientificização reflexiva*. Em um primeiro momento, que coincide com o surgimento da sociedade industrial, a ciência é aplicada à natureza, ao ser humano e à sociedade; na fase reflexiva, no entanto, a ciência passa a ser um problema para ela mesma: ela enfrenta seus próprios produtos e defeitos. Surge uma preocupação com as conseqüências externas do avanço científico[5].

A crença incondicional na ciência e no progresso, típica até a primeira metade do século XX, possibilitava aos cientistas contestar eventuais críticas da opinião pública aos efeitos nefastos de seu avanço graças a seus êxitos e suas promessas de liberdade e bem-estar. Em determinado momento, entretanto, seus fracassos ganham especial atenção.

Se na cientificização simples havia a separação entre sujeito e objeto do conhecimento, a partir de então a própria ciência passa a ser um objeto de exame[6]. A crítica social às práticas científicas leva os próprios cientistas a se posicionarem reflexivamente, de modo que eles passam a demonstrar certa insegurança diante dos riscos potenciais gerados pelo avanço da intervenção científica na natureza. A ciência e a técnica são cogitadas como a possível origem de suas próprias falhas e problemas.

Modernização reflexiva significa a possibilidade de destruição de toda a era da sociedade industrial. Tal destruição não é ocasionada por crises ou revoluções, mas pelo próprio triunfo do modelo de modernização ocidental. O adjetivo "reflexiva" não se refere à reflexão, no sentido de um repensar, de um questionamento acerca da modernidade; significa, sim, que os grandes problemas da modernidade nasceram do cumprimento exagerado de algumas de suas promessas. A modernização é reflexiva porque os riscos produzidos em decorrência dela se voltam contra ela mesma e podem, dessa forma, destruí-la[7].

A partir desta primeira análise que busca diferenciar dois períodos da modernidade, quais sejam, o período da modernização simples e aquele da modernização reflexiva[8], é possível diferenciar os perigos naturais e as ameaças engendradas pelo

---

[3] BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. *In: Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1997, p. 12.

[4] Da tradução espanhola "cientificación". O termo não existe na língua portuguesa, nem mesmo em espanhol, o que sugere tratar-se de um neologismo. Opta-se pela tradução "cientificização" seguindo aquela realizada por Franz Josef Brüseke (2001, p. 35) em sua obra "A técnica e os riscos da modernidade", onde são analisadas algumas idéias de Ulrich Beck.

[5] BECK, 1998a, ob. cit., p. 206-212.

[6] BECK, 1998a, ob. cit., p. 204.

[7] BECK, 1997, ob. cit., p. 12.

[8] O autor, ao longo de sua obra, utiliza como sinônimo de "modernização reflexiva" os termos "modernização da modernização" ou "segunda modernidade".

desenvolvimento técnico-científico que caracterizam a atualidade. Beck relaciona a noção de *perigo*, primeiramente, com a sociedade pré-industrial[9]. Os perigos têm causas essencialmente naturais, como terremotos, pragas e a fome. Já a noção de *risco* é relacionada com a ação do homem sobre o meio ambiente. Deriva, a partir da Revolução Industrial, da maior intervenção humana na natureza e da busca de maior eficiência técnica e científica. O autor distingue, assim, os *riscos pré-industriais* (perigos), que não derivam de decisões técnico-econômicas, e podem, portanto, ser atribuídos a fatores externos, como a natureza; e *riscos industriais* (riscos que caracterizam a segunda modernidade), que são gerados a partir de decisões sociais e devem ser ponderados, analisados e negociados partindo-se da análise das vantagens relacionadas com a atividade responsável pelo seu surgimento[10].

Os riscos industriais, por sua vez, também merecem distinções. Num primeiro momento, os riscos da sociedade industrial são apenas residuais, ou seja, são produtos indesejáveis compensados, no entanto, com o ganho de bem-estar social. Os riscos não se tornam questões públicas. Já num segundo momento, eles passam a dominar o centro dos debates políticos. "Nesse caso, as instituições da sociedade industrial tornam-se os produtores e legitimadores das ameaças que não conseguem controlar"[11]. Nesse segundo momento, não há mais sentido falar em *sociedade industrial*, mas sim em *sociedade de risco*, eis que enquanto anteriormente o grande problema da sociedade era a distribuição desigual dos benefícios trazidos pela industrialização, atualmente as externalidades dessa industrialização – como a poluição, por exemplo - e os riscos gerados por ela constituem o problema central da sociedade.

Beck salienta que os riscos da sociedade contemporânea são produzidos porque as certezas da sociedade industrial ("o consenso para o progresso e a abstração dos efeitos e dos riscos ecológicos")[12] dominam o pensamento e a ação das pessoas e das instituições.

Neste ponto, surge a idéia de *sociedade de risco* como uma sociedade incapaz de controlar as ameaças que ela mesma produz. Nas palavras do autor:

> *Este conceito designa uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna, em que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem cada vez mais a escapar das instituições para o controle e a proteção da sociedade industrial*[13].

A *sociedade de risco* é um período da modernidade em que as ameaças produzidas ao longo da sociedade industrial começam a tomar forma. Tais ameaças levantam a questão da limitação do modelo de desenvolvimento adotado até então, bem como dos padrões de responsabilidade, segurança, controle, reparação do dano e distribuição de suas conseqüências.

---

[9] BECK, 1998a, ob. cit., p. 203.
[10] BECK, Ulrich. Políticas Ecológicas en la edad del riesgo. Antídotos. La irresponsabilidad organizada. Barcelona: El Roure Editorial, 1998b, p.131.
[11] BECK, 1997, ob. cit., p. 15-16.
[12] BECK, 1997, ob. cit., p.16.
[13] BECK, 1997, ob. cit., p.15.

3. CARACTERÍSTICAS DOS RISCOS

Beck defende cinco teses que tornam peculiares os riscos da atualidade:

a) São gerados em níveis avançados do conhecimento, de modo que se tornam imperceptíveis para a maioria da população. É o caso da radioatividade e das substâncias nocivas presentes no ar, na água e nos alimentos. Como fogem à percepção humana imediata, podem ser ocultados pelos responsáveis por sua produção[14].

b) Quando, ao contrário, são levados a público, sua tolerabilidade se torna uma escolha social[15].

c) Os riscos presentes nessa sociedade já não se limitam a lugares e grupos, mas se globalizam na medida em que não respeitam as fronteiras dos Estados nacionais, gerando ameaças globais. Além de ultrapassarem limites espaciais e sociais, os riscos excedem também as fronteiras temporais, colocando em perigo as futuras gerações. Eles também não estão confinados em termos sociais a determinadas classes, eis que afetam aqueles que são beneficiados pela sua produção. É o que o autor chama de *efeito bumerangue*[16].

d) A expansão dos riscos não rompe com a lógica do desenvolvimento capitalista. Ao contrário, eles são "um ótimo negócio"[17], pois são capazes de gerar novas necessidades. A contaminação da água, por exemplo, leva à fabricação de produtos capazes de purificá-la.

e) É de suma importância social e política o conhecimento sobre os riscos. Tal conhecimento depende de meios cognitivos especiais, o que leva o cidadão comum a estar cada vez mais atrelado às informações produzidas cientificamente.

O autor imputa referidas características aos riscos a fim de demonstrar os desafios que eles trazem aos sistemas de proteção do meio ambiente previstos nas legislações nacionais, bem como as transformações sociais que deles decorrem[18]. Sem pretensão de esgotar o tema, alguns desafios serão analisados no decorrer do texto.

4. A CONSTRUÇÃO SOCIAL DO RISCO

Julia Guivant[19], em artigo intitulado "A Trajetória das Análises de Risco: Da Periferia ao Centro da Teoria Social", analisa o pensamento de vários autores das ciências sociais que se preocuparam com o risco. Durante os anos 60, diversas disciplinas desenvolveram estudos técnicos e quantitativos acerca do risco, com a finalidade de chegar a um conceito de "risco aceitável". Essa abordagem sofreu críticas, ainda no final dos anos 60, a partir do

[14] BECK, 1998a, ob. cit., p. 28.
[15] BECK, 1998a, ob. cit., p. 29-30.
[16] BECK, 1998a, ob. cit., p 29.
[17] BECK, 1998a, ob. cit., p. 29.
[18] Sobre transformações sociais e políticas no âmbito da sociedade de risco, cf. o conceito de subpolítica (BECK, 1997, ob. cit., p. 24-25; BECK, 1998a, ob. cit., p. 199-289; BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI, 2002, p. 58-73, 143-171).
[19] GUIVANT, Julia. A trajetória das análises de risco: da periferia ao centro da teoria social. *Revista brasileira de informação bibliográfica em ciências sociais*. Rio de Janeiro, n. 46, 2º semestre de 1998. p. 3-38.

desenvolvimento da chamada "teoria cultural dos riscos", que questionava a legitimidade dos técnicos na definição das ameaças que poderiam ser aceitas pela sociedade. Os adeptos dessa teoria, que passaram a se identificar como "construtivistas", afirmam o caráter cultural de todas as definições de risco, de forma que não existe um método objetivo para aferi-los. É no bojo da própria sociedade, por meio de suas instituições políticas e jurídicas, que são definidos os riscos aceitáveis.

Beck se identifica com a construção social do risco. Para ele, o conhecimento científico, deixado a cargo dos técnicos, não dá conta da complexidade das ameaças contemporâneas. Os pressupostos epistemológicos sobre os quais o conhecimento científico foi construído durante o século XX, que primam pela superespecialização, falham diante da somatória de ameaças geradas pela industrialização. As investigações acerca das substâncias nocivas, por exemplo, averiguam os efeitos na saúde humana de um produto individual. Entretanto, o impacto das várias substâncias tóxicas às quais homens e mulheres são expostos diariamente ao longo de suas vidas não é passível de um cálculo seguro. Desta forma, como a ciência não dá conta de identificar de forma objetiva todos os riscos de suas empreitadas, a aceitação deles passa a ser escolhas sociais.

Segundo Beck, quando os Estados modernos passaram a estabelecer limites de tolerância para emissão de poluentes na água e no ar, nada mais fizeram do que desempenhar uma função de *desintoxicação simbólica*[20], ou seja, permitirem a poluição e, ao mesmo tempo, anunciarem que existem técnicos responsáveis pela fixação desses limites. No entanto, os verdadeiros efeitos de tais substâncias na saúde humana e no meio ambiente só são testados após sua emissão, de forma que a lógica científica - experiências, testes, comprovação dos resultados, e liberação do produto - é invertida.

O autor afirma que o mundo se converteu num campo experimental de tecnologias arriscadas que negam as promessas de segurança feitas pelas autoridades estatais, econômicas e técnicas[21]. A comprovação da segurança de determinada técnica só é feita após sua aplicação. É o caso das centrais de energia nuclear que primeiro são construídas para, então, estarem sujeitas à comprovação de sua segurança.

Ao mesmo tempo em que a ciência se tornou imprescindível na modernidade, seus conceitos e fundamentos metodológicos se tornam insuficientes para a determinação da verdade. Com isso, as exigências de validade científica não passam de acordos, decisões, convenções que, não obstante, poderiam ser diferentes[22]. Um exemplo tornará a idéia mais clara: as opiniões científicas acerca dos efeitos na saúde humana, em longo prazo, do consumo da soja transgênica são divergentes. Apoiar a opinião do grupo de cientistas segundo os quais a soja não causará efeitos maléficos no organismo humano e liberar a comercialização passa a ser uma decisão política

[20] BECK, 1998a, ob. cit., p. 77.
[21] BECK, 1998b, ob. cit., p. 19.
[22] BECK, 1998a, ob. cit., p. 205.

do governo de determinado país, que está sujeito à pressão dos cultivadores dessas sementes[23].

Com isso, é possível afirmar que os riscos são hoje produzidos como conseqüências secundárias, conhecidas ou não, de determinadas vantagens políticas ou econômicas eleitas como necessárias. Trata-se, sem dúvida, de uma escolha política: a incerteza científica a respeito dos efeitos de determinado produto ou do impacto da operação de determinada indústria no meio ambiente faz com que a decisão do órgão público responsável pela liberação e fiscalização de atividades potencialmente causadoras de impacto ambiental sofra influências dos interessados na liberação do produto ou na construção da indústria. Esses interessados podem ser tanto a iniciativa privada como o governo do Estado, eis que a construção de indústrias e mesmo a liberação de um produto significam o "aquecimento" da economia, a geração de empregos e a maior arrecadação dos cofres públicos.

É nesse sentido, então, que os riscos são construídos socialmente: diante de opiniões científicas divergentes acerca da tolerabilidade de determinado risco, aceitá-lo ou não passa a ser uma escolha de instâncias políticas, jurídicas ou econômicas, nacionais ou internacionais, com toda a influência que uma pode exercer sobre a outra.

5. A IRRESPONSABILIDADE ORGANIZADA

Devido à complexidade dos riscos modernos, suas causas nem sempre podem ser identificadas. A causa do risco se desprende de sua consistência científica pelo fato da ciência não ser capaz de controlar todas as ameaças geradas a partir de sua intervenção na natureza. Como as opiniões científicas acerca de determinada ameaça são geralmente divergentes, é difícil imputar sua existência a apenas uma pessoa, uma atividade industrial, ou o grupo de usuários de um produto perigoso, por exemplo. As causas se diluem, criando um clima de irresponsabilidade geral[24].

Os riscos são gerados em níveis avançados de desenvolvimento científico e tecnológico e podem permanecer invisíveis ou, então, serem alterados e minimizados[25]. Com isso, eles podem adquirir seu caráter de invisibilidade em virtude de manobras sociais, jurídicas e políticas que impedem que suas causas venham a público.

---

[23] Basta lembrar da liberação do cultivo e da comercialização da soja transgênica no Brasil, feita por meio de medidas provisórias, sem a realização de um estudo prévio de impacto ambiental e sem qualquer discussão do governo com a sociedade civil. Em 2003, o governo federal editou a Medida Provisória 113, que foi convertida na Lei 10.688, de 10 de junho do mesmo ano. Esta lei liberou a comercialização da soja transgênica da safra de 2003, sob o argumento de que os agricultores já estavam com as sementes geneticamente modificadas para iniciar o cultivo da safra. Com isto, a compra de sementes convencionais implicaria enormes prejuízos aos agricultores e ao próprio governo, que teria que financiá-los. Ocorre que os agricultores contrabandearam a semente transgênica da Argentina, onde o plantio é permitido. Meses depois, a Medida Provisória 131, convertida na Lei 10.814, estendeu os efeitos da Lei 10.688 para a safra de 2004. In: RIOS, Aurélio Virgilio Veiga. *Considerações jurídicas sobre a liberação de organismos geneticamente modificados no ambiente*. Disponível em: http://mt.trfl.gov.br. Acesso em 16 jun 2004. Nova medida provisória editada no final de 2004 liberou o plantio e a comercialização da soja em 2005.

[24] BECK, 1998a, ob. cit., p. 38-39.

[25] BECK, 1998a, ob. cit., p. 28.

Para Beck, quando um risco é conhecido, a opinião pública passa a se pronunciar sobre a definição das conseqüências dele para a saúde humana e para o meio ambiente, além de seus efeitos sociais, econômicos e políticos. Dessa forma, a gestão dos riscos se torna um problema público[26], demandando, como tal, um diálogo entre sociedade civil, Estado e mercado sobre suas implicações. Esse diálogo pressuporia transparência e democratização das decisões do poder público relativas às obras e atividades de risco.

A transparência pode gerar formas diversas de mobilização social que vão de encontro a interesses econômicos e políticos. As mobilizações causadas pelo questionamento da sociedade acerca da legitimidade das instituições estatais responsáveis pelo controle de atividades potencialmente danosas para o meio ambiente e pela segurança pública em geral são denominadas por Beck[27] de *explosividade social do risco.* Nesse aspecto, a fim de evitar uma explosividade social, a informação acerca do risco pode ser manipulada, ocultada, ou, ainda, o risco pode ser *naturalizado*.

Na vida cotidiana, persiste a crença segundo a qual os riscos gerados pelo desenvolvimento tecnológico e científico podem ser descobertos, perseguidos, tratados e, assim, sua concretização pode ser evitada. O que ocorre, porém, é justamente o contrário: os riscos atuais fogem cada vez mais do conhecimento científico e, no entanto, as instituições estatais responsáveis pela segurança da saúde e pela preservação dos recursos naturais fazem campanhas onde informam a população que os riscos são sim controlados; que os recursos naturais não estão à mercê da apropriação descontrolada. Nas palavras de Beck, "quanto mais sobressaltos causarem na sociedade os riscos produzidos pelo sistema, mais o sistema utilizará recursos para demonstrar que os riscos não foram gerados por ele"[28].

Beck[29] desenvolve o conceito de *irresponsabilidade organizada* para identificar os meios utilizados pelos sistemas político e econômico para ocultar a origem dos riscos, seus possíveis efeitos e evitar protestos – ou seja, a explosividade social do risco – contra a forma pela qual esses sistemas têm gerenciado as atividades que implicam riscos ecológicos e evitar, ainda, uma possível responsabilização pelos danos ocasionados.

Como visto, as sociedades modernas tratam os riscos que produzem de duas formas: os ocultam ou manipulam a informação existente sobre eles, de modo a evitar qualquer forma de protesto por parte da sociedade civil; ou, então, os tratam como conseqüências naturais da modernização. Nesse último sentido, os riscos são meros efeitos indesejáveis compensados pelo bem-estar gerado pelo progresso científico e econômico. As instituições políticas e científicas referem-se a eles como problemas inevitáveis, que, no entanto, tem seus males tratados e controlados.

É claro que os riscos podem ser realmente imperceptíveis, e não ocultados por manobras econômicas e políticas. Eles podem não ser percebidos simplesmente porque a ciência não é capaz de prever todos os efeitos de suas empreita-

[26] BECK, 1998a, ob. cit., p. 30.
[27] BECK, 1998a, ob. cit., p. 08.
[28] BECK, 1998b, ob. cit., p. 116.
[29] BECK, 1998a, ob. cit., p. 38-39.

das. Os riscos contemporâneos perpassam as áreas do saber delimitadas pelo ser humano, fugindo, assim, da previsibilidade científica.

Um risco pode ser legitimado se atravessa com êxito um processo social de reconhecimento. De acordo com Ulrich Beck, o lema "in dúbio pro progresso", que tem guiado a sociedade industrial desde sua origem, torna os riscos conseqüências indesejáveis, porém legítimas, da modernização – conseqüências essas denominadas por ele de *efeitos secundários latentes*[30]. Nessa lógica, o efeito secundário latente da modernização representa uma espécie de salvo-conduto, uma conseqüência natural e inevitável da modernidade.

Tal consideração só pode ser combatida se as próprias idéias de progresso, bem-estar, crescimento econômico e racionalidade científica forem questionadas. Nesse sentido, a modernização corrói suas próprias promessas: se a sociedade tomar os riscos que produz não como uma conseqüência natural do progresso, mas como um sinal que seu próprio ideal de progresso é uma ameaça constante ao ser humano e ao meio ambiente, as formas de organização da vida social, econômica e política pelas quais ela se constitui passam a ser contestadas. Por isso, a fim de justificar sua existência, a reação que as instituições políticas, econômicas e sociais tendem a ter diante do risco que não pode ser contido, ou cuja mitigação não é economicamente viável, é manipular as informações existentes sobre ele de forma a ocultá-lo ou naturalizá-lo, como se ele fosse apenas a conseqüência indesejável de uma decisão, compensado, porém, pelos benefícios do bem-estar e do progresso.

6. EM QUE MEDIDA A TEORIA SOCIAL DESENVOLVIDA POR BECK NOS AUXILIA A COMPREENDER A PROBLEMÁTICA DA GESTÃO DOS RISCOS AMBIENTAIS NO BRASIL?

Monosowski, ao fazer uma análise crítica da política ambiental brasileira em 1989, afirma que a significativa evolução de tal política não foi acompanhada na prática por melhorias nas condições de vida e preservação dos recursos naturais. A legislação acompanhou a evolução das políticas ambientais internacionais e previu instrumentos sofisticados de proteção à natureza. Entretanto, as condições para sua aplicação se apresentaram muito limitadas. Para a autora, uma forte causa dessas limitações seria a discrepância existente entre os objetivos da política ambiental e as estratégias de desenvolvimento econômico adotadas. Nas suas palavras:

> *Uma vez que a gestão do meio ambiente foi considerada um objetivo marginal e até mesmo conflitante em relação a objetivos mais imediatos, como o crescimento econômico, a questão ambiental se viu relegada a segundo plano nas prioridades governamentais*[31].

Na época, outro elemento considerado em sua análise foi a dificuldade dos grupos sociais e comunidades atingidas por projetos de desenvolvimento em ter

[30] BECK, 1998a, ob. cit., p. 40.
[31] MONOSOWSKI, Elizabeth. Políticas ambientais e desenvolvimento no Brasil. *Cadernos Fundap*. São Paulo, Ano 9, n. 16, jun./ 1989. p. 23.

acesso às informações que permitiriam sua participação nos processos de tomada de decisão quanto à viabilidade ambiental dos projetos. As instituições existentes não estavam aparelhadas para garantir a transparência do processo decisório sobre a implementação de projetos potencialmente danosos ao meio ambiente. Além disso, a dimensão política dos critérios de qualidade do meio ambiente foi pretensamente eliminada eis que esses critérios passaram a ser definidos a partir de um conhecimento científico objetivo e independente das aspirações dos interessados no projeto. Trata-se da "delegação de responsabilidade aos técnicos"[32], ou seja, a decisão acerca da viabilidade ambiental de um projeto passou a se embasar em estudos técnicos, como é o caso da Avaliação de Impactos Ambientais prevista na PNMA, o que dificultava – e ainda dificulta - qualquer forma de contestação por parte da comunidade atingida.

Tendo em vista a realidade ambiental brasileira, verifica-se que os problemas identificados por Monosowski em 1989 continuam atuais. Em que pese o avanço legislativo, a situação não mudou muito desde então, no que se refere à produção do conhecimento sobre os riscos ecológicos e à possibilidade de participação da sociedade civil na tomada de decisões referente às questões ambientais.

Informação e participação tomam hoje lugar central na problemática ambiental. A informação é essencial para a consecução dos objetivos da PNMA. Ela está associada à reivindicação de democratização geral da administração pública, consolidada com a Constituição de 1988, que reconhece a todos o direito de receber, dos órgãos públicos, informações do seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral[33]. A informação, no que concerne à política governamental e às atividades da iniciativa privada que podem afetar o meio ambiente, tem por objetivo primordial possibilitar a participação da sociedade civil nas questões ambientais.

A participação popular, por sua vez, se insere num quadro que nasce como reação ao desgaste da democracia representativa. A distância entre os representantes eleitos e seus eleitores tem levado os cidadãos a pleitear novos espaços de participação que ultrapassem o simples ato de votar. Em matéria de meio ambiente, esses espaços até agora conquistados se restringem à inserção de representantes da sociedade civil na formação de órgãos colegiados responsáveis pela gestão dos recursos naturais e à realização de audiências públicas previstas no licenciamento ambiental e na lei que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação[34].

A sociedade civil e o Poder Público possuem o dever constitucional de defender e preservar o meio ambiente, sendo a informação e a participação essenciais para esse fim. O instrumento legal que permite a conjugação da informação e da participação é o processo de licenciamento ambiental, onde são realizados tanto o estudo prévio de impacto ambiental como a audiência pública.

[32] MONOSOWSKI, ob. cit., 1989, p. 23.
[33] Art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal.
[34] Foram destacadas apenas as audiências públicas concernentes às questões ambientais. A realização delas está também prevista em processos licitatórios envolvendo contratações vultuosas (Lei nº 8.666/93) e na elaboração do plano diretor, do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e orçamento dos municípios (Lei nº10.257/01).

O Conselho Nacional do Meio Ambiente, ao estabelecer normas e critérios para o licenciamento ambiental, bem como para o estudo prévio de impacto ambiental - EIA, faculta a possibilidade do órgão licenciador promover a realização de audiência pública para que seja dada informação sobre o projeto e seus impactos à população e para que o Relatório de Impacto ao Meio Ambiente - RIMA seja discutido, de forma a dirimir dúvidas e recolher dos presentes críticas e sugestões[35].

A audiência pública poderá ser realizada quando o órgão público responsável pelo licenciamento julgar necessário ou quando for solicitado por entidade civil, por 50 ou mais cidadãos ou, ainda, pelo Ministério Público[36]. Sua principal finalidade consiste em possibilitar a participação direta da comunidade na tomada de decisão quanto à viabilidade da implementação do projeto na região. Para tornar possível a participação, durante a audiência é apresentado o Relatório de Impacto ao Meio Ambiente-RIMA à comunidade que, ciente das implicações ambientais da implementação do projeto, ficaria apta a contestá-lo.

Ayala e Leite[37], ao analisarem o direito à informação ambiental, afirmam que sua concretização pressupõe a "satisfação de um direito de acesso à informação e de um direito de ser informado, de forma suficiente, adequada e, sobretudo, oportuna". Ora, existem inúmeros instrumentos jurídicos que garantem o acesso à informação, no entanto, o que significa ser informado de forma suficiente, adequada e oportuna?

Os adjetivos "suficiente e adequada" qualificam a informação que condiz com a realidade e que é passada à população de forma compreensível, distante da linguagem técnica dos responsáveis pela sua produção, no momento adequado, ou seja, a tempo da informação ser utilizada pela sociedade civil para influenciar o órgão licenciador na tomada de decisão.

Foram analisados anteriormente alguns problemas referentes à produção do conhecimento acerca dos riscos ambientais. Tais problemas – a insuficiência da técnica na produção da informação e a possível ocultação ou manipulação de tal informação – acabam por impossibilitar uma verdadeira participação da sociedade civil nas questões ambientais. Além disso, a legislação ambiental está em constante luta com uma forte parcela de empresários e, certamente, de membros do governo que defendem a ocupação do território brasileiro com novas fronteiras agrícolas e a aceleração do aproveitamento dos recursos naturais. Diante desse modelo de desenvolvimento, bem como da insuficiência dos instrumentos de informação e participação ambientais, os objetivos apregoados pela PNMA continuam longe de serem atingidos.

A participação pode ser prejudicada em razão tanto da insuficiência da informação produzida como da falta de disposição por parte do poder público para atender as aspirações da sociedade civil. Na audiência pública podem ser identificados dois pontos que prejudicam a participação da comunidade na tomada de decisão. Em primeiro lugar corre-se o risco da audiência pública se tornar um pal-

Resolução CONAMA 001, de 1986 e Resolução CONAMA 9, de 1987.

Resolução CONAMA 9, de 1987, art. 2º.

AYALA, Patryck de Araújo; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 335.

co onde o empreendedor e o órgão licenciador tentam convencer a população da necessidade da obra, de forma que não é a execução ou não do projeto que acaba sendo discutida, mas as medidas que serão tomadas pelo empreendedor para evitar ou mitigar os impactos ambientais, como se a decisão já tivesse sido tomada de antemão. Isso acontece quando o poder público tem interesse direto na implementação do empreendimento[38]. Ora, se a finalidade da audiência pública é analisar os impactos ambientais da obra e discutir sua viabilidade com a comunidade, qual o propósito de convocá-la se a decisão sobre sua realização já está tomada? Trata-se apenas da tentativa de legitimação de uma decisão tomada anteriormente, que de forma alguma leva em conta as considerações da sociedade civil.

Em segundo lugar, o artigo 7º da Resolução do CONAMA 001/86, estabelecia que o EIA deveria ficar a cargo de "equipe multidisciplinar habilitada, não dependente direta ou indiretamente do proponente do projeto e que será responsável tecnicamente pelos resultados apresentados". No entanto, o decreto[39] que regulamentou a PNMA dispôs expressamente que as despesas referentes ao EIA correriam por conta do proponente do projeto. Por isso, a exigência de equipe independente foi revogada pela Resolução do CONAMA 237/97. Dessa forma, a avaliação é feita às custas do empreendedor, maior interessado na obtenção da licença. Como se trata de um estudo científico, goza de pretensa neutralidade. Porém, como demonstra Beck, os riscos da implementação da atividade potencialmente danosa, como só são conhecidos em níveis avançados de conhecimento, podem ser ocultados ou manipulados. O órgão público raramente possui equipes técnicas para verificar o conteúdo da avaliação[40] e a comunidade que seria atingida pelo empreendimento encontra dificuldade para contestar as informações que lhes são passadas.

Além disso, as considerações da comunidade, discutidas na audiência pública, não vinculam a decisão do órgão responsável pelo licenciamento ambiental. Tal órgão deve, na motivação da decisão, contemplar o que foi discutido na audiência pública[41]. Porém, isso não significa que os anseios da sociedade civil serão atendidos.

---

[38] Durante o mês de janeiro de 2005, o IBAMA convocou nove audiências públicas para discutir o licenciamento ambiental do Projeto de Transposição do Rio São Francisco. A concessão de licença prévia ao empreendimento depende dos Estados envolvidos no projeto. As audiências foram realizadas sob intenso protesto de organizações civis, principalmente em Belo Horizonte, Salvador e Aracajú. Importa salientar que o presidente Lula escolheu essa obra para marcar seu mandato, sendo que a verba necessária para o início das obras já está prevista no orçamento da União para 2005. *In*: Batalha jurídica vai atrasar transposição, afirma IBAMA: licença ambiental depende dos Estados, que divergem sobre a obra. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 02 fev. 2005. Caderno A, p. 8.

[39] Decreto nº 99.274/90.

[40] Recentemente, a fraude em um estudo de impacto ambiental colocou em risco dois mil hectares de florestas virgens de araucárias e outros quatro mil hectares de florestas em estágio avançado de regeneração, na divisa do Rio Grande de Sul e Santa Catarina. Para obter uma licença prévia e iniciar a construção da usina hidrelétrica de Barra Grande, no Rio Pelotas, a empresa Baesa S.A. instruiu seu pedido com um estudo de impacto ambiental que ocultou a existência de rica vegetação na área reservada no projeto do empreendimento para a construção do reservatório da usina. No referido estudo, a área a ser alagada seria constituída por vegetação insignificante do ponto de vista ecológico. Baseado nessas informações, o IBAMA concedeu a licença prévia. Apenas quando o muro da represa estava praticamente construído é que o IBAMA constatou que existe na região uma das últimas áreas primárias de Araucárias no Brasil. Apesar da fraude, foi assinado um Termo de Ajustamento de Conduta entre a empresa Baesa, o IBAMA, representantes dos ministérios do Meio Ambiente e das Minas e Energia e do Ministério Público Federal onde é concedida autorização para o desmatamento da floresta, sob o argumento que não é de interesse público paralisar uma obra em estágio final de conclusão. No termo, a empresa fica obrigada a comprar uma área e constituir uma reserva ambiental. In: Fraude garante licença para hidrelétrica: estudo de impacto ambiental escondeu a existência de uma das últimas áreas primárias de araucárias do país. *Jornal Brasil de Fato*, São Paulo, 30 set. a 06 out. 2004.

[41] O artigo 5º da Resolução do CONAMA 9/87, que regulamenta a audiência pública em processos de licenciamento ambiental, diz que "a ata da audiência pública e seus anexos servirão de base, juntamente com o RIMA, para a análise e parecer final do licenciador, quanto à aprovação ou não do projeto".

Na *sociedade de risco*, onde as informações produzidas pela ciência podem ser ocultadas, manipuladas, ou ainda insuficientes para a compreensão dos riscos ambientais e sua contenção, possibilitar a participação da sociedade civil nas decisões do poder público capazes ameaçar o meio ambiente e a saúde humana se torna a maneira mais eficaz de legitimação da produção de tais riscos. Como as instituições estatais responsáveis pelo cuidado com o meio ambiente não são capazes de controlar todas as atividades que produzem riscos, seja pela falta de aparelhamento técnico, seja pela ineficácia da avaliação de impacto ambiental - que envolve, certamente, a insuficiência do conhecimento científico disponível para a identificação dos riscos - o licenciamento ambiental com a possibilidade de realização da audiência pública, legitimaria, de certa forma, a escolha dos riscos que a população está disposta a correr. A democratização das decisões relativas à produção dos riscos tranqüiliza a comunidade, que ainda crê na capacidade de gestão e controle deles por parte dos órgãos públicos. Evita-se, assim, a *explosividade social do risco*, analisada por Beck.

Ocorre que, tendo em vista todas as considerações já feitas sobre a informação coletada a respeito de impactos ambientais, o procedimento democrático de decisão não é suficiente para tornar um risco legítimo se as aspirações da comunidade não são realmente atendidas. Não basta que o poder público institua um espaço de discussão, é preciso que aquilo que foi exposto pelos participantes seja realmente considerado, em que pese toda a dificuldade encontrada por eles para assimilar e contestar as informações veiculadas na audiência pública.

O licenciamento ambiental, bem como as avaliações de impactos ambientais e os outros instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, serão instrumentos aptos à gestão dos riscos ambientais na medida em que suas limitações atuais forem identificadas e discutidas. As categorias desenvolvidas por Ulrich Beck auxiliam os estudiosos do Direito na identificação das limitações de tais instrumentos, o que nos leva a repensá-los e aprimorá-los.

7. CONCLUSÕES ARTICULADAS

Podem ser identificados três pontos que prejudicam a participação da comunidade na tomada de decisão relativa ao licenciamento ambiental de obras e atividades potencialmente causadoras de significativa degradação ambiental:

7.1 Em primeiro lugar, corre-se o risco da audiência pública se tornar um palco onde o empreendedor e o órgão licenciador tentam convencer a população da necessidade da obra, de forma que não é a execução ou não do projeto que acaba sendo discutida, mas tão-somente as medidas que serão adotadas pelo empreendedor para evitar ou mitigar os impactos ambientais, como se a decisão de implementar o projeto já tivesse sido tomada de antemão.

7.2 O Estudo Prévio de Impacto Ambiental é feito às custas do empreendedor, maior interessado na obtenção da licença. Como se trata de um estudo científico, goza de pretensa neutralidade. Porém, como demonstra Beck, os riscos da implementação da atividade potencialmente danosa, como só são conhecidos em níveis

avançados de conhecimento, podem ser ocultados ou manipulados. O órgão público raramente possui equipes técnicas para verificar o conteúdo da avaliação e a comunidade que seria atingida pelo empreendimento encontra dificuldade para contestar as informações que lhes são passadas.

7.3 As considerações da comunidade, discutidas na audiência pública, não vinculam a decisão do órgão responsável pelo licenciamento ambiental. Tal órgão deve, na motivação da decisão, contemplar o que foi discutido na audiência pública. Porém, isso não significa que os anseios da sociedade civil serão atendidos.

FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE E DA PROPRIEDADE URBANA

MARIA ETELVINA B. GUIMARAENS
Assessora Jurídica da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre, RS, Equipe de Urbanismo e Meio Ambiente

1. EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE PROPRIEDADE

As constituições brasileiras, desde o Império, reservam tratamento especial à propriedade e à sua garantia, tratamento este que vem sofrendo constante evolução, consideradas as condições sociais, políticas e econômicas da sua atualidade.

Desta forma, a Constituição Política do Império, de 25 de março de 1824, no "*Título 8º - Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brazileiros*", em seu artigo 179, estabelece a garantia direito de propriedade em toda a sua plenitude:

> *"Art.179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do império, pela maneira seguinte*
> *I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei.*
> *II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade pública.*
> *III. A sua disposição não terá effeito retroactivo.*
> *IV.*
> *...*
>
> *XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta única excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação. "*[1]

Tratamento semelhante foi dado à propriedade na Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil, de 24 de fevereiro de 1891, no "Título IV-Dos Cidadãos Brazileiros", "SECÇÃO II – Declaração de Direitos", no artigo 72:

> *"Art. 72. A Constituição assegura a brazileiros e estrangeiros residentes no paíz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes:*

[1] Transcrição conforme ortografia original, conforme CAMPANHOLE, Adriano e Hilton Lobo. Todas as Constituições do Brasil, 3ª edição, Editora Atlas, 1978, pag. 870/871. Importante salientar que segundo a Constituição do Império os direitos consignados no art. 179 não alcançam os escravos, que não são cidadãos nos termos do art. 6º

§1º . Ninguém póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, sinão em virtude de Lei.
§2º Todos são iguaes perante a lei.
A Republica não admite privilégio de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliarchicos e de conselho.
...
§17. O direito de propriedade mantém-se em toda a plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade publica, mediante indemniização prévia.
As minas pertencentes aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de industria" [2]

Carlos Maximiliano, em sua obra "Commentarios á Constituição Brasileira"[3] esclarece:

"444 - O texto constitucional garante, a nacionaes e a estrangeiros, não só a nua propriedade como também o uso. O proprio Governo está impedido de estabelecer sequer a simples servidão, sem indemnização prévia. O Código Civil, fazendo, aliás, expressa referencia ao art. 80 do estatuto supremo, permitte, no art.591, que, em caso de perigo imminente, como guerra ou commoção intestina, usem dos bens particulares as autoridades, obrigadas, entretanto, a ressarcir o prejuizo dos detentores posteriormente. A lei ordinaria não póde ficar em desacordo com a fundamental. Esta, effectivamente, no estado de sítio, só impõe restricções quanto às pessoas: cessam, em absoluto, as garantias constitucionaes referentes às cousas, logo desapparece a clausula da indemnização prévia.
...
Antes da independência do Brasil o Decreto de 21 de maio de 1821, ' considerando ser uma das bases principaes do pacto social entre homens a segurança dos seus bens, determinou que a ninguem se tomasse cousa alguma contra a vontade do possuidor ou proprietario, fossem quaes fossem as necessidades do Estado, sem que primeiro, de commum acordo, se ajustasse preço que pela Fazenda Real deveria ser pago no momento da entrega'.
...
445 – Só se perde involuntariamente a propriedade, na paz, depois do processo regular para desapropriação por necessidade ou utilidade publica.
Não há dominio privado absoluto, visto que os direitos reaes são mantidos por motivos de ordem social. Desde que à communidade se torne necessario o que ao individuo pertence, ou o interesse geral exija certas retricções a uma prerrogativa individual, cede o homem compulsoriamente em proveito da colletividade; colhe aliás, elle proprio, as vantagens mediatas do seu constangimento previsto em lei. Não há direitos sem deveres correlativos. O cumprimento destes 'não destroe aquelles, harmoniza-os; não enfraquece, reforça; não lhes tira a maior utilidade, antes a augmenta e assegura. O particular que se torna util á communidade, attende á necessidade das cousas e, afinal, serve a si proprio'"[4]

[2] Transcrição conforme ortografia original, conforme CAMPANHOLE, Adriano e Hilton Lobo. Todas as Constituições do Brasil, 3ª edição, Editora Atlas, 1978, pag. 804/805.
[3] MAXIMILIANO, Carlos. Commentarios á Constituição Brasileira, Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, Rio de Janeiro, 1918, pags.719/722 ,então Ministro da Justiça e Negocios Interiores.
[4] Neste ponto, Carlos Maximiliano cita Miraglia.

Desta forma, a garantia do direito de propriedade em toda a sua plenitude reservava tão somente a possibilidade da ação estatal no interesse público mediante a indenização prévia.

Importante salientar, ainda, que, nesse contexto, a posse já era reconhecida, como enfatizado no decreto citado por Maximiliano. E após, com o advento do Código Civil de 1916 a posse é reconhecida como direito real (art. 485), estabelece a sua defesa através da sua manutenção (art. 499 e segs.) e como forma de aquisição da propriedade (art. 550 a 553), contemplando o atendimento da função social da propriedade.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, porém, traz elementos novos e deixa de consagrar a plenitude da garantia do direito de propriedade, estabelecendo uma importante condição, no Título III, Capítulo II "Dos Direitos e Garantias Individuaes" em seu art. 113:

> "Art. 113.Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paíz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á subsistência, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:
> 1) Todos são iguaes perante a lei. Não haverá privilegios, nem distincções proprias ou dos paes, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéas politicas.
> 2) Ninguem será obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.
> ...
> 17) É garantido o direito de propriedade, *que não poderá ser exercido contra o interesse social ou collectivo, na forma que a lei determinar*. A desapropriação por necessidade ou utilidade publica far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indemnização. Em caso de perigo imminente, como guerra ou commoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, resalvado o direito a indemnização ulterior."[5] (grifamos)

Sob a inspiração desta Constituição, de 1934, foi elaborado e o Decreto-lei n.25 de 30 de novembro de 1937, apesar de editado 20 dias após o advento da Constituição de 37, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, a apelidada "Lei de Tombamento", estabelecendo ao proprietário o dever de preservar o bem tombado, como um dever decorrente da propriedade. Neste dever, neste ônus estabelecido aos proprietários de determinados imóveis, em face do conteúdo que lhes é peculiar, temos o instrumento pioneiro de definição da função social da propriedade e da sua necessária adequação. Com efeito, ao estabelecer o dever de preservar o imóvel tombado, estabelece, o Dectero-Lei, a conduta adequada ao interesse social o que implica dizer que a postura diversa implicaria no exercício do direito de propriedade contra o interesse social, repudiado na Constituição de 34.

A Constituição de 1937 - a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro - restaura a garantia do direito de propriedade nos termos anteriores, como se verifica em seu artigo 122, n. 14:

[5] CAMPANHOLE, Adriano e Hilton Lobo. Todas as Constituições do Brasil, 3ª edição, Editora Atlas, 1978, pag. 550/551. Transcrições conforme ortografia original.

> "Art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
> ...
> 14 - O direito de propriedade, salvo a *desapropriação* por *necessidade* ou *utilidade pública*, mediante indenização prévia. O seu *conteúdo e os seus limites serão definidos nas leis* que lhe regulem o exercício." (redação da Lei Constitucional n 5, 10 de março de 1942)

Como se vê, suprimindo a condição (função social) da garantia do direito de propriedade inserida na Constituição de 34, é devolvido o tratamento anterior da propriedade.

A Constituição de 1946, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro, mantém o mesmo tratamento consagrado em 37, no que se refere ao direito de propriedade como direito e garantia individual. Com efeito, no Título IV – Da Declaração de Direitos, Capítulo II – Dos Direitos e Garantias Individuais, em seu artigo 141, estabelece:

> *"Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:*
> *...*
> *§16. É garantido o direito de propriedade, salvo caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior."*[6]

Pontes de Miranda, em seus Comentários à Constituição de 1946, reserva esclarecimentos acerca deste dispositivo e salienta:

> *"4)TRANSFORMAÇÃO DO CONCEITO DE PROPRIEDADE (CONTEÚDO E LIMITES).- A propriedade tem passado, desde o terceiro decênio do século, por transformação profunda, á qual ainda não se habituaram os juristas, propensos à só consulta do Código Civil, em se tratando de direito de propriedade. No §16, propriedade é toda patrimonialidade. O texto decompõe-se em três regras jurídicas, a que correspondem três garantias constitucionais diferentes."*[7]

Ao decompor as garantias constitucionais, o doutrinador identifica *a garantia do direito de propriedade quanto ao sujeito que o tem* – salvo desapropriação mediante indenização prévia -, *que o conteúdo e os limites do direito de propriedade são definidos nas leis*, de modo que só se garante, no §16, a instituição da propriedade, e que *as leis que regulam o conteúdo e os limites do direito de propriedade também lhe regulam o exercício.*

[6] CAMPANHOLE, Adriano e Hilton Lobo. Todas as Constituições do Brasil, 3ª edição, Editora Atlas, 1978, pag. 251/253.
[7] MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1946, Tomo V, pags.22 e 23.

Mas é importante agregar que a Constituição de 1946, quando trata do Título da Ordem Econômica e Social, fortalece a análise de Pontes de Miranda, eis que o artigo 147 dispõe:

> *"Art. 147. O uso da propriedade está condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art.141 §16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos."*

E sobre este dispositivo, salienta Pontes de Miranda na obra citada:

> *"O que o art. 147, 1ª parte, estabelece é que o uso da propriedade há de ser compossível com o bem-estar social; se é contra o bem-estar social, tem de ser desaprovado. O art. 147, 1ªparte, não é, portanto, somente programático. Quem quer que sofra prejuízo por exercer alguém o usus, ferindo ou ameaçando o bem-estar social, pode invocar o art. 147, 1ª parte, inclusive para as ações cominatórias."*[8]

A Constituição de 1967, a Constituição do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, manteve tratamento similar ao direito de propriedade, assegurando-o no capítulo que trata "Dos Direitos e Garantias Individuais", no artigo 150:

> *"A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e á propriedade, nos têrmos seguintes:*
> *...*
> *§22. É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, VI, §1º . Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior. "*

O artigo 157 citado insere-se no Título III – Da Ordem Econômica e Social e ressalta a função social da propriedade, no inciso III, como princípio da ordem econômica. O inciso IV insere a harmonia e solidariedade entre os fatores de produção também como princípio e o §1 deste artigo trata da desapropriação de propriedade rural.

Pontes de Miranda, ao comentar o artigo 150 renova seus comentários ao dispositivo de 46 e não faz qualquer observação quanto ao que é acrescentado nesta Carta, qual seja a ressalva ao art. 157. No que tange, porém a este dispositivo, em seus comentários[9] salienta, a pág. 36:

> *"Nunca nos esqueça que a Constituição de 1967, na parte econômica, é de inspiração social-democrata. Assim é que deve ser interpretada."*

Ao tratar especificamente do inciso III do artigo 157, ressalta:

> "O direito brasileiro sempre teve limitações ao uso da propriedade. O Código Civil mais as explicitou. Porém uma coisa é o limite ao uso, elaborado mile-

[8] MIRANDA, Pontes de. Op.citada, pag. 496.
[9] MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967, Tomo V, pags.363/497 e Tomo VI, pags. 36/91.

> narmente, ou sob a inspiração de regras entre vizinhos, e outra, o limite que não precisa do elemento conceptual da vizinhança, ou, sequer, da proximidade. Bem-estar social é conceito mais vasto que o de vizinhança, ou de proximidade. Cumpre, porém advertir-se em que esse conceito não dá arbítrio ao legislador. Não é êle que, a seu talante, enuncia o bem-estar social, limite ao uso da propriedade. O art. 1567-III, não disse que a lei poderia limitar o uso do direito de propriedade, sabe-se até onde vai a sua usabilidade. O que se há de tirar do art. 157, III, é que o uso da propriedade há de ser compossível com o bem-estar social; se é contra o bem-estar social deve ser desaprovado."

E mais adiante, acrescenta:

> "*A fortiori*, o legislador, percebendo que as leis penal, civil e administrativa não explicitam, suficientemente, as espécies de ofensa ao bem-estar social, pode e deve explicitá-las. Todavia, a invocação do art. 157,III, não basta para que as regras jurídicas, que ele elabore, escapem ao controle judicial. A intervenção do estado é subordinada à condição de existir, de fato, ainda que *in abstracto*, dano ao bem-estar social. A fundamentação da lei pode mostrá-lo. Se não mostra, tem-se de procurar a *ratio*. Seja como for, pode a Justiça indagar o que é que o legislador considerou ofensa ao bem-estar social e da suficiência dessa alegação para legitimidade da edição de regras jurídicas. O conceito de bem-estar social é assaz largo, porém serve de pauta constitucional à obra legislativa e está implícito no de 'função social da propriedade'."[10]

Legou, portanto, a constituição ao legislador a atribuição de indicar o bem-estar social e a função social da propriedade.

A Emenda Constitucional n.1 promulgada em 17 de outubro de 1969 - a Constituição da República Federativa do Brasil - no artigo 153, enfoca a propriedade com uma leve modificação no olhar:

> "Art.153. A Constituição assegura aos brasileiros, e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> ...
>
> §22. É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 161, *facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária*. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior." (sublinhamos texto acrescentado)[11]

O artigo 161 citado trata da desapropriação de propriedade territorial rural. Note-se que a referência constante do art.153 deixa de ser a que estabelece os princípios da Ordem Econômica e Social, onde se encontra mantido o princípio da função social da propriedade, e que, portanto, ressalvava a garantia[12] do direito

[10] MIRANDA, Pontes de. Op.citada, pag. 46 e 47.
[11] CAMPANHOLE, Adriano e Hilton Lobo. Op. citadas, pag. 74.
[12] Este foi o verbo usado em 67, diferentemente de 69, quando foi usado o verbo assegurar.

de propriedade à observância do princípio. Esta sutil alteração rompe a conexão direta anteriormente consagrada entre o disposto no artigo 150 (153 de 69) e o art. 157 (160 de 69), e tem como repercussão a atenuação do princípio constante do art. 160.

Porém, sob a égide dessa Constituição temos exemplos de normas que exigiram do proprietário o cumprimento de obrigações que, no nosso entender, se fundam no princípio do cumprimento da função social da propriedade. Exemplo significativo é a lei do parcelamento do solo, Lei Federal n. 6766, de 1979, na qual se estabelece o dever de destinação de áreas públicas, de uso comum do povo e de uso especial, bem como a implantação dos equipamentos, como condição para o uso da propriedade sob a forma do parcelamento do solo. O bem-estar social fundamenta tais exigências e decorre das necessidades geradas pelo próprio uso da propriedade.

2. CONSTITUIÇÃO DE 1988

A nova ordem introduzida pela Constituição da República Federativa do Brasil, a par de reconhecer o Município como ente da federação, desloca o princípio da função social da propriedade para o Título II – Dos Direitos e Garantias Individuais, especificamente para o Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, no artigo 5º:

> *"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
> *...*
> *XXII – é garantido o direito de propriedade;*
> *XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;"*

E mais, para concretizar o cumprimento da função social, tanto no capítulo que trata da Política Urbana como da política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária (Capítulos II e III do Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira), indica o responsável para que se faça cumprir esta função social: como previsto no artigo 182, compete ao Município fazer cumprir a função social da propriedade urbana e, como previsto no art. 184, à União, fazer cumprir a função social da propriedade rural, senão vejamos.

Dispõe o artigo 182 da Carta Federal:

> Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo *Poder Público municipal*, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o *pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes*.
> § 1º O *plano diretor*, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o *instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.*

> § 2º A *propriedade urbana* cumpre a *função social* quando atende às *exigências fundamentais* de *ordenação da cidade expressas no plano diretor.*(grifamos)

O planejamento, através do Plano Diretor, que antes já era um importante instrumento para orientar os rumos da cidade, passou a ser indispensável nas grandes cidades, fortalecido com a definição de que o cumprimento da função social da propriedade se dará com o atendimento das condições nele estabelecidas.

Do *caput* do artigo se retiram como referências: (*a*) definição de uma política de desenvolvimento urbano; (*b*) o Poder Público municipal como agente executor desta política; (*c*) o estabelecimento de diretrizes gerais através de lei; (*d*) a atribuição de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e (*e*) de garantir o bem-estar dos cidadãos.

Em realidade, a incidência efetiva dos Municípios através do planejamento urbano para fazer cumprir a função social se encontrava, de certa forma, em compasso de espera, aguardando a lei federal invocada que estabelecesse as diretrizes gerais. Não obstante, vários foram os municípios que promoveram, a elaboração de seus planos diretores, observado o disposto na nova ordem constitucional, isto é, como instrumento básico de política de desenvolvimento e de expansão urbana.

No primeiro e segundo parágrafos, são referências importantes: *(a)* o Plano Diretor como instrumento básico de desenvolvimento e de expansão urbana e *(b)* a propriedade urbana cumpre a sua função social através do atendimento das exigências fundamentais da cidade expressas no Plano Diretor. Assim, a questão que antes se colocava com relação à necessidade de definição legal e conceituação de bem-estar social, com a finalidade de ser concretizado o atendimento da função social da propriedade, é, agora, superada com a sua identificação através de um instrumento legal específico, o Plano Diretor.

Como se vê, de acordo com a Carta de 88, a Lei Federal define diretrizes gerais para a política de desenvolvimento urbano a ser executada pelo Poder Público Municipal com vistas a ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos cidadãos.[13] No âmbito municipal, o Plano Diretor indicará os usos, a função social da propriedade urbana. O planejamento urbano deve identificar o uso socialmente adequado para as regiões, áreas e imóveis nelas localizados.

Assim, a propriedade urbana cumpre a sua função social ao ser edificada para fins habitacionais, comerciais, industriais etc, em áreas para tal identificadas, bem como cumpre a função social com a preservação de bens ambientais – naturais ou culturais - indicados para tal. Porém a função social, antes de ser uma limitação ao uso da propriedade, condiciona o direito, É elemento intrínseco e não externo. A existência de um bem ambiental protegido em um imóvel implica a observância de condições especiais para o seu uso e o gozo, não aplicáveis aos demais imóveis.

[13] A Constituição Federal, ao estabelecer as competências legislativas, deferiu, no artigo 24, I, à União e aos estados a competência para legislar sobre direito urbanístico, âmbito em que se encontram as diretrizes gerais de que trata o artigo 182.

Interessa salientar que a desapropriação, antes regrada no direito de propriedade (como ressalva ao direito individual), passa a ser tratada nos capítulos próprios: Da Política Urbana, para imóvel urbano, e Da Política Agrícola e Fundiária e da Reformas Agrária, para imóvel rural. Assim, o §3º do artigo 182 trata da desapropriação de imóvel urbano, resguardando a prévia e justa indenização em dinheiro.

O §4º, por sua vez, apresenta ao administrador municipal um instrumento de indução ao cumprimento da função social, a qual traduz como "adequado aproveitamento" do imóvel, o uso adequado às normas previstas no plano diretor, na leitura integrada ao disposto no*§2*:

> "§4º É facultado ao *Poder Público municipal*, mediante *lei específica* para área *incluída no Plano Diretor*, exigir, nos termos da *lei federal*, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu *adequado aproveitamento*, sob pena, sucessivamente, de:
> I -parcelamento ou edificação compulsórios;
> II -imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
> III -desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até 10 anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais."[14]

Edésio Fenandes, no artigo entitulado "Do Código Civil de 1916 ao Estatuto da Cidade: algumas notas sobre a trajetória do Direito Urbanístico no Brasil"[15], afirma:

> *"Em última análise, toda e qualquer lei urbanística ou ambiental implica em materializar o princípio da função social da propriedade, que é sem dúvida o princípio fundamental do Direito Urbanístico e do Direito Ambiental. Trata-se de princípio que já vinha sendo repetido por todas as Constituições brasileiras desde a de 1934, sem que tivesse sido claramente definido em termos conceituais ou devidamente operacionalizado através da criação de mecanismos e instrumentos constitucionais e legais que permitissem e garantissem o seu cumprimento. Somente a Constituição Federal de 1988 o princípio da função social da propriedade urbana encontrou uma fórmula conceitual consistente, que pode ser assim sintetizada: o direito de propriedade imobiliária urbana é assegurado desde que cumprida sua função social, que por sua vez é aquela determinada pela legislação urbanística, sobretudo no contexto municipal. Cabe ao Governo municipal promover o controle jurídico do processo de desenvolvimento urbano através da formulação de políticas de ordenamento territorial, nas quais os interesses individuais dos proprietários necessariamente coexistem com outros interesses sociais, culturais e ambientais de outros grupos e da cidade como um todo."*

[14] Note-se que neste caso a desapropriação do imóvel não exige prévia indenização em dinheiro, como via de regra, e é assegurado o valor real da indenização, quando o termo utilizado no §3º é "justa indenização".

[15] FERNADES, Edésio. Do Código Civil de 1916 ao Estatuto da Cidade: algumas notas sobre a trajetória do Direito Urbanístico no Brasil, in : MATTOS, Liana Portilho de (Org.). Estatuto da Cidade Comentado, Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, pg.31/64.

A atribuição do Governo municipal referida pelo jurista e salientada no artigo 182 da Carta Federal é contemplada no artigo 23, incisos III, VI, IX, X (dentre outros) e no artigo 30, incisos I, II e VIII.

O artigo 183, ainda na esteira do atendimento da função social da propriedade como condição para a garantia do direito à propriedade, apresenta a usucapião constitucional:

> "Art. 183. Aquele que *possuir como sua área urbana de até 250m²*, por *cinco anos ininterruptos e sem oposição, utilizando-a para a sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio*, desde que não seja proprietários de outro imóvel urbano ou rural." (grifamos)

Fica evidente, em todo o texto constitucional a intenção de viabilizar os seus princípios, não se limitando a apresentá-los, mas indicando os responsáveis pela sua implementação e apresenta os instrumentos necessários para tal, os quais, é verdade, aguardavam a edição da lei federal para a sua concretização de forma mais completa, e envolvendo todo o território nacional.

3. ESTATUTO DA CIDADE E A FUNÇÃO SOCIAL

A Lei Federal n.10.257, o Estatuto da Cidade, que entrou em vigor no dia 10 de outubro de 2001, treze anos após a promulgação da Constituição Federal, editou as diretrizes gerais de que trata o *caput* do artigo 182 e estabeleceu normas gerais de direito urbanístico, nos termos do artigo 24.

Com efeito, o Estatuto, em seu Capítulo I, apresenta seus princípios e diretrizes, e expressamente salienta, no parágrafo único do artigo primeiro, que as suas disposições são *"normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental"*.

Essa afirmação, como via de regra as disposições constantes de textos normativos incidentes sobre os bens que tutelam, tem repercussão profunda no tratamento do direito de propriedade e tem o condão de salientar a regulação do direito de propriedade no direito público de forma que o interesse social se sobreponha ao interesse particular quando em conflito, consagrando o princípio da função social da propriedade como condição de sua garantia. Nesse sentido, no mesmo artigo citado, Edésio Fernandes afirma:

> *"Culminando um processo de reforma jurídica que começou na década de 1930, o que a Constituição de 88 e o Estatuto da Cidade propõem é exatamente essa mudança de 'olhar', isto é, de paradigma conceitual de compreensão e interpretação, substituindo o princípio individualista do Código Civil pelo princípio da função social da propriedade – que, diga-se de passagem, encontra-se presente de maneira central nas ordens jurídicas de muitos dos países capitalistas mais avançados".*[16]

[16] FERNADES, Edésio.*Op.cit.*

O parágrafo único do artigo primeiro, portanto, estabelece um princípio para a aplicação da lei na regulação do direito de propriedade, princípio este balizador da interpretação das diretrizes e da aplicação dos instrumentos de política urbana.

O artigo 2º, *caput*, do Estatuto da Cidade orienta o objetivo da Política Urbana, qual seja, ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, e os incisos elencam as diretrizes que envolvem o planejamento urbano e a gestão municipal. A partir deste dispositivo legal o administrador municipal deverá orientar o planejamento urbano, sendo que qualquer política urbana que não busque o cumprimento da função social – da cidade e da propriedade urbana – está em desacordo com a norma federal e assim sendo, não encontra suporte jurídico.

Quando o Estatuto da Cidade vincula o objetivo da política urbana ao desenvolvimento das funções sociais da cidade, não deixa, também ao alvedrio do administrador a definição do que seja a função social da cidade, mas apresenta, no inciso primeiro do mesmo artigo, o seu *conteúdo:*

> *"garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;"*

Este dispositivo, portanto, enfatiza que a cidade cumpre a sua função social quando disponibiliza ao cidadão o acesso aos bens e serviços identificados. Esta diretriz observa o desenvolvimento sustentável como princípio norteador do desenvolvimento urbano. As demais diretrizes voltadas ao planejamento urbano são orientadas por este princípio e se desdobram orientando o uso da propriedade urbana para o cumprimento da sua função social.

3.1 Diretrizes, Instrumentos e a Função Social

Baseadas, portanto, na diretriz contida no inciso I, são estabelecidas as diretrizes que estão, basicamente, relacionadas à gestão e planejamento da cidade. As diretrizes de desenvolvimento urbano encontram ressonância nos instrumentos de política urbana apresentados no artigo 4º, os quais somente poderão ser utilizados para a implementação das diretrizes, do objetivo da política urbana expressado *caput* do art. 2º. É o que ocorre já com o inciso primeiro, cuja diretriz é o direito a cidades sustentáveis, que se relaciona diretamente com os instrumentos apresentados nos incisos I, II e III, quais sejam, planos de ordenamento do território e de desenvolvimento econômico e social (nacional, regionais e estaduais), o planejamento das Regiões Metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões e o planejamento municipal *latu sensu.* Desta forma, a elaboração dos planos de desenvolvimento econômico e social deverá ter como norte o objetivo da política urbana – desenvolver as funções sociais da cidade – e a diretriz da cidade sustentável, *entendido como direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento*

ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

No planejamento do desenvolvimento da cidade determina como diretrizes, o artigo 2º, evitar e corrigir distorções decorrentes do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente (inciso IV), a adequação dos equipamentos e serviços aos interesses e necessidades da população e características locais (inciso V), reprova a utilização inadequada dos imóveis, a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes, o parcelamento, edificação, uso excessivo ou inadequado à infra-estrutura, a instalação de empreendimentos ou atividades geradoras de tráfego sem previsão da infra-estrutura correspondente, a retenção especulativa dos imóveis, a deterioração das áreas urbanizadas, a poluição ou degradação ambiental (inciso VI), estabelece que os padrões de produção e consumo sejam compatíveis com a sustentabilidade ambiental, social e econômica do município e da área de influência (inciso VIII), a justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes da urbanização (inciso IX), a recuperação dos investimentos do Poder público de que tenha resultado valorização imobiliária (inciso XI), a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico (XII), orientando o conteúdo da função social que os imóveis devem cumprir.

Para atingir tais diretrizes, o Estatuto apresenta, no artigo 4º, como instrumentos: a regulação do parcelamento e do uso e ocupação do solo, o zoneamento ambiental, a elaboração de planos, programas e projetos setoriais, plano de desenvolvimento econômico e social (alíneas *b, c, g,h,* do inciso III), bem como a servidão e limitação administrativa, o tombamento, a instituição de unidades de conservação, de zonas especiais de interesse social, o parcelamento, a edificação ou utilização compulsórios, o direito de preempção, a outorga onerosa e a transferência do direito de construir, as operações urbanas consorciadas (alíneas *b,c,e,f,i,m,n, o* e *p* do inciso V), o EIA, o EIV (inciso VI).

A regularização fundiária e urbanização para população de baixa renda e normas especiais de urbanização e uso do solo é diretriz prevista no inciso XIV que tem como instrumentos para sua implementação a instituição de zonas especiais de interesse social, concessão de direito real de uso (coletiva ou individual), concessão de uso especial para moradia, a usucapião especial de imóvel urbano, a regularização fundiária e a assistência técnica e jurídica gratuita (alíneas *f, g, h, j, q*, e *r* do inciso V do art. 4º).

São indicadas, também, diretrizes de procedimento adequadas à Política Urbana, que se consubstanciam na cooperação entre os governos, simplificação da legislação, isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades de urbanização de interesse social (previstas nos incisos III, XV e XVI).

A partir das diretrizes, portanto, o Estatuto da Cidade estabelece, orienta, a definição do conteúdo da função social da cidade e da propriedade urbana, cujo atendimento o planejamento urbano tem como norte. Assim, quando se estabelece um prazo para, compulsoriamente, um imóvel ser destinado ao uso habitacional, por exemplo, sob pena de incidência de progressividade sobre a alíquota do IPTU,

o objetivo é exigir o cumprimento de sua função social, pois a ociosidade da infraestrutura, serviços públicos e equipamentos oneram a cidade e contrariam a diretriz do inciso I – cidade sustentável -, e a indução ao uso vai ao encontro das diretrizes constantes dos incisos IV (evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano), VI (evitar a utilização inadequada dos imóveis, uso inadequado em relação a infra-estrutura, e a retenção especulativa de imóvel urbano) e IX (justa distribuição dos benefícios e ônus da urbanização).

Portanto, o planejamento deve definir a função social da propriedade urbana em prol da cidade sustentável, indicando os usos compatíveis, estabelecendo os requisitos e condições para a sua implantação, vedando os usos incompatíveis, evitando a ociosidade predadora, induzindo o desenvolvimento da cidade para regiões, potencializando o uso dos equipamentos e serviços. Esta e a tarefa do plano diretor.

4. PLANO DIRETOR DE PORTO ALEGRE E A FUNÇÃO SOCIAL: PRINCÍPIOS, ESTRATÉGIAS E INSTRUMENTOS DE POLÍTICA URBANA

O plano diretor, sendo o instrumento de planejamento urbano dos Municípios, deve dar efetividade às diretrizes da política urbana e ao cumprimento da função social da cidade e da propriedade urbana, através dos demais instrumentos previstos na lei federal. Define, assim, o plano diretor, os usos compatíveis e incompatíveis, a capacidade construtiva dos imóveis, a expansão ou a contenção urbana.

O Plano Diretor, segundo o Estatuto da Cidade, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana (artigo 40), devendo estabelecer as exigências fundamentais de ordenação da a fim de indicar a função social da propriedade urbana (artigo 39). Para tal, são estabelecidos os requisitos do atendimento às necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, justiça social e desenvolvimento das atividades econômicas.

A seu turno, o Plano Diretor de Porto Alegre – Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental -, aprovado em 1999, pela Lei Complementar n. 434, antes do advento do Estatuto da Cidade, portanto, estabeleceu princípios, estratégias e instrumentos de política urbana.

Os princípios do Desenvolvimento Urbano Ambiental são identificados no artigo 1º:

> *"Art.1º.A promoção do desenvolvimento no Município de Porto Alegre tem como princípio o cumprimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, nos termos da Lei Orgânica, garantindo":*
> *I – a gestão democrática, participativa e descentralizada;*
> *II – a promoção da qualidade de vida e do ambiente, reduzindo as desigualdades e a exclusão social;*
> *III – a integração das ações públicas e privadas através de programas e projetos de atuação;*
> *IV – o enriquecimento cultural da cidade pela diversificação, atratividade e competitividade;*

V – o fortalecimento do papel do Poder Público na promoção de estratégias de financiamento que possibilitem o cumprimento dos planos, programas e projetos em condições de máxima eficiência;
VI – a articulação das estratégias de desenvolvimento da cidade no contexto regional metropolitano de Porto Alegre;
VII – o fortalecimento da regulação pública sobre o solo urbano mediante a utilização de instrumentos redistributivos de renda urbana e da terra e controle sobre o uso e ocupação do espaço da cidade;
VIII – a integração horizontal entre os órgãos e Conselhos Municipais, promovendo a atuação coordenada no desenvolvimento e aplicação das estratégias e metas do Plano, programas e projetos."

Com base em tais princípios, foram definidas sete estratégias: Estruturação Urbana, Mobilidade Urbana, Uso do Solo Privado, Qualificação Ambiental, Promoção Econômica, Produção da Cidade e Sistema de Planejamento, sendo identificados em cada uma delas seus objetivos, conceitos e programas.

A proposta do PDDUA contempla a integração das estratégias na ocupação do solo, de forma que a aplicação de uma norma relativa à estratégia do Uso do Solo, esta deve ser interpretada à luz da estratégia de Qualificação Ambiental, Mobilidade Urbana, Produção da Cidade, etc. Assim, quando trata do Uso do Solo Privado, são disciplinados o parcelamento, o uso e a ocupação do solo, através de instrumentos que definem a "distribuição espacial das atividades, a densificação e a configuração da paisagem urbana no que se refere à edificação e ao parcelamento do solo" (art. 11). A aplicação de uma norma não pode colidir com os objetivos e conceitos das demais estratégias. A densificação ou a identificação de determinada atividade não pode prejudicar a qualificação ambiental.

Este conceito resguarda a diretriz da cidade sustentável, na acepção do inciso I. do artigo 2º do Estatuto.

Outro instrumento de política urbana do planejamento municipal é o zoneamento ambiental (artigo 4º , inciso III, alínea "c"). Tal instrumento é previsto no PDDUA na estratégia de Qualificação Ambiental [17].

Para induzir o adequado aproveitamento do solo urbano, o PDDUA, à luz das estratégias, propôs normas de uso e ocupação do solo, bem como indicou importante instrumento de cumprimento da função social da propriedade urbana, qual seja a instituição de Áreas Especiais[18] e através da identificação de Áreas Especiais de Interesse Ambiental. Com a utilização de tal instrumento, é afastado o regime urbanístico geral e é identificado um regime urbanístico específico, condicionado às suas características e peculiaridades, compatível com a proteção do patrimônio a ser preservado. A identificação de Áreas Especiais de Interesse Ambiental – decorre

[17] Art. 13 da Lei Complementar 434/99:
"A estratégia de Qualificação Ambiental tem como objetivo geral qualificar o território municipal, através da valorização do Patrimônio Ambiental, promovendo suas potencialidades e garantindo sua perpetuação, e da superação dos conflitos referentes à poluição e degradação do meio ambiente, saneamento e desperdício energético."

[18] Os artigos 74 a 92 disciplinam as Áreas Especiais de Interesse Institucional, de Interesse Urbanístico (dentre as quais se encontram as Áreas Especiais de Interesse Social - AEIS, as Áreas Urbanas de Ocupação Prioritária – AUOPs, as Áreas de Contenção ao Crescimento Urbano e as Áreas de Revitalização), e as Áreas Especiais de Interesse Ambiental (dentre as quais se encontram as Áreas de Proteção do Ambiente Natural e as Áreas de Interesse Cultural).

do necessário cumprimento da função social das propriedades nelas situadas, o qual somente se dará através da sua preservação dos bens protegidos.

O mesmo ocorre com a delimitação de Áreas Especiais de Interesse Social – as Zonas Especiais de Interesse Social previstas no estatuto –em face de que nelas, o cumprimento da função social dos imóveis nela situados se dará através da implantação de empreendimentos voltados à produção de unidades habitacionais de interesse social.

A indicação de áreas para edificação e parcelamento do solo se dá em face de que as condições de infra-estrutura nelas existentes e a falta de sua utilização ou sub-utilização tornam ociosa tal infra-estrutura, disto decorrendo o custo social demasiadamente alto para a cidade, caracterizando a retenção especulativa. Este instrumento foi previsto no PDDUA através da instituição das Áreas Urbanas de Ocupação Prioritária – as AUOPs- através da qual são estabelecidos prazos para o uso sob pena de progressividade na alíquota do IPTU. Em sentido contrario, prevê o PDDUA a utilização da Área de Contenção ao Crescimento Urbano – ACCRU – em face da ausência de intra-estrutura e serviços compatíveis com o adensamento. A aplicação deste instrumento relaciona-se diretamente com o cumprimento da função social da cidade e da propriedade urbana, visando à implementação das diretrizes constantes dos incisos I, III, IV, V, XII do artigo 2º do Estatuto.

O uso do Solo Criado, a indicação das áreas da cidade adequadas à sua aplicação, é instrumento de cumprimento da função social porque em tais áreas a infra-estrutura colocada à disposição é ociosa e deve ser otimizada, sendo importante instrumento de recuperação dos investimentos públicos em urbanização, de distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização, diretrizes do Estatuto, constantes nos inciso IX e XI do art. 2º.

O instrumento, desta forma, somente pode ser utilizado em áreas ambientalmente favoráveis e compatíveis com o adensamento, sob pena de contrariar as diretrizes do Estatuto e os princípios do PDDUA e mais, de descumprir a função social da propriedade e da cidade.

Poderá ser identificada, por exemplo, a necessidade da utilização dos instrumentos em conjunto, em face do sistema de planejamento integrado que se cria. Assim, uma indicação combinada de parcelamento e/ou edificação compulsória em área identificada como Área Especial de Interesse Social [19] indicará que a

[19] A AEIS contempla áreas ocupadas – onde o objetivo é a manutenção da habitação – e áreas não ocupadas – onde o objetivo é a produção de habitação. De acordo com a situação, a área é identificada como AEIS I, II, III ou IV, nos termos do art. 76 da LC 434/99:

AEIS I - locais onde ocorram assentamentos auto-produzidos em áreas públicas ou privadas. A identificação da AEIS significa que a área é gravada para a Habitação de Interesse Social com vistas a sua regularização. Ou seja, nesta hipótese, a função social do imóvel fica definida e vincula-se à habitação Popular. A regularização, tratando-se de área pública, dá-se mediante concessão de direito real de uso, instrumento previsto na Lei Municipal Complementar n. 242/91 e no Estatuto da Cidade no inciso V, letra "g" do artigo 4º. Em se tratando de área privada, contemplados os requisitos da usucapião, a regularização se dá através da medida judicial cabível.

AEIS II – loteamentos irregulares ou clandestinos, onde a identificação viabiliza o estabelecimento de padrões e regime especial com a finalidade de regularização;

AEIS III – imóveis não edificados, sub-utilizados localizados na Área de Ocupação Intensiva próprios para a implantação de Habitação de Interesse Social. A sua identificação também tem a finalidade de vincular a função social da propriedade nela situada ao atendimento da demanda habitacional.

AEIS IV – áreas ocupadas com fins habitacionais, com a incidência de identificações precárias, não concluídas ou degradadas.

função social dos imóveis nela situados será o parcelamento ou a edificação em um prazo definido em lei, com a finalidade de produzir unidades habitacionais ou lotes para uso habitacional. A indicação para parcelamento ou edificação do solo em áreas industriais implica no cumprimento da função social através da geração de empregos. A indicação de uma área de renovação, revitalização urbana decorre da degeneração de determinada região, e da necessidade do município intervir para inseri-la novamente na forma desejada.

O planejamento, portanto, assume papel essencial para que as cidades cumpram a sua função social e os Municípios, a partir do Estatuto da Cidade, tem o poder-dever de identificar os rumos para o desenvolvimento das cidades, sempre tendo presentes as diretrizes gerais de política urbana previstas no Estatuto da Cidade. A Lei Federal estabelece as regras gerais, com base nas quais a legislação municipal regulará a aplicação dos instrumentos, observado o planejamento e o interesse local. Especial enfoque deve ser dado na lei local no sentido de aplicar os instrumentos como indutores ao cumprimento da Função Social da Cidade e da Propriedade Urbana.

Como se vê, o Estatuto da Cidade veio, definitivamente, viabilizar a atuação municipal sobre os vazios urbanos nocivos para fazer cumprir a Função Social da Propriedade Urbana, estabelecendo as regras gerais a partir das quais a lei municipal regulará a atuação do Poder Público Municipal e dos proprietários de imóveis urbanos, tendo como o norte o adequado ordenamento urbano, a qualificação ambiental e o direito à moradia.

5. CONCLUSÕES ARTICULADAS

5.1 Desde a Constituição de 1934 o regramento do exercício do direito de propriedade sofre restrições e limitações, bem como somente pode ser exercido em sua plenitude respeitado o interesse social ou coletivo sendo que a garantia ao direito de propriedade e seu exercício estão adstritos à observância dos limites e conteúdo definidos em lei;

5.2 O Decreto-Lei 25/37 é primeiro regramento que indica a função social da propriedade imóvel, qual seja a preservação do bem tombado como patrimônio cultural, independentemente da vontade do respectivo proprietário, e estabelecendo a obrigação de preservar como conseqüência do direito de propriedade; todas as normas ambientais anteriores à Constituição Federal de 1988, dentre os quais destacamos o Código de Florestal, têm o mesmo fundamento;

5.3 A Constituição Federal de 1988 explicitou de forma mais evidente a garantia do direito de propriedade ao cumprimento de sua função social e respalda o plano diretor como o instrumento legal de indicação da função social da propriedade urbana, criando instrumentos para o seu cumprimento;

5.4 A cidade sustentável, diretriz do Estatuto da Cidade, é ambientalmente equilibrada, onde não encontra lugar o crescimento desordenado que gere efeitos nega-

tivos ao meio ambiente, o uso inadequado dos imóveis, a proximidade de usos incompatíveis, a poluição e a degradação ambiental, sendo preconizada a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico como orientação para o conteúdo da função social dos imóveis; a aplicação de qualquer um dos instrumentos previstos no artigo 4º da mesma lei que não tenham como objetivo o alcance de tal diretriz não encontra respaldo nas normas gerais de política urbana;

5.5 O Plano Diretor de Porto Alegre estabelece os princípios do desenvolvimento urbano em acordo com as diretrizes gerais estabelecidas no Estatuto da Cidade e os instrumentos nele inseridos somente podem ser aplicados se observados e no desenvolvimento de tais princípios, sob pena de ilegalidade;

5.6 A delimitação de As Áreas Especiais de Interesse Ambiental – Natural e Cultural – bem como decorrente definição de regime urbanístico específico que preserve as suas características é um instrumento de planejamento urbano que tem como fundamento e objetivo a definição e o cumprimento da função social da propriedade urbana.

TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO INSTRUMENTO DE TUTELA AMBIENTAL PREVENTIVA NO LICENCIAMENTO DE UM ATERRO SANITÁRIO[1]

MARIA JOSÉ LOPES DE ARAÚJO SAROLDI
Técnico Pericial do GATE -
Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

DIGNA DE FARIA MARIZ
Técnico Pericial do GATE -
Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

OSNY PEREIRA FILHO
Técnico Pericial do GATE -
Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho apresenta o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) como instrumento de tutela preventiva, associado ao processo de licenciamento ambiental de um aterro sanitário. O aterro sanitário é sem sombra de dúvidas, uma forma adequada para disposição final dos resíduos sólidos urbanos, sendo sua implantação um processo complexo em função da carência de áreas apropriadas nas cidades e de investimento neste setor.

A questão dos resíduos sólidos tem ocupado lugar de destaque no debate ambiental, principalmente após os resultados apresentados pela Pesquisa Nacional de Saneamento Básico do IBGE (PNSB, 2000): 63,6% dos municípios informam que depositam seus resíduos em lixões e apenas 32,2 % declaram que possuem aterros adequados (13,8% em sanitários e 18,4% em controlados) e 5% não declararam para onde vão os resíduos coletados.

Sobre um dos problemas sociais mais graves na área de resíduos sólidos, a PNSB 2000 informa a existência de 24.340 catadores em lixões. A pesquisa realizada em 2000 pelo UNICEF informa que existem catadores de materiais recicláveis em 3800 municípios. Eles catam em lixões ou em "aterros" de 37% das capitais brasileiras, em 68% das cidades com mais de 50.000 habitantes e em 32% das demais cidades. A pesquisa também mostrou que existem catadores nas ruas em 67% das capitais, em 64% das cidades com mais de 50.000 habitantes e em 32% das demais.

Aos Promotores de Justiça Dra. Renata Neme Cavalcanti e Dr. Carlos Frederico Saturnino de Oliveira que implementaram brilhantemente a tutela ambiental preventiva inovando na elaboração de um Termo de Ajustamento Conduta junto ao processo de licenciamento ambiental.

Além do volume de resíduos sólidos crescer pelo estímulo ao consumo indiscriminado e incentivo aos produtos descartáveis, a toxicidade dos resíduos está aumentando com o maior uso de produtos químicos nos resíduos domiciliares. Os problemas estão sendo ampliados pela crescente geração de resíduos nas áreas urbanas, onde é elevado o grau de concentração populacional e de consumo. Proporcionalmente ao aumento das aglomerações urbanas e ao crescimento da população, ocorre a diminuição e o encarecimento das áreas disponíveis destinadas à implantação de aterros sanitários. Portanto, o problema assume uma magnitude alarmante. A Agenda 21 aponta uma previsão até 2025 de uma geração de resíduos, cinco vezes maior que a atual.

Ao Poder Público cabe estabelecer e executar as normas de gerenciamento ou políticas para a questão dos resíduos sólidos, cabendo à população e aos estabelecimentos geradores a tarefa de se responsabilizarem pela produção dos resíduos, de forma a minimizar o problema. A questão do gerenciamento dos resíduos sólidos, especialmente os resíduos urbanos, é de extrema relevância para a sociedade, o Poder Público e o setor produtivo.

A sociedade deve assumir suas responsabilidades em evitar os desperdícios e a falta de gestão adequada dos resíduos gerados. Estes fatores são relevantes para a necessária mudança de paradigmas visando à sobrevivência da "espécie humana" no planeta terra. As administrações públicas locais, ao longo dos anos, preocupam-se apenas em afastar das zonas urbanas os resíduos sólidos urbanos e públicos coletados, depositando-os em locais absolutamente inadequados, como encostas florestadas, manguezais, rios, baías, vales e próximos às estradas.

No território do Estado do Rio de Janeiro apenas dois, entre os 92 municípios do estado, possuem aterros sanitários operando adequadamente com licença de operação concedida pelo órgão ambiental estadual – FEEMA. Entre eles, a Central de Tratamento de Resíduos de Nova Iguaçu, objeto de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) celebrado entre o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e os responsáveis pela implantação e operação do aterro sanitário de Adrianópolis, no município de Nova Iguaçu. Baseado no princípio da precaução, este TAC foi aplicado como instrumento de tutela preventiva no licenciamento ambiental do aterro sanitário de Nova Iguaçu associado-o ao encerramento e recuperação ambiental da área do "Lixão da Marambaia" - antigo vazadouro de lixo deste município.

Este TAC viabilizou um projeto criterioso quanto às medidas de controle sanitário e ambiental, onde foi previsto obras de implantação da base do aterro, captação e proteção das nascentes de águas existentes no local, monitoramento geotécnico e ambiental, manejo de fauna e flora, além de uma gestão integrada dos resíduos sólidos de forma a garantir o mínimo de impactos ambientais e sociais decorrentes da implantação do empreendimento. A área escolhida para implantação do aterro sanitário é de grande relevância ambiental, pois se trata de uma região inserida no entorno da Reserva Biológica do Tinguá.

A adoção de Planos de Gerenciamento Integrado do Lixo Municipal é importante porque descrevem as ações relativas ao manejo dos resíduos, contemplando os aspectos referentes à geração, segregação, acondicionamento, coleta, armazenamento, transporte, tratamento e disposição final, bem como a proteção à saúde pública, incluindo a discussão dos problemas sociais. Para a efetiva im-

plantação destes planos torna-se necessária à aplicação de instrumentos de tutela ambiental capazes de exercer o monitoramento de todas as ações envolvidas na gestão de resíduos sólidos.

2. TUTELA AMBIENTAL

É princípio constitucional o dever da coletividade e do Poder Público de preservação e proteção do bem ambiental, conforme preconiza o *caput* do art. 225 que todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo dever do Poder Público e da coletividade sua defesa e preservação para as presentes e futuras gerações. Mazzilli (2005) ensina que "*é preciso conscientizar as pessoas, o Ministério Público e o próprio Poder Judiciário de que, além de um dever negativo de não poluir, existe um dever consistente na prática do ato positivo, seja para impedir o dano ambiental, seja para reparar o dano ocorrido".*

Estes princípios respaldam a existência dos denominados instrumentos de tutela ambiental. A finalidade desses instrumentos é a preservação e proteção dos bens ambientais, estabelecendo, tanto a tutela preventiva quanto a tutela reparatória do meio ambiente. Benjamin (2003) ensina que "*dentre todos os instrumentos de proteção ambiental, os preventivos mostram-se como os únicos capazes de garantir, efetivamente, a proteção do meio ambiente, posto que a reparação e a repressão pressupõem dano manifestado,... que, não raras vezes não mais pode mais ser reconstruído".*

Destaca-se desta forma, entre os princípios gerais do direito ambiental, o Princípio da Precaução. A Declaração do Rio que resultou da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento - Rio 92 reconheceu este princípio em seu Princípio nº 15. A prevenção está ligada à idéia de preservação do meio ambiente, e sua aplicação relaciona-se intensamente com a avaliação prévia das atividades humanas. Segundo Machado (2002) o Estudo de Impacto Ambiental insere na sua metodologia a prevenção e a precaução da degradação ambiental. Diagnosticado o risco, pondera-se sobre os meios de evitar o prejuízo. Já existe o reconhecimento judicial de que na dúvida ou na incerteza, não se deve praticar tal atividade.

São exemplos de instrumentos de tutela preventiva o Estudo de Prévio de Impacto Ambiental e seu respectivo relatório - EIA/RIMA, licenças e autorizações ambientais, auditoria ambiental, zoneamento ambiental. A ação popular, ação civil pública e o mandado de segurança coletivo ambiental são exemplos de instrumentos de tutela reparatória. Neste contexto, identifica-se que o termo de ajustamento de conduta como um instrumento de tutela que pode ser utilizado tanto da forma preventiva quanto reparatória.

Em relação à tutela penal do meio ambiente, Akaoui (2003) destaca que esta tem considerado a prevenção como medida essencial à manutenção do equilíbrio ecológico estabelecendo os "crimes de perigo" como aqueles que são consumados somente pela possibilidade de dano, não havendo necessidade da efetiva lesão do bem jurídico.

2.1. O Papel do Ministério Público do Rio de Janeiro na Tutela Ambiental

O meio ambiente, como bem de uso comum do povo é direito difuso e indisponível, portanto em relação a esse direito é impossível transigir. A defesa da ordem jurídica do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis é atribuição do Ministério Público estabelecida pelo art. 127 da nossa constituição cidadã, cabendo desta forma ao Ministério Público a defesa do meio ambiente.

Em seu artigo 129, a Constituição Federal atribui ao Ministério Público, entre suas funções institucionais, a de "promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos". Desta forma, a Constituição consagra a instituição Ministério Público, ao valorizar o seu papel de autor em prol dos interesses difusos e coletivos (Araújo, 2001).

Entre os princípios institucionais do Ministério Público, Pinho (2003) apresenta a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro que em seu art. 34, esclarece como atribuições do *Parquet* fluminense, além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, as de promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados à infância e à adolescência, ao meio ambiente, ao consumidor, ao contribuinte, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos (inciso VI, a). Ressalte-se que o inquérito civil foi regulamentado pela Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro através da Resolução nº 1066 de 16 de agosto de 2002.

O Ministério Público, principalmente no nível estadual, pode ser o elo de articulação entre as políticas que começam a ser esboçadas no nível nacional e sua aplicação nos Municípios. No caso específico do Estado do Rio de Janeiro, o MP vem aplicando, junto aos municípios fluminenses, um programa de erradicação dos lixões e do trabalho infantil em qualquer etapa do sistema de limpeza urbana (Cordeiro *et al*., 2001).

Os Promotores de Justiça que atuam na tutela coletiva contam com a assessoria técnica do Grupo de Apoio Técnico Especializado – GATE. Na área de resíduos sólidos o GATE atua em todo o estado do Rio de Janeiro realizando vistorias aos lixões, depósitos irregulares resíduos e às unidades de tratamento de lixo existentes com emissão de relatórios; elaborando pareceres contemplando os parâmetros técnicos para elaboração dos Termos de Ajustamento de Conduta – TAC's a serem firmados entre o Ministério Público e os Municípios ou recomendações técnicas para a implantação ou estruturação da gestão integrada de resíduos sólidos municipais; assessorando o membro do *Parquet* durante o processo de licenciamento ambiental para implantação de Unidades de Tratamento de Resíduos Sólidos e/ou de Aterros Sanitários através da análise dos estudos de impacto ambiental e seus respectivos relatórios – EIA/RIMA e acompanhamento do Promotor de Justiça em audiências públicas.

Das vistorias realizadas pelo GATE, em diversos municípios do Estado do Rio de Janeiro, constatou-se um cenário comum de problemas do ponto de vista das implicações ambientais, sociais, urbanísticas e operacionais.

Entre os problemas encontrados nas áreas utilizadas como vazadouros de lixo destaca-se a existência de cursos d'água e nascentes; inexistência de recobrimento regular dos resíduos; prática de atear fogo no lixo visando reduzir o volume dos resíduos e aumentar a vida útil da área; inexistência de qualquer mecanismo para coleta e queima de gases; ausência de qualquer tipo de barreira física (cinturão verde, cerca, guarita, etc.) facilitando o livre acesso à área do lixão; disposição de resíduos de serviços de saúde (RSS), mais conhecido como "lixo hospitalar", misturado à massa de lixo de forma irregular sem qualquer tratamento específico; proximidade dos lixões a núcleos populacionais; existência da atividade de catação, exercida por homens, mulheres, crianças, adolescentes e idosos submetidos a condições de total insalubridade; criação de animais em meio à massa de lixo, como gado bovino e porcos.

Os impactos ambientais gerados pela disposição irregular de resíduos sólidos urbanos causam danos significativos, muitas vezes, irreversíveis, tais como poluição das águas superficiais e subterrâneas, focos de proliferação de vetores com implicações sanitárias e de insegurança para as pessoas que trabalham no lixão e toda a população do entorno; poluição visual, estética e paisagística; poluição atmosférica e contaminação da cadeia alimentar com riscos de agravos à saúde pública.

2.2. O Termo de Ajustamento de Conduta

Diversas tentativas de implantação de aterros sanitários em nosso país não tiveram sucesso e, apesar dos esforços dos gestores municipais, os aterros foram transformados em lixões. A falta de pessoal treinado para operar aterros sanitários e a transferência dos equipamentos e máquinas próprias para sua operação para serem disponibilizados em outras obras e serviços da prefeitura são geralmente as principais causas da ocorrência deste dano ambiental.

Este conflito é gerado pela descontinuidade das políticas públicas no processo de mudança das gestões administrativas. Saroldi (2005) comenta que esta descontinuidade é um dos indicadores da necessidade da aplicação específica deste instrumento de tutela, tanto na reparação de áreas degradadas quanto na implantação de ações que significam soluções de saneamento ambiental, pois os compromissos assumidos pelas prefeituras devem ser mantidos por qualquer administração durante os prazos estabelecidos nos termos. Desta forma, a ação preventiva visando evitar a ocorrência do dano ambiental é monitorada durante as fases de implantação e operação dos aterros sanitários.

Segundo Rodrigues (2002), o fato do ajustamento de conduta evitar ou encerrar um conflito judicial não o identifica necessariamente como instituto da transação. Complementa esta afirmação considerando que tanto a transação extrajudicial e judicial, como a renúncia do direito, em juízo ou fora dele, bem como

o ajustamento de conduta, são espécies do gênero conciliação, posto que todos podem permitir a solução de um conflito já configurado ou por se iniciar.

Resultados positivos desta atuação foram identificados pela Pesquisa Nacional de Saneamento Básico do IBGE (PNSB-2000) creditando "*à forte atuação do Ministério Público, que vem agindo ativamente na indução à assinatura, pelas prefeituras, dos Termos de Ajuste de Conduta para recuperação dos lixões, e na fiscalização do seu cumprimento",* como um dos fatores responsáveis pela melhora da situação da disposição final do lixo no Brasil nos últimos anos.

O Termo de Ajustamento de Conduta assinado, em 12 de abril de 2002, pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, o Município de Nova Iguaçu, a empresa de limpeza urbana do Município de Nova Iguaçu - EMLURB e a empresa responsável pela obra de implantação do aterro e sua posterior operação – SA Paulista, vem preventivamente atuar em complemento às autorizações e licenças ambientais, visando o monitoramento nas fases de implantação e operação do aterro sanitário.

A proposta de formatação de parâmetros técnicos para a elaboração dos Termos de Ajustamento de Conduta foi desenvolvida pelo Grupo de Apoio Técnico Especializado - GATE do Ministério Público Estadual contemplando as fases de implantação e operação do empreendimento, a recuperação da área degradada pelo lixão de Marambaia e o monitoramento de todas as atividades ou serviços desenvolvidos nestas fases, bem como o monitoramento da implantação das medidas mitigadoras e compensatórias estabelecidas no termo. Apresenta-se a seguir a descrição destes parâmetros:

- Apresentação do Projeto de Recuperação ambiental do Vazadouro de lixo de Marambaia, com cronograma de execução;
- Adoção pelo Município de Nova Iguaçu de programa de redução, reaproveitamento e reciclagem de resíduos (3R's), implantados de forma integrada a Central de Tratamento e de Disposição Final;
- Elaboração de um Plano Social para as famílias de catadores que trabalham no lixão de Marambaia
  - Programas de capacitação dos catadores – 3 R's;
  - Inserção das crianças na escola;
- Fase de Implantação do Empreendimento
  - Proteção das nascentes e uso futuro da água;
  - Retirada de vegetação;
  - Impermeabilização de base;
  - Melhoria dos acessos ao empreendimento (pista de aceleração / desaceleração junto ao portão do empreendimento);
- Fase de Operação e Monitoramento do Empreendimento
  - Treinamento de pessoal de operação e manutenção;
  - Monitoramento da qualidade de água das nascentes;
  - Plano de Avanço da frente de trabalho;
- Medidas Compensatórias
  - Enriquecimento florestal da área com espécies nativas;

- Recuperação paisagística com espécies da flora nativa;
- Programa de manejo para a fauna residente na área de entorno ao terreno do aterro, envolvendo aspectos de saúde, alimentação, população e comportamento;
- Programa de disponibilização da água para o consumo por parte da fauna residente na área de entorno do terreno de Adrianópolis;
- Programa de Educação Ambiental;
- Destinação, pelo Município, de outra opção de lazer e recreação ecológica para a comunidade de Adrianópolis.

3. O ATERRO SANITÁRIO DE ADRIANÓPOLIS

A Baixada Fluminense é uma das regiões mais densamente povoadas do Estado, onde se concentra também, proporcionalmente, o maior número de pessoas vivendo em condições de indigência. O aterro sanitário de Adrianópolis denominado de Central de Tratamento de Resíduos Sólidos Urbanos de Nova Iguaçu (CTR de Nova Iguaçu) receberá resíduos sólidos urbanos somente dos municípios de Nova Iguaçu e Mesquita. Para uma população da ordem de 826.000, os dois municípios geram aproximadamente 600 t/dia.

A CTR foi projetada agregando uma Unidade de Tratamento de Resíduos de Saúde, visando inertizar os resíduos infectantes coletados na cidade de Nova Iguaçu em unidades hospitalares e ambulatoriais, postos de saúde, farmácias, veterinárias e outros geradores de resíduos de serviços de saúde. O sistema de tratamento de Resíduos de Serviços de Saúde – LOGMED, importado da Alemanha, consiste na desinfecção de resíduos através de um óleo térmico e posterior disposição no aterro sanitário.

Além do sistema LOGMED, o aterro conta com um sistema de tratamento para líquidos percolado. O equipamento utiliza como fonte de energia o biogás gerado no próprio aterro, para alimentar a chama de um queimador que em contato com o chorume propicia sua evaporação.

Associado a implantação da CTR de Nova Iguaçu, existe um projeto aprovado pelo Banco Mundial (Bird) para geração de energia com gás metano liberado pela decomposição da matéria orgânica, que é o segundo agente mais poderoso do efeito estufa. O projeto de geração de energia do aterro sanitário de Adrianópolis e da recuperação do lixão de Marambaia prevê 85% de redução das emissões de gás metano A redução das emissões de gás metano são vendidas, gerando certificados de emissão de carbono, papéis negociáveis no mercado financeiro. Estes títulos foram estabelecidos a partir do Protocolo de Kioto, que entrou em vigor em 2005.

O sistema de créditos de carbono permite que nações ricas cumpram suas metas de redução na emissão de gases previstas neste Protocolo em qualquer lugar do mundo. Esta iniciativa da geração de energia em Adrianópolis e Marambaia foi a primeira do mundo oficialmente inscrita como projeto de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) do Protocolo de Kioto.

3.1 Localização do Empreendimento

O município de Nova Iguaçu possui uma população de 750.564 habitantes (IBGE/2000), distribuídos em uma área de 512,6 km². Este território municipal possui 39% de sua área, ocupado por duas unidades de conservação totalizando 198 km². São elas: Reserva Biológica do Tinguá e a Área de Proteção Ambiental da Serra de Madureira.

A área de Adrianópolis destinada à implantação da Central de Tratamento de Resíduos Sólidos Urbanos de Nova Iguaçu – CTR de Nova Iguaçu está localizada a 1 Km das Centrais Elétricas de Furnas, a 2,5 Km do limite da Reserva Biológica de Tinguá e a 12 Km do centro de massa do município (Nova Iguaçu). De acordo com o Mapa de Macrozoneamento do Município, na Zona de Transição – Cinturão Verde, denominada também por "zona de amortecimento da Reserva Biológica de Tinguá", por estar situada no raio de 10 Km da Unidade de Conservação.

A Reserva Biológica é uma unidade de conservação cujo objetivo é a preservação da biota e demais atributos naturais existentes em seus limites, sem interferência humana direta ou modificações ambientais (Antunes, 2002).

A relevância ambiental da área justifica os critérios rigorosos de monitoramento necessários após a obtenção da licença de operação deste empreendimento, sendo o termo de ajustamento de conduta o instrumento mais apropriado para esta finalidade.

3.2 O lixão de Marambaia

O vazadouro de Marambaia foi utilizado para a disposição dos resíduos sólidos urbanos gerados pelo município de Nova Iguaçu localizado na região leste, próximo ao limite com o município de Duque de Caxias. O vazadouro de Marambaia começou a operar em maio de 1987, encerrando suas atividades em fevereiro de 2003, quando o CTR de Nova Iguaçu começou a operar.

A existência deste lixão de grande porte em área de reserva ecológica configura um caso exemplar de inadequação locacional da área escolhida para disposição final de lixo em detrimento de sua função social da propriedade com ênfase no atributo ambiental.

A área onde os resíduos eram dispostos ocupava cerca de 200.000 m², inserida numa região constituída por morrotes de baixa altitude com sinais evidentes de ações antrópicas, com predomínio de vegetação constituída por árvores e arbustos remanescentes de mata nativa em toda a periferia.

O Termo de Ajustamento de Conduta prevê a plena recuperação ambiental da área do lixão de Marambaia no prazo de 18 meses contados a partir do início da operação da CTR de Nova Iguaçu, visando atenuar os impactos existentes, controlar a geração de novos impactos potenciais e garantir condições adequadas de encerramento técnico da unidade com a sua reintegração ambiental a área de entorno.

O projeto de recuperação ambiental do vazadouro de Marambaia contemplou a implantação de estruturas de engenharia tais como cercamento e isolamento da área com implantação de cinturão verde, sistemas de drenagem de águas pluviais e de gases, captação e tratamento de líquidos percolados, além de promover a impermeabilização, cobertura final e reflorestamento da área com o plantio de mudas nativas.

3.3 O licenciamento ambiental do aterro

Qualquer atividade, desde que possa ser considerada efetiva ou potencialmente poluidora; que seja capaz, de qualquer forma, de causar degradação ambiental; ou utilize recursos ambientais, deverá ser previamente submetida ao licenciamento ambiental do órgão estadual competente e do IBAMA , em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis (Oliveira , 1999).

Segundo a legislação ambiental vigente – Resolução CONAMA nº 237/97 e Lei Estadual nº 1356/88, a implantação de um aterro sanitário é uma atividade potencialmente poluidora devendo, portanto, apresentar o Estudo Prévio de Impacto Ambiental e seu respectivo Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) no processo de licenciamento.

A Política Nacional de Meio Ambiente, Lei Federal nº 6938/81, estabelece em seu art.18 a responsabilidade do IBAMA na proteção das reservas e estações ecológicas e a Resolução CONAMA nº 13/90, em seu art. 2º determina que qualquer atividade que possa afetar a biota, nas áreas circundantes das Unidades de Conservação, num raio de 10 Km, deverá ser licenciada pelo órgão ambiental competente mediante autorização do órgão responsável pela administração da Unidade de Conservação.

Desta forma justifica-se a complexidade do licenciamento de uma atividade deste porte em área ambientalmente protegida pela sua relevância já descrita anteriormente. Outras três áreas, com dimensões compatíveis com as condições estabelecidas no Edital de Licitação para a concessão dos serviços de tratamento e disposição final de resíduos sólidos, foram apresentadas como alternativas locacionais: Aeródromo de Nova Iguaçu, localizado no centro da cidade, área de Campo Alegre, próximo a captação do Rio Guandu e a área na Estrada Zumbi dos Palmares onde se localiza o Lixão de Marambaia.

Apesar da relevância ambiental da área de Adrianópolis, esta foi escolhida por apresentar menor impacto ambiental que a área da Estrada Zumbi e a de Campo Alegre, sendo que na área próxima ao Aeródromo de Nova Iguaçu a legislação não permite a implantação de aterro sanitário.

Para fins de licenciamento da implantação do aterro sanitário nesta área, o IBAMA emitiu parecer baseado em estudo realizado pelo Professor *José Fernando Thomé Jucá*, favorável ao empreendimento, uma vez atendidas as restrições, relacionadas nas obrigações estabelecidas no termo de ajustamento de conduta, através de medidas preventivas, mitigadoras e compensatórias, entre elas destaca-se: recebimento de resíduos do próprio município, abrigando no máximo os

oriundos de Mesquita; utilização somente da área Adrianópolis, de 20 hectares, no contexto de sua aprovação pela FEEMA; modificações no projeto de forma a atender a legislação ambiental atual no que se refere à preservação da Mata Atlântica e das nascentes de água existentes no local; plantio de vegetação de pelo menos o dobro da área de vegetação suprimida em local a ser determinado pela Chefia da REBIO Tinguá (razão 2x1), a título de medida compensatória de minimização de impactos à mata atlântica de estágios inicial e médio de regeneração.

3.4 O Monitoramento do TAC

O cumprimento das obrigações estabelecidas no TAC pertinentes ao Município de Nova Iguaçu, a Empresa Municipal de Limpeza Urbana- EMLURB e à empresa responsável pela implantação e operação do aterro - S/A Paulista, é monitorado pelo Ministério Público através de vistorias no local do empreendimento e análise de projetos.

A execução das atividades técnicas é avaliada em relação aos prazos estabelecidos no TAC e nos cronogramas físicos apresentados. Além dos parâmetros técnicos citados no item 2.2 serão também monitorados na fase de operação do aterro os seguintes itens:

- Implantação de tratamento de chorume;
- Implantação de instrumentação geotécnica e monitoramento geotécnico ao longo do período de operação do aterro.
- Monitoramento ambiental das águas subterrâneas ao longo da operação do aterro.

4. CONCLUSÕES ARTICULADAS

4.1 O termo de ajustamento de conduta aplicado como instrumento de tutela ambiental preventiva no licenciamento de um aterro sanitário não substitui o papel licenciador e fiscalizador dos órgãos ambientais, atuando de forma complementar neste processo.

4.2 As obrigações elencadas nos termos de ajustamento de conduta, visando a implantação de um aterro sanitário, associam as atividades referentes ao licenciamento deste empreendimento à recuperação das áreas degradadas anteriormente pela disposição irregular dos resíduos sólidos urbanos. Destaca-se que o prazo para o encerramento da atividade irregular de disposição de resíduos deve ser compatibilizado com os prazos necessários para o licenciamento e as obras de implantação do novo aterro sanitário.

4.3 O termo de ajustamento de conduta visando à implantação de aterro sanitário deve estabelecer medidas compensatórias pelos impactos ambientais e sociais causados durante o período em que os resíduos sólidos urbanos foram dispostos de forma inadequada.

4.4 O termo de ajustamento de conduta utilizado como instrumento de gestão de resíduos sólidos deve conter a elaboração e implantação de um plano social destinado à família de catadores que trabalham nos lixões a serem desativados, disponibilizando novas oportunidades e inserindo o catador como parceiro na gestão de resíduos.

4.5 Os parâmetros técnicos contidos nos termos de ajustamento de conduta devem apresentar com clareza a forma e o prazo para execução de todas as atividades ou serviços decorrentes das fases de implantação, operação e monitoramento do aterro sanitário, bem como da implantação e monitoramento da recuperação ambiental da área degradada. A apresentação de cronograma físico das atividades ou serviços é de suma importância.

4.6 O monitoramento rigoroso, por parte do Ministério Público e dos órgãos ambientais, na implantação e operação de um aterro sanitário incentiva a pesquisa e implementação de novas técnicas de controle ambiental por parte da empresa responsável, possibilitando a participação em projetos de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL).

4.7 Tendo em vista a carência de áreas apropriadas para implantação de aterros sanitários, a aplicação do termo de ajustamento de conduta como instrumento de tutela preventiva associado ao processo de licenciamento ambiental de um aterro sanitário viabiliza sua implantação em áreas que contenham bens ambientais protegidos devido ao rigor do monitoramento dos parâmetros técnicos ao longo de sua vida útil.

ESTUDOS DE IMPACTO AMBIENTAL E UNIDADES DE CONSERVAÇÃO: ALGUMAS PONDERAÇÕES SOBRE A COMPENSAÇÃO DE IMPACTOS

MARIANA OLIVEIRA PINTO
Advogada, Mestranda em Políticas Públicas e Gestão Ambiental pelo Centro de Desenvolvimento Sustentável da Universidade de Brasília

1. INTRODUÇÃO

A partir da década de 50 do século XX, com o despertar para as questões ambientais, o debate sobre a proteção à natureza, bem como o questionamento sobre o modelo de desenvolvimento econômico e ainda a busca por instrumentos e práticas que assegurem as bases naturais no planeta e a própria vida do homem ganharam destaque nos cenários políticos, econômicos e sociais no mundo.

Essa preocupação acabou por refletir no ordenamento jurídico dos Estados - Nações, principalmente a partir de 1972, com a declaração do meio ambiente como um direito fundamental do homem, durante a Conferência de Estocolmo.

Desde então, os países vêm procurando incorporar essa temática em suas legislações, constitucionais e infraconstitucionais, prescrevendo normas, como de educação ambiental, de proteção aos recursos hídricos, de crimes ambientais, de instituição de áreas protegidas e de licenciamento ambiental.

No Brasil, os processos de licenciamento ambiental prevêem a elaboração de Estudos de Impacto Ambiental (EIA), ou seja, estudos que levantam os diagnósticos ambientais da área de influência de um empreendimento e analisam os impactos ambientais do projeto e de suas alternativas. Esses estudos também elaboram programas de acompanhamento e monitoramento e ainda propõem medidas mitigadoras de impactos negativos e apontam as compensações ambientais cabíveis.

Como uma das medidas de compensação ambiental, há a previsão do empreendedor de implantar unidades de conservação ou corroborar com sua manutenção. Essa disposição legal, apesar de muito louvável em sua finalidade, não vem sendo cumprida de maneira satisfatória.

Dessa maneira, a presente tese pretende apontar as deficiências existentes na compensação ambiental em áreas de proteção de biomas situados na área de influência do empreendimento e que abriguem porções significativas da biodiversidade em unidades de conservação. Finalmente, apresenta algumas sugestões para o aperfeiçoamento do EIA/RIMA.

2. AS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO AMBIENTAL E O ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal Brasileira de 1988 assegurou em seu art.225 o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Para isso impôs ao Poder Público e à sociedade o dever de proteger o meio ambiente para deixá-lo como patrimônio natural para as gerações futuras. Disso decorre a função ambiental, ou seja, a "atividade finalisticamente dirigida à tutela de interesse de outrem, caracterizando-se pela relevância global, homogeneidade de regime e manifestação através de um dever-poder"[1].

Essa função, consoante o sujeito passivo do dever, será pública ou privada. Quanto à função privada, não há esclarecimentos na norma constitucional dos deveres traçados. Mas, depreende-se que a sociedade tem o dever de agir em sintonia com meio ambiente. De exercer sua cidadania ambiental. É a função ambiental privada um dos mais fortes instrumentos de construção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ela conta com uma ferramenta ímpar: a cidadania. Por isso, assevera ROBERTO AGUIAR[2] que "a política do meio ambiente não é um conjunto de princípios listados no papel pelo Estado, mas o fruto dos embates travados nesse novo patamar que hoje integra a cidadania".

Quanto à função pública, esta subdivide-se segundo a tripartição dos poderes: pode ser administrativa, judiciária e legislativa. É administrativa quando se verifica que os órgãos da Administração Pública, pautando-se nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, devem zelar pela preservação do meio ambiente, exercendo seu poder de polícia ambiental, quer seja fiscalizando, aplicando multas, embargando ou interditando atividades nocivas ao meio ambiente. Essa função nada mais é do que decorrência do exercício da competência material ou executiva comum, prevista no art. 23 da Constituição Federal, que reparte entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a competência de proteção do meio ambiente, do combate a qualquer forma de poluição e a preservação das florestas, da fauna e da flora.

É judiciária quando são submetidos ao manto da Justiça os conflitos de natureza ambiental, via concentrada ou difusa, conforme a natureza da demanda e a instância perante a qual são propostos. Esses conflitos podem ser gerados por atos concretos (omissivos ou comissivos), ou podem decorrer da mera edição de leis ou atos normativos prejudiciais ao meio ambiente.

Por fim, a função é legislativa quando o Poder Público elabora a legislação ambiental. Essa função é da competência concorrente de todos os entes federativos – União, Estados, Distrito Federal e Municípios-, pelo seu Poder Legislativo respectivo. Assim sendo, cabe à União editar normas gerais, principiológicas, a serem observadas pelos demais entes federativos, ao editarem normas específicas.

---

[1] BENJAMIN, Antônio Herman, "Direito de propriedade e meio ambiente". Anais da XVI Conferência Nacional da OAB, 1996, p.237.

[2] *Direito do meio ambiente e participação popular*. Brasília: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, 1998, p.48.

Dentro dessa função ambiental legislativa, a Constituição estipulou a definição em todas as unidades da Federação de espaços territoriais e de seus componentes, para serem especialmente protegidos (art. 225, §1º, inc. III). Como fruto desse dever, foi instituído o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC, pela Lei 9.985/2000.

O SNUC é um sistema de espaços ambientais de diferentes biodiversidades e contextos sociais voltados para a conservação de sistemas ecológicos que define as estratégias de orientação e programa os modos de ação do Poder Público, como as medidas de criação, implantação e gestão de Unidades de Conservação, no âmbito federal, estadual e municipal.

Dessa maneira, as áreas especialmente protegidas são, na verdade, espécies das quais as unidades de conservação são gênero. Para melhor explicar essa advertência, torna-se oportuno transcrever os ensinamentos do insigne ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN[3]: "Toda unidade de conservação é área especialmente protegida, mas a recíproca não é verdadeira, pois a Constituição traz exemplos de biomas que recebem tutela especial (=Amazônia, Mata Atlântica, Pantanal) e, nem por isso, são, na sua totalidade, Unidades de Conservação".

Assim, pode-se conceituar as Unidades de Conservação como espécie de áreas especialmente protegidas, dotadas de relevantes atributos naturais, que por isso merecem que seu espaço (quer esteja em área pública ou particular) seja delimitado e submetido a um regime jurídico diferenciado de proteção, de forma a perpetuar a manutenção desse bem ambiental.

Na classificação dessas unidades, prescreveu a Lei 9.985/2000 sua divisão em dois grupos: Unidades de Proteção Integral e Unidades de Uso Sustentável. A primeira composta por Estação Ecológica, Reserva Biológica, Refúgio da Vida Silvestre, Parques Naturais Públicos e Monumentos Naturais. A segunda integrada por Áreas de Proteção Ambiental, Reservas Extrativistas, Reservas de Desenvolvimento Sustentável, Reserva Particular do Patrimônio Natural, Florestas Públicas, Reserva de Fauna e Área de Relevante Interesse Ecológico.

Mas, a Constituição Federal, atenta à necessidade de proteção do meio ambiente e de se agir preventivamente, não somente dispôs sobre o dever de delimitar áreas naturais para serem juridicamente protegidas, como também impôs que para a instalação de obras ou atividades potencialmente poluidoras, capazes de causar significativa degradação do ecossistema, devem ser realizados estudos *prévios* de impacto ambiental (EIA). Então, a CF/88 consolidou o EIA como um instrumento de Política Nacional do Meio ambiente, que já era timidamente previsto desde a Lei 6.830/80 e posteriormente ampliado pela Lei 6.938/81 e pelo Decreto nº 88.351/83[4], além de resoluções do Conama (Conselho Nacional do Meio Ambiente)[5].

Como se vê, a Carta Maior quis enfatizar o caráter preventivo do EIA, preferindo valer-se do termo "estudos prévios", à "avaliação de impacto ambiental".

[3] O regime brasileiro de unidades de conservação. *Revista de Direito Ambiental*. V. 21. Ano 06. Janeiro-Março 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.38.

[4] Esse decreto foi substituído posteriormente pelo Decreto nº 99.274, de 06 de junho de 1990.

[5] As resoluções do Conama que regulam o EIA são: Resolução CONAMA nº 001/86, nº 006/87 e nº 09/87.

Dessa maneira, o EIA deve preceder à autorização da obra ou atividade. Ou como realça ÉDIS MILARÉ, "os estudos devem ser realizados antes da decisão administrativa de concessão da licença ou de implementação de planos, programas e projetos com efeito ambiental no meio considerado" [6].

Os Estudos de Impacto Ambiental, segundo define o art. 1º, inciso III, da Resolução do Conama nº 237, "são todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença requerida".

Assim, os estudos de impacto ambiental tratam-se de um exame necessário para o licenciamento de empreendimentos com significativo impacto ambiental; ou melhor, de "[...] estudo das prováveis modificações nas diversas características socioeconômicas e biofísicas do meio ambiente que podem resultar de um projeto proposto" [7].

Por "impacto ambiental", deve-se entender, como dispõe o art. 1º da Resolução do Conama nº 001/86, que consiste em:

> *"Qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:*
> *I. a saúde, a segurança e o bem -estar da população;*
> *II. As atividades sociais e econômicas;*
> *III. A biota;*
> *IV. As condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;*
> *V. a qualidade dos recursos ambientais".*

Seu objetivo, como explica ÉDIS MILARÉ é "evitar que um projeto (obra ou atividade), justificável sob o prisma econômico ou em relação aos interesses imediatos de seu proponente, se revele, depois, nefasto ou catastrófico para o meio ambiente"[8].

De modo a abranger as diversas vertentes que compõe a complexidade ambiental, e buscando exames imparciais de avaliação dos projetos, os estudos de impacto ambiental devem ser elaborados por uma equipe multidisciplinar qualificada e independente em relação ao proponente do projeto.

3. DETERMINAÇÕES LEGAIS PARA A COMPENSAÇÃO AMBIENTAL EM UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

3.1. Definição de Compensação Ambiental em Unidades de Conservação

Sabe-se que todos os empreendimentos são atividades que modificam o meio ambiente, a exemplo da construção das estradas de rodagem, das ferrovias,

[6] Estudo prévio de impacto ambiental no Brasil. *In* PLANTENBERG, Clarita Muller; AB'SABER, Aziz Nacib. (Orgs.). *Previsão de Impactos*. São Paulo: Editora da USP, 2002 p. 67-68.
[7] MILARE, Ob. cit .Apud R.K. Jain et al. p. 55.
[8] MILARÉ, Édis. Estudo prévio de impacto ambiental no Brasil. *In* PLANTENBERG, Clarita Muller; AB'SABER, Aziz Nacib. (Orgs.). *Previsão de Impactos*. São Paulo: Editora da USP, 2002, p.53.

dos distritos industriais e das transposições de bacias. Mas, o EIA deve sempre apresentar medidas de atenuação ou eliminação de impactos negativos. Contudo, isso nem sempre é possível, já que existem impactos que são inevitáveis e que não são passíveis de atenuação.

Por esse motivo, os EIAs/RIMAs dos projetos ou atividades devem prever medidas de compensação dos impactos, para os casos pouco ou não mitigáveis, ou seja, devem apresentar medidas para contrabalançar as perdas socioambientais sofridas, impossíveis de atenuação e que refletem negativamente no bem estar social e ambiental da região impactada.

É dentro dessa perspectiva, que se pode dizer que a compensação de impacto ambiental está relacionada ao princípio da reparação, que é uma norma principiológica geral do direito ambiental, previsto no Princípio 13 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992, que estabelece o seguinte:

"Os Estados deverão desenvolver legislação nacional relativa à responsabilidade e à indenização das vítimas da poluição e outros danos ambientais. Os Estados deverão cooperar, da mesma forma, de maneira rápida e mais decidida, na elaboração das novas normas internacionais sobre responsabilidade e indenização por efeitos adversos advindos dos danos ambientais causados por atividades realizadas dentro de sua jurisdição ou sob seu controle, em zonas situadas fora de sua jurisdição".

Tendo em vista esse princípio, o direito brasileiro adotou a responsabilidade objetiva ambiental, prevista na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente. A Constituição Federal também assegurou em seu art. 225, §3º, a reparação dos danos causados ao meio ambiente.

Assim, seguindo essa linha de raciocínio, a compensação de impactos ambientais não deixa de ter esse caráter reparativo. Aliás, o verbete reparar significa "indenizar, compensar, ressarcir"[9]. Mas, a compensação ambiental prevista no EIA é uma reparação peculiar, haja vista que o pagamento deve ocorrer antes mesmo do dano efetivamente ocorrer, isto é, durante o período de implantação do projeto, juntamente com a concessão a licença prévia (LP), ou no máximo até a licença de instalação da obra (LI). A responsabilidade pelos danos é então previamente traçada, pela simples potencialidade de dano ambiental significativo decorrente do empreendimento.

Nesse sentido, assegurou PAULO AFFONSO LEME MACHADO, alegando que "A compensação é uma forma de indenização". E acrescentou: "Mesmo que a compensação não fosse prevista no EIA, ela é devida pelo princípio da responsabilidade objetiva ambiental"[10].

Entretanto, vale deixar bem claro que o pagamento do *quantum* indenizatório não permite que o empreeendedor se julgue no direito de danificar livremente a natureza. Como esclarece PAULO AFFONSO LEME MACHADO, "O pagamento a ser feito pelo empreendedor não é um salvo-conduto para poluir ou para

[9] Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Rio de Janiero: Editora Nova Fronteira, 1986.
[10] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2002, p.213.

danificar o meio ambiente, não eliminando o direito de pessoa física ou jurídica ingressar com ação judicial visando a impedir atividades perigosas e/ou danosas à sua propriedade individual ou coletiva"[11].

Como exemplos de compensações, pode-se citar as situações em que há o reassentamento das populações deslocadas, ou as indenizações devidas pela destruição de recursos florestais em reservas indígenas, as medidas de implantação de áreas protegidas, além de muitas outras cabíveis e oportunas, que são propostas segundo as demandas específicas de cada empreendimento.

Com vistas a esse desiderato, rezou o Art.1º da Resolução do Conama nº 002/96, a seguinte compensação de impactos, que deve estar presente em todos os empreendimentos de significativo impacto ambiental:

> *"Para fazer face à reparação dos danos ambientais causados pela destruição de florestas e outros ecossistemas, o licenciamento de empreendimentos de relevante impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente com fundamento do EIA/RIMA, terá como um dos requisitos a serem atendidos pela entidade licenciada,* ***a implantação de uma unidade de conservação de domínio público e uso indireto****, preferencialmente uma Estação Ecológica, a critério do órgão licenciador, ouvido o empreendedor". (grifo nosso)*

Destarte, estabeleceu a referida norma a obrigação dos projetos de corroborar com a implantação de unidades de conservação de uso indireto. A norma então estabeleceu uma atitude "preservacionista", como medida compensatória de uma ação "desenvolvimentista".

Visando a reforçar essa medida, a Lei do SNUC, em 2000, dispôs em seu art. 36, *caput,* que "nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerados pelo órgão ambiental competente, como fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório – EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta lei".

Assim, considerou-se como impactos negativos são aqueles "não mitigáveis e passíveis de riscos que podem comprometer a qualidade de vida de uma região ou causar danos aos recursos naturais" (Art. 31, *caput* do Decreto 4.340/2002).

Ademais, a legislação do SNUC, não somente admitiu a destinação de recursos para as unidades, corroborando com sua efetiva implantação ou manutenção, mas também contemplou a criação de novas unidades de conservação, como forma de compensação dos impactos (art. 36, § 2º, da Lei 9.985/2000).

3.2 Categorias de manejo beneficiadas com a compensação ambiental

O art. 36, *caput,* da Lei do SNUC não menciona se os locais de potencial ocorrência do dano ambiental, para efeitos de compensação, devam se situar na

[11] MACHADO. ob.cit., p.752.

área diretamente atingida pelo empreendimento, ou em qualquer parte de sua área de influência indireta.

Mas quanto à localização das unidades de conservação a serem compensadas, muito embora o art. § 2º da Resolução do Conama nº 002/96 disponha que "As áreas beneficiadas dever-se-ão se localizar, *preferencialmente,* na região do empreendimento e visar basicamente a preservação de amostras representativas dos ecossistemas afetados", tem-se entendido que"[...] os recursos que o empreendedor pagar têm uma relação inegável com a área em que os prejuízos ambientais possam ocorrer"[12].

As categorias de manejo pertencentes ao grupo de proteção integral são as destinatárias, em regra, das medidas compensatórias. A preferência do legislador a esse grupo está exatamente na maior rigorosidade do regime jurídico dessas categorias, que somente admitem o uso indireto dos seus recursos naturais e propõe a manutenção dos ecossistemas livres de modificações advindas de ações humanas. Assim, foi selecionado esse grupo para contrabalançar as perdas de biodiversidade na área de influência do projeto, sobretudo na direta.

Porém, vale atentar-se que a destinação dos recursos não é exclusiva a esse grupo, pois se o empreendimento afetar diretamente uma unidade de conservação ou sua zona de amortecimento, mesmo que se trate de uma categoria do grupo de uso sustentável, deverão essas unidades ser beneficiadas (art. 36, § 3º da Lei do SNUC).

Entrementes, as propostas de criação de Unidades de Conservação Ambiental devem ser restritas às categorias do grupo de proteção integral.

Deve então ser analisado um aparente conflito de normas. A Resolução do Conama nº 002/96 prevê a compensação em unidades de uso indireto, o que equivale às unidades de proteção integral. Mas a resolução do Conama também fala sobre categorias de domínio público. Já a Lei do SNUC, estabelece como categorias beneficiadas as unidades do grupo de proteção integral, que têm como regra a dominialidade pública, mas admitem exceções nos casos dos Monumentos Naturais e dos Refúgios da Vida Silvestre, que possibilitam sua implantação sobre áreas particulares.

Poderiam, assim, as unidades de proteção integral, mas que sejam instituídas sobre áreas particulares, ser beneficiadas com a compensação?

A resposta é positiva, pois a Lei do SNUC é hierarquicamente superior à Resolução do Conama e, por isso, deve ser observada nesse ponto. Desse modo, como a Lei do SNUC não proibiu que as áreas particulares também fossem compensadas, são elas passíveis de receber as benesses da compensação ambiental. Haverá somente diferença quanto à aplicação dos recursos, como será visto adiante.

[12] MACHADO, PAULO Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2002, p. 754

3.3 Aplicação dos recursos na compensação ambiental

Conquanto a Lei do SNUC não vede a aplicação do *quantum* indenizatório em unidades de conservação de domínio particular, há uma diferenciação na aplicação dos recursos nestas, em relação às áreas de domínio público.

Para explicar essa diferenciação cumpre frisar que a lei estipulou que no mínimo 0,5% dos "custos totais previstos" para a implantação do projeto devem ter essa destinação compensatória, sendo que o valor desse recurso deve ser estipulado pelo órgão ambiental licenciador.

Como "custos totais" de implantação deve-se entender "o custo do empreendimento planejado até a fase da plena produção, isto é, da operação"[13].

A fixação desse quantum compensatório deve pautar-se segundo o grau de externalidades geradas, ou seja, a amplitude de impactos negativos causados na qualidade de vida da comunidade na área de influência, a qual será determinada a partir dos estudos apresentados no licenciamento.

Além disso, a fixação do *quantum* indenizatório pelo órgão licenciador deve obedecer ao princípio da motivação, isto é, por ser tratar de uma decisão administrativa, deve indicar os fundamentos de fato e de direito que a embasaram.

Mas, a aplicação dos recursos da compensação ambiental não ocorrerá de forma aleatória, pois como regulamenta o art. 33 do Decreto 4.340/2002, a destinação das verbas deve obedecer à uma ordem de prioridade sucessiva, qual seja, regularização fundiária e demarcação das terras; elaboração, revisão ou implantação de plano de manejo; aquisição de bens e serviços necessários à implantação, gestão, monitoramento e proteção da unidade, compreendendo sua área de amortecimento; o desenvolvimento de estudos necessários à criação de nova unidade de conservação; e o desenvolvimento de pesquisas necessárias para o manejo da unidade de conservação e área de amortecimento.

Nos casos dos Monumentos Naturais e dos Refúgios de Vida Silvestre, quando a posse e o domínio sejam particulares, e identicamente quando permitida a aplicação em unidades sustentáveis incluídas em terras particulares, como as Áreas de Relevante Interesse Ecológico, as Áreas de Proteção Ambiental e as Reservas Particulares do Patrimônio Natural, estabelece o parágrafo único do art.33 do Decreto 4.340 que os recursos da compensação somente poderão ser aplicados para custear as seguintes atividades: elaboração do Plano de Manejo ou nas atividades de proteção da unidade; realização das pesquisas necessárias para o manejo da unidade, sendo vedada a aquisição de bens e equipamentos permanentes; implantação de programas de educação ambiental; e financiamento de estudos de viabilidade econômica para uso sustentável dos recursos naturais da unidade afetada.

Observa-se, assim, que todas as categorias do grupo de proteção integral são passíveis de aplicação de recursos compensatórios de empreendimentos. Todavia,

[13] MACHADO, PAULO Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2002, p.754.

se as categorias de manejo forem Monumentos Naturais ou Refúgios da Vida Silvestre instituídos sobre áreas particulares, os recursos a estas destinados não poderão ser aplicados para gestão, monitoramento, ou aquisição de bens e serviços necessários à instalação desta, como é legalmente permitido, caso as categorias sejam de domínio público.

Por outro lado, vale observar que nos casos dessas duas categorias de manejo, "[...] o órgão ambiental competente não receberá diretamente a compensação financeira, mas será o órgão de fiscalização da implantação e da manutenção dessas Unidades de Conservação"[14]. A mesma regra pode também ser estendida para as categorias de uso sustentável, de dominialidade particular, que no caso expressamente previsto em lei foi beneficiada.

Vale ainda salientar que não é porque uma unidade de conservação se encontre na área de influência do empreendimento que ela necessariamente será beneficiada com a compensação. As propostas apresentadas no EIA são analisadas pelo órgão ambiental licenciador, que se pronuncia sobre a definição das unidades a serem beneficiadas, após ouvir o empreendedor.

Para melhor desempenhar essa competência, o Decreto 4.340/2002 estabeleceu a instituição de Câmaras de Compensação Ambiental, compostas por representantes do órgão licenciador, que, pautando-se nas sugestões apresentadas no EIA, apresentam as propostas das unidades a serem beneficiadas, que são encaminhadas à autoridade competente do órgão licenciador para aprovação.

4. DEFICIÊNCIAS NA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL: ALGUMAS OBSERVAÇÕES SOBRE O PROJETO DE INTEGRAÇÃO DO RIO SÃO FRANCISCO COM O NORDESTE SETENTRIONAL

Nota-se que os programas de compensação ambiental, apesar de estarem atentos à reserva do percentual mínimo de 0,5% para aplicarem em Unidades de Conservação, estão longe de serem ideais.

Primeiramente, porque a proposta de se criar novas unidades de conservação como medida compensatória não é uma medida simples, como se tem mostrado. Essa sugestão deve ser embasada, apresentando conjuntamente um diagnóstico ambiental da área proposta, ou seja, levantar os aspectos dos recursos naturais relevantes que justificam sua criação, e também os aspectos antrópicos da área. Até mesmo porque sua criação pode ocasionar novos impactos e intensificar os conflitos porventura já encontrados na região.

É de bom alvitre também, antes da proposição de novas unidades, analisar o número de unidades já existentes na área de influência, bem como a representatividade da biota protegida e a situação das questões institucionais da unidade, como a regularização fundiária, quantidade de pessoal disponível para manejar, aquisição de bens e equipamentos e a infra-estrutura da unidade.

Uma vez havendo um número significativo de unidades de conservação e de biota relevante abrangida na área de influência, mas com graves problemas

[14] MACHADO, ob. cit. p.755.

institucionais, é preferível evitar a criação de novas unidades, voltando os programas de compensação ambiental para a consolidação efetiva das unidades já existentes.

Dessa maneira, evita-se também que o *quantum* despendido para a compensação diluía-se demasiadamente entre as diversas unidades, de modo a se tornar um valor irrisório para o fim a que se destina.

Dentro desse aspecto, pode-se citar o exemplo do Projeto Integração do Rio São Francisco com o Nordeste Setentrional que apresentou, por meio de mapas, 08 áreas consideradas prioritárias para criação de Unidades de Conservação, sem, no entanto, apresentar as justificativas para essa seleção, isto é, seus aspectos naturais relevantes que merecem um tratamento jurídico diferenciado.

Em segundo lugar, outro aspecto deficiente nos Programas de Compensação Ambienta, inclusive diagnosticado em pesquisa realizada pelo Ministério Público Federal[15], consiste na proposição de Unidade de Conservação da categoria de uso sustentável para a aplicação dos recursos, em casos não-previstos pela legislação. Ou seja, alguns EIAs estão contemplando unidades de uso sustentável, sem comprovação efetiva de que essas áreas estão sendo diretamente afetadas pelo empreendimento.

È o caso do que ocorreu no EIA relativo à Integração do Rio São Francisco com o Nordeste Setentrional. O referido EIA priorizou a compensação para algumas unidades de uso sustentável, como o Parque Ecológico de Cabugi. Conquanto referido parque esteja incluído na área de influência indireta do empreendimento, não foi demonstrado no EIA como o projeto pode afetar diretamente a unidade.

Finalmente, outra deficiência levantada se refere ao valor total orçado de implantação de empreendimento. Prescreve a lei que o percentual mínimo a ser fixado é de 0,5% do custo total do empreendimento. Contudo, o valor total orçado de implantação do empreendimento nem sempre é apresentado. O Projeto em testilha, por exemplo, apresentou que "O custo estimado para o Programa de Compensação Ambiental é de R$ 22.800.000,00 (vinte e dois milhões e oitocentos mil reais), equivalentes a US$ 7,600,000.00, a uma taxa de câmbio de 3,0 Reais/Dólar".

Ou seja, o programa apresentou as estimativas de recursos a lhe serem destinados, mas sem compará-los com o montante total da obra e sem demonstrar a porcentagem que foi aplicada para chegar a tal valor. Dessa maneira, esclarecer tais valores é importante para facilitar posteriores modificações, principalmente ao órgão licenciador, que não está adstrito a decidir pela porcentagem mínima disposta na lei.

5. CONCLUSÕES ARTICULADAS

5.1 A compensação ambiental em Unidades de Conservação pauta-se no princípio da reparação dos danos ambientais, mas neste caso é realizada antecipadamente e não implica um salvo-conduto para danificar livremente o meio ambiente;

[15] Esse estudo, realizado pela 4ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal foi sistematizado no trabalho "Deficiências em estudos de impacto ambiental: síntese de uma experiência", publicado em 2004.

5.2 As Unidades de Conservação a serem compensadas devem ser integrantes do grupo de proteção integral, quer esteja instituída em áreas públicas ou particulares, mas neste último caso, haverá restrições quanto à destinação do *quantum* indenizatório;

5.3 As Unidades de Conservação de uso sustentável podem apenas excepcionalmente ser beneficiadas com a compensação, caso sejam diretamente afetadas pelo empreendimento;

5.4 O órgão licenciador decidirá as Unidades de Conservação a serem contempladas, a partir das sugestões apresentadas no EIA, devendo as decisões referentes às categorias beneficiadas e as porcentagens a elas destinadas serem motivadas;

5.5 As principais deficiências diagnosticadas em programas de compensação ambiental, a partir de uma análise sobre Projeto Integração do Rio São Francisco com o Nordeste Setentrional são a proposição de diversas novas unidades, sem demonstração da relevância de se proteger tais espaços, em áreas onde já existem diversas unidades, mas que apresentam problemas institucionais; a aplicação de recursos em unidades de uso sustentável fora da previsão legal; a não demonstração do custo total de implantação do empreendimento.

COMPENSAÇÃO AMBIENTAL NA LEI DO SISTEMA NACIONAL DAS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO – LEI 9.985/00

MARÍLIA PASSOS TORRES DE ALMEIDA
Analista de Desenvolvimento Ambiental da Agência Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos (CPRH) – Pernambuco

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 9.985 de 18/07/00, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), dispôs em seu art. 36 que, nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de Unidade de Conservação (UC) do grupo de Proteção Integral, a título de compensação ambiental pelos danos ambientais não mitigáveis. Complementa, prescrevendo que o montante de recursos a ser destinado para esta finalidade, não pode ser inferior a 0,5% (meio por cento) dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento.

De acordo com a doutrina, a obrigação da compensação ambiental funda-se no princípio do poluidor-pagador, que obriga o agente que lucra com o dano ao meio ambiente a inserir a variável ambiental no planejamento se sua atividade econômica, internalizando as externalidades ambientais negativas geradas pela instalação e operação de seu empreendimento.

Desta feita, no caso dos danos ambientais irreversíveis e não sujeitos a ações mitigadoras específicas ou de recomposição do bem lesado, as medidas compensatórias surgem para se tentar reconstituir o equilíbrio ecológico, obrigando ao agente poluidor que repare o dano (a ser) provocado, em área funcionalmente equivalente.

Não é, entretanto, o que se observa no instituto da Compensação Ambiental prevista na Lei do SNUC, que, objetivando estruturar um sólido e eficiente Sistema Nacional de Unidades de Conservação, desvincula-se daquele que deve ser o seu verdadeiro objetivo: a reparação específica do dano gerado.

Destinar os recursos obtidos com a compensação ambiental para financiar e impulsionar o SNUC, representa a expectativa de que o sistema de conservação brasileiro funcione à perfeição, mas, desobedece aos preceitos constitucionais referentes à real reparação do dano ambiental observado.

Não é à-toa, portanto, que o instituto da compensação ambiental previsto na Lei do SNUC tem sofrido sérias críticas de ambientalistas, e, como se não bastasse, de empresários, que reclamam do caráter compulsório da medida e também da falta de critério dos órgãos ambientais na fixação do percentual dos recursos da compensação, questionando inclusive, a sua constitucionalidade.

Caracterizada a compensação ambiental como um dos mais importantes instrumentos jurídicos a sustentarem e darem força ao SNUC, indispensável que sejam bem delimitadas suas feições e perspectivas, aliadas à uma eficaz gestão pelo Poder Público.

É importante mencionar que, embora a compensação ambiental ainda não esteja satisfatoriamente regulamentada, já vem sendo aplicada pelos órgãos ambientais licenciadores, mesmo com todas as celeumas que envolvem a questão e a incerteza existente sobre alguns de seus pontos.

A presente tese, portanto, tem por objetivo geral discutir os principais aspectos a serem considerados da compensação ambiental prevista na Lei do SNUC, seja sob o ponto de vista das possibilidades que abre, quanto dos limites de sua aplicação, não abrindo mão das críticas e, principalmente, das sugestões que conduzam ao seu aperfeiçoamento.

2. REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL

Numa definição sucinta, dano ambiental é a alteração adversa do meio ambiente, bem de uso comum do povo, que afeta o conjunto de condições, relações e interdependências que permite a vida de uma maneira geral (MIRRA, 2003, p. 70).

O legislador pátrio, com o fim de responsabilizar os culpados pela degradação ambiental e, principalmente, de restaurar o equilíbrio ecológico, incluiu os *princípios da responsabilização e da reparação* na Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), estabelecendo a obrigação ao poluidor de recuperar e/ou indenizar os danos causados (art.4°, inciso VII), independente da comprovação de culpa (art. 14, § 1º).

O princípio da responsabilização constitui-se em fundamento para a recuperação do dano ambiental, mediante a imposição ao poluidor de obrigações de fazer e não fazer, orientadas pelo direito civil. A responsabilidade civil por dano ambiental pressupõe a ocorrência de ato ilícito, sendo acionada quando a *ameaça de dano é iminente, ou quando a lesão já se consumou*. Funciona como um sistema de retaguarda, para assegurar que o equilíbrio seja restaurado.

Recepcionando as disposições da Política Nacional do Meio Ambiente, a Constituição Federal de 1988, no art. 225, § 3º, estabeleceu que "as 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 reparação é uma noção ligada ao dano, visando à sua cessação ou diminuição. Para atingir esse objetivo, a reparação deve buscar a recondução da vítima ao estado anterior à ocorrência do dano ou colocá-la no estado em que estaria, no momento, se não tivesse sofrido o dano (DIAS, 1983, p. 806 e 819 apud MIRRA, 2003, p.71).

Estabelecida ao degradador a obrigação de restaurar e/ou indenizar o dano ambiental causado, elegeu-se, em primeiro plano, a recomposição natural do bem ambiental e, quando inviável esta, a indenização ou compensação.

A restauração natural dos elementos corpóreos do ambiente é um princípio encontrado em toda legislação ambiental brasileira, sendo medida prioritária, enquanto proteção do bem ambiental em si. Importa na cessação da atividade lesiva e na execução de uma prestação positiva, mediante a realização de obras e atividades de restauração, recomposição e reconstituição dos danos ambientais por parte do degradador.

Cabe ressaltar que, a reparação dos danos ambientais não objetiva o retorno ao *status quo ante*, posto que, uma vez consumada a degradação, a rigor, não há retorno da qualidade ambiental no estado anterior ao acontecimento do dano, restando sempre seqüelas insuscetíveis de serem totalmente eliminadas (MIRRA, 2003, p.71).

Contudo, não se pode levar à conclusão de que o dano ambiental é irreparável. Como já visto, a reparação vai buscar conduzir o meio ambiente degradado a um estado próximo daquele anterior ao dano, ou, de preferência, à situação existente antes do acontecimento do dano.

É de se admitir, entretanto, que, na prática, existem certos aspectos a serem considerados na determinação da reparação integral do dano, que acabam por restringir a sua extensão.

Por vezes, o alto custo para a implantação do projeto de recuperação ambiental se revela manifestamente excessiva para o agente ou os benefícios a serem obtidos com a restauração natural não se configuram significativos diante de seus elevados custos. Em alguns casos, a irreparabilidade do dano situa-se na falta de tecnologia a ser utilizada para a recuperação, ou no seu elevado custo.

Diante dessa desproporção entre os custos e os benefícios, cogita-se a utilização da *compensação ecológica ou ambiental*, como forma de responsabilização civil do poluidor, *substituindo os bens ambientais afetados por outros funcionalmente equivalentes*, e que tenha o custo suportável para o devedor.

A indenização pecuniária surge como última alternativa, sendo forma subsidiária de ressarcimento do dano ambiental.

3. COMPENSAÇÃO ECOLÓGICA

Compensação ecológica ou ambiental consiste na forma de restauração natural do dano ambiental em área distinta da área degradada, tendo por objetivo assegurar a conservação de funções ecológica equivalentes. É uma forma de manter o patrimônio natural, visto em seu conjunto, quantitativa e qualitativamente inalterado (STEIGLEDER, 2004, p.52).

Com isso, na impossibilidade de recuperar o próprio bem danificado, permite-se a recuperação de outro bem, mesmo que desvinculado daquele originalmente degradado, pois o que conta é a melhoria das condições ambientais no seu conjunto, do meio ambiente globalmente considerado.

Verificada a irreparabilidade do dano, a alternativa a se buscar é a compensação *in natura* do ambiente degradado, ao invés de se postular a indenização monetária, numa tentativa de satisfazer, primeiro, o interesse ecológico. Apenas quando

a reparação *in situ* ou a compensação ecológica sejam tecnicamente inexeqüíveis é que se deve partir para a indenização pecuniária (MILARÉ,2000, p. 337).

Esta idéia, transmitida em todo o corpo normativo e principiológico do Direito Ambiental, reflete o interesse de se buscar, primeiramente, todos os meios possíveis para a restauração do bem ambiental como forma de ressarcimento ao meio ambiente, mesmo que seja a opção mais onerosa.

A compensação ecológica, entretanto, não fica isenta das críticas. Ela apresenta algumas desvantagens, posto que atribui ao bem ambiental o caráter da fungibilidade, aceitando a possibilidade de equivalência funcional entre todos os bens ambientais, mesmo que possuam função e características diversas (COSTA NETO, 2003, p. 274).

De fato, certos bens ambientais lesados não podem ser substituídos mediante a reparação de outro dano ecológico. O objetivo deve ser sempre a remoção do dano concreto, preservando-se a capacidade funcional ecológica do ecossistema afetado, *o que pode ser feito mediante a constituição de sistema ecológico equivalente em área ligada ao local do dano* (STEIGLEDER, 2004, p. 55, grifo nosso).

Realizando a compensação ecológica nestes termos, estar-se-ia cumprindo com a verdadeira restauração do equilíbrio ambiental.

4. COMPENSAÇÃO AMBIENTAL *EX* ANTE E PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR

Até aqui se falou da obrigação de reparação dos danos ambientais, *advinda da prática consumada de um ilícito*, sob a qual incide as normas de responsabilidade civil, com base no princípio da responsabilidade.

É de se observar, entretanto, que o acolhimento inicial das medidas compensatórias no direito brasileiro se deu no âmbito da responsabilidade *ex ante*, ou seja, **antes** da ocorrência do dano, *quando do licenciamento ambiental de atividades potencialmente poluidoras*.

Imagine-se a hipótese na qual seja necessária a supressão de uma área de preservação permanente (APP) para a implantação de um gasoduto. Como não há possibilidade de restabelecimento da APP, o órgão ambiental, durante o processo de licenciamento, determina ao empreendedor a adoção de medidas compensatórias, como, por exemplo, plantar uma área de manguezal, ou recuperar matas ciliares numa outra área com função ecológica equivalente.

Note-se que não estamos tratando da obrigação de compensação de danos ambientais advindos de ilícitos, mas da compensação ambiental na esfera administrativa, quando da concessão de licença ambiental para atividades que gerem efeitos nocivos ao meio ambiente. Ou seja, o princípio geral de ressarcimento de danos incide também quanto a "danos autorizados", acarretando a obrigação de compensá-los (SEDIM, 1998 apud COSTA NETO, 2003, p. 188).

Nestes casos, a obrigação de reparar danos ao meio ambiente não tem como fundamento a prática de um ato ilícito, pois muitos danos ambientais decorrem da prática de atos lícitos, atividades licenciadas.

Com ensina ANTUNES (2004), a compensação ambiental é devida nas hipóteses em que, ao analisar os impactos de um determinado empreendimento, o órgão ambiental verifique que dele decorrerão danos ao meio ambiente que não poderão ser reparados de forma adequada. Entretanto, na análise de custo e benefício da implantação do projeto, o órgão entende que o balanço é favorável e que o empreendimento deve ser licenciado.

A compensação ambiental da qual agora tratamos se justifica pelo *princípio do poluidor-pagador* que, nas lições de CANOTILHO (1995, p.43 apud LEITE, 2000, p. 59), "não se identifica com o princípio da responsabilidade, pois abrange, ou, pelo menos foca outras dimensões não enquadráveis neste último".

> *Enquanto o princípio do poluidor-pagador está mais vocacionado para a precaução, prevenção e redistribuição dos custos da poluição; o princípio da responsabilidade está para a reparação dos danos, embora tenha também, naturalmente, um certo efeito preventivo inerente à aplicação da sanção, mas que não é, entretanto, a sua preocupação principal (LEITE, 2000, p. 56).*

O princípio do poluidor-pagador tenta, no plano econômico, atenuar as falhas do processo produtivo, provocadas pela desproporcionalidade entre os benefícios sociais e os custos de uma atividade econômica, utilizadora de recursos naturais, principalmente no que tange aos danos não compensáveis (externalidades ambientais negativas)[2].

Assim, o mencionado princípio busca corrigir o custo adicional gerado à sociedade pelas externalidades ambientais negativas, impondo aos seus agentes a obrigação de arcar com os custos necessários à diminuição, eliminação ou neutralização deste dano (LEITE, 2000, p.59).

Segundo ARAGÃO (1997, p. 32):

> *Internalizar as externalidades ambientais negativas significa fazer com que os prejuízos, que para a coletividade advêm da atividade desenvolvida pelos poluidores, sejam suportados por estes como verdadeiros custos de produção, de tal modo que as decisões dos agentes econômicos acerca do nível de produção o situem num ponto mais próximo do ponto socialmente ótimo, que é inferior.*

É oportuno esclarecer que o princípio do poluidor-pagador não permite a poluição e nem confere o direito de poluir a quem paga. Pelo contrário, procura assegurar a reparação econômica de um dano ambiental, quando for impossível evita-lo por meio das medidas mitigadoras e demais medidas de precaução.

A análise do referido princípio revela a complexidade da consolidação de seus fundamentos e objetivos, uma vez que qualquer atividade produtiva gera efeitos positivos e negativos que devem ser suportados por aqueles que produziram o dano e por quem se beneficiou dele. Assim, as externalidades ambientais negativas produzidas precisam ser amortecidas pelo agente da poluição, que é o responsável, então, pela redução e eliminação dos efeitos nocivos ao meio ambiente, seja

[2] Conjunto de efeitos indesejáveis inerentes à produção.

por meio de medidas mitigadoras quanto através das medidas compensatórias de impactos ambientais .

Nos dizeres de MACHADO (2004, p. 765, grifo nosso):

> A compensação não é um presente que se dá a alguém, *pois compensa-se por algo que representa um desequilíbrio*, isto é, tenta-se o restabelecimento do equilíbrio. O dever de compensar só nasce se for possível imputar a alguém a possibilidade de causar um dano social ou ambientalmente reprovável ou nocivo.

Nesta linha, o art. 36 da Lei nº 9.985/2000, grifo nosso, que trata do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) instituiu que:

> Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de *empreendimentos de significativo impacto ambiental*, assim considerado pelo órgão ambiental competente, *com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA*, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.
> § 1º O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade *não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento*, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento.

Analisando o contexto em que se insere a obrigação da compensação ambiental prevista na Lei do SNUC, conclui-se que o instituto não serve para reparar um dano que já foi causado ao meio ambiente, nem sua obrigação origina-se da ocorrência de uma infração ambiental, como o é a noção de compensação ambiental exposta na primeira parte desta tese.

Trata-se da obrigação de compensar danos não mitigáveis que serão gerados (externalidade negativa), em virtude de instalação e operação de empreendimentos – seja de iniciativa do setor público ou privado – que causam significativo impacto ambiental, mas que estejam de acordo com os padrões mínimos ambientais estabelecidos em lei, *após ter sido demonstrada a sua viabilidade sócio-ambiental no processo de licenciamento*.

A compensação ambiental, portanto, pode assumir a *feição indenizatória*, quando é imposta para reparar dano advindo de uma conduta infracional, como o *caráter de um custo* a ser imposto ao agente poluidor, tendente a internalizar os danos ambientais não mitigáveis originados por atividades devidamente licenciadas.

É da análise da Compensação Ambiental prevista no art. 36 da Lei do SNUC, regulamentada nos arts. 31 a 34 do Decreto Federal nº 4.340/02, objeto de nosso estudo, que nos ocuparemos adiante.

5. COMPENSAÇÃO AMBIENTAL NA LEI DO SNUC (LEI 9.985 DE 18/07/2000)

O marco normativo da introdução da compensação ambiental em nosso ordenamento jurídico é a Resolução CONAMA nº 010, de 03 de dezembro de 1987.

Posteriormente, foi revogada pela Resolução CONAMA nº 002 de 1996. Entre as principais modificações, destaca-se o fato de que a UC a ser implantada deverá ser de domínio público e uso indireto, "preferencialmente" – e não exclusivamente, como determinava a Resolução anterior – uma Estação Ecológica (Art. 1º).

Com o advento da Lei 9.985, de 18/07/2000, que instituiu o SNUC, a compensação passou a ser obrigatória para empreendimentos causadores de significativo impacto ambiental, obrigando o empreendedor a apoiar, agora, a implantação e manutenção de qualquer UC do Grupo de Proteção Integral.

A Lei do SNUC manteve a compensação ambiental como condicionante do licenciamento de empreendimentos de significativo impacto, *mas a desvinculou de um dano causado a um recurso ambiental específico*, relacionando sua exigência a ser o empreendimento, ou não, como de significativo impacto ambiental, assim classificado pelo órgão licenciador.

Recentemente, em 22/08/2002, o Decreto nº 4.340, grifo nosso, veio regulamentar vários artigos da Lei 9.985, entre eles o art. 36 desta Lei, específico sobre Compensação Ambiental:

> Art. 31. Para os fins de fixação da compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei no 9.985, de 2000, o órgão ambiental licenciador estabelecerá o grau de impacto a partir dos estudos ambientais realizados quando do processo de licenciamento ambiental, *sendo considerados os impactos negativos, não mitigáveis e passíveis de riscos que possam comprometer a qualidade de vida de uma região ou causar danos aos recursos naturais*.

Ressaltamos que, apesar de a Lei do SNUC só tratar da compensação ambiental para os casos de "empreendimentos de significativo impacto ambiental", a obrigação de reparação ambiental não se restringe a esses casos.

Como exposto, a compensação ambiental é exigência constitucional fundada nos princípios do poluidor-pagador e da responsabilidade objetiva, imposta para reparar um bem ambiental funcionalmente equivalente ao que foi lesado, face à sua irreparabilidade.

A obrigação de compensar o dano persiste sempre que uma atividade ou empreendimento, mesmo considerado de pequeno impacto, causar dano ou utilizar bem ambiental, para os quais não haja medida mitigadora, de recuperação ou recomposição. Entretanto, nesses casos, a obrigação de compensar não será efetuada de acordo com as determinações específicas contidas na Lei do SNUC.

O processo de licenciamento ambiental é o momento de verificação dos impactos e das medidas mitigadoras dos impactos possíveis de mitigação. Para o que não for possível mitigar ou impedir, determina-se a recuperação, e, ainda, para os danos que não forem possíveis mitigar nem recuperar, que sejam compensados. Trata-se de mais uma dentre as exigências do processo de licenciamento ambiental.

Ressalvamos, na esteira de MACHADO (2004, p. 765), que, em relação ao meio ambiente, importa saber se a compensação havida ou preconizada é suficiente e justa para todas as partes envolvidas. Antes de se perguntar se os danos ambientais são compensáveis é preciso perguntar se os danos ambientais são ad-

missíveis diante do direito de todos à sadia qualidade de vida e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme estabelecido no art. 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

ANTUNES (2004) destaca que:

> *Aquele que causa danos ao meio ambiente tem, prioritariamente, a obrigação de repará-los e não a obrigação de compensá-los. Se a obrigação primária fosse a de compensar os danos causados, estaria sendo concedido um alvará para que fossem causados danos ao meio ambiente de forma irresponsável e que toda a questão da proteção ambiental ficasse resumida ao preço a ser pago pelos danos causados. Por isso o constituinte determinou, em primeiro lugar, a obrigação de que o causador do dano recomponha o meio ambiente lesado.*

Compensar as conseqüências prejudiciais é interessante, mas perigosa, pois passa a idéia de que o dano ambiental pode ser negociado; e qualquer projeto pode ser aprovado, mesmo aquele que mais destrua o meio natural, porque será sempre possível compensar noutro lugar ou de outra maneira (MACHADO, 2004, p.222).

Logo, a título de exemplo, se, quando da elaboração do EIA, for apontada a possibilidade de o empreendimento causar extinção em alguma espécie da fauna ou da flora, seu projeto não poderá receber a aprovação do Poder Público e, consequentemente, nenhuma compensação é admissível.

6. HIPÓTESES DE EXIGÊNCIA DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL

Alguns questionamentos surgiram com relação às hipóteses em que há a obrigação de realizar a compensação ambiental prevista na Lei do SNUC.

O caput do art. 36 determina que a compensação ambiental é devida nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em EIA/RIMA (Estudo de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto Ambiental); sendo o percentual fixado, de acordo com o grau de impacto ambiental causado.

Com base nesta disposição, a cobrança da compensação tem origem no simples fato de haver uma atividade com significativo impacto ambiental. Logo, todo e qualquer projeto para o qual for exigida a elaboração de EIA/RIMA incide a obrigação de destinar recursos para uma UC.

Alguns entendem que esta previsão tal qual está redigida põe em xeque a credibilidade do instituto, passando a ser visto como um custo a mais do processo de licenciamento, com função meramente arrecadatória, e até mesmo como uma "venda de viabilidade ambiental" pelos órgãos licenciadores.

A redação do Decreto nº 4.340/02, que regulamenta a Lei do SNUC, dirime tais dúvidas ao dispor no seu art. 31 que a compensação ambiental está baseada nos impactos não mitigáveis provocados pelos empreendimentos de significativo impacto ambiental.

Neste ínterim, cabe definir o que é significativo impacto ambiental, conceito carreado de indeterminação.

MILARÉ (2000, p.289) comenta que "não constitui tarefa fácil precisar o conceito de significativa degradação, dado que na implantação de um projeto sempre haverá "alteração adversa das características do meio ambiente".

A saída do legislador foi listar, através da Resolução CONAMA nº 001/86 (art. 2º), as obras e atividades qualificadas como de significativo impacto ambiental, cujo licenciamento dependerá de prévio EIA/RIMA, uma vez sendo presumidas de maior potencial degradador.

É de se entender, entretanto, que o rol é meramente exemplificativo para mais e para menos, de modo que o EIA/RIMA pode vir a ser exigido de empreendimento que não faz parte do mencionado rol, uma vez constatado seu significativo impacto ambiental; como pode vir a ser dispensado de empreendimento constante do rol, quando seu impacto não for significativo. Cabe ao órgão ambiental, com uma certa dose de discricionariedade, avaliar o cabimento do EIA/RIMA.

Da análise dos empreendimentos enumerados no art. 2º da citada Resolução, é possível identificar que todos são passíveis de gerar impactos no meio ambiente que ultrapassam a capacidade natural de renovação deste, uma vez que muitos dos impactos não são mitigáveis, provocando alteração irreversível no ecossistema local.

O Decreto 4.340/02, no art.31 já colacionado acima, vem esclarecer o motivo da incidência da obrigação da compensação ambiental para os empreendimentos de significativo impacto ambiental: *a existência de impactos negativos, não mitigáveis e passíveis de riscos – típicos deste tipo de empreendimento – que possam comprometer a qualidade de vida de uma região ou causar danos aos recursos naturais.*

É esse o entendimento que vem sendo construído no âmbito do CONAMA, para a elaboração de uma Resolução[3] que cuidará da "Regulamentação do Planejamento, Recepção e Aplicação das Medidas Compensatórias do Art. 36 da Lei do SNUC".

A proposta da Confederação Nacional das Indústrias (CNI), componente do CONAMA, é que o *significativo impacto ambiental* seja definido, para fins de sujeição à obrigação da compensação ambiental, como a alteração negativa *permanente, irreversível e de alta magnitude, não mitigável* das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante dos empreendimentos que afetam a capacidade de suporte do ecossistema e o uso direto dos recursos ambientais

Ou seja, uma vez que os empreendimentos de significativo impacto ambiental são exatamente aqueles que provocam impactos negativos e não mitigáveis, a compensação ambiental é devida no licenciamento ambiental de todos eles.

A autora desta tese adota o mesmo posicionamento.

A avaliação final de que o empreendimento está classificado como "de significativo impacto ambiental", é do órgão licenciador, com base no prévio EIA/RIMA.

Cabe também esclarecer que outros estudos ambientais, tais como Relatório Ambiental Preliminar (RAP), Análise Preliminar de Risco, Projeto de Controle Ambiental, etc, não são aptos a gerar a obrigação de compensação ambiental

[3] Processo n° 02000.002472/2003-83. Origem: 68ª Reunião Ordinária do CONAMA, em 16/10/03.

prevista na Lei do SNUC. A dúvida surge com a redação do art. 31 do Decreto 4.340/02, ao mencionar genericamente "estudos ambientais", e não propriamente o EIA/RIMA, como o faz a Lei do SNUC.

Como os decretos são vinculados às disposições das Leis, para as quais vieram assegurar a fiel execução, fica claro que apenas em se tratando de EIA/RIMA é que é cabível a compensação.

Vale aqui lembrar, mais uma vez, de que estamos falando da compensação ambiental aos moldes da Lei do SNUC. Portanto, não sendo a hipótese de empreendimento de significativo impacto ambiental para o qual seja exigido EIA/RIMA, não é caso de incidir o art. 36 da Lei do SNUC. Entretanto, não fica isento de realizar a compensação ecológica, uma vez que se verifique que dele decorrerão danos ao meio ambiente que não poderão ser reparados de forma adequada.

Ainda com relação às hipóteses de exigência da compensação ambiental, MACHADO (2004, p.770), fazendo uma análise literal do texto da lei, explica que o caput do art.36 e seu § 3º registram dois tipos distintos de incidências territoriais dos empreendimentos:

> *1. No caput do mencionado artigo, não está descrito que uma UC específica ou sua zona de amortecimento deva ser afetada diretamente pelos efeitos do empreendimento para que a compensação ambiental seja cabível. O entendimento, como visto, é que basta ser considerado o empreendimento como de significativo impacto ambiental, fundamentado em EIA/RIMA, para ser exigível a compensação. De outra feita, está previsto que, neste caso, qualquer UC do Grupo de Proteção Integral poderá ser destinatária da compensação.*
> *2. Já no § 3º do art. 36, para que a compensação seja destinada obrigatoriamente para uma UC específica, mesmo que não integrante do Grupo de Proteção Integral, é necessário que os efeitos do empreendimento a afetem, ou sua zona de amortecimento.*

Depreende-se que a Lei não estabelece esta necessidade de vinculação entre o dano e a UC, para que esta receba os benefícios da compensação ambiental.

ANTUNES (2005, p. 670), posicionando-se contra a previsão do art. 36, entende que a compensação ambiental só é aplicável quando o projeto a ser licenciado, de alguma forma, causar impacto sobre uma UC. Explica que, se assim não fosse, seria totalmente destituída de sentido a existência de medidas mitigadoras e compensatórias, pois estas seriam transformadas em verdadeiros impostos sobre a implantação de projetos utilizadores de recursos ambientais.

A autora se afilia ao entendimento de ANTUNES, uma vez que, sendo aplicada em UC, a compensação ambiental perde o seu sentido, desvinculando-se do dano ambiental ocorrido. Este debate será realizado no item 9, que trata sobre a "Aplicação dos recursos da Compensação Ambiental".

Uma outra dúvida enfrentam os técnicos ambientais. Muitos se questionam se, pelo fato da compensação ter sido prevista na Lei das Unidades de Conservação, sua exigibilidade só advirá dos casos em que houver danos não mitigáveis aos recursos florestais/vegetação.

Não há que se persistir esse questionamento, uma vez que o art. 36 da Lei do SNUC e os arts. 31 e seguintes do Decreto nº 4.340/02 não estabelecem esta limitação. Para que incida a obrigação da compensação ambiental, basta, como já visto, que o empreendimento seja de significativo impacto ambiental. O Art. 31 do Decreto dispõe que, para este fim, são considerados os impactos negativos, não mitigáveis e passíveis de riscos que possam comprometer a qualidade de vida de uma região ou causar danos aos recursos naturais. Não distingue se são apenas os recursos florestais, pelo que não podemos restringir sua interpretação. Também não distingue se cuida apenas dos danos causados aos ecossistemas naturais, excluindo os antropizados.

Cabe, então, esclarecer que o instituto da compensação ambiental está previsto na Lei do SNUC porque a intenção do legislador foi destinar recursos para fortalecer o Sistema Nacional das Unidades de Conservação, e não porque é exigível apenas nos casos em que houver danos a uma UC – o que não está livre de críticas – ou aos recursos florestais/vegetação.

Desta feita, no exemplo da construção de um estaleiro em que o EIA/RIMA detectar que haverá dano ambiental não mitigável à microfauna marinha, em virtude da utilização de tintas antiincrustantes nos cascos dos navios, a compensação ambiental também será devida.

7. NATUREZA JURÍDICA DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL

Neste item, faremos uma análise sobre a natureza jurídica da compensação ambiental, tendo em vista terem surgido indagações sobre o eventual caráter tributário de sua exigência. Este questão surgiu da percepção de que a compensação ambiental consiste num valor devido ao Estado em virtude do desenvolvimento de atividade econômica, que gera impactos não mitigáveis ao meio ambiente.

A caracterização da compensação ambiental como taxa ou imposto – modalidades de tributo – pode implicar na identificação de lacunas e irregularidades passíveis de questionamentos quanto à sua constitucionalidade.

Ressalvamos que, apesar de a doutrina indicar como espécies de tributo, os impostos, as taxas, as contribuições de melhoria e as contribuições especiais, este trabalho fará a análise apenas das taxas e dos impostos, para fins de caracterização da compensação ambiental.

> *As taxas têm seu fato gerador vinculado a uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte, qual seja, a prestação de um serviço público ou o exercício do poder de polícia. Vale dizer, portanto, que o pagamento da taxa corresponde a uma contraprestação do contribuinte ao Estado, pelo serviço que este lhe presta, ou pela vantagem que lhe proporciona (MACHADO, 1997, p. 314).*

Os impostos, outrossim, não possuem ligação com nenhuma atividade estatal específica relativa ao contribuinte, não estando a aplicação de seus recursos vinculada a execução de nenhum serviço específico prestado pelo Estado. O Estado investe a receita adquirida com o recolhimento dos imposto de acordo com sua conveniência.

Supondo-se que a compensação ambiental fosse caracterizada como taxa, decorreria a dificuldade de configuração da contra-prestação específica do Estado. Ora, qual é a contra-prestação que o Estado confere ao empreendedor que tem que arcar com a compensação ambiental? Nenhuma, uma vez que a obrigação de compensar surge da internalização das externalidades ambientais negativas geradas pelo empreendimento de significativo impacto ambiental, em virtude do princípio do poluidor-pagador.

Realmente, sendo uma forma de reparação que o empreendedor deve fazer, em face das externalidades negativas provocadas pela implantação da sua atividade, a compensação, não tem o caráter retributivo, característico das taxas, pois certamente não configura uma contraprestação por quaisquer serviços públicos divisíveis prestados ou postos à disposição pela Administração Pública. Também não tem como objetivo fazer face ao Poder de Polícia, controle a ser exercido pelo Poder Público, pois esse já é efetuado no âmbito do processo de licenciamento. Logo, não se trata de taxa.

De outro lado, a caracterização da compensação ambiental como imposto seria incompatível com a forma de alocação pré-determinada dos recursos financeiros dela provenientes, conforme prescrito no art.33 do Decreto nº 4.340/02, grifo nosso, a saber:

> Art. 33. **A aplicação dos recursos da compensação ambiental** de que trata o art. 36 da Lei no 9.985, de 2000, nas unidades de conservação, existentes ou a serem criadas, deve obedecer à seguinte ordem de prioridade:
> I - regularização fundiária e demarcação das terras;
> II - elaboração, revisão ou implantação de plano de manejo;
> III - aquisição de bens e serviços necessários à implantação, gestão, monitoramento e proteção da unidade, compreendendo sua área de amortecimento;
> IV - desenvolvimento de estudos necessários à criação de nova unidade de conservação; e
> V - desenvolvimento de pesquisas necessárias para o manejo da unidade de conservação e área de amortecimento.

Ou seja, a aplicação dos recursos da Compensação Ambiental já foi expressamente determinada na lei, estando adstrita ao disposto no artigo supra mencionado, e não à conveniência do Poder Público como o são os impostos, que não se afetam a um determinado fim.

Sob um outro enfoque, temos que o Código Tributário Nacional (CTN) em seu artigo 3º define tributo como "toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada".

O tributo tem, portanto, como uma de suas características, o fato de ser uma prestação pecuniária.

A compensação ambiental, por sua vez, nem sempre representa um pagamento em dinheiro aos órgãos ambientais, consubstanciando-se, essencialmente numa obrigação não pecuniária de dar ou de fazer, nos exatos termos do art. 33 do Decreto n.º 4.340/02. Nesse sentido, por exemplo, o empreendedor, como forma

de compensação, deve adquirir bens móveis para compor a sede administrativa de uma UC, ou custear a demarcação dessas terras.

É importante frisar que os órgãos ambientais primam para que a compensação ambiental não se dê mediante a transferência de valores monetários.

O procedimento utilizado é a aprovação pelo órgão ambiental licenciador de um Programa de Compensação Ambiental de autoria do empreendedor, onde estão delineadas as obrigações (de dar ou fazer) e os prazos a serem cumpridos pelo empreendedor, que constarão de um Termo de Compromisso.

A determinação do percentual a ser destinado para o fim da compensação ambiental – no mínimo 0,5% - serve apenas para determinar o valor a ser empregado para a execução do disposto no art. 33 do Decreto 4.340/02, não havendo, nem sempre, a transferência do valor para o Poder Público.

Pela natureza da compensação, como se viu, fica afastada, desde logo, o caráter tributário do instituto. E há que se observar que toda a construção jurídica do instrumento reforça essa linha de raciocínio, não o dotando de aspectos peculiares aos tributos.

A compensação ambiental é, enfim, uma forma de proporcionar um benefício ao meio ambiente em virtude da ocorrência de um dano ambiental não mitigável, que, nos termos da destinação posta em lei, pode ser aplicada num estudo, pesquisa, bem, obra ou serviço que proporcione o fortalecimento do SNUC.

Esclarecido esse primeiro ponto, cabe comentar que temos entendimento distinto do de MACHADO (2004, p. 764), quando o ilustre autor define a compensação ambiental como "uma contribuição financeira que aplica o princípio do usuário-pagador e antecipa possíveis cobranças por danos ambientais".

A compensação ambiental não antecipa possíveis cobranças por danos ambientais, uma vez que, é exigível exatamente na certeza de que haverá danos não mitigáveis. Além disso, não exclui a aplicação de multas ou outras sanções administrativas decorrentes de danos ambientais causados, por exemplo, pelo descumprimento das exigências e condicionantes das licenças, ou cometimento de outras infrações ambientais.

MACHADO (2004, p. 765, grifo nosso) ainda ensina que:

> A compensação ambiental pode ser implementada de diversas formas. Uma delas é fazer com que a contribuição financeira seja paga antes que o dano aconteça, *no sentido de evitá-lo*. Outra forma de implementação é fazer com que a contribuição financeira seja um investimento *na redução ou mitigação dos danos prováveis ao meio ambiente*.

Com a devida vênia, não é este o nosso entendimento. A compensação não visa a *evitar* ou *reduzir* o dano ambiental. O cerne da questão situa-se na diferenciação da compensação ambiental das medidas mitigadoras. Vejamos:

Quando da análise do EIA/RIMA do empreendimento de significativo impacto ambiental, há o esclarecimento de que determinados danos são possíveis de ser evitados e/ou minimizados, para os quais se adotam as *medidas mitigadoras e de controle ambiental*; enquanto que outros danos não são possíveis de ser mitigados, *para os quais são cabíveis a medidas compensatórias*.

Ora, as medidas mitigadoras são aquelas capazes de diminuir os impactos – ou mesmo a sua gravidade – previstos pela implantação do empreendimento, *não compensando danos*. Portanto, são medidas que objetivam minimizar os impactos de forma preventiva prevista na fase de planejamento do projeto, podendo ser implantadas nas suas diferentes fases.

Tratam de valores que viabilizarão a adaptação do empreendimento à qualidade ambiental exigida, correspondendo aos custos ambientais (AQUINO, 2004, p. 148). Encontram-se englobadas também as medidas maximizadoras que tem por função potencializar os efeitos positivos provocados ou induzidos pelo empreendimento.

As medidas compensatórias, diferentemente, são aquelas que buscam dar ao ambiente afetado compensações por impactos não mitigados parcial ou totalmente.

As medidas mitigadoras, então, não se confundem com as medidas compensatórias, das quais a compensação ambiental prevista no SNUC faz parte.

8. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 36 DA LEI DO SNUC

A constitucionalidade do art. 36 e seus parágrafos da Lei do SNUC foi atacada pela CNI, entidade sindical representativa da indústria brasileira, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN)[4] proposta em dezembro de 2004.

Alega, pelos motivos a serem agora debatidos, que não há suporte jurídico que respalde a compensação ambiental pelos danos ambientais causados por empreendimentos de significativo impacto ambiental.

8.1 Da suposta inexistência de dano ambiental

Segundo a referida entidade, nos licenciamentos de empreendimentos que causam significativo impacto ambiental – onde é exigida a prévia elaboração do EIA/RIMA –, se os danos significativos não forem eliminados, mitigados ou, pelo menos, minorados ao máximo, o licenciamento não será concedido.

Isso importa dizer, segundo argumentam, que, se a licença será concedida, é porque os impactos ambientais foram eliminados ou mitigados. Assim, se não vai haver dano significativo, deixaria de haver justificativa para a cobrança da compensação ambiental. Os eventuais danos residuais seriam aqueles permitidos pela legislação que representam, em última análise, a conciliação dos princípios constitucionais do desenvolvimento econômico com a preservação do meio ambiente .

Não há de se acolher este argumento.

A aprovação, pelo órgão ambiental, do licenciamento de um empreendimento, seja de significativo impacto ambiental, ou não, não quer dizer que foi constatado que, de sua instalação e operação, não haverá dano ao meio ambiente.

[4] ADIn 3378, DF. Supremo Tribunal Federal (STF).Relator: Ministro Carlos Ayres Brito.

Como define MILARÈ(2000, p. 313):

> *O licenciamento constitui importante instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, uma vez que permite à Administração Pública o exercício do controle prévio sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais, de forma a compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do equilíbrio ecológico.*

A decisão do órgão ambiental reflete o *sopesar dos impactos positivos e negativos*, bem como a distribuição dos ônus e benefícios para a sociedade, analisando a conveniência do empreendimento. Trata-se, portanto, de uma ponderação de valores a ser feita pela Administração Pública.

Isso quer dizer que impactos negativos existirão, cabendo às medidas mitigadoras e de controle ambiental a minimização os danos ambientais passíveis de serem mitigados e controlados. Em contraponto, para aqueles que não podem ser evitados (como, por exemplo, a supressão de remanescente de Mata Atlântica), medidas compensatórias hão de ser adotadas, uma vez que a sociedade não pode suportar os efeitos negativos gerados para fazer jus ao lucro de particulares.

8.2. DA PRÉ-FIXAÇÃO DO *QUANTUM* MÍNIMO INDENIZATÓRIO

Outra alegação é a de que, ainda que se aceite haver dano ambiental, o dever de indenização pressupõe a prévia ocorrência do dano, sendo este o fundamento jurídico daquela, uma vez que indenizar representa a reparação pelos danos causados e, por isso, o valor indenizatório deve ser proporcional à degradação.

No entanto, argumentam, o dispositivo impugnado fixa, desde logo, o valor mínimo a ser pago pelo empreendedor, antes mesmo de se comprovar a ocorrência e a extensão do dano. A pré-fixação de um valor a ser pago pelo empreendedor sem a certeza da ocorrência do dano tem objetivos nitidamente arrecadatórios e pode acarretar o enriquecimento sem causa do Estado, o que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Isso é um equívoco.

A compensação ambiental decorrente o licenciamento de atividades potencialmente poluidoras e, bem assim, a prevista na forma da Lei do SNUC, não é uma indenização pelos danos ambientais.

Como visto, apenas quando há a ocorrência de ato ilícito é que se pode invocar a compensação ambiental como indenização, como sucedâneo da responsabilidade civil por danos ambientais.

No caso de licenciamento de atividades, a compensação ambiental representa um *custo de internalização* a ser suportado pelo empreendedor, em virtude das externalidades negativas a serem geradas pela atividade produtiva. Decorre, portanto, do princípio do poluidor-pagador, como já exposto.

Outro ponto a esclarecer é que, preferencialmente, como visto, não se trata de um valor a ser pago *in pecunia* ao órgão ambiental, mas a ser investido, seguindo o disposto no art. 33 do Decreto 4.340/02.

No que atine à pré-fixação do *quantum* da compensação, entendemos que a lei "quantifica" o princípio do poluidor-pagador, tentando mensurar, pelo menos, a dimensão de um dano potencial não mitigável que vai se concretizar, com o intuito de resguardar o equilíbrio e a segurança do ambiente.

O *quantum* mínimo pré-fixado procura fazer o balanço entre o custo do empreendimento – que representa a expectativa média de lucro a ser auferida pelo empreendedor – e os custos sociais externos, imensuráveis e incalculáveis, que representam a perda da qualidade ambiental "suportada" pela sociedade.

8.3. DA ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Questionam, ainda, que o art. 36 da Lei do SNUC viola o princípio da legalidade, ao delegar ao órgão ambiental a fixação do montante de recursos a ser aportado pelo empreendedor a título de compensação ambiental.

O princípio da legalidade enuncia que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5º, inciso II da Constituição Federal de 1988). Lei, em seu sentido estrito e formal, como ato emanado do Poder Legislativo.

Fundamentam que normas que envolvam limitações ao direito individual, que contenham obrigações de fazer ou não fazer, que interfiram na liberdade e na propriedade do particular, só podem ser veiculadas por lei, em razão do princípio geral da legalidade no seu sentido formal, como ato emanado do Poder Legislativo.

Neste sentido, o ar. 36 da Lei do SNUC violaria o princípio da legalidade, tendo em vista que o montante máximo a ser destinado a título de compensação ambiental não está determinado em lei, subordinando-se à análise discricionária do órgão ambiental, que decidirá através de mero ato administrativo.

De outra forma, sustentam que a compensação ambiental, não descontando de seu quantum os custos destinados à execução das medidas ambientais preventivas e mitigadoras exigidas do empreendedor, constitui-se em mais um custo, somando-se a todas as taxas e impostos vigentes no País.

Neste ponto, as alegações da CNI devem ser acolhidas em parte, embora isso não sirva para atestar a inconstitucionalidade do dispositivo impugnado.

De fato, é importante que limites sejam estabelecidos para a definição do percentual a ser destinado para a compensação ambiental, de sorte que os custos referentes à internalização das externalidades ambientais não levem à paralisação da dinâmica do mercado (DERANI, 1997, p. 159).

Assim, a lei ou seu Decreto regulamentador deveriam ter previsto também o percentual máximo da compensação ambiental, cabendo aos órgãos ambientais fixar o percentual de acordo com cada caso concreto, através de metodologia própria. Este assunto vem sendo discutido pelo CONAMA, para a edição da já mencionada Resolução que disciplinará alguns pontos do art. 36 da Lei do SNUC.

Decerto que a definição do percentual deverá se submeter a uma metodologia para a avaliação do grau de impactos não mitigáveis, mediante critérios a serem previamente definidos, aos quais será dada publicidade, para possibilitar a participação dos diversos interessados.

É essencial que a Resolução que está sendo elaborada no âmbito do CONAMA preveja critérios para o cálculo da compensação ambiental, tendo em visa que a publicação de metodologias estabelecidas de forma unilateral pelos órgãos ambientais contraria as melhores práticas participativas de gestão pública de questões ambientais.

Cabe destacar que a definição destes critérios no âmbito do CONAMA, além de permitir um fórum privilegiado e participativo de discussão, fornece uma base uniforme aos órgãos estaduais, até que estes possam elaborar suas próprias metodologias, evitando grandes discrepâncias entre os Estados.

A fixação do percentual máximo para a compensação, bem como a definição de critérios metodológicos resguarda não apenas o empreendedor de abusos, mas também livra os órgãos ambientais de eventuais acusações de arbitrariedade (MACHADO, 2004, p.767).

Indispensável se fazer alusão à consideração de ANTUNES (2005, p. 671, grifo nosso), quando o mesmo diz que:

> *a fixação de tais percentuais, evidentemente, deve estar centrada no princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, pois se o percentual for excessivo, é sinal de que os danos ambientais a serem compensados são, igualmente, excessivos e, portanto, não licenciável o projeto.*

Já foi exposto neste trabalho que a possibilidade de haver compensação ambiental não autoriza que todos os danos sejam compensados, pelo que, quando for verificado um impacto ambiental excessivo, o projeto do empreendimento não deverá ser licenciado.

Ainda com relação às alegações da CNI, a autora posiciona-se favorável a que os investimentos destinados à melhoria da qualidade ambiental e à mitigação dos impactos causados pelo empreendimento não integrem o cálculo do custo total do empreendimento, sobre o qual incidirá o percentual para a compensação.

No mais, não deve prosperar a alegação de que o art. 36 da Lei do SNUC viole o Princípio da Legalidade, uma vez que, como visto, sempre caberá ao órgão ambiental a fixação do percentual da compensação, de acordo com cada caso concreto, sempre através de ato administrativo, baseado em critérios técnicos.

9. APLICAÇÃO DOS RECURSOS DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL

Conforme já exposto, o art. 36 da Lei do SNUC estabelece que a compensação ambiental deverá ser aplicada na criação, implantação e manutenção de UC integrante do Grupo de Proteção Integral (art. Art. 8º da mesma Lei), de modo a contribuir para a manutenção e o desenvolvimento de programas necessários ao atendimento das demandas de proteção, manejo e preservação.

É do órgão licenciador a competência para definir as UCs a serem beneficiadas, considerando as propostas apresentas no EIA/RIMA e ouvido o empreendedor, podendo inclusive ser contemplada a criação de novas UCs (art § 2º do art. 36).

Quando o empreendimento afetar UC específica ou sua zona de amortecimento, esta deverá ser uma das beneficiárias da compensação, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral (art § 3º do art. 36).

É o Decreto 4.340/02 que regulamenta a aplicação dos recursos da compensação, dispondo no art. 33, grifo nosso, o seguinte:

> Art. 33. A aplicação dos recursos da compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei no 9.985, de 2000, nas unidades de conservação, existentes ou a serem criadas, **deve obedecer à seguinte ordem de prioridade**:
> I - regularização fundiária e demarcação das terras;
> II - elaboração, revisão ou implantação de plano de manejo;
> III - aquisição de bens e serviços necessários à implantação, gestão, monitoramento e proteção da unidade, compreendendo sua área de amortecimento;
> IV - desenvolvimento de estudos necessários à criação de nova unidade de conservação; e
> V - desenvolvimento de pesquisas necessárias para o manejo da unidade de conservação e área de amortecimento.

Da análise do instituto da compensação ambiental prevista na Lei do SNUC é possível concluir que ela não guarda qualquer relação com a essência da compensação ecológica trabalhada na parte inicial de nosso trabalho: a de promover a restauração natural do dano ambiental em área distinta da área degradada, mas que tenha funções ecológicas equivalentes, ante a sua irreversibilidade e impossibilidade de mitigá-lo.

Como visto, o art. 31 do Decreto 4.340/02 esclarece que a compensação ambiental para empreendimentos de significativo impacto ambiental é devida para fazer face aos impactos negativos, não mitigáveis e passíveis de risco. Entretanto, no rol das aplicações definidas no art. 33 acima transcrito não há previsão para a reparação específica desses danos.

Assim, se 30 hectares de Mata Atlântica forem retirados para possibilitar a instalação de um empreendimento de significativo impacto ambiental, não há a previsão legal de que área equivalente seja replantada, uma vez que, nos termos do art. 36 da Lei do SNUC e do art. 33 do Decreto 4.340/02, os recursos da compensação poderão ser utilizados exclusivamente para a regularização fundiária de uma UC, ou para a aquisição de bens e serviços para a gestão desta UC.

Note-se que, no exemplo acima, não houve a restauração do equilíbrio ecológico ou a recuperação do dano ambiental em outra área com funções ecológicas equivalentes. A perda ambiental não foi *compensada* – na essência da palavra – e a sociedade não terá a qualidade do meio ambiente restaurada, globalmente considerada.

É nesta discussão que reside a inconstitucionalidade do artigo 36 da Lei do SNUC, pois, como aponta ANTUNES (2004):

> *(...) afronta diretamente o § 3º do artigo 225 da Constituição Federal ao abandonar o conceito de recuperação de danos ambientais e substituí-lo por uma compensação aleatória que não guarda relação de causa e efeito entre o dano verificado e a compensação pretendida.*

De fato, a compensação ambiental tal qual está descrita na lei vai contra todo o corpo de princípios que norteiam a proteção do meio ambiente, levando-se a crer que o objetivo buscado pelo Direito Ambiental é a formação e manutenção de ilhas isoladas de conservação, únicas representantes do que vier a sobrar do meio ambiente, o que não pode ser aceitável.

Acrescente-se ainda que a lei não prescreve a obrigatoriedade de que a UC a ser beneficiada seja situada nas proximidades do empreendimento, a menos que seja afetada por ele.

MACHADO (2004, p.771) aponta bem que:

> *Os recursos que o empreendedor pagar têm uma relação inegável com a área em que os prejuízos ambientais possam ocorrer. O órgão licenciador, portanto, não pode indicar unidades de conservação que não estejam ou na área de influência do projeto, na sua bacia hidrográfica ou na sua microrregião geográfica, se essas unidades de conservação ali já existirem.*

Outro questionamento que é feito é o de que os valores da compensação ambiental não contribuem para atingir a melhoria da qualidade de vida urbana, em virtude de não poderem ser aplicados em projetos de melhorias urbanas, tais como instalação de rede de esgoto e tratamento de água, aterros sanitários para resíduos e destinação final do lixo urbano, atividades de planejamento e gerenciamento urbano, etc. (AQUINO, 2004, p.148).

MACHADO (2004, p. 767) observa que:

> *O pagamento ou a contribuição monetária criada não atinge todos os campos em que possam incidir os efeitos da atividade a ser licenciada, pois a poluição das águas e da atmosfera, a poluição sonora, a poluição do solo, através de rejeitos e de agrotóxicos não estão abrangidas na compensação a ser paga. Isso porque o pagamento a ser efetuado pelo empreendedor será destinado somente às unidades de conservação.*

De acordo com a Lei do SNUC, independentemente de onde ocorra o impacto sócio-ambiental gerado pelo empreendimento, a compensação tem destinação específica, devendo ser revertida, necessariamente, para a implantação e manutenção de UC do Grupo de Proteção Integral, ainda que não atingidas pela atividade.

As UCs representam o espaço territorial e seus recursos ambientais, com características naturais relevantes, criadas pelo Poder Público e legalmente instituídas, com objetivos de conservação, aos quais se aplicam garantias adequadas de proteção.

Decerto que a simples criação de uma UC por lei não garante a sua preservação e que o SNUC carece de recursos financeiros para alcançar seus objetivos pretendidos.

O que não é aceitável é que o SNUC seja financiado por recursos da compensação ambiental, quando sabemos que é obrigação do Poder Público cuidar para que o sistema funcione a contento e seja eficaz para a preservação do meio ambiente.

Neste sentido, argumenta ANTUNES (2005, p. 671), que o sentido de compensação estabelecido pela Lei do SNUC é discutível, pois compensação ambiental deve significar uma melhoria ambiental e, jamais, uma substituição de tarefas que devem ser realizadas *ex officio* pelo próprio Poder Público.

Pior é perceber que, nem assim, o instituto da compensação tem desempenhado a função determinada pela lei. Em alguns Estados há denúncias de que o instituto da compensação ambiental está se transformando em uma fonte de arrecadação para a execução de políticas estranhas às questões ambientais, como por exemplo, a construção de escolas, pontes e hospitais, em claro desrespeito à lei.

Entre os pontos que também estão sendo discutidos para a elaboração da Resolução do CONAMA que disciplinará o art. 36 da Lei do SNUC está a divisão dos recursos recolhidos, em relação às instâncias federal, estadual e municipal.

Os órgãos ambientais licenciadores deverão instituir uma Câmara de Compensação Ambiental para definição das UCs a serem beneficiadas, *ouvindo-se os representantes dos demais entes federados*, dos Conselhos de Mosaico das UCs e dos Conselhos das UCs, de modo que tanto as UCs Federais, como Estaduais e Municipais, sejam contempladas, independentemente de ser o órgão licenciador federal, estadual ou municipal (MACHADO, 2004, p.771).

Fato é que, embora o percentual de 0,5% pareça pouco, pode representar valores suficientes para manter uma UC por muitos anos, se forem considerados os custos das grandes obras de engenharia. Se a compensação ambiental for bem planejada e utilizada, poderá financiar a elaboração de todos os planos de manejo, o investimento em infra-estrutura e recursos humanos, fortalecendo o Sistema Nacional de Unidades de Conservação.

10. CONCLUSÕES ARTICULADAS

Como resultado deste trabalho, destacam-se as seguintes conclusões sobre o instituto da Compensação Ambiental previsto no art. 36 da Lei do SNUC:

10.1 Não é uma indenização pelos danos ambientais, uma vez que, no caso de licenciamento de empreendimentos (compensação ex ante), representa o cumprimento do Princípio do Poluidor-Pagador.

10.2 É a existência de impactos negativos, não mitigáveis e passíveis de riscos – típicos dos empreendimentos de significativo impacto ambiental – que ensejam a incidência do art. 36 da Lei do SNUC. Assim, apenas quando houver a exigência de EIA/RIMA é que será devida a compensação ambiental prevista no dispositivo legal mencionado.

10.3 Não se confunde com as medidas mitigadoras.

10.4 É devida quando houver danos não mitigáveis em qualquer ecossistema, não restringindo apenas às hipóteses de danos aos recursos florestais e ecossistemas naturais.

10.5 Não se confunde com as taxas, e também não pode ser caracterizada como imposto.

10.6 A compensação ambiental é essencialmente uma obrigação não pecuniária de dar ou de fazer, nos exatos termos do art. 33 do Decreto n.º 4.340/02.

10.7 A pré-fixação na Lei do percentual mínimo a ser destinado a título de compensação ambiental exprime a intenção do legislador de tentar mensurar a dimensão de um dano potencial não mitigável que vai se concretizar.

10.8 Deverão ser definidos critérios para a fixação do percentual da compensação ambiental, bem como estabelecido um percentual máximo.

10.9 O art. 36 da Lei do SNUC não viola o Princípio Constitucional da Legalidade, uma vez que sempre caberá ao órgão ambiental a fixação do percentual da compensação, de acordo com cada caso concreto, através de ato administrativo.

10.10 A compensação ambiental da Lei do SNUC aloca valores para o sistema de unidades de conservação sem que o benefício guarde qualquer relação com o impacto ambiental aferido no projeto do empreendimento (a ser) licenciado.

BIBLIOGRAFIA

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Parecer AGU/IBAMA/PROGE n.º 286/03 Ref.: Documento n.º 10200000807/03

ALDÉ, Lorenzo. Embaçou. Disponível em: http://noticias.aol.com.br/geral/fornecedores/aol/2004/09/13/0001.adp. Acesso em 05/01/2005.

ANTUNES, Paulo Bessa de. *Direito Ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005.

_____, _____. *Imposto vestido de verde*. 09/08/2004. Disponível em: http://www.dannemann.com.br/site.cfm?app=show&dsp=pba16&pos=5.15&lng=pt. Acesso em 27/02/2005

ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. *O princípio do poluidor-pagador. Pedra angular da política comunitária do ambiente*. São Paulo: Coimbra, 1997

AQUINO, Sandra Cilce de. *A compensação ambiental na legislação brasileira sob o foco do desenvolvimento sustentável das cidades*. In: SILVA, Bruno Campos (Org). Direito Ambiental: enfoques variados. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

BRASIL. Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981. *Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências*. Disponível em https://www.planalto.gov.br/. Acesso em 20/12/2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em https://www.planalto.gov.br/. Acesso em 20/12/2004.

BRASIL. Lei nº 9.985 de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/. Acesso em 20/12/2004.

BRASIL. Decreto nº 4.340 de 22 de agosto de 2002. Regulamenta artigos da Lei no 9.985, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza - SNUC, e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/. Acesso em 20/12/2004.

CARVALHO, Fernanda Viana de. Compensação Ambiental: considerações sobre a experiência de Minas Gerais na implementação da Lei do SNUC. Disponível em: http://www.planetaverde.org/teses/333-342.pdf. Acesso em 18/12/04.

COSTA NETO, Nicolau Dino de Castro e. *Proteção Jurídica do Meio Ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. *A compensação ambiental diante de danos irreparáveis*. IN: Revista de Direito Ambiental, São Paulo, Revista dos Tribunais, a.6, n.21, pp. 279-285, jan/mar, 2001.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FARIAS, Talden. *Responsabilidade Civil em Matéria Ambiental — Os Danos Materiais, os Danos Morais e o Meio Ambiente*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_44/Artigos/Art_Talden.htm. Acesso em 12/02/05.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Malheiros Editores, 2004.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MIRRA, Álvaro Luiz Valerry. *Responsabilidade civil pelo dano ambiental e o princípio da reparação integral do dano*. IN: Revista de Direito Ambiental, São Paulo, Revista dos Tribunais, a.8, n.32, pp. 68-82, out/dez, 2003.

ROCHA, Maria Isabel de Matos. *Reparação de Danos Ambientais*. IN: _____, a.5, n.19, pp. 129-156, jul/set, 2000.

STEIGLEDER, *Annelise Monteiro. Medidas compensatórias para a reparação do dano ambiental*. IN: _____, a.9, n.36, pp. 42-57, out/dez 2004.

O PAPEL DO PODER PÚBLICO NA SUPRESSÃO DE RISCOS AMBIENTAIS DEPENDENTE DE PRESTAÇÕES POSITIVAS E A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE INSTRUMENTOS JUDICIAIS

ROBERTO ROSSATO RODRIGUES
Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás –
Técnico Judiciário da Justiça Federal - Seção Judiciária de Goiás

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a abordar o papel do Estado, aqui entendido como as entidades federadas com personalidade jurídica de direito público, na consecução de medidas materiais positivas tendentes a eliminar situações que gerem potencial risco de agressão ao meio ambiente. É que há hipóteses em que a omissão do Estado no cumprimento de determinadas medidas e na execução de certas obras pode acarretar a permanência de uma situação de risco, ou mesmo a agressão continuada de um bem ambiental, tal como acontece quando há a necessidade de elaboração de Planos de Manejo de unidades de conservação, de efetuar o tratamento de efluentes domésticos e industriais, dentre outras. Nesses casos, os órgãos e entidades componentes da Administração Pública destinados a fiscalizar e executar políticas ambientais, bem como o Ministério Público e as associações que tenham por finalidade a proteção do bem ambiental, geralmente, vêem-se de mãos atadas face ao entendimento tradicional da jurisprudência pátria na matéria, segundo o qual não é cabível ação judicial para compelir o Poder Público a efetuar as medidas preventivas perseguidas. Defende-se, assim, a utilização do instrumento judicial adequado como forma de suprir as omissões estatais de que surjam riscos de agressão ao bem ambiental, tendo em vista a necessidade de efetivação, ou realização prática, dos comandos constitucionais que impõem a atuação do Estado na proteção do meio ambiente.

2. A VINCULAÇÃO DO PODER PÚBLICO AOS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO

A doutrina é unânime em afirmar que a atuação preventiva é a que mais se coaduna com o trato da questão ambiental em virtude do caráter de irreparabilidade dos danos provocados ao meio ambiente. Por isso, erigiram-se em nosso ordenamento jurídico os princípios da precaução e o da prevenção, que constituem princípios fundamentais do direito ambiental, recomendando a adoção de cautelas antecipadas. Podem-se apontar, com efeito, as seguintes características do princípio da precaução: a) a incerteza do dano ambiental; b) a obrigatoriedade do controle dos riscos ambientais para a qualidade de vida humana; e c) a imposição

da imediata implementação das medidas necessárias à prevenção, que não podem ser adiadas, no que nos interessa de perto[1].

Em face da natureza de direito difuso dependente da atuação material do Poder Público, a obrigatoriedade de adoção dessas medidas não deve aplicar-se apenas ao particular, vinculando o Estado à adoção das medidas havidas como necessárias.

Com efeito, a introdução do princípio da precaução no ordenamento jurídico pátrio deveu-se à Convenção de Diversidade Biológica assinada em 05.07.1992 e ratificada pelo Congresso Nacional com a edição do Decreto Legislativo nº 2, de 03.02.1994, nos seguintes termos:

> *"Princípio 15 – De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental."*

Da leitura do diploma legislativo, resta claro que o princípio da precaução aplica-se não apenas ao particular com relação ao desempenho de atividades econômicas potencialmente lesivas ao meio ambiente, exigindo sua abstenção, mas também ao Estado na consecução das prestações positivas tendentes a prevenir danos ao meio ambiente.

O princípio da prevenção, igualmente, aplica-se à administração estatal eis que "significa a adoção de medidas administrativas para se chegar antes (vir antes, prever ou prevenir) dos danos, que, em geral, são de ocorrência sabida e imprevisível, impedindo a sua concretização."[2] Este princípio se encontra estampado no preâmbulo da Convenção de Diversidade Biológica, em que se afirma que é vital prever, prevenir e combater a origem e causas de redução ou perda de diversidade biológica, e no art. 2º, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente. Ademais, alguns entendem que o referido princípio estaria inserto no *caput*, do art. 225, da Constituição[3].

A vinculação dos princípios examinados relativamente ao Poder Público é uma das tônicas do trabalho de Nelson de Freitas Porfírio Júnior. Para o autor, o Estado deve exercer papel efetivo na prevenção do dano ambiental, uma vez que a fórmula tradicional do instituto da responsabilidade, que dá ao dano uma reparação pecuniária, não se mostra suficiente para garantir efetiva tutela do meio ambiente. Sendo assim, incumbe-lhe assumir uma postura mais ativa, estabelecendo políticas e mecanismos para orientar e determinar condutas, bem como instituindo meios de intervenção eficazes para controlar e punir as práticas lesivas ao meio ambiente. As conseqüências da necessidade de atuação preventiva na tutela ambiental irradiam-se, assim, à elaboração de políticas públicas voltadas

---

[1] Cf. Paulo Affonso Leme Machado. *Direito Ambiental Brasileiro,* 2001, p. 323.

[2] Cf. Carmen Lúcia Antunes Rocha, Princípios Constitucionais de Direito Ambiental, *Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil,* 50-63, ano21, julho/dezembro 2003, p. 58.

[3] Cf. Nelson de Freitas Porfírio Júnior, *Responsabilidade do Estado em face do dano ambiental,* 2002, p. 31.

ao planejamento e ao desenvolvimento de atividades econômicas, bem como na necessidade de atuação material do Poder Público em alguns casos.[4]

A atuação do Poder Público na tutela do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi determinada, com efeito, pelo art. 225, *caput,* da Constituição e pelos incisos de seu parágrafo único. E como se trata de direito difuso ou de terceira geração, é de fundamental importância a atuação estatal não apenas no que tange à fiscalização de atividades lesivas ao bem ambiental desenvolvidas por particulares, mas também no que diz respeito à realização de prestações positivas porventura necessárias à integridade deste bem. Neste sentido é a lição de José Afonso da Silva:

> "A Constituição de 1988, como típica Constituição transformista, busca superar o liberalismo pela configuração de um Estado Democrático de Direito, com marcado assento nos valores que emanam dos direitos de 2ª geração (valores sociais) e 3ª geração (a solidariedade). E a proteção do meio ambiente, como se nota, manifesta-se como um direito fundamental de terceira geração, que tem como titular não um indivíduo nem determinado grupo, mas, como nota Paulo Bonavides, 'o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta'. *Não tem apenas uma dimensão negativa e garantística, como os direitos individuais, nem apenas uma dimensão positiva e prestacional, como os direitos sociais, porque é, ao mesmo tempo, direito positivo e negativo; porque, de um lado, exige que o Estado, por si mesmo, respeite a qualidade do meio ambiente e, de outro lado, requer que o Poder Público seja um garantidor da incolumidade do bem jurídico, ou seja, a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida. Por isso é que, em tal dimensão, não se trata de um direito contra o Estado, mas de um direito em face do Estado, na medida em que este assume a função de promotor do direito mediante ações afirmativas que criem as condições necessárias ao gozo do bem jurídico chamado qualidade do meio ambiente."*[5] *(grifei).*

Sendo assim, se é certo que a atuação preventiva do Estado na tutela do meio ambiente consubstancia-se, ordinariamente, pelo recurso a instrumentos administrativos, baseados na fixação de normas dotadas de sanções, dentre os quais avulta o licenciamento ambiental de empreendimentos potencialmente lesivos ao meio ambiente, cuja regra matriz se encontra no art. 10, da Lei nº 9.368/81, é certo também que há hipóteses em que o próprio Estado, não obstante seja um dos legitimados para a propositura de ação civil pública para a defesa do meio ambiente, é apontado como o responsável pela perpetuação de riscos ambientais em virtude de sua inércia. Nesses casos, em que o recurso a instrumentos administrativos não conduz à resolução da questão, deve-se perquirir do instrumento judicial adequado para a supressão da omissão.

[4] Idem ibidem, p. 46-48.
[5] Cf. Fundamentos Constitucionais de proteção do meio ambiente. In *Revista de Direito Ambiental*, 51-57, v. 7, n. 26, jan/mar 2002, p. 52.

A fim de examinar a possibilidade de recurso a esses instrumentos, deve-se, primeiramente, inserir a discussão na seara do instituto da responsabilidade civil do Estado por danos ambientais, como será analisado a seguir.

3. OS EFEITOS DA RESPONSABILIDADE POR DANOS AO MEIO AMBIENTE

Segundo a concepção tradicional do instituto da responsabilidade civil, este instituto se prestaria tão-somente para alcançar a reparação pecuniária em face do dano consumado, que constituiria o principal elemento para a configuração do dever de indenizar.[6] Para Hely Lopes Meirelles, com efeito, *"responsabilidade civil é a que se traduz na obrigação de reparar danos patrimoniais, e se exaure com a indenização.*"[7] Esta concepção, entretanto, elaborada com vistas a atuar frente a danos patrimoniais, não é adequada à tutela do bem ambiental, pois importa em negar a existência de instrumentos para concretizar a atuação do Estado na tutela do meio ambiente, sendo, por isso, contestada por parte da doutrina atenta ao fato de que a exigibilidade de condutas constituiu verdadeira viga mestra da preservação ambiental.

Destarte, não se deve limitar o instituto da responsabilidade civil na esfera do Direito Ambiental à reparação pecuniária de danos consumados ao meio ambiente, afigurando-se mais adequado o entendimento o qual *"a responsabilidade, no campo civil, é concretizada em obrigação de fazer ou de não fazer e no pagamento de condenação em dinheiro."*[8]

Álvaro Luiz Valéry Mirra insere as obrigações de efetuar prestações positivas ou negativas no âmbito da responsabilidade civil, o que atenderia melhor às necessidades de prevenção de danos e de recuperação do meio ambiente degradado, fornecendo esclarecedora lição sobre os efeitos deste consagrado instituto:

> *"Como tem sido ressaltado pela doutrina estrangeira mais atualizada, hoje em dia se reconhece que a responsabilidade civil pode ter diversos efeitos principais, não se limitando mais à simples reparação do dano". Na realidade, tudo depende dos objetivos que em determinado sistema jurídico são atribuídos à responsabilidade civil.*
> *Nesse sentido, se em certa matéria a responsabilidade civil for utilizada como meio de obter a cessação ou a diminuição de um prejuízo, o seu efeito vai ser a reparação do dano. Se, diversamente, a responsabilidade civil for utilizada como meio de fazer cessar a atividade ou omissão que se encontra na origem do dano, o seu efeito vai ser a supressão de uma situação ou fato danoso. E, finalmente, se a responsabilidade civil for utilizada como meio de sancionar uma conduta, o seu efeito vai ser o de uma pena civil. Tudo depende, portanto, da opção que se fizer em determinado ordenamento jurídico quanto aos efeitos da responsabilidade civil no tocante a determinada matéria.*

[6] MARTINS DA SILVA, Américo Luis, *O dano moral e sua reparação civil,* 2002, p. 25.
[7] Cf. *Direito Administrativo Brasileiro,* 1999, p. 54.
[8] MACHADO, Paulo Affonso Leme, *Direito ambiental brasileiro,* 2001, p. 88.

> Assim, para ficar com o que nos interessa de perto, a supressão da atividade ou omissão danosa é um dos efeitos possíveis da responsabilidade civil, quando se pretende agir sobre a fonte do dano. *A supressão da atividade ou omissão danosa é uma providência autônoma, cujo objetivo é inviabilizar a renovação do dano já reparado ou em vias de reparação ou impedir o agravamento do prejuízo ainda não reparado. Ela se distingue da reparação do dano porque a reparação age diretamente sobre o dano e apenas sobre o dano*; já a supressão do fato danoso atua sobre a causa do dano, eliminando a fonte de prejuízo. Nesse sentido, a supressão do fato danoso é uma providência autônoma que pode ser obtida independentemente da reparação do dano e, sobretudo, cumulativamente com a reparação".[9] (grifei)

Seguindo este raciocínio, o ordenamento jurídico brasileiro teria recepcionado o entendimento e inserido as referidas condenações no âmbito da responsabilidade civil, tendo em vista que o art. 3º, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei de Ação Civil Pública) permite a obtenção de provimento judicial condenatório em obrigação de fazer ou não fazer, além da reparação pecuniária. Ademais, o sistema processual pátrio consagra como regra geral a execução específica das obrigações de fazer e não fazer, em face do que dispõe o art. 461, do Código de Processo Civil, o que significa que entre as opções de obter a prestação perseguida no processo e a reparação pecuniária decorrente do inadimplemento, privilegia o sistema jurídico a execução *in natura* da obrigação. Por esse motivo, afirma Arruda Alvim que

> *"na medida em que se evidencie a possibilidade de dano ou perigo de perecimento de direito, essa situação deve ser, desde logo e especificamente, protegida, o que é, precisamente, a hipótese do art. 461, do Código de Processo Civil, no que diz respeito às obrigações de fazer e não fazer."*[10]

E este entendimento foi adotado pelo legislador processual tendo em vista a persecução dos resultados práticos que melhor atendessem à busca de efetividade social do processo, isto é, da obtenção dos resultados efetivamente requeridos pelos litigantes[11].

Na verdade, a controvérsia se delimita à aplicação deste efeito no âmbito da responsabilidade civil do Estado. É que a doutrina e a jurisprudência tradicionais enfatizam que é vedada a condenação judicial do Poder Público na realização de obras ou serviços públicos, e ainda mais na realização de um programa de ações e serviços que constitua uma política pública, sob os fundamentos de que semelhante provimento representaria intromissão indevida nos assuntos de exclusivo interesse do Poder Executivo, com afronta ao princípio da separação de poderes estatais e à natureza discricionária dos atos administrativos. Além disso, argu-

[9] Cf. Proteção do meio ambiente: a omissão do Poder Público e o papel social do Judiciário no controle da Administração Pública. In: *Revista de Direito Ambiental*, 35-44, v. 8, n. 30, abr/jun 2003, p. 42.

[10] ALVIM, Arruda, Obrigações de fazer e de não fazer – Direito material e Processo. In*:* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.) *Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel,* 2001, p. 70.

[11] THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer,* acessado em 14 de junho de 2004, disponível em <www.jus.com.br/doutrina/direitoprocessualcivil/arthumbtutelespc%atj>.

menta-se que as normas constitucionais sobre o meio ambiente não são suficientes para vincular a atuação estatal relativamente a programas específicos e que o Poder Judiciário não tem legitimidade para determinar a imposição de medidas de caráter político. Sustenta-se, ademais, que a exigência de reserva de lei disciplinando as verbas orçamentárias a serem alocadas pelo Estado constituiria óbice ao pronunciamento judicial. Estas questões serão examinadas a seguir.

3.1 A aplicabilidade das normas constitucionais sobre o meio ambiente

A questão da aplicabilidade das normas constitucionais sobre o meio ambiente deve ser examinada com a finalidade de se precisar se delas emanam direito subjetivo passível de invocação em juízo com o fim de compelir o Estado a efetuar prestações positivas. A classificação das normas do art. 225, da Constituição quanto à eficácia e a efetividade é tema que ainda não foi enfrentado devidamente pela doutrina, incumbindo, neste passo, tentar enquadrá-las dentro das classificações existentes[12].

A Constituição assegurou o direito ao meio ambiente equilibrado nos seguintes termos:

> *"Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*
> *§1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:*
> *I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;*
> *II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e à manipulação de material genético;*
> *III – definir, em todas as unidades da federação, espaços territoriais a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifique sua proteção;*
> *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;*
> *VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;*
> *VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade."*

[12] Cf. Paulo de Bessa ANTUNES, *Direito Ambiental,* 2000, p. 151.

Como o direito ao meio ambiente sadio comporta um grande número de aspectos, alguns dos quais não foram contemplados no § 1º, do art. 225, da Constituição, tais como aqueles relacionados ao desenvolvimento urbanístico, tem-se pretendido atribuir efetividade ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado com base no *caput* do art. 225, que estabelece o dever genérico do Poder Público de atuar na defesa do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

No entanto, a doutrina tradicional refuta esta possibilidade, ao afirmar que se trata de norma constitucional dita programática, já que atribui mera finalidade a ser alcançada pelo Poder Público. Jorge Miranda aponta, com efeito que as normas programáticas

> *"são de aplicação diferida e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-regras, explicitam comandos-valores; conferem elasticidade ao ordenamento constitucional, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia"*[13]

Com efeito, a admissão do entendimento segundo o qual das normas programáticas não resulta direito subjetivo passível de invocação em juízo, que vem sendo aplicado pelos Tribunais pátrios, pode levar à frustração da vontade constitucional nos casos de omissão do Poder Executivo em implementar as condutas imprescindíveis à realização prática de direitos assegurados pela Constituição, como é o caso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Dirley da Cunha Júnior, de fato, salienta que o conceito de omissão inconstitucional não se refere apenas à omissão legislativa em relação às normas constitucionais que necessitam de regulamentação para produzir efeitos, mas estende-se às omissões do Poder Executivo, uma vez que há determinadas normas que contemplam direitos e carecem de providências materiais do Poder Público. Neste caso, afirma que ocorre inconstitucionalidade por omissão de medidas administrativas desde que o Poder Público não tenha tomado as medidas exigidas em tempo útil, estando este último fator sujeito à apreciação de razoabilidade pelo juiz.[14]

Para assegurar a efetividade dos comandos constitucionais, defende o autor que a Constituição de 1988 abrigou expressamente, no art. 5º, §1º, c/c art. 5º, inciso LXXI, art. 102, §1º e art. 103 § 2º, o direito fundamental à efetivação da Constituição, que consiste, precisamente, no direito de ver a Constituição observada em sua plenitude, ou melhor, efetivada e concretizada, possibilitando que os outros direitos fundamentais se desenvolvam e se realizem, notadamente aqueles que careçam de complementação. Tal direito tem o condão de reforçar a eficácia das normas jurídicas definidoras de direitos fundamentais, constituindo em favor do cidadão o direito público subjetivo à emanação de atos normativos e materiais destinados à concretização constitucional, não importando se se trata de norma chamada programática, bastando que tenha a norma constitucional definido o direito fundamental a ser tutelado. Salienta, assim, que

[13] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 218.
[14] Cf. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público,* 2004, p. 255-7.

> *"O reconhecimento de um direito fundamental è efetivação da Constituição conduz ao entendimento de que o princípio da aplicabilidade direta e imediata das normas constitucionais definidoras dos direitos fundamentais se estende a todas as normas da Constituição, acarretando um superlativo reforço da eficácia jurídica dessas normas."*[15]

É bem verdade que a vontade de ver a Constituição concretizada presidiu os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte de 1985, que importou do direito português a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e introduziu no texto constitucional a ação de mandado de injunção.

E impõe-se recordar, neste passo, que o direito enunciado no art. 225, *caput,* da Constituição constitui direito fundamental, sob o abrigo da cláusula de imodificabilidade do art. 60, § 4º, da Constituição[16], não se lhe podendo opor, portanto, a objeção consistente na ineficácia das normas constitucionais, sob pena de frustrar a vontade da Lei Maior.

Passamos a examinar, em seguida, a questão da separação de poderes do Estado e sua relação com o tema proposto.

3.2 O princípio da separação de poderes e o argumento da ilegitimidade democrática dos membros do Poder Judiciário

Resultante das concepções político-filosóficas do século XVIII contrárias ao poder absoluto dos monarcas europeus, o princípio da separação de poderes tem sido invocado como verdadeiro dogma para obstar a condenação judicial dos Poderes Legislativo e Executivo com relação às tarefas atribuídas a seus órgãos pela Constituição, sem se perquirir da finalidade que este princípio apresenta no ordenamento jurídico-constitucional.

Com efeito, o princípio da separação de poderes foi o argumento de maior peso invocado pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o Mandado de Injunção nº 107, em que decidiu sobre os efeitos deste instrumento de concretização de prerrogativas inerentes à nacionalidade e à cidadania, quando a impossibilidade de fruir o direito decorre de inércia no tocante à regulamentação da matéria. A decisão orientou-se no sentido de que não é possível ao Poder Judiciário produzir a norma jurídica para tutela do direito no caso concreto, limitando os efeitos da decisão concessiva a comunicar ao órgão competente a sua mora.[17]

É bem de se ver que a Constituição do Brasil de 1988 não adotou uma rígida separação entre as funções estatais, instituindo, em vez disso, um sistema de freios e contrapesos, *checks and balances,* em que as interferências e controles recíprocos visam a evitar eventuais arbitrariedades do exercício do poder. Por esse motivo, isto é, para evitar o arbítrio, o Poder Judiciário está autorizado a controlar a constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público, bem como a

[15] Idem, ibidem, p. 258.
[16] SILVA, José Afonso da. Fundamentos Constitucionais de proteção do meio ambiente. In *Revista de Direito Ambiental*, 51-57, v. 7, n. 26, jan/mar 2002, p. 55.
[17] STF, Pleno, Mandado de Injunção nº 107, Relator Ministro Moreira Alves, DJ de 21.09.1990.

controlar a legalidade dos atos administrativos. Por outro lado, o Poder Legislativo possui a função de controlar os aspectos financeiros e orçamentários dos demais poderes, de rejeitar os vetos do Executivo e de ratificar tratados internacionais. Ainda, podem-se apontar o poder de veto e de sanção e a iniciativa legislativa do Poder Executivo, nos casos indicados na Constituição[18].

A limitação de um poder pelo outro já havia sido apontada por Montesquieu como uma garantia contra o arbítrio[19], e a adoção dos freios e contrapesos pela atual Constituição faz crer que o constituinte vislumbrou em sua instituição a finalidade última de garantir direitos fundamentais.

Por outro lado, é certo que a omissão dos Poderes Públicos em cumprir os comandos constitucionais é atentatório às suas normas, podendo-se tachá-lo de arbitrário. Por esse motivo, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou mandado de injunção pode declarar que é inconstitucional a omissão do Poder Legislativo, embora não tenha meios efetivos de supri-la. Se é assim em relação ao legislador, o mesmo deve-se entender quanto à omissão do Poder Executivo, embora tenha a jurisprudência daquela Corte se orientado no sentido de que os instrumentos citados não sejam passíveis de utilização para a obtenção de atos materiais ou administrativos.

Além disso, quando se o invoca para obstar a condenação judicial do Poder Executivo, relega-se a um plano inferior o direito que se pretende tutelar mediante a prestação perseguida, o que também não se mostra razoável, na medida em que o princípio da separação de poderes não é absoluto. Como demonstrado, o mecanismo de freios e contrapesos comprova esta assertiva, de sorte que as funções estatais não foram conferidas com exclusividade a cada um dos Poderes de Estado, que exercem, ao lado das funções ditas "típicas", funções "atípicas", motivo pelo qual alguns autores entendem, aliás, que a expressão "separação de funções estatais" é mais adequada do que "separação de poderes". Como exemplo desta distribuição de funções, cite-se que o Poder Legislativo tem a função de julgar os crimes de responsabilidade cometidos por algumas autoridades, bem como a de fiscalizar as contas dos demais poderes, que constituem funções atípicas, exercidas concomitantemente com sua função típica, qual seja a de legislar. Bem assim, o Poder Judiciário e o Poder Legislativo podem organizar seus órgãos e serviços, no que desempenham função administrativa, ao lado de suas funções típicas, quais sejam as de solucionar os conflitos de interesse postos à sua apreciação e de executar medidas administrativas, respectivamente.[20]

Se é relativo o princípio, não tem fulcro na Constituição a interpretação que o sobrepõe a demais princípios e normas constitucionais, especialmente em relação àqueles que definem direitos fundamentais. Com efeito, no dizer Canotilho, a separação de poderes estatais constitui princípio constitucional concreto, que se articula e se combina com outros princípios constitucionais positivos, como o da conformidade dos atos estatais com a Constituição[21], o qual resulta desrespeitado

[18] SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 2000, p. 252.
[19] Apud Dirley da Cunha Júnior, *Controle judicial das omissões do Poder Público,* 2004, p. 326.
[20] CUNHA JÚNIOR, Dirley da *Controle judicial das omissões do Poder Público,* 2004, p. 328.
[21] CANOTILHO, J.J. Gomes, *Curso de Direito Constitucional,* 1993, p. 688.

quando ocorre a omissão inconstitucional. Além disso, deve-se articular a outros princípios constitucionais como o da inafastabilidade do Poder Judiciário de lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV) e da dignidade da pessoa humana, em atenção ao princípio da efetividade, que constitui princípio instrumental de interpretação constitucional, orientando o intérprete e o juiz a adotar a solução que privilegie a realização prática da vontade constitucional[22].

Em face da relativização desse princípio, não subsiste, também, o argumento relativo à ilegitimidade democrática do Poder Judiciário para a imposição de medidas de caráter político. É que a separação de funções entre os órgãos do Estado não tem o condão de infirmar a unidade do poder político. Sendo assim, longe de haver rígida separação entre as funções do Estado, deve prevalecer a idéia de cooperação ou colaboração entre os órgãos dos três poderes na consecução das tarefas atribuídas pela Constituição.[23] Se é assim, e tendo a Constituição definido como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana, é certo que a realização deste princípio deve ser levada a cabo pelo Poder Judiciário, que se integra no conjunto de órgãos do Estado.

Os opositores desta idéia têm alegado que somente os órgãos dos Poderes Legislativo e Executivo têm legitimidade para a realização de medidas de caráter político uma vez que seus membros foram eleitos em conformidade com o princípio majoritário. Entretanto, não se pode afirmar que a simples vontade da maioria se coadune com a realização dos princípios democráticos, bastando recordar os exemplos das maiorias nazista e fascista. Além disso, como têm apontado cientistas políticos de nossa época, vivemos em um período de crise da democracia representativa, em que a atuação dos membros eleitos do Legislativo e do Executivo, antes de representar a vontade da maioria, liga-se a interesses de lobistas e organizações que contribuíram financeiramente para suas campanhas[24].

O alargamento do âmbito da ação popular na Constituição de 1988 está a indicar, também, que o legislador constituinte vislumbrou neste instrumento judicial importante meio de controle da atividade política do Estado, o que se evidencia, ademais, quando a Lei nº 4.717, de 29.06.1965 (§ 3º do inciso I) exige para o ajuizamento da ação que a petição inicial seja instruída com o título eleitoral. É como se dissesse a lei que, para exercitar o controle político pela via judicial, o cidadão deve comprovar a condição que lhe garanta o mínimo de participação política, isto é, que pode votar.

Por esse motivo é que Fábio Konder Comparato, ao analisar os mecanismos de participação popular no exercício da função pública, reconhece como um destes mecanismos a participação judicial, exercida por intermédio do Poder Judiciário, ao lado da participação popular no processo de criação do direito[25].

Em suma, a legitimidade democrática do Poder Judiciário não significa, evidentemente, a possibilidade de determinar a realização de políticas públicas de

[22] BARROSO, Luis Roberto, *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira,* 2003, p. 316.
[23] CUNHA JÚNIOR, Dirley da *, Controle judicial das omissões do Poder Público,* 2004, p. 327.
[24] Idem, Ibidem, p. 329.
[25] Cf. *Novas funções judiciais do Estado moderno: para viver a democracia,* 1998, p. 70-1.

forma ampla, o que constitui função típica do Poder Executivo, mas reserva-se à excepcional possibilidade de intervenção quando o Poder Executivo se mostre omisso em garantir o cumprimento de direitos fundamentais, ensejando a declaração de inconstitucionalidade da omissão e a conseqüente correção judicial. No que tange ao direito meio ambiente ecologicamente equilibrado, ademais, é bem de se ver que na maioria dos casos a supressão de omissões diz respeito à realização de obras e serviços específicos, e não da realização de políticas públicas de maior amplitude, o que reforça a conclusão no sentido de que a alegação não pode ser oposta à efetivação deste direito.

3.3 A discricionariedade administrativa

Como já se salientou, a discricionariedade administrativa é mais um dos óbices colocados para a imposição judicial de medidas administrativas, sustentando a doutrina tradicional que as questões relativas ao fazer ou não fazer são de escolha privativa da Administração Pública, que teria maiores condições para conhecer a necessidade dos administrados em face de sua visão globalizada do orçamento público.

Celso Antônio Bandeira de Mello aponta que haverá discricionariedade nas seguintes hipóteses: a) quando a lei contém conceitos vagos ou imprecisos; b) quando a norma jurídica faculta um comportamento, ao invés de exigi-lo; c) quando confere ao administrador a possibilidade de eleger entre duas ou mais soluções possíveis e; d) quando a norma não fixa prazo peremptório para sua aplicação[26].

No caso de normas constitucionais de tutela do meio ambiente impositivas de condutas do Poder Público, como as do art. 225, *caput* e §1º, alega-se que não houve fixação de prazo para a atuação do Poder Público, que se situa, então, na seara da discricionariedade, isto é, sujeita à apreciação do sentido político do ato administrativo, compreendendo os aspectos atinentes ao acerto e à precisão da atuação administrativa, que não se enquadraria na esfera de possibilidade de exame pelo Poder Judiciário.

Em face dessa orientação doutrinária, a jurisprudência dos Tribunais formou corrente majoritária no sentido de que não podem ser obtidas condenações do Estado para suprir omissões lesivas à qualidade do meio ambiente. Insurgindo-se em face do entendimento prevalecente nos Tribunais, Álvaro Luis Valery Mirra, com propriedade, tem defendido que não é discricionária a atuação do Poder Executivo consistente na realização de obras, ações e programas necessários ao cumprimento do dever imposto pela Constituição de garantir a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o qual não se afigura adiável, embora não haja fixação de prazo para a atuação, uma vez que se mostra imprescindível para a realização da dignidade da pessoa humana. Para o autor, a natureza compulsória desta atuação justifica-se, ademais, em face de previsões específicas de atuação do Poder Público contidas na legislação infraconstitucional, a exemplo

[26] Cf. *Curso de Direito Administrativo,* 2003, p. 848.

das normas sobre o tratamento adequado de efluentes domésticos e industriais, antes do seu despejo em cursos d'água e do lixo urbano, em sua disposição final, bem como sobre as unidades de conservação.[27]

Este posicionamento já foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, dando provimento a recurso especial para condenar o Município de Cambuquira, do Estado de Minas Gerais, para implementar, de forma contínua, o serviço público de coleta de lixo, em atenção aos reflexos de sua não prestação ou da prestação irregular relativamente ao direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. No caso, restou decidido que a alegação de que a atuação da Administração Pública é discricionária não pode ser oposta para obstar a efetivação de direitos subjetivos decorrentes da Constituição, sendo vinculada a atuação. O acórdão recebeu a seguinte ementa:

> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. COLETA DE LIXO. SERVIÇO ESSENCIAL. PRESTAÇÃO DESCONTINUADA. PREJUÍZO À SAÚDE PÚBLICA. DIREITO FUNDAMENTAL. NORMA DE NATUREZA PROGRAMÁTICA. AUTO-EXECUTORIEDADE. PROTEÇÃO POR VIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE. ESFERA DE DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR. INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO.*
>
> *1. Resta estreme de dúvidas que a coleta de lixo constitui serviço essencial, imprescindível à manutenção da saúde pública, o que o torna submisso à regra da continuidade. Sua interrupção, ou ainda, a sua prestação de forma descontinuada, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão necessita utilizar-se desse serviço público, indispensável à sua vida em comunidade.*
>
> *2. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Trata-se de direito com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado.*
>
> *3. Em função do princípio da inafastabilidade consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todos os cidadãos residentes em Cambuquira encartam-se na esfera desse direito, por isso a homogeneidade e transindividualidade do mesmo a ensejar a bem manejada ação civil pública.*
>
> *4. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.*

[27] Cf. O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente. In: *Revista de Direito Ambiental,* v. 15

> *5. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar a saúde pública a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.*
> *6. Omissis.*
> *7. Omissis.*
> *8.Omissis.*
> *9. Omissis.*
> *10. "**A questão do lixo é prioritária, porque está em jogo a saúde pública e o meio ambiente.**" Ademais, "A coleta do lixo e a limpeza dos logradouros públicos são classificados como serviços públicos essenciais e necessários para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado, porque visam a atender as necessidades inadiáveis da comunidade, conforme estabelecem os arts. 10 e 11 da Lei n.º 7.783/89. Por tais razões, os serviços públicos desta natureza são regidos pelo PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE."*
> *11. Recurso especial provido."*[28] *(grifei)*

E, com efeito, não se pode dizer que a Constituição esteja sendo cumprida no caso em que há prestação descontínua deste serviço público essencial, em face dos riscos que a situação gera à saúde da população, impedindo o desenvolvimento das atividades humanas de forma adequada.

O entendimento de que é vinculada a atuação estatal na tutela de direitos fundamentais tem por pressuposto, nos casos em que não há regulamentação por norma infraconstitucional, a possibilidade de produção imediata de efeitos das normas constitucionais do art. 225, *caput,* e § 1º, da Constituição, o que encontra, como já explicitado, forte oposição na jurisprudência dos Tribunais, inclusive do Supremo Tribunal Federal, que adota a classificação das normas constitucionais desenvolvida por José Afonso da Silva. Além disso, é bem de se ver que mesmo aquelas normas contidas no § 1º, do art. 225, em que pese a especificidade das ações determinadas, não fixam prazo para a atuação do Poder Público, no que se encontra forte oposição da doutrina tradicional.

Sem adentrar o aspecto da produção de efeitos das normas constitucionais, depara-se com outro entendimento tendente, também, a efetivar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Admite-se, assim, que a atuação estatal no trato da questão ambiental seja, em princípio, discricionária, estando sujeita, no entanto, ao controle judicial sob os aspectos da razoabilidade e de moralidade. A admissão da discricionariedade não importa em negar eficácia à norma constitucional do art. 225, *caput,* que estabelece o dever de o Poder Público defender o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Sendo assim, reconhece-se que a discricionariedade da atuação estatal não constitui óbice à imposição de executar medidas administrativas. Com efeito, se a doutrina, em um primeiro momento, é categórica em afirmar que a atuação discricionária não é passível de qualquer interferência judicial, hoje não há mais

[28] Superior Tribunal de Justiça, Resp nº 575998, Relator Ministro Luis Fux, j.07.10.2004, DJ de 16.11.2004.

dúvida de que o entendimento mais aceito é aquele que mantém a esfera de discricionariedade administrativa sob o controle do Poder Judiciário, que pode perquirir da razoabilidade e da moralidade dos atos e omissões administrativas. Cuida-se de princípio criado e conformado pela jurisprudência dos Tribunais, motivo pelo qual salienta Canotilho que

> *"Através de standards jurisprudenciais como o da proporcionalidade, razoabilidade e proibição do excesso, é possível hoje recolocar a administração (e, de um modo geral, os poderes públicos) num plano menos sobranceiro e incontestado relativamente ao cidadão."*[29]

De um modo geral, entende-se que o princípio desdobra-se em três fundamentais exigências, quais sejam: a) de proporcionalidade entre a restrição imposta e a finalidade perseguida; b) de necessidade da restrição a direito ao estritamente necessário ao atendimento do interesse; e c) de que a medida adotada seja a mais adequada a satisfação do interesse público.[30] Em relação a este último aspecto, que nos interessa de perto, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma, com efeito, que a razoabilidade do ato administrativo constitui uma das limitações da atuação discricionária, eis que a solução adotada no exercício desta atividade deve ser a que melhor atenda, conforme critérios de razoabilidade, ao interesse público.[31]

O entendimento citado já foi esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, em acórdão que recebeu a ementa a seguir transcrita:

> *"ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.*
> *1. Na atualidade, a Administração Pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.*
> *2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível para o meio ambiente a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigi-la.*
> *3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da Administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.*
> *4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.*
> *5. Recurso especial provido."*[32]

O julgamento versava acerca de ação intentada pelo Ministério Público do Estado de Goiás visando à realização de obras para recomposição do solo degradado por erosões e utilizado indevidamente como depósito de lixo nas Vilas Maria

[29] CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* 1999, p. 263.
[30] ROLIM, Luciano Sampaio Gomes .*Uma visão crítica do princípio da proporcionalidade. A*cessado em 16 de julho de 2004, disponível em <www. jus.com.br/doutrina/direitoconstitucional/princípios/proporcionalidade>.
[31]*Curso de Direito Administrativo,* 2000, p. 849.
[32] STJ, 2ª Turma, Recurso Especial nº 429.570-GO, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 11.11.2003, DJ de 22.03.2004.

Dilce e Cristina, do Município de Goiânia. No voto condutor, a Ministra Eliana Calmon reconheceu que o descaso do Poder Público em relação àquelas regiões ditas "periféricas" da capital goiana gerava degradação ambiental e, ainda, riscos de desabamentos de edificações e assoreamento de córregos, evidenciando a preocupação quanto à atuação preventiva do Poder Público. Ademais, este precedente representa notável avanço em relação à doutrina e a jurisprudência tradicionais, enquadrando no âmbito da responsabilidade do Estado a necessidade de atuação preventiva e reparadora no trato da questão ambiental.

Com efeito, do voto da Relatora, extrai-se:

> *"O acórdão recorrido adotou o entendimento de que não poderia fazê-lo [condenar o Estado] por se tratar de ato administrativo discricionário, sobre o qual não cabe a ingerência do Judiciário.*
> *Não obstante, entendo que a ótica sob a qual se deve analisar a questão não é puramente a da natureza do ato administrativo, mas a da responsabilidade civil do Estado, por ato ou omissão, dos quais decorram danos ao meio ambiente.*
> *Estando, pois, provado que a erosão causa dano ao meio ambiente e põe em risco a população, exige-se do Poder Público uma posição no sentido de fazer cessar as causas do dano e também de recuperar o que já foi deteriorado".*[33] *(grifei)*

Embora tenhamos defendido, até então, que a imperatividade das normas constitucionais sobre o meio ambiente tornam vinculada a atuação do Poder Público nesta seara, por entender que é preciso reformular a visão tradicional sobre a aplicabilidade das normas chamadas programáticas, não é de se afastar o entendimento esposado pelo acórdão transcrito acima, tendente, também, a efetivar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Este último posicionamento, aliás, por constituir um "meio-termo" pode parecer mais razoável e de mais fácil aceitação, quiçá, pela jurisprudência dos Tribunais.

3.4 A questão da reserva do possível

Por último, coloca-se como óbice à condenação do Poder Executivo nas obrigações tendentes a efetivar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a necessidade de receita a ser fixada na lei orçamentária anual. É bem de se ver, neste aspecto, que as condenações do Poder Judiciário em relação à Fazenda Pública normalmente acarretam custos para o Estado. É assim quando se declara a inconstitucionalidade de exação tributária, que tem por efeito imediato a diminuição da arrecadação. Assim é, também, quando se impõe ao Poder Público o dever de indenizar danos sofridos em virtude de ato dos agentes do Estado, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição. Recentemente, as condenações em implementar reajustes nos proventos recebidos pelos aposentados do Regime Geral de

[33] STJ, 2ª Turma, Recurso Especial nº 429.570-GO, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 11.11.2003, DJ de 22.03.2004.

Previdência Social bem como no pagamento dos valores devidos e não recebidos desde o período em que deveria ter sido aplicado o índice correto para o reajustamento têm provocado repercussões no âmbito do Poder Executivo Federal, que chegou a estudar a possibilidade de elevação da alíquota de tributos sob o pretexto de compensar os custos que o cumprimento destas decisões judiciais hão de ocasionar.

O sistema de precatórios foi instituído pelo art. 100, da Constituição de 1988 como o meio para efetuar os pagamentos relativos a condenações judiciais do Poder Público, compatibilizando as condenações judiciais do Estado com a necessidade de abertura de prévia dotação orçamentária para a satisfação dos créditos. Sendo assim, em um primeiro momento, nada impede que o Poder Judiciário determine a abertura de dotação orçamentária no exercício financeiro seguinte ao da data da decisão que condena à realização de providências materiais necessárias à preservação e recuperação do meio ambiente, o que pouco se diferencia com o tradicional sistema de precatórios, mediante o qual o pagamento de débitos da Fazenda Pública faz-se no exercício financeiro seguinte ao do requerimento efetuado pelo Presidente do Tribunal competente, desde que apresentados até a data de 1º de julho.

E isto é conseqüência inevitável da própria adoção de um Estado de Direito. Ora, se a Constituição quer que os atos do Estado submetam-se à jurisdição, instituindo, como garantia de imparcialidade dos julgadores a independência do Poder Judiciário, afirmar que o Poder Executivo esteja desincumbido de efetuar certas prestações porque tem a livre disponibilidade do orçamento é negar a própria idéia de submissão dos poderes à jurisdição, que é da essência do Estado de Direito, bem como do mecanismo de freios e contrapesos. Por isso, circunscrever a influência da Constituição em relação ao orçamento público à mera necessidade de edição de lei prevendo a aplicação de recursos importa em negar princípios basilares do Estado de Direito constitucional. E se são limitados os recursos públicos, é certo que os mesmos devem ser alocados para os fins considerados essenciais pela Constituição[34], como é a preservação do meio ambiente e da qualidade de vida humana.

Neste sentido já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, nos seguintes termos:

> *"...a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lí-*

[34] Cf. Ana Paula de BARCELLOS, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana,* 2002, p. 238.

> *cito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.*[35]

7. OS INSTRUMENTOS JUDICIAIS ADEQUADOS PARA A PERSECUÇÃO DA SUPRESSÃO DE RISCOS AMBIENTAIS DECORRENTES DA OMISSÃO ESTATAL

O entendimento aplica-se quanto à responsabilidade do Estado pela implementação de obras e políticas públicas destinadas à efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, uma vez que este constitui típico direito difuso ou de terceira geração, de titularidade indeterminada. Não há dúvidas, ademais, acerca do instrumento a ser utilizado, uma vez que a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 menciona expressamente, em sua ementa, que se trata de instrumento destinado, dentre outros, à responsabilização por danos causados ao meio ambiente, constituindo, pois, a via judicial adequada em se admitindo a inserção nos efeitos da responsabilidade da supressão de omissão estatal lesiva à qualidade ambiental.

Pode-se utilizar, também, a ação popular, que se caracteriza, igualmente, como instrumento destinado à correção de atos lesivos a interesses difusos, de titularidade indeterminada, tais como o patrimônio público, a moralidade administrativa e o próprio meio ambiente, como é expresso o art. 5º, LXXIII, da Constituição.

8. CONCLUSÕES ARTICULADAS

8.1 Os princípios da prevenção e da precaução dirigem-se ao particular no que tange ao desempenho de atividades nocivas ao meio ambiente, bem como ao Estado, no tocante à fiscalização das referidas atividades e à consecução de prestações positivas indispensáveis à integridade do bem ambiental.

8.2 Insere-se nos efeitos da responsabilidade por danos ao meio ambiente a condenação em executar obras e programas para a eliminação de riscos ambientais e para a regeneração do meio ambiente degradado.

---

[35] STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, Relator Ministro Celso de Mello, Informativo nº 345, disponível em http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=INFO&s1=ADPF&u=http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/default.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=INFON&p=1&r=5&f=G&l=20.

8.3 A aplicação do princípio da separação de poderes não deve contrariar-se à vontade constitucional de concretizar direitos fundamentais.

8.4 As normas constitucionais que determinam a atuação do Poder Público na seara da proteção ambiental apresentam aplicabilidade imediata, à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição, o que vincula a atuação do administrador.

8.5 Mesmo que se reconheça a discricionariedade da atuação estatal na seara ambiental, a fiscalização judicial se dá no âmbito da razoabilidade dos atos e omissões da Administração Pública.

8.6 A objeção de que a condenação dos entes federados em suprir omissões esbarra nas disponibilidades financeiras não pode ser oposta quando isso implique a aniquilação de direitos fundamentais, como é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

8.7 A ação civil pública e a ação popular são instrumentos judiciais idôneos à persecução da supressão de omissões estatais que gerem riscos ao meio ambiente ou a agressão continuada do bem ambiental.

UMA AVALIAÇÃO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL DE OBRAS RODOVIÁRIAS EM SÃO PAULO

ROBERTO ULISSES RESENDE[1]
Agrônomo, Mestre em Ciência Ambiental, Secretaria Estadual de Meio Ambiente de São Paulo

1. INTRODUÇÃO

A relação atualmente vivida entre rodovias e meio ambiente no Brasil foi adequadamente resumida como *"a convivência entre a inércia da tradição rodoviarista, apresentada agora sob o signo da intermodalidade, e a atenção para os riscos ambientais."* (Costa, 2002, pg. 225). Neste processo interagem diversos atores, combinando aspectos econômicos, políticos e técnicos.

A concepção de que a abertura de estradas de rodagem é o grande motor do progresso, denominada rodoviarismo, foi parte importante do modelo dominante de desenvolvimento do Brasil ao longo do século 20. Normalmente as questões ambientais não eram consideradas nesta discussão, o que culminou em diversos problemas de caráter social, econômico e ambiental. A tentativa de construção da Transamazônica é o maior exemplo, o ápice, deste processo. A partir dos anos 1.980, em especial, esta idéia começou a sofrer algumas limitações e revisões. Em boa parte devido ao relativo esgotamento do tipo de Estado autoritário, no campo político, e garantidor da infra-estrutura na economia. Ao mesmo tempo, emergia o movimento ambientalista, o que implicou na criação de uma série de cerceamentos ao modelo rodoviarista, representados pelos movimentos sociais e pelo aparato jurídico. Neste último destaca-se a recente legislação ambiental e a valorização do papel do Ministério Público como guardião dos interesses difusos (Costa, 2002). Entretanto, a presença da tradição rodoviarista ainda é bastante forte no cotidiano das políticas públicas, o que se pode observar na própria eficácia do licenciamento ambiental.

Este texto visa descrever alguns aspectos dos procedimentos de análise de obras rodoviárias no Sistema Estadual de Meio Ambiente de São Paulo, considerando alguns dados da situação do licenciamento ambiental de uma amostra que abrange a maioria dos empreendimentos submetidos ao licenciamento ambiental na última década no estado.

[1] O autor expressa apenas as suas opiniões pessoais.

2. LEGISLAÇÃO SOBRE LICENCIAMENTO AMBIENTAL DE OBRAS RODOVIÁRIAS

As referências feitas nas principais normas sobre avaliação de impacto ambiental no Brasil quanto a obras rodoviárias são:

- Lei 6.938, de 31/08/81 institui a Política Nacional do Meio Ambiente.

Em seu artigo 10 define que:

Art. 10 - A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

Parágrafo 1º. - Os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão serão publicados no jornal oficial do Estado, bem como em um periódico regional ou local de grande circulação.

Parágrafo 2º. - Nos casos e prazos previstos em resolução do CONAMA, o licenciamento de que trata este artigo dependerá de homologação do IBAMA.

Parágrafo 3º. - O órgão estadual do meio ambiente e o IBAMA, este em caráter supletivo, poderão, se necessário e sem prejuízo das penalidades pecuniárias cabíveis, determinar a redução das atividades geradoras de poluição, para manter as emissões gasosas, os efluentes líquidos e os resíduos sólidos dentro das condições e limites estipulados no licenciamento concedido.

Parágrafo 4º - Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, o licenciamento previsto no caput deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional.

- Decreto 99.274 de 06/06/90, que regulamenta a Política Nacional do Meio Ambiente que trata das licenças:

Art. 19 - O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:

I - Licença Prévia (LP), na fase preliminar do planejamento da atividade, contendo requisitos básicos a serem atendidos nas fases de localização, instalação e operação, observados os planos municipais, estaduais ou federais de uso do solo;

II - Licença de Instalação (LI), autorizando o início da implantação, de acordo com as especificações constantes do Projeto Executivo aprovado; e

III - Licença de operação (LO), autorizando, após as verificações necessárias, o início da atividade licenciada e o funcionamento de sus equipamentos de controle de poluição, de acordo com o previsto nas Licenças Prévia e de Instalação.

§ 1º - Os prazos para concessão das licenças serão afixados pelo CONAMA, observada a natureza técnica da atividade.

§ 2º - Nos casos previstos em resolução do CONAMA, o licenciamento de que trata este artigo dependerá de homologação do IBAMA.

§ 3º - Iniciadas as atividades de implantação e operação, antes da expedição das respectivas licenças, os dirigentes dos Órgãos Setoriais do IBAMA deverão, sob pena de responsabilidade.

- Resolução CONAMA 01, de 23/01/86, que instituiu o mecanismo do EIA RIMA definiu uma lista exemplificativa de casos em que este deve ser apresentado:

"Artigo 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:

I - Estradas de rodagem com duas ou mais faixas de rolamento; (g.n.)*..."*

- A Resolução CONAMA 237, de 19/12/97, que normativa o licenciamento ambiental trata das atividades a ele sujeitas:

Art. 2º - A localização, construção, instalação, ampliação, modificação e operação de empreendimentos e atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão ambiental competente, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis.

§ 1º - Estão sujeitos ao licenciamento ambiental os empreendimentos e as atividades relacionadas no Anexo I, parte integrante desta Resolução.

Anexo I (...)

Obras civis:

- rodovias (g,n.), ferrovias, hidrovias, metropolitanos; (...)

No artigo 2º desta mesma norma são definidos os diferentes documentos usados na análise de impacto ambiental:

> *"III - Estudos Ambientais: são todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados a localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença requerida, tais como: relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório ambiental preliminar (g.n.), diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de risco."*

No artigo 4º, 5º e 6º são definidas as situações de competência dos órgãos federal, estaduais e municipais de licenciamento:

"Art. 4º - Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, órgão executor do SISNAMA, o licenciamento ambiental, a que se refere o artigo 10 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, a saber:

I - localizadas ou desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; no mar territorial; na plataforma continental; na zona econômica exclusiva; em terras indígenas ou em unidades de conservação do domínio da União.

II - localizadas ou desenvolvidas em dois ou mais Estados.

III - cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais do País ou de um ou mais Estados. (...)

Art. 5º - Compete ao órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal o licenciamento ambiental dos empreendimentos e atividades:

I - localizados ou desenvolvidos em mais de um Município ou em unidades de conservação de domínio estadual ou do Distrito Federal;

II - localizados ou desenvolvidos nas florestas e demais formas de vegetação natural de preservação permanente relacionadas no artigo 2º da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, e em todas as que assim forem consideradas por normas federais, estaduais ou municipais;

III - cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais de um ou mais Municípios;

IV - delegados pela União aos Estados ou ao Distrito Federal, por instrumento legal ou convênio.

Parágrafo único. O órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal fará o licenciamento de que trata este artigo após considerar o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Municípios em que se localizar a atividade ou empreendimento, bem como, quando couber, o parecer dos demais órgãos competentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, envolvidos no procedimento de licenciamento.

Art. 6º - Compete ao órgão ambiental municipal, ouvidos os órgãos competentes da União, dos Estados e do Distrito Federal, quando couber, o licenciamento ambiental de empreendimento e atividades de impacto ambiental local e daquelas que lhe forem delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio".

Ressalta-se então que, nestas normas, a competência para o licenciamento entre os níveis federal, estadual ou municipal de governo é definida pelo alcance dos impactos, se de maior ou menor escala territorial, ressalvados casos devidamente especificados. A responsabilidade pela execução do empreendimento não foi definida como parâmetro para a definição desta competência.

E finalmente, sobre a emissão das licenças:

Art. 8º - O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:

I - Licença Prévia (LP) - concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos na próxima fase de sua implementação;

II - Licença de Instalação (LI) - autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante;

III - Licença de Operação (LO) - autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

Parágrafo único. As licenças ambientais poderão ser expedidas isolada ou sucessivamente, de acordo com a natureza, características e fase do empreendimento ou atividade.

3. O LICENCIAMENTO DE OBRAS RODOVIÁRIAS EM SÃO PAULO

No estado de São Paulo os procedimentos para a análise de Estudos de Impacto Ambiental são dados pela Resolução SMA 42, de 29/12/94.

Em resumo, esta determina a apresentação de um Relatório Ambiental Preliminar (RAP) por parte do empreendedor da obra ou atividade, cuja análise por parte da Secretaria Estadual do Meio Ambiente (SMA) indicará três alternativas: a inviabilidade ambiental do empreendimento (indeferimento); a exigência de um EIA RIMA para prosseguimento da avaliação ou a sua viabilidade, cabendo neste caso a emissão da Licença Prévia (LP).

Em casos de empreendimentos em que não há exigência explícita de licenciamento é feita uma consulta à SMA, que pode concluir pela dispensa de licenciamento ou pela apresentação do RAP.

Desta forma o RAP constitui um instrumento expedito de análise de impactos ambientais em vários casos, quando a sua avaliação indica que foram descritos adequadamente os impactos e as medidas mitigadoras e compensatórias. Nestas situações em que os impactos são tidos como de menor monta, o RAP constitui um "EIA simplificado". Evita-se assim o uso em larga escala do instrumento do EIA, o qual implica em maiores detalhamentos, custos e prazos. (SMA, 1.994; SMA, 1.998; Marques, 1.999).

Nesta análise são considerados aspectos como:

- Licenciamento das áreas de apoio. Estas são as jazidas, os bota foras (depósitos de materiais excedentes da terraplanagem), canteiros de obras e unidades industriais. Estas áreas devem ser licenciadas previamente ao uso e recuperadas posteriormente.

- Programas de desapropriação e de reassentamento de moradores afetados pelas obras.

- Manifestação de órgãos da SMA, tais como:

- DEPRN (Departamento Estadual de Proteção de Recursos Naturais) encarregado do licenciamento florestal, como supressão de vegetação nativa e intervenções em áreas de preservação permanente.
- CETESB (Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental) – cuida do controle de poluição, analisando Planos de Gerenciamento de Riscos com acidentes com produtos perigosos, projetos de avaliação e controle de ruídos, e licenciamento de unidades industriais.
- Instituto Florestal. Nos casos de interferências com as Unidades de Conservação estaduais e também na discussão de medidas compensatórias.
- DUSM (Departamento de Uso do Solo Metropolitano) responsável pelas Áreas de Proteção Mananciais da região Metropolitana de São Paulo.

- Programas de Compensação. Que podem envolver a criação novas Unidades ou a realização de investimentos em já existentes, conforme o artigo 36 da Lei 9.985 de 18/07/00, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC) e também a Resolução CONAMA 02 de 18/04/96 (Marques, 1.999).

A avaliação prévia, que abrange as consultas sobre a necessidade de licenciamento, a análise de RAPs ou do EIAs é feita no Departamento de Avaliação de Impacto Ambiental (DAIA), que encaminha um parecer conclusivo ao Secretário do Meio Ambiente, que expede então as Licenças pertinentes. Atualmente as fases posteriores à concessão da LP, ou seja, a avaliação dos pedidos de Licenças de Instalação e de Operação, são conduzidas pelo Grupo Técnico de Licenciamento de Rodovias (GTR). A SMA dispõe de manuais de orientação para a elaboração de EIAs e de RAPs. (SMA, 1.994; SMA, 1.998; Marques, 1.999).

4. OBRAS RODOVIÁRIAS NO ESTADO DE SÃO PAULO

A malha rodoviária do Estado de São Paulo possui 20.225 quilômetros de estradas estaduais, administradas pelo DER SP (Departamento Estadual de Estradas de Rodagem, autarquia), DERSA (Desenvolvimento Rodoviário S.A., empresa estatal) ou concessionárias privadas. Além disto, possui 1.854 quilômetros de rodovias federais e 175.745 quilômetros de estradas de responsabilidade dos municípios, algumas vezes construídos e/ou operados conjuntamente com o DER (SEADE, 1.999**).**

Freqüentemente ocorrem casos em que as obras são feitas por empresas concessionárias de rodovias. Estas, embora sejam empresas privadas, detém apenas a concessão de um patrimônio público, as estradas e estruturas e terrenos acessórios, que continuam de propriedade do Estado. No caso do programa de concessões paulista, a propriedade das estradas é do Departamento Estadual de Estradas de Rodagem (DER). O Programa de Concessões Rodoviárias do Estado de São Paulo conta com doze lotes contratados pela iniciativa privada - Tebe, Vianorte, Viaoeste, Renovias, AutoBan, Ecovias, Triângulo do Sol, Centrovias, Autovias, SPVias, Intervias e Rodovias das Colinas. Os doze lotes concedidos correspondem a 3.517 quilômetros e prevêem o investimento de R$ 6,7 bilhões em obras e melhorias rodoviárias ao longo dos 20 anos da concessão. Nestes 12 lotes prioritários do Programa de Concessões, são previstas executadas a construção de 92 novos km de rodovias, a duplicação de 1.144 km, a construção de 824 km de terceiras faixas, 354 km de marginais ou faixas adicionais e 150 entroncamentos (conforme http://www.sectran.sp.gov.br).

Além das obras desenvolvidas diretamente pelo DER tem-se também a DERSA, empresa pública que foi criada para implantar e administrar determinadas rodovias do Estado, em especial próximo à capital. Algumas destas foram repassadas à iniciativa privada por concessão, como os Sistemas Anhangüera/Bandeirantes e Anchieta/Imigrantes, sendo que as concessionárias estão dando andamento a obras objeto de EIA elaborados ainda pela DERSA. Esta manteve ainda a gestão de algumas outras, como o Sistema Trabalhadores e a Rodovia

Dom Pedro. Estas estradas também tiveram a elaboração de EIAs quando da sua implantação. Atualmente a DERSA é a encarregada da construção do Rodoanel Metropolitano (http://www.sectran.sp.gov.br).

Dentre as rodovias federais em São Paulo atualmente existe uma concessionada (a Via Dutra, BR 116 do Rio de Janeiro a São Paulo), na qual são feitas obras complementares. As ampliações da pista em dois trechos (Guarulhos e São José dos Campos) são objeto de Termos de Ajustamento de Conduta firmados com a SMA SP para a sua regularização ambiental.

Outras duas estradas federais têm obras de duplicação. A BR 116 entre São Paulo e Paraná (Rodovia Régis Bittencourt) tem suas obras conduzidas pelo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER). Ressalta-se que, de acordo com a Medida Provisória 2.217 de 04/09/01 (reedição da MP 2201) este órgão está em extinção, sendo substituído pelo Departamento Nacional da Infraestrutura de Transportes – DNIT. O licenciamento desta obra foi feito através de avaliação de EIA RIMA, inicialmente pelos órgãos estaduais de São Paulo e do Paraná. Após uma discussão sobre conflitos de competências o licenciamento foi assumido pelo IBAMA.

A duplicação da BR 381 (Fernão Dias) é uma obra feita pelo DER SP, por delegação do DNER. O licenciamento também foi feito no âmbito estadual, mediante elaboração de EIA RIMA.

As obras em rodovias municipais, devido seu menor porte, raramente são tratadas em procedimentos de licenciamento ambiental. Normalmente são avaliados aspectos pontuais pelos componentes do Sistema Estadual de Meio Ambiente. Em especial o licenciamento florestal, feito junto ao DEPRN (Departamento Estadual de Proteção de Recursos Naturais), ou de controle de poluição, feito pela CETESB (Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental).

Neste trabalho também são considerada duas pontes, uma de acesso à Ilha Comprida, no litoral Sul do estado, executada pelo Poder Municipal, e outra sobre o rio Paraná, entre São Paulo e Mato Grosso do Sul, também feita pelo governo Paulista, em articulação com o Federal.

5. ALGUNS ASPECTOS DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL DE RODOVIAS EM SÃO PAULO

O licenciamento ambiental de obras rodoviárias apresenta as seguintes singularidades, em especial no estado de São Paulo:

• A maior parte das obras é a duplicação ou a melhoria de estradas já existentes, com poucos casos de implantação de novas rodovias.

• A natureza linear destas obras freqüentemente induz que a concepção, a avaliação e a implantação sejam tratadas de forma segmentada. Como exemplo tem-se uma estrada que é planejada inicialmente para ligar vários municípios. Normalmente a implantação é feita aos poucos, por etapas espaçadas freqüentemente por vários anos, o que é ainda mais comum nos casos de duplicações.

• O empreendedor é via de regra o Poder Público, seja diretamente, seja através de empresas concessionárias.

Estas situações geram por suas vez alguns efeitos, que serão aqui discutidos de forma preliminar:

a) Maior uso dos RAPs

Devido ao pequeno porte de boa parte dos empreendimentos, e ao fato de não haver exigência normativa explícita para a exigência de EIA, na maioria dos casos o licenciamento é feito usando-se um RAP como instrumento de análise. Esta tendência se reforçou nos últimos anos, com a consolidação desta regulamentação. Nas obras públicas observa-se um maior percentual de apresentação de EIAs, o que se explica em parte pelo fato de serem obras mais antigas. Mais recentemente a maior parte das obras passou a ser feita pelas concessionárias, normalmente duplicações. Os EIAs foram adotados principalmente nos poucos casos de implantação de novas estradas (como o Rodoanel Metropolitano e o Prolongamento da Rodovia dos Bandeirantes) ou interferência com áreas frágeis e/ou protegidas (como a Segunda Pista da Rodovia dos Imigrantes). Observa-se que na avaliação de um RAP podem ser realizadas audiências públicas, conforme o regulamento próprio, dado pela Deliberação CONSEMA 34 de 27/11/01.

Neste estudo considerou-se um total de 52 (cinqüenta e dois) empreendimentos rodoviários em processo de licenciamento na SMA SP. Destes 34 (trinta e quatro) são de responsabilidade da administração direta e 18 (dezoito) das concessionárias. Em relação ao tipo de estudo ambiental 14 (catorze) forma objeto de EIA RIMA e 23 (vinte e três) de RAP. Dentre as obras da administração direta estes totais são 11 e 23 e das concedidas 3 e 15 respectivamente. Observa-se então uma predominância do instrumento EIA RIMA nas obras da administração direta (em sua maioria mais antigas) e de RAP nas feitas pelas concessionárias, encarregadas de obras mais recentes.

b) Parcelamento das licenças

Devido à própria natureza do empreendimento rodoviário e à racionalidade técnica, combinadas com pressões dos políticos e dos usuários e empreendedores, as obras são iniciadas e depois liberadas para o uso por trechos, o que induz ao parcelamento do licenciamento, nas fases de instalação e de operação. Em algumas situações este fracionamento é excessivo, como em um exemplo em que foram emitidas 24 (vinte e quatro) Licenças de Instalação para uma obra de setenta quilômetros (Rodovia Carvalho Pinto).

O parcelamento pode ser conveniente, para os empreendedores e usuários, em termos operacionais tanto para o início das obras, quanto para a operação de um segmento da rodovia. Entende-se que esta idéia em si não apresenta problemas, desde que todas as exigências definidas nas fases anteriores do processo de licenciamento sejam obedecidas. Sendo o atendimento sempre proporcional ao segmento a ser licenciado, os objetivos do licenciamento ambiental não são prejudicados. Entretanto, pode haver programas de alcance geral, que por sua natureza não podem ser divididos. Neste caso, deve ser avaliada a necessidade de que a execução destas medidas seja integral para a concessão da licença de qualquer segmento. Obviamente, as condições criadas pelo funcionamento parcial da obra devem ser também contempladas neste licenciamento parcial. Um exemplo neste sentido pode ser a criação de novas condições de tráfego e circulação daí decorrentes.

c) Conflitos de competência para o licenciamento

Registram-se aqui os casos dos licenciamentos de obras em rodovias federais (BR 116 e BR 381) e da ligação rodoferroviária sobre o rio Paraná, entre São Paulo e Mato Grosso do Sul. Em todos estes casos o licenciamento foi conduzido no âmbito estadual, sendo que apenas no caso da BR 116 (Régis Bittencourt) houve questionamento judicial e o procedimento foi reiniciado no nível federal, quando inclusive já havia sido analisado o EIA RIMA e concedidas diversas LIs pelo estado de São Paulo.

O caso do Rodoanel Metropolitano também é semelhante.

d) Ocorrência do "autolicenciamento"

Este, na forma descrita por Alonso (2.000), é quando o Poder Público, seja no nível Federal, Estadual ou Municipal, figura como empreendedor e simultaneamente como licenciador em procedimentos de licenciamento ambiental.

Considerando-se (dados de 2.002) uma amostra de 52 (cinqüenta e dois) empreendimentos rodoviários em processo de licenciamento na SMA SP verifica-se a ocorrência de grande quantidade de irregularidades. Entende-se como tal a execução ou a operação de obras sem as devidas licenças, de instalação ou de operação. Além dos aspectos formais, registra-se a ocorrência de vários tipos de danos decorrentes do incompleto atendimento das medidas definidas no processo de licenciamento ambiental.

Neste conjunto as obras executadas pelos órgãos da administração direta somam 34, das quais 9 (27 %) estavam em situação regular e 25 (73 %) irregulares.

Dentre as 18 obras conduzidas pelas concessionárias 14 (77 %) estavam regulares e 4 (23 %) apresentavam irregularidades. Para o total dos 52 empreendimentos considerados neste levantamento 23 (44 %) não apresentaram irregularidades, com o demais 29 (56 %) tinham algum descompasso com o processo de licenciamento.

Deste total registra-se a lavratura de apenas 4 (quatro) advertências e 4 (quatro) medidas de embargo administrativo. Considerando-se o conjunto das obras sob responsabilidade direta do DER, DERSA, DNER e Prefeituras em processo de licenciamento ambiental tem-se a extensão de cerca de 1.700,00 (mil e setecentos) quilômetros. Destes menos de 20,00 (vinte) quilômetros dispõem de Licença de Operação.

Outro exemplo é dado pela relação de obras recentes apresentada no sítio da Internet do próprio DER SP. Das 25 (vinte cinco) obras citadas, 10 (dez) tem processo de licenciamento e nenhuma possui licença de operação (conforme http://www.der.sp.gov.br, acessado em 17/05/02).

A situação de menor quantidade de situações irregulares nas obras de concessionárias pode ser explicada em parte pelas exigências contratuais destas para com a Secretaria dos Transportes e organismos financeiros internacionais, que induzem ao maior atendimento das normas legais.

A administração pública deve sempre obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, conforme o Artigo 37 da Constituição Federal. Entretanto nesta situação aqui apresentada significa uma insuficiente atenção a estes princípios. A falta de informação sobre estes atos é talvez o maior

motivo para tal fato, impedido uma cobrança mais efetiva para a regularização formal e factual destes empreendimentos.

6. CONCLUSÕES

6.1 O Relatório Ambiental Preliminar (RAP) é um instrumento adequado para a avaliação dos impactos ambientais e medidas compensatórias e mitigadoras, subsidiando o licenciamento ambiental de obras rodoviárias de menor porte, em especial de duplicações que não impliquem em maiores impactos ambientais e sociais. Nos casos de implantação de novos eixos, ou situações de interferências significativas em ambientes naturais e/ou em áreas povoadas, o EIA RIMA é o instrumento adequado, dado a sua maior amplitude de avaliação, e também devido aos seus mecanismos de publicidade e de consulta à comunidade, como as audiências públicas. Ressalta-se que as audiências públicas também podem ser adotadas na avaliação de RAPs.

6.2 O parcelamento da concessão de Licenças de Instalação e de Operação para obras rodoviárias em si não implica em problemas ambientais, desde que se trate de segmentos viáveis do empreendimento, que o atendimento das exigências prévias seja proporcional aos trechos licenciados e que os programas gerais, não fracionáveis, sejam integralmente cumpridos e que as novas condições criadas pelo parcelamento sejam consideradas no licenciamento.

6.3 O principal problema no licenciamento ambiental de obras rodoviárias em São Paulo é a dificuldade demonstrada na execução do autolicenciamento. A fiscalização das obras conduzidas pelo Poder Público é claramente insuficiente, fato representado pelo grande número de obras sem o licenciamento completo, o que demanda uma avaliação e uma ação mais integrada dos vários atores encarregados do cumprimento da legislação ambiental, a começar da própria administração pública.

6.4 Os problemas decorrentes do autolicenciamento tendem a correr nos três níveis de governo. A solução para estes não passa necessariamente pelo deslocamento de competências do licenciamento, mas pelo adequado funcionamento do órgão do Sistema de Meio Ambiente encarregado desta função. Para tanto, deve ser ampliada a participação da sociedade, através de órgãos colegiados, como os Conselhos de Meio Ambiente e Comitês de Bacia; garantida a transparência dos processos, com adequada publicidade, e efetivada a atuação dos órgãos públicos competentes, incluindo as diversas instâncias da Administração, Ministério Público, Judiciário e Legislativo.

LICENCIAMENTO AMBIENTAL E URBANÍSTICO PARA O PARCELAMENTO DO SOLO URBANO

ROCHELLE JELINEK GARCEZ
Promotora de Justiça da Promotoria Especializada de Defesa Comunitária de Alvorada/RS-Ministério Público do RS, Especialista em Direito Ambiental pela UFRGS, Mestranda em Direito pela PUC/RS

1. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA: NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO DAS NORMAS URBANÍSTICAS E AMBIENTAIS

O fenômeno da ocupação desordenada das cidades, conjugado ao adensamento demográfico, à desigualdade social e fundiária, à exploração econômica desenfreada e à degradação ambiental, é uma realidade que torna evidente a insuficiência dos instrumentos de disciplina e fiscalização do uso do solo urbano que vêm sendo tradicionalmente utilizados, olvidando a proteção ambiental diante da pressão política e do conflito pontual entre crescimento das cidades e defesa do meio ambiente. Esse quadro não causa espécie, já que a relação entre o ser humano e o meio ambiente é paradoxal: às vezes reconhece-se a supremacia do interesse público na conservação do meio; outras, entende-se que a necessidade de crescimento econômico e geração de empregos compensam a degradação do meio ambiente urbano natural e construído.

A irregularidade urbana, expressa pelos loteamentos clandestinos e irregulares e pelos assentamentos informais, que não respeitam leis nem limites físicos, territoriais nem ecológicos, às custas de péssimas condições de vida para a população, traz em seu bojo verdadeiro passivo ambiental que precisa ser enfrentado com políticas de prevenção e regularização, observando a tutela ambiental impregnada no texto constitucional[1].

[1] Uma vez estando no sistema jurídico vigente, as normas relativas a todos os ramos jurídicos – assim também as urbanísticas – não podem ser aplicadas sem levar em conta as normas ambientais impregnadas pela ideologia constitucional.
Paulo José Leite Farias refere que a ideologia adotada na Constituição Federal de 1988 permite que se fale em Estado de Direito Ambiental, o que impregna todas as normas que se relacionam com o vasto leque do domínio normativo da expressão "ambiente". FARIAS, Paulo José Leite. *Competência federativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Fabris, 1999, p.226.
Além da consagração da necessidade de preservação ambiental no texto constitucional, com advento da Lei n.° 10.257/01 (Estatuto da Cidade), que regulamentou os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, a temática ambiental tornou-se obrigatória na fixação das exigências fundamentais de ordenação da cidade, não se podendo vislumbrar uma aplicação estrita das leis de parcelamento do solo urbano, sem estarem em consonância com a legislação de tutela ao meio ambiente. A título exemplificativo, tomem-se as seguintes diretrizes gerais mencionadas no estatuto: suas normas, de ordem pública e interesse social, regulam o uso da propriedade urbana em prol do equilíbrio ambiental (art. 1º, par. único); a política urbana deve garantir o direito a cidades sustentáveis, que pressupõe o saneamento ambiental (art. 2º, inc. I); o planejamento urbano deve evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente (art. 2º, inc. IV); a política urbana deve promover a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, inclusive o cultural (art. 2º, inc. XII); a política urbana deve ouvir a população nos processos de implantação de empreendimentos ou tividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído (art. 2o, inc. XIII);

A Constituição Federal, com seu caráter dirigente sobre o ordenamento infraconstitucional[2], patenteou o reconhecimento do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo a obrigação dos Poderes Públicos e da coletividade de defendê-lo e preservá-lo, bem como a previsão de sanções para as condutas ou atividades lesivas. A preservação e recuperação do meio ambiente natural e urbano passa a ser, portanto, base em que se assenta a política econômica e social do país.

De acordo com a diretriz imposta na Carta Magna, o Estado ou o particular que pretenda empreender deve evitar impactos que prejudiquem o ecossistema, a biodiversidade e o ordenamento das cidades e, por conseqüência, a qualidade de vida da população, porque o desenvolvimento econômico, a livre iniciativa e a livre exploração econômica subentendem o uso sustentável dos recursos naturais e o respeito aos limites do meio.

Havendo uma violação do equilíbrio global exigido, devem ser impostas as correções necessárias às externalidades negativas, mesmo que para isso os princípios da ordem econômica precisem ser relativizados, porque ilegítimo o direito de quem emprega meios de apropriação de bens que possam trazer prejuízos ou custos sociais. Não se desenvolvendo a relação entre o sujeito e o bem na dinâmica da satisfação social, não há proteção jurídica do pretendido direito.

Nesse mesmo prisma o texto constitucional positivou a união indissociável entre a propriedade e a sua função sócio-ambiental, agregando ao direito (relação) de propriedade um dever jurídico de agir em vista do interesse coletivo. As características do domínio (uso, gozo e disposição), tampouco as limitações ao exercício do domínio, não são bastantes para conformar o conteúdo do legítimo exercício da relação de propriedade. A função sócio-ambiental agregada à relação de propriedade, cuja definição é inseparável do uso racional da propriedade e dos recursos ambientais que lhe são integrantes, institui um ônus ao sujeito, que, ao extrair do bem resultados em seu interesse próprio, deve também concretizar fins de interesse social.

Os princípios constitucionais[3] são verdadeiros vetores reguladores da disciplina do parcelamento e ocupação do solo urbano, porque estabelecem a correlação entre exploração econômica, ordem social e desenvolvimento sustentável, impondo uma interação das normas urbanísticas e ambientais para proteção do meio ambiente urbano, natural e construído.

---

[1] (cont.) na regularização fundiária e urbanização de favelas, a política urbana deverá considerar as normas ambientais (art. 2º, inc. XIV); a ordenação do solo das cidades deve coibir o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana, e evitar a poluição e a degradação ambiental (art. 2o, inc. VI, 'c' e 'g').

[2] Nenhum tema no âmbito jurídico pode ser analisado dissociado da constitucionalidade dirigente. O ordenamento jurídico é composto por um conglomerado de normas que se interligam hierarquicamente, tal qual uma pirâmide. A Constituição Federal se localiza no topo da pirâmide, irradiando sua supremacia de modo a sujeitar as normas infraconstitucionais – anteriores e posteriores – aos seus princípios e comandos, sejam elas de ordem civil, urbanística, administrativa, ambiental, penal, de natureza pública ou privada.Sobre a Constituição dirigente: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.

[3] A violação de um princípio acarreta a quebra de todo o ordenamento jurídico vigente. "Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer.[...] É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade conforme o escalão do princípios atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumália irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra." MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 546.

Com o advento do Estatuto da Cidade, que regulamentou o capítulo da Constituição Federal sobre a política urbana e fixou diretrizes que pregam o direito a cidades sustentáveis e o uso da propriedade urbana em prol do equilíbrio ambiental, a temática ambiental tornou-se obrigatória na ordenação do solo urbano.

Assim, a necessidade de adequação do parcelamento do solo urbano a uma multidisciplinariedade de normas implica na observância de restrições não só urbanísticas, mas também ambientais, já que a exegese de uma norma pressupõe interpretar o sistema em em sua totalidade.[4]

2. PROCESSO DE LICENCIAMENTO URBANÍSTICO E AMBIENTAL

A necessidade de adequação do parcelamento do solo urbano às legislações registrais, urbanísticas e ambientais implica na realização de uma série de levantamento de dados, elaboração de estudos e projetos e de manifestações dos órgãos públicos competentes, concedendo ou negando os requerimentos formulados pelo parcelador (ou regularizador do parcelamento clandestino ou irregular).

O projeto de parcelamento resulta da conjunção de esforços técnicos próprios da engenharia, da área ambiental, do urbanismo e jurídicos. Por isso, deve atender às exigências contidas nos diversos textos legais incidentes e às diretrizes definidas pelos órgãos públicos, de maneira a torná-lo viável em termos técnicos e jurídicos.

Esse procedimento multidisciplinar exige compatibilização nos âmbitos ambiental e urbanístico, planejamento comum e integração das políticas públicas, que precisam ser harmonizados porque incidem sobre o mesmo objeto. Não é incomum uma licença urbanística permitir a execução de um loteamento sem, por exemplo, identificar os bens ambientais que podem modificar a localização de vias, espaços públicos e edificações. A compatibilização implica analisar o imóvel com todas as suas interfaces, inclusive modificando a tipologia das edificações para adequar a situação ambiental da área. Assim, as licenças urbanísticas e ambientais, que são analisadas e expedidas por intermédio de diferentes órgãos[5], exigem uma interação, respeitadas as competências de cada órgão.[6]

---

[4] "Interpretar o direito é realizar uma sistematização daquilo que aparece como fragmentário e isolado. (...) Qualquer norma apenas se esclarece na totalidade das regras, dos valores e, sobretudo, dos princípios jurídicos. Isolada, por mais clareza que aparente ter seu enunciado, torna-se obscura e ininteligível. Neste quadro, o intérprete deve descobrir o sentido do sistema (...) Ou a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação". FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. São Paulo: Malheiros, 2004, p.19-23. No mesmo sentido: PASQUALINI, Alexandre. Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

[5] Com o advento da municipalização do licenciamento ambiental (arts. 5o e 6o da Resolução n.° 237/97 do CONAMA), as licenças urbanísticas e ambientais passaram a ser expedidas pelo mesmo ente federativo para as atividades e empreendimentos de impacto local ou delegadas pelo Estado (nos Municípios que já implementaram o licenciamento ambiental), mas a multidisciplinariedade envolve secretarias diversas. Nos locais em que ainda não houve a municipalização, ou quando a atividade ou empreendimento nas situações previstas nos arts. 4o e 5o da Resolução do CONAMA n.° 237/97, as licenças urbanísticas são expedidas pelo Município e as ambientais pelo órgão licenciador estadual ou federal, conforme o caso.

[6] Sobre a questão: PRESTES, Vanêsca Buzelato. A necessidade de compatibilização das licenças ambiental e urbanística no processo da municipalização do licenciamento ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 34, p. 84-96, abr./jun. 2004.

2.1. Etapas do procedimento de obtenção de licenças ambientais e urbanísticas

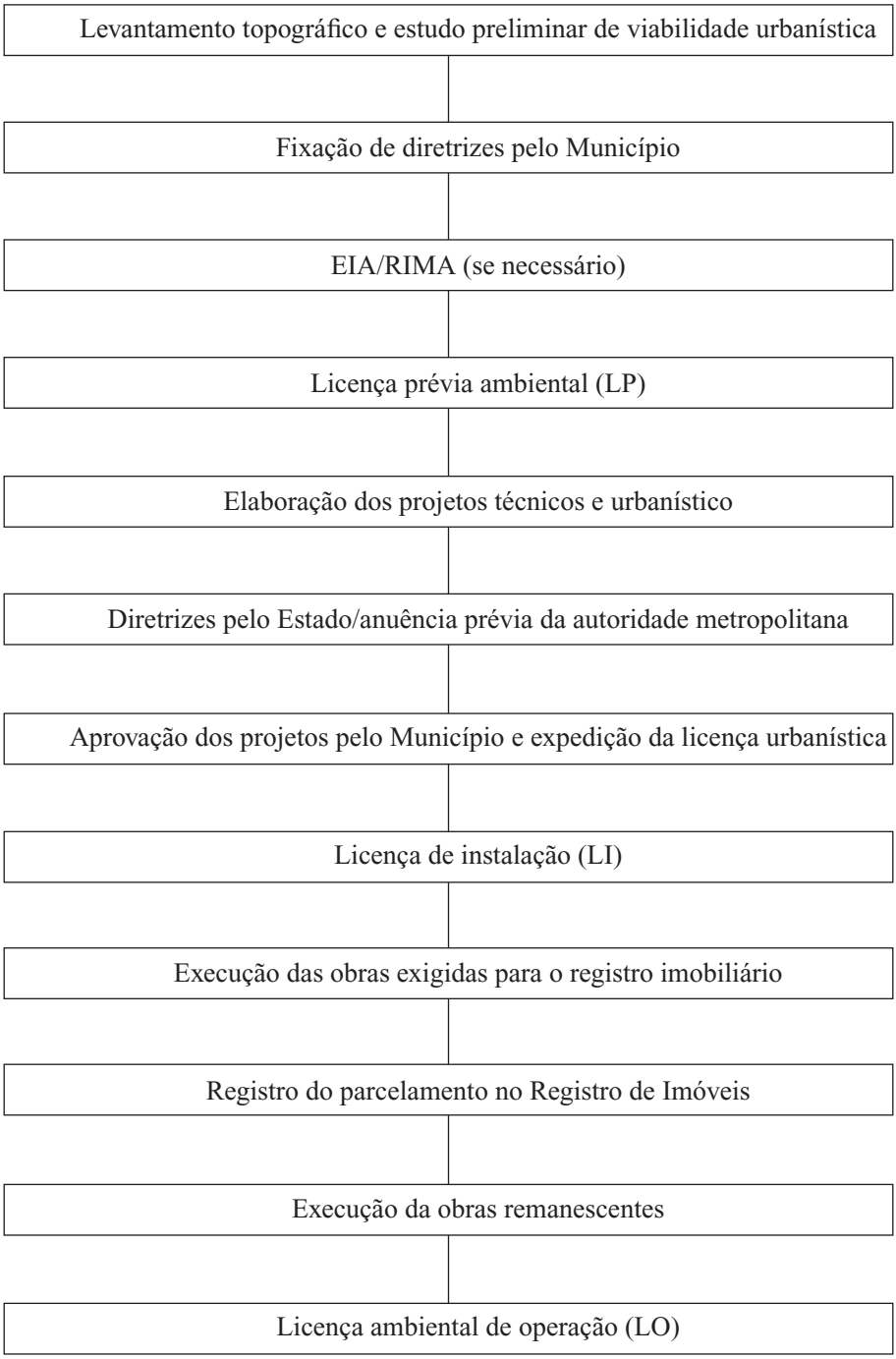
Por se tratar de um procedimento jurídico e urbanístico, o empreendimento de parcelamento do solo ou sua regularização deve ser desenvolvido em etapas, cuja ordem e sistemática de implementação depende da situação de fato existente, dos atores envolvidos, das especificidades físicas e sociais, da situação registral da área, entre outros fatores. Algumas etapas podem ser dispensadas ou desdobradas por lei municipal, ou podem deixar de ser exigidas no caso concreto, em razão das peculiaridades.

O procedimento deve iniciar com o levantamento topográfico da área, que deverá ser encaminhado para avaliação da sua viabilidade urbanística e fixação das diretrizes de uso do solo, que têm a função de ordenação do território. Após a manifestação do Poder Público sobre estas questões, deve suceder-se a avaliação da viabilidade ambiental do empreendimento pelo órgão ambiental competente, que, concluindo positivamente, concederá a licença prévia, que tem a função de aprovar a localização e concepção do empreendimento, atestar a viabilidade ambiental da gleba e estabelecer os requisitos básicos condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação. Obtidas as diretrizes urbanísticas e ambientais, segue-se a elaboração dos projetos urbanístico e técnicos (abastecimento de água, energia elétrica, esgoto, etc.), que deverão ser aprovados pelo Município. Com a aprovação dos projetos e a obtenção da licença ambiental de instalação[7], que autoriza a instalação do empreendimento tendo em vista as especificações constantes dos projetos aprovados, e, com base nestes, define as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, deve seguir-se o registro do empreendimento junto ao Registro de Imóveis competente. Por último, tem cabimento a licença urbanística para construção das obras[8].

O fluxograma a seguir demonstra a seqüência de elaboração dos levantamentos, estudos e projetos, sua aprovação e concessão das licenças ambiental e urbanística.

[7] A LI é a licença a ser exigida pelo Registrador Público para o registro do empreendimento.

[8] Para compatibilizar-se com a licença urbanística para implantação (execução das obras) no loteamento – a partir da qual o parcelador tem direito a executar o projeto aprovado –, deve a licença de instalação deve ser concedida antes deste. PRESTES, *A necessidade de compatibilização...*, p. 94-95.


Levantamento topográfico e estudo preliminar de viabilidade urbanística
Fixação de diretrizes pelo Município
EIA/RIMA (se necessário)
Licença prévia ambiental (LP)
Elaboração dos projetos técnicos e urbanístico
Diretrizes pelo Estado/anuência prévia da autoridade metropolitana
Aprovação dos projetos pelo Município e expedição da licença urbanística
Licença de instalação (LI)
Execução das obras exigidas para o registro imobiliário
Registro do parcelamento no Registro de Imóveis
Execução da obras remanescentes
Licença ambiental de operação (LO)

3. LICENCIAMENTO AMBIENTAL

O licenciamento ambiental, de caráter eminentemente de prevenção e controle da degradação do meio ambiente, está previsto na Lei n.° 6.938/81 como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 9o, inc. IV), necessário para os casos de potencial ou efetiva degradação ambiental (art. 10).

A Resolução do CONAMA n.° 237/97, que regulamentou o licenciamento ambiental, dispôs:

> *Art. 2º – A localização, construção, instalação, ampliação, modificação e operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como os* **empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão ambiental** *competente, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis.*[9]
> *§1º – Estão sujeitos ao licenciamento ambiental os empreendimentos e as atividades relacionadas no Anexo I, parte integrante desta Resolução.*
> *Art. 8º – O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:*
> *I – Licença prévia (LP):* **concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento** *ou atividade* **aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;**
> *II – Licença de instalação (LI):* **autoriza a instalação do empreendimento** *ou atividade* **de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante;**
> *III – Licença de operação (LO):* **autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação**.
> *Parágrafo único – As licenças ambientais* **poderão ser expedidas isolada ou sucessivamente, de acordo com a natureza, características e fase do empreendimento** *ou atividade.*
> *(grifos nossos)*

O fundamento da exigência do licenciamento ambiental reside na possibilidade, constitucionalmente outorgada, de o Poder Público impor condições ao exercício do direito de propriedade e do direito ao livre empreendimento, a fim de que a função sócio-ambiental da propriedade seja observada (arts. 5°, XXIII, 170,

[9] A falta de licenciamento do órgão ambiental competente configura o delito do art. 60 da Lei 9.605/98: "Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes". Nos parcelamentos clandestinos ou irregulares, a caracterização deste delito incide em concurso material com o crime de parcelamento irregular do solo urbano (arts. 50 e 51 da Lei n.° 6.766/79) e outros eventuais delitos ambientais decorrentes de extração de vegetação nativa (ex: arts. 38, 39, 48, 50 da Lei n.° 9.605/98), construção em solo não edificável especialmente protegido (art. 64) e lançamento de resíduos líquidos ou sólidos (art. 54, §2º, inc. V).

III e VI, e par. único, 182, §2°, e 186, II, todos da Constituição Federal).

O licenciamento ambiental reflete os princípios da supremacia do interesse público na proteção do meio ambiente em relação aos interesses privados, já que cuida de proteger o direito fundamental da pessoa humana ao equilíbrio ecológico, posto no art. 225, caput, da Constituição Federal. Dada a indisponibilidade deste direito, cabe ao Poder Público – em defesa do meio ambiente – intervir nas atividades privadas, condicionando o seu exercício a determinadas obrigações que busquem atingir um padrão de desenvolvimento reputado sustentável.

Annelise Monteiro Steigleder[10], tratando da plurifuncionalidade do licenciamento ambiental, destaca as principais funções desse instrumento. O licenciamento objetiva o controle de atividades potencialmente poluentes, procurando imprimir-lhes um padrão de atuação sustentável, de modo a prevenir danos ambientais. Nesse sentido, o licenciamento operacionaliza os princípios da precaução, da prevenção e poluidor-pagador[11], pois cuida de identificar os riscos e impactos inerentes a determinado empreendimento ou atividade, tais como a capacidade de gerar líquidos poluentes (despejo de efluentes), resíduos sólidos, emissões atmosféricas, ruídos, etc., com vistas a informar o processo decisório sobre a implementação destes e sobre a eleição das medidas preventivas mais adequadas para mitigar a degradação ambiental. Também é função importante do licenciamento ambiental a imposição de medidas mitigadoras e compensatórias para a degradação ambiental – aqui entendida como perda das características essenciais do sistema ecológico – que está prestes a ser autorizada[12], de modo a causar o menor impacto possível ao meio ambiente. O licenciamento também exerce a função de demarcar o limite de tolerância dos impactos ambientais, traduzindo que um determinado nível de degradação deverá ser suportado, eis que inerente ao convívio em sociedade. A licença ambiental conterá os níveis máximos de degradação considerados aceitáveis para a atividade ou empreendimento[13]. O licenciamento tem a potencialidade de inserir determinada atividade em um contexto de programação e planificação do desenvolvimento econômico nacional, regional ou local, percebendo-se os fins públicos e de composição preventiva de múltiplos

[10] STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Aspectos controvertidos do licenciamento ambiental. Disponível em: www.abrampa.org.br/pesquisas_doutrinas_detalhe.asp?idDocumento=7>. Acesso em: 19 set. 2004.

[11] A implementação do princípio do poluidor-pagador verifica-se a partir da vocação prioritariamente preventiva, posto que visa à internalização, no processo produtivo ou empreendedor, dos custos da prevenção de danos ambientais. Daí que o licenciamento condicionará o empreendimento ou atividade à adoção de medidas e tecnologias adequadas à prevenção de riscos ambientais. Sobre os princípios da prevenção, prevenção e do poluidor-pagador, ver em MIRRA, Álvaro Valery. Princípios fundamentais do direito ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 2, abr./jun. 1996.

[12] Determinado impacto ambiental será autorizado pelos órgãos competentes, mas não será considerado dano juridicamente reparável (pela via da responsabilização civil), porque será mitigado e compensado pelas obrigações estabelecidas na licença. Trata-se da chamada responsabilização ex-ante, efetuada na esfera administrativa, em que se pretende compensar danos ambientais que serão autorizados pelos órgãos ambientais. Exemplo dessa possibilidade está previsto no Código Florestal do Rio Grande do Sul, cujo art. 8° estabelece que, para cada árvore cortada, deverão ser plantadas 15 mudas, preferencialmente da mesma espécie. No entanto, o descumprimento das condições da licença enseja a presunção absoluta de ocorrência de dano reparável, por força do art. 3°, inc. III, 'e', da lei n.° 6.938/81.

[13] No parcelamento do solo urbano esse limite pode ser identificado, por exemplo, na aceitação de que o lançamento de esgoto doméstico seja por meio de fossa séptica e sumidouro – em que há deposição de resíduos no solo – ao invés de sistema de tratamento dos efluentes, especialmente em loteamentos ou assentamentos de baixa renda. Evidente que essa aceitação leva em consideração somente o empreendimento em análise, considerado isoladamente, sem visão do todo. Os efeitos sinergéticos devidos às várias autorizações isoladas para liberação dos poluentes permite a contínua poluição do solo e a possível contaminação do lençol freático.

interesses públicos, privados e coletivos, relativamente às garantias do particular, que se manifesta de forma pregnante e urgente nos procedimentos diretamente incidentes sobre os direitos fundamentais[14]. Para que esta função seja adequadamente observada, é imprescindível a existência prévia de um zoneamento ambiental, definindo os usos do solo e suas potencialidades, de acordo com as características ambientais da região e de um planejamento de desenvolvimento econômico e ambiental desta. Assim, o licenciamento ambiental torna-se instrumento voltado para o desenvolvimento sustentável, procurando harmonizar o princípio da defesa do meio ambiente com os princípios da propriedade privada, da livre iniciativa e da exploração de atividades econômicas.

A natureza jurídica da 'licença ambiental' é controversa, permeada na dicotomia licença administrativa/autorização administrativa[15]. Parte da doutrina sustenta que, apesar da denominação utilizada pela lei – *licença* –, o exame das características do ato revela que este tem natureza de *autorização administrativa*, porque depende de critério de avaliação a ser adotado pelo órgão ambiental competente para sua outorga, não garante ao empreendedor a efetiva realização do seu intento (implantação de empreendimento ou exploração de atividade) e, se concedido, não assegura ao titular do interesse a manutenção do *status quo* vigente quando da sua expedição[16]. Em sentido contrário, alguns doutrinadores sustentam que se trata de *licença administrativa*, pois configura uma anuência da autoridade ambiental, quando reconhecido o direito do interessado, depois de verificado que o empreendimento ou atividade atendeu às condicionantes para sua localização, instalação e operação[17]. Édis Milaré reconhece a natureza peculiar da licença ambiental, que se aproxima da licença administrativa, representando uma anuência do Poder Público quanto ao exercício dos direitos de propriedade e de exploração econômica, mas não é idêntica a esta espécie de licença, pois, apesar de ter prazo de validade estipulado, goza de caráter de estabilidade e não poderá ser suspensa por discricionariedade ou arbitrariedade, está sujeita à revisão e suspensão em caso de interesse público superveniente e quando houver descumprimento dos requisitos preestabelecidos no processo de

[14] ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O procedimento administrativo de avaliação do impacto ambiental.* Coimbra: Almedina, 1998, p. 198.

[15] Para esclarecer a questão, cumpre diferenciar os atos administrativos de autorização e licença, que pertencem à categoria de atos administrativos negociais entre o Poder Público e o particular. A licença (ex: habite-se) é ato administrativo vinculado, de caráter regulamentativo e definitivo, envolve 'direitos subjetivos'; uma vez satisfeitos os requisitos legais, não pode a concessão do direito via licença ser negada; uma vez concedida a licença, traz a presunção de definitividade; sua invalidação só pode ocorrer por ilegalidade ou abusividade do ato administrativo. A autorização (ex: alvará de localização e funcionamento) é ato discricionário e precário, que envolve 'interesses' e não gera direitos ao requerente; o Poder Público decide discricionariamente sobre a concessão do pleito do interessado e, por isso, não há direito subjetivo à obtenção ou à continuidade da autorização. Sobre o tema: MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1995, p.160-174.

[16] Esse posicionamento sustenta tratar-se de autorização administrativa porque pressupõe o monitoramento da atividade ou empreendimento e possibilita a revisão e a denegação da mesma pelo órgão público competente. Nesse sentido: MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro.* 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.202. RHODE, Geraldo Mario. Licença prévia – LP e prática de licenciamento ambiental no Brasil. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v.18, p.216-220, abr./jun. 2000. Também: PRESTES, *A necessidade de compatibilização...* , p. 89-90. FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito administrativo e meio ambiente*. 3.ed. Curitiba: Juruá, p. 75. MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p.89.

[17] Nessa linha: FREIRE, William. Direito ambiental brasileiro. Rio de Janeiro: Aide, 1998, p. 70. ANTUNES, Luís Filipe Colaço. O procedimento administrativo de avaliação do impacto ambiental. Coimbra: Almedina, 1998, p.102.

licenciamento[18].

Entende-se que todos os institutos de Direito Ambiental, entre eles o licenciamento, têm peculiaridades e um caráter *sui generis* que não permitem enquadrá-los em um instituto exato do Direito Administrativo, do Direito Civil, do Direito Registral, etc. Nessa esteira, impossível reduzir a licença ambiental ao conceito de licença administrativa ou autorização administrativa. O licenciamento ambiental é pautado por uma principiologia própria, outorgada pelos princípios da prevenção, da precaução, do poluidor-pagador e do desenvolvimento sustentável, cuja conseqüência é a não-definitividade e a possibilidade de revisão pelo órgão ambiental, desde que o interesse público a justifique. Ademais, a complexidade do licenciamento ambiental, com suas sucessivas fases, enseja peculiaridades para cada uma das licenças concedidas (LP, LI ou LO)[19].

Quando recebe o pedido de licenciamento ambiental, o órgão competente está vinculado às normas constitucionais de desenvolvimento econômico em compatibilidade com a preservação do ambiente e sua manifestação sobre o pedido não implica discricionariedade administrativa no sentido de conveniência e oportunidade da instalação do empreendimento, mas sim discricionariedade técnica através de parâmetros técnicos e científicos objetivos. Não há uma atuação livre da Administração, mas o poder de tomar a decisão mais adequada ao fim público que a lei impõe[20].

O parcelamento do solo para fins urbanos, sob qualquer de suas formas, é considerado empreendimento potencialmente capaz de causar degradação ambiental e, como tal, está condicionado ao *prévio* licenciamento ambiental, conforme anexo I da Resolução n.° 237/1997 do CONAMA.

O parcelamento do solo urbano exige licença prévia (LP), na fase de *planejamento* da implantação, alteração ou ampliação do empreendimento, para aprovar sua localização, atestar a viabilidade ambiental e estabelecer condicionantes para as próximas fases; licença de instalação (LI) do empreendimento, que deve ser solicitada na fase anterior à execução das obras, para exame dos projetos técnicos e urbanístico aprovados pelo Município, e, com base nestes, ser autorizado o início das obras e estabelecidas condições, restrições e medidas de controle ambiental; e licença de operação (LO), que deve ser solicitada quando do término das obras do empreendimento, para verificação da sua efetiva execução de acordo com as condicionantes da LI, das eventuais medidas compensatórias estabeleci-

[18] MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente:* doutrina, prática, jurisprudência e glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

[19] Nesse sentido: STEIGLEDER, *Aspectos controvertidos....*

[20] A discricionariedade técnica é um juízo efetuado de acordo com cânones científicos e técnicos, enquanto a discricionariedade administrativa se revela na liberdade de escolha. Na discricionariedade técnica, a decisão do Poder Público é feita com base em pressupostos, estudos ou critérios extraídos de normas técnicas. O interesse primário a prosseguir coloca particulares vínculos e limites também à atividade discricionária da Administração Pública que, perdendo o caráter arbitral, se deve determinar de modo a conseguir a melhor realização do interesse público. No procedimento de licenciamento ambiental, a discricionariedade técnica refere-se a um momento cognitivo e implica juízos e não escolhas, com a particularidade desta operação se desenrolar à luz do interesse público primário (o ambiente) e não de qualquer interesse secundário ou dos particulares. ANTUNES, *O procedimento...,* p. 234. Sobre a discricionariedade administrativa ambiental, ver mais em: 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.

das e do regular funcionamento do sistema de disposição de águas servidas.

A resolução que regulamenta o licenciamento ambiental prescreve que as licenças podem ser expedidas isolada ou sucessivamente, de acordo com a natureza e características do empreendimento. Nesse espeque, a solicitação de qualquer uma das licenças deve estar de acordo com a fase em que se encontra o empreendimento: concepção, obra, operação ou ampliação[21], mesmo que não tenha sido obtida a licença anterior prevista em lei.

Destarte, para os parcelamentos clandestinos do solo ou assentamentos informais, a exigência de LP, LI ou LO dependerá da fase de implantação e da situação fática do parcelamento. Se o empreendimento já está implantado de fato, com construções e ocupação da área pelos moradores, não há que ser exigida licença *prévia* e/ou licença de *instalação*. Como a própria denominação indica, a função destas é eminentemente preventiva.

Já tendo havido impacto com a alteração e ocupação da gleba, será necessária a elaboração de um diagnóstico ambiental da área e plano de controle ambiental, a serem submetidos à apreciação do órgão ambiental competente, que poderá exigir medidas restauradoras ou compensatórias e condicionantes outras (diversas das que constam dos termos de referência que servem de base para a LP e para a LI), estabelecidas com base no diagnóstico do impacto ambiental já causado pela implantação do empreendimento. Contudo, a manifestação do órgão ambiental para implantação do plano de controle e recuperação ambiental não será, tecnicamente, LP, LI nem LO, mas sim autorização para recuperação de área degradada.

O licenciamento ambiental deve ser precedido[22] de um estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e do seu respectivo relatório (RIMA), quando o empreendimento for potencial ou efetivamente causador de *significativa* degradação ambiental (art. 225, §1º, inc. IV, da CF, e Resolução n.° 01/86 do CONAMA)[23], para que os impactos possam ser avaliados e medidas de mitigação possam ser exigidas pelo órgão licenciador. Nos casos de parcelamento do solo urbano, a prévia realização de EIA/RIMA somente será necessária nas hipóteses do art. 2º, inc. XV, da Resolução n.° 01/86 do CONAMA, para projetos urbanísticos acima de 100*ha* ou em áreas consideradas de *relevante interesse ambiental* a critério dos

[21] Tendo em vista que as licenças ambientais estabelecem as condições para que o empreendimento cause o menor impacto possível ao meio ambiente, qualquer alteração deve ser submetida ao licenciamento.

[22] O EIA deve ser elaborado em momento prévio ao licenciamento, antecedendo a licença prévia (LP). Suponhamos que a equipe técnica do órgão licenciador considere inadequada a localização do empreendimento, opinando pela utilização de alternativa locacional existente no EIA. O deferimento da licença prévia, antes do exame do EIA/RIMA, seria incompatível com a conclusão do órgão licenciador. De qualquer sorte, nos casos em que exigível o EIA/RIMA, não poderá ser deferida qualquer licença ambiental (LP, LI ou LO) antes da apresentação e apreciação daquele. Do contrário, o EIA se transformaria em farsa para encobrir um licenciamento irregular. O licenciamento ambiental deferido antes do julgamento do EIA/RIMA determina responsabilidade objetiva da Administração pelos danos causados ao meio ambiente, nos termos do art. 37, §6o, da Constituição Federal. CAPELLI, Silvia. O estudo do impacto ambiental na realidade brasileira. In: BENJAMIN, Antônio Hermann (Coord.). Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.163-164.

As despesas com o EIA/RIMA são arcadas pelo interessado no empreendimento (art. 8º da Resolução 01/86). Como é providenciado pelo próprio interessado, pode ser tendencioso. Neste caso, o responsável técnico será responsabilizado solidariamente.

[23] Sobre a questão, ver: MILARÉ, *Direito do Ambiente...*

órgãos federal, estadual ou municipal competente[24].

O EIA/RIMA deve conter um diagnóstico ambiental da área de influência do empreendimento, com as condições atuais – inter-relacionadas – dos meios físico, biológico e sócio-econômico, demonstrar a compatibilidade do empreendimento com a legislação pertinente, caracterizar a atual ocupação, identificar as áreas de vegetação nativa ou de interesse para a fauna, contemplar solução para o saneamento, de modo a permitir a avaliação dos impactos resultantes da implantação do empreendimento. Deve, também, identificar os impactos que poderão ocorrer em função da implantação do empreendimento: conflitos de uso, remoção de cobertura vegetal, interferência com estrutura existente, intensificação do tráfego na área, erosão, assoreamento, entre outras. Ainda, deve apresentar as medidas mitigadoras, compensatórias ou de controle ambiental considerando os impactos previstos, indicando os responsáveis por sua implantação e o respectivo cronograma de execução[25].

Em sede de EIA/RIMA se destacam os princípios da publicidade e da participação pública, que têm como instrumento a *audiência pública*, prevista no art. 11, §2o, da Resolução n.° 01/86 do CONAMA, cujos objetivos são a prestação de informações sobre o projeto e seus impactos ambientais pela administração pública à sociedade e a discussão do RIMA com a participação popular[26]. A ata da audiência serve de base, juntamente com o RIMA, para análise e parecer final do licenciador quanto à aprovação ou não do projeto. A Resolução n.° 09/87 do CONAMA regulamentou a audiência pública, estabelecendo, em seu art. 2°, as hipóteses de convocação da referida audiência: quando o órgão ambiental julgar necessária, quando solicitada por entidade civil, quando solicitada pelo Ministério Público e quando solicitada por cinqüenta ou mais cidadãos. Em havendo solicitação de audiência pública, se o órgão licenciador não realizá-la, a licença concedida não terá validade. Conclui-se, pois, que é requisito formal essencial para a validade da licença.

3.1. Licença prévia

Depois de atestada a viabilidade urbanística do parcelamento e fixadas as diretrizes da ocupação do solo, deve ser providenciada a licença ambiental prévia (LP) junto ao órgão ambiental competente – federal, estadual ou municipal, conforme o caso (arts. 4º, 5º e 6º da Resolução do CONAMA n.° 237/97), para aprovação da localização do empreendimento, atestado da viabilidade ambiental da gleba e estipulação das condições para as próximas etapas do processo de

[24] A Resolução 01/86 se refere à SEMA, órgão federal que não mais existe; atualmente o licenciamento ambiental no âmbito federal compete ao IBAMA (art. 4º da Resolução do CONAMA n.° 237/97).

[25] Sobre procedimento, pressupostos, elaboração e custeio, responsabilidade da equipe, diretrizes e conteúdo mínimo do EIA/RIMA, ver: MILARÉ, Édis; BENJAMIN, Antônio Hermann. *Estudo prévio de impacto ambiental: teoria, prática e legislação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

[26] A realizaçõo de audiências públicas para discussão dos EIA/RIMA assegura o cumprimento da diretriz prevista no art. 2°, inc. II, e art. 43, do Estatuto da Cidade, que prevê a gestão democrática por meio da participação popular na formulação, execução e acompanhamento de planos programas e projetos de desenvolvimento urbano.

parcelamento, de modo a evitar degradação do meio ambiente.

Para avaliação e expedição da licença prévia, o órgão ambiental deve visitar o local para verificar as condições ambientais e identificar impactos efetivos ou potenciais da ocupação da área.

Nas hipóteses do art. 2º, inc. XV, da Resolução n.° 01/86 do CONAMA - projetos urbanísticos acima de 100ha ou em áreas consideradas de *relevante interesse ambiental* a critério dos órgãos federal, estadual ou municipal competente -, deverá ser exigido o estudo de impacto ambiental (EIA/RIMA) para embasar as exigências, condições e restrições que serão estipuladas para a implementação do parcelamento.

A licença prévia é ato que não gera direitos para o requerente, mesmo que este tenha despendido recursos com o planejamento do empreendimento. Trata-se, ainda, de fase de estudos e avaliações, em que não há engajamento definitivo da Administração Pública com o pedido. Está-se em fase de *declaração* de viabilidade, e *não constitutiva* de direitos.

A licença prévia tem as seguintes funções: fornecer as condições de contorno do projeto, conceder 'certidão' ambiental negativa quanto a impedimentos de ordem legal (leia-se adequação da proposta a planos de desenvolvimento regional, planos de uso do solo, planos diretores, como por ex. gerenciamento costeiro e de bacias hidrográficas), conter exigências básicas e primordiais de aceitabilidade do plano do empreendimento[27].

O órgão ambiental, no exercício da discricionariedade técnica, pode indeferir o pedido de licença prévia – inobstante a viabilidade urbanística atestada pelo Município – em razão de impedimentos legais ou técnicos. No sistema de licenciamento ambiental brasileiro está colocada a possibilidade de uma decisão negativa por parte do Poder Público sobre um empreendimento que não atente para as mínimas condições de viabilidade, sustentabilidade ou adequação ambiental. Por outro lado, o órgão ambiental não está autorizado a indeferir o pedido de licença prévia por motivo de oportunidade ou conveniência, se o parcelador reunir as condições legais e técnicas para o empreendimento e se o EIA – nos casos em que é exigido – for favorável.

3.2 Licença de instalação

A licença de instalação (LI) é a que autoriza a implantação do loteamento ou desmembramento de acordo com os projetos técnicos e urbanístico aprovados pelo Município e estabelece condições, restrições e medidas de controle ambiental.

O Registrador Público, para proceder ao registro do parcelamento regular, deve exigir a apresentação da LI, que é o ato que define a conformação física do empreendimento – localização dos lotes, ruas, delimitação das áreas institucio-

[27] RHODE, Geraldo Mario. *Licença prévia:* LP e prática de licenciamento ambiental no Brasil. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v.18, p.213-229, abr./jun. 2000, p. 221.

nais, etc. A LP não se presta para tanto, porquanto apenas dispõe sobre a adequação da gleba ao empreendimento proposto. Exigir a LI depois do registro pode ter conseqüências fatais para o meio ambiente. Poderia ocorrer, por exemplo, de o Município aprovar um projeto para construção de moradias unifamiliares ou plurifamiliares com sistema de esgotamento sanitário por fossa séptica, filtro anaeróbio e valas de infiltração sem extravasar para a rede pluvial, este ser registrado no Registro de Imóveis e, posteriormente, a LI dispor que este sistema de esgotamento primário somente é adequado e suficiente para moradias unifamiliares. Neste caso, seria necessária a alteração do projeto urbanístico com previsão de outro sistema de esgotamento, nova aprovação, novo registro, nova licença ambiental. Ou, caso fosse implementado o empreendimento de acordo com o projeto aprovado pelo Município, em desacordo com a LI, as edificações plurifamiliares levadas a efeito produziriam esgoto em quantidades muito superiores à capacidade de absorção do sistema, podendo acarretar contaminação do solo e poluição do lençol freático. Fica, assim, latente a necessidade de compatibilização do procedimento urbanístico com os aspectos ambientais, já que todos são facetas do mesmo empreendimento.

A concessão de licença prévia (LP) não gera direito à posterior obtenção da licença de instalação (LI) pelo interessado. Aquela contém exigências básicas e primordiais de aceitabilidade do plano do empreendimento, que, se não forem atendidas, ou se surgir impedimento de ordem legal ou administrativa (alteração dos planos de desenvolvimento regional, por ex.), poderá não ser concedida a licença de instalação.

As licenças ambientais dependem de critérios discricionários técnicos de avaliação a serem adotados pelo órgão ambiental competente e, por isto, a concessão da LI não assegura ao titular do interesse a manutenção do *status quo* vigente quando da sua expedição, ou seja, pode ser revogada, desde que de acordo com as normas de Direito Administrativo, ou podem ser alteradas as condições e restrições dentro do prazo de vigência da LI, caso o órgão ambiental identifique lesão à saúde pública ou ao ambiente que justifique a alteração ou revogação[28]. Hely Lopes Meirelles pontua que, obtida a licença e iniciada a obra, há "direito adquirido à sua continuidade"[29]. Rodrigo Bernardes Braga anota que, uma vez licenciado o projeto e iniciadas as obras de acordo com o licenciamento, a Administração Pública já não pode, imotivadamente, revogar o ato, nem se justifica recorrer ao poder de polícia administrativo conferido à autoridade ambiental, porquanto o interesse público superveniente, nesse caso, autoriza apenas a desapropriação do bem, com pagamento de prévia e justa indenização[30].

[28] BAPTISTA, Fernando; LIMA, André. Licenciamento ambiental e a Resolução CONAMA 237/97. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v.12, p. 254-255, out./dez. 1998.
[29] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir.* São Paulo: Malheiros, 2000, p.168.
[30] BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Parcelamento do solo urbano:* doutrina, legislação e jurisprudência de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004, p. 59.

3.3 Licença de operação

A licença de operação é a que autoriza o funcionamento do empreendimento e deve ser solicitada quando do término das obras, para verificação da sua execução de acordo com as condicionantes da licença de instalação, controle de eventuais medidas compensatórias exigidas e monitoramento do regular funcionamento do sistema de disposição de águas servidas e da destinação dos resíduos sólidos.

O licenciamento ambiental é um procedimento complexo, que visa dizer sobre a adequação do empreendimento, em suas várias fases de planejamento e execução. Como não há renovação da LI[31], a verificação do cumprimento desta deve se dar quando do procedimento para concessão da LO.

Como a LO não se reduz à condição de autorização administrativa, nem de licença administrativa, pode a Administração Pública impor novas condições mais adequadas à necessidade de conservação da qualidade ambiental, impondo ao empreendedor, inclusive, que diante da evolução de tecnologias, adote novas práticas antipoluentes. As modificações incidentes sobre as condicionantes e medidas de controle e adequação deverão ser exigidas quando da renovação da LO, cujo prazo deve ser maior que os estipulados para licenças de operação de indústrias, já que não se está tratando de atividade, e sim de empreendimento. Enquanto a licença de operação estiver vigente, a eventual modificação de padrões ambientais não pode ser obrigatória para aquele que está regularmente licenciado segundo os padrões vigentes à época da concessão da LO. Mas, encerrado o prazo de validade, os novos padrões serão imediatamente exigíveis.

A LO é ato vinculado, que reconhece direito preexistente, desde que o titular cumpra as condições estipuladas para o exercício do direito ao empreendimento ou atividade. Esta licença goza de estabilidade temporal pelo prazo de sua vigência, sendo que, neste ínterim, não pode ser revogada, salvo em hipótese de superveniência de riscos para a saúde ou para o meio ambiente (art. 19 da Resolução n.° 237/97 do CONAMA). Nestas hipóteses, tendo havido violação das condições e restrições da licença, é caso de cassação da LO. Se a hipótese é de inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais, cabe a revogação da licença. Se houve omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença, cabe a anulação da mesma. Se trata-se de hipótese de superveniência de graves riscos ambientais e de saúde, é caso de revogação da licença[32].

4. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO URBANÍSTICO

O procedimento para obtenção do licenciamento urbanístico (para o parcelamento do solo ou sua regularização) se desenvolve em várias etapas e engloba

[31] Quando da renovação de uma licença é verificado o cumprimento das suas condições e restrições.

32 Para o enfrentamento das hipóteses previstas no art. 19 da Resolução 237/97, José Afonso da Silva faz a diferenciação das conseqüências: "A anulação constitui controle de legalidade [...]. A revogação é ato de controle de mérito. Dar-se-á quando sobrevier motivo de interesse público que desaconselhe a realização da obra licenciada, tal como: a) mudança das circunstâncias, seja por haver desaparecido as que motivaram sua outorga ou por sobrevirem outras que, se existisse antes teriam justificado sua denegação; b) adoção de novos critérios de apreciação, em que a incompatibilidade da atividade

uma série de providências pelo parcelador e de atos do Poder Público, como se passa a examinar.

4.1 Levantamento topográfico e diretrizes para o uso do solo

Diz o art. 6o da Lei n.° 6.766/79 que antes da elaboração do projeto de loteamento[33] o interessado deverá solicitar ao Município que defina as diretrizes para uso do solo, traçado dos lotes, do sistema viário, dos espaços livres e das áreas reservadas para equipamento urbano e comunitário, apresentando, para este fim, requerimento e planta do imóvel contendo, pelo menos:

> *I – as divisas da gleba a ser loteada[34];*
> *II – as curvas de nível à distância adequada, quando exigidas por lei estadual ou municipal[35];*
> *III – a localização dos cursos d'água, bosques e construções existentes[36];*
> *IV – a indicação dos arruamentos contíguos a todo o perímetro, localização das vias de comunicação, das áreas livres, dos equipamentos urbanos e comunitários existentes no local ou em suas adjacências, com as respectivas distâncias da área a ser loteada;*
> *V – o tipo de uso predominante a que o loteamento se destina[37];*
> *VI – as características, dimensões e localização das zonas de uso contíguas[38].*

O trabalho deve iniciar com o levantamento cadastral e topográfico ou planialtimétrico da área a ser parcelada, que deverá conter planta da situação do imóvel e especificar os itens referidos no art. 6o da Lei 6.766/79, além de outros

---

[32] (cont.) licenciada deriva de uma modificação posterior que a Administração introduziu no ordenamento jurídico urbanístico, quer aprovando novo plano diretor, quer modificando o existente, quer aprovando nova lei de zoneamento ou modificando a existente, com efeitos negativos para a manutenção da licença e do direito reconhecido ao particular com sua outorga; c) erro na sua outorga: o erro que supõe a equivocada apreciação de circunstâncias reais não é um erro de fato – que em todo momento poderia ser sanado pela Administração – mas um erro de classificação, de valoração, de interpretação, quer dizer, um erro de direito. O erro, no entanto, pode gerar uma ilegalidade na outorga da licença, caso em que seu desfazimento deverá ser feito por anulação e não por revogação [...]. E a cassação vincula-se ao problema da ilegalidade, mas não da legalidade da licença em si, mas de posterior descumprimento das exigências dela. Dá-se, pois, a cassação da licença quando ocorrer descumprimento: (a) do projeto, em partes essenciais, durante sua execução; (b) da lei ou regulamento que rege a execução da obra; (c) das exigências do alvará de licença". SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 403-404.

[33] Para o desmembramento não há a fase de fixação de diretrizes prevista nos arts. 6º e 7º da Lei n.° 6.766/79 (que se aplicam apenas aos loteamentos), de modo que o interessado encaminhará diretamente o projeto de desmembramento para apreciação pelo Poder Público Municipal, nos termos do art. 10 da lei. Nada impede, entretanto, que haja previsão, na legislação municipal, da fase de diretrizes (no que couber) para as hipóteses de desmembramento.

[34] A indicação das divisas da gleba compreende os limites naturais e artificiais, para que se possa ter uma idéia global da área.

[35] Essa exigência diz com a indicação dos desnivelamentos e das particularidades encontradas na área a ser parcelada, tais como declives, para os fins de identificação de eventuais restrições do art. 3o, par. único, inc. III e IV, da Lei n.° 6.766/79.

[36] A exigência é feita em função da fixação das áreas *non aedificandi* que serão exigidas pelo Poder Público para cumprimento do Código Florestal e outras normas ambientais e dos arts. 3º, inc. V, 4o, inc. III, e 5º da Lei n.° 6.766/79.

[37] Essa indicação propicia que o Poder Público decida se o empreendimento é adequado ou não ao local onde seria instalado, podendo fazer restrições totais ou parciais de parcelamentos em zonas onde exista interesse de estimular ou desestimular a expansão. Pode, por ex., evitar que seja instalado distrito industrial em zona urbana de destino eminentemente residencial, assim como poderá obstar loteamentos destinados à moradia das pessoas em áreas próximas a concentrações industriais, onde a qualidade de vida, em função da poluição sonora, atmosférica, seja inadequada.

[38] Para o mesmo fim mencionado na nota anterior, terá o interessado de descrever a localização próxima de conglomerados urbanos, locais de preservação ecológica, de concentração industrial, locais onde existem serviços comunitários, entre outros.

que eventualmente forem exigidos por lei municipal, tais como indicação de existência de bens ambientais e localização de edificações existentes na área.

A delimitação, dimensão e divisas da área devem ser confrontadas com os dados constantes da matrícula imobiliária, para verificar se existem eventuais diferenças. Constatada alguma diferença, deverá ser consultado o Registro de Imóveis competente, a fim de verificar se a retificação da matrícula poderá ser feita através de procedimento administrativo ou se é caso de procedimento judicial. De qualquer modo, a retificação da matrícula deverá preceder à elaboração dos projetos técnicos.

Após, então, o parcelador deverá encaminhar ao Município o anteprojeto, sob a forma de requerimento instruído com o levantamento topográfico, para exame da viabilidade urbanística do empreendimento e fixação das diretrizes de uso do solo urbano.

Daí, três hipóteses poderão sobrevir em relação à manifestação do Poder Público no que tange ao requerimento de fixação das diretrizes: a) o Poder Público aceita todas as intenções do parcelador, propiciando a imediata elaboração do projeto propriamente dito; b) o Município não aceita totalmente a proposta do parcelador e indica a ele quais as retificações que terão de ser feitas no anteprojeto para serem atendidas as regras de uso urbanístico da área; c) impossibilidade de o empreendimento ser aprovado, em razão de inadequar-se aos planos do Poder Público para a zona onde está localizado o imóvel que seria objeto de parcelamento[39].

Ao Poder Público cumprirá definir, na sua manifestação, os seguintes tópicos elencados no art. 7º da Lei n.° 6.766/79, de acordo com as diretrizes de planejamento de uso do solo estadual e municipal:

> *I – as ruas ou estradas existentes ou projetadas, que compõem o sistema viário da cidade e do município, relacionadas com o loteamento pretendido e a serem respeitadas;*
> *II – o traçado básico do sistema viário principal;*
> *III – a localização aproximada dos terrenos destinados a equipamentos urbanos e comunitários e das áreas livres de uso público;*
> *IV – as faixas sanitárias do terreno necessárias ao escoamento das águas pluviais e as faixas não edificáveis;*
> *V – a zona ou zonas de uso predominante da área, com indicação dos usos compatíveis.*

O Poder Público deve, pois, definir os fins a que poderá ser destinado o loteamento - uso industrial, comercial, de moradias, misto; restrições urbanísticas para o local - especialmente no tocante às edificações (unifamiliares ou multifamiliares); dimensões e localização dos lotes; percentual e localização das áreas públicas; dimensões e forma de traçado das vias de circulação do sistema viário interno, bem como a conexão com as vias oficiais já existentes ou projetadas; de-

[39] COUTO, Sérgio A. Frazão do. *Manual prático e teórico do parcelamento urbano.* Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 103.

finição das áreas *non aedificandi*, o que deverá ser minuciosamente explicado em resposta anexa às retificações feitas nas plantas.

A lei não fixou prazo para que o Poder Público se pronuncie a respeito das diretrizes, sem o que não poderá prosseguir o planejamento do empreendimento com a elaboração dos projetos. Impende à legislação municipal fixar prazo para tanto. E se não houver previsão legislativa ou, inobstante a previsão legal, o Poder Público quedar inerte sem manifestação? Entende-se que o parcelador poderá utilizar-se analogicamente do prazo de 90 dias previsto no art. 15, §2º, da Lei n.° 6.766/9 e, expirado *in albis*, poderá impetrar mandado de segurança visando ao pronunciamento do Poder Público[40].

Em alguns Municípios, o plano diretor prevê um desdobramento dessa etapa do processo, de modo que o parcelador apresenta o requerimento instruído com a planta da situação do imóvel, solicitando ao Município declaração que diga as condições para ocupação do solo (regime de ocupação, forma do traçado viário, localização dos equipamentos urbanos e comunitários, restrições administrativas e áreas não edificáveis). Após a obtenção desta declaração, deve ser realizado o estudo preliminar de viabilidade urbanística, elaborado sobre o levantamento planialtimétrico, que então é encaminhado para aprovação pelo Município. Somente após esta aprovação o parcelador encaminha a licença ambiental prévia e a elaboração dos projetos propriamente ditos.

Nos Municípios com menos de 50.000 habitantes, essa fase de consulta e fixação de diretrizes poderá ser dispensada por lei (art. 8o da Lei n.° 6.766/79), de modo que o parcelador apresentará, diretamente, os projetos propriamente ditos.

As diretrizes indicadas pelo Poder Público, que deverão ser seguidas quando da elaboração dos projetos técnicos e urbanístico, vigorarão pelo prazo máximo de 4 anos (art. 7o, par. único, da Lei n.° 6.766/79), o que significa dizer que o parcelador teria esse prazo para elaborar o projeto do loteamento propriamente dito, de acordo com as diretrizes fixadas. E se houver alteração na legislação municipal (do zoneamento, por exemplo) no curso desse prazo? Haveria direito adquirido do loteador em ver aprovado o projeto de loteamento elaborado de acordo com as diretrizes fixadas? Ou o Município pode exigir, na fase de exame e aprovação do projeto a observância da nova legislação, eventualmente surgida? Entende-se que o ato administrativo do Poder Público que fixa diretrizes tem caráter discricionário, que envolve 'interesses' e não 'direitos', inexistindo engajamento definitivo com o pedido do interessado, não gerando direitos ao parcelador[41]. Assim, perfi-

[40] A 'teoria do silêncio administrativo' surgiu face à necessidade de se combater certos abusos da Administração, sobretudo nas ocasiões da total inação a propósito das solicitações dos particulares. O desempenho da função administrativa não é compatível com posições de desdém para com os administrados, posto ser legítimo o direito destes terem suas demandas e recursos efetivamente apreciados. Opera-se o silêncio administrativo nas hipóteses em que o Poder Público tem o dever legal de agir e, simplesmente, não age. A inércia da Administração, retardando ato ou fato que deva praticar, é abuso de poder, que enseja correção judicial. Nesse sentido: MEIRELLES, Direito administrativo..., p. 98. COSTA, José Marcelo Ferreira. Licenças urbanísticas. Belo Horizonte: Forum, 2004, p. 138.

[41] Licença é ato administrativo vinculado, de caráter regulamentativo e definitivo, envolve 'direitos subjetivos', que, se preenchidos, não podem ser negados. Uma vez concedida, tem presunção de definitividade. Autorização é ato discricionário e precário, que envolve 'interesses', que podem ser negados pelo Poder Público e, por isso, não geram direitos ao requerente.

lhamo-nos ao entendimento de Toshio Mukai e outros[42], que sustenta não haver direito adquirido do parcelador. Se, entre a data da expedição das diretrizes e a da aprovação do projeto do loteamento houver alteração da legislação que venha a influir nas diretrizes, estas terão de ser alteradas para adequarem-se à lei nova. Entretanto, após a aprovação do projeto definitivo, concessão da licença urbanística e o início da execução das obras[43], se houver alteração da legislação que tenha reflexos nas diretrizes de uso do solo, não poderá atingir a licença já concedida porque já gerou ao interessado o direito adquirido de construir.

4.2 Projetos técnicos e urbanístico

Com base nos traçados na planta e nas diretrizes fixadas pelos órgãos competentes, o parcelador terá os dados necessários para elaboração do projeto de loteamento propriamente dito, que se constitui de um complexo técnico-jurídico que será apresentado ao Município para aprovação.

A parte técnica do projeto urbanístico é integrada por plantas, mapas e memorial descritivo, indicando a subdivisão das quadras em lotes, o traçado dos lotes, o sistema de vias internas de circulação, logradouros públicos, faixas *non aedificandi*, áreas de preservação permanente, áreas de livre uso comum, áreas de equipamentos urbanos[44] e comunitários (art. 9º, §1º e §2º, da Lei n.° 6.766/79)[45].

O projeto do loteamento deve prever também a infra-estrutura que fará parte do empreendimento (rede de distribuição de água[46], rede de coleta de esgoto[47], rede de distribuição de energia elétrica[48], sistema de drenagem superficial, sistema de coleta e destinação de lixo e periodicidade), identificando os responsáveis por sua implementação e operação, acompanhado dos respectivos projetos técnicos.

---

[42] MUKAI, Toshio; ALVES, Alaor Caffé; LOMAR, Paulo José Vilella. *Loteamentos e desmembramentos urbanos.* 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1987, p. 39.

[43] Anota-se que o Supremo Tribunal Federal entende que, em caso de superveniência de lei nova, só há manutenção do direito de construir nas condições previstas na licença expedida de acordo com a lei anterior se a construção tiver sido iniciada.

[44] A definição da infra-estrutura a ser projetada será sempre aquela exigida pelos Poderes Públicos e as que forem do interesse do empreendedor.

[45] Sobre detalhes na elaboração do projeto urbanístico: AMADEI, Vicente Celeste; AMADEI, Vicente de Abreu. *Como lotear uma gleba:* o parcelamento do solo urbano em seus aspectos essenciais (loteamento e desmembramento). Campinas: Millenium, 2002, p. 95-107. Também COUTO; *Manual teórico...,* p. 121-137.

[46] Existem três alternativas para o sistema de abastecimento de água potável: por rede pública (devendo projeto identificar o ponto de ligação na rede pública e explicitar a responsabilidade pela implantação da rede interna e sua interligação, se pelo empreendedor, pelo Poder Público ou concessionária); *por sistema isolado* (captação de poços artesianos, adução, tratamento, reserva e distribuição da água); ou por *poços individuais* perfurados em cada lote. Em caso de perfuração de poços, deve o empreendedor elaborar estudo hidro-geológico para avaliação da possibilidade de captação e qualidade da água e obter a respectiva autorização ou outorga junto ao órgão competente. O abastecimento através de poços individuais somente é permitido se não houver possibilidade de abastecimento por rede pública e se o tamanho dos lotes permitir a localização do poço a uma distância mínima de 30m de qualquer sumidouro.

[47] Para o equacionamento da questão do esgoto sanitário também existem três alternativas: interligação na rede pública; sistema isolado (constituído por rede coletora, estação de tratamento e unidades de afastamento e disposição final dos efluentes); sistema individual para cada lote (fossa séptica, filtro anaeróbio e unidade de infiltração/sumidouros ou valas de infiltração para lançamento dos efluentes).

[48] Os elementos essenciais para a elaboração do projeto técnico de abastecimento de energia elétrica são elaborados pelas empresas de distribuição de energia.

O projeto do loteamento deve conter, ainda, o cronograma de execução de obras, com duração máxima de quatro anos[49].

A parte jurídica constituir-se-á de documentos e certidões que comprovam a cadeia dominial e a propriedade da gleba a ser parcelada e a inexistência de ônus reais e fiscais sobre ela (art. 9º, *caput*, da Lei n.° 6.766/79).

Pela via regular, o parcelamento do solo só pode ser promovido por quem detenha a titularidade da gleba, ou por quem tenha poderes outorgados pelo proprietário do imóvel para fazê-lo, daí a exigência do título de propriedade (certidão atualizada da matrícula)[50]. Se o pretenso parcelador não possui o domínio do imóvel, deverá, antes de tudo, buscar essa providência administrativa ou judicialmente, para registrá-lo em seu nome[51].

4.3 Diretrizes pelo Estado e anuência prévia da autoridade metropolitana

A Lei n.° 6.766/79 previa, anteriormente, a anuência prévia dos Estados para a aprovação dos loteamentos e desmembramentos pelos Municípios nas hipóteses elencadas no art. 13, par. único (imóveis localizados em área limítrofe de Municípios, em mais de um Município, em áreas de interesse especial, tais como as de proteção de mananciais, em área superior a 1.000.000m^2). A modificação do referido artigo pela Lei n.° 9.785/99 excluiu essa anuência prévia, dizendo que ao Estado caberá *disciplinar* a aprovação pelos Municípios dos loteamentos e desmembramentos naquelas condições, o que significa dizer que, querendo, o Estado pode estabelecer diretrizes a serem seguidas na aprovação dos projetos de parcelamentos naqueles casos específicos previstos no *caput* do art. 13. O parágrafo único do art. 13, contudo, manteve a anuência prévia da autoridade metropolitana para os parcelamentos localizados em Município integrante de região metropolitana.

Atualmente, a manifestação do Estado ou da autoridade metropolitana é diversa em cada Estado-membro da federação.[52]

---

[49] Em se tratando de desmembramento, o processo é simplificado. O projeto deverá conter apenas a indicação das vias existentes e dos loteamentos próximos, o uso predominante do local e a divisão dos lotes pretendida na área (art. 10 da Lei n.° 6.766/79), salvo outras exigências constantes em lei municipal. Quanto aos documentos jurídicos, basta a apresentação do título de propriedade, dispensadas as certidões negativas.

[50] A existência de ônus reais gravados sobre o imóvel não impede o parcelamento do solo pelo proprietário, desde que no memorial descritivo seja mencionada esta circunstância e o credor do direito real, por instrumento público, estabeleça a liberação do gravame para os trechos que constituirão as áreas públicas e estipule as condições para liberação dos lotes, na medida em que seus preços forem quitados pelos adquirentes.

[51] A providência judicial, dependendo do caso concreto, poderá ser ação de usucapião, adjudicação compulsória, extinção de condomínio, entre outras.

[52] No Estado do Rio Grande do Sul, o art. 27 da Lei Estadual n.° 10.116/94 dispõe que o Estado examinará, obrigatoriamente, antes da aprovação pelos Municípios, os projetos de parcelamento do solo destinados a fins urbanos, anuindo ou não com sua execução, nas mesmas hipóteses mencionadas no art. 13 da Lei n.° 6.766/79, acrescentando, ainda, os empreendimentos que se destinarem a distrito industrial.

No Município de Porto Alegre, que é licenciador pleno, o órgão metropolitano-METROPLAN participa do Conselho Municipal de Planejamento Urbano e aprovação do projeto de parcelamento por esse órgão colegiado presume a anuência prévia da autoridade metropolitana.

No Estado de São Paulo, todos os projetos habitacionais são analisados pelo GRAPROHAB-Grupo de Análise e Aprovação de Projetos Habitacionais (Decreto Estadual n.° 33.499/91), que reúne todas as secretarias estaduais (de habitação, meio ambiente, da saúde), órgãos e empresas concessionárias de serviços públicos que atuam na aprovação e licenciamento de loteamentos, com o objetivo de centralizar e agilizar o trâmite dos projetos habitacionais apresentados para apreciação no âmbito do Estado.

4.4 Licença urbanística

As primeiras licenças urbanísticas foram denominadas 'licenças de construção' e controlavam a estética de um projeto e a acomodação às normas de política da construção individualmente. Posteriormente, ocorreu uma transformação da natureza das licenças, momento em que passaram a ser denominadas 'licenças urbanísticas'[53], porque passaram a impor deveres e condicionar permanentemente o exercício destes[54]. Tais licenças constituem uma forma de controlar e dar cumprimento à ordem urbanística.

A licença urbanística tem características próprias, entre as quais se ressalta que é ato vinculado – o que a diferencia, na sua natureza administrativa, do licenciamento ('autorização') ambiental. Disto resulta que, nas hipóteses em que o particular-interessado preencher os requisitos previstos na legislação, não haverá margem de apreciação subjetiva (discricionária) do Poder Público.[55]

As licenças urbanísticas, além de servirem ao levantamento das barreiras impostas pela lei ao exercício de certos direitos, aos quais sem a prescrição estatal seriam proibidos ou impedidos, constituem um instrumento de controle do uso e ocupação do solo, exercido pelo Poder Público, ensejando medida preventiva voltada a evitar abusos.

O procedimento para obtenção da licença urbanística para parcelar o solo abarca etapas de requerimento, instrução, decisão e recursal.

A instauração do procedimento ocorre com o requerimento para fixação das diretrizes pelo Poder Público ou, nos casos em que esta etapa é dispensada pela legislação municipal, pelo requerimento de apreciação do projeto e dos demais documentos apresentados (título de propriedade, memorial descritivo, peças gráficas, plantas, etc.).

A instrução é a etapa em que são averiguados todos os atos e fatos jurídicos condutores à decisão. Nesta fase, caso os documentos apresentados pelo particular sejam insuficientes ou incorretos, ou quando o Poder Público constatar a imprescindibilidade de alguma diligência ou complementação de documentação exigida por lei ou esclarecimentos, deverão ser objeto de comunicados ('comunique-se') para que as falhas sejam sanadas.[56]

Encerrada a instrução, o Poder Público manifesta-se sobre a possibilidade de levar a cabo o parcelamento (ou regularização deste), exarando a decisão de aprovação ou rejeição dos projetos e, em caso de aprovação, expede a competente licença urbanística, através de alvará.

---

[53] O gênero 'licenças urbanísticas' comporta várias espécies, entre elas licença para parcelar o solo, licença edilícia (para edificar ou demolir), licença para habitar e licença para funcionamento e localização.

[54] SILVA, *Direito urbanístico...*, p.390-391.

[55] A licença administrativa permeia uma relação jurídica estável, uma situação de caráter definitivo e não precário, onde ulteriores considerações sobre alterabilidade da relação jurídica firmada não se põem em debate. Sobre o tema: COSTA, *Licenças urbanísticas*, p. 69. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 58. SILVA, *Direito urbanístico...*, p.391. GASPARINI, Diógenes. *O município e o parcelamento do solo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 78-87. Hely Lopes Meirelles anota que a recusa da licença para lotear, quando o projeto ou plano estiver em ordem, é ilegal e abusiva. *O direito de construir.* São Paulo: Malheiros, 2000, p. 163.

[56] COSTA, Licenças urbanísticas, p. 135-136.

O art. 15 da Lei n.° 6.766/79 remete à lei municipal a definição do prazo para que um projeto de parcelamento seja aprovado ou rejeitado. O §2° estabelece que, nos Municípios cuja legislação seja omissa, o prazo é de 90 dias para a aprovação ou rejeição do projeto. O §1° do mesmo artigo diz que, transcorrido o prazo (da legislação municipal ou, na falta deste, do §2° retromencionado) sem a manifestação do Poder Público, o projeto será considerado rejeitado, assegurada a indenização por eventuais danos derivados da omissão. Na esteira da 'teoria do silêncio administrativo', entende-se que o desempenho da função administrativa não é compatível com essa omissão – já que o Poder Público tem o dever de se pronunciar –, posto ser legítimo o direito do interessado de ter seu requerimento efetivamente apreciado e, se for o caso, apontadas as razões da rejeição[57]. Essa omissão do Poder Público enseja mandado de segurança, para corrigir a falha abusiva da Administração.[58]

A licença urbanística para parcelar não pode ser concedida sem que o parcelador assine o *termo de compromisso*, em que constará o prazo total para execução das obras (abertura de vias, demarcação e divisão de lotes e execução da infraestrutura), que não poderá ser superior a quatro anos (art. 9° da Lei n.° 6.766/79). Como garantia das obrigações assumidas, no termo de compromisso, o parcelador prestará caução de bens ou fiança junto a estabelecimento de crédito que a juízo do Município sejam suficientes para cobrir os custos do empreendimento[59]. Somente depois de assinado o termo de compromisso e a escritura de caução, o Município expedirá o alvará.

Do deferimento da licença urbanística emerge, *em tese*, o direito de construir conforme o projeto aprovado[60]. Ocorre o desencadeamento de dois atos administrativos consecutivos: a aprovação do projeto e a licença propriamente dita, que é o gerador do direito subjetivo à execução do parcelamento, nos moldes do projeto. Contudo, em se tratando do parcelamento do solo urbano, esse direito subjetivo não emerge com a licença urbanística por si só, pois é necessária a compatibilização com a licença ambiental de instalação (LI). Para emergir o direito de implantar o parcelamento, devem ser obtidas ambas as licenças: urbanística e ambiental.

Aprovado o projeto de parcelamento (ou regularização deste) pelo Município, deve ser submetido pelo interessado ao Registro de Imóveis, no prazo decadencial de 180 (cento e oitenta) dias, para registro na matrícula imobiliária respectiva.[61]

---

[57] Sendo o ato administrativo de aprovação ou rejeição do projeto uma 'licença' e, como tal, ato vinculado, a rejeição só pode ocorrer por não cumprimento das determinações legais pertinentes ou das diretrizes fixadas pelo Poder Público.

[58] Essa teoria tem o escopo de combater certos abusos da Administração, sobretudo nas ocasiões da total inação a propósito das solicitações dos particulares. A inércia da Administração, quando deveria agir, é abuso de poder, que enseja correção judicial. Também a rejeição do projeto quando este está de acordo com a legislação e as diretrizes é passível de correção via mandado de segurança. Nesse sentido: MEIRELLES, Direito administrativo..., p. 98. COSTA, *Licenças Urbanísticas*, p. 138. BRAGA, Parcelamento do solo urbano, p. 48.

[59] Quando da não-implementação das obrigações assumidas pelo parcelador, o Município está obrigado, por lei, a implementá-las, podendo promover a ação competente para adjudicar ao seu patrimônio os bens caucionados ou receber a quantia afiançada. Se o parcelador executa integralmente o empreendimento, o Município libera os bens caucionados ou a fiança prestada após o termo de verificação que atesta a implementação das obras.

[60] Nesse sentido: PRESTES, *A necessidade de compatibilização...*, p. 88. FIGUEIREDO, *Disciplina urbanística...*, p. 58.

[61] Não se pretende esgotar as questões de registros públicos, que não dizem com o objetivo deste trabalho, que a é a integração das normas urbanísticas e ambientais que regulam o parcelamento do solo urbano. As questões registrárias estão exaustivamente abordadas em outras obras, entre elas: COUTO, Manual teórico..., p. 174-249. BRAGA, Parcelamento..., p. 61-67. SILVA, Parcelamento..., p. 63-71. AMADEI; AMADEI, Como lotear uma gleba, p. 129-239. MUKAI, et al, Loteamentos..., p. 81-125.

Desde a aprovação dos projetos, vige a inalterabilidade de destinação das áreas institucionais pelo parcelador[62], salvo a hipótese de caducidade da licença (se não registrado o parcelamento no prazo legal) ou desistência do interessado em efetivar o empreendimento (art. 17 da Lei n.° 6.766/79)[63].

6. CONCLUSÕES ARTICULADAS

6.1. Os princípios constitucionais impõem uma interpretação sistemática das normas urbanísticas e ambientais para proteção do meio ambiente urbano, natural e construído, implicando na necessidade de compatibilização das normas que regem o uso e ocupação do solo urbano.

6.2. Tendo em vista que o *licenciamento ambiental* busca identificar eventuais impedimentos legais, riscos e impactos do empreendimento, com vistas a eleger as medidas preventivas e compensatórias adequadas de modo a causar o menos impacto possível ao meio ambiente, pode ser negado em razão de impedimentos legais ou técnicos (inviabilidade ambiental), inobstante a viabilidade urbanística atestada pelo Município.

6.3. É lícito ao Poder Público a não-aprovação do empreendimento e a conseqüente não-concessão do *licenciamento urbanístico*, em razão de impedimentos de ordem técnica ou por inadequar-se a planos de desenvolvimento para a zona em que está localizado o imóvel que seria objeto de parcelamento, tendo em vista a organização e a sustentabilidade da cidade.

6.4. A solicitação de qualquer uma das licenças ambientais (LP, LI ou LO) deve estar de acordo com a fase em que se encontra o empreendimento: concepção, obra, operação ou ampliação, mesmo que não tenha sido obtida a licença anterior prevista em lei.

6.5. Nos parcelamentos regulares, para o registro imobiliário do parcelamento do solo urbano deve ser exigida a licença ambiental de *instalação*, e não a simples licença *prévia*.

6.6. No parcelamento do solo urbano é necessária a obtenção da licença ambiental de operação, que servirá para verificar o cumprimento das condicionantes estabelecidas nas licenças anteriores.

[62] Desde a destinação dos espaços livres pelo loteador estes tornam-se públicos (concurso voluntário).

[63] Em casos de loteamentos irregulares executados sem prévia aprovação, a destinação das áreas públicas não poderá ser alterada sem aplicação das sanções cíveis, administrativas e criminais. Neste caso, o loteador deverá ressarcir o Município em valor pecuniário ou em área equivalente, no dobro da diferença entre o total das áreas públicas exigidas e as efetivamente destinadas (art. 43 da lei n.° 6.766/79).

6.7. Para os parcelamentos clandestinos ou irregulares do solo, se já existem construções e ocupação da área, não há que ser exigida licença *prévia* e/ou licença de instalação,que têm função eminentemente preventiva.

6.8. Já tendo havido impacto com a alteração e ocupação irregular da gleba, será necessária a elaboração de um diagnóstico ambiental da área e plano de controle ambiental, a serem submetidos à apreciação do órgão ambiental competente, que poderá exigir medidas restauradoras ou compensatórias e condicionantes. Contudo, a manifestação do órgão ambiental para implantação do plano de controle e recuperação ambiental não será, tecnicamente, LP, LI nem LO, mas sim autorização para recuperação de área degradada.

SOBRE O LICENCIAMENTO AMBIENTAL DE ATIVIDADES AGRÁRIAS NA PROPRIEDADE RURAL FAMILIAR

SERGIO AHRENS
Eng. Florestal, Dr., CREA-PR nº 10.649, Bel. em Direito,
Pesquisador em Planejamento da Produção e Manejo Florestal,
Embrapa Florestas, Caixa Postal 319, 83411-000, Colombo, PR

JEFERSON L. G. WENDLING
Eng. Florestal, MSc, CREA-PR nº 16.768, Diretoria de Controle de
Recursos Ambientais, DIRAM/DFA, Instituto Ambiental do Paraná,
SEMA-PR/IAP, Rua Engenheiros Rebouças, 1.206, 80215-100
Curitiba, PR

1. INTRODUÇÃO

O Licenciamento Ambiental constitui um dos mais importantes instrumentos para a implementação da Política Nacional do Meio Ambiente. A importância daquele procedimento deve-se ao fato de que é por meio do exercício do seu poder licenciador que a Administração Pública realiza um controle sobre as atividades econômicas, tornando-as compatíveis com a defesa do meio ambiente. Ressalte-se que a preservação do meio ambiente é uma prioridade que deve sempre prevalecer sobre todas as demais, senão por força de Lei, por uma simples questão de lógica: sem o meio ambiente, nem mesmo a espécie humana existiria, quanto mais qualquer forma de atividade econômica.

O licenciamento ambiental, no Brasil, é uma obrigação legal prévia à instalação de qualquer empreendimento ou atividade potencialmente poluidora ou degradadora do meio ambiente. Dentre tantas atividades que, explicitamente nominadas em Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente, CONAMA, devem ser submetidas ao licenciamento ambiental, o procedimento é também requerido sempre que, na propriedade imóvel rural, ou propriedade agrária, o empreendedor (usualmente o seu proprietário, pessoa física ou jurídica, ou seu possuidor) deseje realizar qualquer atividade produtiva e faça uso de recursos ambientais ou lhes cause impactos considerados "significativos". Por atividades produtivas na propriedade agrária deve-se entender aquelas realizadas no âmbito da agricultura, da pecuária, da silvicultura ou do extrativismo florestal, assim como de suas combinações denominadas, genericamente, sistemas agrosilvipastoris.

Para o agricultor familiar, individualmente considerado, quer proprietário, quer possuidor, os procedimentos inerentes ao processo de licenciamento ambiental não são triviais e freqüentemente implicam a elaboração de projeto técnico, a preparação, a submissão e o acompanhamento do trâmite burocrático de diversos documentos, bem como, e principalmente, o aporte de (escassos) recursos financeiros. Argumenta-se que, na propriedade familiar ou pequena propriedade imóvel rural, assim como na posse, tais necessidades constituem grave limitação, senão impedimento, à conformidade, do titular de seu domínio, em relação aos procedimentos documentais requeridos.

Em face da relevância, e da oportunidade, do que foi exposto, este trabalho documenta uma análise sobre:

a) a necessidade, imposta por Lei, para o licenciamento ambiental de atividades agrárias produtivas;
b) algumas das características fundamentais da agricultura familiar, tanto pela sua importância socioeconômica, como devido às suas conexões com a dimensão ambiental; e,
c) as mais importantes dificuldades que podem ser identificadas para a efetiva implementação do anteriormente referido licenciamento ambiental das mencionadas atividades.

2. LICENCIAMENTO AMBIENTAL: DOUTRINA & LEGISLAÇÃO

2.1 Doutrina

Denomina-se licenciamento ambiental ao complexo de etapas que compõem o procedimento administrativo que objetiva a concessão de licença ambiental (CARRAMENHA, 2001, p. 198). A literatura técnica pertinente ao tema é muito rica e dispersa em muitas obras e trabalhos técnico-científicos produzidos no universo jurídico. Excelentes análises do tratamento propiciado à matéria, em outros Países, da fundamentação jurídica do processo licenciador, dos conceitos e dos procedimentos que lhe são inerentes, podem ser encontradas nos estudos documentados por Machado (1999, p. 202-228), Antunes (1999, p. 96-105), Milaré (2000, p. 312-326), Carramenha, (2001) e Silveira (2004). Tais estudos não serão comentados neste trabalho posto que examinam o tema de forma ampla e generalizada, mas, no entanto, fora do escopo desta análise. Assim, tendo em vista os propósitos deste trabalho, apenas alguns poucos estudos que dizem respeito especificamente ao licenciamento ambiental de atividades agrárias serão brevemente comentados.

As preocupações com o meio ambiente, no âmbito da agricultura de pequena escala, não são recentes. O Projeto Novas Fronteiras do Cooperativismo, PNFC (PROJETO, 1994), já propunha uma reformulação dos modelos de desenvolvimento praticados pela agricultura brasileira. Aquele documento reportou importantes percepções quanto aos instrumentos de gestão ambiental para cooperativas no cerrado brasileiro. Após analisar diversos sistemas de produção praticados na

agricultura, aquele estudo apresentou propostas para o seu aprimoramento, tratou da avaliação de impactos ambientais bem como informou sobre alguns dos benefícios que poderiam ser obtidos com a auditoria ambiental.

O desenvolvimento da agricultura brasileira segundo os preceitos da sustentabilidade (trinômio daquilo que é socialmente justo, economicamente viável e ambientalmente equilibrado) tem sido objeto de políticas governamentais específicas para esse segmento da economia. Veja-se o caso da Agenda 21 Brasileira (AGRICULTURA ... 2000) que, ao indicar as diretrizes e ações com vistas à sustentabilidade, recomenda de forma explícita o "fortalecimento da agricultura familiar frente aos desafios da sustentabilidade agrícola." O desenvolvimento sustentável da agricultura é também uma referência corporativa para a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA, 2002). Nesse sentido o Plano Diretor daquela empresa, para o período 2004-2007, contempla sua missão, seus valores e estabelece seus objetivos e diretrizes estratégicas. Naquele documento (EMBRAPA, 2004, p.26), informa-se, também, que, dentre diversos compromissos institucionais, serão canalizados esforços para o desenvolver conhecimento e tecnologias que contribuam para o uso sustentável dos biomas e para a definição de políticas públicas de proteção ambiental.

Louro (2002) documentou importantes percepções sobre as relações entre a atividade agropecuária e o meio ambiente. Segundo a autora, a agropecuária constitui atividade potencialmente impactante sobre o meio ambiente em virtude dos resíduos químicos e orgânicos produzidos: também não pode ser ignorada a destinação de embalagens de agrotóxicos, de fertilizantes, e de resíduos de medicina veterinária assim como o próprio manejo de animais, v.g. na ocupação de espaços legalmente protegidos, muito embora dentro da propriedade, como as Áreas de Preservação Permanente (APP's), e a Reserva Legal (RL). Ao analisar a atividade agrária e o seu licenciamento ambiental Carramenha (2000, p. 228) informou existir uma obrigação de acompanhar uma tendência mundial de avaliar o direito à propriedade agrária e o direito ao exercício da atividade agrária, conjuntamente com o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, exigindo de seus executores a preservação e conservação dos recursos naturais.

Na medida em que a atividade agrária faz uso de recursos ambientais como, por exemplo, o solo, o ar e a água, ou sobre esses recursos tem impacto, legitima-se a necessidade de que exista um certo controle por parte da sociedade sobre os mencionados usos e impactos. O requerido controle é materializado com o processo de licenciamento ambiental.

2.2 Legislação

A legislação que diz respeito ao licenciamento ambiental é bastante dispersa, complexa e detalhada. Para melhor apreciar a matéria, e tendo em vista os objetivos deste trabalho, convém que a legislação seja sistematizada e resumida segundo as seguintes três categorias:

• Constituição Federal

- Leis Federais
- Atos administrativos (v.g. Resoluções do CONAMA)

2.2.1 Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988 trouxe importantes avanços na área ambiental. Alterou-se, também, em norma constitucional, o tratamento que a sociedade deve propiciar à propriedade. Em seu Art. 5°, XXII, a Constituição Federal informou que *"é garantido o direito de propriedade"*. Entretanto, já na seqüência, no inciso XXIII, do mesmo artigo, determinou-se uma importante condição para que o direito de propriedade seja assegurado, segundo os seguintes termos: *"a propriedade atenderá a sua função social."* O conteúdo da função social da propriedade rural foi determinado no Art. 186 da Constituição Federal, como segue:

> *Art. 186 - A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:* [1]
> *I - aproveitamento racional e adequado;*
> *II - utilização adequada dos recursos naturais e preservação do meio ambiente;*
> *...*

Argumenta-se que a determinação constitucional para o racional e adequado aproveitamento da propriedade rural assim como a utilização adequada dos recursos naturais que compõem o meio ambiente a ser preservado constitui fonte para legitimar o controle do poder público sobre as atividades agrárias por meio do seu licenciamento ambiental.

Ainda na Constituição Federal, em seu no Art. 170, foram explicitados os princípios que devem reger a atividade econômica, segundo os seguintes termos:

> *Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os preceitos da justiça social, observados os seguintes princípios:*
> *...*
> *II – propriedade privada;*
> *III – função social da propriedade*
> *...*
> *VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;*
> *...*
> *Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.*

[1] Diversos estudos documentam importantes análises acerca da função social da propriedade rural. Ao leitor interessado no tema recomenda-se examinar, dentre outras, as seguintes obras: Borges (1999), Albuquerque (2000), Marquesi (2001) e, especialmente, Marés (2003).

Por certo, toda e qualquer forma de atividade econômica está subordinada àqueles princípios, inclusive as atividades agrárias, devendo estas observar o cumprimento da função social da propriedade (imóvel rural), bem como a defesa do meio ambiente. No caso da produção agrária, assim como em tantos outros segmentos da ordem econômica, o exercício das atividades produtivas é condicionado à uma autorização concedida por órgãos ambientais, exigindo-se o licenciamento ambiental e desde que atendidas as condições especificadas.

Mas é especialmente no Art. 225, transcrito a seguir, que se encontra a norma constitucional que mais diz respeito ao licenciamento prévio das atividades econômicas que tenham potencial de degradar recursos ambientais:

> *Artigo 225 - "Todos têm direito a um 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."*
> *§1° - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:*
> *...*
> *V – 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.*

Sendo prévio à instalação de obra ou atividade que tenha o potencial de degradar o maio ambiente, fica evidente que a Constituição Federal pauta-se, nesse caso, pelos Princípios da Prevenção e da Precaução, fundamentais e basilares na proteção do meio ambiente.

2.2.2 Leis Federais

A Política Nacional de Meio Ambiente foi instituída, no Brasil, com a edição da Lei n° 6.938/81. Importantes definições foram então incorporadas ao ordenamento legal brasileiro, como segue:

> *Art. 3° - Para os fins previstos nesta lei, entende-se por:*
> *I - meio ambiente: 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;*
> *II - degradação da qualidade ambiental: a alteração adversa das características do meio ambiente;* [2]
> *...*
> *V - recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais ou subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora;* [3]
> *...*

[2] Cabe mencionar que, em resultado ao licenciamento ambiental, existem alterações adversas ao meio ambiente, mas que são legalmente autorizadas, não constituindo, portanto, espécie de degradação.

[3] A esse respeito, Milaré (2000, p.143) reporta que ar, água e solo são elementos abióticos, integrantes do suporte físico-químico da biosfera. Assim, a qualidade do meio ambiente, e da vida, está diretamente ligada à qualidade dos elementos inorgânicos que lhe dão sustentação.

> *Art. 10 – A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, bem como os capazes sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento por órgão estadual competente, integrante do SISNAMA, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.*
> *§1° - Os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão serão publicados no jornal oficial do Estado, bem como em um periódico regional ou local de grande circulação.*

Aquele dispositivo foi posteriormente regulamentado pelo §4° do Art. 17 do Decreto 99.274/90 segundo os seguintes termos.

> *§4° - Resguardado o sigilo industrial, os pedidos de licenciamento, em qualquer de suas modalidades, sua renovação e respectiva concessão da licença serão objeto de publicação resumida, paga pelo interessado, no jornal oficial do Estado e em um periódico de grande circulação, regional ou local, conforme modelo aprovado pelo Conama.*

Possivelmente, a obrigatoriedade de fazer publicar em "periódico de grande circulação, regional ou local" deva-se à necessidade de que seja observado o Princípio da Publicidade, para assim tornar público o fato de que determinada licença foi requerida e posteriormente concedida, ou renovada, pela autoridade competente.

2.2.3 Atos administrativos (v.g. Resoluções do CONAMA)

O Conselho Nacional do Meio Ambiente, CONAMA, estabeleceu, por meio de sua Resolução 01, de 21-01-1986, normas e critérios básicos para a Avaliação de Impactos Ambientais, e definiu (de forma exemplificativa, e não exaustiva) as categorias de projetos e atividades para os quais passaria a ser exigido AIA, estabeleceu as competências e as responsabilidades dos atores envolvidos e formulou a estrutura básica do Estudo de Impacto Ambiental, EIA, e respectivo Relatório de Impacto Ambiental, RIMA. Ressalte-se que, anteriormente, dizia-se da avaliação de impactos ambientais, mas apenas depois de sua ocorrência. Com a Resolução CONAMA 01/86 inicia-se um profícuo período na história da normatização do licenciamento ambiental no Brasil.

Posteriormente, o CONAMA editou a Resolução 237/97 (de 19-12-1997) que, ao reiterar o conteúdo normativo do caput do Art. 10 da Lei n° 6.938/81, também explicitou, no Anexo I, as espécies de empreendimento e atividades para as quais é necessário o licenciamento ambiental, segundo os seguintes termos:

> *Art. 2º - A localização, construção, instalação, ampliação, modificação e operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação, dependerão de prévio licenciamento do órgão competente, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis.*

§1º - Estão sujeitas ao licenciamento ambiental os empreendimentos e as atividades relacionadas no Anexo I, parte integrante desta resolução.
...
Anexo I – Atividades ou empreendimentos sujeitos ao licenciamento ambiental
...
Atividades agropecuárias
- projeto agrícola
- criação de animais
- projetos de assentamento e de colonização
- uso de recursos naturais
- silvicultura
- exploração econômica de madeira ou lenha e subprodutos florestais
- atividade de manejo de fauna exótica e criadouro de fauna silvestre
- utilização do patrimônio genético natural
- manejo de recursos aquáticos vivos
- introdução de espécies exóticas e/ou geneticamente modificadas
- uso da diversidade biológica pela biotecnologia

Com a Resolução 237/97 atividades agrárias passaram a constituir formalmente o elenco de atividades para as quais o licenciamento ambiental é requerido. O procedimento é necessário também para algumas daquelas atividades (v.g. suinocultura e rizicultura) mesmo quando se pretenda praticá-las na pequena propriedade rural, e assim, também, na propriedade rural familiar. Dependendo do Estado em que se encontre a propriedade, do tipo de atividade e da escala ou amplitude do empreendimento, a relação dos documentos necessários para o processo de licenciamento poderá variar: dentre outros documentos poderá ser requerido um projeto técnico, prova de publicação de uma súmula do pedido de licença prévia, mapas ou croquis, certidões negativas de registro de imóveis e da prefeitura, bem como o comprovante de recolhimento da taxa ambiental (para cobrir despesas administrativas e vistoria de campo).

Argumenta-se que a propriedade familiar não comporta os custos necessários à efetivação daquelas providências. Assim ocorre até mesmo por que, como examinado anteriormente, à sociedade interessa viabilizar a prática da agricultura por meio da concessão de recursos financeiros públicos via os programas e instituições anteriormente mencionadas, como, por exemplo, o PRONAF. Apesar das dificuldades identificadas para o licenciamento das atividades, no entanto, a agricultura familiar causa impactos sobre o meio ambiente.

3. A AGRICULTURA FAMILIAR E O MEIO AMBIENTE

3.1 A agricultura familiar

Segundo a Secretaria de Agricultura Familiar, SAF, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento Agrário, MDA, a agricultura familiar é uma forma de produção em que predomina a interação entre gestão e trabalho (pouco capital-intensiva), a direção do processo produtivo é realizada pelos agricultores familiares (com

ênfase na diversificação), e que utiliza mão de obra familiar complementada pelo (eventual) trabalho assalariado (BRASIL, 2005). Ainda conforme relata aquela instituição, a agricultura familiar deve ser fortalecida devido às suas seguintes características básicas:

- A agricultura familiar tem elevada capacidade de absorver mão-de-obra (responde por quatro em cada cinco empregos gerados no campo);
- na produção nacional de alimentos, a agricultura familiar é responsável por 67% do feijão, 97% do fumo, 84% da mandioca, 31% do arroz, 49% do milho, 52% do leite, 59 dos suínos, 40% das aves e dos ovos, 25% do café e 32% da soja produzidos no País;
- supera em eficiência a produção dos grandes agricultores (agricultura patronal) em produtos como aves, suínos, leite, ovos, batata, trigo, cacau, banana,tomate e café;
- a agricultura familiar ocupa 30,5% da área total dos estabelecimentos rurais, produz 38% do valor bruto da produção agrícola nacional e ocupa 77% do total de pessoas que trabalham na agricultura;
- constitui eficiente meio para reduzir a migração do homem do campo para as cidades.

Adicionalmente, o Censo Agropecuário de 1995/1996, realizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, IBGE, reporta que o Brasil dispunha, àquela época, de aproximadamente 4.850.000 estabelecimentos agropecuários. Daquele total, cerca de 4,1 milhões podem ser considerados na categoria "propriedade familiar", segundo os seguintes critérios adotados pela SAF:

- Proprietários, assentados, parceiros ou meeiros que usem mão-de-obra familiar;
- área inferior a quatro módulos fiscais;
- no mínimo 80% da renda bruta anual familiar deve ser proveniente da propriedade;
- o agricultor familiar deve residir na propriedade ou povoado próximo.

De outro lado, obviamente, a agricultura familiar é aquela praticada na propriedade (rural) familiar. Esta, por sua vez, é reconhecidamente pequena, em termos de área física, devido aos seguintes fatos históricos que, após os regimes jurídico-legais donatarial e sesmarial (enquanto Brasil-Colônia), deram causa à fragmentação do território nacional:

- em resultado da partilha de espólios (heranças) ou da sua previsão em testamentos;
- devido à formal divisão da terra para assentamentos humanos (resultantes dos diferentes programas governamentais de colonização e de reforma agrária); [4]
- conseqüência de desmembramentos singulares de propriedades maiores;
- pelo simples apossamento de pequenas extensões de terra (veja-se instituto da usucapião).

Ainda com respeito à Secretaria de Agricultura Familiar, SAF, cabe registrar que muitas de suas linhas de ação e atividades são desenvolvidas no Programa de

[4] Sobre assentamentos rurais & meio ambiente, cabe examinar o estudo publicado por Rodrigues-Chaves (2001).

Fortalecimento da Agricultura Familiar, PRONAF. Adicionalmente, a SAF, conta com o Departamento de Assistência técnica e Extensão Rural, DATER, que coordena a implementação da Política e do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural, executados, finalmente, pelas Empresas Estaduais de Assistência Técnica e Extensão Rural e órgãos assemelhados.

Dentre outras atividades, o PRONAF promove negociações de Políticas Públicas com órgãos setoriais, o financiamento de infraestrutura e serviços públicos nos municípios, o financiamento da produção (por meio do crédito rural) e a profissionalização dos agricultores familiares.

Resta evidenciada a tendência histórica de constituição da agricultura familiar em pequenas propriedades com área física que, muitas vezes, não permitem a produção segundo uma "economia de escala". Apesar do fato, e pelas razões anteriormente mencionadas, a viabilização da agricultura familiar é compromisso governamental que deve ser perseguido pelo Poder Público e por toda a sociedade.

3.2 A agricultura familiar, o "agronegócio" e o "negócio florestal"

A agricultura brasileira tem exultado, de forma inquestionável, as importantes contribuições do chamado "agronegócio" para o saldo positivo da balança comercial do País. Assim, é certamente inegável que as exportações de diferentes produtos da agropecuária, assim como de produtos florestais, têm um efeito altamente positivo sobre os índices de "superávit comercial" da economia brasileira.

O que muitas vezes não se observa, nem se reconhece, é que muitas agroindústrias processam matérias primas produzidas exatamente na propriedade familiar. Esse é certamente o caso da integração, entre agricultores familiares e agroindústrias, que se verifica na produção de aves e de suínos, principalmente nas Regiões Sudeste e Sul do País. Nesses contratos de parceria e integração, as agroindústrias propiciam, aos proprietários rurais familiares integrados, insumos como adubos, rações e fármacos veterinários, bem como a necessária assistência técnica. O proprietário familiar participa com a sua terra (a propriedade imóvel rural) e a mão-de-obra familiar. Usualmente, tais contratos estipulam os prazos, antecipam a compra da produção, e por vezes podem até mesmo estabelecer os preços.

De forma análoga às agroindústrias, as cooperativas agropecuárias e as associações e de produtores rurais adotam práticas contratuais semelhantes, mas que podem variar conforme seja a sua localização e o tipo de produto, sejam esses grãos (como, por exemplo, a soja, o trigo e o milho), animais ou leite. Segundo a Organização das Cooperativas Brasileiras, OCB (www.ocb.org.br), em dezembro de 2003, existiam no País 1.519 cooperativas na produção agropecuária, totalizando 940.482 cooperados e 111.000 empregados. O número total de cooperados, de familiares e de agregados atingia cerca de 6.300.000 pessoas.

Também na atividade florestal parcerias semelhantes têm sido historicamente observadas. Grandes empresas florestais, como, por exemplo, a Rigesa (Canoinhas, SC), e as Indústrias Klabin (Telêmaco Borba, PR), já há pelo menos duas décadas têm realizado um importante trabalho de fomento florestal nas regiões

em que estão localizadas. Na atualidade, o fomento florestal tem sido incorporado à rotina de diversas outras grandes empresas florestais como, por exemplo, Aracruz Celulose S.A. (com o seu programa "Produtor Florestal", nos Estados do Espírito Santo, da Bahia e do Rio Grande do Sul), Veracel Celulose S.A. e Berneck Aglomerados S.A. (na Região Sul do Estado do Paraná).

Indústrias florestais sempre buscaram garantir o suprimento das suas necessidades de madeira com florestas plantadas em terras próprias. Com o tempo, devido ao aumento regional dos preços das terras, foram motivadas a optar pelo estabelecimento de parcerias, com outros proprietários rurais, para a produção da madeira necessária. Na atualidade, de outro lado, a prática do fomento florestal, adotada por grandes empresas florestais, diz respeito, de forma louvável e meritória, à responsabilidade social corporativa, e que tem como propósito a promoção do desenvolvimento socioeconômico das regiões em que aquelas estejam inseridas.

Apesar da inquestionável contribuição para o aumento da renda e melhoria da qualidade de vida do agricultor familiar, bem como de sua família, eventualmente, seria possível argumentar, em cada caso, a responsabilidade solidária, entre empresas, cooperativas e associações, e o proprietário rural, pelos por danos ambientais incorridos nos diferentes processos produtivos. Assim ocorre, por que o proprietário rural familiar tem sido induzido a adotar determinados sistemas produtivos e práticas culturais. Em alguns casos, verifica-se a adoção de um "pacote tecnológico", processo no qual o proprietário familiar aceita, de boa fé, a recomendação técnica que lhe é sugerida, ou imposta, se desejar fazer parte da parceria. (ressalte-se, que a prática é análoga a algo como um contrato de adesão, em que as condições contratuais são simplesmente determinadas de forma unilateral e impositiva).

3.3 A agricultura familiar e seus impactos sobre o meio ambiente

Em termos históricos, tanto na aquisição da propriedade, como na constituição, mansa e pacífica (para constituir requisitos necessários à usucapião), da posse, o agricultor sempre intentou localizar-se próximo a fontes (perenes) de água. Assim ocorre simplesmente devido às necessidades de água para uso doméstico, para dessedentação dos animais ou para uso na irrigação de suas hortas e lavouras.

O fato concreto é que, na atualidade, comparativamente à grande propriedade agrária, a pequena propriedade imóvel rural e, em especial, a propriedade rural familiar, tem uma porcentagem maior de sua área situada em condições onde a Lei determina a existência de Áreas de Preservação Permanente, ou APP's (veja-se sua previsão legal no Código Florestal, Lei n°4.771/65, Art. 2°), situação fática que conduz a agricultura familiar à uma condição de extrema fragilidade frente à legislação ambiental vigente. [5]

[5] Em sua busca pela água, e assim ao estabelecer a sua posse ou propriedade, o agricultor sempre procurou a proximidade com nascentes d'água (olhos ou minas d'água), localizadas, com mais freqüência, nas vertentes de terrenos declivosos e em regiões montanhosas (veja-se as grotas), ou as margens de cursos d'água (como córregos, ribeirões e rios).

Tem sido amplamente reconhecido que a agricultura, de uma forma geral e, particularmente, também a agricultura familiar, utilizam recursos naturais e freqüentemente lhes causam degradação. Dentre as diversas atividades agrárias produtivas que podem ser praticadas na propriedade rural, possivelmente as mais impactantes sejam uso de agrotóxicos, a suinocultura e a rizicultura. De outro lado, é função do Poder Público, por força de norma constitucional, defender o meio ambiente. Nesse sentido, cabe mencionar a meritória iniciativa do programa Paraná-12 meses (PARANÁ, 1999) em informar, aos produtores rurais e técnicos da extensão rural, as recomendações governamentais quanto ao licenciamento ambiental da produção agropecuária naquele Estado. Veja-se, igualmente no Estado do Paraná, o Manual de Gestão Ambiental na Suinocultura (PROGRAMA ..., 2004). Também a Federação da Agricultura do Estado do Paraná, FAEP (FEDERAÇÃO ..., 2004), organizou e fez publicar cartilha com orientações para o produtor rural, especialmente quanto aos cuidados em relação ao meio ambiente. Sabe-se de outras iniciativas semelhantes em diversos Estados da Federação: todas são extremamente necessárias, têm muito mérito e são produzidas em momento mais que oportuno.

Em adição à natureza intrínseca e à complexidade do problema anteriormente relatado, existem múltiplas partes interessadas e diversos atores sociais envolvidos: os próprios agricultores familiares (produtores), o público urbano (consumidores), as agroindústrias, as cooperativas agropecuárias e as grandes empresas florestais, o poder público, a extensão rural e os seus técnicos, o CONAMA, o Ministério Público, os órgãos ambientais que integram o SISNAMA, e as Organizações Não-Governamentais Ambientalistas (ONG's), dentre outros. Cabe mencionar que aquela relação não é exaustiva e, portanto, não exclui outros atores interessados no tema, como por exemplo, os consumidores localizados em outros Países, e que adquirem produtos certificados quanto à sua origem e métodos de produção.

4. A NATUREZA DO PROBLEMA E PROPOSTA DE SOLUÇÕES

Conforme dispõe Carramenha (2000, p. 234), a atividade agrária constitui intervenção do homem na natureza, alterando-lhe adversamente as propriedades físicas, químicas e biológicas do ambiente, causadas por qualquer forma de matéria ou energia resultante dessa atividade que, de forma direta ou indireta, possam causar formas de degradação.

Ainda segundo aquele autor faz-se necessário, portanto, para as atividades agrárias, dada a potencialidade de danos ambientais capazes de causar, requerer o licenciamento ambiental, por órgãos competentes do SISNAMA, cabendo a estes, quando entender dispensável, fundamentar a decisão que não exija a elaboração do estudo prévio de impacto ambiental, bem como o respectivo licenciamento.

Em qualquer caso, a prática de atividades produtivas no meio rural brasileiro, continuará a se constituir em importante atividade econômica e que faz uso de recursos naturais. Para melhor avaliar a dimensão do problema vale registrar

que aproximadamente 85% do total de propriedades rurais do País pertencem a grupos familiares. Reiterando os dados anteriormente apresentados, existem no Brasil aproximadamente 13,8 milhões de pessoas em cerca de 4,1 milhões de estabelecimentos rurais familiares, o que corresponde a 77% da população ocupada na agricultura brasileira. De outro lado, faz-se oportuno registrar, também, que recursos naturais, ou bens jurídicos ambientais (de natureza jurídica difusa), estão presentes em cada uma daquelas propriedades: ressalte-se que muitos daqueles recursos naturais, como o solo e a água, são essenciais para a própria existência da atividade agrária.

O território brasileiro tem dimensões continentais, fato do qual resultam imensas dificuldades para que a administração pública possa estar presente, e de forma efetiva, em todos os rincões do País, o que implica diferentes regiões, ecossistemas, e realidades socioeconômicas e culturais. A análise que se faz das normas federais poderá apresentar, também, diferentes níveis e formas de interpretação, o que pode conduzir a decisões igualmente diversas na implementação da política ambiental.

Ressalte-se, também, que o dinheiro e demais recursos públicos não podem ser utilizados para financiar aquele que degrada o meio ambiente. A lógica é simples: além da óbvia necessidade de que toda a legislação seja cumprida, inclusive a legislação ambiental, não pode o poder público, de um lado, investir na política de comando e controle, assim como na recuperação de áreas e ecossistemas degradados (como, por exemplo, via estabelecimento de Termos de Ajustamento de Conduta, TAC, entre o Ministério Público e proprietários rurais) e, de outro, financiar, até mesmo de forma subsidiada, a degradação ambiental.

Como mencionado, na atualidade, apenas algumas atividades agrárias produtivas estão sujeitas ao licenciamento. Antecipa-se, no entanto que em poucas décadas todas as atividades produtivas que se pratique, ou que se pretenda praticar, no espaço rural brasileiro, estarão sujeitas a alguma forma e nível de licenciamento:[6] a essencialidade da defesa do meio ambiente é irrefutável e, por esse motivo, o fortalecimento da legislação ambiental é irreversível, inclusive daquela que diz respeito ao processo licenciatório.

A humanidade chegou ao século XXI e, assim, portanto, a vigência da Lei 6.938/81 completou 24 anos. Há que se reconhecer a atualidade dos meios eletrônicos de comunicação. O fato é reconhecido até mesmo no Direito Penal, ramo do Direito que historicamente, de forma apropriada, prima pelo rigor dos procedimentos processuais. Ao discorrer sobre crimes na "internet" Basílio (2003) examina as relações entre o Direito Penal e a informática e analisa as questões de furto e estelionato eletrônicos, danos causados por vírus, intercepção de comunicações e e-mail, violação de direitos autorais e responsabilidade dos provedores: a mensagem eletrônica é "meio de prova".

Cabe, portanto, uma atualização dos meios com que os requisitos da Lei 6.938/81 consideram o Princípio da Publicidade. Não é mais pertinente o uso de

[6] Veja-se os Organismos Geneticamente Modificados: evidente inconstitucionalidade dos artigos 35 e 36 da recém editada Lei 11.105, de23-03-2005, perante a norma constitucional que determina a realização de EPIA-RIMA para os casos de significativo impacto ambiental.

Jornais de grande circulação mas talvez suficiente a informação em página da rede global ou "web".[7] Ademais, a exigência de se fazer publicar a licença concedida em jornais de grande circulação pode ser perfeitamente substituída pela sua disponibilização na página eletrônica do órgão ambiental licenciador.

Da análise apresentada, depreende-se, finalmente, que devido à vulnerabilidade, assim como, à importância dos agricultores familiares, tratamento diferenciado deve ser conferido àquela categoria de proprietários rurais, quando do licenciamento ambiental das atividades agrárias produtivas que na propriedade familiar pretenda-se seja praticada.

5. CONCLUSÕES ARTICULADAS

Após considerar tudo o que foi exposto e analisado, as seguintes conclusões são apresentadas:

5.1 A agricultura familiar brasileira é caracterizada pela escassez de recursos financeiros próprios na quantidade mínima requerida para a sua viabilização sócio-econômica e por esse motivo justifica-se a interveniência do Poder Público por meio da Secretaria de Agricultura Familiar, SAF, e do Programa de Fortalecimento da Agricultura Familiar, PRONAF;

5.2 Pelos mesmos motivos, a agricultura familiar brasileira não dispõe dos recursos financeiros necessários para satisfazer os procedimentos implícitos ao licenciamento ambiental das atividades agrárias relacionadas de forma explícita na Resolução 237/97, como por exemplo, o custeio da elaboração de projeto técnico, análises laboratoriais e taxas recolhidas ao órgão licenciador. Assim, postula-se que o PRONAF disponibilize recursos para que as atividades praticadas na agricultura familiar possam ser licenciadas, em cada caso, e dentro da legalidade;

5.3 Do exposto recomenda-se, também, que a Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural, ou instituição equivalente, em cada Estado da Federação, propicie apoio e assistência ao agricultor familiar na elaboração do projeto técnico requerido pelo órgão ambiental assim como no trâmite dos procedimentos necessários ao licenciamento ambiental das atividades;

5.4 De forma análoga, recomenda-se o aprimoramento das normas legais vigentes sobre a matéria no sentido de melhor utilizar os meios de comunicação eletrônica disponíveis na atualidade. Dessa forma, licenças e autorizações ambientais concedidas pela autoridade competente poderão ser disponibilizadas na página do órgão ambiental licenciador ou na página de governo do respectivo Estado, excepcionando-se a norma legal pertinente, no caso concreto, tendo em vista a

[7] Frente ao argumento de que as partes interessadas na informação (como outros proprietários rurais e vizinhos) não teriam acesso a computadores e à "Internet" contrapõe-se o fato de que tais facilidades estão disponíveis, por exemplo, na sede de Sindicatos de Trabalhadores Rurais, em Secretarias Municipais de Agricultura, bem como nos escritórios regionais das Emateres e dos órgãos ambientais Estaduais.

vulnerabilidade e fragilidade do agente interessado de fato e de direito, o agricultor familiar.

BIBLIOGRAFIA

AGRICULTURA sustentável. Brasília, DF: Edições Ibama, 2000. 190 p.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Direito de propriedade e meio ambiente. Curitiba: Juruá, 2001. 162 p.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. 529 p.

BASÍLIO, Felipe Augusto. Crimes na Internet. Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta, v. 4, n. 6, p. 65-78, 2003.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Função ambiental da propriedade rural. São Paulo: LTr, 1999. 229 p.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Agrário. Secretaria da Agricultura Familiar. Disponível em: <http://www.mda.gov.br/index.php?pg=caderno&id_item=39&id_menu=21>. Acesso em: 31 mar. 2005.

CARRAMENHA, Roberto. Atividade agrária e seu licenciamento ambiental. In: BENJAMIM, Antonio Herman; SÍCOLI, José Carlos Meloni. (Org.). Agricultura e meio ambiente. [São Paulo]: Instituto O Direito por um Planeta Verde, [2000]. p. 227-243. Edição dos Anais do IV Congresso Internacional de Direito Ambiental, realizado nos dias 4 a 7de junho de 2000, em São Paulo, SP.

_____. Natureza jurídica das exigências formuladas no licenciamento ambiental. In: BENJAMIN, Antonio Herman; SÍCOLI, José Carlos Meloni (Org.). O futuro da poluição e da implementação ambiental. [São Paulo]: Instituto O Direito por um Planeta Verde, [2001]. p.193-208. Edição dos Anais do V Congresso Internacional de Direito Ambiental, realizado nos dias 4 a 7de junho de 2001, em São Paulo, SP.

EMBRAPA. O meio ambiente e o compromisso institucional da Embrapa. Brasília, DF: Embrapa, Assessoria de Comunicação Social, 2002. 87 p.

_____ Secretaria de Gestão e Estratégia. IV Plano Diretor da Embrapa 2004-2007. Brasília, DF: Embrapa Informação Tecnológica, 2004. 48 p.

FEDERAÇÃO DA AGRICULTURA DO ESTADO DO PARANÁ. Casa em ordem: roteiro para o proprietário rural. Curitiba, 2004. 48 p.

LOURO, Paula Janaína da Rosa. Atividade agropecuária e o meio ambiente. Jus Navigandi, Teresina, v. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em:

<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2753>. Acesso em: 3 maio 2004.

MACHADO, Paulo Afonso Lemes. Direito ambiental brasileiro. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 894 p.

MARÉS, Carlos Frederico. A função social da terra. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003. 142 p.

MARQUESI, Roberto Wagner. Direitos reais agrários e função social. Curitiba: Juruá, 2001. 182 p.

MILARÉ, Édis. Direito do meio ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 687 p.

PARANÁ. Secretaria de Estado da Agricultura e do Abastecimento. Licenciamento ambiental PR - 12 meses. Curitiba, 1999. 28 p. Equipe técnica: Geralda G. C. Hohman; Juarez C. de Oliveira; Sandra M. P. de Queiroz.

PROGRAMA NACIONAL DE MEIO AMBIENTE II. Manual de gestão ambiental na suinocultura. Curitiba, 2004. 164 p. Projeto de controle da contaminação ambiental decorrente da suinocultura no Estado do Paraná.

PROJETO NOVAS FRONTEIRAS DO COOPERATIVISMO. Instrumentos de gestão ambiental para cooperativas. Brasília, DF: MAARA, Departamento de Cooperativismo, 1994. 140 p.

RODRIGUES-CHAVES, Maria de Fátima Freitas. Questão prática: a reforma agrária e o meio ambiente. Revista de Direito Agrário, v. 17, n. 15, p. 13-17, 2001.

SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. Distribuição constitucional de competência em matéria de licenciamento ambiental. In: ENCONTRO NACIONAL DE ADVOGADOS DOS ÓRGÃOS ESTADUAIS DE MEIO AMBIENTE, 1., 2002, Curitiba. A administração pública na proteção do meio ambiente: anais. [Curitiba]: SEMA/IAP, 2004. p. 15-23.

LICENCIAMENTO AMBIENTAL: UM INSTRUMENTO JURÍDICO DISPOSTO À PERSECUÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

SILVIANA LÚCIA HENKES
Advogada OAB/SC; Especialista em Direito Ambiental/UFPel; Mestre em Gestão Ambiental/UFSC; Doutoranda em Direito Ambiental/UFSC; bolsista CNPq

JAIRO ANTÔNIO KOHL
Bacharel em Direito; Pós-graduando na Escola Superior da Magistratura Catarinense

1. INTRODUÇÃO

É nítido o incremento de normas ambientais, em nível nacional e internacional, nas últimas décadas. Concomitantemente ao incremento das normas, percebe-se que as normas tornaram-se de índole mais protecionista, o que não significa que se tornaram mais efetivas. O incremento e o endurecimento das normas deu-se e dá-se em razão do estado do ambiente e das previsões para os próximos anos e décadas.

No Brasil, uma "nova ordem" ambiental surgiu com a edição da Política Nacional do Meio Ambiente, através da Lei 6.938/81. A Política Nacional reordenou as ações e políticas ambientais, criando instrumentos de gestão ambiental, dentre os quais o licenciamento ambiental.

A "nova ordem" ambiental foi fortalecida pela promulgação da Constituição Federal de 1988 que em capítulo exclusivo ao tema, declarou a dominialidade difusa do ambiente, bem de uso comum do povo, e impôs ao poder público e a coletividade o dever de defende-lo e preserva-lo para as presentes e futuras gerações, além de instituir penalidades cumulativas, nas esferas cível, penal e administrativa, às pessoas físicas e jurídicas, infratoras das normas ambientais.

O licenciamento surgiu na década de 80, mas somente passou a ser adotado com vigor nas práticas ambientais nos meados da década de 90.

Hoje, o licenciamento tem vasta regulamentação normativa, tanto por leis, como por resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente, além das normas ambientais estaduais e municipais. É o principal dos instrumentos de gestão ambiental em virtude do seu caráter preventivo de danos e degradações ambientais, portanto, um meio disposto à consecução do desenvolvimento sustentável.

Cabe ressaltar ainda que, o licenciamento é o instrumento de gestão ambiental mais utilizado, não obstante desconhecido de muitos. Assim sendo, a relevância do tema no cenário atual, bem como o desconhecimento de seu contexto, justificam a opção pelo tema.

Deste modo, o presente artigo tem por objetivo estudar o licenciamento ambiental, sob uma ótica jurídica, ressaltando principalmente seus pontos polêmicos e controversos, a partir de uma vasta revisão bibliográfica, bem como da leitura das suas normas regulamentadoras.

O presente trabalho divide-se em 04 partes, sendo a primeira dedicada à introdução; a segunda dedica-se a contextualizar o licenciamento ambiental no Brasil; o terceiro ponto, em 10 subitens, dedica-se a analisar em profundidade o procedimento do licenciamento ambiental, tratando das licenças ambientais, dos prazos de concessão, da competência para licenciar, dos estudos de impacto ambiental, das atividades sujeitas ao procedimento, entre outros. O quarto ponto relata as conclusões articuladas do trabalho, seguindo-se das referências.

2. CONTEXTUALIZANDO O LICENCIAMENTO AMBIENTAL NO BRASIL

Conforme Cunha (2002), o licenciamento ambiental surgiu no Brasil com a edição da Lei 6.830/80 que delimita as "diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição". Este diploma em seu artigo 9º estabelece que:

> *O licenciamento para implantação, operação e ampliação de estabelecimentos industriais, nas áreas críticas de poluição, dependerá da observância do disposto nesta Lei, bem como do atendimento das normas e padrões ambientais definidos pela SEMA, pelos organismos estaduais e municipais competentes, notadamente quanto às seguintes características dos processos de produção: I - emissão de gases, vapores, ruídos, vibrações e radiações; II - riscos de explosão, incêndios, vazamentos danosos e outras situações de emergência; III- volume e qualidade de insumos básicos, de pessoal e de tráfego gerados; IV – padrões de uso e ocupação do solo; V - disponibilidade nas redes de energia létrica, água, esgoto, comunicações e outros; VI – horários de atividade.*

Posteriormente, em 1981, foi editada a Política Nacional do Meio Ambiente através da Lei 6.938/81 que erigiu o licenciamento ambiental um dos instrumentos de gestão ambiental no Brasil, assim como, o zoneamento ambiental, a avaliação de impactos ambientais, o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente, entre outros, consoante seu artigo 9º.

Deste modo, tornou-se exigível o licenciamento para a instalação de todas as atividades e empreendimentos que possam causar ou que efetivamente causem danos ao meio ambiente e ainda, àquelas que utilizam os recursos naturais e não somente àqueles localizados em áreas críticas de poluição, conforme dispõe o artigo 10, da Política Nacional do Meio Ambiente:

> *A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou poten-*

> *cialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.*

Com a adoção do licenciamento ambiental como um dos instrumentos de gestão ambiental no Brasil, foram surgindo, concomitantemente, diversas normas para regulamentar o procedimento, tais como: a) Decreto n. 88.351/83 que regulamentou a Lei 6.938/8, estabelecendo a vinculação da avaliação dos impactos ambientais aos sistemas de licenciamento, determinando no seu art. 18 que "[...] as construções consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras dependerão de prévio licenciamento [...]". Estabelece também que o Estudo de Impacto Ambiental - EIA será exigido segundo os critérios básicos baixados pelo CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente); b) a Resolução do CONAMA 001/86 deu tratamento especial exigindo elaboração de Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), estabelecendo as definições, responsabilidades, critérios básicos e as diretrizes para o licenciamento das atividades definidas no seu art. 2o; c) a Resolução do CONAMA 006/86 aprovou os modelos de publicação de pedidos de licenciamento ambiental, sua renovação e respectiva concessão; d) a Resolução do CONAMA 011/86 acrescentou outras atividades que modificam o meio ambiente; e) a Resolução do CONAMA 006/87 dispôs sobre o licenciamento ambiental de obras de grande porte na exploração de energia elétrica; f) a Resolução do CONAMA 005/88 definiu as obras de saneamento básico que demandam licenciamento por causarem modificações ambientais;

A Constituição Federal de 1988 dedicou ao meio ambiente um capítulo exclusivo, capítulo VI do título VIII, além de regulamentar diversas questões atinentes ao tema em outros dispositivos. A Carta Magna declara em seu artigo 225 que:

> *Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*

Para assegurar a todos o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, o § 1º, inciso IV, do art. 225 da Constituição Federal dispõe que incumbe ao Poder Público "exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade". Em diversas ocasiões o Estudo de Impacto Ambiental, bem como o seu Relatório de Impacto Ambiental serão exigidos no licenciamento, tema a ser aprofundando em momento posterior.

Diversas resoluções do CONAMA surgiram posteriormente à promulgação da CF/88, dentre elas destacam-se: a) a Resolução do CONAMA 008/88 que estabeleceu o licenciamento de certas atividades de exploração mineral; b) a Resolução do CONAMA 009/90 que trata do licenciamento ambiental de extração mineral das classes I, III, IV, V, VI VII, VIII e IX; c) a Resolução do CONAMA

010/90 dispôs sobre o licenciamento ambiental da atividade mineral da classe II (areia); d) p Decreto 99.274/90 estabeleceu o licenciamento ambiental das atividades consideradas efetivas ou potencialmente poluidoras, utilizadoras de recursos ambientais capazes de causar degradação ambiental; e) a Resolução do CONAMA 016/93 tratou do licenciamento, junto ao IBAMA, para a comercialização e fabricação de novos combustíveis; f) a Resolução do CONAMA no 237/97 veio complementando a Resolução CONAMA no 01/86, trazendo novas diretrizes a respeito do licenciamento ambiental, tais como: definições (art. 1º), expedição de licenças (art. 8o), procedimento art.10) e atividades sujeitas ao licenciamento; g) a Resolução do CONAMA 265/00 que trata da avaliação de instalações industriais petrolíferas e de seus derivados; h) a Resolução 289/01que estabeleceu o licenciamento ambiental para projetos de assentamentos da reforma agrária.

È importante salientar que, antes da vigência das normas mencionadas já vigiam no Brasil, várias normas referentes ao meio ambiente, como por exemplo, o Código de Águas, Código de Minas, Código de Pesca, Código Florestal, entre outros. Não obstante, a maioria das normas editadas anteriormente à Política Nacional do Meio Ambiente visavam a regulamentar a exploração dos recursos ambientais e não a sua tutela ou conservação.

Somente a partir da Política Nacional do Meio Ambiente é que o meio ambiente recebeu uma tutela legal apta a proteger e recuperar o ambiente, sendo que a disciplina ambiental foi corroborada com a promulgação da Carta Magna e com outras normas, formais e materiais, editadas posteriormente.

3. LICENCIAMENTO AMBIENTAL

3.1 Conceituando e caracterizando o licenciamento ambiental

O licenciamento ambiental é um instrumento de gestão ambiental disposto aos diversos órgãos ambientais, municipais, estaduais e federais, de acordo com suas competências, visando a prevenção dos danos causados ao meio ambiente através da realização de perícias, provas, laudos, enfim diversos atos que monitorarão e fiscalizarão a instalação e ou operação de uma atividade ou empreendimento potencialmente poluidor.

Também se pode afirmar que o licenciamento é um procedimento, um conjunto de atos, que almeja ao final a concessão das licenças ambientais, quais sejam: licença ambiental prévia, licença ambiental de instalação e ainda a licença de operação. È exigido sempre que um empreendimento, qualquer que seja a sua modalidade, causar, eventual ou potencialmente, danos ao meio ambiente, ou quando utilizar os recursos ambientais. Pode ser considerado um procedimento administrativo preventivo, adotado pela autoridade competente, configurando-se numa série de atos que verificam a viabilidade ou não da emissão e renovação da licença ambiental.

Luís Carlos Silva de Moraes (2001, p.80), considera o licenciamento ambiental como sendo “a primeira fiscalização de conformidade, ou seja, uma verificação preventiva da utilização dos recursos naturais da forma indicada na lei”.

Paulo de Bessa Antunes (2002, p.131), assevera que:

> *o sistema de licenciamento ambiental tem por finalidade assegurar que não sejam praticados atentados contra o ambiente. [...]. O licenciamento ambiental, em geral, pressupõe que toda uma série de questões sejam levadas em consideração para a sua concessão. Em primeiro lugar, obviamente, há que se considerar que a concessão da licença deve estar atenta para o fato de que devem ser totalmente atendidas as exigências da legislação ambiental.*

O licenciamento ambiental, conforme o art. 1o, inciso I, da Resolução do CONAMA no 237/97, é definido como:

> *procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.*

Para Maria Luiza Machado Granziera (2001, p.204-205), o licenciamento decorre do:

> *exercício do poder de polícia, fundamentado nos princípios da legalidade e da prevenção de supremacia do interesse público sobre o particular. Se atividade estiver em desacordo com as normas, critérios, padrões e princípios da legislação ambiental, presume-se que a mesma esteja contrária ao interesse público e que, portanto, não deverá ser licenciada.*

Ao impor ao poder púbico e à coletividade, o dever de defender e preservar o meio ambiente, a Carta Magna deixou claro que o exercício do poder de polícia em matéria ambiental é obrigatório. O art. 225, § 3o, da CF/88, institui atos de polícia para a defesa do meio ambiente, considerando que "as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas e jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

O poder público, atuando na esfera administrativa e na criação de normas ambientais, busca prevenir, disciplinar e penalizar as condutas lesivas ao meio ambiente em decorrência do poder de polícia que lhe é outorgado visando a manutenção do equilíbrio ecológico.

Vladimir Passos de Freitas (1998), esclarece que é através do exercício do poder de polícia que o interesse público prevalece sobre o particular, mesmo que, para prevalecer a administração tenha que utilizar força pública, pois a mesma goza dos atributos da discricionariedade, da auto-executoriedade e da coercibilidade.

O conceito de poder de polícia é previsto legalmente no art. 78, do Código Tributário Nacional:

> *Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato*

> *ou a 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. (Redação dada pelo Ato Complementar no 31, de 28.12.1966).*

O abuso ou desvio de poder, no exercício do poder de polícia, pode ser objeto de anulação judicial na medida que o poder judiciário pode exercer o controle externo dos atos administrativos. Carlos Gomes de Carvalho (2001, p.135), ao discorrer sobre o assunto considera:

> *A formação desse quadro jurídico no campo ambiental configura os elementos mais completos para determinar um forte poder de polícia interventor e repressivo da administração pública [...]. A possibilidade dessa intervenção sobre o interesse particular, ao condicionar o uso da propriedade com a exigência de licenças, autorizações e permissões, ou o de poder estabelecer medidas de caráter repressivo, tais como a suspensão ou rejeição de atividades, o embargo de obras, as interdições e por fim o fechamento do empreendimento, coloca a Administração Pública no centro da questão ambiental. E aí ela se situa como agente ativo com os poderes acima descritos, como é de igual modo agente passivo, suscetível também de ser responsabilizado por ato ou omissão.*

Concluindo Hely Lopes Meirelles (1996, p. 123), considera que o poder de polícia exercido pelo Estado é:

> *A faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado. Em linguagem menos técnica podemos dizer que, o poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda Administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contraria, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional.*

No exercício do poder de polícia a administração pública faculta ao particular a realização de certas atividades, de acordo com os atos administrativos negociais, obedecendo sempre à conveniência e o interesse público. Os atos administrativos negociais podem ser das seguintes espécies: licenças, autorizações e as permissões.

A licença se caracteriza pela natureza de ato administrativo de caráter vinculado e definitivo que outorga ao interessado, portador de um direito subjetivo, o exercício de atividade ou a execução de fatos materiais que antes lhe eram vedados. Preenchidos os requisitos pelo particular, a autoridade não pode negar a licença.

A concessão de licença pelo poder público ao particular, principalmente no tocante ao meio ambiente, faz-se necessária para obras ou atividades que venham a provocar qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas no meio ambiente, causadas por qualquer forma de matéria ou energia resultante das

atividades humanas que, direta ou indiretamente afetem, entre outros, a saúde, a segurança, o meio ambiente e o bem-estar da população.

A licença conforme ensina Hely Lopes Meirelles (1996, p. 170),:

> *é o ato administrativo vinculado e definitivo, pelo qual o Poder Público, verificando que o interessado atendeu a todas as exigências legais, faculta-lhe o desempenho de atividades ou a realização de fatos materiais antes vedados ao particular, como, por exemplo, o exercício de uma profissão, a construção de um edifício em terreno próprio.*
> *A licença resulta de um direito subjetivo do interessado, razão pela qual a Administração não pode nega-la quando o requerente satisfaz todos os requisitos legais para sua obtenção e, uma vez expedida, traz a presunção de definitividade. Sua invalidação só pode ocorrer por ilegalidade na expedição do alvará, por descumprimento do titular na execução da atividade ou por interesse público superveniente, caso em que se impõe a respectiva indenização.*

A expedição da licença depende de um procedimento administrativo, condicionado ao cumprimento legal, onde a nulidade dos atos anteriores culmina na invalidade dos subseqüentes, tendo como conseqüência a invalidação da licença.

Todavia, as licenças ambientais têm, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, caráter jurídico de autorizações, o que faculta ao poder público sua revogação no momento que achar conveniente ou quando forem desrespeitadas as normas fixadas.

Procurando disciplinar o conceito de licença ambiental o art. 1o, inciso II, da Resolução do CONAMA 237/97 dispõe que:

> *Licença ambiental é o ato administrativo pelo qual ao órgão ambiental competente estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.*

Importante salientar que, a discricionariedade da administração pública, segundo os princípios da conveniência e oportunidade para a emissão de licenças ambientais, não induz a concessão das mesmas em desconformidade com os preceitos legais.

A autorização é ato precário que decorre do poder discricionário da administração pública, portanto, poderá ser cassada a qualquer tempo. Na prática, costumeiramente, licença e autorização são consideradas expressões sinônimas, mas na verdade apresentam características peculiares.

Paulo Affonso Leme Machado (2002, p.258), fundamentando seu posicionamento no artigo 170, parágrafo único da Constituição Federal de 1988 considera que o sistema para o licenciamento ambiental deve ser realizado segundo o sistema de autorização, empregando o termo “licenciamento ambiental” como se fosse o mesmo que “autorização ambiental”. Refletindo sobre a natureza jurídica das licenças ambientais previstas na Política Nacional do Meio Ambiente o Autor relata que:

> *O exame dessa lei revela que a licença em tela tem natureza jurídica de autorização, tanto que o § 1o de seu art. 10 fala em pedido de renovação de licença, indicando, assim, que se trata de autorização, pois se fosse juridicamente licença, seria ato definitivo, sem necessidade de renovação. A alteração é ato precário e não vinculado sujeito sempre às alterações ditadas pelo interse público. Querer o contrário é postular que o Judiciário confira à empresa um cheque em branco, permitindo-lhe que, com base em licenças concedidas anos atrás, cause toda e qualquer degradação ambiental. (TJSP, 7a C., Ação Civil Pública 178.554-1-6, rel. Des. Leite Cintra, j. 12.5.1993).*

Para José Afonso da Silva (2000), a autorização é um ato estritamente administrativo e precário em que o Estado concede ao particular o pleno exercício de uma atividade, ressalvando a possibilidade da revogação desta liberação no momento em que achar apropriado.

Maria Luiza Machado Granziera (2001, p.211), considera que a diferença entre autorização e licença é que esta tem caráter vinculado e preexistente, ganhando existência formal, enquanto que a autorização constitui um direito pelo cumprimento dos preceitos legais, mas que condiciona a conduta conforme os limites impostos.

Enquanto que na permissão os atos administrativos são concedidos a título precário, podendo ser revogados a qualquer momento pela administração quando ocorrer o descumprimento dos requisitos impostos pela administração pública ao particular.

Concluindo José Afonso da Silva (2000, p. 280), considera que a permissão "é o ato administrativo negocial, discricionário e precário, pelo qual o poder público faculta ao particular a execução de serviços de interesse coletivo, ou o uso especial de bens públicos a título gratuito ou remunerado, nas condições estabelecidas pela Administração".

3.2 Do procedimento do licenciamento e das licenças

Conforme Luís Carlos Silva de Moraes (2001), todo procedimento de licenciamento ambiental de qualquer atividade ou empreendimento terá início com o pedido de licenciamento o qual conterá a descrição do empreendimento e a documentação necessária.

Após o protocolo do pedido, a autoridade ambiental competente emitirá um relatório descrevendo as proporções do impacto ambiental e optará pelo procedimento ordinário, quando a atividade não for potencialmente poluidora, exigindo-se então apenas estudos ambientais de menor complexidade ou exigirá a realização de estudos de impacto ambiental (EIA), procedimento a ser seguido em casos potencialidade danosa de maior complexidade.

É no licenciamento ambiental que se requisitam às medidas preventivas para verificar se a atividade pode causar danos potenciais ao meio ambiente, como também são definidas as medidas mitigatórias no caso em que, mesmo causando danos ao ambiente, o projeto será aprovado e o empreendimento será instalado.

Neste último caso, geralmente os danos proporcionados são de pequena monta o que não justificaria o indeferimento da concessão, levando-se em consideração o aspecto social e econômico da instalação do empreendimento.Todavia, não olvidando jamais que, sua grande meta é promover o desenvolvimento sustentável.

As licenças ambientais expedidas pelo poder público são as determinadas pela Resolução do CONAMA 237/97, artigo 8o, quais sejam:

> ***Licença Prévia (LAP)*** *– concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade, aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação; (grifo nosso)*
> ***Licença de Instalação (LAI)*** *– autoriza a instalação de empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante; (grifo nosso)*
> ***Licença de Operação (LAO)*** *– autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação. (grifo nosso)*

Sendo assim, o empreendedor que efetuar uma obra ou a instalação de atividade capaz de causar significativa degradação ambiental deverá primeiramente obter junto ao órgão ambiental competente a expedição da LAP, **a qual autorizará a localização da obra**, sendo necessário o órgão ambiental poderá requisitar o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) antes de conceder esta licença.

Os atos administrativos nesta fase não são discricionários, mas sim vinculados ao cumprimento pela atividade dos requisitos estabelecidos na norma jurídica. Todavia, ensina Paulo Affonso Leme Machado (2002), que a vinculação da administração pública para a expedição das licenças é ao que exige a legislação ambiental, de acordo com seu interesse e conveniência. O Autor (2002, p. 250), ressalta ainda que:

> *A Licença Prévia não gera direitos para o requerente, mesmo que tenha despendido recursos com o planejamento da obra ou da atividade. Trata-se, repita-se, de fase de estudo em que não há engajamento definitivo da Administração Pública com o pedido. Além disso, quando o projeto comportar o EIA, qualquer decisão precipitada da Administração Pública licenciando antes do EPIA/RIMA é nula, e a nulidade pode ser pronunciada pela própria Administração Pública ou pelo Judiciário.*

Somente após a realização do EIA/RIMA ou demais estudos ambientais quando necessários, é que o órgão ambiental competente, poderá emitir a LAP para que a atividade inicie a instalação, requerendo seguidamente a LAI, consoante o artigo 3o, parágrafo único da Resolução CONAMA no 237/97.

A LAP tem por finalidade atestar a viabilidade do local do empreendimento e estabelecer ao empreendedor condições para que dê seqüência ao projeto e

se comprometa a observar os pré-requisitos determinados pelo órgão ambiental competente.

Antes da expedição desta licença deve-se verificar se a atividade tem a potencialidade de causar significativa degradação ambiental. Uma vez apresentada esta característica deverá ser realizado o EIA/RIMA. Todavia, se o dano não for significativo dependerá apenas de outros estudos ambientais, a critério do órgão licenciador. Maria Luiza Machado Granziera (2001, p. 208), considera que:

> *Na LAP, não havendo óbices a sua concessão por força de normas municipais, estaduais e mesmo federais, concernentes ao uso do solo, e havendo outorga, se tal condição constar da legislação estadual, é a mesma concedida, podendo conter, aí sim, a critério do órgão licenciador, uma série de requisitos a serem observados pelo empreendedor, e cujo cumprimento será fiscalizado quando das fases de licenciamento posteriores, condicionadas ao cumprimento de tais requisitos.*

Obtida A LAP, buscar-se-á a LAI, a qual **autoriza a atividade a se instalar de acordo com o projeto aprovado e medidas mitigatórias e ou preventivas solicitadas**, sendo o caso. Neste momento deve ser analisado o projeto de acordo com os planos municipais, estaduais e federais para o uso do solo. A prefeitura municipal atestará a conformidade com a legislação de uso e ocupação do solo através de certidão emitida pelos órgãos competentes e, quando for o caso, autoriza a supressão de vegetação e outorga para o uso da água.

A LAI é concedida após a análise e aprovação do projeto e de outros estudos, que especificam os dispositivos de controle ambiental para diminuição dos impactos ou problemas decorrentes da atividade de acordo com o tipo, porte, características, nível de poluição da atividade, e da recuperação das áreas degradadas. Somente com a emissão desta licença, poderão ser iniciadas as obras para a implantação da atividade, implicando o compromisso, por parte do empreendedor de cumprir com as especificações constantes do projeto apresentado ou de comunicar eventuais alterações dessas especificações. Para Maria Luiza Machado Granziera (2001), a concessão desta licença fica vinculada ao projeto executivo determinado na LAP, verificando-se o cumprimento das normas e padrões exigidos na legislação dos entes federados. Importante ratificar que, a emissão da LAP não gera direito adquirido à instalação, ou seja, a concessão das demais licenças, ao empreendedor.

Com a LAI, dar-se-á o início à implementação da atividade para posteriormente ser solicitada a **LAO e então, dar-se início ao funcionamento da atividade**.

Embora a regra seja de que as licenças sejam concedidas paulatinamente, ou seja, primeiro concede-se a LAP, depois a LAI e por último busca-se a LAO, o artigo 8o, parágrafo único, da Resolução CONAMA 237/97, prevê que as licenças ambientais poderão ser expedidas de uma única vez pelo órgão ambiental competente. Ou seja, a atividade não obedecerá ao procedimento comum exigido para a maioria das atividades potencialmente poluidoras, mas sim a um procedimento especial em decorrência de seu baixo potencial ofensivo ou porque já está instalada e assim a concessão das licenças, de forma sucessiva, torna-se inoportuna.

O artigo 10, da Resolução CONAMA 237/97, visando a esclarecer o procedimento de licenciamento ambiental, estabeleceu um roteiro mínimo a ser observado:

> *I - Definição pelo órgão ambiental competente, com a participação do empreendedor, dos documentos, projetos e estudos ambientais necessários ao início do processo de licenciamento correspondente à licença a ser requerida;*
> *II - Requerimento da licença ambiental pelo empreendedor, acompanhado dos documentos, projetos e estudos ambientais pertinentes, dando-se a devida publicidade;*
> *III - Análise pelo órgão ambiental competente, integrante do SISNAMA, dos documentos, projetos e estudos ambientais apresentados e a realização de vistorias técnicas, quando necessárias;*
> *IV - Solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, integrante do SISNAMA, uma única vez, em decorrência da análise dos documentos, projetos e estudos ambientais apresentados, quando couber, podendo haver a reiteração da mesma solicitação caso os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios;*
> *V - Audiência pública, quando couber, de acordo com a regulamentação pertinente;*
> *VI - Solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, decorrentes de audiências públicas, quando couber, podendo haver reiteração da solicitação quando os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios;*
> *VII - Emissão de parecer técnico conclusivo e, quando couber, parecer jurídico;*
> *VIII - Deferimento ou indeferimento do pedido de licença, dando-se a devida publicidade.*

A resolução CONAMA 237/97, em seu artigo 12, § 2o, prevê um único procedimento de licenciamento, quando se tratar de "pequenos empreendimentos e atividades similares e vizinhos ou para aqueles integrantes de planos de desenvolvimento aprovados, previamente, pelo órgão governamental competente, desde que definida a responsabilidade legal pelo conjunto de empreendimentos ou atividades".

O empreendedor que operar, ampliar, reformar ou construir empreendimento ou atividade sem possuir licença ambiental estará cometendo o crime ambiental tipificado no artigo 60, da Lei de Crimes Ambientais, qual seja:

> *Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes.*
> *Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.*

O descumprimento das medidas requisitadas pelo órgão ambiental ou o exercício de atividade em desconformidade com licença também poderá configurar a infração administrativa prevista no artigo 44, do Decreto 3.179/99:

Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente polui-

dores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes. Multa de R$ 500,00 (quinhentos reais) a R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Importante salientar que, dependendo da gravidade da infração o infrator poderá ser punido com o fechamento do estabelecimento, vedação de localização de indústria ou restrição do comércio em determinadas áreas, conforme menciona Antunes (2002).

3.3 Prazos de validade das licenças

O licenciamento ambiental por ter caráter público tem os prazos de suas licenças determinados, de modo que a atividade causadora de significativa degradação ambiental, mas licenciada, terá a segurança de que durante o prazo da concessão, salvo por fato extraordinário e motivado, terá direito ao exercício da sua atividade.

Ao Poder Público também é vantajoso, pois não ficará a longo prazo adstrito às condições impostas inicialmente, podendo desta forma, quando da renovação da licença, haja vista seu caráter provisório, fazer novas exigências segundo a conveniência da administração pública, à proteção do meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável.

Os prazos máximos das licenças são estabelecidos pela Resolução CONAMA 237/97, no artigo 18, quais sejam: o prazo da licença prévia não pode ter prazo superior a 05 (cinco) anos; o prazo da licença de instalação não pode ter prazo maior que 06 (seis) anos; e o prazo da licença de operação não poderá apresentar período inferior a 04 (quatro) anos e no máximo 10 (dez) anos. Os órgãos competentes poderão fixar os prazos, todavia, obedecendo aos limites fixados pela resolução mencionada.

Como mencionado, o empreendimento licenciado terá direito ao exercício da sua atividade sem interrupção, salvo por fato extraordinário. A expedição da licença ambiental não gera para o empreendedor o direito adquirido para o exercício da atividade, pois uma vez extrapolados os limites impostos pelo órgão licenciador a licença concedida poderá ser revogada.

Deste modo, buscando condicionar o funcionamento dos empreendimentos licenciados às normas ambientais, a Resolução do CONAMA 237/97, em seu artigo 19, dispôs que no surgimento de fatos supervenientes, poderá o órgão ambiental competente, motivadamente modificar as medidas de controle e adequação, suspender ou cancelar uma licença expedida, quando ocorrer:

> *I – violação ou inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais.*
> *II – omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiariamente a expedição da licença.*
> *III – superveniência de graves riscos ambientais e de saúde.*

Nestes casos, a decisão do órgão licenciador deve ser motivada, assegurando assim àquele que teve sua atividade cassada ou suspensa, o direito da ampla defesa, consagrada pelo exercício do contraditório e do acesso pleno à prova, sob pena de nulidade (art. 5o, LV, da Constituição Federal de 1988).

O empreendedor deve requerer a renovação das licenças com antecedência mínima de 120 (cento e vinte) dias da expiração de seu prazo de validade, fixado na respectiva licença, ficando este então, automaticamente prorrogado até a manifestação definitiva do órgão ambiental competente.

3.4 Licença contrária as normas ambientais

A expedição das licenças ambientais pressupõe que o empreendedor tenha cumprido todos os requisitos impostos pela legislação ambiental. Sendo violados alguns dos requisitos cabe ao poder público através do controle interno dos seus atos e ao judiciário a anulação da concessão das respectivas licenças ambientais, pois a licença ambiental nula não gera direitos ao particular.

A declaração de nulidade da licença ambiental será feita pelo órgão ambiental competente através de parecer motivado, enquanto que pelo judiciário através de sentença.

Ressalta-se que deve ser assegurado ao empreendedor o devido processo legal, com pleno acesso ao processo e a ampla defesa, antes de ser declarada a nulidade da licença.

3.5 Competência para o licenciamento ambiental

A competência para licenciar está definida no artigo 10, da Política Nacional do Meio Ambiente que estabelece que o licenciamento ambiental cabe aos órgãos ambientais estaduais e supletivamente ao IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis).

A Resolução do CONAMA 237/97 definiu as competências, tanto na esfera federal como na estadual e outorgou a cada um dos entes a competência segundo as suas peculiaridades e interesses.

O licenciamento será de competência do IBAMA segundo o artigo 4o, da mencionada resolução, quando:

> *Art. 4º - Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, órgão executor do SISNAMA, o licenciamento ambiental, a que se refere o artigo 10 da Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981, de empreendimentos e atividades* ***com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, a saber****:*
> *I - localizadas ou desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; no mar territorial; na plataforma continental; na zona econômica exclusiva; em terras indígenas ou em unidades de conservação do domínio da União.*
> *II - localizadas ou desenvolvidas em dois ou mais Estados;*
> *III - cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais do País ou de um ou mais Estados;*
> *IV - destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN;*

> *V- bases ou empreendimentos militares, quando couber, observada a legislação específica.*
> *§ 1o - O IBAMA fará o licenciamento de que trata este artigo após considerar o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Estados e Municípios em que se localizar a atividade ou empreendimento, bem como, quando couber, o parecer dos demais órgãos competentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, envolvidos no procedimento de licenciamento.*
> *§ 2o - O IBAMA, ressalvada sua competência supletiva, poderá delegar aos Estados o licenciamento de atividade com significativo impacto ambiental de âmbito regional, uniformizando, quando possível, as exigências.*

Para Paulo Affonso Leme Machado (2002, p262), a atuação supletiva do IBAMA ocorre "se o órgão estadual ambiental for inepto ou se o órgão permanecer inerte ou omisso".

A Resolução CONAMA 237/97 define a competência estadual:

> *Art. 5º - Compete ao órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal o licenciamento ambiental dos empreendimentos e atividades:*
> *I - localizados ou desenvolvidos em mais de um Município ou em unidades de conservação de domínio estadual ou do Distrito Federal;*
> *II - localizados ou desenvolvidos nas florestas e demais formas de vegetação natural de preservação permanente relacionadas no artigo 2o da Lei no 4.771, de 15 de setembro de 1965, e em todas as que assim forem consideradas por normas federais, estaduais ou municipais;*
> *III - cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais de um ou mais Municípios;*
> *IV – delegados pela União aos Estados ou ao Distrito Federal, por instrumento legal ou convênio.*
> *Parágrafo único. O órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal fará o licenciamento de que trata este artigo após considerar o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Municípios em que se localizar a atividade ou empreendimento, bem como, quando couber, o parecer dos demais órgãos competentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, envolvidos no procedimento de licenciamento.*

Paulo Affonso Leme Machado (2002), considera que existem atividades ao mesmo tempo de importância nacional e regional, havendo a hipótese de duplo licenciamento.

O art. 6º, da Resolução CONAMA 237/97, determina que compete ao órgão ambiental municipal a competência, quando couber, para o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e daquelas que lhe forem delegadas pelo Estado por instrumento próprio (legal ou convênio).

A Constituição Federal de 1988 estabelece que todos os entes da federação exercem competência para a proteção do meio ambiente e assim todos os entes podem licenciar, desde que não interfiram na competência alheia.

Vladimir Passos de Freitas (1998), ao abordar o tema, considera que o licenciamento tem suas regras gerais traçadas pela legislação federal, mas que devido a sua importância para a preservação do meio ambiente, estados e municípios podem, segundo as peculiaridades de cada um, estabelecer critérios próprios.

Nada mais correto e oportuno que todos os entes federativos possam estabelecer normas e critérios para o licenciamento, pois se trata de um procedimento administrativo preventivo aos possíveis danos gerados ao meio ambiente por empreendimentos potencialmente poluidores. Portanto, legislar sobre meio ambiente é legislar sobre proteção ambiental, o que é dever do poder público.

3.6 Licenciamento ambiental de atividades instaladas antes da lei no 6.938/81

Os estudos de impactos ambientais (EIA,RIMA,AIA) e licenciamento determinados pela Constituição Federal/88, em regra, devem ser feitos anteriormente a instalação da atividade/empreendimento para prevenir possíveis degradações ambientais.

Todavia, algumas vezes, o licenciamento não foi exigido porque a atividade não apresentava riscos ao meio ambiente ou não causaria significativo impacto ambiental. Não obstante, com o passar dos anos, essas atividades apresentam-se potencialmente poluidoras, e assim, faz-se necessário exigir os respectivos estudos ambientais e a expedição das licenças.

Outra situação, a mais comum, é quanto à instalação da atividade antes da Lei no 6.938/81, haja vista a inexistência da previsão destes instrumentos.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo (1999), considera que é perfeitamente possível exigir um estudo de impacto ambiental ou até mesmo o licenciamento a posteriori à instalação da atividade, haja vista que a PNMA em seu art. 9o não limita o momento para estes atos.

3.7 Atividades causadoras de significativa degradação ambiental

O licenciamento ambiental, instrumento preventivo para a proteção do meio ambiente, foi criado para a consecução dos objetivos da PNMA, tendo como principal intuito preservar, melhorar, recuperar a qualidade ambiental e harmonizar o desenvolvimento socioeconômico com o uso sustentável dos recursos naturais.

Sendo assim, conforme já analisado o licenciamento será utilizado quando uma atividade utilizadora de recursos ambientais ou qualquer outra considerada efetiva ou potencialmente poluidora possa de qualquer forma causar degradação ambiental.

A Resolução do CONAMA no 237/97, em seu anexo I, arrola quais as atividades potencialmente poluidoras. Essas atividades possuem características próprias e são consideradas potencialmente poluidoras ou utilizam recursos naturais e, portanto deverão realizar licenciamento ambiental obrigatoriamente. Se causarem significativa degradação ambiental também deverão realizar o EIA/RIMA.

Todavia, há que se considerar que a Resolução do CONAMA 237/97, elenca as atividades que deverão fazer o licenciamento, mas outras atividades mesmo não arroladas também deverão, se o órgão ambiental competente entender que a atividade é capaz de causar potencial poluição.

Deste modo, tem-se que o rol de atividades causadoras de significativa degradação ambiental, anexo I, da Resolução CONAMA 237/97, é apenas exemplificativo e não taxativo.

Maria Luiza Machado Granziera (2001), considera que a Resolução CONAMA 237/97 estabeleceu exemplificativamente o rol de empreendimentos sujeitos ao licenciamento. Neste sentido, José Afonso da Silva (2000), entende que as atividades enumeradas são exemplificativas, haja vista que a Constituição Federal/88 não limita os casos para realização do licenciamento, bastando apenas que ocorra degradação ambiental.

3.8 Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e Relatório de Impacto Ambiental (RIMA)

Todas as atividades que possam causar "significativa" degradação deverão elaborar estudos de impacto ambiental para comprovar e verificar o grau da degradação provável. Esses estudos são compreendidos pelo Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental.

Todavia, quando os impactos não forem significativos, serão exigidos do empreendimento ou obra apenas estudos ambientais, estes de menor complexidade e que compõem o processo de licenciamento.

A Constituição Federal de 1988, disciplina a matéria no art. 225, § 1o, IV, assim estabelecendo:

> *Art. 225 [...].*
> *§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:*
> *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.*

Nota-se que o dispositivo constitucional tem duas condicionantes para a sua aplicação na defesa do meio ambiente. A primeira é que a exigência seja feita "na forma da lei". A segunda exigência é que a atividade apresente significativa degradação ambiental. Ressalte-se que o dispositivo constitucional faz exigência de que o EIA e respectivo RIMA, sejam solicitados e aprovados na forma da lei. Assim, pelo princípio da legalidade, há necessidade de previsão legal específica para que a exigência possa ser formulada.

Os critérios a serem obedecidos na elaboração do EIA, estão previstos no artigo 6o, da Resolução CONAMA 01/86:

> *Artigo 6º - O estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas:*
> *II - Análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais.*

O Estudo de Impacto Ambiental pode ser definido como sendo o estudo responsável em verificar antecipadamente o grau de impacto, direto ou indireto, gerado pelo empreendimento ou pela obra ao meio ambiente. Apresenta natureza

jurídica de instituto constitucional, caracterizando-se ainda, como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente.

Para José Afonso da Silva (2000, p. 289), o estudo de impacto ambiental "é um instrumento de defesa da qualidade ambiental", e conseqüentemente um pressuposto para o funcionamento de estabelecimentos capazes de causar degradação ambiental. Tem proteção constitucional dada pelo art.225, § 1o, IV, atribuindo ao poder público a prerrogativa de exigi-lo e de lhe dar publicidade.

Entre as finalidades do estudo de impacto ambiental, consoante o art. 5o da Resolução do CONAMA 001/86, destacam-se:

> *I - Contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização de projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto;*
> *II - Identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade ;*
> *III - Definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza;*
> *lV - Considerar os planos e programas governamentais, propostos e em implantação na área de influência do projeto, e sua compatibilidade.*

O relatório de impacto ambiental refletirá as conclusões do estudo de impacto ambiental. Suas informações técnicas devem ser expressas em linguagem acessível ao público, ilustradas por mapas com escalas adequadas, quadros, gráficos e outras técnicas de comunicação visual, de modo que possam ser entendidas claramente as possíveis conseqüências ambientais e suas alternativas, comparando as vantagens e desvantagens de cada uma delas.

Silva (2000, p.296-297), em linhas gerais leciona que o RIMA deverá conter os objetivos e justificativas do projeto; sua relação e compatibilidade com as políticas setoriais, planos e programas governamentais; descrição do projeto, suas alternativas tecnológicas e respectivas análises dos impactos ambientais; caracterização da qualidade futura da área de influência, comparando as diferentes situações do projeto e suas alternativas, bem como a hipótese de sua não realização; descrição do efeito esperado das medidas mitigadoras; programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos e análise de alternativas locacionais.

O relatório de impacto ambiental visa dar ao público o conhecimento das principais conclusões do estudo de impacto ambiental, fazendo uso de termos e escrita de fácil compreensão e com um maior detalhamento.

Ao discorrer sobre o tema, Carlos Gomes de Carvalho (2001, p. 173), reforça o entendimento doutrinário e assevera:

> *O Estudo de Impacto Ambiental (EIA) é realizado por uma equipe multidisciplinar e, em embora encomendado pelo proponente do projeto, tem forçosamente caráter público, pois desde o seu início, impõe-se a intervenção do órgão ambiental, ficando este assim vinculado até o final com a equipe que o elaborou. O Estudo de Impacto ambiental – EIA é uma investigação pormenorizada e abrangente sobre todos os aspectos do ecossistema que será afetado, nele incluindo-se, além do trabalho de campo e das análises de laboratório, as*

descrições dos testes, o monitoramento dos impactos e da metodologia utilizada, também a literatura científica e jurídica que lhe serviu de base.

O RIMA – Relatório de Impacto Ambiental, que será elaborado pela mesma equipe multidisciplinar, é uma síntese do EIA, tendo entre os seus objetivos principais o de proporcionar ao conjunto da sociedade, basicamente constituído por leigos, informações em linguagem acessível e de forma objetiva e adequada à sua compreensão, sobre os estudos técnicos – científicos realizados. Síntese, no entanto, não significa escamotear ou mutilar dados e informações existentes no EIA, ao contrário, o RIMA, ilustrado por mapas, cartas, quadros, gráficos e demais técnicas de comunicação visual, necessariamente refletirá "as conclusões do Estudo de Impacto Ambiental".

Portanto, quando a Constituição Federal de 1988 tratou sobre EIA/RIMA admitiu a possibilidade de que algumas atividades ou obras não são obrigadas a realizar os respectivos estudos, ficando o EIA/RIMA condicionados às atividades potencialmente causadoras de significativa degradação ambiental (art. 225, § 1o, IV, da CF).

Destarte, o requisito indispensável para a requisição e realização do EIA/RIMA é que a atividade possa causar "significativa" degradação, deste modo a atividade fica dispensada da realização do EIA/RIMA quando não apresentar probabilidade de causar significativa degradação ambiental. Não obstante, nestes casos, não se eximirá da realização do licenciamento ambiental, ou de estudos de menor complexidade a requerimento do órgão licenciador.

Salienta-se ainda que, a existência de EIA/RIMA favorável condicionará a autoridade competente à outorga da licença ambiental. Importante consignar também que, serão levados em consideração os impactos ao meio ambiente natural como também ao meio ambiente humano, ou seja, a instalação de um empreendimento ou atividade ainda que cause danos ao meio ambiente natural poderá obter a LAO, tendo em vista os benefícios que proporcionará ao meio ambiente humano, tais como, geração de empregos direitos e indiretos. Neste caso, também serão impostas medidas preventivas e mitigatórias.

O objetivo da Constituição Federal/88 ao exigir os estudos ambientais para atividades que possam causar significativa degradação ambiental e o licenciamento àquelas que possam causar degradação ambiental ou que utilizem recursos naturais é de atender o preceito constitucional de proteger o meio ambiente para as atuais e futuras gerações, propiciando assim à sociedade um ambiente equilibrado. Também estar-se-á dando efetividade ao princípio ambiental da prevenção e da precaução.

3.9 Publicidade dos procedimentos

As normas ambientais pátrias, visando cumprir os princípios democráticos que norteiam o Direito Ambiental e o Direito Constitucional, bem como o Estado brasileiro possibilitam a participação da sociedade em assuntos envolvendo o meio ambiente, haja vista, sê-lo um bem de uso comum do povo.

Um dos principais instrumentos de participação popular é a audiência pública. Paulo de Bessa Antunes (2002, p.294), considera que a audiência pública tem por objetivo prestar as informações necessárias contidas no EIA/RIMA e em contraproposta receber sugestões e críticas para que os administradores saibam qual a opinião da sociedade sobre o projeto e implantação da atividade.

As audiências públicas foram regulamentadas pelas Resoluções CONAMA 001/86 e 009/87 e atualmente pela Resolução CONAMA 237/97. O art. 1º da Resolução CONAMA 009/87 diz que a audiência pública tem por "finalidade expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e do seu referido RIMA, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito". Já o art. 2º estabelece a possibilidade de sua realização "sempre que julgar necessário, ou quando for solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público, ou por 50 (cinqüenta) ou mais cidadãos, o órgão de meio ambiente promoverá a realização de audiência pública".

Luiz Antônio Abdalla de Moura (2002, p. 280), considera que a audiência pública é realizada com dois objetivos:

> *informar o público sobre o projeto e seus impactos, de modo que os interessados (população próxima à empresa e outros), tenham oportunidade de expor suas dúvidas sobre o empreendimento e vê-las esclarecidas;*
> *informar aos responsáveis pela decisão e ao proponente do projeto as expectativas e eventuais objeções do público (para serem consideradas como um dos critérios de decisão).*

Cláudia Vieira Maciela , entende que a educação ambiental e a participação da sociedade nos processos de licenciamento ambiental são essenciais, pois se estará efetivando preventivamente a proteção do meio ambiente e o uso sustentável dos recursos naturais. Assevera ainda a Autora que:

Ademais, atribuir a responsabilidade pelo controle e defesa do meio ambiente apenas ao Poder Público, bem como às Organizações Não Governamentais, é coibir a continuidade da própria geração e lançá-los à sorte conquistada por aqueles que não desistiram e lutaram pela sobrevivência da raça humana.

É revestidos dessa consciência que cada cidadão deve tomar posse da obrigação outorgada à coletividade, do direito de defender o seu habitat e de exigir do Estado o seu implemento, inclusive dos meios judiciais de defesa, antes que o homem descubra o que um anônimo autor já escreveu:

"Depois da última árvore sem fruto, do último rio envenenado, o homem perceberá que dinheiro não se come".

> *A publicidade, que ocorre, ou deveria ocorrer, no processo de licenciamento ambiental, é disciplinada na esfera federal pela Lei no 6.938/81, que em seu artigo 10, § 1o, declara "Os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão serão publicados no jornal oficial do Estado, bem como em um periódico regional ou local de grande circulação".*

Ao discorrer sobre a matéria, Carlos Gomes de Carvalho (2001), considera que a ampla publicidade não deve ser entendida como a violação de segredo

industrial ou comercial, pois o segredo industrial recebe proteção do art. 11, da Resolução CONAMA 01/86 e que também foi recepcionado pela Carta Magna de 1988. O Autor declara ainda que:

A publicidade é um dos pilares do estudo de impacto ambiental, mas não só dele. As estratégias de proteção da natureza e de avaliação das conseqüências das atividades a serem desenvolvidas pelas políticas governamentais devem ser levadas, tempestiva e apropriadamente, ao conhecimento da sociedade. Tal objetivo constitui-se na essência da qualidade da vida democrática e representa uma forma de aferição de seu nível de existência: o cidadão é efetivamente consultado e passa, concretamente, a participar das decisões (2001, p.172).

A Lei 10.650/2003, em seu artigo 1o, dispõe sobre o acesso público aos dados e informações ambientais existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA).

Por esta lei, os órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ficam obrigados a permitir o acesso público de qualquer indivíduo aos documentos, que tratem de matéria ambiental, independentemente da comprovação de interesse específico, mediante requerimento escrito, no qual assumirá a obrigação de não utilizar as informações colhidas para fins comerciais, sob as penas da lei civil e penal.

Prevê ainda esta lei, em seu artigo 4o, que devem ficar disponíveis em local de fácil acesso ao público, listagens e relações de dados referentes, por exemplo, a pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão. Devendo ainda ser motivado administrativamente o indeferimento de pedido de informações ou consulta a processos administrativos (art. 5º).

3.10 Equipe multidiciplinar

Os estudos ambientais, principalmente o EIA/RIMA, que deverão ser realizados no licenciamento ambiental visando a obtenção das licenças deverão ser realizados por uma equipe multidisciplinar, composta por profissionais de várias áreas e sem vínculo com o proponente do projeto. Esta equipe terá a função de fornecer, ao órgão ambiental competente, o laudo técnico do projeto a ser instalado.

A Resolução do CONAMA 01/86 estabeleceu em seu artigo 7º à independência da equipe técnica responsável pelo EIA, determinado que: “o estudo de impacto ambiental será realizado por equipe multidisciplinar habilitada, não dependente direta ou indiretamente do proponente do projeto e que será responsável tecnicamente pelos resultados apresentados”. Todavia, os honorários devidos à equipe técnica serão pagos pelo empreendedor.

Cabe ressaltar que os profissionais poderão ser punidos por suas entidades de classe, se negarem informações ou distorcerem os dados visando a concessão de licença ao empreendedor, além da configuração e responsabilização penal e cível.

4. CONCLUSÕES ARTICULADAS

4.1 A explosão de normas ambientais, em nível nacional e internacional é resultado da degradação ambiental, da escassez dos recursos naturais, das alterações ocorridas no ambiente nas últimas décadas e daquelas que virão, se o padrão de comportamento atual for mantido.

4.2 O licenciamento ambiental, como também os estudos ambientais, principalmente o EIA/RIMA são instrumentos de gestão ambiental que podem efetivar a proteção e conservação ambiental, desde que sejam cumpridas as normas legais e seja propiciada a participação popular nos processos.

4.3 O licenciamento ambiental é o instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente mais importante, pois, é um instrumento preventivo que possibilita o monitoramento das atividades produtivas que interferem diretamente ou não nas condições ambientais, obrigando-as ao cumprimento de certos requisitos para a obtenção sucessiva das respectivas licenças ambientais, quais sejam: licença ambiental prévia, de instalação e de operação. Todavia, nada obsta que todas as licenças sejam concedidas de forma cumulativa.

4.4 Importante salientar que, assim como o licenciamento e o EIA/RIMA e os demais estudos ambientais (estudo de impacto de vizinhança, avaliações ambientais) efetivam os princípios ambientais da prevenção e da precaução.

4.5 Deverão realizar o licenciamento ambiental todas as atividades e empreendimentos que utilizem recursos naturais ou possam causar degradação ambiental. Até mesmo as atividades instaladas antes da vigência da Política Nacional do Meio Ambiente deverão realizar o licenciamento requerendo a licença ambiental de operação.

4.6 Durante o licenciamento poderão ser requisitados diversos estudos ambientais, tais como, estudo de impacto de vizinhança, avaliação de impactos ambientais e o estudo de impacto ambiental e relatório de impacto ambiental. O EIA/RIMA será exigido quando a atividade e ou empreendimento causar "significativa" degradação ambiental, nos demais casos, ou seja, nos casos de danos de pequena monta os estudos de menor complexidade serão exigidos.

4.7 A competência para licenciar será dividida entre o órgão federal, IBAMA, os órgãos estaduais, e os órgãos municipais. A competência do IBAMA é de caráter supletivo, ou seja, o IBAMA irá licenciar quando a competência for estadual e os órgãos estaduais ficarem inertes, ou ainda, quando os danos extrapolarem os limites do país, ou envolverem diversos estados. Aos estados competem licenciar os empreendimentos que causarem danos em vários municípios ou danos limitados ao território estadual. Aos municípios a competência para o licenciamento será exercida quando os impactos gerados forem locais ou quando houver delegação do estado.

4.8 Quanto à determinação das atividades que deverão submeter-se ao licenciamento, serão todas aquelas arroladas no Anexo I, da Resolução do CONAMA 237/97, por presumirem ser potencialmente causadoras de degradação ambiental e quaisquer outras a critério do órgão ambiental licenciador, ou seja, todas não arroladas que possam causar significativa degradação ambiental.

4.9 A natureza jurídica do licenciamento ambiental é de autorização e não de licença, pois é um ato precário que faculta à administração pública a revogação no momento que achar oportuno, desde que, motivada a decisão, todavia, sendo concedido ao empreendedor o exercício da ampla defesa.

4.10 Deverá ser dada publicidade dos atos realizados no licenciamento, oportunizando inclusive a participação popular.

4.11 O EIA/RIMA será elaborado por equipe multidisciplinar contratada e remunerada pelo empreendedor. Ressalvando que os profissionais poderão ser responsabilizados penalmente, bem como, perante o conselho ético de sua classe.

4.12 As licenças vigerão por prazos determinados obedecendo-se o limite imposto pela lei e 120 dias antes da expiração do prazo o empreendedor deverá pedir a renovação da licença. A renovação será concedida critério do órgão ambiental de acordo com o interesse e conveniência. Importante ratificar que toda decisão deverá ser motivada para possibilitar a ampla defesa e o contraditório.

4.13 A inexistência das licenças ambientais configura crime ambiental, previsto no artigo 60, da Lei de Crimes Ambientais com pena de detenção de 1 a 6 meses ou multa ou ambas cumulativamente e também a infração administrativa prevista no artigo 44, do Decreto 3.179/99, com sanção de multa de quinhentos reais a dez milhões de reais.

4.14 Para que a proteção do meio ambiente seja efetiva, não é suficiente tão-só uma legislação moderna que contenha instrumentos eficazes e efetivos de gestão ambiental. É preciso que a gestão ambiental seja efetiva, e será se a coletividade e os poderes públicos cumprirem com seu dever constitucional de proteção ao ambiente e respeitarem os direitos alheios, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

BIBLIOGRAFIA

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Lei no 5. 172, de 22 de setembro de 1966. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Legislativo, Brasília, DF, 23 set.1966. p. 011035 COL 2

_____. Lei 6.938/81, 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 República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 02 set. de 1981.

_____. Resolução CONAMA 001/86, de 23 de Janeiro de 1986. "Dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para o Relatório de Impacto Ambiental – RIMA". Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 fev.1986.

_____. Resolução CONAMA 009/87, de 03 de dezembro de 1987. "Dispõe sobre a questão de audiências Públicas". Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 jul.1990.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, de 05 out. 1988.

_____. Resolução CONAMA 237/97, de 22 de dezembro de 1997. "Regulamenta os aspectos de licenciamento ambiental estabelecidos na Política Nacional do Meio Ambiente" - Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 dez. 1997.

_____. Lei 9.605/98, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 fev.1998.

_____. Decreto 3.179/99, de 21 de setembro de 1999. "Dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente". Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 set. 1999, p. 000001 COL 2.

CARVALHO, Carlos Gomes de. Introdução ao Direito Ambiental. São Paulo: Letras & Letras, 2001.

CUNHA, Sandra Baptista da; GUERRA, Antonio José Teixeira. Avaliação e perícia ambiental. 3. ed. Rio de Janeiro, 2002.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Direito de o empreendedor desenvolver sua atividade em face de EIA/RIMA favorável no âmbito do Direito Ambiental brasileiro.

_____; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

FREITAS, Vladimir Passos de. Direito administrativo e meio ambiente. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1998.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito de águas: disciplina jurídica das águas doces. São Paulo: Atlas, 2001.

JUNGSTEDT, Luiz Oliveira Castro. Direito Ambiental: legislação. 2. ed. Rio de Janeiro: Thex Ed, 2002.

MACIEL, Claudia Vieira. A importância da participação da sociedade nos processos de licenciamento ambiental. Disponível em:< http:// www.buscalegis.ufsc.br>. Acesso em: 02 ago. 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MATTOS, Liana Portilho; et. al. Estatuto da Cidade Comentado: lei 10.257/01. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direto Administrativo. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MORAES, Luís Carlos Silva de. Curso de direito ambiental. São Paulo: Atlas, 2001.

MOURA, Luiz Antônio Abdalla de. Qualidade e gestão ambiental. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão: Ação Civil Pública no 178.554-1-6. Decisão da 7a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 12 maio 1993.

SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

AS URGÊNCIAS DO MEIO AMBIENTE E O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

SIMONE DE OLIVEIRA FRAGA
Juíza de Direito do Estado de Sergipe,mestranda em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC

1. INTRODUÇÃO

O problema do "acesso à justiça", fez surgir a preocupação com a evolução do processo civil na atualidade. A sua moldura clássica, baseada na teoria da autonomia do processo em relação ao direito material, não satisfaz as exigências e os conflitos nascidos do desenvolvimento da sociedade pós-industrial ou sociedade de risco.

A constatação de que o processo deveria ser pensado a partir da produção de tutelas, que efetivamente operassem a pacificação dos conflitos, aboliu a ilusão de sua autonomia em relação ao direito substancial. Ou seja, as decisões devem ter a função de deferir o bem da vida que se encontra em questão, e não apenas, deferir formalmente, uma tutela cujo procedimento não se encontra apto a tornar efetivo o direito material.

Isso se traduz, quando a garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal se materializa, através da ação dos operadores do direito ao interpretar o direito processual civil, o direito ambiental, o direito civil, o direito penal, em fim todos os ramos do direito, a partir do texto constitucional.

No caso específico do processo, a busca da sua adequação ao texto constitucional promoveu importantes avanços, que permitiram a criação das tutelas dos direitos de natureza coletiva e, no processo ordinário, a tutela antecipatória.

Ocorre, porém, que não obstante a modificação pontual operada no sistema processual vigente,constata-se que não existe uma tutela voltada para a prevenção do ilícito. O modelo de processo civil da escola sistemática, que tem como premissa maior a sua autonomia em relação ao direito civil, já não responde ao fim instrumental que o processo se propõe, haja vista que está baseado nos valores de um direito de índole liberal individualista, no qual o ilícito se confunde com o dano e, por esta razão, a única tutela eficiente contra o ilícito é a reparação através do pagamento em pecúnia do valor econômico equivalente à lesão, querendo dizer que, o bem juridicamente protegido equivale à coisa que esteja no mercado e tenha valor de troca.

Tal raciocínio é perfeitamente adequado a todos os bens que tenham natureza patrimonial. Mas, não se presta aos bens de natureza não patrimonial, como o é o caso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no artigo 225 da Constituição Federal de 1988.

2. MEIO AMBIENTE – CONCEITO E DIMENSÃO JURÍDICA

No Aurélio, a palavra meio ambiente é definida como "o conjunto de condições naturais e de influências que atuam sobre os organismos vivos e os seres humanos".[1]

Conforme observado, o conceito gramatical de meio ambiente não se aparta do conceito apresentado no artigo 3º, inciso I da Lei 6.938 de 31 de Agosto de 1981, que trata da política nacional de meio ambiente, como "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"[2].

Do conceito legal de meio ambiente, retira-se a conclusão de que se encontra superada a idéia do homem dissociado da natureza, passando para a visão integrativa e interativa de que sem a natureza o homem não sobrevive.

Mas, para chegarmos ao, hoje denominado, antropocentrismo alargado[3], temos uma longa viagem iniciada no iniciada na década de 70 e da qual trataremos mais adiante.

3. GÊNESE DO PROBLEMA

Até o final da década de 80, a maior preocupação com a natureza se dava em relação ao receio com o esgotamento dos recursos naturais que possuíssem interesses econômicos envolvidos, assim a preocupação estava circunscrita quase que exclusivamente no petróleo. Até este momento, no centro da questão de meio ambiente se encontrava a preocupação com a sobrevivência da espécie humana numa visão de viés puramente econômico.

Nos dias atuais, tal visão se encontra superada, não só porque os recursos naturais, à medida que vão sendo degradados, não são renováveis e os que possuem tal qualidade demoram gerações para serem recuperados, como também, em razão do modelo de desenvolvimento adotado, operou-se um desequilíbrio ambiental cuja uniformidade de seus efeitos fez surgir uma nova consciência global.

A partir da década de 70 do século passado, os efeitos devastadores do desenvolvimento técnico e científico começaram a repercutir não só no campo das ciências sociais, humanas, e biológicas, como também chegaram ao tecido social.

As Nações Unidas[4], com a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente,em 1972, e, posteriormente, a Convenção das Nações Unidas de 1992 e a ECO-92, inaugurou um novo paradigma e passou-se a encarar o meio ambiente como bem autônomo, imaterial e interdependente. Essa mudança paradigmática trouxe a novidade de retirar o homem do centro da discussão e o incluiu no conceito de meio ambiente como os demais seres vivos, interagindo de forma integrada e interativa.

---

[1] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Aurélio Século XXI. O Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira,1999.

[2] CAPPELLI, Silvia. Ministério Público do Rio Grande do Sul. *Coletânea de Legislação Ambiental*. Rio Grande do Sul: CORAG, 2003.

[3] LEITE, José Rubens. Dano Ambiental: *do individual ao coletivo e extrapatrimonial*. RT. São Paulo. 2003. p. 69-91.

[4] Estas são na realidade declarações e não propriamente cartas de direitos e se localizam no âmbito do Direito Internacional, conforme BOBBIO enquanto não ratificadas não passam de diretivas gerais pautadas pela crença nas boas intenções ou boa vontade dos Estados membros. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Campus. Rio de Janeiro. 1992.

Em realidade, a visão antropocêntrica não foi abandonada, mas ao se constatar que a intervenção humana destrói os recursos naturais não renováveis, e que seu comportamento deletério traz ameaça a sua própria existência na terra, procurou-se somar a esta visão antropocêntrica, valores que têm em vista a proteção do meio ambiente. Esse novo paradigma foi denominado de antropocentrismo alargado[5].

Quando a sociedade passou a constatar que a boa qualidade de vida era diretamente proporcional ao equilíbrio do meio ambiente, e principalmente, que o homem fazia parte de todo este sistema de forma integrativa e interdependente, criou-se uma consciência ética preservacionista, bem como, na esfera do Estado constatou-se que a devastação e o desequilíbrio ecológico geraram uma área de conflituosidade à qual não poderia o ordenamento jurídico ficar indiferente.

Buscando conceituar juridicamente o meio ambiente, carece preliminarmente relembrar que a mudança paradigmática do antropocentrismo puro para o antropocentrismo alargado, se deveu ao fato de que o homem passou a ter uma compreensão ética dos efeitos de sua intervenção nos ecossistemas, constatando a vulnerabilidade desses em face do modelo de desenvolvimento adotado.[6]

4. BEM AMBIENTAL

Quando se pensa em meio ambiente surgem duas realidades distintas, uma anterior à Constituição Federal de 1988 e outra posterior.

Essa primeira realidade ainda comporta duas circunstâncias, uma não distingue o meio ambiente do instituto da propriedade, que ainda possuía caráter absoluto. Portanto, o proprietário poderia dispor livre e ilimitadamente de tudo o que estivesse sob o seu domínio.

E a segunda, quando o meio ambiente não se encontrava incorporado à propriedade, neste caso, era tratado como coisa de ninguém, e como tal, não necessitava de proteção.

Com o advento da Constituição federal de 1988, a qual adotou em seu artigo 225 o antropocentrismo alargado, surge uma modificação daquela realidade, uma vez que, o meio ambiente não mais é visto a partir da utilidade econômica do mesmo e busca-se, agora, a preservação do meio ambiente por sua capacidade funcional.

Dogmaticamente as normas jurídicas descrevem fatos e consagram valores, portanto, elaboram o Direito[7]. Para a mesma doutrina, instituto jurídico por sua

[5] "(...)não é possível conceituar meio ambiente fora de uma visão de cunho antropocêntrico, pois, sua proteção jurídica depende de uma ação humana. Neste sentido, aponta o Princípio n. 1 da Eco/92, que ressalta que os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável." LEITE, José Rubens Morato. e AYALA, Patryck de Araújo. *Novas Tendências e Possibilidades do Direito Ambiental no Brasil.* IN *Os "Novos" Direitos no Brasil*. WOLKMER, Antonio Carlos e LEITE, José Rubens Morato (orgs). Saraiva. São Paulo. 2003. p. 208.

[6] LEITE, José Rubens. Dano Ambiental: do individual ao coletivo e extrapatrimonial. RT. São Paulo. 2003. p. 72.

[7] Para o nosso estudo são estas as noções que vamos utilizar, não obstante isso, não perdemos de vista que: "Quando o positivista fala em Direito, refere-se a este último – e único – sistema de normas, para ele, válidas, como se ao pensamento e prática jurídicas interessasse apenas o que certos órgãos do poder social (a classe e grupos dominantes ou, por elas, o Estado) impõem e rotulam com Direito. É claro que vai nisto uma confusão, pois tal posicionamento equivale a deduzir todo Direito de certas normas, que supostamente o exprimem, como quem dissesse que açúcar 'é' aquilo que achamos numa lata com a etiqueta açúcar, ainda que um gaiato lê tenha colocado pó-de-arroz ou um perverso tenha enchido o recipiente com arsênico"(LYRA Filho, Roberto. *O que é o Direito*. São Paulo: editora brasiliense s.a.,2004,p.8.

vez "é a reunião de normas jurídicas afins, que rege um tipo de relação social ou interesse e que se identifica pelo fim que se procura realizar"[8].

A norma representa a vontade geral, abstrata e hipotética da lei. Quando se verifica a hipótese prevista na lei, temos a particularização que forma a vontade concreta dessa mesma lei originando o direito subjetivo.

Assim, o que temos com a disposição do artigo 225 da Constituição Federal quando determina que todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, dá-se uma dimensão jurídica ao meio ambiente, que repercute na própria noção de direito subjetivo, de bem e de relação jurídica.

Ocorre que a evolução da sociedade, devido ao crescimento econômico contínuo, não significou uma adequação dos mecanismos jurídicos para esta nova realidade, o que agrava as conseqüências da completa ausência de políticas de gestão dos riscos o que gera uma irresponsabilidade organizada.[9]

Conforme se constata, o legislador, ao conceituar o que se entende por meio ambiente, buscou delimitar o campo de juridicidade do bem a que se busca tutelar, restando de forma evidente nessa conceituação que se trata de um bem unitário e autônomo, inclusive, não especificando qual a forma de vida que seria priorizada.

Não obstante, numa interpretação sistemática dessa lei temos, no artigo 2º, "caput", que os objetivos da política nacional do meio ambiente são a preservação e a recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando proteger a dignidade da vida humana. Mais uma vez, não se pode afastar do paradigma do antropocentrismo, mas é óbvia a opção do legislador por um alargamento dessa concepção.

Tal opção foi confirmada pelo constituinte de 1988, no artigo 225 da Constituição Federal, o qual eleva o meio ambiente ecologicamente equilibrado a um direito essencial e, portanto, fundamental de todos, cuja natureza jurídica é de uso comum do povo, assegurado às presentes e futuras gerações, impondo tanto ao Poder Público quanto à coletividade o dever de sua preservação.

Existem, nesse enunciado, efeitos jurídicos a serem considerados para o objeto especifico desse trabalho:

O primeiro diz respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental, pois, não somente aqueles direitos previstos no artigo 5º podem ser definidos como fundamentais, todos os direitos que são imprescindíveis para a dignidade da vida da pessoa humana também o são, eleva-se, portanto, por via de conseqüência, o meio ambiente ecologicamente equilibrado a esse patamar.

O segundo efeito é o tratamento dado ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como uma unidade juridicamente autônoma, e ,conforme LEITE[10], um macrobem, independente das unidades corpóreas que o compõem, não nos aprofundaremos nessa questão ante a amplitude das considerações que deveriam ser estudadas, mas chamamos a atenção para a relativização do direito de propriedade.

O terceiro efeito diz respeito à natureza jurídica do bem ambiental como bem de uso comum do povo, não no mesmo sentido que o Direito Administrativo dá aos bens públicos, numa outra perspectiva que tem como parâmetro o interes-

[8] NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito.* Rio de Janeiro: Forense, 1992.p.93.
[9] LEITE, José Rubens. Dano Ambiental: do individual ao coletivo e extrapatrimonial. RT. São Paulo. 2003. p. 69.
[10] LEITE, José Rubens. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo e extrapatrimonial*. RT. São Paulo. 2003. p. 70.

se e o bem comum, que por seu caráter difuso não é de fácil catalogação, uma vez que, "seu desfrute é necessariamente comunitário e reverte-se ao bem-estar individual", independente do regime de sua propriedade ser pública ou privada e, principalmente, não mais como *res nullius* e sim como *res communis omnium*.[11]

O quarto efeito, que se entende de fundamental importância não só pelo seu conteúdo em si como também seu caráter absolutamente inovador, é o de que se impõe ao Poder Público e à coletividade a preservação do meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Ao Estado cabem determinadas prestações para a proteção e prevenção do bem ambiental. E, à coletividade, cabe controlar as medidas tomadas pelo poder público relativas ao meio ambiente, colocando em prática o direito à participação, devendo este último criar condutas neste sentido.

Tem ainda caráter inovador o dever que se impõe ao poder público e à coletividade que solidariamente preservem hoje o direito das gerações de amanhã, ou seja, promova o desenvolvimento de modo sustentável resguardando os recursos para o futuro. O Direito é uma construção social que só se tornará efetiva se o operador do direito for sensível na sua interpretação às exigências do bem comum, que no caso presente é um sujeito de direito difuso, consubstanciado na presente e na futura geração.

Entender que tal disposição muda a noção de relação jurídica como vínculo gerador de direitos e obrigações entre sujeitos juridicamente identificáveis, e amplia esta noção, uma vez que cria um vínculo jurídico baseado na responsabilidade intergeracional.

Este trabalho propõe abordar o problema de modo que se permita vislumbrar algumas possíveis saídas jurisdicionais para tornar efetivo o direito descrito no artigo 225 da Constituição Federal , pois, certamente que "o Direito Ambiental é o novo marco jurídico de emancipação que permitirá a ampliação da cidadania no século XXI (...) é um novo marco epistemológico da própria ciência do direito", e certamente ajudará a responder o problema aqui apresentado e o dilema que a sociedade contemporânea tem a enfrentar: sustentabilidade ou extinção.[12]

5. AS URGÊNCIAS DO MEIO AMBIENTE EM JUÍZO: PRECAUÇÃO E PREVENÇÃO

Buscando responder à questão que finaliza o item anterior, se faz necessário definir o que são os "novos" direitos e como se operam as relações processuais nas ações de natureza coletiva, decorrentes das mudanças operadas nas relações entre Estado e sociedade civil visando um maior acesso e mais efetividade à Justiça.[13]

A Constituição Federal de 1988 inaugura, no nosso país, um novo patamar de direitos[14] definidos como:

[11] LEITE, José Rubens. *O Novo em Direito Ambiental – Introdução ao conceito de Meio Ambiente*.In VARELLA, Marcel. BORGES, Marcelo Dias. CARDOSO, Roxana B. Del Rey. BH. 1998. p.51.
[12] PORTANOVA, Rogério Silva. *Direitos Humanos e meio ambiente: uma revolução de paradigma para o Século XXI*. In LEITE, José Rubens Morato e BELLO Fº, Ney de Barros (org). *Direito Ambiental Contemporâneo*. São Paulo: Manole, 2004.
[13] BRANDÃO. Paulo de Tarso. *Ações Constitucionais : Novos Direitos e Acesso à Justiça*. Habitus. Florianópolis. 2001. p. 108.
[14] BRANDÃO. Paulo de Tarso.op.cit.p.120.

Os direitos de 1ª Geração, que são todos os direitos individuais, nascidos da noção de igualdade formal entre os indivíduos que são encarados abstratamente, não mais somente do ângulo do soberano mas também do ângulo do cidadão, característica do Estado Moderno.

Os de 2ª Geração, os direitos sociais onde os sujeitos são vistos no contexto social, analisando numa situação concreta, em que a intervenção do Estado se faz necessária.

Os de 3ª Geração, os transindividuais ou os direitos coletivos e difusos, que compreendem os direitos do consumidor e os do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Os de 4ª e 5ª Geração, relacionados à biotecnologia e à bioengenharia, que tratam da manipulação genética, eutanásia, aborto, e os advindos da realidade virtual, e da Internet, respectivamente.

Todos esses direitos são nascidos de uma determinada realidade histórica e vão perdendo o perfil com os quais foram concebidos inicialmente para se adequar à nova realidade, por exemplo, na idade média o direito de propriedade era absoluto e se estendia à pessoa dos servos.

Com o advento do Estado Moderno de cunho eminentemente individualista, o direito de propriedade continua sendo absoluto, mas ao servo é dada à liberdade em relação ao senhor feudal.

No Estado contemporâneo, o direito de propriedade continua a ser protegido constitucionalmente, desde que cumpra sua função social, Constituição de Weimar de 1919 e Constituição Federal Brasileira de 1988.[15]

E assim, não poderia deixar de ser, pois existem direitos que são nascidos das necessidades da contemporaneidade e que necessitam ser devidamente tutelados pelo Estado através de instrumentos compatíveis com estas necessidades.

O atual estágio de desenvolvimento industrial e tecnológico tornou a sociedade mais complexa e fez nascer uma gama de interesses que se distanciam dos esquemas previstos no nosso sistema processual clássico onde a legitimação ou legitimidade para agir se restringe ao próprio sujeito detentor do interesse individual.

Na esteira dessa nova modernidade, os interesses se modificam de acordo com as necessidades, indo além da tradicional dicotomia interesse público e interesse privado. O que interessa para o presente estudo é saber que uma categoria de interesse público se estende para além dos interesses do Estado, alcançando os interesses que se identificam com o bem geral ou da coletividade como um todo.[16]

Essa categoria intermediária de interesses jurídicos não se esgota com esse enunciado, assim quando forem citados os interesses metaindividuais, estará sendo referido o gênero no qual estão compreendidos os interesses difusos, os interesses coletivos, e os interesses individuais homogêneos[17].

---

[15] BRANDÃO. Paulo de Tarso. *Ações Constitucionais* : *Novos Direitos e Acesso à Justiça.* Habitus. Florianópolis. 2001. p.123.

[16] MAZZILLI. Hugo de Nigri. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*.São Paulo: Saraiva. 1995. p. 03.

[17] Lei 8.078/90. Código de Defesa do Consumidor.Art. 81, parágrafo único e incisos. Disponível na Internet >*http:www.senado.br*< acesso em 24 de merco de 2005.

Onde se pode catalogar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no artigo 225 da Constituição Federal, ante esta tipologia denominada interesses metaindividuais?

Fazendo a distinção de cada uma dessas categorias, podem-se entender os interesses difusos como "interesses indivisíveis, de grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexiste vínculo jurídico ou fático muito preciso"[18]. Mas, que na leitura do artigo 81 do CDC, estão interligadas juridicamente por estas circunstâncias de fato.

As noções clássicas de interesse público e interesse privado não são, também, suficientes para a compreensão dos interesses coletivos que se caracterizam por envolverem uma categoria de pessoas que possuem em comum uma mesma situação de fato e uma mesma relação jurídica.

Quanto aos interesses individuais homogêneos são estes divisíveis, fundados numa mesma origem de fato comum, nesse caso abre-se um parêntese para observar que esses têm natureza individualista, e nasceram da necessidade de diminuir o número de demandas que abarrotam o judiciário, sua criação foi artificial, e com objetivos bem pragmáticos, ou instrumentais, principalmente, permitir maior efetividade no acesso à justiça.

Isto posto, na compreensão do artigo e por tudo o que já foi demonstrado anteriormente, e sendo o meio ambiente um bem em si mesmo, autônomo e indivisível, constata-se que o interesse juridicamente protegido é de natureza difusa.

Por ser de natureza difusa, a tutela judicial desse interesse encontrava óbices na sistemática processual de gênese individualista até o advento da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que trata da Ação Civil Pública, inspirada na *class actions* norte – americanas e *relator actions inglesas*.[19]

Analisemos, portanto, os aspectos processuais das ações coletivas, principalmente no que diz respeito às medidas de natureza preventiva relativas à proteção do meio ambiente e, principalmente, se a forma como a mesma vem sendo operada pelos órgãos jurisdicionais vem atendendo ao seu escopo.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XXXV, já citado, normatiza o princípio da inafastabilidade da jurisdição pelo Estado, inclusive, tomando para si a responsabilidade apreciar tanto a lesão quanto a ameaça ao direito. Ocorre, porém, que tal disposição não encontra no nosso Código de Processo Civil o instrumento hábil de efetivação de tal princípio, principalmente, no que diz respeito às tutelas de natureza preventiva que por sua natureza necessitam de medidas urgentes.

É comum a preocupação, já na graduação, de definir o Direito Civil como direito substantivo, e o Direito Processual Civil como direito adjetivo, apartando esses ramos do direito de tal forma que eles nunca se encontram enquanto no campo da teoria.

Quando se passa a operar no dia a dia da lide judicial, seja como juízes, promotores ou advogados é que se percebe o quanto ambas as disciplinas estão carentes de se encontrarem, e o quanto o processo civil clássico se encontra dissociado

[18] MAZZILLI. Hugo de Nigri. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*.São Paulo: Saraiva. 1995. p. 03.
[19] MAZZILLI. Hugo de Nigri. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*.São Paulo: Saraiva. 1995. 1995. p. 18.

da realidade sócio-jurídica que exige efetividade e celeridade nas demandas, cada dia mais complexas.

Nosso Código de Processo Civil é dividido em três partes: Processo de Conhecimento, Processo de Execução e Processo Cautelar, para efeito de nosso estudo nos deteremos no estudo do processo de conhecimento e do cautelar, ante as características de seu procedimento.

O problema que se apresenta é relativo ao fato de que não existe no nosso Processo Civil uma tutela de natureza preventiva que atenda às urgências inerentes aos riscos reais ou potenciais das atividades consideradas danosas para o meio ambiente.

Nascido sob a influência de um Estado Liberal, o processo civil clássico comporta no procedimento ordinário uma cognição plena e exauriente, a inclusão das tutelas antecipatórias dentro desse procedimento, muito embora represente um avanço no que diz respeito à distribuição do ônus do tempo do processo, e não é solução para as tutelas diferenciadas que o Direito Ambiental necessita, ante o caráter quase irreversível dos danos causados ao meio ambiente.

Da mesma forma que a utilização indiscriminada das medidas cautelares, como forma de sumarização do processo, somente vem a demonstrar que o processo civil, nos moldes que o pensamos até hoje, não vem atingindo o seu escopo de pacificação social, que justifica a proibição à autotutela.

Como este estudo trata do direito / interesse ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no artigo 225 da Constituição Federal, e considerando que o dano ambiental tem como a maior característica a quase irreversibilidade de seus efeitos, deve-se tratar, antes de mais nada, de dois princípios fundamentalmente ligados à idéia de tutelas de urgência : o princípio da prevenção e o princípio da precaução.

Apenas para efeito de melhor fundamentar o nosso trabalho, convém adentrar, apenas superficialmente, no estudo dos princípios constitucionais, uma vez que, estes são condicionantes da interpretação da Constituição.

Os princípios são, na lição de CANOTILHO[20], espécie do gênero norma, e que esses possuem um grau elevado de abstração, carecem de concretude por serem vagos e indeterminados, têm caráter fundante ou estruturante do ordenamento jurídico, "constituem a *ratio* de regras jurídicas". Superada a distinção entre norma e princípios, temos que esses funcionam como valores que indicam o caminho a ser percorrido pelo interprete na busca da exata compreensão da norma contida no artigo 225 da Constituição Federal[21].

[20] CANOTILHO. J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina. Coimbra. 2000.

[21] "Esta perspectiva teorética-jurídica do "sistema cosntitucional", tendencialmente "principialista", é de particular importância, não só porque fornece suportes rigorosos para solucionar certos problemas metódicos (cfr. Infra, colisão de direitos fundamentais), mas também porque permite *respirar, legitimar, enraizar e caminhar* o próprio sistema. A respiração obtém-se através da "textura aberta" dos princípios; a legitimidade entrevê-se na idéia de os princípios consagrarem; *valores* (liberdade, democracia, dignidade) fundamentadores da ordem jurídica e disporem de capacidade deontológica de justificação; o enraizamento prescruta-se na *referência sociológica* dos princípios a valores, programas, funções e pessoas; a capacidade de caminhar obtém-se através de instrumentos *processuais e procedimentais adequados*, possibilitadores da concretização, densificação e realização prática (política, administrativa, judicial) das mensagens normativas da constituição. Por último, pode dizer-se que a individualização de princípios-norma permite que a constituição possa ser realizada de forma gradativa, segundo circunstâncias factuais e legais (Bin). A compreensão principal da Constituição serve de arrimo à concretização metódica quer se trate de um texto constitucional garantístico (ex: a leitura de R. Dworkin em face da Constituição americana) quer se trate de um texto constitucional programático (ex: Constituição Portuguesa de 1976, Constituição Brasileira de 1988). CANOTILHO. J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina. Coimbra. 2000.

Antes de serem estabelecidos os contornos que caracterizam os princípios da prevenção e da precaução, é preciso distinguir o risco e o perigo, levando-se em consideração o critério sociedade pré-industrial e sociedade pós -industrial.

O perigo está diretamente relacionado aos fenômenos da natureza, portanto, imprevisíveis quanto aos efeitos, mas previsíveis quanto à época do ano ou ao local onde costumam ocorrer e, muito embora o homem não os possa controlar, poderia, ante a sua previsibilidade enquanto fenômenos naturais, minorar os seus efeitos.

Com o advento da indústria e seus desdobramentos tecnológicos e biotecnológicos, um elemento veio a se somar à complexidade da sociedade nascida da modernidade e da pós-modernidade- o risco – esse como resultante dos avanços tecnológicos e biotecnológicos.

O risco está relacionado à atividade humana, que provoca com os resíduos decorrentes da utilização dos recursos naturais nos meios de produção e a própria utilização indiscriminada desses mesmos recursos, renováveis e não renováveis, a degradação do meio ambiente e do seu entorno com a destruição dos ecossistemas, gerando desequilíbrio tanto nas ocorrências naturais, como furacões e ciclones fora de época, o efeito estufa, como também as chuvas ácidas, e as contaminações de vastas extensões de terra pelo contato com substâncias tóxicas levadas pelo vento[22].

O que antes era perigo, pois, relacionado aos fenômenos naturais, portanto, fatos comuns nas vidas de todas as sociedades, hoje são fenômenos da natureza que, somados aos efeitos nocivos das atividades de risco acima descritas, passam a representar também um risco ante a modificação de suas formas de ocorrência e a incerteza de seu controle.

As questões jurisdicionais de natureza preventiva, no direito ambiental, estão umbilicalmente ligadas a ambos os princípios - prevenção e precaução – e, a correta compreensão desses princípios são fundamentais para a implantação das políticas de gerenciamento do risco na sociedade contemporânea, seja através da reação da sociedade civil, ou através das tutelas jurisdicionais adequadas às essas necessidades.

O risco[23] se encontra presente em ambos os princípios com conformação diferenciada:

O primeiro é o risco produzido pela atividade perigosa. Nesse caso, já se tem consciência de que determinada atividade produz, efetivamente, danos ao meio ambiente caso seja repetida, portanto, busca-se uma tutela de urgência que tenha como fundamento o princípio da prevenção para a não ocorrência do dano.

Na segunda configuração, o risco pretensamente existe, e o perigo é abstrato, os resultados da atividade não são totalmente conhecidos, mas estão entre aquelas que têm um grande potencial de provocar danos ao meio ambiente. Nesse

[22] AYALA, Patrick de Araújo; LEITE, José Rubens Morato.*Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

[23] LEITE, José Rubens e AYALA, Patryck de Araújo. *Novas Tendências e Possibilidades do Direito Ambiental no Brasil* . In WOLKMER, Antonio Carlos e LEITE; José Rubens Morato (orgs). *Os "Novos" Direitos no Brasil* .Saraiva. São Paulo. 2003. p. 226.

caso, a necessidade da tutela jurisdicional é de constatação menos evidente, mas certamente é de utilidade mais efetiva, pois, o Estado é acionado para que obste a atividade potencialmente danosa enquanto não houver a absoluta certeza de que seus efeitos não implicarão em desequilíbrio ao meio ambiente, essa tutela se fundamenta no princípio da precaução.

Assim, por se tratar de situações de urgência como o são em geral as ações de natureza ambiental, a tutela cautelar e a tutela antecipatória não são suficientes para as questões inerentes à precaução ou prevenção do dano ambiental.

É bom lembrar que, em se tratando de meio ambiente, está a se tratar de um bem indivisível, autônomo, essencial para a vida humana e demais seres vivos, onde a convivência integrativa e interativa é a chave para a sobrevivência.

Assim, que sejam apontadas as razões para as quais se entende não ser a tutela cautelar eficiente para as questões relativas ao meio ambiente, conforme segue:

Em primeiro lugar diz respeito a sua própria finalidade, que é assegurar uma pretensão que deverá ser definitivamente decidida no processo de cognição exauriente, ou seja, o processo cautelar viabiliza o resultado pretendido no processo principal.

Na sua própria finalidade encontra-se o primeiro problema. Não obstante a tutela cautelar, quando deferida liminarmente, ter o condão de assegurar o direito defendido na ação principal, o deferimento da medida assecuratória liminarmente ou em definitivo, quando do julgamento da ação cautelar, não tem o condão de resolver o conflito, ou seja, o mérito da questão.

E, aí, pode-se dizer que para isso serve o processo principal de natureza cognitiva exauriente, claro, isso é óbvio, mas o que está em discussão é o fato de que o nosso processo civil, tal como concebido, muito embora sirva aos interesses econômicos da classe que o inspirou, não serve para questões relativas aos direitos nascidos da sociedade de risco, porque o processo cautelar em sua gênese não se presta às tutelas de natureza satisfativa e a sua utilização implica em duas demandas, tornando-se um procedimento antieconômico em se tratando da questão relativa ao um maior acesso à justiça[24].

A ação que tem como fundamento o perigo abstrato e como objeto a precaução do dano, dificilmente poderia se adequar ao procedimento cautelar ante a quase impossibilidade de provar a existência dos elementos caracterizadores de sua necessidade, pois, o perigo nessa hipótese não é totalmente conhecido, muito embora a atividade demonstre a sua existência potencial. Para que a tutela de urgência seja deferida é necessário que fique consubstanciado o *periculum in mora* e a aparência do bom direito ou o *fumus boni iuris*.

[24]" *A ação cautelar*, por outro lado, pelo fato de exigir uma ação principal, também não é adequada para proteger os direitos que dependem da inibição de um ilícito. O direito à inibição do ilícito não pode ser considerado como direito que objetiva uma tutela que seria mero *instrumento* de outra. Imaginar que a ação inibitória é *instrumental* exige a resposta acerca de que tutela ela estaria servindo. Ora, tendo em vista que não há como aceitar que o direito à prevenção conduz a uma tutela que pode ser vista como *instrumento de outra*, é impossível admitir uma ação inibitória rotulada de cautelar, ou mesmo uma *ação cautelar "satisfativa" ou "autônoma*", como era chamada antes da reforma de 1994". MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória e Tutela de Remoção do Ilícito*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 03 de outubro de 2004.

Com o advento da tutela antecipada liminar e da tutela antecipada na sentença, artigo 273 do Código de Processo Civil, surge um novo momento para as tutelas de urgência, uma vez que não mais foi utilizado o processo cautelar como "remédio" para todas as demandas que exigiam um procedimento mais célere, mesmo que isso implicasse em desnaturação da sua finalidade cautelar.

Mas, conforme já comentado, as tutelas antecipatórias têm evidentemente um caráter satisfativo e, muito embora representem uma agilização e celeridade processual, seu fundamento é a distribuição do ônus da duração do processo, mas o seu deferimento em sede liminar exige um grau de probabilidade que não deixe dúvidas a respeito da existência do direito, uma vez que, a liminar em antecipação de tutela, antecipa em parte os efeitos materiais da sentença, portanto, atua no plano dos fatos, e não somente no plano dos direitos como se dá na tutela cautelar.[25]

Na leitura do artigo 225 ,caput, da Constituição Federal, retiramos os elementos para demonstrar que a tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado necessita de mecanismos eficientes de prevenção, principalmente porque o próprio texto constitucional elevou essa condição a direito fundamental a partir do momento que o vinculou como essencial à sadia qualidade de vida.

Então, a questão é saber como instrumentalizar o processo, de forma que esse direito material seja eficientemente protegido na sua forma integral, ou seja, antes do dano, uma vez que nesse último caso em geral o resultado é a penalização pecuniária do causador ante a irreversibilidade da lesão, o que não deixa de ser uma contradição em se tratando de bem não patrimonial como é o caso da natureza.

A doutrina clássica do direito civil, por influência do Código Napoleônico e da escola chiovendiana de modelo de Estado liberal, entende o processo civil de forma dissociada do direito material. E ainda, por influência do Direito Romano, a idéia de dano e de ilícito civil são tidos como categorias sinônimas no instituto da responsabilidade civil, "a tutela ressarcitória pelo equivalente, ao contrário da tutela preventiva, permite que a 'tutela jusrisdicional' seja pensada à distância do direito material"[26].

Portanto, tanto a tutela declaratória que tem como função declarar formalmente a existência de uma relação jurídica ou mesmo a condenatória, de escopo repressivo, não é suficiente para tutelar interesses não patrimoniais de natureza coletiva, como é o caso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que necessita de tutelas preventivas eficientes para essa finalidade.

---

[25] Cumprindo frisar que a discussão no presente estudo se atém às questões de urgência quando se trata de medidas relacionadas a ações visando a proteger o meio ambiente, assim, a crítica as tutelas de urgência cautelares ou antecipatórias se vinculam somente a essa matéria, principalmente nas medidas que visam a prevenção e precaução,ou seja, antes da ocorrência do dano. Mesmo porque a inclusão das tutelas antecipatórias no procedimento ordinário de cognição ampla tem como fundamento o Princípio da Inafastabilidade da prestação jurisdicional pelo Estado, e veio a corrigir uma distorção até então existente com a utilização do processo cautelar para obtenção de tutelas de caráter satisfativo. Ver. MARINONI, Luiz Guilherme.*O Custo e o Tempo do Processo Civil Brasileiro*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 03 de outubro de 2004.

[26] As sentenças da chamada classificação trinária, isto é, as sentenças declaratória, constitutiva e condenatória, são impotentes para dar tutela efetiva àquele que busca o juiz para que um direito não seja violado, ou para que a violação do direito não se repita ou continue. MARINONI, Luiz Guilherme. *O Custo e o Tempo do Processo Civil Brasileiro*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 03 de outubro de 2004.

Busca-se uma tutela verdadeiramente preventiva, de natureza autônoma e capacidade para a prevenção dos interesses coletivos não patrimoniais, como é o caso do meio ambiente equilibrado, que venha a inibir o ilícito antes que ocorra, ou seja, que haja inibindo o ilícito materialmente e processualmente, uma vez que, pode ser posta para atuar antecipadamente.[27]

A questão de uma tutela de urgência, que atue preventivamente, necessita, antes de mais nada, de uma definição do que seja o dano e do que seja ilícito. Conforme MARINONI[28] , é importante tal definição pois a confusão entre o ilícito e o dano é resultado de um processo histórico que culminou com a idéia de que o bem juridicamente protegido é a mercadoria, e essa identificação não deixa brechas para a doutrina enxergar outras formas de inibir o ilícito além do ressarcimento do equivalente ao valor econômico da lesão, e o melhor exemplo para ilustrar tal afirmação é o interdito proibitório, que como tutela inibitória reflete os valores liberais clássicos que informam a processualística civil brasileira.

Assim, é fundamental deixar bastante claro que as questões relativas à preservação do meio ambiente equilibrado dependem de uma tutela genuinamente preventiva que tenha como finalidade impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito.

Uma tutela de natureza exclusivamente inibitória, ou inibitória anômala, voltada a impedir a prática de atos ilícitos para o futuro, e não para condenar a prática de fatos passados, como é o caso da tutela ressarcitória quando se trata de danos já ocorridos e que se revertem, ao final, à reparação pecuniária da lesão. Uma tutela que determine a obrigatoriedade da parte autora do ilícito fazer retornar o bem ao *status quo ante*.[29]

É clara a impossibilidade de tratarmos de forma igual interesses de natureza patrimonial e situações de risco para o meio ambiente que têm natureza não patrimonial. Quando se trata de proteção preventiva do bem ambiental cuja situação de ilicitude não é de fácil previsão, perfeita conjugação do fator risco, com os instrumentos processuais de natureza preventiva de cunho inibitório do ilícito dão efetividade ao direito material deferido pela constituição.

A tutela inibitória tem como escopo impedir, de forma imediata ou definitiva, a violação de um direito seja através de impedir um fazer ou um não fazer, ou obrigação de entregar a coisa, o artigo 84 do CDC enuncia o instrumental teórico pelo meio do qual se deve entender de que forma se opera esta tutela.

A aplicabilidade dessa norma conjugada aos institutos dirigidos, a tutela dos interesses coletivos em juízo, e mais especificamente, ao Direito / Interesse ao meio ambiente equilibrado, nos reporta à Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985, que regula a Ação Civil Pública, e merece algumas considerações:

---

[27] MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (Individual e Coletiva).* Revista dos Tribunais. São Paulo. 1998. p.19

[28] MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)*. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1998. p. 24.

[29] Quando se pensa em tutela inibitória, imagina-se uma tutela que tem por fim impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, e não uma tutela dirigida à reparação do dano. Portanto, o problema da tutela inibitória é a prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, enquanto o da tutela ressarcitória é saber quem deve suportar o custo do dano, independentemente do fato de o dano ressarcível ter sido produzido ou não com culpa. MARINONI, Luiz Guilherme. Op.cit. p.345.

O artigo 1º "caput" , inciso I, da referida Lei da Ação Civil Pública, dispõe que serão regidas por essa lei, as ações por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente.

Da leitura desse artigo, já se percebe a noção de responsabilidade tendente ao ressarcimento pecuniário, seja para o dano de natureza patrimonial, seja para o dano moral, incluindo o ressarcimento pecuniário por dano moral o meio ambiente[30].

Da leitura do artigo 1º, percebe-se que o legislador se encontra contaminado pela noção de ilícito como sendo uma conduta tendente ao ressarcimento, e não propriamente como um conceito em si mesmo tendente a fazer acionar a tutela estatal no sentido de sua prevenção.

Do mesmo modo, percebe-se tal influência nos demais artigos que compõem o texto legal sob exame:

Observe o artigo 3º da LACP, que trata do objeto da ação como sendo a sentença condenatória, ou seja, pressupõe a necessidade de um processo de execução que se encontra prevista em seu artigo 15.

No enunciado do artigo, ainda aparece a questão relativa à condenação pecuniária ou a condenação em obrigação de fazer ou não fazer, o que faz denotar não o caráter preventivo mas, sempre, o caráter ressarcitório da ação, sendo óbvio que os interesses relativos ao meio ambiente sadio seriam melhor salvaguardados mediante uma tutela voltada para o futuro, em lugar de uma tutela voltada para punir o fato danoso.

O ajuizamento da ação cautelar não vem resolver os problemas relativos à manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois tal tutela, mesmo dentro da Lei de Ação Civil Pública, sofre as limitações de natureza processual, além do aspecto antieconômico já referido.

A medida liminar prevista no artigo 12, tanto pode ter caráter de medida liminar propriamente dita, ou em caráter antecipatório do mérito, em todas as hipóteses, cautelar, liminar ou antecipatória, devem estar presentes os pressupostos para sua concessão.

Destarte, temos como quase impossível, para ações relativas à prevenção do ilícito ambiental, trabalhar com tutelas de urgência que necessitem de prévios juízos de admissibilidade que estão fundamentalmente ligados à produção de provas nem sempre passíveis de serem produzidas antes de ocorrido o dano.

O cerne da questão, em se tratando de direito ambiental, não é abolir os institutos protetivos já existentes, mas torná-los eficientes, dando-se ao processo sua verdadeira feição instrumental, visando à obtenção do direito material deferido pela decisão judicial.

Tal hipótese somente ocorrerá se as tutelas deferidas tiverem caráter verdadeiramente preventivas, sejam como provimentos *mandamentais* ou executivos *lato sensu*.

Conforme ABELHA[31], quando se trata de tutela ambientais, ambas as técnicas – *mandamentais ou executivas lato sensu* – são importantes instrumentos

[30] LEITE, José Rubens e AYALA, Patryck de Araújo. *Novas Tendências e Possibilidades do Direito Ambiental no Brasil* . In WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (orgs). *Os "Novos" Direitos no Brasil* .Saraiva. São Paulo. 2003. p. 226.

[31] ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. Forense Universitária. RJ.2003,p.164.

para o efetivo alcance dos princípios da precaução e prevenção. Pois o direito ao meio ambiente equilibrado tem como palavras de ordem: precaução contra o risco e prevenção contra o dano.

No caso da tutela específica, ainda no entendimento do mesmo autor, dois momentos distintos devem ser observados, aquele momento em que não ocorreu o dano, mas já ocorreu o ilícito e, o momento em que não ocorreu o dano e não ocorreu o ilícito[32].

Cuidando-se, portanto, de tutela preventiva, a tutela inibitória do ilícito cumpre o disposto no artigo 225 da Constituição Federal, pois, ao investigar a possibilidade da ocorrência do ilícito, o órgão jurisdicional não deve se ater ao conteúdo volitivo do ilícito – dolo ou culpa - mas ao ilícito em si mesmo.

Utilizando-se do *in dúbio pro natureza*, ao impor uma conduta negativa ou positiva no sentido da não ocorrência do ilícito, prescrevendo para o futuro, com fundamento no direito fundamental à vida, principalmente à vida digna, para as presentes e as futuras gerações.

6. CONCLUSÕES ARTICULADAS

6.1 Ao examinar o processo civil existente constata-se que algumas parcelas de direitos deferidos pela Constituição Federal, mais especificamente os direitos de natureza não patrimonial, necessitam de tutelas processuais diferenciadas para que os mesmos sejam efetiva e eficientemente resguardados.

6.2 As tutelas de urgência, antecipatórias e cautelares, previstas no nosso Código de Processo Civil, não obstante se apresentarem de grande utilidade para os interesses previstos nos moldes de um direito eminentemente individualista, não são para as demandas que a sociedade moderna gerou a partir do modelo de desenvolvimento adotado, criador de situações de risco coletivo.

6.3 Para que todos os direitos previstos constitucionalmente sejam concretizados, a mudança de paradigmas deve ocorrer em todos as instâncias de decisão: tanto administrativas quanto judiciais. Mas, tal mudança deve ocorrer, principalmente, na cabeça dos nossos operadores jurídicos imprimindo ao Direito o papel de transformador da realidade social, e não de legitimador de uma ordem excludente e injusta.

6.4 O problema se agrava principalmente pelo fato de que as diversas esferas do Poder tomam decisões baseadas em critérios políticos e econômicos, não levando em consideração os aspectos ambientais da decisão tomada[33]. Tal prejuízo se constata, com mais freqüência, quando se trata do meio ambiente, pois, nesse caso, a inibição do ilícito vem, na maioria das vezes, como sendo o ressarcimento do dano já ocorrido, restando evidente a necessidade de operarmos com tutelas efetivamente preventivas, como é o caso da tutela inibitória.

---

[32] ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. Forense Universitária. RJ.2003,p.166.

[33] PAUL,Wolf. *A irresponsabilidade organizada? Comentários sobre a função simbólica do Direito Ambiental*. In OLIVEIRA JR. José Alcebíades. O novo em direito e política. Porto Alegre: Livaria do Advogado, 1997, p. 177/189.

6.5 Assim o estudo da tutela inibitória é fundamental por se tratar de tutela voltada para a prevenção do ilícito, portanto, adequada para as demandas que têm como fundamento o risco ao equilíbrio do meio ambiente, ou seja, como se trata de uma tutela voltada para o futuro, e que não tem como fundamento o dolo e a culpa da responsabilidade civil, pode o órgão jurisdicional, desde que presentes indícios de que o ilícito poderá vir a ocorrer, deferir essa tutela, inclusive, antecipadamente, e assim evitar que tanto o ilícito, quanto o dano, possam vir a ocorrer.

A APOSTA NO RISCO: NOTAS SOBRE A IMPLANTAÇÃO DE UM PÓLO SIDERÚRGICO EM SÃO LUÍS, MARANHÃO

THAÍS EMÍLIA DE SOUSA VIEGAS
Mestranda em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), na área de concentração Direito, Estado e Sociedade, sub-área Biodireito e Meio Ambiente

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O desafio que se impõe a este texto é o de analisar aspectos da proposta de implantação de um complexo siderúrgico no município de São Luís, capital do estado do Maranhão. Ressalta-se neste estudo as implicações sócio-ambientais (i)mediatas de uma tal empresa, delineando-se, ademais, o risco envolvido caso o empreendimento seja concretizado.

A aposta a que se refere o título do trabalho consiste no fato de que, nada obstante os efeitos detestáveis que envolvem aquele projeto, empreendedores e poder público estão aliados num esforço conjunto para, em homenagem à incerteza, promover o estabelecimento de um pólo siderúrgico em São Luís.

O aporte teórico deste estudo foi buscado em atenta pesquisa bibliográfica e algumas das reflexões aqui esposadas frutificaram a partir das discussões empreendidas nas disciplinas ministradas no Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, bem como no Grupo de Estudos de Relações Internacionais e Meio Ambiente (GERIMA)dessa instituição.

Já as informações acerca dos eventos relativos ao projeto de implantação de um pólo siderúrgico, que tem tido lugar em São Luís, advêm de contato diário com integrantes dos movimentos sociais de resistência a tal indústria, bem como de notícias veiculadas em meios de comunicação diversos, tanto de âmbito nacional, quanto regional.

A topografia do texto abrange três itens correlatos. No primeiro deles, são apontados aspectos do projeto de instalação de uma indústria siderúrgica no município de São Luís, tais como, a extensão do empreendimento, o número de postos de trabalho que os empreendedores sustentam que serão criados, as possíveis degradações ambientais que uma empresa de tal magnitude pode acarretar e a problemática envolvendo a modificação da legislação urbanística municipal de modo a viabilizar a implantação do pólo siderúrgico.

No segundo tópico, detém-se atenção à teoria de fundo que sustenta a tese, qual seja, a idéia de sociedade de risco. Propõe-se, nesse item, repensar o fato de que assumir riscos desconhecidos, enfrentando a incerteza dos resultados de um empreendimento em favor da lucratividade, inviabiliza a existência mesma no planeta.

Para não concluir, lançam-se, no último tópico, idéias que se opõem à instalação de um complexo siderúrgico em São Luís, destacando-se observações a respeito das quais devem meditar tanto poder público (nos três níveis: federal, estadual e municipal) quanto todos os cidadãos que almejam garantir às gerações vindouras um ambiente que, pelo menos, comporte uma vida saudável.

2. SOBRE O EMPREENDIMENTO

A idéia deste primeiro item consiste em delinear aspectos relevantes acerca do empreendimento e as nuances que envolvem sua implantação[1]. Trata-se de um pólo siderúrgico composto por três usinas siderúrgicas e duas gusarias, cuja produção, de cerca de 22 milhões de toneladas anuais de placas de aço, será voltada para o comércio internacional. O complexo pretende ocupar uma área de, aproximadamente, 2.500 hectares em local vizinho ao Porto do Itaqui, em São Luís.

Destaca-se o fato de que o Brasil guarda um dos menores custos de produção de aço no mundo. Isso devido, entre outros fatores, à larga oferta de mão-de-obra e a possibilidade de driblar as restrições ambientais. Esses aspectos tornam o empreendimento extremamente lucrativo para os investidores.

Ocorre que, de mãos dadas com a maximização das vantagens econômicas privadas, o empreendimento implica incalculáveis riscos para o meio ambiente e para a saúde da população. Assim, com a implantação do pólo siderúrgico, a emissão brasileira de dióxido de carbono, decorrente da queima de combustíveis fósseis, aumentaria cerca de 10%. Para além disso, seriam gerados rejeitos sólidos da ordem de 5,6 milhões de toneladas anuais, seriam emitidos óxidos de nitrogênio, dióxido de enxofre e água na forma de vapor, em quantidades que ainda não é possível precisar. Adicione-se também o fato de que, para viabilizar a produção siderúrgica, são necessários grandes volumes de água, o que, por sua vez, reivindica a ampliação do sistema de captação de água que abastece a cidade.

Saliente-se também que o local onde se objetiva implantar o complexo siderúrgico limita-se com uma área de preservação ambiental e, para sua implantação, será necessária a remoção compulsória de mais de 14 mil pessoas. A contrapartida de tais catástrofes será a criação de cerca de 10 mil empregos, incluídos nesse montante os profissionais contratados em outros estados da federação. Em comparação ao volume a ser produzido pelo complexo siderúrgico, não se pode considerar o número de postos de trabalho gerados como algo que vá salvar da miséria a população de São Luís. Ademais, note-se que o número de empregos que, supostamente, serão gerados, não alcança a quantidade de pessoas que serão removidas de suas comunidades para dar lugar à usinas siderúrgicas.

Deveras, não se pode ocultar que a área em que se pretende implantar o complexo siderúrgico não permite empreendimentos desse porte, segundo o Plano

[1] As informações constantes neste tópico foram extraídas de: ZAGALLO, José Guilherme Carvalho (org.). *Considerações preliminares sobre a implantação de um pólo siderúrgico na ilha de São Luís*. São Luís: AMAVIDA, 2004.

Diretor do Município de São Luís (Lei nº 3.252/1992) e sua respectiva Lei do Zoneamento, Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo Urbano (Lei nº 3.253/1992). Reside nesse ponto importe matéria que não se pode deixar à descoberto.

O poder público municipal de São Luís, sob o pretexto de sanar uma incongruência entre a Lei Municipal do Zoneamento e os decretos estaduais nº 7.632, nº 7.646 e nº 7.827, todos de 1980, que criaram o denominado Distrito Industrial de São Luís, tem realizado audiências públicas em que busca redefinir a área de uma zona residencial/rural, transmutando-a para zona industrial. Em outros falares: a Lei Municipal do Zoneamento, Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo Urbano (Lei nº 3.253/1992) criou uma zona residencial/rural parcialmente localizada sobre um dos módulos do Distrito Industrial da cidade, criado por aqueles decretos estaduais. Desse modo, a finalidade da Prefeitura de São Luís é de, modificando a abrangência de uma zona com fins residenciais e rurais, criar uma nova zona industrial (já alcunhada de Zona Industrial Itaqui) para que, assim, em tal área seja permita, por exemplo, a instalação de atividades siderúrgicas.

Além de ser casuísta, a proposta de modificação da Lei Municipal do Zoneamento, Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo Urbano (Lei nº 3.253/1992) desacompanhada da ampla revisão do Plano Diretor do Município de São Luís (Lei nº 3.252/1992), para adequá-lo à normativa do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), perde o sentido e a razão de ser. Como é possível conceber a urgente compatibilização de uma lei municipal a uma norma estadual, se ambas estão em evidente descompasso com a legislação federal e mesmo com a Constituição da República de 1988?

Cumpre salientar ainda que o imóvel onde será implantado o Sub-Distrito Siderúrgico de São Luís já foi devidamente cedido pela União Federal ao estado do Maranhão. A Portaria nº 40, de 1º de março de 2005, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, foi publicada na página 74 da edição número 41 do Diário Oficial da União, datado do dia 02 do mesmo mês.

Nota-se, portanto, que os procedimentos necessários à viabilização do empreendimento foram sumariamente levados a termo. Tal fato causa certa perplexidade e pode mesmo dar aporte à concepção de Estado como um ente largamente permeável às exigências do comércio internacional (recorde-se que a produção das usinas siderúrgicas a serem implantadas em São Luís volta-se para a exportação) e não raro submetido a um soberano privado supra-estatal de caráter difuso[2].

3. APOSTA NO RISCO E NA INCERTEZA

Resta claro, diante dos apontamentos feitos – mesmo que tais observações não vislumbrem a complexidade da problemática – que, na infeliz hipótese de um complexo siderúrgico ser implantado em São Luís, os cidadãos ludovicenses, assim como de resto todos os brasileiros, quiçá a humanidade, uma vez mais,

[2] CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido*: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 255.

suportarão todos os riscos de empreendimentos que, sob as bênçãos do Estado, tendem, especialmente, a privatizar os lucros e socializar os riscos.

"É de conhecimento elementar, que os agentes econômicos tendem a privatizar os lucros e a socializar os prejuízos e custos da produção. Entre as duas opções, de tratar os efluentes de um determinado processo de produção e de se livrar deles sem tratamento, deixando "à natureza" o ônus de arcar com eles, a segunda opção tem preferência generalizada. Nisso reside a externalização do custo: em vez de estar embutido no preço final, o custo da poluição (já que o produto não foi objeto de tratamento adequado) é repassado ao meio ambiente e aos moradores, fauna e flora, dos habitats que recebem os efluentes e resíduos de toda espécie."[3]

Para fins desse estudo, riscos são concebidos como eventos decorrentes da interferência do homem sobre o ambiente (DOUGLAS, 1996, p. 50). São incalculáveis, possuem diferentes origens e têm efeitos imprevisíveis (DE GIORGI, 1998, p. 218-219). A sociedade qualificada pelo risco caracteriza-se pela ameaça conhecida de catástrofes em nível global (GOLDBLATT, 1996, p. 228).

A sociedade de risco, definida em termos de desequilíbrios ecológicos, atua em meio a uma realidade de incertezas (MORIN, 2004, p. 86), em que cada decisão é também uma aposta. Isso porque, nessa conjuntura, o possível transmuta-se em impossível e o que se tinha por improvável torna-se provável (MORIN, 2003, p. 134).

Tal sociedade aposta e investe no risco e na incerteza, desafiando as conseqüências ambientais e humanas de seus empreendimentos e negando a possibilidade de ocorrer o imprevisto, o inconcebível, o incalculável. Tudo nos termos de um modelo de exploração econômica irresponsável que maneja e viabiliza uma crise ambiental em nível global.

Sobre a noção de crise ecológica, compartilha-se do entendimento esposado por Leite e Ayala (2002, p. 01): "Entende-se por crise ambiental a escassez de recursos naturais e as diversas catástrofes em nível planetário, surgidas a partir das ações degradadoras do ser humano na natureza."

Para Morin (2003, p. 68), a crise ecológica – ao lado do desregramento econômico e demográfico mundial e da crise do desenvolvimento – constitui-se em um problema de primeira evidência. Segundo ele, a crise ecológica manifesta-se pelos problemas da contaminação das águas, envenenamento dos solos, urbanização maciça de regiões ecologicamente frágeis, chuvas ácidas, depósito de detritos nocivos, desertificação, desmatamento, erosão e salinização dos solos, inundações, urbanização selvagem das megalópoles, emissões de gás carbônico, que intensificam o efeito estufa, decomposição gradual da camada de ozônio estratosférica.

Diante desse cenário e a partir da multiplicação das degradações ecológicas locais e da percepção de que a ameaça ecológica ignora fronteiras nacionais

[3] CAUBET, Christian Guy. A irresistível ascensão do comércio internacional: o meio ambiente fora da lei?. *In*: *Revista Seqüência*, dez. 1999, vol. 39, p. 69-70.

(aspecto meta-nacional e planetário do perigo ecológico), a consciência ecológica tornou-se tomada de consciência do perigo global que ameaça o planeta. A crise ecológica, portanto, coloca em questão a existência de vida sobre o planeta (GUATTARI, 1990, p. 08).

Esta discussão conduz à idéia de que os riscos decorrentes de um imperativo econômico absoluto implicam na produção de vínculos com o por vir (DE GIORGI, 1998, p. 197).

"O tema do risco tornou-se objeto de interesse e preocupação da opinião pública, quando o problema da ameaça ecológica permitiu a compreensão de que a sociedade produziria tecnologias que poderiam produzir danos incontroláveis. Neste ponto, o risco foi tratado considerando-se a segurança como sua alternativa e, portanto, também possível. Apelou-se para o uso de tecnologias seguras e invocou-se a intervenção de uma racionalidade linear capaz de controlar as conseqüências das decisões. Depois, constatou-se que a alternativa para o risco não era a segurança, mas um risco de outro gênero, e tematizou-se a normalidade do risco. A condição normal da sociedade moderna seria então a condição de normal iminência da catàstrofe (*sic*)."[4]

Em qualquer processo de tomada de decisão é imperioso compreender que os efeitos de um dado empreendimento como, por exemplo, de um complexo siderúrgico, inelutavelmente, espaçam das intenções primeiras a partir das quais foi concebido. Nesse esteio, não basta considerar o esperado, o previsto, mas também o aleatório, o impensável. Desse modo,

"As comunidades políticas devem dedicar maior atenção aos problemas relacionados às *poluições anônimas*, às *cargas poluentes acumuladas*, à *poluição histórica*, ao *anonimato do dano*, à *invisibilidade das causas*, à *indeterminação subjetiva* e à *projeção temporal dos efeitos* de uma extensa rede de ações."[5]

Negar a existência de uma crise ecológica, ocultar o retrocesso civilizatório em que estamos jogados (PORTANOVA, 2004, p. 637), desconsiderar os riscos implicados em projetos como o que ora tenta se consolidar em São Luís são sinônimos de uma opção pela barbárie em detrimento da sustentabilidade. Não se pode admitir a perdição (MORIN, 2003, p. 163) e mundializar, em forma de esterqueiro, um modo de vida predatório (CAPELLA, 2002, p. 234), propalado por um Estado que implanta e fomenta o mal-estar.

"Mal-estar é a experiência interior do não ver, do fato que o futuro não pode começar: é a redundância da informação, percepção do limite da comunicação, construção de sentido que não está predisposto a apreender a partir das circunstâncias."[6]

Os riscos, imperceptíveis e imprevisíveis, que estão implicados da implantação de um pólo siderúrgico no município de São Luís são generalizados

[4] DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco*: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.p. 194.

[5] AYALA, Patrick de Araújo. A proteção jurídica das futuras gerações na sociedade do risco global: o direito ao futuro na ordem constitucional brasileira. *In*: FERREIRA, Helini Sivini, LEITE, José Rubens Morato. *Estado de direito ambiental*: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004. p. 241.

[6] DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco*: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.p. 178-179.

e ameaçam o equilíbrio ambiental na cidade e em todas as regiões vizinhas, causando problemas sociais, políticos, jurídicos e éticos que tendem a se espraiar para além das fronteiras do estado do Maranhão.

Cuida-se de um típico exemplo da pluralidade de crises que descansam em estado latente ao tempo em que é viabilizada a implantação de usinas siderúrgicas em São Luís. No lastro de Morin (2003, p. 93-94), crise é definida como generalização das incertezas, crescimento dos perigos e das oportunidades de salvar a humanidade deles, a partir da consciência de sua existência. O autor conclui que, observando o estado do planeta, tem-se não uma crise, mas uma policrise.

Na policrise não há hierarquia de problemas, pois entre os mesmos há inter-retro-ações, ou seja, inter-solidariedade complexa dos problemas, que configura a crise geral do planeta.

"Muitas dessas crises podem ser consideradas como um conjunto policrísico em que se entrelaçam e se sobrepõem crise do desenvolvimento, crise da modernidade, crise de todas as sociedades, umas arrancadas de sua letargia, de sua autarquia, do estado estacionário, outras acelerando vertiginosamente seu movimento, arrebatadas num devir cego, movidas por uma dialética dos desenvolvimentos da tecno-ciência e dos desencadeamentos dos delírios humanos."[7]

Cumpre reavaliar qual futuro desejamos. Ou melhor, é preciso repensar se queremos um futuro. Situa-se a discussão neste patamar porque, a persistir a pauta de desenvolvimento industrial e crescimento econômico que ora se implementa, a sobrevivência de qualquer forma de vida restará seriamente comprometida, para não dizer inviabilizada.

A implantação de um pólo siderúrgico em São Luís faz coro com o mito do progresso infinito em um mundo de recursos finitos. Um mundo que é ímpar e que não suporta a lógica engendrada pela parceria Estado-Mercado. E essa questão não pode ser adiada. Há de ser enfrentada pelas mãos da radicalização da democracia e reafirmação da ação de uma emergente cidadania ambiental[8].

4. CONCLUSÕES ARTICULADAS

4.1 A implantação de um complexo siderúrgico em São Luís, capital do estado do Maranhão, implica perigos ambientais incomensuráveis. Isso porque tal empreendimento, que teria por imediata conseqüência a remoção de centenas de famílias, pode causar poluição atmosférica, produção de rejeitos tóxicos, elevação das temperaturas, com a formação de ilhas de calor e agravamento do efeito estufa pela emissão de gás carbônico.

4.2 Para além disso, o solo poroso da ilha facilita a infiltração de poluentes nos lençóis freáticos e viabiliza a contaminação da água que abastece parte da

[7] MORIN, Edgar, KERN, Anne Brigitte. *Terra-Pátria*. Porto Alegre: Sulina, 2003. p. 94.

[8] PORTANOVA, Rogério. Direitos humanos e meio ambiente: uma revolução de paradigma para o século XXI. LEITE, José Rubens Morato, BELLO FILHO, Ney de Barros (org.). *Direito ambiental contemporâneo*. Barueri: Manole, 2004. p. 638.

população da cidade. Há possibilidade, ainda, de ocorrência do fenômeno da chuva ácida, aliada à possibilidade de incremento do número de doenças respiratórias decorrentes da poluição atmosférica. Não se pode olvidar também que as lagoas de contenção de lama ácida são passíveis de vazamento e, dentre tantas outras conseqüências sórdidas, tal evento resulta em ameaça à biodiversidade.

4.3 É inconcebível promover a modificação de parte da legislação urbanística do município de São Luís – para viabilizar a implantação de um complexo siderúrgico – sem que antes a totalidade dessas normas sejam revistas e adequadas às disposições do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001).

4.4 O empreendimento que objetiva a instalação de três usinas siderúrgicas em São Luís, em última análise, tende a promover e a reafirmar a privatização dos lucros daí resultantes e a socialização dos riscos e prejuízos inerentes à tal empresa.

4.5 O incremento da capacidade social geral de intervenção no mundo é um dos instrumentos que, aliado à radicalização da participação democrática e à otimização de uma cidadania ambiental, pode fazer face à tentativa de implantação de usinas siderúrgicas em São Luís.

4.6 Urge repensar se a população, especialmente a do município de São Luís, está disposta a suportar os custos sociais e ambientais de um empreendimento do importe de um complexo siderúrgico.

BIBLIOGRAFIA

AYALA, Patrick de Araújo. A proteção jurídica das futuras gerações na sociedade do risco global: o direito ao futuro na ordem constitucional brasileira. *In*: FERREIRA, Helini Sivini, LEITE, José Rubens Morato. *Estado de direito ambiental*: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004. p. 229-268.

BECK, Ulirich. *La sociedad del riesgo*: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.

BOFF. Leonardo. *Civilização planetária*: desafios à sociedade e ao cristianismo. Rio de Janeiro: Sextante, 2003.

CAUBET, Christian Guy. A irresistível ascensão do comércio internacional: o meio ambiente fora da lei?. *In*: *Revista Seqüência*, dez. 1999, vol. 39, p. 57-78.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido*: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco*: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

DEXHEIMER, Marcus Alexander. *Democracia participativa e estado de direito do ambiente: a contribuição dos instrumentos participativos instituídos pelo Estatuto da Cidade*. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2004.

DOUGLAS, Mary. *La aceptabilidad del riesgo según las ciencias sociales*. Barcelona: Paidós, 1996.

FERREIRA, Helini Sivini. *A sociedade de risco e o princípio da precaução no direito ambiental brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2003.

GOLDBLATT, David. *Teoria social e ambiente*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GUATTARI, Félix. *As três ecologias*. Campinas: Papirus, 1990.

GIDDENS, Anthony, BECK, Ulrich, LASH, Scott. *Modernização reflexiva*: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Unesp, 1997.

LEITE, José Rubens Morato, AYALA, Patrick de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

MORIN, Edgar, KERN, Anne Brigitte. *Terra-Pátria*. Porto Alegre: Sulina, 2003.

_____. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2004.

PORTANOVA, Rogério. Direitos humanos e meio ambiente: uma revolução de paradigma para o século XXI. LEITE, José Rubens Morato, BELLO FILHO, Ney de Barros (org.). *Direito ambiental contemporâneo*. Barueri: Manole, 2004.

RODRIGUES, Walter. Prefeito de São Luís quer desalojar catorze mil para atender ao pólo da Vale do Rio Doce, abr. 2005. *Fórum de Entidades Nacionais de Direitos Humanos*. Disponível em: http://www.forum.direitos.org.br/?q=node/view/3221. Acesso em: 29 abr. 2005.

SUSTEIN, Cass R. *Quanto rischiamo*: la sicurezza ambientale tra percezione e approccio razionale. Milão: Edizioni Ambiente, 2002.

ZAGALLO, José Guilherme Carvalho. Pólo siderúrgico em São Luís: impactos sociais e riscos ambientais, abr. 2005. *Fórum de Entidades Nacionais de Direitos Humanos*. Disponível em: http://www.forum.direitos.org.br/?q=node/view/3221. Acesso em: 29 abr. 2005.

_____ (org.). *Considerações preliminares sobre a implantação de um pólo siderúrgico na ilha de São Luís*. São Luís: AMAVIDA, 2004.

BIODIVERSIDADE E BIOTECNOLOGIA: UMA REFLEXÃO ATRAVÉS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

VIVIANE AMARAL GURGEL
Advogada e Economista, sócia da Amaral Gurgel Advogados. Cursando Especialização em Direito da Economia e da Empresa FGV-SP. Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente UFAL e Doutorado incompleto CDS-UnB

1. INTRODUÇÃO

Como o título sugere este artigo procura levar a uma reflexão acerca da temática, conceituando e contextualizando em tópicos a biodiversidade, a biotecnologia, a propriedade intelectual, as áreas de proteção *sui generis,* a complexidade conceitual que envolve invenção e descoberta nesta área, como se normatiza patentes com foco na biotecnologia no Brasil, fazendo um breve relato de direito comparado, comentando aspectos técnicos e políticos da dificuldade de convergência técnica e política da conceituação da biodiversidade e propriedade intelectual e a apresentação de conclusões articuladas.

2. BIODIVERSIDADE: ACESSO AO MATERIAL GENÉTICO E BIOLÓGICO, PROTEÇÃO E REPARTIÇÃO DE BENEFÍCIOS DO CONHECIMENTO TRADICIONAL ASSOCIADO

A biodiversidade no Brasil é protegida na integridade da interpretação do Art. 225, da Constituição Federal de 1988. Especificamente pode-se dizer que o inciso II, do referido artigo constitucional, norteia primariamente o acesso ao material genético. As diretrizes do delineamento desta matéria são obtidas somente na Convenção das Nações Unidas para o Desenvolvimento e Meio Ambiente, a Rio-92, com a assinatura da Convenção sobre Diversidade Biológica, aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 2, de 1994 e promulgada pelo Decreto n.º 2.519, de 1998. Dentro da linha conceitual da CDB,

> *A diversidade biológica é entendida, portanto, como sendo intrinsecamente dependente da diversidade de culturas. Estilos de vida geram e mantêm a biodiversidade. Para que se cristalizasse este entendimento, foi preciso concluir que a conservação local,* in situ*, é mais sustentável, e econômica, do que a conservação em bancos de genes,* ex situ *(ALBUQUERQUE, 2004: 38).*

Contudo, a matéria somente passou a ter uma regulamentação específica com a Medida Provisória 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, que possuí 38 artigos

e foi elaborada regulamentando o inciso II, e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, dando adequação a Convenção sobre Diversidade Biológica, de acordo com os artigos 1.º, 8º, alínea "j", 10 , alínea "c", 15 e 16, alíneas 3 e 4. No mesmo período foi criado o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético através do Decreto n.º 3.945, de 28 de setembro de 2001, modificado pelo Decreto n.º 4.946/2003. Antes da medida provisória havia em tramitação no Senado Federal o PL da a época Senadora Marina Silva (1995) e na Câmara Federal do Deputado Jaques Wagner (1998), ambos parlamentares do PT.

Atualmente encontra-se na Casa Civil, o Anteprojeto de Lei sobre essa matéria, elaborada pelo Conselho de Gestão do Patrimônio Genético – CGEN, criado pelo Decreto n.º 3.945, de 28 de setembro de 2001 e entregue o ano passado a Ministra do Meio Ambiente, Marina Silva. O mencionado APL encontra-se na Casa Civil e recebeu modificações da versão elaborada pelo CGEN, com 85 artigos, passando a 103 artigos. Esta última versão recebeu a contribuição dos demais Ministérios e está em fase de sistematização e discussão inter-ministerial, numa pré-sistematização das contribuições pelo Ministério do Meio Ambiente. Devido a conflitos de concepção do tratamento da matéria e da função do Conselho em continuar funcionando também como *locus* de tramitação processual. Observa-se hoje que aguarda-se um período de maior consenso técnico-político frente a matéria principalmente entre os Ministérios da Ciência Tecnologia e do Meio Ambiente para se enviar o projeto a Câmara. Contudo, corre-se contra o relógio e a perspectiva é remota neste primeiro semestre. O que de certa forma, retira as esperanças de ter uma lei aprovada para a matéria antes da Conferência das Partes da CDB à realizar-se no Brasil em fevereiro de 2006.

Ao que parece o escopo da elaboração do Anteprojeto é primeiramente consagrar em Lei matéria que se encontra precariamente ainda em caráter de Medida Provisória e fortalecer as diretrizes de acesso e proteção relativas ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado. O que se tem demonstrado na prática é que o conteúdo da matéria nas duas versões do Anteprojeto analisadas torna-se mais subjetiva e a operacionalização, como a entrega de documentação, mas complexa, além de não se estipular prazos de análise e tramitação, assim como, alterações na concepção de função e composição do próprio Conselho. Certamente seria interessante ter-se uma secretaria para a tramitação dos processos a escolher entre o Ministério do Meio Ambiente ou da Ciência e Tecnologia e deixar a cargo do Conselho questões macro de elaboração de políticas públicas sobre esta temática.

De acordo com a análise abaixo, verifica-se que a aplicação de parâmetros subjetivos da legislação em vigor, a ausência da eficiência no âmbito nacional operacional e o não rastreamento internacional da origem no registro de patentes, acabam sendo os maiores flancos que propiciem a biopirataria,

> *Não é, mais uma vez, a propriedade intelectual que encoraja a biopirataria, mas a inexistência de um mecanismo nacional eficiente de controle de acesso a recursos biológicos e o não-reconhecimento internacional dos conhecimentos tradicionais da comunidades locais e das populações indígenas como fazendo*

> *parte do estado da arte quando da análise de um pedido de patente (ALBQUERQUE: 2004; 44).*

Reforçando o argumento acima, salientamos a opinião de Varella e Platiau (1999), que se "o Brasil impor uma lei de acesso muito rígida, ou eles irão pesquisar em outro países, ou tentarão coletar sem autorização oficial, o que caracteriza a biopirataria. O maior interesse para o desenvolvimento nacional é, na verdade, um grande desafio: transformar toda biopirataria em bioparceria (*technology partnerships)* para reforçar as capacidades tecnológicas do país." Ao que parece o caminho trilhado é o inverso. Enquanto o APL do CGEN encontra-se parado e sem uma discussão ampla junto a sociedade o PL n.º 7.211/2002, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente está com sua tramitação acelerada na Câmara Federal.

3. BIOTECNOLOGIA

A biotecnologia, a tecnologia da informação e a nanotecnologia são as áreas de aplicação industrial que apresentam maior tendência de grau de descoberta e inovação no século XXI. Estes três setores isolados, combinados ou associados, já estão presentes em vários setores da economia como o de alimentos, cosméticos, meio ambiente, combustíveis, informática, saúde humana e animal[1]. Conforme SIMOM e KOTLER (2004: 18-19) assinalam:

> *A distinção entre alimentos, cosméticos e medicina vem se desfazendo; a Unilever está lançando alimentos medicinais, como a margarina que reduz a taxa de colesterol. Cosméticos como o Retinol, da Johnson & Johnson, são considerados de valor medicinal. Ashiseido financia pesquisas em biofarmacêutica e foi a primeira a desenvolver uma variedade de arroz não-alergênico. Foi desenvolvida, por engenharia genética, uma linhagem do chamado* **golden rice** *que contém provitamina A e pode abrir caminho para a produção de outras vitaminas e plantas. (...) A Samsung oferece uma ferramenta de diagnóstico doméstico, uma espécie de Médico de família: uma cápsula que ingerida, examina os órgãos internos e transmite os dados para um médico. (...) Uma "economia de carboidratos" está emergindo com os biocombustíveis, os polímeros baseados em plantas e enzimas de alta eficiência. A produção de etanol é liberada pela Archer Daniels Midland, e a Cargill Dow recebeu aprovação para o ácido polilático, um biopolímero que constitui a primeira nova classe de fibras desde os anos 1950. (...) A biotecnologia ambiental responde por mais de US$ 1 bilhão em um mercado de US$ 17 bilhões nos EUA. Nela atuam empresas como a Regenesis, que oferece produtos que ajudam a degradar os contaminantes de lençóis freáticos.*

Especificamente a área da biotecnologia tem apresentado de forma mais acelerada a diluição destas fronteiras já tênues, entre a indústria farmacêutica, a de

[1] BARBOSA (2003: 593), respetivamente mencionando o Doc. WIPO/BIOT/CE-I/3, Par. 22 e o Doc. WIPO/BIOT/CE-I/2, Par. 5.º .

cosméticos, a de agroquímicos e a de saúde, como informa JUDICE (2001: 6), asseverando o raciocínio da informação acima elencada, atualmente são várias as aplicações nesta área,

> *O tema Biotecnologia refere-se a um conjunto de tecnologias habilitadoras (enabiling technologies), que possuem em comum o uso de células e moléculas biológicas para aplicações na produção de bens e serviços em áreas como saúde humana e animal, agricultura e manejo de meio ambiente.*

Segundo a 1.ª sessão do Comitê de Peritos em Invenções Biotecnológicas e Propriedade Industrial da Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI, que ocorreu em 1984, define-se biotecnologia em relação a Propriedade Intelectual, como *"todos os desenvolvimentos tecnológicos referentes a organismos vivos (o que inclui animais, plantas e microorganismos) e outros materiais biológicos."* Tal definição contrasta com a apresentada pela própria OMPI é define biotecnologia como a *"tecnologia que usa ou causa mutações orgânicas em animais, plantas, microorganismos e todo material biológico que possa ser assimilado a microorganismos".*[2]

Para o Congresso Americano a biotecnologia é o *"conjunto dos processos industriais que envolvem a utilização de sistemas biológicos; para determinadas indústria, estes processos incluem o uso de microorganismos que resultam da engenharia genética (OTA, 1981)".* Na mesma linha define o Relatório Spinks, publicado pela Royal Sociedade e outros órgãos (Reino Unido), que define biotecnologia como *"a aplicação de organismos, sistemas e processos biológicos à indústria e à prestação de serviços".*

O denominado biossetor é responsável por mais de um terço do PIB mundial, apresentando um faturamento de US$ 400 bilhões no setor químico e US$ 800 bilhões no setor alimentício e mais de US$ 1 trilhão no ramo de biomateriais[3]. As perspectivas diante do crescimento demográfico e aumento da longevidade da população, assim como a união da informática com a biologia, gerando a biociência que potencializa inovações em diversos setores. Contudo, ao contrário de outras áreas, a biotecnologia expõe questões mais polêmicas para o direito regulamentar que rebatem em questões de bioética como a pesquisa pós-genômica, a questão das células-tronco embrionárias ou não, a clonagem, o acesso e a proteção ao patrimônio genético e o conhecimento tradicional associado.

Mesmo diante da ausência de uma legislação pátria e internacional mais consensual sobre o tema cresce cada vez mais a importância da biotecnologia para a área de engenharia genética[4] e para a indústria farmacêutica[5], fazendo com que este setor já se denomine como biofarmacêutico. O âmbito do ordenamento

---

[2] *Idem, 2004: 19-20.*

[3] Conforme BARBOSA (2003: 592), *"O número de patentes na área de engenharia genética não cessa de crescer. Já no início da década de 80', nos 52 principais países que concedem patentes, verificou-se crescimento na demanda da área de engenharia genética (classificação C12N 156000, mutação ou engenharia genética) da ordem de 360%, no período de 1981 a 1984. Só o Escritório americano recebeu, 1986, 6000 pedidos na mesma área (SELA, 1988:42).*

[4] SIMON e KOTLER (2004: 38), *"As maiores empresas de biotecnologia e as maiores empresas farmacêuticas são agora indistinguíveis, e um cenário emergente vincula as farmacêuticas dotadas de megamarketing* a uma teia de empresas-satélites atuantes em biotecnologia;

[5] BOUÇAS, 2004.

jurídico brasileiro que pode apresentar o rebatimento na questão da tutela jurídica das patentes em biotecnologia deste setor, pode envolver o INPI, a ANVISA, o CGEN, o CTNBio e o Ministério da Saúde.

Com a possibilidade de se ter medicamentos e remédios em alimentos também, verifica-se ainda a participação do Ministério da agricultura e Abastecimento. O grande freio da decolagem deste processo ainda é o hiato entre a velocidade atingida em P&D em biotecnologia e a formatação de uma legislação que assegure e fomente essas ações no âmbito produtivo. No caso dos países de origem anglo-saxônica e tradição na *common law* observa-se uma maior compatibilidade entre a dimensão jurídica e científica da questão. Em contrapartida os países latinos e de *civil law* a adequação tem sido mais tortuosa, via de regra emprestando insegurança jurídica à formatação destes negócios.

Certamente os países de origem anglo-saxônica possuem também uma blindagem maior ao conceito de propriedade intelectual em comparação com os demais países, em relação à biotecnologia, a tecnologia da informação e a nanotecnologia. Tal contexto de variação da normatização jurídica da matéria, acaba promovendo um lapso temporal ou contraste da velocidade das pesquisas, conforme a realidade jurídica nacional, provocando impasses, atrasos e suspensão de negócios relacionados à biotecnologia e ao acesso a biodiversidade em países como o Brasil.

Em decorrência desta assimetria e custos de transação, verifica-se um considerado diferencial de investimento em biotecnologia entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento. Enquanto os primeiros gastaram US$ 4,4 bilhões em 2002, os segundos aplicaram US$ 220 milhões, de acordo com o *International Service for the Acquisition or Agri-Biotech Applications (ISAAA)*[6].

4. PROPRIEDADE INTELECTUAL

A proteção da propriedade imaterial, que forma o conceito guarda-chuva da propriedade intelectual, remonta a Veneza do século XV (1469) procurando garantir exclusividade da realização de certas atividades e proteção à autoria de artistas por mecenas. Precisamente a idéia de patentes, ocorre na Inglaterra em 1623, no século XVII, com a vinculação a concepção de monopólio ou privilégio (*Statute of Monopolie)* de invenção em forma de *literal patents*. Também remonta a Inglaterra a primeira lei sobre direito de autor de 14 de abril de 1710, sobre *copyright*, sancionada pela rainha Ana.[7]

Conforme o momento histórico vivenciado pelo país, sua condição real de pesquisa, aplicação de tecnologia e grau de produção cultural, se considerará mais oportuno à instituição do instrumento jurídico de proteção intelectual como um importante vetor de desenvolvimento ou não. Esta análise fez com que cada país

[6] BASSO, 2002.

[7] A Convenção de Paris foi completada por um Protocolo Interpretativo em 1891 e já sofreu seis revisões: Bruxelas, 14 de dezembro de 1900; Washington, 2 de junho de 1911; Haia, 6 de novembro de 1925; Londres, 2 de junho de 1934; Lisboa, 31 de outubro de 1958; Estocolmo, 14 de julho de 1967; e Emenda de 2 de outubro de 1979.

formulasse um instituto jurídico com diretrizes mais rígidas ou mais flexíveis, conforme o momento vivenciado nos aspectos histórico, ideológico, político, suscetibilidade a pressões externas e combinações de interesses em desenvolvimento tecnológico.

Contudo, após a Revolução Francesa onde se criou o parâmetro das garantias individuais e com a intensificação do comércio entre os países, atinge-se a necessidade de regulamentação e adequação a diretrizes de cunho internacional para a propriedade intelectual. Afinal, o estabelecimento de marco regulatório neste tema começa a influenciar as decisões de interesse de investimento num determinado país e setor. Este processo de necessidade de compatibilização das legislações nacionais a um sistema único sobre propriedade intelectual começa a ocorrer ainda no século XIX. Impulsionado também pelos renomados autores de obras literárias como Vítor Hugo.

Situando apenas o histórico do Direito da Propriedade Industrial no Brasil, referente a patentes, verifica-se que já na Constituição Imperial de 1824 estava consignada a garantia aos inventores a propriedade de suas descobertas ou de suas produções. Tal disposição constitucional foi disciplinado através da Lei n.º 3.129, de 14 de outubro de 1882, que regula a concessão de patentes aos autores de invenção ou descoberta industrial.

O Brasil também foi um dos onze países a integrar a Convenção de Paris, que criou o Sistema Mundial de Patentes, assinado em 20 de março de 1883, em Paris, que de origem a União Internacional para a Proteção de Propriedade Industrial, com o objetivo de garantir a seus signatários a proteção de patentes em países estrangeiros.

Os marcos de destaque da sistematização do sistema de Propriedade Intelectual no mundo são a criação do Sistema Mundial de Patentes, assinado em 20 de março de 1883, na Convenção de Paris para a Proteção da propriedade Industrial[8] e a Convenção de Berna, em 9 de setembro de 1886 (Suíça)[9], para a Proteção de Obras Literárias e Artísticas. Cabe ainda destacar o Acordo de Madri de 1891, sobre Marcas.

O conceito de Propriedade Intelectual ganha unicidade com a Convenção de Estocolmo em 1967, quando da criação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI ou WIPO[10], que começa a congregar o disposto nas Convenções de Paris e Berna, assim como o Acordo de Madri e posteriormente o Protocolo de Madri de 1989.

Contudo, o instrumento que trouxe maior robustecimento a unificação de aplicação do conceito de propriedade intelectual junto as legislações pátrias foi o Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionado ao Comércio Internacional (*Trade Aspects of Intellectual Property Rights),* ou comumentemente conhecido como Acordo TRIPS, que entrou em vigor em janeiro de 1995[11].

[8] Revisões: Paris, 4 de maio de 1896. Berlim, 13 de novembro de 1908. Berna, 20 de março de 1914. Roma, 2 de junho de 1928. Bruxelas, de 26 de junho de 1948. Estocolmo, 14 de julho de 1967. Paris, 24 de julho de 1971. Emenda, em 28 de setembro de 1979.

[9] Promulgado no Brasil pelo Decreto n.º 75.541, de 31 de março de 1975, publicado no D.O.U de 02.04.1975.

[10] Decreto 1.355, de 31 de dezembro de 1994.

Este acordo, assim como outros, tiveram origem na Rodada Uruguai do GATT, com início em 1986 que culminou com a criação da Organização Mundial de Comércio – OMC ou WTO, em 1994.

Há vários doutrinadores nacionais e internacionais que entendem que o direito do autor está inserido no direito das coisas e o direito do inventor e das marcas, encontra-se situado no direito comercial (HAMMES, 2002). Sendo essa polêmica sobre classificação conceitual estendida a caracterização dos institutos no Direito Privado ou Público. Como destaca BASSO (2002: 45),

> *O modelo tradicional ou histórico é hoje ultrapassado, porque os direitos dos autores e inventores não podem ser separados. A divisão fragiliza sua definição e classificação. A definição da sua natureza jurídica revela-se trabalhosa, quando nos damos conta que estamos diante de um edifício doutrinário e, sobretudo, legislativo, incompleto, resultado da produção intelectual e, portanto, em constante evolução.*

Atualmente é pacífico que o conceito de propriedade intelectual, engloba o direito do autor (obra literária, composição, música, fotografia, obra cinematográfica, obra audiovisual, pinturas e esculturas), programa de computador e direito da propriedade industrial (direito do inventor de produtos, processos e modelos de utilidades, de marcas, desenhos industriais, indicações geográficas, expressões e sinais de propaganda e topografia de circuitos integrados). Já a concorrência desleal e o direito antitruste ou a repressão ao abuso do poder econômico seriam a forma de proteção ao direito da propriedade industrial e não configurariam direitos desta espécie.

5. ÁREAS DE PROTEÇÃO *SUI GENERIS*

Com o advento da TRIPS e o artigo 27.3.b, que dispõe sobre matéria patenteável, criou-se um parâmetro mínimo para patentes em biotecnologia e relacionadas ao acesso ao patrimônio genético, como se depreende da transcrição a seguir,

> *plantas e animais, exceto microorganisos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais, excetuando-se os processos não-biológicos e microbiológicos. Não obstante, os Membros concederão proteção a variedades, seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema* sui generis *eficaz, seja por uma combinação de ambos. O disposto neste subparágrafo será revisto 4 anos após a entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC.*

Por exemplo, a concessão de proteção a variedades vegetais, ficou condicionada ao sistema de patentes ou por um sistema *sui* generis ou a combinação de ambos. No caso do Brasil, criou-se um sistema *sui generis* para o registro de

[11] HAMMES (2002).

variedades vegetais (Lei de Proteção de Cultivares, n.° 9.456, de 25 de abril de 1997), mesmo assim acredita-se que pode-se enquadrar este sistema como pertencente a conceituação da propriedade intelectual. Neste sentido, também pode-se inserir o direito do melhorista (utilizado para o registro de variedades vegetais), no âmbito da propriedade intelectual e industrial.

Contudo, frente o acesso ao patrimônio genético e a proteção ao conhecimento tradicional associado a este, assim como, aos contratos de repartição de benefícios não se pode dizer que encontram guarida nessa classificação. Similar dificuldade é encontrada ao se tentar classificar no conceito de propriedade intelectual o folclore, o artesanato e as criações estéticas tradicionais. Ficariam estas na coluna da propriedade literária e artística ou de propriedade industrial? Ou todos estes elementos de criações difusas pertencem a uma terceira espécie de categoria ainda não elaborada? Considerando que a propriedade intelectual pode ser um conceito guarda-chuva, englobando todos os direitos que possuem caráter imaterial e incorpóreo, sejam estes relacionados ao domínio das artes, das ciências ou na indústria[12], certamente poderia se estender este ao conhecimento tradicional e popular, quando estes estão vinculados a uma aplicação econômica.

A legislação sobre acesso a material genético brasileiro procura disciplinar esta matéria, em adequação ao que foi estipulado na Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB, na Rio-92, ao que parece procurando emprestar essa interpretação ao instituto da repartição de benefício. Ou seja, que o conhecimento tradicional está inserido na propriedade intelectual. Mas dentro dos autores que debatem a matéria de propriedade intelectual não se encontra a classificação de repartição de benefício, conhecimento tradicional ou popular (folclore) dentro deste conceito, mas a aproximação, a vinculação com este.

Será que poderíamos acrescentar ao quadro acima a legislação que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências, ou seja, a Medida Provisória 2.186-16, de 23 de agosto de 2001? Tomando-se o disposto na mencionada MP acredita-se que sim, conforme o disposto no inciso II do 1° e o § 4° do art. 225 da Constituição e o que se encontra no inciso II do § 1.º, 8° , alínea "j", 10, alínea "c", 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, sim, conforme dispõe BARBOSA (2003, 790),

> *A norma brasileira em vigor contempla duas formas de controle sobre o patrimônio genético (e aos conhecimentos tradicionais) – o direito de acesso (inclusive por exportação) à informação genética; e o direito aos fundos dos conhecimentos que resultarem de tais informações. Particularmente relevante para a Propriedade Intelectual é o segundo elemento de proteção, aliás, assegurado por via contratual através exatamente do negócio jurídico que dá acesso à informação genérica. Segundo a norma, os benefícios resultantes da exploração econômica de produto ou processo desenvolvido a partir de amostra de componente do patrimônio gené-*

[12] A Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada pelo Brasil na RIO-92, teve seu texto aprovado pelo Senado em 1994, através do Decreto Legislativo n.º 2, e foi promulgada pelo Decreto n.º 2.519, de 1998.

> *tico e de conhecimento tradicional associado, obtido por instituição nacional ou instituição sediada no exterior, serão repartidos, de forma justa e eqüitativa, entre as partes contratantes, garantida sempre a participação da União.*

No caso do folclore poderia se dizer que esta classificação encontra-se de forma *sui generis*, a integrar, de modo amplo, no âmbito da Propriedade Intelectual, evitando-se, assim, a confusão possível com a noção tradicional de obras literárias e artísticas consagrada nos instrumentos internacionais. Convém salientar a propósito, que folclore adquiriu consagração jurídica ao ser incluída na parte final da definição de artista intérprete ou executante (alínea a) do artigo 2 do Tratado OMPI sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas, de 1996", como salienta Nuno Thomas (Apud: BARBOSA: 2003, 791-792, nota 1179). O mesmo autor salienta ainda que a proteção do patrimônio cultural na legislação pátria está assegurada pelos dispositivos constitucionais do artigos 215, § 1.º e 216, além do artigo 8°, § 2°, da Medida Provisória 2.186-16/2001 e ainda o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial, de que trata o Decreto n.º 3.551, de 4 de agosto de 2000.

O que se depreende da doutrina é que a consideração de direito de inventor, autor e conexos, sob a mesma conceituação de propriedade intelectual apresenta uma trajetória de construção homogênea pelo fato destes direitos possuírem um exercício efetivo aplicado à realidade da maioria dos países e evidentemente uma titularidade mais facilmente identificável. Quando se depara com a questão do patrimônio genético, os conhecimentos tradicionais associados a este, como a questão do patrimônio cultural, folclore, artesanato e criações estéticas tradicionais se está diante de um contexto novo no direito internacional e no direito pátrio. Constitui-se um direito de quarta geração, denominado de difuso, que no Brasil só é incorporado a partir da Carta Magna de 1988. Ademais, a temática de acesso a patrimônio genético encontra-se na legislação infraconstitucional ainda em caráter de Medida Provisória, adequando-se ainda em instrumento de segurança jurídica precária a Convenção sobre Diversidade Biológica[13].

6. A COMPLEXIDADE DO CONCEITO: INVENÇÃO E DESCOBERTA

Pode ser que a avassaladora potenciabilidade de aplicação industrial da biotecnologia induzirá e estimulará a convergência do conceito de invento e descoberta, de tendência tão tênue nesta área O que de alguma forma já vem ocorrendo na prática nos Estados Unidos, Reino Unido, nos países da União Européia e no Japão. Por isso mesmo, talvez o que esteja em curso, não se coadune com a idéia de invenção meramente como passo de criação humano e não identificação ou isolamento de elemento da natureza, como assinala-se convencionalmente a observação abaixo,

[13] Aberto a todos os países signatários da Convenção de Paris, este tratado foi revisado em 1979 e 1984, e teve como "objetivo básico estabelecer a apresentação de pedidos internacionais formais necessários à solicitação de registros de patentes em nível internacional (DEL NERO, 2004: 54).

> *(...) para patentear-se um recurso biológico, deve-se, necessariamente, apresentar algo de novo em sua utilidade industrial, bem como no estabelecimento de um regime* sui generis *para a proteção dos conhecimentos tradicionais associados a recursos biológicos, à luz do artigo 27, § 3.º, "b", do Acordo TRIPs (ALBUQUERQUE: 2004; 46).*

A tendência internacional mostra que ao contrário do que se menciona acima, cada vez mais torna-se abrangente a patenteabilidade, abarcando a descoberta frente aos recursos biológicos e não ficando adstrita a microorganismos transgênicos. O atravessar desta fronteira conceitual abarcando como quase sinônimos invenção e descoberta pode representar um conflito flagrante a geração de pesquisa básica e a criação de sistema *sui generis*, no âmbito internacional para a proteção dos conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos. Desta forma, verifica-se o não alargamento conceitual de invenção, descambando para descoberta dependerá muito mais da capacidade de negociação dos países megabiodiversos em demonstrarem a viabilidade da criação de sistemas internos operacionais e eficientes de registro dos conhecimentos tradicionais associados. Caso contrário, não haverá grandes alterações neste aspecto.

7. PATENTES EM BIOTECNOLOGIA NO BRASIL E DIREITO COMPARADO

As patentes no Brasil tiveram início com a Constituição Imperial de 1824, regulamentada em 1830, através do instrumento de alvará. A primeira Lei sobre Propriedade Intelectual está datada de 1854, seguida pela Lei n.º 3.129, de 14 de outubro de 1882, que regulava a concessão de patentes aos autores de invenção ou descoberta industrial. Em 1883, o Brasil adere a Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial (CUP). Em 1945, instituiu o seu primeiro Código de Propriedade Industrial, com o Decreto-lei n.º 7.903, de 27 de agosto de 1945. Revisado pelo Decreto-lei n.º 254, de 28 de fevereiro de 1967 e pelo Decreto-lei n.º 1.005, de 21 de outubro de 1969. Esta última alteração veda a possibilidade de patentes de produtos e processos farmacêuticos.

Em 1970, com a Lei n.º 5.648, de 11 de dezembro, cria-se o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI. E com a Lei n.º 5.772, de 21 de dezembro de 1971, institui-se novo Código de Propriedade Industrial, que amplia a restrição de patentes para produtos e processos, além da área de fármacos, atingindo as áreas alimentícia, química e agroquímica. Excluindo a restrição, muito deste código se alinha com o Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes (*Patent Cooperation Treay – PCT*), em 1970[14] e com a ratificação da Convenção de Estocolmo ocorri-

[14] "A descoberta é, assim, a mera revelação daquilo que já existia; resulta do espírito especulativo do homem, na investigação dos fenômenos e leis da natureza. Aumenta a compreensão do homem acerca do mundo físico, não satisfazendo nenhuma necessidade de ordem prática, nem solucionando nenhum problema de ordem técnica. (...) A invenção, por sua vez, ocorre quando são colocadas em prática as informações obtidas com a descoberta. Exemplificativamente, podemos citar a produção de princípios ativos com aplicação potencial em medicamentos, que, normalmente, tem início com o isolamento, identificação e caracterização de novas moléculas contidas em plantas, protistas, fungos e animais. (...) Os processos de isolamento de substâncias ativas isoladas também são, geralmente, consideradas invenções. Apesar de divergências entre leis de diversos países, a maioria, a exemplo da norte-americana, considera que, enquanto um produto existentes na natureza não é necessariamente patenteável, o isolamento, bem como a purificação desse produto da natureza pode transformá-lo em um produto "manufaturado" patenteável (KUNISAWA: 2004, 44)."

da em 1967, que criou a Organização Mundial de Propriedade Intelectual – OMPI (*World Intelectual Property Organization – WIPO*), se deu no Brasil em 1975.

Na década dos anos 80, do século XX, fortalecem-se as pressões para que exista uma maior unidade da proteção da propriedade intelectual pelos países desenvolvidos. Na criação do Acordo Geral de Tarifas e Comércio – GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), em 1947, havia a intenção dos países desenvolvidos inserirem a questão da Propriedade Intelectual. Entretanto, esta intenção só encontra repercussão suficiente na Rodada Uruguai, iniciada em 20 de setembro de 1986, que resulta na criação da Organização Mundial do Comércio – OMC *(World Trade Organization* – WTO), em 1994. A Constituição Brasileira de 1988, no Capítulo dos Direitos Fundamentais, procura refletir a relevância do tema,

> *Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
> *(...)*
> *XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;*

Em 30 de abril de 1991 é enviado para a Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 824, que dá origem a Lei de Propriedade Industrial n.º 9.279, de 14 de maio de 1996, atualmente em vigor. A iniciativa do Projeto de Lei (PL) pelo Executivo tem como motivação a pressão das sanções aplicadas pelos Estados Unidos e as discussões que estavam ocorrendo na área de Propriedade Intelectual na Rodada Uruguai. Por isso, importantes mudanças são feitas nesta lei, sendo a retirada da restrição a patentes de produtos e processos na área de fármacos, alimentos, químicos e agroquímicos a mais notável.

Desta forma, o escopo da lei se coaduna com as diretrizes do Acordo sobre Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio ou TRIPS (*Trade Related Intelectual Property)*, ratificado pelo Brasil em 1.º de janeiro de 1995. O Acordo TRIPS (Anexo 1.C) faz parte do Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio – OMC, conhecida também como Ata Final da Rodada Uruguai. Como assinala BARBOSA (2003: 596),

> *Até a uniformização substantiva da Propriedade Intelectual através dos "parâmetros mínimos" do Acordo TRIPS da OMC, não havia obrigação de incluir na legislação de cada país todos os objetos daquilo que é considerado propriedade industrial; cada Estado tinha espaço, nos termos da Convenção para escolher o que lhe convinha proteger via patente.*

Dentro de Propriedade Intelectual, enquanto gênero a Propriedade Industrial é uma espécie, onde a patente constitui-se uma subespécie da qual a invenção é uma categoria. A Lei n.º 9.279/1996 concede patente a invenção de produto ou

processo e de modelo de utilidade (Art. 2.º, I), atendendo os requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial (Art. 8.º). E não considera invenção descobertas[15] (Art. 10, I) e o "todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais" (Art. 10, IX).

Portanto, a Lei de Propriedade Intelectual brasileira não permite patentes de substâncias isolados ou extratos naturais, apenas a composição farmacêutica destes. Porque o legislador brasileiro não entende como invenção o isolamento ou a purificação de um produto da natureza, mas sim como descoberta, assinalado abaixo por KUNISAWA (2004: 44),

> *Os processos de isolamento de substâncias ativas isoladas também são, geralmente, consideradas invenções. Apesar de divergências entre leis de diversos países, a maioria, a exemplo da norte-americana, considera que, enquanto um produto existentes na natureza não é necessariamente patenteável, o isolamento, bem como a purificação desse produto da natureza pode transformá-lo em um produto "manufaturado" patenteável. (...) Contudo, não é possível ainda no Brasil a concessão de patentes a extratos e princípios ativos isolados de plantas. É patenteável apenas a composição farmacêutica que contenha o extrato ou os princípios ativos. Ainda assim, como a concessão de patentes para extratos e moléculas extraídas de plantas é comum em outros países, é usual que se reivindiquem todas as invenções relacionadas ao extrato ou ao princípio ativo isolado da natureza (extrato, molécula isolada do extrato, processo de obtenção do extrato e/ou molécula, uso, etc.), visando requerer, quando for conveniente, proteção em outros países, como os EUA e países da Europa. (...)*

Talvez esse seja um dos ponto mais polêmicos da atual legislação de Propriedade Industrial em vigor no Brasil, para o setor biofarmacêutico, tendo em vista que a legislação da maioria dos países entende que nesses casos não há meramente uma descoberta, mas existe um componente inventivo, por ter intervenção humana para identificar o uso, como reitera KUNISAWA (2004: 45),

> *A redação da lei brasileira 9.279/1996, portanto, é bastante restritiva se comparada a legislações de outros países, como a dos EUA, por exemplo. Esta permite o patenteamento de qualquer processo ou produto inventivo que resulte da interferência humana, mesmo animais transgênicos, genes e produtos advindos da biodiversidade. Entretanto, a proibição brasileira não abrange os processos não naturais para obtenção e modificação de seres vivos, mesmo superiores, como os processos de clonagem de animais (exceto o ser humano, segundo as Diretrizes para o Exame de Pedidos de Patente nas Áreas de Biotecnologia e Farmacêutica depositados após 31/12/1994, do INPI), por exemplo. Assim, é possível uma proteção indireta, através de patentes de processo.*

Entretanto, a legislação brasileira permite o patenteamento de produtos obtidos através de processos artificiais para obtenção e modificação de seres, mesmo superiores, com exceção de seres humanos, como entende BARBOSA (2003),

[15] BARBOSA, 2003: 598.

> *Não estão abrangidas na última vedação as invenções de processos (não naturais) para a criação de tais seres, que permanecem plenamente patenteáveis. A lei brasileira, assim, presume que apenas os microorganismos transgênicos atendam simultaneamente aos requisitos de invenção e de patenteabilidade. Enquanto tal for cientificamente verdadeiro, não há a qualquer atentado ao art. 27 de TRIPs. Quando tal deixar de ser verdade, não é impossível suscitar a desconformidade entre a lei nacional e o texto de TRIPs, o que, no entanto, nunca possibilitará a concessão de patentes de microorganismos não transgênicos. TRIPs, não custa jamais repetir, não tem aplicação direta no Direito Interno, de forma a favorecer os titulares de inventos.*

Para possuir patenteabilidade a invenção tem que ser considerada nova, ou seja, não estar compreendida no estado da técnica. De acordo com o *Art. 11, § 1.º "o estado da técnica é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior, ressalvado o disposto nos Arts. 12, 16 e 17"*. Portanto, não pode ser considerada por um técnico no assunto como estando facilmente perceptível no estado da técnica (Art. 13) e possam ser utilizados ou produzidos em qualquer tipo de indústria (Art. 14).

Talvez o dispositivo mais complicado de se sustentar no avançar das negociações internacionais, seja aquele que menciona o que não pode ser patenteado. Enquanto parte deste dispositivo, mantém elementos de amplo consenso no âmbito internacional possuí outros que estão na fronteira da discussão, junto aos países desenvolvidos e as patentes relacionadas a biotecnologia. Quanto a temática da biotecnologia ressalta-se o artigo 18, da supra citada lei, inciso

> *III – o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênico que atendam aos três requisitos de patenteabilidade – novidade, atividade inventiva e aplicação industrial – previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta.*
> *Parágrafo único. Para os fins desta lei, microorganismos transgênicos são organismo, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais.*

Especificamente, para o setor biofarmacêutico, o inciso III e o parágrafo único, trazem importantes restrições do patenteamento de produtos. Nesse sentido, mister fazer distinção entre transgênicos e organismos geneticamente modificados. Os transgênicos são organismos que possuem dois ou mais componentes de DNA de diferentes espécies. Já organismos geneticamente modificados são todos organismos que sofreram alterações na composição original do seu DNA. Ou seja, todo transgênico é um organismos geneticamente modificado, mas nem todo organismo geneticamente modificado é um transgênico. O organismo geneticamente modificado pode ser uma espécie que sofreu meramente melhoramento genético. Desta forma, pode-se afirmar conforme KUNISAWA (2004: 46) que,

> *Com isso, no Brasil, o ordenamento jurídico admite a patenteabilidade de microorganismos transgênicos, desde que preencham os requisitos básicos da*

> *concessão da patente, que são a novidade, o cunho inventivo do objeto patenteado, a aplicação prática desta invenção na indústria e sua reprodutibilidade. Ademais, "novo" é aquele que não existia antes na natureza, no caso dos microorganismos, que não fosse possível que , através da evolução natural das espécies, outro microorganismo chegasse a ser como o microorganismo inventado. Esta fabricação de um "novo" microorganismo se dá por engenharia genética, logo, para que seja patenteado, deve ser um microorganismo transgênico.*

De acordo com as novas possibilidades na área da biotecnologia vê-se cada vez mais difícil manter o entendimento restrito do que seja descoberta, no inciso I. Normalmente, os países que vedam patentes para processos essencialmente biológicos para a produção de plantas e animais, utilizam-se de um sistema diferenciado para os processos biológicos de obtenção de variedades vegetais, conforme regulamenta o Acordo TRIPS, art. 27.5.3(b). Segundo o Acordo TRIPs, os países membros só de devem excluir patentes das invenções[16],

> *a) contrárias à ordem pública ou a moralidade, inclusive para proteger a vida e saúde humana, animal ou vegetal, ou para evitar sério prejuízo ao meio ambiente;*

[16] Art. 2.º
1. Para efeitos da presente diretiva, entende-se por:
a) "Matéria biológica", qualquer matéria que contenha informações genéticas e seja auto-replicável ou replicável num sistema biológico;
b) "Processo microbiológico", qualquer processo que utilize uma matéria microbiológica, que inclua uma intervenção sobre uma matéria microbiológica ou que produza uma matéria microbiológica.
Art. 4.º Não são patenteáveis:
a) (...) as raças animais;
b) Os processos essencialmente biológicos de obtenção de (...) animais.
2. As invenções que tenham por objeto (...) animais são patenteáveis se a exequibilidade técnica da invenção não se limitar a uma determinada (...) raça animal.
3. O disposto na alínea b) do n.º 1 não prejudica a patenteabilidade de invenções que tenham por objeto um processo microbiológico ou outros processos técnicos, ou produtos obtidos mediante esses processos.
Art. 5.º
1. O corpo humano, nos vários estádios da sua constituição e do seu desenvolvimento, bem como a simples descoberta de um dos seus elementos, incluindo a seqüência ou a seqüência parcial de um gene, não podem constituir invenções patenteáveis.
2. Qualquer elemento isolado do corpo humano ou produzido de outra forma por um processo técnico, incluindo a seqüência ou a seqüência parcial de um gene, pode constituir uma invenção patenteável, mesmo que a estrutura desse elemento seja idêntica à de um elemento natural.
3. A aplicação industrial de uma seqüência ou de uma seqüência parcial de um gene deve ser concretamente exposta no pedido de patente.
Art. 6.º
1. As invenções cuja exploração comercial seja contrária à ordem pública ou aos bons costumes são excluídos da patenteabilidade, não podendo a exploração ser considerada como tal pelo simples fato de ser proibida por disposição legal ou regulamentar.
2. Nos termos do disposto no n.º 1, consideram-se não patenteáveis, nomeadamente:
a) Os processos de modificação da identidade genética germinal do ser humanos;
b) Os processos de modificação da identidade genética germinal do ser humano;
c) As utilizações de embriões humanos para fins industriais ou comerciais;
d) Os processos de modificação da identidade genética dos animais que lhes possam causar sofrimentos sem utilidade médica substancial para o Homem ou para o animal, bem como os animais obtidos por esses processos.
40) Considerando que, na Comunidade, existe uma posição consensual quanto ao fato de a intervenção gênica germinal no Homem e a clonagem de seres humanos atentarem contra a ordem pública e os bons costumes; que, por conseguinte, importa excluir inequivocamente da patenteabilidade os processos de modificação da identidade genética germinal do ser humano e os processos de clonagem de seres humanos;
45) Considerando que os processos de modificação da identidade genética dos animais que lhes possam causar sofrimentos sem utilidade médica substancial no domínio da investigação, da prevenção, do diagnóstico ou da terapêutica, para o Homem ou para o animal, bem como os animais obtidos por esses processos, devem ser excluídos da patenteabilidade;

> *b) métodos de diagnóstico, de tratamento e de cirurgia, animal ou humana;*
> *c) animais que não sejam microorganismos;*
> *d) plantas que não sejam microorganismos, mas quanto às variedades de plantas deve haver um sistema de proteção específica;*
> *e) processos essencialmente biológico para produção de animais e de plantas, exceto processos não biológicos ou microbiológicos.*

Já a Comunidade Européia, através da Diretiva 04/94, emitida pelo Parlamento europeu e o Conselho da União Européia se posicionava acerca da biotecnologia e o patenteamento de matéria viva, como informa sucintamente DEL NERO (2004:149),

> *(...) a matéria biológica (aquela que contenha informação genética e que pode ser auto reproduzida ou reproduzida em um sistema biológico) pode ser patenteada. Não pode ser objeto de proteção patentária no contexto da Comunidade Européia as invenções que sejam contrárias à ordem pública ou aos bons costumes. Também não pode ser objeto de patente o corpo humano ou parte dele; os procedimentos de modificação de identidade genética do ser humano, que sejam contrários à dignidade da pessoa humana; bem como os procedimentos de modificação genética dos animais que submetam-nos a sofrimento ou prejuízos físicos.*

Contudo, a partir da Diretiva 44/98[17] houve modificações frente a temática da biotecnologia, respondendo comparativamente com a legislação brasileira as seguintes perguntas abaixo, analisa-se a conformidade da tutela jurídica de três processos da biotecnologia[18]:

> *a) inventos de processos e produtos relativos aos microorganismos;*
> *b) inventos de material diverso dos microorganismos, inclusive os relativos a plantas e animais;*
> *c) relacionados à matéria viva humana.*

Cada vez mais o conceito de microorganismo torna-se abrangente nos países desenvolvidos, sendo bastante restrito naqueles em desenvolvimento e suas legislações. Na área de biotecnologia, cabe destacar que muitas vezes a legislação veta patentes de produto e é silente quanto as de processo, sendo importante a atenção neste aspecto. Na própria legislação brasileira verifica-se que permite-se a patenteabilidade de certos processos, cujos produtos não possuem esta condição. Tal assertiva baseia-se na interpretação do art. 10, IX e art. 18, II e III (Lei n.º 9.279/96), quando o processo possuir caráter de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. Nessa mesma direção apontam autores como BARBOSA (2003), DEL NERO (2004) e HAMMES (2002).

---

[17] BARBOSA, 2003: 594.

[18] Conforme BARBOSA, 2003: 629, *"A aceitação de um número de regras substantivas como padrão geral das legislações nacionais, que se deu ao longo do tempo, não chegou a abalar o princípio da diversidade nacional. Neste contexto, foi possível à Suíça não dar quaisquer patentes por anos a fio; ao Reino Unido conceder, retirar e voltar a conceder privilégios no setor farmacêutico; ao Brasil estabelecer regras favoráveis à tecnologia nacional. Com o estabelecimento do conteúdo mínimo das leis nacionais, com o Acordo TRIPs, tal flexibilidade foi em boa parte eliminada."*

Pode-se dizer que a legislação brasileira aproxima-se da Diretiva 44/98 da União Européia, contudo esta flexibiliza quanto a patentes de produtos e processos de plantas e animais quando obtidos através de processos não biológicos, ao isolamento de substâncias e relacionados aos genes humanos. Neste pontos a atual Diretiva Européia assemelha-se ao legislação americana. Contudo, a partir do Acordo TRIPs verifica-se uma tendência não da criação de mecanismos de compatibilização entre as legislações nacionais, mas um padrão mínimo[20] de adequação destas. Dentro do mínimo, até o momento estabelecido por este acordo, pode-se dizer que a legislação brasileira de Propriedade Industrial frente a biotecnologia atende ao recomendado. Em alguns casos, como prazo de duração da patente (20 anos), as condições de concessão de licenças e a instituição do *pipeline* sendo até mais protetora do que o padrão mínimo recomendado pelo Acordo TRIPs.

Resta saber se esta situação continuará com o advento do novo Anteprojeto de Lei de Acesso e Proteção ao Patrimônio Genético e Conhecimento Tradicional Associado e frente as discussões no âmbito da OMC e do Acordo TRIPs sobre patentes em biotecnologia, que podem acompanhar a linha de abrangência de patentes e de conceito de microorganismos adotada pelos Estados Unidos e os países da União Européia.

Um dos aspectos que talvez provoque maior polêmica na área de biotecnologia, na questão de patentes de microorganismos, seja a sua descrição e o seu depósito. Desta forma torna-se mister a atenção da descrição e o relatório para a consignação da patente e no caso da biotecnologia, normalmente o depósito do material, devido a dificuldade de descrição, conforme o art. 24, parágrafo único da Lei em vigor de Propriedade Industrial (9.279/96).

Portanto, sintetizando pode-se dizer que a legislação brasileira, apesar de atender aos padrões mínimos requeridos pelo Acordo TRIPs, encontra-se em posição menos flexível na sua legislação de Propriedade Industrial quanto a possibilidade de patenteabilidade frente aos Estados Unidos e a União Européia, no que se referente a inventos de processos e produtos relativos aos microorganismos não transgênicos; inventos de material diverso dos microorganismos não transgênicos, inclusive os relativos a plantas e animais; e relacionados à matéria viva humana. Contudo, a Lei de Biossegurança promulgada em representa uma referência inclusive no âmbito internacional quanto a flexibilidade da matéria.

8. BIODIVERSIDADE E PROPRIEDADE INTELECTUAL: QUESTÃO TÉCNICA E POLÍTICA

Desta forma, depara-se com um impasse: países que possuem patrimônio genético e conhecimento tradicional associado e patrimônio cultural em abundância, são carentes de investimento capital de risco, pesquisa teórica e aplicada, desenvolvimento tecnológico industrial, enquanto que empresas multinacionais e os centros de pesquisa de países desenvolvidos possuem toda esta condição, mas sem serem detentores da biodiversidade biológica e cultural. Ademais, como salientamos acima os países desenvolvidos principalmente os anglo-saxônicos possuem maior segurança jurídica nesta matéria. O contraste acentua-se ainda mais fren-

te o acesso a biodiversidade, que em relação a biotecnologia, pois ainda não há uma considerável operacionalidade jurídica e administrativa da questão, por mais que existam princípios e pressupostos dispostos na Convenção sobre Diversidade Biológica e na legislação pátria do Brasil e países em semelhante situação.

Ademais, estes princípios não possuem uma convergência plena com o disposto no Acordo TRIPS que passou a ser o documento no âmbito mundial mais aplicado quando se trata de propriedade intelectual, quanto o caráter de ser patenteável somente invenção ou também descoberta, frente a recurso biológico. Esta temática encontra-se em franco debate na OMC (WTO) e na OMPI (WIPO) em grupos de estudos específicos sobre o assunto. Mesmo já tendo transcorrido o prazo preconizado para a revisão do documento, a instabilidade referencial persiste. Principalmente quanto as condições para os requerentes de patente, previstos no artigo 29 do TRIPS, onde ainda há o debate em aberto da adoção ou não da certificação de origem do material patenteado, como condição *sine qua nom.*

O hiato considerado acima, jurídico, tecnológico e de capital, acarreta a questão de como tratar com a mesma racionalidade e coerência a pirataria e a biopirataria. Ambas não distribuem *royalties* a quem de direito. Por mais difícil que seja desmantelar a organização criminosa que empresta guarida à pirataria esta possui ao menos um facilitador: na maioria das vezes o inequívoco reconhecimento da titularidade do direito e da identificação de quem pratica a contrafação. Portanto elementos importantes a repressão.

Já a biopirataria possuí maiores dificuldades nos dois aspectos, mas principalmente na inequívoca identificação da titularidade inequívoca do detentor da propriedade intelectual do conhecimento tradicional associado, quando este conhecimento e elemento do patrimônio genético se reproduz por diferentes regiões e etnias dentro de um mesmo país e até extrapola as fronteiras deste. Esta dificuldade se amplia quando ainda não existe um mínimo de consenso quanto ao tratamento do conceito na esfera da teoria da propriedade intelectual.

Quanto maior for à aproximação da Convenção da Biodiversidade e do Acordo TRIPS, moderada pela OMPI, contando com ampla participação de todas as partes interessadas a temática, pode-se ter referência de diretrizes de aplicação mais operacionais para estas questões para as legislações internas. Afinal, a temática jurídica de Propriedade Intelectual requer uma legitimidade internacional, porque este requisito está no cerne deste instituto, como bem acentua BASSO (2002:73), as "criações imateriais são transnacionais, cosmopolitas, não podendo ser contidas, cristalizadas, encapsuladas, dentro das fronteiras de um Estado."

Dentro deste escopo está previsto pelo Acordo TRIPS a revisão de aspectos polêmicos e nebulosos frente ao patenteamento na área de biotecnologia, consignados no artigo 27.3 "b". Ademais, o Acordo TRIPS dispõe de mecanismos e medidas de *enforcement* que procuram dar maior efetividade e portanto tornaram-se uma referência mais pragmática para a adequação das legislações internas do países signatários, além dos mecanismos de resolução de conflitos disponíveis na própria estrutura da OMC. A solução ao que parece, é uma combinação de técnica jurídica e política,

> *Como se poderia inserir, no âmbito de proteção do Acordo TRIPS, os recursos biológicos e os conhecimentos tradicionais das comunidades locais e das populações indígenas? Isto requer uma solução política, com a construção de um consenso internacional sobre o assunto, envolvendo não apenas Estados soberanos, mas organizações não governamentais, como no caso dos genéricos (ALBUQUERQUE: 2004; 39-40).*

A OMPI não possuí a configuração de *enforcement* e *compliance* da OMC, contudo é referência no debate conceitual, que certamente norteará as discussões de revisão do Acordo TRIPS. A função técnica da mediação do tema cabe a OMPI e a sinergia que seus grupos de estudos com rebatimento no tema tiverem com a contribuição da Conferência das Partes da CDB, que elaboram instrumentos referenciais importantes como o Guia de Bonn. Outro órgão de suma importância nesta discussão é a UNCTAD (Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento), que pode ter um papel fundamental como mediador político em favor dos países em desenvolvimento e com potencial em biodiversidade.

A OMPI e a UNCTAD tem sido os dois organismos internacionais que tem mobilizado grupos de estudos e discussão sobre o tema de conhecimento tradicional, com exceção da própria Conferência das Partes e grupos da CDB. Recente trabalho com o escopo de subsidiar as discussões foi produzido pela OMPI (WIPO, 2005), com o título Propriedade Intelectual e Conhecimento Tradicional, sendo o segundo de uma série destinada a discussão de propriedade intelectual e acesso ao patrimônio genético e conhecimento tradicional associado. A próxima discussão sobre este tema neste organismo ocorrerá em junho deste ano (6 à 10 de junho de 2005), promovida pelo Comitê Intergovernamental em propriedade intelectual e recursos genéticos, conhecimento tradicional e folclore. O documento demonstra uma considerável sensibilidade sobre a discussão. A agenda do referido encontro ainda demonstra claramente a possibilidade de construção de guia para reconhecimento e exame de aplicações em patente. Padrões de registro do conhecimento tradicional associado estão sendo estudados e propostos.

Anterior a este documento, mas não menos importante é o documento produzido pela UNCTAD (2004), pelo workshop do secretariado dos Estados Independentes (Commonwealth), sobre os Elementos de um sistema nacional *sui generis* de preservação, proteção e promoção do conhecimento tradicional associado, inovações, práticas e opiniões para uma infra-estrutura internacional. Este documento foi apresentado no encontro da UNCTAD em São Paulo, em junho do ano passado. Importante portanto, registrar que estes dois organismos e a OMC também, discutindo a consideração, a incorporação e adequação do acesso ao patrimônio genético e conhecimento tradicional associado no sistema de patentes.

Tal discussão só acentua a necessidade de preparação de uma equipe diplomática brasileira preparada e eficiente para promover as interlocuções desta espécie nos organismos internacionais. E evidente o esforço dos funcionários do Ministério do Meio Ambiente, CGEN e Ministério das Relações Internacionais. Mas há que se ter uma decisão mais robusta do executivo e legislativo, promovendo dotações orçamentárias para preparar uma equipe em assunto tão peculiar e complexo. Sabe-se que em negociações internacionais as equipes do governo brasileiro sempre são reduzidas. Neste caso, específico há um importante vetor

de crescimento e diria até de responsabilidade de liderança do processo, por ser o Brasil o maior entre os países megabiodiversos.

A preparação desses *guidelines* de conversão da discussão pela CDB, OMPI e UCTAD tem dado reforço a discussão similares na OMC, talvez o órgão destes ainda mais conservador no tratamento da questão. Contudo este organismo possuí o poderoso e eficiente sistema de Resoluções de Controvérsia. Caso seja produzido um bom sistema de compatibilização, registro e certificação da origem do conhecimento tradicional associado e as patentes fiquem condicionadas a segurança que houve a anuência deste, a repartição justa e equitativa de benefícios através de contratos, fora a identificação da titularidade, pode-se ter um poderoso instrumento de desenvolvimento e equiparação das relações desiguais de troca. Afinal inseridos no sistema de patentes, o acesso a patrimônio genético e conhecimento tradicional associado podem ser utilizados em questões de retaliação cruzada nos Sistema de Resoluções de Controvérsia da OMC. Ademais, confere-se o mesmo patamar e *status* de preocupação conceitual e jurídico internacional da pirataria frente a biopirataria.

9. CONCLUSÕES ARTICULADAS

Sumarizando pode-se dizer que existiram no último ano várias iniciativas do Governo Federal frente ao tema da biotecnologia, como a sanção da Lei de Biossegurança, com a aprovação do plantio de transgênciso e a criação em 4 de outubro de 2004, o Conselho Nacional de Combate à Pirataria e Delitos contra a Propriedade Intelectual. Contudo, permanece lenta a discussão sobre acesso a patrimônio genético e conhecimento tradicional associado. Relevante o trabalho dos técnicos do CGEN, como a elaboração de orientações técnicas e o recente regras para o acesso ao patrimônio genético e conhecimento tradicional associado. Mas há que haver decisão de governo, envolvendo o legislativo e a opinião pública sobre o tema, uma estratégia de desenvolvimento. No caso específico da biodiversidade, pode-se dizer que a ausência de uma configuração mais inclusiva de projetos, dando ao governo papel de mediador destes arranjos *sui generis*, podendo unir pequenos institutos de pesquisa, empresas e comunidades tradicionais de diferentes tamanhos e estruturas, tem virado uma barreira à entrada e aumento do custo de transação, ultrapassada somente para aqueles que possuem forte infraestrutura. Desta forma, a viabilidade de pesquisa e empreendimentos oriundos da biodiversidade, focando a biotecnologia pertencerá somente a grandes instituições. Portanto faz-se as seguintes ponderações a título de conclusões articuladas:

9.1 Biodiversidade não possuí ainda nem uma classificação de sistema *sui generis* quanto ao conceito de propriedade intelectual e não goza de mecanismos de *enforcement* **e** *compliance* disponíveis no Acordo TRIPS;

9.2 O estabelecimento de um sistema sui generis de propriedade intelectual para o acesso ao patrimônio genético e conhecimento tradicional associado, requer uma discussão técnica e política;

9.3 A biotecnologia possuí caracterização compatível com o conceito de propriedade industrial e patentes assegurado pelo TRIPS e demais legislações pátrias;

9.4 A flexibilidade do conceito de invenção e descoberta pode facilitar a patenteabilidade de produtos e processos da biotecnologia, mas até que ponto prejudica a criação de um sistema *sui generis* de proteção da propriedade intelectual da biodiversidade?;

9.5 As assimetrias e inseguranças ainda existentes no amparo legal da questão acabam favorecendo as grandes instituições (empreendimentos e de pesquisa), como a biopirataria;

9.6 A mediação do governo na criação de configurações e arranjos nesta área pode minimizar estas assimetrias e incluir pequenas instituições de pesquisa e empreendimento;

9.7 No âmbito internacional a biodiversidade só será respeitada integrando o sistema internacional de patentes e a biopirataria só será debelada desta forma;

9.8 Os principais organismos internacionais da atualidade estão discutindo a integração do conhecimento tradicional, como a UNCTAD, OMPI, OMC, tentando construir uma compatibilidade e conversão com o conceito de propriedade intelectual.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. Qual é o conflito entre a Convenção da biodiversidade (CBD) e o Acordo Relativo aos Direitos de Propriedade Intelectual (Acordo TRIPS)? ***Revista da ABPI - Associação Brasileira da Propriedade Intelectual – ABPI.*** N.º 69. Mar/Abr de 2004, 36-46 p.

ANTUNES, Paulo Bessa. ***Diversidade Biológica e Conhecimento Tradicional Associado***. Rio de janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

_____. ***Direito Ambiental***. 7.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2004.

BARBOSA, Denis Borges. ***Uma introdução à propriedade intelectual.*** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2003.

BASSO, Maristela. ***O direito internacional da propriedade intelectual.*** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. ***O Papel da ANVISA na Concessão de Patentes Farmacêuticas: Mitos e Realidade***. Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento. Artigo 13/10/2004. Fonte: site: http://www.idcid.org.br.

BOUÇAS, Cibelle. ***Transgênicos: Unicamp tem milho rico em insulina; Embrapa estuda soja com componentes medicinais. País pesquisa grãos para***

medicamentos. Valor Econômico - edição nº 1133, Agronegócios. De São Paulo, terça-feira, 09/11/2004.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. ***Legislação Brasileira sobre direitos intelectuais: direitos autorais, programa de computador e propriedade industrial.*** Câmara dos Deputados: Brasília, 1998.

CÂMARA TÉCNICA DE LEGISLAÇÃO DO CGEN. Anteprojeto de Lei sobre Acesso ao Material Genético e seus produtos de proteção aos conhecimentos tradicionais associados e de repartição de benefícios derivados do seu uso. Versão enviada à Exma. Ministra de Meio Ambiente em 29-09-2003.

CASA CIVIL. Anteprojeto de Lei sobre Acesso ao Material Genético e seus produtos de proteção aos conhecimentos tradicionais associados e de repartição de benefícios derivados do seu uso. Reformulação da versão enviada à Exma. Ministra de Meio Ambiente, pelo CGEN, setembro de 2004.

CORREIA, Marco Antônio. *A influência da Globalização dos Mercados para a Indústria de Defensivos Agrícolas no Brasil.* COSTA, Ligia Maura. GRISI, Celso Cláudio de Hildebrand (orgs.). ***Negociações Internacionais e a Globalização.*** São Paulo: LTr, 1999.

CHRISTOVÃO, Daniela. Propriedade intelectual: Objetivo é democratizar acesso a remédios com alteração dos critérios para novo uso - Entidades querem mudança na lei de patentes brasileira. *Valor Econômico*. Segunda-feira. Legislação & Tributos. 15/03/2004 - Edição nº 968. De São Paulo.

DEL NERO, Patrícia Aurélia. ***Propriedade intelectual: a tutela jurídica da biotecnologia.*** 2ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribuinais, 2004.

FONSECA, Maria da Graça Derengovsky. DAL POZ, Maria Ester. ***Avaliação das potencialidades e dos obstáculos à comercialização dos produtos de biotecnologia no Brasil.*** Coord. José Maria da Silveira. Ministério da Ciência e Tecnologia. Programa de Biotecnologia e Recursos Genéticos. Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP. Instituto de Economia. Brasília, 2001.

SIMON, Françoise. KOTLER, Philip. ***A construção de biomarcas globais: levando a biotecnologia ao mercado.*** Trad. Bazán Tecnologia e Linguística. Porto Alegre: Bookman, 2004.

GLOBO RURAL. Agropecuária e Negócios. ***Sapo amazônico está no centro da polêmica mundial sobre propriedade intelectual.*** Ano 20. N.º 228. Editora Globo, Outubro, 2004: 32-41.

GOULART, Josette. Propriedade Industrial. Remédios com nova utilidade não terão registro. Anvisa quer impedir as patentes de segundo uso. *Valor Econômico*. Legislação & Tributos. Terça-feira. Edicão nº 1086. De São Paulo - 31/08/2004.

HAMMES, Bruno Jorge. ***O direito de propriedade intelectual.*** 3ª ed. Editora Unisinos: São Leopoldo-RS, 2002.

KUNISAWA, Viviane Yumy. Os transgênicos e as patentes em biotecnologia. ***Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual.*** N.º 70. Mai/Jun de 2004. 36-49p.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. ***Convenção sobre Diversidade Biológica:*** conferência para adoção do texto acordado da CDB – ato final de Nairobi**.** Biodiversidade 2. Brasília: MMA/SBF, 2000.

_____. ***Conselho de Gestão do Patrimônio Genético:*** Medida Provisória n.º 2.186-16, de 23 de agosto de 2001. Decreto n.º 3.945, de 28 de setembro de 2001.

Organization Mundial el Comercio.

PICARELLI, Márcia Flávia Santini. ARANHA, Márcio Iorio (orgs.). ***Política de patentes em saúde humana.*** Editora Atlas S.A.: São Paulo, 2001.

RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. ***A quem pertence o Cupuaçu?*** Artigo - 23/10/2004. Sub-coordenador do Grupo de Estudos de Propriedade Intelectual do IDCID. Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento. Fonte: IDCID, site: http://www.idcid.org.br.

ROSMAN, Eduardo Colonna. O Limite Normativo da Agência Nacional de vigilância Sanitária – ANVISA. ***Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual.*** N.º 71. Jul/Ago de 2004. 32-36p.

SCHOLZE, Simone Henriqueta Cossetin. ***Patentes, transgênicos e clonagem: implicações jurídicas e bioéticas.*** Editora UnB: Brasília, 2002.

THORSTENSEN, Vera. ***OMC – Organização Mundial do Comércio: regras do comércio internacional e a Nova Rodada de Negociação Multilaterais***. 2ª ed. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

UNCTAD, United Nations Conference on Trade and Development. ***The new bioeconomy: industrial and environmental biotechnology in developing countries.*** Ad hoc expert group meeting. Paais des Nations, Geneva 15-16 November 2001.

UNCTAD, United Nations Conference on Trade and Development. ICTSD, Internacional Centre for Trade and Sustainable Development. ***Intellectual property rights: implications for development.*** Policy discussion paper. Geneva: UNCTAD, 2003.

UNCTAD, United Nations Conference on Trade and Development. Commonwealth workshop on elements of national sui generis systems for the preservations, protection and promotion of tradicional knowlwdge, innovations and practices and options for a international framework. Geneva, 4-6 February, 2004.

UPDATE. Revista Mensal da Câmara Americana de Comércio de São Paulo. *Em movimento: Presidente do INPI fala sobre seus planos para modernizar a instituição.* Ano XX. N.º 410. Novembro, 2004: 30-35.

VARELLA, Marcelo Dias. PLATIAU, Ana Flávia Barros. *Acesso aos recursos genéticos, transferência de tecnologia e bioprospecção:exemplos de contratos para o Brasil.*Revista Brasileira de Política Internacional, ano 42, n.º 02, 1999, p. 81-98, Brasília, DF-1999.

_____. ***Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais.*** São Paulo: Del Rey, 2004.

_____. ***Princípio da precaução.*** São Paulo: Del Rey: 2004.

VIEIRA, Jair Lot. (sup.). ***Código de Propriedade Industrial – Lei n.º 9.279, 14 de maio de 1996 – legislação complementar, regulamentadora e alteradora.*** Série Legislação. Bauru, SP: EDIPRO, 1.ª ed. 2003.

ZARRILLI, Simonetta. ***International trade in GMOs: ega frameworks and developing country concerns.*** Unedited Version. United Nations Conference on Trade and Development. Draft for comments (May 2004).

WIPO, World Intellectual Property Organization. Intllectual property and traditional knowledge. Geneva, march, 2005.

WOLFF, Simone. ***Legislação ambiental brasileira: grau de adequação à Convenção sobre Diversidade Biológica.*** Biodiversidade 3. Brasília: MMA, 2000.

POLUIÇÃO VISUAL – PROTEÇÃO JURÍDICA DA PAISAGEM URBANA

WATILA SHIRLEY SOUZA CAMPOS
Advogada e Mestranda em Direito Ambiental
pela Universidade Católica de Santos-SP

1. INTRODUÇÃO

Pretendemos demonstrar a importância e os reflexos da paisagem urbana na qualidade de vida das pessoas que vivem e circulam nas cidades. Sendo que a poluição visual além de afetar a estética urbana, pode causar prejuízos a saúde, devendo o uso da paisagem ser controlado e fiscalizado pelo poder público.

No presente trabalho, conceituaremos poluição visual e paisagem urbana, analisaremos as legislações federais, estaduais e municipais sobre publicidade e proteção da paisagem urbana e temas afins, salientaremos a importância do município no controle, repressão, prevenção e fiscalização da poluição visual e analisaremos as ações e medidas de prevenção e reparação aos danos causados pela degradação da paisagem urbana.

2. SITUAÇÃO FÁTICA

De acordo com o censo demográfico de 2000, mais de 80% da população brasileira está localizada na área urbana.[1]

Como a maioria das pessoas residem nos centros urbanos pretendemos salientar a harmonia que deve existir entre as cidades e a qualidade de vida urbana. Pois com o crescimento das cidades aumentaram as necessidades de comunicação, surgindo assim à poluição visual que afeta a paisagem urbana e natural da qual os cidadãos têm direito de usufruir.

"Uma cidade não é um ambiente de negócios, um simples mercado onde até sua paisagem é objeto de interesses econômicos lucrativos, mas é, sobretudo, um ambiente de vida humana, no qual se protegem valores espirituais perenes, que revelam às gerações porvindouras a sua memória." (SILVA, 1995, p. 274)

Ressalta GUIMARÃES JÚNIOR (2000, p. 115):

> *Vivemos num sistema capitalista que se caracteriza pela livre concorrência. Empresas produtoras de bens e serviços e estabelecimentos comerciais disputam avidamente o mercado consumidor. Nessa disputa por mercado, a publici-*

[1] Fonte IBGE. Disponível em: www.ibge.gov.br. Acesso em: 20 out. 2004.

> *dade exerce um papel de muita relevância. Diz antigo ditado que "a propaganda é a alma no negócio". É do interesse de toda empresa propagar sua marca, logotipo ou mensagem para fixá-los na mente do consumidor. (...) O espaço publicitário em locais de grande visibilidade é vendido no mercado, possui valor econômico. Os estabelecimentos comerciais, no afã de chamar a atenção de potenciais clientes, instalam letreiros indicativos em suas fachadas, que muitas vezes, por suas dimensões e altura de instalação, parecem desempenhar também função publicitária, extrapolando a mera indicação do estabelecimento.*

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, assegura a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como fator essencial à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

O artigo 3º, inciso I, da Lei n. º 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente, conceitua meio ambiente como "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."

"A dimensão holística do meio ambiente leva-nos, também, à consideração do meio ambiente artificial ou construído, em que ocorre a ação transformadora do homem e onde se visualiza o resultado das relações do homem com o mundo em que vive." (LANFREDI, 2002, p. 180).

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, no presente trabalho, se evidência com o prazer de dispor de uma harmonia visual no meio ambiente artificial, pois a poluição visual além de prejudicar a saúde das pessoas, causa prejuízos estéticos, culturais, paisagísticos, prejudica o turismo e a segurança no trânsito, etc.

A poluição visual está incluída no conceito jurídico de poluição previsto no art. 3º, inciso III, da Lei Federal nº. 6.938/81. Mas não existe legislação federal específica sobre o assunto.

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

3. CONCEITO DE PAISAGEM URBANA

Paisagem urbana é a "roupagem com que as cidades se apresentam a seus habitantes e visitantes".(...) "A boa aparência das cidades surte efeitos psicológicos importantes sobre a população, equilibrando, pela visão agradável e sugestiva de conjuntos e de elementos harmoniosos, a carga neurótica que a vida citadina despeja sobre as pessoas que nela hão de viver, conviver e sobreviver".(SILVA, 1995, p.273).

DEL RIO (1995, p. 94) conceitua paisagem urbana como o "cenário que nos rodeia, participa e conforma o nosso cotidiano".

4. CONCEITO DE POLUIÇÃO VISUAL

Para SANTOS (2004) poluição visual pode ser definida como:

> *Os efeitos danosos resultantes dos impactos visuais causados por determinadas ações e atividades, a ponto de: prejudicar a saúde, a segurança e o bem-estar da população; criar condições adversas às atividades sociais e econômicas; afetar desfavoravelmente a biota; afetar as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente.*

BECHARA (2004) conceitua poluição visual, como sendo "um tipo de impacto que está mais afeto ao ambiente urbano e que se origina a partir de várias práticas: pichações nos muros de casas e edifícios, anúncios publicitários veiculados por meio de placas, cartazes, outdoors e luminosos, propaganda eleitoral, lixo espalhado pela cidade, dentre outras."

Assim, a poluição visual caracteriza-se como uma "ofensa à integridade psíquica dos indivíduos que numa determinada cidade residem ou transitam, violando diretamente o preceito garantidor de uma vida com qualidade". (FIORILLO, 2002, p. 127).

5. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A PROTEÇÃO DA PAISAGEM

O artigo 225 da Constituição Federal estabelece que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à **sadia qualidade de vida**, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações" (grifo nosso).

A Constituição Federal prevê proteção à paisagem como garantia da qualidade de vida nas cidades. Conforme vejamos:

5.1 Política de desenvolvimento urbano

A Constituição Federal de 1988, artigo 182, *caput*, prevê como objetivo da política de desenvolvimento urbano a garantia do bem-estar de seus habitantes. Sendo a poluição visual contraria a essa garantia constitucional.

> *Artigo 182: "A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes" (grifo nosso).*

Segundo ROCHA (1999, p.109) o art. 182, *caput*, da Constituição Federal, tem por objetivo "ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais e garantir

o bem-estar de seus habitantes, o que significa realizar as funções de habitação e proporcionar condições adequadas de trabalho, de recreação e de circulação humana. O pleno desenvolvimento dessas funções deve ser compreendido como o direito à cidade".

Completa FIORILLO (2002, p. 130-131):

> *As cidades devem cumprir sua função social, propiciando a seus habitantes bem-estar. As metrópoles, em que pesem ser grandes focos comerciais, não podem ser entendidas como um espaço destinado somente à vida econômica, de modo que se faz imprescindível privilegiar outros aspectos, a fim de permitir a coexistência de atividades econômicas e o desfrute de bem-estar dos habitantes daquela localidade.*

5.2 Competência

Devemos destacar a importância do município no controle e repressão da poluição visual. Mas isso não significa que os outros entes federados estejam excluídos de tal controle.

O artigo 23, da Constituição Federal, estabelece competência comum a União, Estados, Distrito Federal e aos Municípios para "proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas." (art. 23, VI, CF).

Conforme GUIMARÃES JÚNIOR (2000, p. 117) "o município tem competência para legislar sobre urbanismo e sobre tutela do meio ambiente urbano que, por serem assuntos de interesse local, estão no âmbito traçado pelo art. 30, I, da CF. Normas que controlam a poluição visual podem, portanto ser editadas pelo município".

> *Art. 30: Compete aos Municípios:*
> *I – legislar sobre assuntos de interesse local.*

No entanto, completa GUIMARÃES JÚNIOR (2000, p. 118) "essa competência, todavia, não é privativa. A mesma Constituição Federal, ao organizar o Estado brasileiro, cometeu à União e aos Estados competência para legislar concorrentemente sobre proteção do meio ambiente e controle da poluição, proteção ao patrimônio paisagístico, responsabilidade por dano ao meio ambiente, a bens e direitos de valor estético e paisagístico (art. 24, VI, VII e VIII, da CF)."

> *Art. 24. Compete à União, aos estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:*
> *(...)*
> *VI- florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais,* ***proteção do meio ambiente e controle da poluição;***
> *VII-* ***proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;***
> *VIII- responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de* ***valor artístico, estético, histórico turístico e paisagístico (grifo nosso).***

5.3 Proteção aos conjuntos urbanos e sítios de valor paisagístico:

O artigo 216, inciso V, da Constituição Federal, estabelece proteção aos conjuntos urbanos de valor paisagístico.

> *Art. 216: Constituem* ***patrimônio cultural brasileiro*** *os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:*
> *(...)*
> *V –* ***os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico****, arqueológico, paleontológico, ecológico e cientifico (grifo nosso).*

5.4 Condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente

O art. 225, § 3º da Constituição Federal diz que: "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".

6. LEGISLAÇÕES INFRACONSTITUCIONAIS E A PROTEÇÃO DA PAISAGEM

Existem diversos dispositivos infraconstitucionais que tratam da proteção à paisagem (estética) das cidades. Vejamos:

6.1 Lei n. º 6.938/81 (Política nacional do meio ambiente)

A Lei n. º 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, em seu artigo 3º, inciso III, define poluição como sendo:

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

Podemos notar que o conceito de poluição nesta lei, também abrange as degradações que afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente.

Conforme visto acima, ressalta COSTA NETO (2001, p. 167) o termo poluição é "multiforme, manifestando-se de vários modos".

6.2 Lei n. º 4.737/65 (Código Eleitoral)

A Lei nº. 4.737, de 15 de julho de 1965, institui o Código Eleitoral. Prevê em seu artigo 243, VIII, que não será permitida propaganda eleitoral que prejudique a higiene e a estética urbana.

> *Artigo 243: "Não será tolerada propaganda:*
> *VIII- que prejudique a higiene e a estética urbana ou contravenha a posturas municipais ou a outra qualquer restrição de direito."*

6.3 Lei n.º 9.504/97 (Propaganda Eleitoral)

A Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997, estabelece normas para as eleições e propaganda eleitoral. Prevendo cuidados com a manutenção da estética urbana durante os períodos eleitorais.

> *Art. 37 - Nos bens cujo uso dependa de cessão ou permissão do Poder Público, ou que a ele pertençam, e nos de uso comum, é vedada a pichação, inscrição a tinta e a veiculação de propaganda, ressalvada a fixação de placas, estandartes, faixas e assemelhados nos postes de iluminação pública, viadutos, passarelas e pontes, desde que não lhes* ***cause dano, dificulte ou impeça o seu uso e o bom andamento do tráfego*** *(grifo nosso).*
> *§ 1º - A pichação, a inscrição a tinta ou a veiculação de propaganda em desacordo com o disposto neste artigo sujeitam o responsável à restauração do bem e à multa no valor de cinco mil a quinze mil UFIR.*
> *§ 2º - Em bens particulares, independe da obtenção de licença municipal e de autorização da Justiça Eleitoral, a veiculação de propaganda eleitoral por meio da fixação de faixas, placas, cartazes, pinturas ou inscrições.*
> *§ 3º - Nas dependências do Poder Legislativo, a veiculação de propaganda eleitoral fica a critério da Mesa Diretora.*

Todo ano eleitoral ocorre uma maciça divulgação de propagandas eleitorais, que acabam transformando as cidades em um aglomerado de santinhos, placas, adesivos, cartazes, faixas e afins afixados nos postes de iluminação pública, passarelas, viadutos e até mesmo em árvores. Os candidatos apresentam-se das mais diversas maneiras, as quais muitas vezes acabam causando impactos no meio ambiente urbano e conseqüentemente isso reflete na qualidade de vida das pessoas que vivem ou circulam nas cidades.

De acordo com ROLLO (2005): "Existe, no período eleitoral, um conflito entre o direito dos cidadãos de circular em uma cidade visualmente limpa e o direito dos cidadãos de conhecerem e saberem quem são os candidatos, a fim de formar a sua consciência de voto e, dessa forma, melhorarem sua cidade, seu estado e seu país". Qual desses direitos possui maior relevância? Segundo ROLLO, o direito que deve prevalecer é o "direito dos cidadãos de conhecerem as propostas dos candidatos e de formarem sobre eles um juízo de valor, pois assim estará

sendo garantido o regime democrático, assegurado pela Constituição Federal, no seu art. 1º",caput".[2]

Completa ROLLO (2005) ao dizer que:

> *É pressuposto para o atendimento de todos os demais direitos fundamentais a democracia, uma vez que, como já se viu no passado recente brasileiro, em regimes ditatoriais as garantias individuais vão sendo dia a dia reduzidas. Persiste, no entanto, o direito a uma cidade limpa após as eleições e antes de 06 de julho do ano da eleição, cabendo às autoridades públicas municipais exercerem o seu poder de polícia. Especialmente após o pleito, decorridos sessenta dias, o município está liberado para aplicar multas e fazer a cidade voltar a ser limpa.*

Pensando em cidades limpas durante o período eleitoral, o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo convidou os partidos que participam das eleições municipais no ano de 2004, a realizarem um acordo para que estes não sujem as cidades com propaganda eleitoral, pois tais campanhas, muitas vezes, poluem visualmente as cidades, comprometendo o bem-estar dos cidadãos.[3]

Em Santos-SP, a Lei Complementar n. º 246, de 05 de novembro de 1996, declara que, após 60 (sessenta) dias das eleições, é obrigatória a retirada de propaganda eleitoral pintada ou afixada em imóveis situados neste Município. Sendo que o descumprimento ao disposto na lei sujeitará o infrator à multa de 100 (cem) UFIRs, cobrada em dobro se persistir a infração. Cabendo a Secretária Municipal de Economia e Finanças (Sefin) fiscalizar o cumprimento desta lei.

Representantes da OAB-Santos no Comitê 9840[4] elaboraram um documento com o objetivo de evitar a poluição visual durante a campanha eleitoral, sendo criados "Selo de qualidade" e "Troféu poluição eleitoral" para os candidatos poluidores[5]. O Comitê 9840 recebe e encaminha denúncias eleitorais ao Ministério Público, o qual caberá analisar e propor eventuais ações judiciais.

Nesse sentido, podemos perceber que existe uma certa preocupação em manter as cidades limpas durante o período de campanhas eleitorais, preservando assim o meio ambiente urbano e o bem-estar da coletividade. Possuindo o poder público e a sociedade extrema importância na organização de campanhas educativas.

De acordo com FIORILLO (2002, p. 136), a propaganda eleitoral causa poluição visual nas cidades. Sendo os "candidatos alheios ao dispositivo legal, em busca de votos, penduram faixas, picham muros, fixam cartazes, tomando para si um espaço de uso comum do povo com o propósito de divulgar suas candidaturas".

---

[2] O art. 1º da Constituição Federal de 1988 estabelece que a: "República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado **Democrático** de Direito". (grifo nosso).

[3] Matéria disponível no site: <http://www2.uol.com.br/aprendiz/noticias/cbn/id010704.shtml>. Acesso em: 05 fev. 2005.

[4] O Comitê 9840 funciona como fiscal e aplicador da Lei 9.840 na Baixada Santista. A Lei 9.840 de 28 de setembro de 1999 (trata-se da lei contra a corrupção eleitoral), como resultado do primeiro projeto de iniciativa popular em nosso país, apresentado ao Congresso Nacional em 10 de agosto do mesmo ano. Esta lei modifica alguns dispositivos da Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997 que disciplina sobre as eleições para os diferentes mandatos políticos de Vereador a de Presidente da República e fixa o primeiro domingo de outubro do ano respectivo para sua realização. Altera dispositivos do Código Eleitoral, a lei 4.737 de 15 de julho de 1965.

[5] Matéria disponível no site: < http://www.jornaldaorla.com.br/coluna1/1598.shtml>. Acesso em: 05 fev. 2005.

Em decorrência da campanha eleitoral 2004 na cidade de Santos-SP, aproximadamente 11 toneladas de lixo foram retiradas das ruas. Sendo 9,3 toneladas provenientes da varrição das ruas, 890 kg de placas, cavaletes e painéis, e 980 kg de faixas e banners.[6]

Conforme RODRIGUES (2005) devemos: "esperar que candidatos tenham um mínimo de respeito às cidades e seus moradores durante o processo eleitoral, pois isso demonstra o nível de respeito que terão pelos mesmos durante o exercício de seus mandatos".

Conforme visto, durante os períodos eleitorais a qualidade de vida das pessoas e a paisagem urbana, fica seriamente comprometida pela poluição causada pelo excesso de propaganda eleitoral. Candidatos, partidos políticos, poder público e a sociedade deveriam se reunir e conversar sobre meios de divulgação eleitoral menos agressivos e confusos. Assim teríamos nossas cidades limpas durante as campanhas eleitorais, sem deixar de lado o direito que os cidadãos e candidatos possuem de saberem e informarem suas propostas.

6.4 Lei nº 9.605/98 (Lei de crimes ambientais)

A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Lei de crimes ambientais). Prevê crimes de poluição contra o ordenamento urbano e patrimônio cultural.

> *Art. 63. Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:*
> *Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.*
> *Art. 64. Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:*
> *Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.*
> *Art. 65. Pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano:*
> *Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.*
> *Parágrafo único. Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de seis meses a um ano de detenção, e multa (grifo nosso).*

[6] Matéria disponível no site: <http://atribunadigital.globo.com/bn_conteudo.asp?cod=175382&opr=257>. Acesso em: 05 fev. 2005.

6.5 Lei n.º 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro)

A Lei n.º 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Prevê algumas normas que delimitam a publicidade, para garantir a segurança no trânsito.

> *Art. 81. Nas vias públicas e nos imóveis é proibido colocar luzes, publicidade, inscrições, vegetação e mobiliário que possam gerar confusão, interferir na visibilidade da sinalização e comprometer a segurança do trânsito.*
> *Art. 82. É proibido afixar sobre a sinalização de trânsito e respectivos suportes, ou junto a ambos, qualquer tipo de publicidade, inscrições, legendas e símbolos que não se relacionem com a mensagem da sinalização.*

6.6 Decreto-lei n. º 25/37 (Proteção do patrimônio histórico e artístico nacional)

O Decreto-lei n. º 25, de 30 de novembro de 1937. Trata da organização e proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.

Conceitua patrimônio histórico e artístico nacional como sendo "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, bibliográfico ou artístico". (art. 1º).

"Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana." (art. 1º, § 2º).

O artigo 18 estabelece que "sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa **tombada**, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela **colocar anúncios ou cartazes**, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso multa de cinqüenta por cento do valor do mesmo objeto (grifo nosso).

Assevera GUIMARÃES JÚNIOR (2000, p. 128) que "existe, portanto fundamento legal para que determinado imóvel, ou até mesmo um bairro inteiro, seja objeto de tombamento e dessa forma receba, juntamente com sua vizinhança, especial proteção paisagística."

6.7 Lei nº 13.525, de 28 de fevereiro de 2003 – Município de São Paulo – SP

Esta lei dispõe sobre a ordenação de anúncios na paisagem do município de São Paulo, e dá outras providências.

Estabelece que todos têm direito à boa qualidade estética e referencial da paisagem municipal, sendo dever do poder público municipal e da coletividade protegê-la e promovê-la para as atuais e futuras gerações. Sendo que a paisagem municipal constitui direito difuso de todos. (art. 4º, p.u.).

Considera paisagem, "o espaço aéreo e a superfície externa de qualquer elemento natural ou construído, tais como água, fauna, flora, construções, edifícios, anteparos, superfícies aparentes de equipamentos de infra-estrutura, de segurança e de veículos automotores, anúncios de qualquer natureza, os elementos de sinalização urbana, equipamentos de informação e comodidade pública, logradouros públicos, visíveis por qualquer observador situado em áreas de uso comum do povo".(art. 5º).

O artigo 37, desta lei, também prevê sobre a colocação de anúncio de finalidade político-partidária, estabelecendo que este tipo de anúncio fica sujeita à observância da legislação pertinente, dispensando-se o seu licenciamento.

Estabelece competência às Subprefeituras, para fiscalizar o cumprimento desta lei e punir os infratores e responsáveis, aplicando as penalidades cabíveis. (art. 73, II).

7. TUTELA JURÍDICA DO AMBIENTE VISUALMENTE SADIO

Como tutela jurídica do ambiente visualmente sadio temos a ação popular, regulada pela Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 e a ação civil pública, disciplinada pela Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985.

7.1 Ação popular (Lei n.º 4.717/65)

O artigo 1º, da Lei nº. 4.717/65, estabelece proteção ao patrimônio público, e o conceitua como sendo os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico. Conforme vejamos:

> *Art. 1º. Qualquer cidadão será parte legitima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, §38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de 50%(cinqüenta por cento) do patrimônio ou da receita anual de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.*
> *§ 1º Considera-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico (grifo nosso).*

7.2 Ação civil pública (Lei n.º 7.347/85)

A Lei n.º 7.347/85 , dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

> *Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:*
> *(...)*
> *III – aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (grifo nosso).*

Conforme estabelece o art. 1º, inciso III, desta lei, a ação civil pública é o instrumento adequado para as ações de responsabilidade por danos causados aos bens e direitos de valor estético e paisagístico. Sendo competente o foro do local onde ocorreu o dano (art. 2º).

8. CONCLUSÕES ARTICULADAS

8.1 A Constituição Federal estabelece proteção à paisagem como garantia da qualidade de vida nas cidades.

8.2 A poluição visual afeta negativamente a estética urbana, comprometendo a qualidade de vida das pessoas, interferindo no turismo, na segurança do trânsito, descaracterizando patrimônios históricos e culturais etc.

8.3 A matéria não possui legislação federal especifica, sendo o Município de fundamental importância no controle, repressão e fiscalização da poluição visual.

8.4 A poluição visual está incluída no conceito jurídico de poluição previsto no art. 3º, inciso III, da Lei Federal nº. 6.938/81.

8.5 Durante os períodos eleitorais em decorrência da poluição causada pelas propagandas surge um conflito de direitos, o direito ao acesso à informação e o direito de viver em um ambiente visualmente sadio e harmônico. Tal conflito compromete a qualidade de vida das pessoas e interfere na paisagem urbana, sendo o poder público e a sociedade partes importantes na prevenção e controle de eventuais abusos do marketing eleitoral. Ambos os direitos são essências, mas é preciso que os candidatos aos cargos políticos juntamente com seus partidos trabalhem com propagandas mais limpas e claras, pois o excesso de informações apenas confunde os eleitores.

8.6 Como tutela jurídica do ambiente visualmente sadio temos a ação popular, regulada pela Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 e a ação civil pública, disciplinada pela Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985.

BIBLIOGRAFIA

BECHARA, Erika. *A proteção da estética urbana em face das pichações e do grafite na lei dos crimes ambientais.* Disponível em: <http://www.empo-

riodosaber.com.br/ci/colunas/estante/Coluna_Direito_Ambiental_01.html> Acesso em: 17 ago. 2004.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. Crime de poluição. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 5., 2001, São Paulo. *Anais do 5º Congresso Internacional de Direito Ambiental*. São Paulo: IMESP, 2001, p. 167-177.

DEL RIO, Vicente. Paisagens, realidade e imaginário: a percepção do cotidiano. *Paisagem e ambiente: ensaios, São Paulo*: FAU, n. 7, p. 93-1001, 1995.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. Publicidade externa e tutela legal do paisagismo urbano. *Revista de direito ambiental*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, n. 19, p. 109-128, 2000.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *População brasileira por situação de domicílio-2000*. Disponível em: www.ibge.gov.br. Acesso em: 20 out. 2004.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. *Política ambiental: busca de efetividade de seus instrumentos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

ROCHA, Júlio César de Sá da. Considerações jurídicas sobre a função ambiental da cidade. *Revista de direito ambiental*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, n. 14, p. 103-119, 1999.

RODRIGUES. Lessandro Lessa. *O processo eleitoral, a cidade e o arquiteto-urbanista*. Disponível em: <http://www.vitruvius.com.br/arquitextos/arq000/esp255.asp>. Acesso em: 05 fev. 2005.

ROLLO, Alberto; ROLLO, Arthur. *A propaganda eleitoral e a poluição visual*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto535.htm>. Acesso em: 27 ago. 2004.

SANTOS, Fabiano Pereira dos. *Meio ambiente e poluição*. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4753>. Acesso em: 27 ago. 2004.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1995.

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DA ÁREA AMBIENTAL

XIMENA CARDOZO FERREIRA
Promotora de Justiça Titular da Promotoria de Justiça
Especializada de Taquara, Rio Grande do Sul

1. MISSÃO INSTITUCIONAL

Com o advento da Constituição de 1988, o Ministério Público adquiriu nova configuração institucional[1], inúmeras sendo as conquistas alcançadas no sentido de angariar novas garantias e funções. E isso não corresponde, evidentemente, a qualquer privilégio concedido pelo constituinte: trata-se de dotar a Instituição constitucionalmente eleita para o desempenho de misteres essenciais à manutenção do Estado Democrático de Direito de mecanismos eficientes de atuação, garantindo-lhe liberdade de atuação na busca do interesse público.

Segundo o artigo 127 do texto constitucional,

> *O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.*

Os parágrafos do mesmo artigo constitucional asseguram à Instituição autonomia funcional e administrativa, bem como a *independência funcional* de seus membros.

Pela nova roupagem constitucional, verifica-se que o Ministério Público passa a ser ente autônomo, independente, não vinculado a qualquer dos três "Poderes" estatais[2]. A desvinculação do Executivo garante-lhe, é certo, liberdade de atuação, de modo a que seus membros não estejam atrelados a decisões político-governamentais.

De outra parte, tampouco se insere o Ministério Público no Poder Judiciário – falsa impressão muitas vezes difícil de afastar, em especial em alguns setores da imprensa –, mas é *órgão essencial à função jurisdicional do Estado*[3].

No que concerne aos direitos sociais constitucionalmente fixados, caracterizando-se o Ministério Público como seu defensor pelo texto do artigo 127, mister

---

[1] Sobre o processo evolutivo até a nova feição institucional, consulte-se a obra "De Homem Só a Guardião da Cidadania – História Associativa e Institucional do Ministério Público do Rio Grande do Sul (1941-2001)", de Gunter Axt. Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça, Memorial, 2003.

[2] O que leva a parcela importante da doutrina a considerá-lo o *Quarto Poder* (embora com resistência de muitos).

[3] Observe-se que tratamento distinto recebeu a advocacia, capitulada constitucionalmente como *indispensável à administração da justiça*.

considerar que todo e qualquer ato atentatório dará ensejo à atuação ministerial, no sentido de que sejam extirpadas as ameaças e evitados os danos à ordem instituída pela Assembléia Nacional Constituinte de 1987. Assim, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais, configura-se o Ministério Público como verdadeiro *defensor do povo* ou *ombudsman*, como denominado em alguns países.

Na Ordem *Socioambiental* Constitucional esse desiderato pode ser mais facilmente identificado, diante da imperiosa necessidade de proteção do meio ambiente como forma de assegurar a sadia qualidade de vida essencial à dignidade da pessoa humana, valor fundamente do ordenamento jurídico nacional.

De fato, depreende-se que a nova configuração constitucional da Instituição a fez evoluir do singelo papel de *acusadora* no processo penal e *fiscal da lei* no processo civil, para assumir uma *posição pró-ativa* em relação aos direitos sociais e individuais indisponíveis, notadamente em relação a matérias como meio ambiente, consumidor, saúde e patrimônio público, elencados a título ilustrativo.

No exercício dessas novas atribuições, portanto, compete-lhe participação vital nos rumos da nova sociedade, assumindo a Instituição inegável papel político, embora não-partidário. Com efeito, detentor de parcela de soberania estatal, está o Ministério Público vocacionado à interferência na condução dos negócios políticos estatais.

A fim de dar concretude às normas constitucionais criadoras de direitos fundamentais – incluídos entre esses os sociais e difusos, dentre os quais o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado garantido pelo artigo 225 da Constituição – impõe-se, portanto, a atuação incisiva do Ministério Público, em especial no que tange ao controle externo do Poder Público, a quem compete assegurar a materialização dos ditames constitucionais no Estado Social de Direito.

De fato, ademais de realizar a fiscalização protetiva do ambiente em relação a particulares, de forma a evitar que danos ambientais sejam causados e a garantir que eventuais degradações sofram as pertinentes conseqüências administrativas, civis e criminais (em especial a recuperação do ambiente degradado), ao Ministério Público incumbe agir no sentido de realizar o controle da Administração Pública, visto que muitos danos são produzidos ao ambiente através de sua participação direta ou indireta.

No que toca ao presente estudo prioritariamente, a omissão administrativa na elaboração e execução de políticas públicas na seara ambiental deve ser firmemente combatida pelo Ministério Público, a fim de evitar que a inércia estatal viole os cânones da Constituição Federal.

Nesse sentido Luiza Cristina Fonseca Frischeisen[4]:

> *A função do Ministério Público não comporta somente a atuação para corrigir atos comissivos da administração que porventura desrespeitem os direitos constitucionais do cidadão, mas também a correção dos atos omissivos, ou seja, para a implantação efetiva de políticas publicadas visando a efetividade da ordem social prevista na Constituição Federal de 1988.*

[4] "Políticas Públicas: A responsabilidade do administrador e o Ministério Público", p. 126.

Luís Roberto Gomes[5] bem analisa:

> *Destarte, quando o Estado se revela omisso, e a omissão é ilícita, dado que deveria agir, é perfeitamente possível que o Ministério Público, ainda que não eleito por voto popular, intervenha, invocando o controle jurisdicional, ou mesmo por veículo extraprocessual, como a recomendação, para, respectivamente, obrigar o agente estatal à ação ou indicar-lhe o caminho legal para suprir a omissão, sob pena de responsabilização, porque agente político constitucionalmente qualificado para tanto, pelo próprio titular soberano do poder político estatal.*
> *(...)*
> *Com efeito, o Ministério Público só bem desempenhará seu elevado mister de defesa do regime democrático se, entre outras tarefas constitucionais, "zelar para que sejam prioritariamente defendidos aqueles que se encontram à margem dos benefícios produzidos pela sociedade" (MAZZILLI, 1998a, p. 52)*
> *E é meio para isso, entre outros, o combate à inércia governamental em questões como mortalidade infantil, falta de ensino básico, falta de atendimento de saúde, defesa do meio ambiente e do consumidor, ente outras prioridades, sendo um dos instrumentos mais poderosos para o desempenho das novas funções ministeriais o processo coletivo, usado com vistas a resgatar grande parcela da população, totalmente marginalizada dos benefícios sociais (MAZZILLI, 1998a, p. 52).*

Acrescenta o mesmo autor[6] que o Ministério Público atua como

> *fator de equilíbrio nas relações entre Administração Pública e administrado, visando ao bom e correto funcionamento da máquina estatal, à salvaguarda dos direitos dos administrados e à harmonia entre os Poderes (MARTINS JR., 2002, p. 8).*

As objeções comumente postas a tal controle[7] mereceram análise do douto Ministro Sepúlveda Pertence, do Supremo Tribunal Federal[8]:

> *Não espanta a conseqüente resistência dos reacionários de sempre, aos quais apraz - ingênua ou conscientemente - pinçar um que outro exemplo gritante de abuso da ação civil pública para denegrir o instituto e, de modo especial, a atuação do Ministério Público no seu exercício cotidiano. Resistência que já colheu alguns retrocessos significativos na legislação casuística dos últimos anos. Exemplos de abusos da ação civil pública existem. E vários dele, gritantes. De modo especial, os que não distinguem entre a intervenção na implementação de políticas públicas contestáveis à luz de opções positivadas em princípios e regras da ordem constitucional ou legal - que é legítima - e a*

[5] "O Ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão estatal no direito ambiental", pp. 22 e 25.
[6] Ob. cit., p. 30.
[7] Luís Roberto Gomes, ob. cit., p. 12, refere: "A evolução ministerial, aliás, vem encontrando resistência político-governamental, preocupada em reduzir e cercear a atuação do Ministério Público, haja vista a participação cada vez maior da instituição na condução e na moralização dos negócios estatais".
[8] Em prefácio a obra de João Batista de Almeida (citado por Rodolfo de Camargo Mancuso no livro "Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores", p. 110).

> *tentativa de impor-lhes objeções meramente políticas do agente eventual de sua propositura. São custos inevitáveis da implantação de um poder novo...*

A legitimação da atuação do Ministério Público advém – importante salientar – de sua configuração teleológica como *órgão da sociedade*, embora formalmente órgão estatal. De fato, a Instituição trabalha em prol do interesse público, dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis, empreendendo toda sua energia na busca da concretização dos objetivos de justiça social e igualdade material preconizados na Carta Magna. Nesse sentido, feliz a expressão *Promotor de Justiça*, adotada em substituição a Promotor Público, representante de uma época em que a Instituição ministerial ainda encontrava-se atrelada à função executiva do Estado.

Marcelo Pedroso Goulart[9] aponta:

> *O Ministério Público apresenta-se, em seu novo perfil, como agente-parceiro da consolidação e ampliação desses novos espaços, servindo de canal privilegiado às demandas que visam a concretização dos novos direitos e o resgate da cidadania da parcela majoritária da população brasileira que vive à margem dos processos político e econômico.*

Não há como objetar, portanto, o exercício do controle finalístico dos atos e omissões da Administração Pública pelo Ministério Público, meio através do qual se dará a efetivação dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal. Somente um Ministério Público forte, dotado das garantias e prerrogativas funcionais imprescindíveis a sua atuação livre, poderá servir aos objetivos de constituição de um verdadeiro Estado Social de Direito democrático.

Aduz ainda Cássio Casagrande, sobre a posição do Ministério Público, com grifos nossos[10]:

> *Aceitando-se a premissa de que a ação civil pública vem efetivamente se transformando em verdadeira ação de defesa de direitos sociais constitucionais, estaríamos diante de uma* posição de relevância do Ministério Público como intérprete privilegiado da Constituição*, dentro da comunidade de intérpretes, ou seja, um desequilíbrio em favor do Ministério Público em detrimento de outros grupos (cidadãos, associações, Judiciário, etc.).*

De observar, a propósito, que a legitimação constitucional vem cristalizada na Constituição da República, que esboçou o novo perfil do Ministério Público, consoante já apontado. Assim, a Instituição, diante de sua independência frente aos "Poderes" estatais, assume papel ímpar de aglutinador dos interesses da sociedade, labutando pela consagração fática dos direitos e garantias previstos no ordenamento constitucional.

A Instituição ministerial atua, pois, como delegada da sociedade, com parcela de Poder estatal conferida pela Constituição Federal para o exercício indepen-

[9] Citado por Álvaro Luiz Valery Mirra no livro "Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente", p. 148.
[10] "Ministério Público, Ação Civil Pública e a Judicialização da Política –Perspectivas para o seu estudo". Boletim Científico ESMPU, Brasília, A. I – nº 3, p. 21-34 – Abr./Jun. 2002.

dente de sua função de *promover justiça*, buscando, através do controle da omissão administrativa na implementação de políticas públicas, a efetiva concretização da Ordem *Socioambiental* Constitucional.

2. INSTRUMENTOS DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

2.1 Ação Civil Pública

A ação civil pública é o instrumental de atuação do Ministério Público por excelência, utilizado tradicionalmente em larga escala para o alcance das finalidades institucionais no que concerne à defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Concebida no ordenamento jurídico nacional através da Lei nº 7.347/85[11], foi alçada ao *status* de garantia constitucional fundamental[12] pela Carta da República de 1988, prevista no inciso III do artigo 129.

Caracterizado mecanismo processual que abre caminho à possibilidade de cominação de obrigações de fazer e de não-fazer, reveste-se a ação civil pública de relevância fundamental ao controle da omissão administrativa na implementação de políticas públicas, visto que a partir dela pode-se obter determinação judicial ao ente estatal para que atue de forma a dar concretude aos direitos sociais previstos na Constituição, em especial no que concerne à Ordem *Socioambiental*.

De fato, não subsistem à análise sistêmica do ordenamento jurídico pátrio as objeções freqüentemente apontadas ao exercício do controle finalístico das ações e omissões estatais frente aos deveres prestacionais impostos pela Ordem Constitucional, visto que argumentos como separação de poderes, falta de legitimidade democrática, discricionariedade administrativa ou falta de previsão orçamentária não podem conduzir à negação de direitos assegurados pela Carta Constitucional.

Cabe lembrar a opinião de João Batista de Almeida[13]:

> *Não vejo porque não prestigiar a tese que admite o uso da ação civil pública quando o pedido é a implementação de políticas públicas, pois, do contrário, o administrador ficaria totalmente livre para descumprir normas constitucionais e dispositivos legais, inclusive orçamentários, sem poder ser compelido na via judicial ao respectivo cumprimento (...).*

Andréas J. Krell[14] contribui:

> *Por isso, o Poder Judiciário deve, na área da proteção ambiental e na defesa dos bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, sindicar*

[11] Na Lei Complementar nº 40/81 vê-se a primeira referência a ação civil pública, como forma apenas de diferenciação da ação penal pública. A Lei nº 6.938/81, por seu turno, previu ação de responsabilidade a ser proposta pelo Ministério Público.

[12] Sobre tal qualificação ver FINGER, Julio César. "A ação civil pública como garantia fundamental", artigo publicado na Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul nº 48, p. 33.

[13] Citado no livro de Rodolfo de Camargo Mancuso, p. 43.

[14] "Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais", p. 80.

> *os atos (mais ou menos) discricionários dos órgãos administrativos, para verificar se os interesses difusos e valores constitucionais subjacentes estão sendo realizados de forma adequada.*

Assim, constatada inércia ilícita da Administração Pública em dar efetividade a normas constitucionais ou infraconstitucionais instituidoras de direitos sociais fundamentais – dentre os quais o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado –, sujeitar-se-á o ente estatal aos sistemas de controle previstos na ordem jurídica brasileira, notadamente o controle social exercido por intermédio do Ministério Público, na esmagadora maioria de casos[15], e também do Poder Judiciário, nos casos em que o conflito for judicializado[16]. Para além da responsabilização do administrador omisso, que pode ser inclusive alcançado pela Lei da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), tem-se na ação civil pública eficaz mecanismo de coerção do ente público inerte à ação.

Lembra Cássio Casagrande[17]:

> *Assim, a ação civil pública vem permitindo ao Judiciário tanto a integração da norma "em branco", por omissão do Poder Legislativo – na medida em que o juiz pode decidir pelo deferimento de direitos sociais constitucionais independentemente de regulamentação – , como a determinação ao Estado para que pratique ou deixe de praticar ato com o fim de garantir a concretização dos direitos sociais.*

Mas o alcance da tutela desejada contra a omissão estatal na implementação de políticas públicas ainda passa, na área ambiental, por outro obstáculo, consistente no alegado descabimento de concessão de medidas liminares contra o Poder Público. E tal se dá em virtude da natureza dos interesses protegidos que, além de estarem abrigados pelos princípios da prevenção e da precaução, são suscetíveis de danos irreversíveis, degradadores da qualidade ambiental. De fato, diante da iminência de lesão a bem ambiental deve o Poder Público agir de forma a evitá-lo, em observância estrita dos princípios estruturantes referidos, sob pena de ineficácia de eventual ação extemporânea.

Assim, a regra contida na Lei nº 8.437/92 – de duvidosa constitucionalidade, em virtude da garantia da inafastabilidade da jurisdição – deve ser utilizada pelo magistrado sem olvido da visão sistêmica que deve nortear a aplicação do Direito. Nesse sentir, é de ser afastada nas hipóteses em que a demora[18] possa esvaziar o objeto da medida pretendida, como ocorre com danos ambientais que estejam sendo produzidos[19].

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery[20], com a maestria peculiar, esclarecem que cabe ao juiz deferir a medida *adequada*:

---

[15] Dados apontam que atualmente o Ministério Público brasileiro é responsável por aproximadamente 90% das ações civis públicas propostas, como anotado por Sílvia Cappelli em "Ação Civil Pública Ambiental: a experiência brasileira, análise de jurisprudência", publicado na Revista do Ministério Público do RS nº 52, p. 279.

[16] Porque conta o Ministério Público com importante arsenal extrajudicial de solução de conflitos nessa área, conforme será exposto a seguir.

[17] Ob. cit., p. 28.

[18] Pela cientificação do ente público ou pelo provimento final.

[19] Cabíveis, ainda, medidas cautelares e inibitórias.

[20] Citados no livro de Álvaro Luiz Valery Mirra, p. 392.

> *Pelo princípio constitucional do direito de ação (CF, art. 5º, XXXV), o jurisdicionado terá direito de obter do Poder Judiciário tutela jurisdicional* adequada. *Caso seja necessária a concessão de liminar, como a tutela adequada, o juiz deverá concedê-la, haja ou não previsão da lei para a concessão de liminares. A vedação da lei para a concessão de liminares somente poderá ser aplicada pelo juiz se não ofender o princípio constitucional do direito de ação.*

Álvaro Luiz Valery Mirra[21] complementa, concluindo:

> *Por via de conseqüência, sempre que a urgência da medida não recomendar o aguardo da cientificação do representante judicial da pessoa jurídica de direito público ou a ciência pelo demandado da providência solicitada trouxer o risco de torná-la ineficaz, em virtude da postura até então mantida pelo ente estatal, autorizada estará a imposição da cessação da atividade tida como lesiva,* inaudita altera parte*, no limiar da ação civil pública.*

O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo nesse mesmo sentido, entendendo inconstitucional qualquer tentativa de vedar a concessão de tutela antecipatória contra a Fazenda Pública, como são mostras os julgados proferidos no REsp nº 447.335-RS, Relator Ministro Luiz Fux, e REsp nº 409.172-RS, Relator Ministro Félix Fischer.

Muito se tenta objetar, é verdade, à possibilidade de determinação judicial de um *facere* ao órgão estatal. Os recorrentes argumentos já foram aqui enfrentados, cabendo ainda acrescentar que o poder concedido ao Ministério Público, como impulsionador da demanda judicial, e ao Poder Judiciário, em seu *munus* público de dizer o direito e apresentar solução à controvérsia do caso concreto, deve ser utilizado com a cautela implicada pela responsabilidade. De fato, sob pena de ameaça à credibilidade do instituto e do próprio controle externo, mister seja utilizada a ação civil pública com a coragem necessária aos que buscam justiça, mas também com a parcimônia recomendável aos que interferem em questões tão sensíveis da sociedade.

Nesse sentir, evidentemente o cabimento do controle aqui sustentado não está imune a limites decorrentes da própria ordem jurídica instituída: não se pode pretender, no seu exercício, substituir a vontade do administrador, emanada no uso legítimo de seu poder discricionário, pela vontade do Ministério Público ou do Judiciário, que – não obstante se revista também de legitimidade, visto que busca a realização da Constituição – não possui tal atribuição.

O exercício do poder de controle imanente ao sistema, portanto, deve ser perseguido pelo Ministério Público e realizado pelo Judiciário dentro dos exatos limites de suas funções, não podendo sobrepor-se a decisões também razoáveis e revestidas de legalidade da Administração Pública.

Incumbe ao Ministério Público, pois, ao tomar a decisão política[22] sobre o ajuizamento da ação civil pública, ter em mente os exatos contornos de sua atribuição, evitando demandas infrutíferas (*nati-mortas*) e desgaste institucional desnecessário.

---

[21] *Ibidem*, p.392.

[22] Sobre a natureza política da atuação do Ministério Público ver item próprio.

Em contrapartida, estando diante de omissões advindas de ente estatal obrigado a agir para consolidar a Ordem *Socioambiental* Constitucional através de políticas públicas, deve a Instituição ministerial, com a coragem a ousadia que forjaram seus contornos atuais, lançar mão do instrumental posto à disposição da cidadania para a garantia da existência digna, dentro dos limites de sua atribuição constitucional de defensor do povo e com observância das regras procedimentais aplicáveis.

2.2. Instrumentos Extrajudiciais

Mesmo reconhecida a ação civil pública como um caminho adequado para a realização progressiva dos direitos garantidos pela Ordem *Socioambiental* Constitucional, imperioso reconhecer os muitos obstáculos a serem transpostos para assegurar-lhe a efetividade, consoante já analisado neste estudo.

Outras razões existem, ainda, para que se dê preferência à solução extrajudicial dos conflitos, que se apresenta como a via mais célere e eficaz de defesa dos interesses coletivos *lato sensu* tutelados pelo Ministério Público. De fato, tem a Instituição – em saudável evolução interna – optado, hodiernamente, pela busca da composição na via administrativa, relegando a judicialização das questões ambientais a segundo plano (na hipótese de insucesso extrajudicial).

Sílvia Cappelli já teve oportunidade de elencar os motivos dessa posição institucional[23]:

> *a)* morosidade no julgamento das demandas – *mesmo reconhecendo-se a costumeira complexidade das ações civis públicas por envolverem a formação de uma prova altamente técnica, a qualidade de título executivo extrajudicial do compromisso de ajustamento, expressamente prevista em lei e confirmada pela jurisprudência, confere inegável vantagem à utilização do segundo, comparativamente à primeira.*
> *b) É ainda preponderante a visão* privatista da propriedade, a opção pelos valores da livre iniciativa e do crescimento econômico *em detrimento das questões ambientais nos arestos que apreciam a matéria;*
> *c)* maior abrangência do compromisso de ajustamento *do que da decisão judicial em face dos reflexos administrativos e criminais;*
> *d)* menor curso*, já que o acesso à Justiça é caro (v. g. custo pericial, honorários advocatícios);*
> *e)* maior reflexo social *da solução extrajudicial, ao permitir o trato de problemas sob diversas óticas: por ecossistemas e por bacias hidrográficas (promotorias regionais, temáticas e volantes), por assuntos (permitindo estabelecer prioridades, bem como a realização de audiências públicas e a intervenção da comunidade, o que resultará na obtenção de decisões consensuais e, conseqüentemente, maior efetividade do trabalho).*

Poder-se-ia acrescentar, ademais, que na esfera extrajudicial trabalha-se com

[23] Em "Acesso à justiça, à Informação e Participação Popular em Temas Ambientais no Brasil", no livro "Aspectos Processuais do Direito Ambiental", organização de José Rubens Morato Leite e Marcelo Buzagio Dantas, p. 299, grifos no original.

o *consenso*, contando o Ministério Público com a boa-vontade do responsável para o cumprimento voluntário das obrigações, o que passa a inexistir quando do ajuizamento de demanda perante o Poder Judiciário.

De outra parte, extrajudicialmente pode o Ministério Público obter resultados mais efetivos, não só pela celeridade ou até imediatidade, mas também pela qualidade da atitude pretendida. De fato, como bem refere Luiza Cristina Fonseca Frischeisen,

> *a sentença judicial trabalha com o binômio: procedente e improcedente e, por maiores que sejam as possibilidades de um pedido alternativo ou cumulativo, a implementação progressiva de alguns direitos encontra dificuldades para ser resolvida através de um provimento judicial.*[24]

De fato, na via extrajudicial tem o Ministério Público possibilidade de considerar todas as condicionantes que envolvem a questão posta, prevendo a realização dos atos pretendidos em prazos razoáveis e com a superação das etapas necessárias (inclusive orçamentárias, se for o caso).

Assim, através dos instrumentos do Inquérito Civil, das Recomendações e do Compromisso de Ajustamento de Conduta, que surgem como alternativas à jurisdição, pode o Ministério Público atingir com maior eficiência seus objetivos constitucionais, inclusive no que diz respeito ao controle das políticas públicas da Ordem *Socioambiental*.

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen[25] é precisa:

> *Os procedimentos administrativos de atribuição do Ministério Público permitem a negociação com a Administração ou com os entes privados responsáveis pela implementação de políticas públicas.*
> *Esse espaço de negociação é importante porque nele poderão ser contempladas as grandes questões atinentes à implementação de políticas públicas, como as temporais, orçamentárias e de conciliação entre as várias demandas existentes na sociedade, pela fixação de prazos necessários à implementação das exigências legais e eventuais adequações orçamentárias.*
> *Por outro lado, no Inquérito Civil Público ou procedimentos correlatos podem ser elaboradas atas compromissárias entre várias partes envolvidas, que não necessariamente poderiam ser acionadas em uma ação civil pública, ou que nesse procedimento gerariam inúmeras contestações, sem que uma sentença conseguisse impor obrigações principais e secundárias, de vários entes públicos envolvidos em uma política pública.*
> *É ainda na esfera do Inquérito Civil Público que poderão ser negociadas mudanças em procedimentos da administração, que não são necessariamente ilegais, mas demonstram serem ineficazes para o alcance de seus objetivos. O Ministério Público funciona, então, como órgão mediador e indutor das mudanças.*

De observar, todavia, que a utilização desses mecanismos alternativos não ofende o monopólio da jurisdição, como bem aponta Geisa de Assis Rodrigues[26],

[24] Ob. cit., p. 18.
[25] Ob. cit., p. 133.
[26] "Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: Teoria e Prática", p. 134. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

visto que não são impositivos, dependendo da anuência do eventual transgressor da norma, e seu cumprimento forçado imprescinde da judicialização (pela propositura de ação civil pública ou execução de compromisso de ajustamento, por exemplo).

2.2.1 Inquérito Civil

Exclusividade ministerial, o procedimento investigativo denominado Inquérito Civil permite ao Promotor de Justiça que o preside a formação de sua convicção sobre os fatos trazidos a seu conhecimento, apontados como violadores de interesses e direitos merecedores de tutela no âmbito das atribuições conferidas à Instituição.

Através dele, e no uso de suas prerrogativas requisitórias, o Ministério Público pode ter acesso às informações necessárias ao deslinde da questão posta, sendo coligida a prova sem intermediários e possibilitando sua conclusão com a adoção de solução legitimada, inclusive, pelo consenso.

Nesse sentido, o Inquérito Civil é fundamental, embora não obrigatório[27], à busca da verdade que deve nortear a atuação ministerial, identificando-se, através desse importante meio, os interesses porventura atingidos e as soluções mais adequadas ao caso concreto.

Nesse sentido, pode o Ministério Público utilizar-se do Inquérito Civil para formar sua convicção quanto à licitude da omissão administrativa na implementação de políticas públicas, de modo a embasar sua atuação e a possibilitar a conclusão do procedimento pela firmatura de compromisso de ajustamento de conduta, pela expedição de recomendação, pelo ajuizamento de demanda junto ao Poder Judiciário ou pelo arquivamento dos autos perante o Conselho Superior do Ministério Público.

2.2.2 Compromisso de Ajustamento de Conduta

O compromisso de ajustamento de conduta é, sem dúvida, o mais relevante instrumento de atuação extrajudicial do Ministério Público. Revestindo-se de natureza de título executivo, na forma do parágrafo 6º do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), introduzido pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90)[28], constitui ferramenta diária de alcance das finalidades institucionais na defesa dos interesses e direitos protegidos.

No âmbito das políticas públicas da Ordem *Socioambiental* Constitucional, poderão ser tomados pelo Ministério Público compromissos de ajustamento dos entes públicos responsáveis pelas ações materiais que assegurem à coletividade a fruição dos direitos assegurados na Constituição de 1988. Assim, fomenta a

[27] O Inquérito Civil é tão dispensável quanto o Policial. O Promotor de Justiça poder ingressar em juízo sem a prévia instauração do procedimento investigatório, desde que tenha elementos suficientes a embasar sua pretensão.

[28] A questão do veto já se encontra hoje superada pela doutrina e jurisprudência, razão pela qual despicienda sua exposição.

Instituição ministerial a definição de políticas locais para o trato da questão ambiental, obrigando o Poder Público, mediante compromisso de ajustamento de sua conduta, à adoção das providências necessárias e adequadas ao atingimento das finalidades do Estado Social de Direito.

Na execução desse mister o Ministério Público da Comarca de Taquara/RS, pela Promotoria de Justiça Especializada, tomou compromisso de ajustamento de conduta do Município de Taquara em Inquérito Civil que tinha por objeto a implementação da política pública municipal relativa à fauna doméstica e domesticada. Verificava-se naquele ente federado a existência de lei municipal que criava o Serviço de Controle de Felinos e Caninos – SCFC, sem, contudo, efetivamente implantá-lo. Ao contrário, as atividades relacionadas ao trato das populações errantes (cães e gatos de rua) e abandonadas vinham sendo desenvolvidas por entidade civil ligada à proteção dos animais. De outra parte, não havia qualquer regulamentação municipal acerca dos veículos de tração animal (VTAs), constatando-se problemática a situação dos animais utilizados nesses serviços, muitas vezes sujeitos a maus tratos, sem qualquer intervenção municipal.

Assim, foi celebrado Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta com o Município de Taquara, através do qual este assumiu as obrigações de fazer consistentes em (*a*) desenvolver atividades de orientação e controle sobre os veículos de tração animal, com o objetivo de promover medidas educativas e sociais relacionadas ao tráfego de carroças e aos necessários cuidados com a saúde e o bem-estar dos animais utilizados em serviços de tração; (*b*) proceder ao cadastramento de todos os condutores de veículos de tração animal residentes e domiciliados no Município de Taquara; (*c*) manter serviço de assistência veterinária gratuita aos animais utilizados em VTAs, que realizará a orientação dos condutores sobre os cuidados necessários e atenderá eventuais casos de doenças ou ferimentos dos animais de tração; (*d*) promover o controle de zoonoses e da superpopulação de animais felinos e caninos abandonados, através de vacinação e esterilização, reservado o extermínio, sempre por métodos indolores, exclusivamente às hipóteses excepcionais e irreversíveis de doenças terminais ou de comprovada periculosidade; bem assim de (*e*) promover, de forma permanente, campanhas sócio-educativas voltadas à posse responsável de animais domésticos, alertando a população para os cuidados inerentes à sua guarda, bem como sobre as responsabilidades administrativa e criminal decorrentes de atos de abandono, abuso ou maus tratos.

Outro exemplo digno de menção é o instrumento de ajuste tomado pela mesma Promotoria de Justiça Especializada de Taquara para regular a política pública municipal relativa à proteção do patrimônio cultural. Por esse compromisso, o Município de Taquara assumiu as obrigações de (*a*) proceder ao inventário dos bens culturais existentes, buscando a cooperação técnica do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado do Rio Grande do Sul – IPHAE; (*b*) abster-se de conceder autorização para a demolição ou alteração de bens inventariados sem prévia consulta ao IPHAE, devendo manter, para tanto, integração permanente entre os órgãos municipais relativos à cultura e às obras ou planejamento; (*c*) desenvolver periodicamente campanhas e promoções voltadas à educação patri-

monial, de forma a orientar a população para a conservação dos bens culturais existentes no âmbito municipal; (*d*) incluir, quando da elaboração do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual, rubricas destinadas à conservação dos bens culturais existentes no Município de Taquara, atento ao princípio da prevenção de danos; e também de (*e*) priorizar, na instalação de órgãos públicos municipais, prédios considerados de valor histórico, arquitetônico ou cultural, observados os princípios da economicidade, da razoabilidade e também os regentes da Administração Pública insertos no caput do artigo 37 da Constituição Federal.

Sobre as vantagens da adoção do compromisso de ajustamento de conduta sobre a solução judicial, bem analisa Luís Roberto Gomes[29]:

> *Como se sabe, a complexidade que envolve algumas situações é óbice à correta formulação do pedido na via da ação civil pública, pecando-se, invariavelmente, pela generalidade, porque não resta outra opção. Não bastasse, com a resistência à pretensão ministerial interposta pelo administrador a situação se complica. E, quando sobrevém a sentença, certamente será omissa em algum ponto de importância que não poderia ser esquecido. Por outro lado, na via do ajuste, dada a possibilidade de negociação e de discussão técnica sobre a obrigação em pauta, maior a eficiência na concretização do ajustado. Ademais, a qualquer tempo, havendo necessidade, pode-se retificar ou acrescentar cláusula, havendo vontade das partes nesse sentido, para aperfeiçoar o ajuste cuja execução se protrai no tempo e pode demandar alterações não previstas anteriormente.*
>
> *Não se olvide que é salutar o ajuste na medida em que se pode estabelecer expressamente a observância dos princípios e instrumentos da política orçamentária e da responsabilidade fiscal, de forma que haja o correto planejamento de metas e resultados a serem cumpridos, com o propósito de não desequilibrar as contas públicas.*
>
> *Some-se ainda a vantagem que traz a melhora da imagem do administrador diante da sociedade. O desgaste político existente quando a administração é acionada no Judiciário porque descumpriu a lei é evidente. Mas o ajustamento de conduta celebrado espontaneamente demonstra vontade política do administrador em ajustar-se à vontade do detentor do poder político expressa na lei, o que resulta em dividendos na imagem perante a opinião pública.*

Evidencia-se, pois, a posição privilegiada que ocupa o compromisso de ajustamento no trato das questões ambientais: ademais de todas as vantagens já referidas na opção pela esfera extrajudicial em detrimento da morosa e nem sempre precisa via judicial, o ajuste de conduta ocupa singular espaço na busca da solução ambientalmente adequada ao caso concreto, visto que poderão ser previstos no instrumento todas as nuances da problemática posta em exame, em especial questões técnicas, temporais e financeiras.

[29] Ob. cit., p. 251.

2.2.3 Recomendação

O poder de recomendar do Ministério Público está previsto em três modalidades legais, sendo a primeira específica ao âmbito da Infância e Juventude: artigo 201, parágrafo 5º, alínea *c*, da Lei nº 8.069/90. As duas modalidades restantes[30] interessam ao presente estudo, por se adequarem a diversas hipóteses de incidência, estando previstas no artigo 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), e no artigo 6º, inciso XX, da Lei Complementar nº 75/93 (Estatuto do Ministério Público da União).

Destaca-se o instrumento no exercício da função política[31] da Instituição ministerial, possuindo eficácia solucionadora dos conflitos em expressiva parte dos casos postos à sua apreciação. De fato, através da expedição de recomendação, tem o Ministério Público a possibilidade de corrigir condutas de forma a evitar a produção de danos ou mitigar os já causados.

No âmbito das políticas públicas, de forma muito especial, a atuação Ministério Público por meio desse mecanismo abre espaço ao cumprimento espontâneo (mas *incentivado*, digamos assim), pelo responsável, dos deveres alusivos à concretização dos direitos e garantias expressos na Ordem *Socioambiental* Constitucional.

A espontaneidade referida deve-se ao fato de que a recomendação ministerial não se impõe como ordem de coação: seu descumprimento não implica execução forçada, visto que não se constitui em título executivo. Assim, ao ente recomendado cabe a decisão acerca de sua observância ou não, sendo certo que o recebimento da recomendação o cientifica[32] das possíveis conseqüências do seu não-cumprimento (abrindo-se aí sim, quando cabível, a via judicial de solução de controvérsias[33]).

A cientificação operada por meio da recomendação também abrange o conhecimento da inadequação de determinada conduta (ativa ou omissiva) levada a efeito pelo destinatário: afasta-se, com isso, eventual alegação futura de boa-fé na sua atuação[34].

Dúvidas não restam, por fim, em relação à eficácia e conveniência da utilização responsável[35] do poder de recomendar pelo Ministério Público. Especialmente quando as posturas desejadas digam respeito à realização progressiva de ações tendentes a garantir o exercício de direitos assegurados constitucionalmente, mostra-se a recomendação como instrumento hábil à consecução das finalidades institucionais.

Assim pensa Luiza Cristina Fonseca Frischeisen[36]:

---

[30] Na legislação do Estado do Rio Grande do Sul (Leis ns. 6.536/73 e 7.669/82) há também previsão do instituto que, pelos seus contornos, equivale à recomendação da Lei nº 8.625/93.

[31] Hugo Nigro Mazzilli ("O Inquérito Civil", p. 415) destaca, além da força moral, a força política da recomendação.

[32] Se não pela cláusula *sob pena de...*, através da fundamentação expressa nos *consideranda*.

[33] Dependendo do caso concreto, através de ação civil pública, ação de improbidade administrativa e/ou ação penal, sem olvidar eventual necessidade de tutela inibitória ou cautelar.

[34] Efeitos análogos ao da *constituição em mora*.

[35] De observar que a banalização do instituto deve ser evitada, resguardando-se sua utilização para as hipóteses realmente cabíveis e nas quais possa efetivamente apresentar resultados concretos.

[36] Ob. cit., p. 138, com interessante exemplo de utilização do instituto para a conciliação de políticas públicas diversas (nota 196).

> *A Recomendação, na área dos direitos sociais, permite a administração incorporar em seu ordenamento e planejamento de políticas públicas, linhas de atuação que auxiliam o efetivo exercício dos direitos assegurados na Constituição, possibilitando também a conciliação de interesses, que foram levados pela Sociedade Civil ao Ministério Público, ou que surgiram da própria ação de fiscal da lei do* Parquet.

Pode o Ministério Público, pois, estimular a definição de políticas públicas da Ordem *Socioambiental* também através do importante instrumento da recomendação, de notável caráter moral e político, além de eficácia comprovada no plano fático[37].

3. OUTRAS HIPÓTESES DE ATUAÇÃO

3.1 Audiências Públicas

A previsão tópica das situações em que se mostra cabível – e exigível – não afasta, contudo, a possibilidade de realização de audiências públicas em hipóteses diversas das contempladas na legislação ambiental[38], sendo certo que podem ser convocadas pelo Ministério Público sempre que a questão as torne convenientes para a aferição dos interesses em causa e das alternativas de solução dos conflitos. Com efeito, é importante meio de formação da convicção do Promotor de Justiça que conduz a investigação e, ainda, de legitimação da solução escolhida.

De fato, as audiências públicas são instrumentos do exercício pleno da democracia, induzindo à cidadania participativa que conduzirá o alcance das finalidades do interesse público.

Embora a iniciativa do processo legislativo só esteja prevista ao Ministério Público nas figuras do Procurador-Geral da República, no caso de leis federais, e dos Procuradores-Gerais de Justiça no âmbito estadual, todo e qualquer membro da Instituição pode acompanhar o processo de formulação da legislação junto às Casas Legislativas.

De fato, o Promotor de Justiça pode participar ativamente da criação legislativa em sua Comarca, a exemplo do que já ocorre em nível nacional com a comissão da Confederação Nacional do Ministério Público (CONAMP) para acompanhamento dos trabalhos do Congresso Nacional[39].

Assim, sem cogitar de interferência na esfera de atribuições dos membros do corpo legislativo, pode o agente ministerial contribuir para a edição legislativa lo-

[37] Como ocorreu no Estado de São Paulo com a formulação da política pública de pesca no reservatório da Usina Hidrelétrica Sérgio Motta, no rio Paraná, recomendando o Ministério Público ao Ibama que procedesse à alteração da Portaria nº 21/93, e tem ocorrido com a expedição de recomendações aos municípios do mesmo Estado para criação dos Conselhos e Fundos Municipais de Assistência Social.

[38] Como nos casos de EIA/RIMA, na CTNBio e no procedimento do orçamento participativo, a título ilustrativo.

[39] Lembrada por Sílvia Cappelli em "Atuação Extrajudicial do MP na Tutela do Meio Ambiente", Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul nº 46, p. 230.

cal relativa aos interesses cuja proteção lhe incumbe, possuindo tal tarefa especial relevância na criação e implementação de políticas públicas[40].

3.2 Fiscalização de Fundos e Conselhos Gestores

A legislação concretizadora da Ordem *Socioambiental* Constitucional – que exige para sua eficácia a implementação de políticas públicas – prevê a existência de fundos específicos e conselhos gestores, possibilitando o efetivo controle social da atuação do Poder Público.

Com efeito, os conselhos de gestão contam, além da participação direta de representantes da sociedade civil, como já apontado em capítulo próprio, com a fiscalização do Ministério Público sobre as suas atividades, em especial com relação à aplicação dos recursos dos fundos.

A proteção do meio ambiente, nessa senda, dispõe de Fundo Nacional, Fundos Estaduais e Fundos Municipais de Meio Ambiente, bem como de conselhos próprios para gestão dos recursos arrecadados (fontes de custeio próprias), sobre os quais exerce o Ministério Público fiscalização permanente.

Tal atividade de fiscalia, note-se, afigura-se fundamental para a implementação de políticas públicas no plano ambiental, visto que o conselho dá os contornos da política pretendida, aplicando na sua consecução os valores correspondentes ao fundo pertinente.

3.3 Participação em Conselhos Deliberativos

Louvável e profícua se mostra a participação do Ministério Público em conselhos de natureza regulamentadora, formados por colegiado representativo, paritário, com função deliberativa.

Nessa classe enquadra-se o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), cuja legislação de regência foi alterada em 2001 para incluir o Ministério Público (com voz, mas sem direito a voto)[41]. Em idêntica situação encontra-se o Ministério Público no Estado do Rio Grande do Sul, com assento de mesma qualidade no CONSEMA – Conselho Estadual do Meio Ambiente.

A atuação política da Instituição frente a esses colegiados é de todo recomendável, visto que a eles incumbe estabelecer a política nacional e local, bem como editar as normas aplicáveis no âmbito de suas atribuições. A *voz* do Ministério Público nesses conselhos, portanto, pode definir os rumos das políticas públicas necessárias à concretização da Ordem *Socioambiental* Constitucional.

---

[40] No município de Taquara/RS, o Ministério Público participou ativamente das discussões – em audiência pública, inclusive – que redundaram na edição da Lei da Política Municipal de Meio Ambiente no ano de 2004 (Lei Municipal nº 3.205/2004). De notar-se que, embora previamente rechaçado pelo Ministério Público, foi incluído no texto artigo que permitia a realização de queimadas, sob autorização municipal, cuja inconstitucionalidade foi argüida quando da sua promulgação e reconhecida pelo Plenário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Da mesma forma, participou a Promotoria de Justiça Especializada das discussões que envolveram a proposta de regulamentação da proteção municipal ao patrimônio cultural (Projeto de lei nº 46/2003), lamentavelmente repelida pela Câmara Municipal de Vereadores de Taquara.

[41] Decreto Federal nº 3.942/2001, artigo 4º, parágrafo 1º.

3.4 Atuação Política em Geral

Inegável a atuação política do Ministério Público. Com efeito, detendo a Instituição parcela de soberania estatal[42] conferida pelo detentor do poder, através de seus representantes na Assembléia Nacional Constituinte de 1987, exercita também poder político do Estado, orientada finalisticamente para o resguardo do interesse público.

Age o Ministério Público, portanto, como legitimado ao exercício de parcela do poder político estatal, bem colocando Luiza Cristina Fonseca Frischeisen que a própria decisão a respeito da propositura ou não de uma ação civil pública tem caráter político, não obstante fundamentada e dentro dos limites de sua legitimação[43].

Não somente no exercício da iniciativa de propositura de demanda judicial age politicamente o Ministério Público: embora lhe seja vedada a atividade político-partidária[44], toda a atividade ministerial está permeada por contornos políticos, conforme já apontado em diversas ocasiões ao longo deste estudo.

Aduz Luís Roberto Gomes[45]:

> *Por outro lado, o só fato de constituir a essência do Ministério Público a atribuição de garantir a efetiva aplicação da lei –* enforcement *– garante o papel político da instituição. Com efeito, como ressalva João Lopes Guimarães Júnior, "se a tarefa de elaborar leis é nitidamente política, a de dar efetividade a essas mesmas leis tem, necessariamente, igual dimensão política" (GUIMARÃES JR., 1997, p. 96).*

De fato, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, está o Ministério Público legitimado constitucionalmente a interferir na condução dos negócios políticos estatais, visto que podem estes representar afronta aos interesses tutelados. Por isso a Instituição vem encontrando tanta resistência político-governamental à sua atuação, sendo constantes os ataques com evidentes propósitos de cerceamento da atividade que funciona como limitadora do arbítrio estatal.

Depreende-se, pois, a atuação política do Ministério Público em sua atividade diária no exercício de suas atribuições. Pode ser mais facilmente perceptível, contudo, através da utilização dos mecanismos retro apontados, como as audiências públicas, a participação em conselhos deliberativos e a participação na edição legislativa local.

O próprio processo de elaboração de políticas públicas – além da fiscalização de sua efetiva implantação – pode contar com a participação ativa do Ministério Público, de claro caráter político.

Nesse sentir, resta cristalino que toda a atuação do Ministério Público – em especial no trato dos direitos e interesses coletivos *lato sensu* – reveste-se de notá-

---

[42] Luís Roberto Gomes, ob. cit., p. 123.
[43] Ob. cit., p. 77, nota 105.
[44] Artigo 128, parágrafo 5º, inciso II, alínea *e*, da Constituição Federal.
[45] Ob. cit., p. 20.

vel caráter político, não havendo o que temer nessa circunstância: pelo contrário, faz-se necessária a tomada de consciência dessa qualidade para o uso contínuo e responsável das prerrogativas ministeriais nos exatos limites de suas atribuições e em prol da concretização da Ordem *Socioambiental* Constitucional promulgada com a Carta Política de 1988.

4. CONCLUSÕES ARTICULADAS

4.1 Designado constitucionalmente para a tarefa de salvaguardar a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, conta o Ministério Público com instrumental voltado à tutela desses valores, judicial e extrajudicialmente, podendo tais mecanismos ser utilizados para o controle da omissão administrativa na implementação de políticas pública da área ambiental.

4.2 No que concerne à concretização da Ordem *Socioambiental* Constitucional, detém a Instituição ministerial a titularidade (não-exclusiva) da ação civil pública – que, agora elevada à categoria constitucional, constitui relevante instrumento de alcance das finalidades públicas buscadas por determinação da Carta Fundamental.

4.3 No campo extrajudicial, por seu turno, forçoso é reconhecer a excelência do arsenal posto à disposição do Ministério Público, dentre o que se destaca o compromisso de ajustamento de conduta como meio célere e eficaz de solução de conflitos, surgido como alternativa à jurisdição, revestindo-se da qualidade de título executivo extrajudicial.

4.4 O Ministério Público, seja como provocador da ação do Judiciário, seja atuando extrajudicialmente através de algum dos meios legalmente assegurados deve envidar esforços no sentido da efetiva implementação de políticas públicas imprescindíveis a assegurar à coletividade representada o gozo dos direitos consagrados na Constituição Federal, dentre os quais o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

BIBLIOGRAFIA

CAPPELLI, Sílvia. *Acesso à justiça, à Informação e Participação Popular em Temas Ambientais no Brasil.* In: *Aspectos Processuais do Direito Ambiental*. MORATO LEITE, José Rubens e DANTAS, Marcelo Buzagio (org.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

CAPPELLI, Sílvia. Atuação Extrajudicial do MP na Tutela do Meio Ambiente. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul* nº 46, p. 230.

CASAGRANDE, Cássio. Ministério Público, ação civil pública e a judicialização da política – perspectivas para o seu estudo. *Boletim Científico ESMPU,* Brasília, a. I, n. 3, p. 21-34, abr./jun. 2002.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: A responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa: O Controle da Omissão Estatal no Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

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 Editora, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Inquérito Civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas*. São Paulo: Saraiva, 2000.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. 2ª ed., atualizada. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 8ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

A POSSIBILIDADE DO CONTROLE DA OMISSÃO ADMINISTRATIVA NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS RELATIVAS À DEFESA DO MEIO AMBIENTE

XIMENA CARDOZO FERREIRA
Promotora de Justiça Titular da Promotoria de Justiça
Especializada de Taquara, Rio Grande do Sul

1. A OBRIGATORIEDADE DE ATUAÇÃO DO ESTADO PARA CONCREÇÃO DA ORDEM *SOCIOAMBIENTAL* CONSTITUCIONAL

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social se deu através da consagração dos chamados direitos sociais, econômicos e culturais, que reclamam do Estado mais que a abstenção necessária ao respeito dos já reconhecidos direitos-liberdade (notadamente os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei), mas também uma atuação positiva no sentido de assegurar a sua concretização.

Com efeito, ao contrário da não-intervenção reclamada pelos direitos consagrados no Estado Liberal, ao Estado Social incumbe atuação pró-ativa no sentido de assegurar a fruição dos novéis direitos sociais pelos destinatários, diante de sua qualificação de direitos prestacionais (exigem prestações estatais positivas para sua implementação).

No âmbito dos direitos sociais, a atuação estatal voltada à garantia de sua fruição pelos cidadãos não se restringe ao campo legislativo: incumbe ao legislador dotar o sistema de regramentos que possibilitem o alcance das normas constitucionais, mas também compete à Administração Pública (Poder Executivo) criar mecanismos de implementação desses direitos e garantias. E a forma de concretização dos direitos sociais estabelecidos na Constituição Federal de 1988 é a elaboração e implementação de políticas públicas.

Mas o que são, efetivamente, políticas públicas?

Consistem em metas, diretrizes ou objetivos que direcionam a atividade estatal. Trata-se aqui, a toda evidência, do processo político de escolha de prioridades para o governo.

Cláudio Oliveira de Carvalho[1] assim conceitua:

> *Políticas públicas são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.*

[1] "Políticas Públicas e Gestão Urbana-Ambiental", Revista de Direito Ambiental 26, p. 278.

Esboçam as políticas públicas o próprio planejamento estatal que tem por finalidade o atingimento do interesse público: portanto, não se trata de eleição pura e simples de prioridades governamentais, mas de concreção da opção já levada a efeito pelo legislador (constituinte ou ordinário).

Para a elaboração de tais metas, a serem contempladas em planos de ação executiva, pois, devem legislador e administrador ter presentes os objetivos de igualdade e justiça social da República, que formam a base da Ordem Social Constitucional.

As normas constitucionais, portanto, servem como guia e instrumento para o legislador, ao passo que os mecanismos utilizados pelo administrador são tanto os regramentos constitucionais como os textos infraconstitucionais que estejam em consonância com a ordem instituída. As políticas públicas necessárias à concretização de direitos sociais consagrados na Constituição Federal são, no mais das vezes, contempladas em legislação ordinária, incumbindo ao administrador sua aplicação e regulamentação.

No plano do Direito Ambiental impende seja reconhecida a existência de suficiente legislação ordinária – além do artigo-capítulo constitucional – para a proteção do ambiente e salvaguarda da sadia qualidade de vida. Padece o ordenamento jurídico nacional, contudo, de deficiência de implementação, o que levou Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin a cogitar do surgimento de um Estado teatral[2]. Senão vejamos:

> *Infelizmente, nem sempre o Estado conjuga, com igual ênfase, atuação legislativa e implementadora. É comum o Poder Público legislar, não para aplicar, mas simplesmente para aplacar, sem resolver, a insatisfação social. É o Estado teatral, aquele que, ao regular a proteção do meio ambiente, mantém uma situação de vácuo entre a lei e a implementação. Um Poder Público que, na letra fria do texto normativo, não se importa em bravejar, mas que fácil e rapidamente amansa diante das dificuldades da realidade político-administrativa e de poderosos interesses econômicos, exatamente os maiores responsáveis pela degradação ambiental. A teatralidade estatal é a marca dessa separação entre lei e implementação, entre a norma escrita e a norma praticada. O resultado é uma Ordem Pública Ambiental incompleta.*

E prossegue o autor quanto à obrigatoriedade de atuação do Poder Público para implementação do Direito Ambiental:

> *Logo, implementar não é poder; é dever.*
> *E que não paire qualquer dúvida: o Estado tem a obrigação constitucional e legal de intervir em matéria ambiental. Não é uma faculdade. A Constituição Federal trata do tema na forma de obrigação estatal, não de inócua recomendação, tanto no caput do art. 225 ("impondo-se ao Poder Público...", grifei), como na abertura do seu parágrafo primeiro ("incumbe ao Poder Público", grifei). Por sua vez, a Lei nº 6.938/81 elenca, como um dos princípios da Po-*

[2] "O Estado Teatral e a Implementação do Direito Ambiental", publicado nos Anais do 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental, São Paulo, Volume I, p. 338, com grifos no original.

> *lítica Nacional do Meio Ambiente, a "ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerado o meio ambiente com patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo" (art. 2º, inciso I, grifei).*[3]

Cumpre observar, ainda, que nessa seara muitos são os danos causados pelo Poder Público, por ação ou omissão, direta ou indiretamente. A este estudo interessa precisamente o não-agir da Administração Pública – a omissão administrativa na elaboração e implementação de políticas públicas na área ambiental. Álvaro Luiz Valery Mirra a tal problemática se refere na obra "Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente", aduzindo que em inúmeras situações o Estado se omite no cumprimento de seu dever de adotar as medidas necessárias à proteção de bens e recursos ambientais[4]. Diz o autor:

> *Inúmeros são os exemplos que, pela sua gravidade, acarretam conflitos importantes, os quais, com freqüência cada vez maior, chegam aos tribunais. Ilustram bem essa realidade os seguintes casos: a) a poluição de rios e corpos d'água pelo lançamento de efluentes e esgotos urbanos e industriais sem o devido tratamento; b) a degradação de ecossistemas e áreas naturais de relevância ecológica; c o depósito e a destinação final inadequados de lixo urbano; d) o abandono de bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro.*

Assim, repise-se, o tema das políticas públicas impõe-se como crucial no âmbito do Estado Social de Direito democrático instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Fundamentais, na busca da concretização da Ordem Social, a elaboração e a efetiva implementação de políticas públicas voltadas a possibilitar a fruição das garantias constitucionalizadas, mormente em se tratando de direitos prestacionais.

Notadamente em relação ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a inação estatal impedirá, certamente, seu alcance pela coletividade destinatária – destas ou das futuras gerações. Imperiosa, portanto, a atuação do Estado para a garantia do direito consagrado no artigo 225 da Constituição brasileira, mediante elaboração e implementação de políticas públicas adequadas à salvaguarda do ambiente, garantindo, assim, a dignidade da pessoa humana (da qual é pressuposto a sadia qualidade de vida) eleita como fundamento da ordem instituída.

2. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A NECESSIDADE DE CONTROLE

O agir administrativo na seara ambiental está permeado de deveres de conservação do ambiente natural, impostos pela ordem constitucional vigente e também pela legislação infraconstitucional recepcionada (como é o caso da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei Federal nº 6.938/81) e editada em conformidade com a Constituição de 1988.

[3] Ob. cit., p. 342, com grifos no original.
[4] Ob. cit., p. 395.

Tais previsões constitucionais e ordinárias possuem, por evidência, coercitividade adequada à garantia de sua observância pelo governante de turno, de forma a possibilitar o controle de seus atos. E tal se dá diante da constatação de que, embora haja predominância do cumprimento espontâneo das normas no meio social, não se pode olvidar a possibilidade de sua inobservância[5], fazendo-se necessária a coercibilidade ínsita às regras jurídicas de direito objetivo.

Mais se afirma dita conclusão no que concerne aos direitos sociais assegurados constitucionalmente, cujo efetivo gozo pelos destinatários pressupõe uma atuação positiva do Estado. Cria a norma constitucional, portanto, direito do cidadão a uma prestação estatal, que pode ser exigida inclusive judicialmente, visto que, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal), o controle jurisdicional é princípio estruturante do Estado de Direito.

O tema, portanto, vem dotado de contornos práticos: como dotar de eficácia as normas constitucionais e legais criadoras de direitos sociais ante a inércia estatal na elaboração e/ou implementação de políticas públicas?

O princípio da inafastabilidade da jurisdição[6], a coercitividade natural ao Direito e a própria supremacia da Constituição induzem à afirmação da possibilidade de controle da Administração Pública quando sua ação ou omissão venha de encontro à pretensão constituinte de assegurar a dignidade, o bem-estar e a justiça social visados pela Ordem Social, razão pela qual impende sejam afastados os recorrentes óbices apresentados à efetivação de tal controle.

3. FREQÜENTES OBJEÇÕES AO CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 Separação de poderes

O argumento mais utilizado como forma de impedimento da atuação controladora dos atos (e não-atos) administrativos é o sistema de separação de poderes insculpido no artigo 2º da Constituição Federal. De fato, sustentam os partidários dessa visão que não seria possível exercer controle externo da Administração Pública – pelo Poder Judiciário, de regra – em virtude do óbice criado pela tripartição do Poder.

Em primeiro lugar, cumpre observar que a tripartição concebida por Aristóteles (A Política) e aprimorada por Montesquieu (O Espírito das Leis) visava à contenção do Poder (o poder contém o poder) e evitava a concentração do Poder estatal em único órgão.

Nesse sentido a lembrança de Tércio Sampaio Ferraz Júnior[7]:

> *A teoria clássica da divisão dos poderes, construída com um claro acento anti-hierarquizante e com a finalidade de implodir a concepção mono-hierárquica*

[5] Conforme Hugo Nigro Mazzilli, "O Acesso à Justiça e o Ministério Público", p. 12.

[6] Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta, em seu *Curso de Direito Administrativo*, 2001: "Tendo-se em conta que a proteção judicial – a dicção do direito no caso concreto – é a forma pela qual se garante a legitimidade, a dizer, é o meio por cuja via se assegura a consonância dos comportamentos com os ditames normativos, resulta inconfutável o asserto de que o cânone do art. 5º, XXXV, da Carta Constitucional é não só um princípio, mas, dentre eles, certamente dos mais assinalados, por se constituir em pedra de toque da ordenação normativa brasileira".

[7] "O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?" Revista Trimestral de Direito Público 9, p. 41.

> *do sistema político (...). Ou seja, não se trata de um princípio para a organização do sistema estatal e de distribuição de competências, mas um meio de se evitar o despotismo real (...). Nesse sentido, o princípio não era de separação de poderes, mas de inibição de um pelo outro de forma recíproca; (...).*

Com efeito, João Paulo Bachur[8] lembra que o fundamento da divisão era a proteção do cidadão, em diametral oposição à monarquia, constituindo a pedra de toque do constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX.

Assim, o modelo tripartite deve ser conformado, em tempos atuais, à forma de Estado a que se encontra vinculada: no Estado Social, diferentemente do ocorrido no Estado Liberal, impõe-se o controle de um Poder sobre o outro como forma de concretização dos objetivos buscados pela ordem constitucional, mormente diante da nova feição prestacional do Estado.

Ademais, como bem observa Maria Paula Dallari Bucci[9],

> *As instituições do poder e a repartição tradicional de atribuições entre os Poderes Legislativo e Executivo foram concebidas [no Estado Liberal] em torno da autoridade do Estado e não conformadas ao caráter prestacional e de gestão que a administração assume hoje.*

Mais adequado, portanto, falar-se atualmente em tripartição de funções estatais, sob o entendimento que o Poder estatal é uno[10], atuando cada uma das funções administrativa, legislativa e judiciária como forma de controle e contenção da outra, no concebido projeto de checks and balances imprescindível ao Estado de Direito democrático.

Nessa esteira se manifesta Derly Barreto e Silva Filho[11]:

> *Pode-se dizer, assim, que o valor atual da tese de Montesquieu está, essencialmente, nos princípios de integração e de equilíbrio. Desta forma, sem olvidar o objetivo da teoria clássica da tripartição funcional do Poder – que foi conter o abuso do Poder, visando à proteção da liberdade do indivíduo em face do Estado –, ela teve de se ajustar aos imperativos da vida social moderna, conferindo a cada órgão estatal competência em função das exigências de colaboração e de controle, que caracterizam o equilíbrio que persegue o chamado sistema de freios e contrapesos.*

Com efeito, dessume-se do artigo 2º da Constituição Federal a opção pela independência dos Poderes, que devem ainda ser harmônicos entre si, não havendo falar em separação estrita destes, diante das interferências necessárias à busca

---

[8] "O Controle Jurídico de Políticas Públicas", p. 676.

[9] "Políticas Públicas e Direito Administrativo", p. 89.

[10] Assim expressa Alex Sandro Teixeira da Cruz: "Em verdade, já a idéia de divisão de poder parece equivocada. O poder do Estado, a nós outros se afigura, é algo indivisível, não fragmentável, que não pode ser cindido em porções e entregue, cada qual, a um segmento integrante de sua conformação orgânica. O poder do Estado é sempre único, sendo tão-só repartido o exercício de funções, subsumidas em sua finalidade última: o alcance do bem-comum". In "O Ministério Público: Quarta Função do Estado", texto disponibilizado na Intranet do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Portal dos Membros, acesso em 13 de setembro de 2004.

[11] "Controle Jurisdicional dos Atos Políticos do Poder Executivo". Revista Trimestral de Direito Público 8/123.

do perfeito equilíbrio destinado a evitar abusos ou sobreposições e propiciar o atingimento dos fins do Estado.

Diante da atual conformação do Estado, portanto, não pode a separação de poderes – leia-se repartição do Poder estatal em funções atribuídas a distintos órgãos – obrar como empecilho à realização dos objetivos firmados na Carta Política de 1988. Necessário se faz, pois, o reconhecimento da possibilidade de interferência de um Poder (órgão) em outro, de forma a viabilizar o efetivo controle dos atos públicos[12].

Tal necessidade impõe-se, ademais, como meio de evitar a hipertrofia de uma função estatal em detrimento de outra: a consagrar-se a idéia da vedação do controle dos atos administrativos estar-se-ia operando odioso engessamento das funções legislativa e judicial, supervalorizando indevidamente a função governamental (executiva), que estaria imune à fiscalização externa e, com isso, autorizada inclusive à prática de atos inconstitucionais, nocivos ao Estado de Direito.

Nesse sentido ainda a lição de Derly Barreto e Silva Filho[13]:

> *Vetar a apreciação jurisdicional dos atos políticos é romper com o equilíbrio no qual se nutre o princípio da tripartição funcional do Poder, porque a Constituição não atribuiu ao órgão executivo o poder de autojulgar-se; é estabelecer o predomínio do Poder Executivo sobre os demais Poderes, pois a discricionariedade imanente ao ato político, uma vez isenta de controle judicial, descambaria no arbítrio; é possibilitar violações de direitos individuais e coletivos através da onipotência descomedida do órgão executivo; é restringir o acesso à Justiça, excluindo da apreciação jurisdicional eventual lesão ou ameaça a direito.*

O que se pretende afirmar, por certo, tampouco é o contrário: não se pretende sobrepor o Poder Judiciário ao Executivo, visto que aquele também não está acima do bem e do mal. Busca-se, ao contrário, possibilitar os controles recíprocos entre as funções estatais, de forma a garantir que os atos de Estado sejam emanados em conformidade com os ditames legais e constitucionais, impedindo-se, com isso, a violação dos valores do Estado de Direito democrático.

O Judiciário, ao analisar atos executivos, não pode, por certo, substituir a vontade do administrador pela sua própria: cabe-lhe apenas conformar a atuação administrativa aos preceitos da ordem jurídica, somente invalidando atos eventualmente violadores de normas cuja observância é obrigatória.

---

[13] Francisco Dias Teixeira, em artigo intitulado *O Ministério Público e o Poder* (Boletim Científico ESMPU, Brasília, a.II - nº 7, p.11-37 - abr./jun. 2003), argumenta: "Com efeito, Legislativo, Executivo e Judiciário não são *Poderes*, conforme apregoa a Lei Maior (até porque o Poder é uno), mas são órgãos de exercício do Poder; e não "da" União, mas do povo, ou da nação (porque o Poder não pertence à União, mas se exerce "na" União, e também nos estados e nos municípios exerce-se o Poder). É de se observar, também, que o Poder Legislativo, o Poder Executivo e Poder Judiciário, na condição de órgãos da estrutura do Estado, não são independentes, mas somente autônomos entre si. *Independência* pode-se dizer apenas de seus agentes, e no que diz respeito a suas convicções no desempenho das funções que lhes cabem, nos limites da Constituição e das leis, pois, aí, expressam a Soberania, que, ao fim e ao cabo, requer uma pessoa natural que lhe dê voz e ação. Mas os órgãos burocráticos são autônomos entre si, porque se fossem independentes, cada um erigir-se-ia em Estado."

[13] Ob. cit., p. 131.

Assim se manifesta Sérgio de Andréa Ferreira[14]:

> *É certo que o juiz não vai substituir ao legislador, ao administrador, no núcleo do poder discricionário. Mas não o estará fazendo se verificar que, diante de uma aparente legalidade extrínseca, na verdade esteja diante de uma grande injustiça, de um procedimento administrativo desarrazoado, ilógico, contrário à técnica, à economicidade, à logicidade, que são os parâmetros do controle jurisdicional, neste campo específico da chamada legitimidade.*

No mesmo sentido Álvaro Luiz Valery Mirra, em artigo já citado:

> *Saliente-se que ao se admitir a determinação aos governos, por intermédio de ações judiciais, da adoção de determinadas medidas destinadas à preservação do meio ambiente (...), não se estaria atribuindo ao Judiciário o poder de criar políticas ambientais, mas tão-só o de impor a execução daquelas já estabelecidas na Constituição, nas leis ou adotadas pelo próprio governo (...).*

Não ha cogitar, portanto, de intromissão indevida de um Poder na esfera de atribuições de outro. O que se pretende com a sindicabilidade dos atos administrativos é afirmar a possibilidade do exercício de controle finalístico, a fim de que se garanta o respeito à ordem jurídica estabelecida pela atuação governamental.

No dizer de José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala[15]:

> *A autorização judicial da atividade de controle dos atos da Administração Pública não se dirige apenas à avaliação da legalidade do ato impugnado, da conformação do ato à lei, mas precipuamente à sua conformação e pertinência com os objetivos constitucionais traçados pelo texto republicano, no sentido de vincular a conduta do administrador público.*
> *Esta foi a solução eleita também pelo mesmo Superior Tribunal de Justiça, um ano antes, nos autos do REsp. 88.776, quando se reconheceu a necessidade de uma interpretação flexível da cláusula da separação dos poderes na atividade de controle dos atos da Administração Pública.*

Com efeito, no aresto mencionado, o Superior Tribunal de Justiça assim se pronunciou:

> *Processo civil. Ação civil pública. Danos ao meio ambiente causado pelo Estado. Se o Estado edifica obra pública – no caso, um presídio – sem dotá-la de um sistema de esgoto sanitário adequado, causando prejuízos ao meio ambiente, a ação civil pública é, sim, a via própria para obrigá-lo às construções necessárias à eliminação dos danos; sujeito também às leis, o Estado tem, nesse âmbito, as mesmas responsabilidades dos particulares. Recurso especial conhecido e provido.*[16]

[14] Citado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, "Políticas Públicas: A responsabilidade do administrador e o Ministério Público", p. 102.
[15] "Direito Ambiental na Sociedade de Risco". Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 217.
[16] REsp 88776/GO, Relator(a) Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, julgado em 19/05/1997, DJ 09.06.1997, p.25501.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também tem se manifestado nesse sentido, como são mostras os seguintes julgados, que grifamos:

> *AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Liminar – Concessão – Lixo do Município – Destinação de forma adequada – Preservação pelo Judiciário que não significa interferência no Executivo – Fixação de multa cominatória – Admissibilidade – Verificação dos requisitos exigidos à concessão – Decisão confirmada – Recurso não provido.*[17]
> *A determinação judicial para que seja cumprida a lei não pode ser entendida como ingerência descabida na Administração Municipal, devendo ser mantida a sentença que condenou a municipalidade a usar os meios judiciais e extrajudiciais para repelir a turbação, o esbulho e a indevida utilização das áreas públicas invadidas por particulares que a ocuparam de forma desordenada, causando graves danos ao patrimônio público e aos interesses coletivos.*[18]

Também entendendo pela inexistência de afronta à divisão de funções estatais se manifestou aquela Corte no Agravo de Instrumento nº 129.575-1, julgado em 21-3-90, relator o Desembargador Jorge Almeida, e na Apelação Cível nº 242.913-1, julgada em 20-9-95, relator o Desembargador José Osório, em cujos votos assim consta, respectivamente:

> *A reserva exclusiva e de forma absoluta do monopólio de identificar o direito pelo legislador advém de desatualizada compreensão do princípio da separação dos Poderes, reservando ao juiz o modesto papel de agente aplicador do Direito, colocando a função jurisdicional aos estreitos limites de uma simples máquina de silogismo.*
> *Afasta-se também a crítica de que teria havido invasão por parte do Judiciário da esfera exclusiva de atribuições do Executivo. O Judiciário apenas fez cumprir o preceito claro do artigo 46 das Disposições Transitórias da Constituição Estadual.*

José Renato Nalini, citado por Álvaro Mirra[19], dirige-se aos magistrados:

> *Tranqüilizem-se os juízes: não estão a invadir seara alheia. Apenas cumprem o papel que lhes preordenou a própria ordem constitucional e suprem a omissão do Poder Público, incapaz de satisfazer integralmente a todos.*

Dessa forma, incumbe ao Judiciário não a obrigação de criar uma política pública inexistente, em substituição à Administração omissa: compete-lhe tão-somente determinar o cumprimento e a execução de obrigação pública já fixada, apenas não-implementada pelo Executivo[20].

Assim, verifica-se que inexiste óbice à sindicabilidade judicial dos atos administrativos, provocando o controle jurídico, em especial o de políticas públicas, o aumento da responsabilidade do governo, incrementando o entrosamento entre

[18] Agravo de Instrumento nº 221.677-1, julgado em 7-3-95, rel. Des. Vasconcellos Pereira.
[18] Ap. 261.800-2/3, julgado em 3-10-95, rel. Des. Ribeiro Machado.
[19] "O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente". Revista de Direito Ambiental n° 15, p. 77.
[20] Conforme artigo de Álvaro Mirra, p. 80.

os poderes estatais e aperfeiçoando o sistema político nacional[21], visto que é da própria lógica da separação de funções a detenção de um poder pelo outro, sem que se possa cogitar de ingerência indevida[22].

3.2 Democracia

Utilizado também como obstáculo à sindicabilidade judicial dos atos administrativos, a pretensa falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário, ao argumento de que não são seus membros eleitos por voto popular, tampouco pode ser refúgio de descomprometida Administração Pública.

De fato os juízes não são alçados a seus cargos públicos pela via eletiva – e tal circunstância deve ser motivo de júbilo ao sistema democrático brasileiro. Formada a partir de concursos públicos, a magistratura brasileira exerce seu munus público de forma independente de quaisquer pressões político-partidárias, desimportando sob a égide de qual governo federal ou local é empossada ou encontra-se em atividade.

A democracia brasileira, dessa forma, não se cinge à representatividade em que se funda a eleição dos integrantes do Poder Legislativo e Executivo. Tampouco se esgota no exercício do sufrágio popular, evidenciado o amadurecimento do sistema jurídico-político para abarcar também formas de democracia participativa.

Ademais, não obstante sejam os governantes eleitos pelo voto da maioria, tal não se consubstancia em garantia de atuação de linear conformidade com os interesses dos representados. Inúmeros são os casos de divergência entre o interesse público e o interesse governamental, segundo leciona Renato Alessi quando distingue entre o interesse público primário (da coletividade) e o interesse público secundário (do ente estatal).

Tal dissenso é acentuado no tema das políticas públicas, visto que nem sempre as metas pretendidas pela coletividade são implantadas pelo administrador público. Nesse sentido o magistério de João Paulo Bachur[23]:

> *No entanto, o controle jurídico de políticas públicas se insere em um contexto substancialmente diverso dessa democracia individualista, embora tal visão ainda persista. Trata-se da democracia das sociedades de massa, na qual o indivíduo sucumbe ante os múltiplos grupos de pressão, destacando-se as oligarquias políticas enquanto focos centralizados de poder, pontuais e relativamente autônomos, o que, por sua vez, só faz exacerbar a discrepância entre a vontade representante e a vontade representada.*

Acrescenta o autor:

> *Nessa esteira, é necessário considerar que as eleições não são suficientes para eximir os governantes de controle sobre o poder político exercido, a não ser em uma*

[21] João Paulo Bachur, ob. cit., p. 677.
[22] Odeter Medauar, "Direito Administrativo Moderno", p. 480.
[23] Ob. cit., p. 674.

> *linha de argumentação efetivamente muito mal-intencionada. Em segundo lugar, não se trata o controle pelo Poder Judiciário de uma patologia, mas sim de uma adequação institucional à ideologia do Estado Democrático Constitucional.*

Vedar-se o controle judicial das políticas públicas, segundo o mesmo doutrinador, consistiria mansa e crassa demagogia, visto que tornaria o governante imune à responsabilização perante o eleitorado e afastaria a possibilidade de efetivação de direitos garantidos pela Ordem Social Constitucional. Seria, pois, real afronta à democracia.

A atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, portanto, longe de constituir afronta à democracia, conduz ao respeito do próprio princípio democrático, possibilitando o acesso da coletividade aos serviços e ações públicos essenciais, como bem ilustra Luís Roberto Barroso[24]:

> *Embora sua escolha não se dê por via eletiva – e parece bem que seja assim –, também os juízes exercem um poder representativo. Não compromete a legitimidade do regime democrático que uma parcela do poder público, pela natureza de sua destinação, seja atribuída a cidadãos escolhidos por critérios outros que não o sufrágio político.*

De outra parte, consoante lembrado por Clèmerson Merlin Clève, garantias como o devido processo legal, a necessidade de motivação das decisões judiciais e a recorribilidade destas, bem como a publicidade de suas manifestações e a vinculação à Constituição constituem meios distintos de atribuição de legitimidade à atuação do Poder Judiciário[25].

3.3 Discricionariedade Administrativa

Talvez a linha de argumentação mais utilizada pelos que pretendem afastar do controle externo os atos e omissões administrativas, a discricionariedade que reveste o agir da Administração Pública tem servido muitas vezes como instrumento legitimador de afrontas ao ordenamento jurídico nacional, razão pela qual merece especial tratamento neste estudo.

A teoria administrativista clássica divide os atos administrativos em vinculados e discricionários, segundo as opções de atuação colocadas à disposição do administrador pela legislação de regência.

Em Direito Administrativo é cediço que à Administração Pública incumbe fazer o que a lei determina ou autoriza, não sendo dado ao administrador atuar fora das hipóteses legalmente previstas. Alguns atos, porém, exigem que certa margem de liberdade seja concedida ao governante, sob pena de engessamento da

[24] Citado por Cássio Casagrande, "Ministério Público, Ação Civil Pública e a Judicialização da Política –Perspectivas para o seu estudo". Boletim Científico ESMPU, Brasília, A. I – nº 3, p. 21-34 – Abr./Jun. 2002. No mesmo sentido Urbano Ruiz, "A utilização do Judiciário para questionar e obrigar a Administração a desenvolver políticas públicas", Revista Brasileira de Ciências Criminais 36, p. 254.

[25] "O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais", p. 6.

máquina administrativa e obstrução do alcance dos fins últimos do Estado (notadamente o interesse público).

Tal espectro de liberdade, contudo, não pode ser tomado pelo administrador sem responsabilidade, nem pode servir de instrumento de legitimação de atuação contrária à ordem instituída, sob pena de converter-se em arbítrio não desejado pelo Estado de Direito.

Celso Antônio Bandeira de Mello[26] esclarece:

> *Em suma: tanto nas hipóteses de vinculação quanto nas de discrição, a lei propõe igualmente, um comportamento que satisfaça de maneira "cabal" o interesse público estampado em sua finalidade. Em ambos os casos a adstrição ao dever de produzir o ato precisamente adequado à satisfação do escopo normativo é idêntica. A diferença entre os casos de vinculação e discrição reside em que, na vinculação, o comportamento que levará à plena satisfação da finalidade legal está predefinido e na discrição sua definição é posterior, já que vai depender das situações pois não foi estabelecido em abstrato.*

Afigura-se possível, portanto, o controle externo dos atos, mesmo dotados de discricionariedade administrativa, visto que não estão estes infensos à conformação aos princípios de legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, publicidade, moralidade, impessoalidade e eficiência que devem reger a atuação da Administração Pública. A discricionariedade, se existente, será sempre vinculada aos princípios constitucionais[27].

Em matéria de direitos sociais impende reconhecer a vinculação da Administração Pública aos fins buscados pela ordem constitucional vigente, que pretende deliberadamente, em matéria ambiental, a preservação da qualidade de vida e a proteção do ambiente natural contra ações degradadoras. Assim, o agir administrativo está umbilicalmente ligado a tais pressupostos, sendo vedada qualquer atuação de ente estatal tendente a gerar danos ambientais ou a não evitar que estes sejam produzidos por terceiros. Incumbe à Administração Pública, pois, não somente não poluir, mas também evitar que a poluição[28] seja levada a efeito por qualquer administrado[29].

---

[26] Ob. cit., p. 35.

[27] Diomar Ackel Filho ("Discricionaridade administrativa e ação civil pública", Revista dos Tribunais, nº 657, julho 1990, p. 51-59), reforça que "inclusive em casos em que a conduta administrativa é discricionária, como na hipótese singular de fazer algum melhoramento público, tal, v.g., uma passarela em local onde existem muitos atropelamentos, o que se traduz em carência de bem comum e obrigação do Poder Público, realidade social assentada em dados objetivos, que pode ser avaliada pelo Poder Judiciário, sem que se constitua tal ação intromissão indébita em outro Poder, como já se viu, mas apenas controle externo da ação da Administração, e da sua ação consoante a moralidade, bem como igualdade, justiça, racionalidade e proporcionalidade, princípios basilares de Direito Público". Para um estudo aprofundado da vinculação dos atos discricionários aos princípios que regem a Administração Pública, o que não é objeto deste trabalho, ver FREITAS, Juarez, "O Controle dos Atos Administrativos" (São Paulo: Malheiros Editores, 1997) e BUCHMANN, Willian, "Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa no Estado Democrático de Direito", artigo publicado na Revista do Ministério Público nº 51, p. 33.

[28] No escólio da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (artigo 3º, inciso III), poluição é "a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetam desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energias em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos".

[29] No desempenho de sua função fiscalizatória.

Para tanto, visando à concreção da Ordem Socioambiental Constitucional, deve a Administração Pública elaborar e implementar políticas públicas eficazes para assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Não há falar, portanto, em possibilidade de deliberação da Administração Pública sobre a oportunidade ou a conveniência em implementar políticas públicas já determinadas pela Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça já assim se pronunciou:

> *O STJ tem entendido que o Município tem o poder-dever de agir no sentido de regularizar loteamento urbano ocorrido de modo clandestino, para impedir o uso ilegal do solo. O exercício dessa atividade é obrigatório e vinculado (REsp 194732/SP e REsp 124.714/SP).*
> *Em se tratando de dever, é possível ao Judiciário compelir o Município ao respectivo exercício.*[30]

A discricionariedade garantida ao administrador consiste tão-só em eleger a melhor forma de consecução dos objetivos já delineados pelo texto constitucional e pelas normas infraconstitucionais de integração. E diante do princípio constitucional da eficiência, a que está jungida a Administração Pública pelo caput do artigo 37 da Constituição Federal, impende reconhecer que tal escolha tampouco estará imune ao controle externo, visto que é imposição constitucional que a atuação administrativa se dê da melhor (mais eficiente) forma a alcançar o objetivo visado. Na inolvidável lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, diante do caso concreto a Administração Pública deve adotar a melhor opção, e não qualquer uma:

> *O dever jurídico que se põe para a Administração é necessariamente o de escolher a melhor solução – e não qualquer solução comportada, in abstrato, pelo âmbito de liberdade que lhe deferiu a norma legal. Em outras palavras, existe para a Administração um "dever jurídico de boa administração".*[31]

Na esteira desse entendimento, Luís Roberto Gomes[32]:

> *De vital importância é que, tendo o princípio da eficiência galgado o status de norma constitucional através da EC nº 19, de 4 de junho de 1998, que o incluiu como princípio da Administração Pública no caput do art. 37, reforçou-se a possibilidade de controle da omissão administrativa, haja vista que esta só deverá ser aceita sem resmungo pelo administrado se, entre as soluções possíveis, for a melhor ou a única viável.*

Este autor refere caso de ação judicial envolvendo o Município de Torres/RS, ajuizada pelo Ministério Público Federal, em que o Juízo assim consignou:

> *A defesa e preservação do meio ambiente não se inserem entre políticas públicas que pudessem ser eleitas pelos atuais mandatários políticos. Elas têm necessariamente de constar de todas as plataformas eleitorais e de todas as*

[30] Excerto do acórdão do REsp nº 292.846/SP, julgado em 7-3-2002, rel. Min. Humberto Gomes de Barros.
[31] Ob. cit., p. 32.
[32] "O Ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão estatal no direito ambiental". Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 104.

> *atuações administrativas. Não se fala em oportunidade ou conveniência de realizar uma obra pública que defenda ou preserve o equilíbrio ecológico.*[33]

Assim, em matéria de políticas públicas, esclarece Luiza Cristina Fonseca Frischeisen[34] que a discussão, no âmbito do controle externo da Administração,

> *não se dará quanto ao dever do administrador, mas sim quanto aos meios que está usando para a implementação de políticas públicas, se o escolhido era o melhor, o mais adequado, o mais razoável para possibilitar o eficaz exercício dos direitos sociais.*
> *A omissão, portanto, não se coloca entre as opções razoáveis da Administração para a consecução das normas da ordem social constitucional (...)*

Note-se que, ainda que se adote a clássica divisão entre atos discricionários e vinculados e que se situem os atos administrativos relativos às políticas públicas dentre os primeiros, não estarão infensos ao controle de legalidade – entendida esta não somente como a adstrição à forma e à competência, mas também e principalmente à finalidade que a legislação pretende atingir.

Não existe, portanto, segundo sustentamos, discricionariedade pura[35] a impedir a sindicabilidade de qualquer ato administrativo, ainda que afeto à categoria de ato político. Todo e qualquer ato da Administração Pública está submetido à ordem constitucional e legal vigente, devendo obediência aos objetivos e fundamentos traçados pelo legislador constituinte e ordinário.

Nesse sentido Derly Barreto e Silva Filho[36]:

> *Portanto, todo e qualquer ato praticado pelo Governo – seja político ou não (tanto faz a denominação que se lhe dê ou a configuração que tenha) – sujeita-se à Constituição; subordina-se aos requisitos formais e materiais nela postos. Em conseqüência, como cabe ao Poder Judiciário velar pela constitucionalidade das ações estatais, nenhuma questão, mesmo política, pode ser subtraída de sua apreciação.*

Leciona Odete Medauar[37]:

> *O texto de 1988 está impregnado de um espírito geral de priorização dos direitos e garantias ante o poder público. Uma das decorrências desse espírito vislumbra-se na indicação de mais parâmetros da atuação, mesmo discricionária, da Administração, tais como o princípio da moralidade e o princípio da impessoalidade. O princípio da publicidade, por sua vez, impõe transparência na atuação administrativa, o que enseja maior controle.*

---

[33] Processo nº 96.0003092, Juiz Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior, julgado em 5-1-2000. Revista de Direito Ambiental 22/333.
[34] Ob. cit., p. 114.
[35] Rodolfo de Camargo Mancuso, no artigo "A Ação Civil Pública como Instrumento Judicial das Chamadas Políticas Públicas", *in* MILARÉ, Édis. Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 776, sustenta: "Hoje já vai se formando um consenso no sentido de que, dada a indisponibilidade do interesse público, torna-se pequena a margem de *efetiva discrição* nos atos e condutas da Administração Pública, quase se podendo falar que os atos discricionários hoje já estão sujeitos a uma sorte de...*liberdade vigiada*!"
[36] Ob. cit., p. 131.
[37] Ob. cit., p. 480.

José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala[38] vão pela mesma senda, reconhecendo uma crescente contaminação democrática na reconstrução da teoria dos atos administrativos,

> *limitando cada vez mais o significado do espaço reservado à discrição de opções pelo administrador público, mediante o controle do dever de fundamentação, que evidencia a imposição do dever de publicização de suas opções, fato que, com precisão, atribui novas feições democráticas à qualidade das decisões.*

E, analisando aresto da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça[39], que negou a pretensão deduzida sob o argumento da discricionariedade administrativa, criticam os autores:

> *A decisão, lamentavelmente, afasta-se dos contornos de atualização do conteúdo liberal do Estado de direito, que cede espaço à crescente afirmação dos direitos fundamentais, no espaço da teoria constitucional contemporânea, para revelar a autenticidade da proposta do Estado democrático de direito, e a sua imposição perante o problema dos limites da discricionariedade das autoridades públicas.*[40]

Wallace Paiva Martins Júnior, na obra já referida[41], expõe com precisão:

> *Compelir o Município a obrigação de não fazer consistente na cessação da atividade nociva à qualidade de vida, de despejo de efluentes ou esgotos domésticos in natura nas águas, ou de obrigação de fazer consistente na prestação de atividade devida, de efetuar o lançamento desses esgotos submetidos ao prévio tratamento e na conformidade dos padrões ambientais estabelecidos é, em última análise, impor-lhe o dever de cumprimento da lei, de preservação do ambiente e de combate a prevenção à poluição para cessar atividade nociva ao meio ambiente e prestar atividade devida decorrente de lei.*
> *Depara-se a questão diante do poder-dever vinculado, não de uma opção administrativa discricionária porque o ordenamento jurídico é enfático ao exigir da administração pública a realização de um dado ato, de conteúdo (objeto) explícito na norma, seja por prestação negativa (abster-se de poluir), seja por prestação positiva (submeter a prévio tratamento), que, em resumo, fundem-se numa única e prioritária preocupação material de evitar a poluição das águas.*

Tratando do mesmo tema, Erika Bechara[42] sustenta que o artifício da discricionariedade seria admissível

> *se houvesse duas ou mais maneiras de se impedir poluição por esgoto in natura e o Poder Público optasse por uma delas. Mas não é o caso, já que as opções são, como referido no item anterior: (a) impedir que o esgoto seja produzido ou (b) tratar o esgoto produzido e impedir a poluição. (...) Daí porque concluirmos*

---

[39] Ob. cit., p. 132.
[39] STJ – 1ª Turma – rel. Min. José Delgado – DJU 21.9.98, p. 00070.
[40] Ob. cit., p. 215.
[41] "Despoluição das águas", RT 720, p. 65.
[42] "Tratamento do esgoto doméstico pelo Poder Público: discricionariedade ou vinculação?", artigo nos Anais do 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental, volume I, São Paulo.

> *que impedir a poluição dos cursos d'água pelo lançamento de esgoto in natura é um poder-dever do Poder Público, é um ato vinculado.*

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo adota tal entendimento, consoante se infere do corpo do acórdão lavrado do julgamento da Apelação Cível nº 241.625-1/4, julgada em 2-5-96, relator o Desembargador Soares Lima:

> *Antes de mais nada, convém dizer que o direito à saúde e ao saneamento constitui garantia constitucional, e sua preservação, em tese, pelo Judiciário não significa interferência no Executivo.*
> *Depois, dentro dessa mesma linha de raciocínio, a discricionariedade do Poder Público não permanece isenta de apreciação judicial. (...) Dúvida não sucede no tocante às limitações do conteúdo discricionário da Administração, a fim de harmonizá-lo com o superior princípio da moralidade e conferir-lhe a missão de servir ao bem comum do povo. Enfim, a opção que cabe ao administrador adotar é a tendente a alcançar soluções enquadradas na legalidade, com vistas postas no interesse público, mormente se difusos e correlacionados com incontornável interesse social.*

Ante o exposto, sob pena de comprometimento da Ordem Socioambiental instaurada pela Constituição de 1988, possível o controle das políticas públicas, mormente no que concerne à sua deficiência de implementação pela Administração Pública, não podendo o argumento da discrição administrativa figurar como óbice ao atingimento dos fins visados pelo Estado Social de Direito.

Andreas J. Krell[43], a propósito, alerta que

> *a invocação pouco refletida da orientação jurisprudencial, segundo a qual descabe ao Poder Judiciário invadir o mérito da decisão administrativa, acaba excluindo da apreciação judicial uma série de situações em que ela seria possível.*

Assim, arredar do Poder Judiciário o exame da legitimidade dos atos ou omissões administrativas em matéria de políticas públicas é, sem sombra de dúvida, obstaculizar a concretização dos direitos sociais insculpidos na Constituição cidadã.

3.4 Vinculação orçamentária

Também bastante disseminada encontra-se entre nós a tese da inoponibilidade à Administração Pública de determinações que constituam ingerência em planejamento financeiro, diante da rigidez orçamentária com que lidam os governantes no sistema jurídico pátrio.

Evidentemente, as políticas públicas estão atreladas às disposições contidas nas leis orçamentárias (planos anuais ou plurianuais), diante de sua caracterização como metas a serem alcançadas pela Administração Pública. Nesse sentido o artigo 165 da Constituição Federal.

[43] "Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais". Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 25.

Por essa razão, salienta Luís Roberto Gomes[44] que

> *tratando-se de despesas de valor considerável, como, por exemplo, às necessárias à implementação de um sistema de tratamento de lixou ou de efluentes despejados em curso d'água, mormente aquelas em que o investimento ultrapassa um exercício financeiro, dever-se-á velar pela compatibilidade com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias, com a lei orçamentária anual e com a própria Lei Complementar nº 101/2000, a fim de se resguardar o equilíbrio das contas públicas, como quer o ordenamento jurídico.*

Essa circunstância, porém, não altera a possibilidade de controle externo da Administração, apenas constitui – isto sim – fator a ser considerado no exercício do controle finalístico, principalmente da omissão administrativa na implementação de políticas públicas.

Lúcia Valle Figueiredo[45] anuncia:

> *O orçamento não é uma peça livre para o Administrador. Há valores que são priorizados pelas Constituições Federal e Estadual. Aqui, também, por vezes, o administrador não tem qualquer discricionariedade, pois, do contrário, seria lhe dar o poder de negar, pela via transversa, a escala de prioridades e de urgência que, no Brasil e no Estado de São Paulo, foi constitucionalmente fixada. Nessa linha de raciocínio, vejo como possível a acumulação de pedidos em ação civil pública, um referente à obrigação de não fazer (deixar de lançar efluentes não tratados) e outro pertinente à inclusão da respectiva despesa no orçamento do ano seguinte.*

No mesmo sentido pondera Luiz Renato Topan[46]:

> *O Estado trabalha vinculado a um orçamento. Portanto, quando se condena o Estado a atuar e esta atuação gera a necessidade de uma obra pública, deve-se perquirir, no momento procedimental próprio, se aquele ente estatal possui verba em seu orçamento compatível. Se existirem fundos próprios e suficientes para a feitura da obra almejada, será o Poder Público condenado de imediato (logicamente dentro dos prazos técnicos do caso concreto) a realizar tal obra. Porém, se o orçamento daquele ano não comportar mais a magnitude desta obra, o ente estatal será inicialmente condenado a incluir no próximo orçamento verba específica à obra pleiteada, sendo em seqüência condenado à realização propriamente dita da obra.*

Em relação a tais considerações, cumpre observar que, em primeiro lugar, embora se refira Luiz Renato Topan a obra pública, a necessidade de empenho de recursos pode se dar de outras formas na implementação de políticas públicas, como na instituição de serviços ou na contratação de pessoal, por exemplo. Em segundo lugar, convém atentar para o fato de que o doutrinador aduz que a neces-

---

[45] Ob. cit., p. 139.

[45] Citada por Rodolfo de Camargo Mancuso *in* "Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores", p. 44.

[46] "O Ministério Público e a Ação Civil Pública Ambiental no Controle dos Atos Administrativos", Revista Justitia, 56 (165), Jan./Mar. 1994, p. 54.

sidade de previsão orçamentária será levada em conta no momento procedimental próprio, o que por si só afasta o argumento contrário ao ajuizamento de demanda coletiva visando à implementação de políticas públicas. Por fim, a expressão em seqüência deve ser lida como sucessivamente, na mesma decisão judicial.

Importante referir, outrossim, a posição de Clèmerson Merlin Clève sobre o problema orçamentário, na direção da necessidade de

> *compelir o Estado a contemplar no orçamento dotações específicas para tal finalidade, de modo a, num prazo determinado, resolver o problema do acesso do cidadão a esses direitos [sociais]. Desta forma, tratar-se-ia de compelir o Poder Público a cumprir a lei orçamentária que contenha as dotações necessárias (evitando, assim, os remanejamentos de recursos para outras finalidades), assim como de obrigar o Estado a prever na lei orçamentária os recursos necessários para, de forma progressiva, realizar os direitos sociais.*[47]

Bem postos tais elementos, impõe-se considerar a questão orçamentária no momento da exigência de concretização de direitos sociais através da implementação de políticas públicas. Tal necessidade, porém, não funcionará como obstáculo à pretensão deduzida contra o ente público responsável[48]; apenas determinará a observância das etapas fundamentais à obtenção dos resultados buscados: inexistindo recursos suficientes no orçamento do órgão estatal para a concreção das atividades exigidas, a determinação de seu cumprimento passará, necessariamente, pela previsão de verbas para o exercício seguinte ou, ainda, pela formalização de crédito adicional, nas hipóteses admitidas pela legislação de regência.

O Superior Tribunal de Justiça reconhece a possibilidade de interferência judicial no orçamento do ente público, como são mostras os seguintes julgados, cujas ementas grifamos:

> *ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.*
> *1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.*
> *2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigi-la.*
> *3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.*
> *4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.*
> *5. Recurso especial provido.*[49]

[47] Ob. cit., p. 8.
[48] Nesse sentido já se manifestou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no julgamento da Apelação Cível nº 597101260, no que foi seguido (e referido) pela 2ª Vara da Justiça Federal de Joinville/SC nos Autos nº 2001. 72.01.002827-3, sentença de 6-12-2002.
[49] REsp 429570/GO, DJU 22-3-2004, p. 00277, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma.

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO.

1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.
2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.
3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.
4. Recurso especial provido.[50]

Não se pode ignorar, contudo, a reserva parlamentar em matéria orçamentária, legitimando-se o legislador à decisão sobre a afetação dos recursos públicos, o que lhe possibilita inclusive a supressão de rubricas propostas pelo administrador. Deve-se objetar, porém, que a liberdade de conformação do Poder Legislativo também está adstrita à efetivação das garantias constitucionais, inclusive à cláusula de vedação de retrocesso[51], o que também submete sua conduta – foras das hipóteses de imunidade – a controle finalístico de constitucionalidade, que pode ser exercitado conjuntamente com a imposição de condutas à Administração Pública.

Cumpre observar, ademais, a impossibilidade de aplicação, em relação às políticas públicas asseguradoras de direitos socioambientais, do princípio da reserva do possível. Trasladada do Direito Alemão sem as devidas adequações, a tentativa de obstar a determinação de facere ao Poder Público nessa seara, ao argumento da dependência da efetiva disponibilidade de recursos financeiros do órgão responsável, implica verdadeira afronta ao ordenamento jurídico brasileiro, que elegeu como prioridade máxima a garantia da existência digna aos cidadãos, para o que é imprescindível a concretização da Ordem Socioambiental Constitucional.

Também não se pode objetar com a incidência da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), visto que o próprio diploma legal prevê que "não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente" (artigo 9º, parágrafo 2º). Assim, não há cogitar de vedação de assunção de obrigações que impliquem realização de deveres constitucionais, como é o caso da implementação das políticas públicas que asseguração a fruição dos direitos constitucional e legalmente definidos.

Nesse sentido esclarece Luís Roberto Gomes[52], aduzindo que a responsabilização por crime definido na Lei de Responsabilidade Fiscal não seria possível

[50] REsp 493811/SP, DJU 15-3-2004, p. 00236, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma.
[51] Sobre o tema ver SARLET, Ingo Wolfgang. "A Eficácia dos Direitos Fundamentais". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. Leciona J. J. Gomes Canotilho ("Direito Constitucional e Teoria da Constituição", Coimbra: Almedina, 1998): "O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado".
[52] Ob. cit., p. 149.

por estar o administrador atuando no estrito cumprimento do dever legal, além de inexistir dolo na conduta:

> *Quanto à responsabilização criminal, como a mens legis [da LRF] é a punição do administrador desleal com a coisa pública, que age com vontade finalisticamente dirigida à lesão das finanças públicas, o que certamente não faria aquele que celebra termo de ajustamento de conduta, cumpre ordem judicial ou recomendação do Ministério Público, ajustando sua conduta e implementando obrigação que lhe manda a ordem jurídica em prol da sociedade, patente a inexistência de infração penal, por manifesta atipicidade.*
> *Ademais, além da ausência de dolo, não há crime quando assim age o administrador, pela ausência de ilicitude, haja vista que nessas circunstâncias age "no estrito cumprimento do dever legal" (CP, art. 23, inc. III), (...)*

Por fim, cumpre acrescentar que tampouco é óbice ao acolhimento de pretensão que implique empenho de verbas públicas na implementação de políticas públicas a ausência de lei ou disposição constitucional específica quanto ao percentual de receita a ser aplicado em determinado setor, como ocorre com a manutenção e o desenvolvimento do ensino (artigo 212 da Constituição Federal)[53]. Tratando-se de outro direito social constitucionalmente assegurado, compete ao Poder Público, consoante já afirmado, envidar esforços no sentido de sua concretização, por meio de delimitação e implantação de políticas públicas adequadas, aplicando os recursos necessários a seu atingimento.

4. CONCLUSÕES ARTICULADAS

4.1 O Estado Social de Direito brasileiro está comprometido com a realização das finalidades de igualdade e justiça sociais eleitas na Constituição de 1988, cabendo ao Poder Público a missão de concretizar os direitos concretizados na Ordem Socioambiental – dentre eles o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – através do instrumento das políticas públicas.

4.2 Impende sejam encontradas vias de controle do agir administrativo, de forma a possibilitar a superação da inércia estatal na implementação de políticas públicas da área ambiental.

4.3 Argumentos como separação de poderes, falta de legitimidade democrática, discricionariedade administrativa ou falta de previsão orçamentária não podem conduzir à negação de direitos assegurados pela Carta Constitucional, razão pela qual devem ser superados para possibilitar o controle da Administração Pública, sob pena de malferimento do sistema constitucional instituído.

[53] Nesse sentido se manifesta Luís Roberto Gomes, ob. cit., p. 131.

TESES DE ESTUDANTES

STUDENTS' PAPERS

SATANIZAÇÃO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

CARLOS AUGUSTO SILVA BEVILAQUA
Aluno Bolsista-Pesquisador do Centro Interdisciplinar de Estudos do Direito — CIED, do Núcleo de Iniciação à Pesquisa Científica da Faculdade de Direito da Alta Paulista — FADAP, Tupã (SP)

VITOR HENRIQUE SALVADOR
Aluno Bolsista-Pesquisador do Centro Interdisciplinar de Estudos do Direito — CIED, do Núcleo de Iniciação à Pesquisa Científica da Faculdade de Direito da Alta Paulista — FADAP, Tupã (SP)

1. INTRODUÇÃO

A máxima de que os fins justificam os meios parece mesmo imperar quando o assunto é economia de mercado. Não se nega o fato de que as relações sociais no mundo contemporâneo regem-se segundo valores essencialmente mercadológicos. Também as decisões governamentais, grosso modo, priorizam apenas os objetivos econômicos. As discussões concentram-se no sobe-e-desce das bolsas de valores, nas classificações de risco divulgadas pelas agências financeiras internacionais, na confiança para atrair os investimentos estrangeiros, etc. Há imposição de uma verdade tida como única e imutável: aquela pela qual as leis de mercado sobrepõem-se a todo o resto.

A despeito da tímida evolução experimentada na relação homem-natureza em meados da década de 80, essa ditadura econômica, sobretudo no final da década de 90, recrudesceu ainda mais a sua resistência à ampliação do movimento ecológico, abalada com o advento das leis ambientais.

Como sequer admitem condicionar a sua liberdade, os grandes agentes econômicos têm atacado sistematicamente os poucos órgãos e mecanismos oficiais destinados à defesa e à preservação da natureza. É o que vem ocorrendo com o licenciamento ambiental no Brasil. De fato, há um senso recorrente na opinião pública de que os conglomerados empresariais procuram sabotar as exigências legais para a instalação de suas atividades. A imprensa publica regularmente as queixas dos capitalistas, cujas reclamações apelam para o crescimento econômico, obstaculizado por procedimentos burocráticos, morosos, que apenas se prestariam a impedir o desenvolvimento e a geração de empregos. Entre as diversas críticas, cogita-se até mesmo a privatização do sistema de licenciamento ambiental.

Nessa lógica maquiavélica, a economia prevalece sempre, também sobre o meio ambiente. Mas os sinais de que a natureza não suportará tanta degradação são mais que evidentes. É por isso que se deve combater a influência do poderio econômico e das casualidades políticas. A concessão de licenças ambientais, por tudo isso, não pode ser banalizada tampouco suprimida sob o pretexto do desenvolvimento ou do crescimento econômicos.

2. DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Como escreve Paulo Affonso Leme Machado, a defesa do meio ambiente pelo Poder Público não é uma faculdade, mas um dever constitucional [1]. De fato, desde que foi outorgada a primeira Constituição brasileira, em 1824, a Magna-Carta de 1988 foi pioneira a consagrar o meio ambiente — ecologicamente equilibrado — como um legítimo direito a todos garantido. Nem uma outra norma fundamental cuidou da matéria de forma tão abrangente. Naturalmente, a sua promulgação apenas constitucionalizava temas do movimento de defesa ambiental que já ocupavam boa parte dos debates na comunidade internacional.

A sua importância reside, sobretudo, no fato de que ela foi a responsável pela criação de um novo arcabouço jurídico com o qual foi possível fazer frente à devastação progressiva dos recursos naturais. As sucessivas legislações infraconstitucionais que dela jorraram demonstram bem a nova dimensão dada às questões ambientais. Desde a industrialização da década de 70, havia a necessidade no País de novos princípios e diretrizes adequados à realidade dos desafios contemporâneos, como, por exemplo, a ampliação da produção em escala.

Embora não tenha sido refreado, a Constituição Federal delegou à legislação ordinária a tarefa de limitar, bem como de fixar condições mínimas para a fruição do princípio da livre iniciativa (artigo 170, parágrafo único, da CF). A instalação de atividades econômicas continuou protegida em face do intervencionismo estatal, nos moldes em que ensinava o liberalismo clássico. Entretanto, reservou-se ao Poder Público a prerrogativa de condicionar e até de impedir, em casos específicos, a implantação de complexos produtivos considerados potencialmente nocivos ao meio ambiente. Procurava-se reestruturar uma relação marcada pelo desequilíbrio. O meio ambiente, entendido como um bem difuso, cujo domínio não se pode determinar, tinha de enfrentar um embate injusto com o capital, que conta com muitos defensores — de empregado a patrão —, todos dispostos a multiplicá-lo com novos empreendimentos.

Nesse cenário é que se nota a importância do licenciamento ambiental. Justamente a ele cabe a função de evitar que as atividades empresariais, ainda que benéficas à prosperidade social, não gerem nem venham a gerar danos ao meio ambiente. Apesar de discutível, o que se pretende é compatibilizar o desenvolvimento com a preservação ambiental. Isso porque, malgrado toda atividade hu-

[1] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro.* 8ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 242.

mana implique alteração da natureza, há certamente algumas delas cujo funcionamento degradam-na de forma mais intensa, como ocorre no caso das usinas hidrelétricas.

Assim, o licenciamento ambiental consiste num instrumento legal obrigatório, pelo qual o Poder Público controla, fiscaliza e impõe limites à instalação e à operacionalização das atividades econômicas com potencial de degradação.

A propósito do licenciamento ambiental, com maestria, Paulo de Bessa Antunes escreve que:

> *"As atividades econômicas e outras das quais possam resultar intervenções no meio ambiente estão submetidas ao controle dos poderes públicos. O mais importante dentre todos os mecanismos de controle é o licenciamento ambiental. Através do licenciamento, a Administração Pública, no uso de suas atribuições, estabelece condições e limites para o exercício de determinadas atividades. Como instrumento comprobatório de que as mencionadas atividades estão sendo fiscalizadas, a Administração expede documentos pelos quais é assegurado o exercício legal da atividade.."* (grifos nossos) [2]

E prossegue mais adiante:

> *"O licenciamento ambiental é um procedimento bastante complexo que se desenvolve em diversas etapas. Existe, até mesmo, uma previsão constitucional para determinados procedimentos obrigatórios a serem adotados para o licenciamento de uma atividade potencialmente poluidora."* (grifos nossos) [3]

Mas para que haja a concessão ou fornecimento de uma licença ambiental, é preciso que se observe o procedimento previsto no Decreto nº 99.274/90, de 6 de junho de 1990. O procedimento previsto nesse diploma legal é composto por três fases distintas, aplicando-se a cada qual uma licença específica. E a simples leitura do seu artigo 19 e subseqüentes incisos é suficiente para entendê-las:

> *"Art. 19. O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:*
> *I – Licença Prévia (LP), na fase preliminar do planejamento da atividade, contendo requisitos básicos a serem atendidos nas fases de localização, instalação e operação, observados os planos municipais, estaduais ou federais do uso do solo.*
> *II – Licença de Instalação (LI), autorizando o início da implantação, de acordo com as especificações constantes do projeto executivo aprovado.*
> *III – Licença de Operação (LO), autorizando, após as verificações necessárias, o início da atividade licenciada e o funcionamento de seus equipamentos de controle de poluição, de acordo com o previsto na licença prévia e de instalação."*

[2] ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2004, p. 137.
[3] Op. Cit., p. 142.

Com efeito, na primeira fase, o empreendimento deve estar no estágio de planejamento, durante o qual se definem, por exemplo, o local em que será instalado. Na segunda fase, depois que o projeto de execução da obra estiver aprovado, o empreendimento começa a ser construído. Finalmente, na terceira fase, a empresa poderá iniciar suas atividades, desde que todos os requisitos estejam atendidos, principalmente aqueles referentes ao funcionamento dos equipamentos de controle da poluição.

Destaque-se que apenas essas licenças não esgotam todas as possibilidades de licenciamento. Há casos nos quais haverá a necessidade de outras licenças, geralmente porque são exigidas por leis específicas.

No que concerne à competência, a regra geral que vigora no sistema de licenciamento ambiental brasileiro, extraída da Lei Maior, é a de que cabe aos Estados a atribuição de licenciar, através de seus órgãos ambientais. À União, por meio de seu órgão ambiental, o Ibama, compete licenciar supletivamente ou em casos específicos, bem como definir as normas de caráter geral. Os Municípios, por outro lado, poderão atuar de forma complementar aos Estados, de acordo com as necessidades locais.

Entretanto, a despeito da regra geral, o Conselho Nacional do Meio Ambiente — CONAMA, através da Resolução nº 237/97, em seu artigo 4º, estabeleceu o seguinte:

> *"Art. 4º. Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis — IBAMA, órgão executor do SISNAMA, o licenciamento ambiental a que se refere o artigo 1.034 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional [...].*

Sendo assim, a resolução delegou ao Ibama a competência sobre o licenciamento dos grandes empreendimentos econômicos, entendidos assim quando deles resultar relevante impacto ambiental. Embora tenha invadido competência dos Estados, o propósito foi o de assegurar que as atividades mais preocupantes, do ponto de vista ambiental, fossem tratadas numa única instância, com procedimentos e critérios uniformes. Mesmo se levando em conta que a legislação regulamentadora dos processos de licenciamento é de nível federal, se estes fossem dispersos por vários Estados, o seu objetivo, que é a proteção ambiental, poderia terminar comprometido. Portanto, sob esse aspecto, a resolução coaduna-se com os interesses e princípios ambientais, pois os grandes projetos devem mesmo ser tratados num plano de maior visibilidade nacional, isento das pressões político-econômicas locais.

Finalmente, como já foi apontado, é interessante realçar que os processos de licenciamento devem ser adaptados às particularidades de cada ramo de atividade a que se refere o empreendimento. Um projeto do setor de petróleo, por exemplo, observará, naturalmente, regras específicas diferentes daquelas aplicadas aos projetos do setor elétrico.

3. DO PROCESSO DE DESMORALIZAÇÃO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Basta uma leitura superficial da sondagem realizada, a pedido da Firjan [4], junto a empresários fluminenses, para perceber-se um dado curioso. Excetuando-se a carga tributária — por razões óbvias —, pode-se inferir que nada contraria tanto os empresários quanto a demora na concessão de licenças ambientais. Mas as reclamações não se restringem apenas à morosidade.

Os grupos empresariais mais moderados aceitam a proteção ambiental, mas propõem reformar o ordenamento jurídico de forma a agregar agilidade aos processos de concessão. Alguns, entretanto, clamando pelas carências sociais, pregam que a reforma deva priorizar o desenvolvimento, restringir as atribuições dos órgãos ambientais e impedir demandas judiciais. Outros, todavia, mais radicais, como maneira de fomentar o crescimento econômico, chegam a propor a eliminação de todo o sistema de licenciamento e de controle ambientais, quando não a sua privatização. Nessa última hipótese, consistir-se-ia, em resumo, na transferência para o próprio fiscalizado (iniciativa privada) da competência de barrar as atividades potencialmente danosas aos bens jurídico-ambientais.

Entre as mais freqüentes, existem reclamações que ressaltam a excessiva complexidade dos processos de licenciamento, principalmente porque seriam muito burocráticos e confusos, o que acarretaria atraso na instalação dos empreendimentos industriais. Também sustentam que a legislação ambiental, aplicada excessivamente de forma literal, teria um único propósito de boicotar o progresso do País. De outra parte, aliado à necessidade de contratação de pessoal familiarizado com a complexidade do direito ambiental, os empresários alardeiam que o suposto emaranhado de normas tão-somente beneficiaria os ecologistas, os operadores do direito e profissionais liberais especializados, que sempre estariam dispostos a aproveitar-se desse fato, ora para promoção pessoal, ora para a obtenção de vantagens econômicas.

Já no caso dos grandes projetos, segundo os empresários, as companhias de maior porte ainda necessitariam de estrutura departamental especializada para dedicar-se exclusivamente a tratar dos assuntos jurídico-ambientais, gerando um dispêndio adicional que encareceria as suas atividades. Em razão disso, haveria empresários que prefeririam a clandestinidade, operando de forma irregular, a arcar com o custo da formalidade legal.

Mas às críticas à legislação ambiental brasileira não assiste razão, por mais articulados que sejam os seus fundamentos. Durante praticamente 480 anos, o Brasil foi severamente saqueado. A expropriação dos recursos naturais foi tão intensa que muitas das biodiversidades mais completas da Terra desapareceram quase que totalmente do território nacional. A mata atlântica e o pau-brasil são exemplos acabados. No caso da mata atlântica, estima-se que em 1500 a sua vege-

[4] Firjan: Federação das Indústrias do Rio de Janeiro. Organismo de classe que congrega empresas do Estado fluminense. A pesquisa denominada *A Gestão Ambiental nas Indústrias do Estado do Rio de Janeiro*, patrocinada pela Firjan, foi coordenada pelo Prof. José A. Puppim de Oliveira e contou com a participação de José Jorge Abdalla, do CIDS-EBAPE-FGV, além de Luís Cláudio Medeiros, Julianne Alvim, Marcela Cohen, Edinelson Azevedo, Renato Cader, Danielle Migueletto, bem como de colaboradores como Deolinda Moreira e Luciano Cerqueira. Os resultados foram divulgados na própria Firjan e estão à disposição no seguinte endereço eletrônico: www.firjan.com.br.

tação cobria 12% do território nacional; hoje, fala-se em no máximo 1,2%. Dessa forma, ainda que seja considerada como necessária à formação da infra-estrutura urbano-nacional, com a instalação das principais cidades brasileiras e dos mais importantes pólos industriais, uma devastação dessa magnitude, naturalmente, não pode ser defendida por tese alguma. Simplesmente o que havia no passado foi destruído, e jamais será restaurado.

Por isso mesmo é que não se pode afirmar que o ordenamento ambiental seja excessivamente intervencionista nem por demais rigoroso. Na realidade, como já foi salientado, somente com a Magna-Carta de 1988, foi que o Brasil passou a ter, de fato, um meio ambiente tutelado juridicamente. Portanto, as legislações infraconstitucionais que em seguida vieram, regulamentando os princípios constitucionais, edificam um verdadeiro patrimônio jurídico-nacional, de indiscutível qualidade técnica.

De outro lado, não se deve imputar à legislação a responsabilidade pela morosidade nos processos de concessão. Num País onde o Poder Público, em regra, não tem pressa alguma, causa espécime lançar mão de subterfúgio manifestamente incoerente. Na imprensa, de INSS a Judiciário, são tão corriqueiros os artigos denunciando a lentidão que se quer incomodam mais. A pachorra, aliás, não é negada nem mesmo pelos próprios órgãos públicos. Ora, é óbvio que o problema da morosidade é de natureza administrativa, e não legal. Por exemplo, o Ibama — entidade autárquica de direito público, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente —, criado em 1989, pela Lei nº 7.735/89, a partir da fusão de diversos órgãos, manteve, de lá para cá, basicamente a mesma estrutura administrativa. Pouco ou nada se fez para fortalecê-lo e dotá-lo dos recursos humanos e materiais necessários ao desempenho de suas atribuições. Por outro lado, durante esses 16 anos de sua criação, os pedidos de licenciamento cresceram bastante, ao passo que o Ibama permaneceu praticamente estabilizado.

A morosidade administrativa, ressalte-se ainda, não pode ser confundida com o lapso de tempo necessário à análise dos projetos. Todo procedimento dessa relevância, mesmo administrativos, assim como acontece nos judiciais, deve observar um tempo mínimo suficiente entre o pedido e a concessão, de sorte que os eventuais afetados, como também terceiros interessados, possam manifestar-se a contento a respeito da medida. Isso no melhor espírito republicano, dado que o objeto discutido não é particular, mas sim público.

Na verdade, o transcurso de um período razoável está também intimamente relacionado ao chamado princípio da precaução, adotado no direito ambiental brasileiro. O princípio da precaução ou prevenção, um dos principais fundamentos do licenciamento, obriga o Poder Público a adotar medidas que visem a resguardar o bem público-ambiental de possíveis atentados que lhe sejam dirigidos. Nesse sentido, a Declaração do Rio de Janeiro, documento concebido durante a ECO-92 [5], prevê que o princípio da precaução destinar-se-á a garantir, não só em relação às gerações atuais, mas como também às futuras, o direito a desfrutar

[5] A ECO-92 foi um evento em prol do meio ambiente promovido pela ONU, no Rio de Janeiro, em de 1992. Desse encontro nasceu o documento *Declaração do Rio de Janeiro.*

dos bens jurídico-ambientais. É por isso que uma licença ambiental, concedida a toque-de-caixa, não pode ser considerada legítima. Todas as possíveis ameaças de danos ao meio ambiente, por esse princípio da precaução, devem ser restringidas. Obviamente que a avaliação da extensão de eventual degradação ambiental não se fará superficialmente, pois é evidente que somente estudos detalhados, que exigem um lapso moderado, poderão fornecê-la.

Mas, infelizmente, o fogo-cerrado não cessa. Em matéria publicada em 2003 no jornal *Folha de S. Paulo*, o maior empresário do Brasil, referindo-se ao processo de licenciamento, teria dito o seguinte: *O Ibama não poderia atrapalhar dessa forma. Tinha de deixar a turma trabalhar* [6].

Sem dúvida alguma, a grande elite empresarial brasileira demonstra manifesta insensibilidade diante dos problemas ambientais. Aplicada dogmaticamente, a cartilha antropocêntrica leva alguns desses empresários — muitos deles valorosos sob certos ângulos—, a considerarem a natureza apenas como uma grande fornecedora de recursos necessários às suas linhas de produção industrial. Ocorre, entretanto, que esses recursos não são inesgotáveis como se costuma presumir. Sem embargo, deve-se atentar ainda para as conseqüências da degradação à vida humana. Apenas o aquecimento global, por exemplo, tão divulgado recentemente, é mais que suficiente para comprovar esse fato.

Na mesma linha, uma gigantesca companhia brasileira de mineração também se dizia prejudicada com a política ambiental. Um de seus diretores, que inicialmente havia anunciado investimentos da ordem de US$ 6 bilhões, disse que teriam de contingenciar os recursos, em função de problemas com o licenciamento ambiental. De acordo com o executivo, o corte representaria 27 mil empregos que deixariam de ser criados por causa dos entraves provocados pelo Ibama [7].

Mais uma vez, fica patente a prevalência dos interesses econômicos sobre os valores ecológicos. Enquanto culpam o meio ambiente, nota-se, na realidade, que a inviabilidade de boa parte dos grandes empreendimentos é que constitui o principal entrave à concessão do licenciamento ambiental. Mas a despeito disso, é recorrente a insistência, por parte do empresariado, em minimizar os efeitos deletérios à natureza, decorrentes de suas atividades econômicas. De outra parte, o discurso de que os órgãos ambientais posicionam-se contrariamente ao desenvolvimento é inaceitável. Em sã consciência, ninguém, tampouco o Ibama, tem o interesse de impedir o crescimento econômico nem a geração de empregos.

Apesar disso, o que surpreende, mesmo, é que até autoridades governamentais, supostamente comprometidas com o interesse público, condenam o licenciamento ambiental. Ainda recentemente, diante da necessidade de ampliar a produção de energia elétrica, fazendo alusão ao licenciamento, um representante do alto escalão do Governo federal teria dito esta frase estarrecedora: *O meio ambiente é um problema* [8].

---

[6] As informações apontadas foram obtidas a partir de artigos de jornais, especialmente *Folha de S. Paulo*. Por ética, as pessoas como também as empresas responsáveis por expressar as opiniões em destaque, propositadamente, não foram identificas. No entanto, tais pessoas e companhias são de amplo conhecimento de todos aqueles que acompanham os temas ambientais, primeiro porque são lideranças de nível nacional, segundo porque são regularmente prestigiadas pela grande imprensa.

[7] Idem.

[8] Idem.

Mesmo que se admita que essa fala tenha escapado por inadvertência, ainda assim revela bem a dicotomia que há entre as intenções e a prática governamental.

Depois de aprovada pelo Senado Federal, em meio a uma grande chantagem emocional, a Lei de Biossegurança, sancionada pelo Presidente da República, ajudou a agravar ainda mais a situação ambiental no Brasil. Graças ao contrabando legislativo, além das células-tronco, a lei também aproveitou a oportunidade para regulamentar os produtos geneticamente modificados — os chamados transgênicos —, cujos efeitos no meio ambiente e no homem ainda continuam obscuros. Porém, o relevante nisso tudo é que, de acordo com o texto da lei, as plantações de produtos geneticamente modificados não necessitarão de licenciamento ambiental. Isto é, no caso específico dos transgênicos, o licenciamento ambiental foi abolido, o que é grave. Em primeiro lugar, porque a ausência de licenciamento em questões ambientais ofende o princípio da precaução, já que possíveis danos não poderão ser controlados. Em segundo lugar, porque a lei abre um precedente perigoso que poderá acabar sendo estendido, no futuro, à legislação ambiental. Além disso, a tese de enfraquecimento do sistema de licenciamento, defendida por setores poderosos da sociedade, ganha novo fôlego com a aprovação da Lei de Biossegurança. Lamentavelmente, essa colaboração constante dos governantes revela que, em matéria de agenda política, não há espaço para o meio ambiente.

Enfim, diante do que foi exposto, nota-se perfeitamente que há dois interesses opostos, de difícil conciliação. O primeiro, representado pelo meio ambiente; enquanto o segundo, pelo desenvolvimento. Não cabe aqui discutir se é possível existir crescimento econômico e, ao mesmo tempo, preservação ambiental. Tampouco se o chamado desenvolvimento sustentado é o meio-termo entre as duas vertentes. No entanto, é inegável que há de fato um conflito constante entre a tendência antropocêntrica (apoiada pelos empresários) e a biocêntrica (defendida pelos ecologistas). Se assim não for, pode-se argumentar, ao menos, que os empresários, guiados pelo hedonismo, esforçam-se para maximizar suas iniciativas e, assim, obter o máximo de lucros, em detrimento da preservação ambiental.

Talvez a ética ajude a harmonizar os diversos interesses, como explica José Roberto Nalini:

> *"Apenas uma nova cultura poderá coibir a reiteração de práticas lesivas, hoje disseminadas e, pior ainda, toleradas. Isso não depende do governo. Ele 'não é o único vilão dessa lamentável história. Todos nós somos responsáveis pelos desastres cotidianos ocorridos em vários cantos da cidade. A poluição das praias, o desmatamento das eoncostas, os lixões, a venda de animais silvestres em feiras livres fazem parte do dia-a-dia, e pouco fazemos para repudiar esses crimes'. A crise não é do ambiente. A crise é de valores. É uma crise ética. 'A crise ecologicamente também é uma crise dos valores humanos, da ética em todas as dimensões, e traz à tona novos pensamentos, novos conflitos, novas possibilidades, novas soluções e novos comportamentos diante do planeta.'"* [9]

[9] NALINI, José Renato. *Ética Ambiental*. 1ª edição. Campinas: Millennium Editora, 2001, p. XXIII. Muito interessantes são os comentários do autor a respeito da efetivação da legislação ambiental, que segundo os quais *"A lei ambiental não tem sido freio suficiente. A proliferação normativa desativa a forma intimidatória do ordenamento. Outras vezes, a sanção é irrisória e vale a pena suportá-la, pois a relação custo/benefício estimula a vulneração da norma"*.

4. TRANSPOSIÇÃO DO RIO SÃO FRANCISCO: UM CASO EMBLEMÁTICO

A transposição do Rio São Francisco parece povoar a mente dos governantes desde há muito tempo. Em 1847, D. Pedro II já defendia um projeto semelhante.

Com efeito, a obsessão de levar água do Velho Chico ao semi-árido nordestino demonstra como as grandes obras mobilizam os políticos, quer pelo volume de recursos envolvidos, quer pelos dividendos políticos obtidos na região agraciada.

De qualquer modo, os argumentos do atual Governo federal são bem-intencionados. Recorrendo, sobretudo, às tragédias provocadas pela seca, o Governo justifica a necessidade da transposição argumentando que as populações das regiões contempladas serão beneficiadas com a elevação geral da qualidade de vida, proveniente da junção de inúmeros indicadores, tais como o aumento da produção agrícola, a viabilidade das pequenas propriedades, a redução de gastos com a saúde pública, o fornecimento de água potável à boa parte dos afligidos pela seca, além, é claro, da decantada geração de empregos.

Embora não se pretenda discutir o mérito do projeto, isto é, se a água realmente chegará ou não até às populações necessitadas, o fato que merece destaque diz respeito à ferrenha batalha que vem sendo travada entre o Governo e aliados, favoráveis naturalmente à transposição, e os ambientalistas, que, em geral, são radicalmente contrários ao intento. Isto porque essa disputa só tem sido possível em razão da existência do processo de licenciamento ambiental. Não fosse ele, por certo, não haveria oportunidade alguma, principalmente para os que se opõem ao projeto, de manifestar as razões dessa oposição. Certamente, se pudesse, o Governo evitaria o desgaste e tomaria as decisões em algum gabinete da Esplanada. De resto, sobretudo quando se trata de projetos que envolvem dilemas ambientais, quanto menor a participação, maior as probabilidades de concretizá-los.

Dessa forma, como não pode evitá-las, o Governo tem de enfrentar as audiências públicas, que precedem a concessão do licenciamento prévio. Essas oportunidades de debate são de suma importância para a divulgação do empreendimento, bem como de suas eventuais conseqüências danosas sobre o meio ambiente. As audiências representam, na verdade, o pleno exercício da cidadania. Ademais, é justamente nessas ocasiões que se podem conhecer os estudos técnicos de impacto ambiental e compará-los com os resultados de outros trabalhos, verificando-se, assim, a sustentabilidade do documento.

É certo que uma obra grandiosa como a que se pretende com a transposição do Rio São Francisco resultará numa extensa alteração do meio ambiente afetado, em dimensões possivelmente irreversíveis. Disso se conclui que se o Governo estiver errado acerca de suas avaliações quanto à transposição, a degradação ambiental será inevitável. No entanto, se o processo de licenciamento propriamente dito for conduzido correta e imparcialmente, os possíveis danos poderão ser calculados e, com isso, minimizados por meio de compensações ambientais. O importante é garantir a saúde do Rio São Francisco, de forma que as gerações atuais e futuras possam continuar a desfrutar-lhe.

Deve-se ressaltar, porém, que a transposição do rio é rechaçada por conceituados pesquisadores brasileiros. Segundo eles, o Rio São Francisco pode

não suportar ceder parte de suas águas, sem que antes seja feita a sua revitalização, com a recuperação da vegetação e de seus mananciais [10]. A transposição deve ser vista, portanto, com cautelosas reservas, sobretudo porque muitas dessas questões, como aquelas apontadas pelos cientistas, não podem ser desconsideradas. Afinal, empiricamente falando, a preparação inicial do rio, para que posteriormente fosse realizada a transposição, parece, obviamente, mais acertada.

5. HIDRELÉTRICA DE BARRA GRANDE: UMA VITÓRIA DO DIREITO AMBIENTAL

Um dos mais extraordinários exemplos de sucesso na defesa ambiental ocorreu recentemente na usina hidrelétrica de Barra Grande, localizada na divisa entre os Estados de Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Nessa região, foi construída uma usina hidrelétrica com potencial para atender a 30% da demanda por energia elétrica do Estado de Santa Catarina. Os investimentos atingiram a cifra de R$ 1,2 bilhão, encampados por grandes empresas de mineração, como também por um grande banco privado de nível nacional [11].

A barragem chegou a ser concluída, mas a obra acabou sendo embargada posteriormente na Justiça. A paralisação da construção só foi possível porque, durante o processo de licenciamento, constatou-se que o empreendimento acarretaria danos ambientais, propositadamente omitidos quando da realização dos estudos de impacto ambiental. Assim sendo, verificou-se que o represamento da área atingida implicaria um alagamento de aproximadamente 6 mil hectares de mata de araucária, constituída por uma vegetação natural e virgem existente na região. Em sentido contrário, os estudos de impacto ambiental mostravam que as áreas afetadas consistiriam basicamente de pastos.

Mas a fraude foi descoberta. Atentos, ambientalistas não permitiram que a manobra passasse despercebida. O caso foi questionado no Poder Judiciário, que barrou a obra. Contrariadas, as empresas, por seu lado, assim como ocorre em outros empreendimentos, apelam para o crescimento econômico e para a geração de empregos como forma de justificar e, principalmente, de insistir na necessidade de prosseguir-se com o projeto. Todavia, pelo menos enquanto a discussão não terminar, a mata de araucária continuará preservada.

O caso da hidrelétrica de Barra Grande é um bom exemplo para demonstrar a coragem dos ambientalistas e o valor da legislação ambiental brasileira, pois, mesmo envolvendo grandes grupos empresariais, fizeram, através da Justiça, valer o respeito à preservação ambiental, com a interrupção de uma obra que certamente comprometeria a vegetação natural da região.

[10] As opiniões expressadas por pesquisadores e cientistas contrários à transposição podem ser consultadas em diversos portais da Internet. Além disso, inúmeros artigos de jornais também deram atenção à posição desses especialistas.
[11] Vide nota nº 8.

6. CONCLUSÕES ARTICULADAS

6.1 Norteado pelo princípio da precaução, o licenciamento ambiental consiste numa autorização prévia, concedida pelo Poder Público, à instalação de uma determinada atividade. Decorre da necessidade de proteger o meio ambiente em face da expansão das atividades humanas, sobretudo as de natureza econômica. Dessa forma, os impactos ambientais são avaliados com antecedência, de tal sorte a permitir, além de seu controle e limitação, a negociação de compensações pelos prováveis danos ambientais.

6.2 Movidos pelo hedonismo, os empresários procuram maximizar os resultados de suas atividades, o que implica aumento progressivo da demanda pelos recursos naturais. Eles crêem que ao meio ambiente resta apenas gerar as matérias-primas necessárias ao desenvolvimento e, principalmente, à expansão de seus empreendimentos econômicos. Por outro lado, imputam a qualquer tentativa na direção da proteção ambiental o labéu de obstáculo ao progresso.

6.3 A relação entre o meio ambiente e a intervenção humana é caracterizada pelo efeito *tradeoffs*, ou seja, trata-se de um processo de escolha, em que optar por um implica dispor do outro. Muito embora há quem defenda a possibilidade de conciliação entre economia e natureza, o fato é que, do ponto de vista ambiental, crescer e preservar são ações antagônicas.

6.4 Como não agrada a um setor importante do Brasil, a legislação ambiental tem inimigos poderosos, que pressionam as autoridades governamentais para que a enfraqueça. A exemplo do que ocorreu com a Lei de Biossegurança, aprovada sem a exigência do licenciamento, abrindo grave precedente contra os interesses ambientais, o ordenamento jurídico-ambiental poderá perder seus principais instrumentos, transformando-se, assim, numa mera carta de intenções.

NORMA NBR ISO 14.001: CONCESSÃO MEDIANTE A OBSERVÂNCIA DOS INSTRUMENTOS LEGAIS DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE, PRESENTES NA LEI Nº 6.938/81 (LEI DE POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE)

DIEGO BISI ALMADA
Aluno pesquisador do Centro Interdisciplinar
de Estudos do Direito da Faculdade de Direito
da Alta Paulista e Estagiário do Ministério Público
do Estado de São Paulo na 4ª Promotoria
de Justiça da cidade de Tupã/SP

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a concessão do certificado de qualidade ambiental NBR ISO 14.001 aos órgãos que obedecerem rigorosamente os instrumentos legais contidos no bojo da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81).

A observância desses instrumentos é de extrema importância, face às particularidades pertencentes a cada um, e também, no tocante à proteção do bem jurídico difuso tutelado.

Logo, o título de qualidade denominado de Norma NBR ISO 14.001, somente pode ser concedido depois de analisados todos os instrumentos da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, já que sua inobservância demonstra que o órgão que o pleiteia não possui sua gestão voltada à preservação do meio ambiente. Desta forma, caso não se atenda aos requisitos mínimos dispostos pela Lei nº 6.938/81, não se deve cogitar da concessão do referido título de qualidade. Ademais, também não se deve cogitar da concessão do tal título às empresas ou órgãos que tenham sido condenados em sede de ação civil pública para sua regularização, pois, originariamente não tinha sua política de gestão voltada para a preservação ambiental.

Noutro passo, com o crescimento das atividades produtivas e comerciais, há necessidade da correspondência entre tal fato e a tutela de um dos bens jurídicos mais importantes que é o meio ambiente, considerado um bem fundamental da pessoa humana.

Logo, com a expansão dos mercados consumidores, em razão da sociedade capitalista em que vivemos e da globalização que se encontra, cada dia mais,

presente em nossas vidas, empresas de todo o mundo buscam um diferencial para alcançarem êxito no mundo empresarial, que muitas vezes é dotado de uma concorrência desleal.

Desta forma, qual seria a melhor maneira de se diferenciar uma empresa da outra, senão buscando pautar sua política empresarial sob o prisma ambiental?

Foi pensando desta forma que surgiu a NBR ISO 14.001. Tal norma, traz em seu bojo, a idéia de que há necessidade de desenvolvimento, mas sempre buscando uma prática sustentável, para que possamos conciliar o desenvolvimento, tão necessário em nossos dias, e o cultivo de um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Assim, explica FIGUEIREDO e SOBRAL ao citar SEGUIN e CARRERA:

> *(...) o seguimento industrial constitui elemento importante na implementação e prática da sustentabilidade, não podendo, portanto continuar a ser visto como o grande poluidor do meio ambiente. Estimular desenvolvimento de tecnologias de produção mais limpa é um objetivo viável. Apoio financeiro pela indústria a projetos ambientais, como contrapartida pelo uso cativo de recursos naturais, vem sendo praticado positivamente, e com a implementação da norma ambiental NBR ISO 14.001, a tendência é o crescimento dos incentivos e fomentos.* [1]

A norma NBR ISO 14.001, que possui cunho internacional, foi publicada em setembro de 1.996 e é responsável por estruturar a implementação de um sistema de gestão ambiental. Essa norma de adesão voluntária pode ser aplicada a qualquer tipo de organização e ajuda a mesma a atingir a linha de base para o meio ambiente, levando a identificação de impactos ambientais de suas atividades, bem como demonstra o seu comprometimento com a gestão ambiental.

Tal norma é fruto de uma reunião ocorrido em agosto de 1.996 na cidade do Rio de Janeiro que contou com a presença de 80 países. Neste ato, foram aprovadas as cinco primeiras normas da série ISO 14.000, que são as normas 14.001, 14.004, 14.010, 14.011 (1ª Parte) e 14.012. A mesma entrou em vigor no Brasil mediante a aprovação da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas).

2. A NORMA NBR ISO 14.001

A norma NBR ISO 14.001 traz um grande avanço no tocante à utilização sustentável dos meios produtivos. Desta forma, busca-se conciliar o aumento, cada vez maior da produção, que é a marca de um sistema capitalista, com uma menor agressão ao meio ambiente, através de utilização de métodos e processos internos da empresa.

Essa norma, como já dito anteriormente, é de cunho internacional e contém os elementos de um sistema de gestão ambiental. Tal sistema tem o condão de identificar os impactos ambientais que são encontrados nas empresas. Diante

[1] FIGUEIREDO, Rita de Cássia Barreto; SOBRAL, Maria do Carmo Martins. A norma NBR ISO 14.001 como instrumento de gestão ambiental nas indústrias da bacia hidrográfica do Pirapama em Pernambuco. In: BENJAMIM, Antônio Herman (org.). *Congresso Internacional de Direito Ambiental.* São Paulo: Imprensa Oficial, 2.003.

disso, podem ser estabelecidos projetos e ações que tenham por objetivo a diminuição e cessação desses impactos ambientais, buscando garantir uma utilização sustentável dos meios empregados no processo produtivo.

Consoante o entendimento da doutrina majoritária, é possível conceituar gestão ambiental de uma maneira mais global, considerando-a como um

> *processo sistemático e permanente que, na sua globalidade, pode envolver todas as funções das organizações, todos os seus órgãos e setores, compreendendo: o planejamento, a implementação, a manutenção, registro das atividades envolvidas, registro dos resultados previstos e alcançados, documentação das decisões e atividades decorrentes, monitoração dos processos, resultados e atividades, monitoração do desempenho organizacional interno e externo, controle dos processos e dos resultados, registro e documentação envolvida, disseminação de informações de relevante interesse, avaliação crítica de todos os elementos e processos inerentes e do seu objeto, tudo isso buscando o aprimoramento contínuo.*[2]

Conforme dimana da norma NBR ISO 14.001 considera-se sistema de gestão ambiental "a parte do sistema de gestão global que inclui estrutura organizacional, atividades de planejamento, responsabilidades, práticas, procedimentos, processos e recursos para desenvolver, implementar, atingir, analisar criticamente e manter a política ambiental".

Para que haja concessão deste tão importante certificado há necessidade da observância de alguns requisitos, quais sejam:

- Elaboração de uma política ambiental;
- Planejamento para que se alcance a elaboração de um programa de gestão ambiental;
- Implementação e operação;
- Verificação e ação corretiva;
- Análise crítica realizada pela Administração dos resultados alcançados; e
- Melhoria contínua do sistema de gestão ambiental.

Não obstante a presença desses requisitos supracitados, faz-se necessário a *obediência das leis pátrias*, bem como a obrigação da apresentação de resultados que demonstrem a melhoria contínua por parte dos órgãos que pleitearam tal certificação. (Grifo Nosso).

Desta forma, para que seja concedida tal certificação é necessário o cumprimento das leis ambientais pátrias, dentre elas, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente. Portanto, é requisito necessário para a concessão do certificado de qualidade NBR ISO 14.001 a obediência da lei infraconstitucional supracitada.

Segundo D'ISEP, ao confrontarmos os requisitos supracitados temos: melhoria contínua + aspectos legais + comprometimento com a prevenção da poluição = desenvolvimento tecnológico e legal sustentável.[3]

---

[2] Op. Cit., p. 441.

[3] D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Direito Ambiental e a ISO 14.000.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.004, p. 165.

3. LEI DE POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (LEI Nº 6.938/81)

A Lei nº 6.938/81, denominada de Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, foi o primeiro diploma legal a tratar especificamente do bem jurídico ambiental.

Tal diploma foi o marco da transmigração da tutela dos interesses particulares para a tutela de interesses coletivos.

Isso ocorre, porque a nossa legislação processual era de cunho totalmente individualista devido à fase de criação de nosso Direito Processual.

Assim, é possível perceber que a nossa legislação processual possui institutos de cunho totalmente individualistas, como o da coisa julgada, que somente faz lei entre as partes, por exemplo.

A lei supracitada, em seu artigo 2º, explicita o seu objetivo principal. Explicita o referido artigo:

> *Artigo 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, a melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia a vida, visando assegurar no país, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e a proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios.*

3.1 Instrumentos da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (lei nº 6938/81) trouxe em seu corpo alguns instrumentos que visam a proteção do meio ambiente. São eles:

a) Licenciamento Ambiental;
b) Estudo Prévio de Impacto Ambiental;
c) Zoneamento Ambiental.

3.1.1 Licenciamento Ambiental

O Licenciamento Ambiental é um dos instrumentos de planejamento, o qual tem como objetivo a preservação, a melhoria e a recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no país, condições ao desenvolvimento sócio-econômico e a proteção da dignidade da vida humana.

O Art. 1º, I da Resolução Conama nº 237/97, traz a conceituação de Licenciamento Ambiental. Explicita o referido artigo:

> *Artigo 1º - (...) omissis*
> *I- Licenciamento Ambiental é o procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e s normas técnicas aplicáveis ao caso.*

Já a referida resolução em seu art. 1º, II, definiu o que é licença ambiental. Explicita o referido artigo:

> *Artigo 1º - (...) omissis*
> *II- Licença ambiental é o ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreender, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.*

A resolução supracitada, traz em seu artigo 8º e incisos os tipos de licenciamento passíveis de realização. São eles:

- Licença prévia (LP): art. 8º, I, da Resolução Conama nº 237/97;
- Licença de instalação (LI): art. 8º, II, da Resolução Conama nº 237/97;
- Licença de operação (LO): art. 8º, III, da Resolução Conama nº 237/97.

3.1.2 Estudo Prévio de Impacto Ambiental

No Brasil, o primeiro passo a ser dado sobre o assunto relativo a impactos ambientais foi dado pela lei nº 6803/80, em seu art. 10, §3º, V, que expressamente previu a avaliação de impacto ambiental.

Posteriormente, foi explicitado pela Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (lei nº 6938/81), no seu artigo 9º, III. Em seguida, no ano de 1986, a resolução 01/86 do CONAMA conceituou o impacto ambiental. O artigo 1º da resolução supracitada dispõe:

> *Artigo 1º - Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, que, direta ou indiretamente, afetam: I- a saúde, a segurança e o bem-estar da população; II- as atividades sociais e econômicas; III- a biota; IV- as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; V- a qualidade dos recursos ambientais.*

O Estudo Prévio de Impacto Ambiental deve ser somente realizado em atividades que causem potencial degradação do meio ambiente, pois nestas, se não realizadas, poderão ensejar lesões ambientais, muitas vezes irreparáveis.

O referido estudo se encontra disposto também na Constituição da República Federativa do Brasil, no seu art. 225, §1º, IV. Dispõe o referido artigo:

> *Art. 225 – (...) omissis*
> *§ 1º - (...) omissis*
> *IV- Exigir, na forma da lei, para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.*

3.1.3 Zoneamento Ambiental

O Zoneamento Ambiental é um dos instrumentos de Política Nacional do Meio Ambiente que é dotado, assim como os outros, de caráter preventivo, buscando a não-ocorrência de degradações ambientais.

Não há nenhum conceito legal sobre zoneamento ambiental, sendo que, no entanto, podemos considerá-lo como uma medida não jurisdicional, na qual se funda a ordenação dos espaços territoriais, designando o seu uso. O zoneamento ambiental tem por objetivo regular o uso da propriedade do solo e dos edifícios no interesse coletivo do bem-estar da população, incluindo a função ambiental. Não se restringe somente a esse objetivo, pois o maior deles é a proteção ao meio ambiente, pois como foi dito no início, este se trata de um instrumento preventivo, e não repressivo.

4. CONCESSÃO DO CERTIFICADO DE QUALIDADE NBR ISO 14.001: OBRIGATORIEDADE DA ANÁLISE DOS INSTRUMENTOS LEGAIS DA LEI DE POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

Depois de analisada a norma NBR ISO 14.001, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, bem como seus respectivos instrumentos legais de tutela ambiental, é importante salientar a necessidade do atendimento de todos esses para a concessão do certificado de qualidade, que é objeto desse trabalho.

Tendo em vista que tal certificado tem por objetivo atestar que determinada empresa possui sua gestão voltada para a preservação ambiental, não seria coerente a concessão do mesmo se não houvesse a rigorosa presença de todos os instrumentos analisados anteriormente. Logo, há total impossibilidade de se conceder um tão importante certificado de qualidade a uma empresa que não realizou um estudo prévio de impacto ambiental, bem como se não é detentor de qualquer das licenças exigidas, seja a prévia, de instalação ou de operação.

Isso ocorre pelo fato de que se tal empresa não buscou sequer minimamente se adequar aos padrões ambientais exigidos pela Lei nº 6.938/81, logo sua política interna de gestão não se voltará para a preservação ambiental e utilização sustentável dos meios produtivos.

Um exemplo a ser citado é o de uma empresa que se instala sem realizar o devido estudo prévio de impacto ambiental. Logo, é cediço, que tal empresa não possui originariamente o mínimo de preocupação com a questão ambiental.

Indubitavelmente, a concessão de tal certificado de qualidade a uma empresa que não obedeceu sequer esses instrumentos supracitados seria injusta, não somente do ponto de vista legal, mas também social, tendo em vista que um dos grandes objetivos que permeiam a tutela do meio ambiente, segundo dimana do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, é a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

É importante salientar que, se tais empresas não são merecedoras da concessão deste importante certificado, também não fazem jus ao mesmo a tal cer-

tificação as empresas que são condenadas em sede de ação civil pública para sua regularização de acordo com os padrões alicerçados pela lei em tela.

A concessão do certificado de qualidade a empreendedores que não obedecem aos instrumentos supracitados, seria um marco da injustiça perante empresas que buscam a regularização perante as normas ambientais e adotam uma política interna totalmente voltada à proteção ambiental e utilização racional dos recursos naturais.

O certificado de qualidade NBR ISO 14.001, como já disposto anteriormente, consiste em um diferencial entre as empresas que buscam êxito em suas transações.

Atualmente é possível constatar que o meio ambiente vem sendo objeto de muitos debates, tendo em vista a preocupação de todos com a escassez de recursos naturais essenciais para a sobrevivência humana.

Desta forma, uma empresa que possui sua política voltada à gestão ambiental e obteve a certificação ISO 14.001 será vista com bons olhos pelos consumidores, que hoje se preocupam mais com a questão ambiental do que em épocas pretéritas.

Consoante os fundamentos supracitados, é possível perceber a existência da injustiça se houvesse a concessão deste importante certificado de qualidade a empreendedores que não atendem aos requisitos mínimos para a preservação do meio ambiente, ora elencados.

5. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO CERTIFICADO DE QUALIDADE NBR ISO 14.001 ÁS EMPRESAS CONDENADAS EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Diante dos fundamentos supracitados, se um empreendedor que não obedeceu qualquer um dos instrumentos supracitados for condenado em sede de ação civil pública para se regularizar, e posteriormente se adequar às normas de exigência, mesmo assim não fará jus à concessão do certificado ora estudado.

Isso ocorre pelo fato de que tal empreendedor não possuía originariamente sua política de gestão voltada à preservação ambiental, adequando-se, posteriormente, em razão da coerção exercida pelo Estado.

Diante disso, seria injusto que se concedesse um certificado de qualidade a um empreendedor que possui tal comportamento, em detrimento de outras que buscam se regularizar desde a sua constituição.

Desta forma, tal empresa além de sofrer as punições de natureza civil, penal e administrativa, em razão de sua conduta, poderá sofrer ainda uma punição mais severa, vista do prisma empresarial, que é a perda do mercado. A justificativa para essa assertiva está embasada no fato de que as empresas que estão inseridas no mercado buscam se diferenciar de alguma maneira das outras para atrair os consumidores, alcançando os seus objetivos.

Indubitavelmente, a certificação ISO 14.001 consiste em um diferencial a ser utilizado pelas empresas, tendo em vista que a sociedade contemporânea está se preocupando cada vez mais com o meio ambiente.

6. CONCLUSÕES ARTICULADAS

6.1 A Norma NBR ISO 14.001, de cunho internacional, é concedida aos órgãos que adotem um sistema de gestão voltada à preservação ambiental, buscando, desta forma, conciliar os avanços tecnológicos e os meios de produção com a preservação ambiental, convergindo, assim, para uma utilização sustentável dos meios empregados, causando, conseqüentemente, a adoção do tão conhecido e respeitado princípio do desenvolvimento sustentável.

6.2 A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), trouxe, em seu bojo, instrumentos legais de tutela do meio ambiente. Dentre eles, os principais são: Zoneamento Ambiental, Estudo Prévio de Impacto Ambiental e Licenciamento Ambiental.

6.3 O Licenciamento Ambiental, instrumento legal da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, possui seu conceito estampado no Art. 1º, I da Resolução Conama nº 237/97 e se caracteriza por ser um procedimento administrativo no qual o órgão licenciador, mediante ao cumprimento dos requisitos estabelecidos, concede a licença, que pode ser prévia, de instalação ou de operação a atividades potencialmente poluidoras ou que podem causar alguma degradação ambiental.

6.4 O Estudo Prévio de Impacto Ambiental é um dos instrumentos legais de proteção ao meio ambiente que estão inseridos na Lei nº 6.938/81, tem por objetivo a analise de atividades potencialmente poluidoras, buscando, desta forma, evitar a ocorrência de danos muitas vezes irreparáveis para o meio ambiente.

6.5 O Zoneamento Ambiental é uma medida não jurisdicional que se funda na ordenação dos espaços territoriais, designando, desta maneira, o seu uso.

6.6 Para que haja a concessão do certificado de qualidade NBR ISO 14.001, há necessidade de observância rigorosa de todos os instrumentos legais da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, pois desta forma se demonstra que o empreendedor ou o órgão que busca essa certificação possui originariamente sua política voltada à preservação do meio ambiente.

6.7 Não obstante ser necessária para a concessão de tal certificado de qualidade a obediência dos instrumentos legais da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, não é possível que tal certificação seja concedida aos órgãos ou empreendedores que tenham se regularizado em razão de terem sido condenados em sede Ação Civil Pública. Tal fato se abaliza no sentido de que se tais entidades originariamente não possuíam sua política voltada para a preservação ambiental, não são merecedores de tal certificação, pois, esses empreendedores somente se regularizaram em função da coerção estatal que pairou sobre os mesmos.

BIBLIOGRAFIA

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Curso de Direito Ambiental.* Rio de Janeiro: Renovar, 1.992.

_____. Natureza Jurídica do Estudo Prévio de Impacto Ambiental. *Revista de Direito ambiental,* n.1, jan-mar, 1.996, p. 80-88.

BENJAMIN, Antônio Herman (org.). *A proteção das florestas tropicais.* São Paulo: IMESP, 1.999, p. 87/90.

BUGALHO, Nelson R. Estudo Prévio de Impacto Ambiental. *Revista de Direito Ambiental.* n. 15, jul-set, 1.999, p. 18-33.

D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Direito Ambiental e a ISO 14.000.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.004.

FIGUEIREDO, Rita de Cássia Barreto; SOBRAL, Maria do Carmo Martins. A norma NBR ISO 14.001 como instrumento de gestão ambiental nas indústrias da bacia hidrográfica do Pirapama em Pernambuco. In: BENJAMIM, Antônio Herman (org.). *Congresso Internacional de Direito Ambiental.* São Paulo: Imprensa Oficial, 2.003.

FINK, Daniel Roberto; ALONSO JÚNIOR, Hamilton; DAWALIBI, Marcelo. *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental.* São Paulo: Forense, 2.000.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito Administrativo e Meio Ambiente.* Curitiba: Juruá, 1.998, p. 56-62.

LEITE, José Rubens Morato. *Inovações em Direito Ambiental.* Florianópolis: Fundação Boitex, 2.000, p. 41-47.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo.* 8ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro.* São Paulo: Malheiros, 2.003.

MEDAUAR, Odete (Org.). *Coletânea de Legislação de Direito Ambiental.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.005.

MOURA, Luiz Antônio Abdalla de. *Qualidade e Gestão Ambiental.* São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2.002.

NERY JÜNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação Processual Civil extravagante em Vigor.* 6ª ed. rev.e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

SANCHEZ, Luiz Henrique. Os países da avaliação do impacto ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, n. 0, p. 138-157.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2.000, p. 252-263.

SMANIO, Gianpaolo Poggio Smanio. *Interesses difusos e coletivos.* São Paulo: Atlas, 2.003.

VEIGA, José Eli da Veiga (Org.). *Ciência Ambiental:* Primeiros mestrados. São Paulo: Annablume: FAPESP, 1.998.

CONFLITO DE LEIS E INSTABILIDADE SOCIAL NO QUE TANGE A POÇOS ARTESIANOS[1]

GUSTAVO MADEIRA DA SILVEIRA
Estudante do 7º semestre de
Direito do Centro Universitário Franciscano

LUIZA SIMÕES COZER
Estudante do 7º semestre de
Direito do Centro Universitário Franciscano

ANARITA ARAÚJO DA SILVEIRA
Professora Msa. em Direito do Centro Universitário Franciscano

MICHELE OLIVEIRA TEIXEIRA
Professora Msa. em Direito do Centro Universitário Franciscano

1. INTRODUÇÃO

A água potável vem sendo uma das maiores preocupações do homem, em virtude da sua escassez. No Brasil, a problemática tem gerado também grande preocupação, pelo segundo ano consecutivo foi realizado um fórum internacional sobre o assunto, tendo sido o mesmo apresentado como o tema da Campanha da Fraternidade do ano de 2004.

As águas subterrâneas fazem parte das águas doces, que são as próprias para consumo. Da parcela de água doce do mundo, 22,4% são constituídas por água subterrânea. Por este fato, as águas subterrâneas são de grande importância, além de serem uma fonte de grande facilidade de exploração, baixo custo e boa qualidade. Localizam-se nos aqüíferos, sendo o Brasil rico em lençóis freáticos, fato que incentiva a crescente perfuração de poços artesianos. (MILARÈ, 2001; FREITAS, 2000)

Antes de discorrer sobre a problemática, faz-se necessário observar que os poços artesianos sempre foram uma fonte alternativa de captação de água subter-

[1] Artigo elaborado como forma de conclusão do projeto Elaboração e apresentação de cartilha informativa quanto aos conflitos de leis e instabilidade social no que tange aos poços tubulares condominiais; orientado pelas professoras Ms. Anarita Araújo da Silveira e Ms. Michele de Oliveira Teixeira, vinculado à Pró-Reitoria de Extensão do Centro Universitário Franciscano através do Programa de Bolsa de Extensão (PROBEX).

rânea, sem qualquer tipo de restrições, já que, o Código das Águas dava ao particular o poder de explorar por meio de poços e galerias as águas que corressem subterraneamente no seu terreno.

Entretanto, após a Constituição de 1988, a situação foi alterada, com o novo regramento dos recursos hídricos, os corpos de águas que integravam o patrimônio do particular passaram a serem considerados de domínio público.

Entre o ano de 1999 e 2000, iniciou-se um processo de vistoria pelos fiscais da Vigilância Sanitária em todo o Estado do Rio Grande do Sul, nos poços artesianos dos Condomínios residenciais. No auto de infração sanitária continha a referência do dispositivo legal do art. 87 e parágrafo único do Decreto Estadual 23.430 de 24 de outubro de 1974 que regulamenta a lei estadual n.º 6.503 de 22 de dezembro de 1972 (Código Sanitário).

Tais autuações geraram um conflito entre os condôminos dos prédios e o Estado. De um lado aqueles querendo defender o uso de suas fontes alternativas de abastecimento e em contraposição, este defendendo o uso da rede de abastecimento público.

A divergência causou dúvida e instabilidade social no momento em que perfuradores de poços ficaram receosos com o futuro dos seus negócios, e os condôminos com o aumento da conta de água e com a não possibilidade de dar finalidade às águas subterrâneas que estão no subsolo do seu terreno. Assim, a divergência começou a ser debatida em audiências públicas, realizadas nas câmaras de vereadores de todo o Estado; nas reuniões entre perfuradores de poços; reuniões entre Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Recursos Hídricos (DRH), a Companhia Riograndense de Saneamento (CORSAN) e a Secretaria Estadual de Saúde (SES), originando um termo de ajuste de conduta.

O tema é de grande divergência e interpretações diferentes, no momento em que colidem interesses privados e coletivos, o que motivou uma pesquisa sobre o tema, estando o assunto estritamente ligado a linha do curso de direito da UNIFRA, "Teoria jurídica, cidadania e globalização". O conflito legislativo insere-se em uma necessidade de uniformizar as divergências através de uma teoria jurídica, os interesses coletivos de saúde e de um meio ambiente saudável é questão de cidadania e a influência dos poços artesianos em detrimento do maior aqüífero dos países integrantes do Conesul é um assunto de globalização.

A pesquisa utilizou o método hipotético-dedutivo e estrutural, onde partiu-se da raiz do problema através do entendimento do dispositivo do art. 87 e parágrafo único do Decreto Estadual 23.430/74, sendo realizada então, uma pesquisa de campo, onde visitou-se os síndicos dos prédios detentores de poços artesianos e posteriormente, os órgãos e pessoas envolvidas no caso, leitura de obras e legislação e por fim a realização de um evento com o propósito de socializar o tema.

Primeiramente, será mostrada a relevância da água, através da abordagem de conflitos pelos recursos hídricos e da evolução da legislação brasileira pertinente a este assunto. Em seguida será abordada a divergência legislativa através da apresentação das duas correntes de pensamento em relação à problemática, e, a seguir, uma abordagem especial em relação à outorga, que é um dos grandes

avanços trazidos através da Lei de Gerenciamento dos Recursos Hídricos. Ao final será mostrada a tônica do problema, que é a questão sanitária e o risco do dano ambiental, já que, o dispositivo trata da vontade do legislador cuidar da saúde da população num período em que não existia outorga.

Através da análise do assunto demonstrar-se-á que não há ilegalidade no dispositivo do Decreto Lei, e a maneira como os poços artesianos estão sendo tratados representa um grande problema de saúde pública e de possível dano ao lençol freático, uma das maiores riquezas do país através do aqüífero Guarani, também conhecido como aqüífero Botucatu.

2. ÁGUA: CONFLITOS E EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A água é a mais abundante substância simples da biosfera, existindo na forma líquida (salgada e doce), sólida (doce) e de vapor (doce). Perto de 97% das águas são salgadas, restando aproximadamente 3% de água doce para consumo humano. Entretanto, nem toda esta água é consumível pelo ser humano, pois apenas 2,7% são formados por água doce e dela somente 0,40% se encontra nas águas continentais superficiais e na atmosfera e 22,4% de toda a massa hídrica são constituídos por águas subterrâneas. (SILVA, 2002; MILARÉ, 2001)

Constata-se assim, que a parcela consumível é extremamente baixa, sendo que o mau uso das águas superficiais e subterrâneas torna, este bem essencial à vida, mais escasso do que ele já é, em virtude da poluição, contaminação, seca, erosão do solo, entre outros problemas.

Os conflitos gerados por decorrência da água tendem a ser, cada vez mais, constantes em virtude da sua escassez. Exemplo disso tem-se no Oriente Médio, que é uma das regiões de menor abundância de recursos hídricos no mundo, onde o conflito por estes é intenso desde o ano de 1955, quando ocorreu a crise de Suez, precipitada por dois problemas relativos à água: a exploração do Rio Jordão e a construção da barragem de Assuã. A partir desta crise, a Síria e a Jordânia tentavam desviar os afluentes do Jordão para impedir que os vizinhos judeus beneficiem-se dor rio, enquanto estes construíam canais de derivação para fazer florir o seu deserto de Neguev. No decorrer do tempo, mais precisamente em 1964, na conferência do Cairo os Estados árabes decidiram unir forças para impedir que Israel utilizasse sua parte do rio Jordão. Em represália, os judeus, em 1966, atacaram uma barragem da Síria, o que contribui para a tensão que levou a Guerra dos Seis Dias, onde Israel anexou importantes territórios como as Colinas de Golã e a Faixa de Gaza. A partir desta guerra, a distribuição da água foi desigual, em prejuízo dos palestinos e com vantagens para os judeus. (MASSOULIÉ, 1997)

O Brasil é um país que também sofre problemas no que diz respeito a recursos hídricos. Em decorrência da sua enorme extensão territorial, há uma duplicidade de anomalias, regiões com falta de água pelo mínimo potencial hídrico, como a região nordeste e regiões com falta de água por má gestão dos recursos hídricos, como é o caso do Rio Grande do Sul. (MILARÈ, 2001)

A legislação brasileira em torno dos recursos hídricos teve início em 1934, estabelecendo domínio privado, estadual, municipal e federal para as águas através do Código de Águas. Entretanto, nesta época, não havia preocupação em relação à falta de água, o que dava um caráter, muitas vezes, exploratório deste Código. Posteriormente, outros diplomas, paulatinamente, começaram a tratar das águas, como o Decreto Lei 852 de 11.11.1938, que definia as águas flutuáveis ou navegáveis como públicas.

Desde a Constituição de 1946, as águas perderam o domínio municipal e, em 1967 o Código de Mineração – Decreto Lei 227/67 – classificou as águas subterrâneas como jazida mineraria determinando que seriam regidas por lei especial. Passado este ano, a legislação dos recursos hídricos continuou em uma lenta evolução durante o período militar, apenas aparecendo em códigos sanitários como a própria Lei Estadual 6503/72 ou o Código Florestal – Lei 4771/ 65. (MILARÈ, 2001)

A Constituição Federal de 1988 revogou o domínio privado das águas subterrâneas e instituiu a política nacional dos recursos hídricos. Esta foi uma das medidas mais importantes da carta de 1988, pois o país durante o período da ditadura não adaptou a sua legislação dos recursos hídricos frente às necessidades que surgiram de acordo com os anos, fazendo do Brasil, um país com enorme potencial hídrico, enfrentar conflitos de falta d´água.

A política nacional de recursos hídricos instituída pela Carta Magna de 1988 criou o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos. No inciso XIX do art. 21, deu competência privativa à União para legislar sobre água. No inciso IV do art. 22, incluiu entre bens dos Estados, as águas superficiais e subterrâneas que estiverem limitados ao seu território, conforme inciso I do art. 26.

A inovação do inciso XIX do artigo 21 originou posteriormente, a Lei Federal 9.433 de 08 de janeiro de 1997 criou a política nacional de recursos hídricos, que trouxe alguns fundamentos importantes, como proporcionar o uso múltiplo das águas, descentralizar a gestão dos recursos hídricos, e conceituar a água como recurso limitado dotado de valor econômico.

3. CONFLITO LEGISLATIVO

O conflito surgiu a partir das autuações da Vigilância Sanitária nos condomínios residenciais, onde os autos de infração continham o texto do artigo 87 do Decreto Estadual 23.430/74, onde está escrito: “Somente pela rede pública de abastecimento de água potável, quando houver, far-se-á o suprimento da edificação. Parágrafo único – Não será permitido, em quaisquer circunstâncias, conexão das instalações domiciliares ligadas à rede pública com tubulação que contenha água proveniente de outras fontes de abastecimento”.

O dispositivo do Decreto Estadual contém duas partes: uma em que há uma imposição e outra em que há uma vedação. Faz-se necessário antes do estudo deste dispositivo, verificar as exceções que foram trazidas através do art. 96 deste decreto, onde, mesmo tendo rede de abastecimento pública, é possível o uso de

fontes alternativas de abastecimento: "Art. 96. Nas zonas servidas por rede de abastecimento de água potável, os poços serão tolerados exclusivamente para suprimento com fins industriais ou para uso em floricultura ou agricultura devendo satisfazer as seguintes condições: a)serem convenientemente fechados, com tampa, no mínimo, a 0,40 m (quarenta centímetros) da superfície do solo; b) serem dotados de bomba. Parágrafo único – os poços não utilizados serão aterrados até o nível do terreno".

No que diz respeito ao art. 87, é um equívoco interpretar que este artigo visa o lacramento de poços ou vedação de construção de poços, o dispositivo, na verdade obriga o uso da rede de abastecimento pública e veda a possibilidade da conexão desta água com a proveniente da fonte alternativa. Essa vedação da mistura de águas é para que a água da fonte alternativa não seja usada para consumo humano, sendo este o objetivo principal do tratamento da água da rede de abastecimento pública.

A primeira divergência surgida em relação ao art. 87, pode ser constatada no que diz respeito ao princípio da legalidade, que é um dos princípios vetores da atual Constituição Federal plasmado no art. 5º, II, onde dimana que: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Entende-se que o dispositivo analisado fere o princípio já referido, pois ele regula o art. 18 do Código Sanitário, onde este apenas obriga o uso de fonte alternativa, não vedando a conexão das águas imposta pelo decreto.

O princípio da legalidade visa evitar abusos por parte do Estado, no momento que estabelece a premissa de que os indivíduos apenas deverão deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei. (MORAES, 2003)

Entretanto, a vedação da conexão das águas da fonte alternativa com a da rede pública, não fere o princípio da legalidade, já que, este está regulando a lei, conforme é a função do Decreto. A visão de lei do art. 5º, II, não pode ser interpretada em sentido *strictu* e sim em sentido *latu*, pois somente a lei cria direitos e impõe obrigações, tanto positivas como negativas, entretanto há outras normas constitucionais que completam seu sentido. (SILVA, 2004)

A segunda divergência diz respeito a quem compete legislar sobre águas. A Constituição Federal, em seu art. 22, IV, concede competência privativa à União em legislar sobre águas, não obstante, o contido no parágrafo único do mesmo artigo, que prevê autorização aos Estados, por via de lei complementar, para legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas no aludido artigo 22.

Dessa forma, pode-se constatar que a Constituição é centralizadora no que diz respeito a esta matéria, entretanto, o domínio de águas superficiais e subterrâneas foi atribuído por esta Carta aos Estados, conforme o art. 26, I. Os Estados ficam fragilisados em relação ao seu domínio, no momento em que não podem administrar suas águas, pois a competência é privativa da União. (SILVA, 2002)

Apesar desta prerrogativa, todos os Estados da federação legislam sobre águas, mesmo não tendo competência para isto. A solução encontrada origina-se da própria Constituição Federal, ao passo que é concorrente a União e aos Estados legislar sobre proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI), proteção e defesa da saúde (art. 24, XII), e por responsabilidade de dano ao meio

ambiente (art. 24, VIII). Além disso, mesmo não sendo matéria que dá competência para legislar, cabe o conteúdo do art. 23, VI, que confere competência comum da União, dos Estados e Municípios de proteger o meio ambiente e combater a poluição.

Outro ponto de divergência é em relação à efetividade do Código de Águas. Há quem ainda acredite que o art. 96 deste regramento ainda seja válido, pois este determina: "O dono de qualquer terreno poderá apropriar-se por meio de poços, galerias etc., das águas que existam debaixo da superfície de seu prédio, contanto que não prejudique aproveitamentos existentes nem derive ou desvie de seu curso natural águas públicas dominicais, públicas de uso comum ou particulares."

Em razão da Constituição Federal de 1988 ser hierarquicamente superior, todo regramento infraconstitucional anterior a ela deve respeitá-la, esse é o caso do art. 96 do Código de Águas, que trata as águas subterrâneas como particulares. Pois, de acordo com o art. 26, I; antes mencionado, as águas subterrâneas são públicas.

4. LEI MUNICIPAL 2.779/86

Em 1985, o Município de Santa Maria sofreu uma das maiores estiagens da sua história. A câmara de vereadores a fim de evitar futuros problemas de falta de água elaborou a lei municipal 2.779/86 que tornava obrigatória a construção de poços artesianos em prédios com mais de vinte apartamentos.

Em virtude de tal legislação, os condôminos dos prédios que possuem poços construídos nesta época, entendem que estão assegurados pelo instituto do direito adquirido, plasmado no art. 5º, XXXVI; em relação ao uso de poços, já que, foram obrigados a construí-los com a finalidade de uso.

Este instituto constitucional visa limitar a retroatividade da lei, todavia, não pode o direito adquirido extrapolar a ordem constitucional, no momento que a nova ordem constitucional transforma as águas em bens públicos. (FREITAS, 1998)

Além disso, o instituto do direito adquirido não é aplicável em questões de saúde pública e meio ambiente que está sempre em constante mutação, e os municípios como já foi referido, desde 1946 perderam a competência de legislar sobre águas, restringindo-se apenas a legislar em matéria do uso do solo através do plano diretor e outros assuntos de interesse local.

5. OUTORGA E DIREITO ADQUIRIDO

A Carta de 1988 atribuiu a União instituir o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos no art. 21, XIX. Através da lei 9.433 de 08 de janeiro de 1997 a União implementou a Política Nacional dos Recursos Hídricos e o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. O Estado do Rio Grande do Sul já havia antecipado a matéria através da lei 10.350 de 30 de dezembro de 1994 que instituiu a Política Estadual de Recursos Hídricos.

Um dos principais institutos deste regramento é a necessidade da outorga, já que, as águas subterrâneas foram incorporadas como bem do Estado, assim não podendo o particular requerer sequer direito adquirido, pelos mesmos motivos já mencionados. Assim, como não existe a propriedade do particular em relação a água, resta a ele apenas obter uma permissão de mero detentor dos direitos de uso dos recursos hídricos.

Dessa forma, devem os proprietários de poços, se adequarem ao novo regramento constitucional e serem submetidos ao instrumento da outorga. (FREITAS, 1998)

O particular que detinha poderes ilimitados de exploração das águas subterrâneas que existissem debaixo do seu prédio conforme o art. 96 do Código das Águas, passou a necessitar da outorga para poder usar este recurso hídrico. A lei da Política Estadual dos Recursos Hídricos regula a outorga através do seu art. 29 e parágrafo 1º: "Dependerá da outorga do uso da água qualquer empreendimento ou atividade que altere as condições quantitativas e qualitativas, ou ambas, das águas superficiais ou subterrâneas, observado o Plano Estadual de Recursos Hídricos e os Planos de Bacia Hidrográfica: Parágrafo 1º - A outorga será emitida pelo Departamento de Recursos Hídricos mediante autorização ou licença de uso, quando referida a usos que alterem as condições quantitativas das águas".

Este dispositivo mostra a necessidade da outorga para os poços artesianos, pois, este altera as condições quantitativas das águas subterrâneas. Porém, a outorga traz o último ponto legislativo de divergência da temática abordada, pois apesar de o art. 29 e parágrafo 1º, tratar a matéria com clareza, há o entendimento por parte dos particulares que a outorga é desnecessária.

A primeira alegação de que não se aplica a outorga é pela aplicação do instituto do direito adquirido, em razão de tais poços serem construídos em um período que a outorga era desnecessária, o que não é aplicável, em virtude da mudança do texto constitucional que trouxe as águas para o domínio público dos Estados (art. 26, I) e a segunda alegação gira em torno da interpretação do art. 31 da lei da Política Estadual dos Recursos Hídricos: "São dispensados da outorga os usos de caráter individual para satisfação das necessidades básicas da vida."

Assim, o condômino entende que ao efetuar captação de fonte alternativa de abastecimento, nada mais faz do que atender as necessidades básicas de vida, tornando-se a outorga desnecessária. Esta tese não é aplicável, a partir do momento em que o artigo anteriormente citado exige a outorga quando se estiver tratando dos aspectos quantitativo e qualitativo. Sendo um poço artesiano um dos maiores exemplos de alteração do aspecto quantitativo das águas, e qualitativo quando for usado incorretamente.

O aumento da construção desordenada de poços artesianos sem a outorga enseja conseqüências drásticas além da poluição, como, por exemplo, a causada na Cidade do México, onde o solo está afundando e o metrô, rodovias, edifícios, sofrem rachaduras decorrentes da instabilidade. (FREITAS, 2000)

Pode-se constatar que o Estado sem o instituto da outorga não tem controle sobre os poços, não tendo conhecimento sobre a localização e também sobre a

profundidade, desconhecendo assim, até que ponto o solo é prejudicado, após a perfuração.

O legislador ao implantar na constituição e elaborar a lei da Política dos Recursos Hídricos que implantou a outorga, não previu, ou se omitiu ao problema; de como seria o procedimento para implantar o sistema de outorga.

Através dos Estados foram criados Departamentos de Recursos Hídricos, que se encontram centralizados nas capitais de cada Estado, como é o caso do Rio Grande do Sul, que são responsáveis pelas outorgas. Todavia, não há estrutura e recursos para controlar a perfuração de poços e menos ainda de fazer um controle dos já existentes, conforme ficou previsto em um Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta realizado entre: Companhia Riograndense de Saneamento (CORSAN), Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento Estadual de Recursos Hídricos (DRH/SEMA) e Secretária Estadual do Meio Ambiente, que não foi cumprido.

Para a construção do poço seria necessário o instrumento da outorga, entretanto, na prática, a situação é diferente, onde se vê que basta requer a perfuração em uma empresa, que o poço é imediatamente construído. O Estado está omisso frente a este tema, na esteira que produz um Termo sem efeitos que não pode ou não consegue cumprir, tendo como conseqüência o risco a saúde pública e ao futuro do nosso meio ambiente.

6. SAÚDE PÚBLICA, INTERESSE COLETIVO E RISCO AMBIENTAL

A problemática que se gerou em torno do dispositivo do art. 87 do Decreto Estadual 23430/74, está vinculada à questão da legalidade. Entretanto, o "pano de fundo" de toda esta discussão, prevalece em relação ao conflito legislativo, qual seja, a questão da saúde, do interesse coletivo sobre o individual e o risco ambiental.

O legislador ao criar o dispositivo do art. 87 e parágrafo único do Decreto Estadual, referiu-se ao aspecto sanitário, pois "A saúde pública é direito de todos e dever do Estado", conforme o art. 196 da Constituição Federal, competindo ao Sistema Único de Saúde (SUS) fiscalizar e inspecionar águas para consumo humano, conforme art. 200, IV. Através destes artigos constitucionais, a legalidade do art. 87, fica evidenciada.

No momento em que a lei passa a obrigar o uso da rede pública e veda a conexão da água da fonte alternativa de abastecimento com a água daquela, constata-se que há preocupação por parte do legislador no que diz respeito a potabilidade da água, para que os particulares consumam uma água tratada de qualidade, pois a análise da água proveniente da rede de abastecimento público pode ser analisada constantemente pela companhia responsável pela rede pública. Por outro lado, a água da fonte alternativa não é analisada de constantemente, sendo feito apenas um teste bacteriológico de ano em ano. Assim, se é dever do Estado zelar pela saúde pública, este fica omisso no momento que não tem como realizar uma análise rigorosa nos condomínios.

A Vigilância Sanitária é o órgão que tem poder de polícia, porém, não tem informações de todos os locais onde existem poços para fazer as análises, pois, anteriormente não existia o requisito da outorga para que os poços fossem construídos, e o mais preocupante é que mesmo existindo tal requisito, ainda não há efetividade. Além disso, é humanamente inviável e oneroso para o Estado fazer o controle sanitário desses poços. Elaborando-se como exemplo o Município de Santa Maria. Supondo-se que existam 5.000 poços, é preocupante pensar em quantos vigilantes seria necessário para fazer o controle de todas estas fontes alternativas, somente em tal município.

Assim, constata-se que o legislador ao elaborar este texto legal, preocupou-se com à saúde pública da população, na busca de um controle da potabilidade da água e de evitar possíveis danos ao lençol freático através da contaminação por poços mau construídos, pois é inviável para o Estado controlar as fontes alternativas de recursos hídricos, ainda mais, numa época em que não existia outorga e a ditadura militar estagnou a evolução da legislação ambiental.

A má utilização dos poços artesianos é um grave risco a saúde dos aqüíferos, que estão sendo fortemente contaminados. Exemplo de dano ao meio ambiente e a saúde pública pela construção desenfreada de poços artesianos é a diminuição da capacidade e poluição do Aqüífero Guarani, uma das maiores reservas de água subterrânea do mundo, que abrange parte dos países da América do Sul, com grande extensão no subsolo da região sul do Brasil. Este fato, hoje, é uma das maiores preocupações dos países do Mercosul, pois o aqüífero Guarani é uma das garantias de água para o futuro destes países, tanto que especialistas estão reunidos em uma ação conjunta para recuperá-lo. (FREITAS, 2000; TUNDISE, 2003)

Deve-se mencionar ainda, que o lençol freático vem sendo utilizado em ritmo superior a capacidade de recomposição, pois é o recurso de maior demanda e conseqüentemente o de maior escassez, exemplo disso é a Cidade do México em que o lençol freático afastou-se 40 metros da superfície. (TRIGUEIRO, 2003)

Com a construção desenfreada dos poços, verifica-se através dos fatos citados, o grande dano ao futuro do meio ambiente, pois, se já é um risco hodiernamente, é preocupante pensar nos danos causados que afetarão as próximas gerações, onde a falta de água será o principal problema da humanidade. Quando esta falta for crônica, os potenciais de reserva hídrica não poderão ser explorados, pois já estarão completamente contaminados. E se esta omissão por parte do Estado e órgãos ambientais continuar, a problemática ficará muito mais acentuada, pois enfrenta-se uma quase inexistência de controle de qualidade destes recursos. (MILARÉ, 2001)

Entretanto, entende-se que o Estado e seus órgãos de competência ambiental não podem ser os únicos responsabilizados por esta omissão. Pois, além disso, é preocupante a omissão por parte da sociedade em dois sentidos. Um deles é em relação ao interesse privado preponderar sobre o interesse coletivo, e o outro é a falta de uma educação ambiental e sanitária.

O interesse coletivo está relacionado à construção por parte do Estado de um sistema da rede de abastecimento pública que beneficie a todos, onde deve ser realizado um tratamento na água através da companhia de saneamento, sendo

o valor rateado entre todos. Os condôminos ao perfurarem um poço artesiano e usando a água da fonte alternativa, estão deixando de ratear o valor do tratamento da água da rede de abastecimento pública, onerando dessa forma, os que corretamente usam esta rede para o consumo humano, e desperdiçando o dinheiro público aplicado na construção da rede pública de abastecimento proveniente dos impostos pagos para o usufruto de toda a população.

7. CONCLUSÕES ARTICULADAS

7.1 A água é um assunto que tende a ser problematizado cada vez mais, em virtude de sua relevância e necessidade, sendo inquietante o seu uso desregrado. Consta-se que a busca por fontes alternativas da utilização da água é questão preocupante. Verificou-se que não se está apenas frente a um conflito legislativo, e sim a duas questões muito mais importantes, quais sejam, a saúde pública e o meio ambiente.

7.2 Analisando este num contexto coletivo, observa-se os riscos que gradativamente se assume no viver comunitário causado, muitas vezes pela irresponsabilidade por parte dos condôminos, que mesmo informados e sabedores de que a água é um bem escasso e finito, por economia no valor a ser pago para o condomínio, opta por não preservá-la . Assim, no geral, não se está medindo o custo-benefício a longo prazo, preferindo-se o bem-estar atual em detrimento de condições sadias de vida num futuro próximo. Este agir vem causando sérios riscos à saúde e depredando ainda mais o meio ambiente na medida que a proliferação desenfreada dos poços artesianos e a sua má utilização diminui a capacidade das reservas hídricas armazenadas em aqüíferos, além de propiciar o afastamento do lençol freático da superfície, e ainda, provoca o afundamento do solo.

7.3 Ao Estado, cabe a iniciativa de aplicar a lei e realmente realizar um gerenciamento dos recursos hídricos de qualidade, com o intuito de preservar nosso lençol freático, iniciando-se com a descentralização do DRH, ou a passagem da emissão de outorgas para os Comitês de Bacias Hidrográficas, para que, com órgãos emissores de outorga abrangendo todas as regiões do estado, inicie-se enfim um controle destes poços artesianos.

BIBLIOGRAFIA

FREITAS, Vladimir Passos de (org.). *Águas – aspectos jurídicos e ambientais*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 17-75.

FREITAS, Vladimir Passos de (org.). *Direito ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 1998, p. 75-366.

MASSOULIÉ, François. *Os conflitos do Oriente Médio*. *Século XX*. Tradução por Isa Maria LANDO e Mauro LANDO. 5ª ed. São Paulo: Ática, 1997, p. 90-140.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente: Doutrina, Prática, Jurisprudência, Glossário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 382-410.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, 69 p.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 110-42.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 419-29.

TRIGUEIRO, André (org.). *Meio ambiente no século 21: 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento*. Rio de Janeiro: Sextante, 2003, 131 p.

TUNDISE, José Galizia. *Água no Século XXI: Enfrentando a Escassez*. São Carlos: RiMa, IIE, 2003, p. 1-66.

PAISAGEM: UM BEM CULTURAL A SER TUTELADO

JAILSON JOSÉ DE MELO
Estudante da Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina

1. INTRODUÇÃO

A questão paisagística vem, nos últimos anos, ganhando posição de destaque no cenário jurídico. Prova de tal reconhecimento encontra-se expressa na Constituição Federal de 1988 (CF/88), a qual confere ao bem paisagístico status de patrimônio cultural brasileiro impondo, inclusive, ao Poder Público, com a colaboração da comunidade, o dever de promover a sua proteção, gestão e ordenamento (CF/88, artigo 216, *caput*, inciso V c/c §1º).

A preocupação com a paisagem, no entanto, não tem se limitado à esfera nacional sendo tema de relevante importância em diversos Estados, a exemplo dos países integrantes da União Européia, que firmaram na cidade de Florença, em 20 de outubro de 2000, a Convenção Européia de Paisagem (CEP/00)[1] tendo em vista "alcançar o desenvolvimento sustentável estabelecendo uma relação equilibrada e harmoniosa entre as necessidades sociais, as atividades econômicas e o ambiente".[2]

Contudo, embora a paisagem seja objeto de proteção em diversos diplomas legais[3], observa-se que o assunto tem sido escassamente abordado pela doutrina jurídica nacional. Neste contexto, o objeto central do presente artigo consiste em colaborar na construção de uma teoria referente ao direito à paisagem visando auxiliar na exata aplicação da lei e assegurar uma ampla proteção deste bem jurídico.

Para tanto, pretende-se investigar a importância que a paisagem assume para o ser humano, o conceito de paisagem, as espécies de paisagem e a legislação aplicável.

2. IMPORTÂNCIA DA PAISAGEM

O primeiro ponto a ser tratado acerca da importância da paisagem é a sua *função estética,* haja vista o inegável fascínio que a beleza das coisas desperta

[1] Disponível em: <http://conventions.coe.int>. Acesso em 02/02/05.
[2] CEP/00, preâmbulo. Redação original: "Soucieux de parvenir à un développement durable fondé sur un équilibre harmonieux entre les besoins sociaux, l'économie et l'environnement;"
[3] Vide seção n.º 5.

sobre o ser humano. Não é por outro motivo que o homem valoriza a harmonia das formas e a qualidade plástica e decorativa dos objetos a sua volta. Nas palavras de Pinto (2003, p. 432):

> *"Interessa destacar que o culto à beleza faz parte da cultura humana, razão da ornamentação que valoriza formas e as cores, criando sensações visuais agradáveis, que podem cercar o nosso dia-a-dia. Trata-se da função estética de todas as coisas ou da beleza dos elementos da natureza, tudo de evidente interesse ambiental, por que relativos à saúde física e espiritual das pessoas."*

Nota-se que o autor além de realçar o valor estético-cultural da paisagem também estabelece uma relação do bem paisagístico com a questão ambiental e a saúde pública. Sukopp e Werner *apud* Mirra (2002, p. 32) entendem que além da paisagem desempenhar indiscutível papel estético exerce importante função ecológica no sentido da melhoria do clima, a regulação da temperatura local e das trocas gasosas, na redução da poluição do ar, pela retenção de partículas poluentes ou como barreira natural de ventos e tempestades.

Pinto (2003, p. 90) ainda assinala que a questão paisagística apresenta importância geral, já que toda a formação de uma comunidade passa pela identificação e construção de sua paisagem. No mesmo sentido, o artigo 5º, alínea *a* da CEP/00 dispõe que "Cada Parte compromete-se a: a) Reconhecer juridicamente a paisagem como um componente essencial do ambiente humano, uma expressão da diversidade do seu patrimônio comum cultural e natural e base da sua identidade".[4]

Destaca-se que há na jurisprudência referências à proteção estética da paisagem. No julgamento abaixo colacionado, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF/3ªR, 1994) mantém a decisão do Juiz monocrático que condenou o réu por dano estético-paisagístico:

> *"ADMINISTRATIVO: SERVIDÃO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. RECURSO DE OFICIO. INDENIZABILIDADE DO DANO ESTETICO-PAISAGISTICO.*
> *(...)*
> *III - Nenhum reparo merece o julgado que, na constituição de servidão de passagem, reconhece a ocorrência de dano estético-paisagistico e fixa percentual para efeito de indenização."*

Além da paisagem exercer uma função estética ligada à percepção e ao sentimento humanos, desempenha relevante papel junto à *saúde pública* (como já apontado por Pinto na citação acima transcrita), uma vez que interage no equilíbrio emocional, psicológico e físico das pessoas.

Igualmente Silva (1995, p. 273), ao comentar a importância da paisagem urbana, salienta que a aparência das cidades gera efeitos psicológicos importantes

[4] Redação original: "Chaque Partie s'engage : a) à reconnaître juridiquement le paysage en tant que composante essentielle du cadre de vie des populations, expression de la diversité de leur patrimoine commun culturel et naturel, et fondement de leur identité".

sobre a coletividade, equilibrando, pela visão agradável e sugestiva de seus elementos, a carga neurótica que a vida citadina despeja sobre as pessoas que nela vivem.

A paisagem também deve ser considerada como um recurso que favorece a atividade econômica[5]. Cita-se como exemplo a atividade turística, que hoje é responsável pela criação de numerosos empregos e pela geração de riquezas em diversas localidades do mundo. Cidades turísticas como Rio de Janeiro, Florianópolis e Fortaleza, por exemplo, dependem essencialmente da conservação e melhoria de suas paisagens.

Mesmo nas cidades que não possuem vocação turística, é possível encontrar reflexos econômicos com a preservação da paisagem como na valorização de um imóvel, de um empreendimento ou um ramo de negócio que poderá valer mais se inserido em um ambiente harmonioso, belo e paisagisticamente equilibrado (PINTO, 2003, p. 5).

O preâmbulo da CEP/00 apresenta uma série de justificativas para que a paisagem seja preservada, valorizada e recuperada:

> *"(...) a paisagem desempenha importantes funções de interesse público nos campos cultural, ecológico, ambiental e social, e constitui um recurso favorável à atividade econômica cuja proteção, gestão e ordenamento adequados podem contribuir para a criação de emprego;*
> *(...) a paisagem contribui para a formação de culturas locais, e representa um componente fundamental do patrimônio cultural e natural europeu, contribuindo para o bem-estar humano e para a consolidação da identidade européia;*
> *(...) a paisagem é em toda a parte um elemento importante da qualidade de vida das populações: nas áreas urbanas e rurais, nas áreas degradadas bem como nas de grande qualidade, em áreas consideradas notáveis, assim como nas áreas da vida quotidiana;*
> *(...) a paisagem constitui um elemento chave do bem-estar individual e social e que a sua proteção, gestão e ordenamento implicam direitos e responsabilidades para cada cidadão; "*[6]

Deste modo, constata-se que razões não faltam para que a paisagem seja defendida e preservada pelo Poder Público e pela coletividade.

3. CONCEITO DE PAISAGEM

A CEP/00 no artigo 1º, alínea *a*, define paisagem como "uma parte do ter-

[5] Vide Pinto, (2003, p. 5) e CEP/00, preâmbulo.

[6] Redação original: "(...) le paysage participe de manière importante à l'intérêt général, sur les plans culturel, écologique, environnemental et social, et qu'il constitue une ressource favorable à l'activité économique, dont une protection, une gestion et un aménagement appropriés peuvent contribuer à la création d'emplois ; (...) le paysage concourt à l'élaboration des cultures locales et qu'il représente une composante fondamentale du patrimoine culturel et naturel de l'Europe, contribuant à l'épanouissement des êtres humains et à la consolidation de l'identité européenne; (...) le paysage est partout un élément important de la qualité de vie des populations: dans les milieux urbains et dans les campagnes, dans les territoires dégradés comme dans ceux de grande qualité, dans les espaces remarquables comme dans ceux du quotidien ; (...) le paysage constitue un élément essentiel du bien-être individuel et social, et que sa protection, sa gestion et son aménagement impliquent des droits et des responsabilités pour chacun".

ritório, tal como é apreendida pelas populações, cujo caráter resulta da ação e da interação de fatores naturais e/ou humanos".[7] [8]

Observa-se que a preocupação paisagística da CEP/00 incide não apenas sobre as paisagens notáveis mas, também, sobre as áreas naturais, rurais, urbanas e peri-urbanas, abrangendo as áreas terrestres, as águas interiores e as águas marítimas e aplica-se as paisagens excepcionais, as paisagens da vida quotidiana e as paisagens degradadas (artigo 2º).[9]

Considera-se acertado o alcance que a CEP/00 confere ao conceito de paisagem ao não limitar a atuação das partes signatárias apenas à proteção das paisagens excepcionais mas, também, dirigindo políticas para a preservação, gestão e ordenamento das paisagens da vida cotidiana e até mesmo das paisagens degradadas já que as diversas espécies de paisagens constituem um único bem e todas elas geram reflexos na vida humana.

Klemm *apud* Mirra (2002, p. 31) indica que "a paisagem é basicamente a marca do homem sobre a natureza" e que compreende um conjunto de elementos naturais, semi-naturais e construídos abrangendo plantações, árvores e construções que resultem da ação humana ao longo do tempo.

Pinto (2003, p. 90), por sua vez, aponta que a paisagem é

> *"(...) tudo que pode ser visto e que não pode ser tocado; é tudo o que a vista alcança. Indica a relação entre os seres humanos e seu ambiente, representado a continuidade entre a natureza e os olhos do espírito, como comovente articulação entre imagem e pensamento, capaz de provocar sedução ou repulsas imediatas. É mais do que curiosidade topográfica porquanto representa a reflexão não metafísica sobre a passagem humana pelo espaço geográfico."*

Em relação à paisagem urbana, Silva (1995, p. 274) entende que ela é "a roupagem com que as cidades se apresentam a seus habitantes e visitantes" e destaca que "será tão mais atraente quanto mais constitua uma transformação cultural da paisagem natural de seu sítio, e tanto mais agressiva quanto tenha violentado a paisagem natural sem 'acrescentar-lhe valor humano algum'."

Menciona-se que o que se procura preservar em uma paisagem é a harmonia dos diversos elementos que a compõem e não cada um deles isoladamente. Ocorre que os elos que unem os diversos componentes das paisagens não são geralmente ecológicos, mas estéticos. Por este motivo, é que se entende a paisagem, antes de qualquer coisa, como um bem cultural (MIRRA, 2002, p. 31).

Em face dos conceitos apresentados, observa-se que a idéia de paisagem está sempre ligada à *relação estabelecida entre o(s) ser(es) humano(s) e um de-*

---

[7] Redação original: "'Paysage' désigne une partie de territoire telle que perçue par les populations, dont le caractère résulte de l'action de facteurs naturels et/ou humains et de leurs interrelations;"

[8] Menciona-se que a referida Convenção busca dar a maior efetividade possível à proteção paisagística apresentando também outros conceitos relevantes como os de *política de paisagem*, *objetivo da qualidade paisagística*, *proteção da paisagem, gestão da paisagem* e *ordenamento da paisagem.*

[9] Article 2 – Champ d'application: "Sous réserve des dispositions de l'article 15, la présente Convention s'applique à tout le territoire des Parties et porte sur les espaces naturels, ruraux, urbains et périurbains. Elle inclut les espaces terrestres, les eaux intérieures et maritimes. Elle concerne, tant les paysages pouvant être considérés comme remarquables, que les paysages du quotidien et les paysages dégradés."

terminado espaço geográfico, integrada por elementos naturais e/ou artificiais, de onde decorrem reflexos culturais, sobretudo estéticos, para aquele(s). Nota-se que uma única pessoa (e não apenas a coletividade) pode alterar a paisagem, por esta razão, evidenciou-se *o ser humano* no singular e plural.

Feitas essas considerações, passa-se ao exame das espécies de paisagens.

4. ESPÉCIES DE PAISAGEM

Em face do grande número de paisagens existentes, é possível distingüi-las de acordo com certos critérios. Pinto (2003, p. 109-113), ao abordar o tema, apresenta a seguinte classificação:

paisagem natural – compreende os meios em que a expressão visual não foi submetida, ao menos recentemente, à ação humana. Regiões onde as condições naturais não possibilitam a organização da vida em sociedade, sobretudo em virtude de razões climáticas, como terraços de montanhas muito elevadas e as regiões geladas de altas latitudes, constituem exemplos deste tipo de paisagem;

paisagem modificada – ocorre quando em um determinado ambiente o equilíbrio é rompido e "outro" se instala no lugar. Locais abandonados e empobrecidos por ações humanas devastadoras são aqui enquadradas.[10] Não obstante, a mudança das paisagens nem sempre resultam em detrimento do meio natural, podendo vir a representar uma transição para as paisagens organizadas.

paisagem organizada – é resultante de uma ação consciente, tomada por determinado grupo, durante um significativo espaço de tempo, com o objetivo de obter vantagens para a vida. Ou como prefere Dollfus *apud* Pinto (2003, p. 111) "(...) representam o resultado de uma ação meditada, combinada e contínua sobre o meio natural". Cita-se, como exemplo, a utilização de águas no funcionamento de uma usina hidroelétrica.

Já a CEP/00 faz referência às *paisagens excepcionais*, às *paisagens da vida cotidiana* e às *paisagens degradadas* (artigo 2º).

Destaca-se que, de acordo com Machado (2004, p. 877), a CF/88 retirou a necessidade de que para ser protegida a paisagem deveria ser *notável,* como exigia o artigo 180, parágrafo único, da Emenda Constitucional n.º 01/69, da Constituição de 1967, e que o artigo 23, inc. III[11] da CF/88 ao dispor "paisagens naturais notáveis" não pode limitar a abrangência do artigo 216 que não exige tal condição.

Outrossim, com o texto constitucional vigente relativo à cultura[12], o tombamento não é mais necessário para o reconhecimento judicial da importância

[10] O autor faz referência ao caso mundialmente conhecido da floresta ao sul de Yucatã, nas proximidades da floresta guatelmateca, que há séculos atrás constituiu foco da avançada sociedade Maia e que foi abandonada, conforme cogitações, pelo esgotamento dos solos, como conseqüência da rotação demasiadamente rápida das culturas, motivada pelo crescimento populacional.

[11] "Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos"

[12] Artigos 215 e 216.

cultural de um bem, haja vista o caráter de civilidade dos bens dessa natureza (MARCHESAN, 2000, p. 116).

No julgamento da apelação cível n.º 106419, a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF/5ªR, 1998) distingüiu a *paisagem natural* da *artificial*, mas assegurou a ambas a proteção do Poder Público:

> *"CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO.*
> *- As cidades tombadas como "monumento histórico" têm, sob proteção do poder público, não somente os seus templos e edifícios, mas também tudo aquilo que diga respeito à paisagem onde se insere o conjunto arquitetônico, seja a paisagem natural, como morros, rios, lagos, bosques, etc., seja a paisagem artificial, como é o caso de postes de iluminação, calçadas e pavimentos de logradouros públicos.*
> *- O órgão da administração que danifica o conjunto arquitetônico ou sua paisagem está obrigado a repô-lo no estado original, e, a autoridade administrativa que ordenou o dano, está obrigada a indenizá-lo nos termos do art. 17, parágrafo único do decreto-lei nº 25/37.*
> *- Apelação e remessa oficial, tida como interposta, providas."*

Alerta-se que o objetivo de criar classificações para as diversas paisagens é meramente didático pois, afinal, as espécies de paisagens constituem um único bem a ser protegido pelo Poder Público e coletividade, com bem o fez o Tribunal Regional Federal da 5ª Região na decisão acima transcrita.

5. PAISAGEM E LEGISLAÇÃO CORRELATA

Pretende-se nesta seção investigar no ordenamento jurídico nacional os dispositivos referentes à paisagem. Alerta-se que não se tem a pretensão de analisar cada norma, mas, apenas, mencionar os diplomas legais pertinentes para que seja possível visualizar a proteção que o direito positivo lhe confere.

Em matéria constitucional, destaca-se que a paisagem é tratada como elemento integrante do patrimônio cultural brasileiro (artigo 216, *caput* c/c inciso V). Ademais, estabelece a CF/88 ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a proteção paisagística (artigo 23, III) e competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal para a proteção do patrimônio paisagístico (artigo 24, VII) e a responsabilidade por dano à paisagem (artigo 24, VIII).

Observa-se, no âmbito da legislação federal, que a preocupação com a paisagem encontra-se em diversos documentos legais.

O Decreto-Lei Federal n.º 25, de 30 de novembro de 1937, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, em seu artigo 18, veda a construção de obras ou colocação de cartazes na vizinhança da coisa tombada que *impeça ou reduza a visibilidade* sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Encontra-se aqui uma verdadeira restrição ao direito de propriedade, em face do interesse coletivo, em preservar o bem paisagístico.

O Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, que trata da desapropriação por utilidade pública, estabelece que, mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, Estados, Distrito Federal e Territórios (artigo 2º) e que se considera de utilidade pública a proteção das paisagens e locais particularmente dotados pela natureza (artigo 5º, k, *in fine*). Com fulcro nestes dispositivos, constata-se ser perfeitamente possível a desapropriação em nome dos interesses paisagísticos.

A ação popular[13], instituída pela Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965, tem a proteção paisagística como um de seus objetos no sentido de que "consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico." (artigo 1º, § 1º). Esta Lei reveste-se de grande importância, já que qualquer cidadão pode ter legitimidade ativa para ajuizá-la. (artigo 1º, caput).

O Código Eleitoral, Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965, ao tratar da propaganda partidária, prescreve a intolerabilidade da propaganda que "prejudique a higiene e a estética urbana ou contravenha a posturas municiais ou a outra qualquer restrição de direito" (artigo 243, VIII).

O Código Florestal, Lei n.º 4.771, de 15 de setembro de 1965, normatiza que, quando declarado pelo Poder Público, são consideradas de preservação permanente as florestas e demais formas de vegetação destinadas a proteger sítios de *excepcional beleza* (artigo 3º, e) e "qualquer árvore poderá ser declarada imune de corte, mediante ato do Poder Público, por motivo de sua *localização*, *raridade*, *beleza* ou condição de porta-sementes." (artigo 7º). Assim, o Código Florestal constitui um importante mandamento legal em prol dos interesses paisagísticos, já que, uma vez considerados de preservação permanente, apenas em casos excepcionais os bens referidos nos dispositivos supracitados poderão ser suprimidos.

A Lei n.º 6.513, de 20 de dezembro de 1977, sobre a criação de áreas especiais e locais de interesse turístico, considera de interesse turístico "as Áreas Especiais e os Locais instituídos na forma da presente lei, assim como os bens de valor cultural, protegidos por legislação específica e especialmente: (...) as paisagens notáveis" (artigo 1º, V).

A Lei do Parcelamento do Solo Urbano, n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979, impõe aos Estados o dever de disciplinar a aprovação pelos Municípios de loteamentos e desmembramentos quando "localizados em áreas de interesse especial, tais como as de proteção aos mananciais ou ao patrimônio cultural, histórico, paisagístico e arqueológico, assim definidas por legislação estadual ou federal" (artigo 13, I).

A Lei que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, associa as *condições estéticas* do meio ambiente à qualidade ambiental (artigo 3º, III, d).

A ação civil pública[14], criada pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, é um poderoso instrumento nas mãos do Ministério Público, Pessoas Jurídicas de

[13] Em 1988, a ação popular ganhou status constitucional ao ser inserida no art. 5º, LXXIII da CF/88.
[14] Também é mencionada na CF/88 no art. 129, III.

Direito Público interno e associações constituídas com este fim (artigo 5º, *caput*) para a proteção de bens paisagísticos, pois estabelece a responsabilidade por danos "a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico" (artigo 1º, III).

A Lei n.º 7.661, de 16 de maio de 1988, que institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro (PNGC), traz em seu artigo 3º, caput e inciso III, o dever do PNGC em prever o zoneamento de usos e atividades na Zona Costeira e dar prioridade à conservação e proteção de "monumentos que integrem o patrimônio (...) paisagístico.". Outrossim, "o PNGC será elaborado e executado observando normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente, estabelecidos pelo CONAMA, que contemplem, entre outros (...) o patrimônio paisagístico" (artigo 5, *caput*).

A Lei Complementar n.º 75, de 20 de maio de 1993, referente à organização, às atribuições e ao estatuto do Ministério Público de União (MPU), diz ser competência do MPU "a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico" (artigo 6º, VII, b).

A Lei 9.008, de 21 de março de 1995, que institui o Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD), no seu artigo 3º, VI, dispõe que o CFDD é competente para promover atividades e eventos que contribuam para a difusão da cultura e da proteção do patrimônio paisagístico.

Em matéria criminal ambiental, encontram-se na Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, dois tipos penais relativos à paisagem, são eles:

> *"Art. 63. Alterar o aspecto ou a estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:*
> *Pena – reclusão, de um a três anos, e multa."*
> *"Art. 64. Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida.*
> *Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa."*

O Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), criado pela Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000, tem como objetivos "proteger paisagens naturais e pouco alteradas de notável beleza cênica;" (artigo 4º, VI).

O Estatuto da Cidade, Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001, é um instrumento de elevada importância na regulamentação do uso da propriedade urbana, prevê entre as suas diretrizes gerais a proteção, preservação e conservação do patrimônio paisagístico (artigo 2º, XII); trata do direito de preempção informando que ele será exercido sempre que o Poder Público necessitar de áreas para a proteção do interesse paisagístico (artigo 26, VIII) e estabelece que o estudo de

impacto de vizinhança (EIV) deverá incluir em sua análise "a paisagem urbana e o patrimônio natural e cultural" (artigo 37, VII).

O novo Código Civil (CC/02), instituído pela Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, trouxe uma importante novidade referente ao direito de propriedade ao estabelecer no art.º 1.228, §1º que:

> *"O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas."*

Por evidente, a expressão "belezas naturais" está intimamente ligada à idéia de paisagem.

Chama-se a atenção para o fato de que esta pesquisa legislativa não pretende ser exaustiva, haja vista que a temática paisagística também é apreciada por diversos regulamentos nas três esferas políticas. Todavia, com o exame sistemático da legislação aqui disposta, é possível concluir que a questão paisagística está inquestionavelmente presente no ordenamento jurídico nacional.

6. CONCLUSÕES ARTICULADAS

6.1 A idéia de paisagem reflete-se na relação do ser humano com um determinado espaço geográfico, constituído por elementos naturais e/ou artificiais, de onde decorrem reflexos culturais para aquele.

6.2 A paisagem apresenta elevada importância para o ser humano. Isso se dá não apenas em razão da função estética que desempenha, haja vista o culto à beleza que acompanha o homem ao longo da história. Trata-se, também, de um incontroverso interesse cultural, o qual fundamenta-se no fato de que a construção de uma paisagem identifica toda a formação de uma comunidade.

6.3 Ainda sobre a relevância da paisagem para o ser humano, pode-se afirmar que ela desempenha um importante papel junto à saúde pública, uma vez que interfere no equilíbrio emocional, psicológico e físico das pessoas. Acrescenta-se que a paisagem favorece a atividade econômica, a exemplo da indústria do turismo, a valorização econômica da propriedade ou de um ramo de um negócio que se valha de um ambiente harmonioso.

6.4 Diante do grande número de ambientes existentes, é possível classificar as paisagens de acordo com determinados critérios. Todavia, todas as espécies de paisagem, sejam elas notáveis ou degradadas, devem receber atenção por parte do Poder Público e da coletividade no sentido de desenvolver políticas que permitam a adoção de medidas que visem a recuperação, proteção, gestão e ordenamento das paisagens.

6.5 A temática paisagística é mencionada no texto constitucional brasileiro e em numerosos diplomas legais sendo, portanto, assunto de relevante interesse e objeto de estudo, proteção e conservação legal em face do seu valor para o ser humano.

A TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

JOÃO AUGUSTO AQUINO DE ARAUJO
Estudante do 10° semestre da Faculdade de Direito da
Universidade Presbeteriana Mackenzie

1. INTRODUÇÃO

Após a Revolução Industrial, a capacidade humana de intervir na natureza aumentou em grandes proporções. A produção em série, bem como a distribuição e a propaganda em massa contribuíram para o aumento acelerado de bens de consumo. Além disso, a facilidade de crédito para a aquisição de bens contribui cada vez mais para a aceleração deste processo.

No processo produtivo dos bens de consumo externalidades negativas (poluição) são geradas. Ocorre que, não há uma internalização dos custos advindos dessas externalidades negativas, fazendo com que a sociedade arque com os danos produzidos pelos agentes poluidores; causando um desequilíbrio ao meio ambiente e a sadia qualidade de vida.

Uma das soluções para a proteção do meio ambiente é a compatibilização do desenvolvimento econômico com o direito à preservação ambiental. Deste modo, o Estado deve estar presente através dos mecanismos de direção ou os mecanismos de indução.

Este trabalho tem por objetivo demonstrar a necessidade de entender os mecanismos da tributação ambiental, e contribuir para um meio ambiente ecologicamente equilibrado e uma sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações.

2. PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL

2.1 Princípio do Desenvolvimento Sustentável

A Declaração de Estolcomo/72 no princípio 5 determinou que os recursos não renováveis do Globo devem ser explorados de tal modo que não haja risco de serem exauridos e que as vantagens extraídas de sua utilização sejam partilhadas a toda a humanidade.

O Relatório de Brundtland define desenvolvimento sustentável como aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades[1].

[1] Nosso Futuro Comum, Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. 2. ed. – Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1991,p.46

A satisfação das necessidades essenciais depende em parte de que se consiga o crescimento potencial pleno, e o desenvolvimento sustentável exige claramente que haja crescimento econômico em regiões onde tais necessidades não estão sendo atendidas.[2]

Deste modo, ao se definirem os objetivos de desenvolvimento econômico e social, é preciso levar em conta a sustentabilidade em todos os países – desenvolvidos ou em desenvolvimento.[3]

Paulo Affonso Leme Machado afirma que:

> *O homem não é a única preocupação do desenvolvimento sustentável. A preocupação com a natureza deve também integrar o desenvolvimento sustentável. Nem sempre o homem há de ocupar o centro da política ambiental, ainda que comumente ele busque um lugar prioritário. Haverá casos em que para se conservar a vida humana ou para colocar em prática a 'harmonia com a natureza' será preciso conservar a vida dos animais e das plantas em áreas declaradas inacessíveis ao próprio homem*[4].

A Constituição Federal de 1988 no capítulo da Ordem Econômica, no artigo 170, inciso VI afirma que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados o princípio da defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

A Constituição Federal de 1988 ao inserir a defesa do meio ambiente na ordem econômica visou conciliar o direito ao desenvolvimento econômico com o direito à preservação ambiental, devendo tais direitos estar no mesmo plano, não se admitindo que um se sobreponha ao outro.

A introdução do conceito de desenvolvimento sustentável no direito positivo abre um imenso campo de atuação para o Estado.

Conforme Cristiane Derani:

> *Rehbinder aponta alguns desdobramentos do direito do desenvolvimento sustentável no direito positivo alemão: A norma para utilização da melhor tecnologia independente do estado concreto do bem ambiental a ser protegido, a norma que impede maior poluição do ambiente do que a já eventualmente existente (Verschlechterung der Umweltqualität) e o princípio da precaução, segundo o qual o Estado também deve atuar com proibições e restrições, mesmo quando o potencial danoso de um determinado material ainda não estiver provado*[5].

No Brasil, esse desdobramento pode ser observado na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente[6], a qual possui como pilares básicos a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio

[2] Op. cit. p.47
[3] idem p.46
[4] MACHADO, Paulo Affonso Leme, Direito ambiental brasileiro, 10. ed., São Paulo, Malheiros, 2002., pp47 e 48.
[5] DERANI, Cristiane, Direito Ambiental Econômico, 2. ed. revista, São Paulo, Max Limonad, 2001, nota 261, p.174.
[6] Lei 6.938/81

ambiente e do equilíbrio ecológico[7]. Da mesma maneira a preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida.[8] O inciso IV do artigo 4°, visa ao desenvolvimento de pesquisas e de tecnologias nacionais orientadas, *para o uso racional de recursos ambientais*. O inciso I, do artigo 9° norteia como instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente *o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental;* já o inciso V prevê *incentivos à produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de tecnologia, voltados para a melhor qualidade ambiental*.

O crescimento e o desenvolvimento econômicos produzem mudanças no ecossistema físico, de maneira que nenhum ecossistema pode ficar intacto. As intervenções do homem na natureza podem e devem ser feitas, porém deve-se observar que toda e qualquer intervenção deve ter sido planejada, levando-se em conta que as externalidades negativas não podem se sobrepor as externalidades positivas. Não é preciso esgotar os recursos renováveis, mas que estes sejam usados dentro dos limites de regeneração e crescimento natural.

Em suma, o desenvolvimento sustentável é um processo de modificação, onde a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional se conciliam, a fim de atender às necessidades e aspirações humanas.[9]

2.2 Princípio da Precaução

O princípio da precaução deriva do *Vosorgeprinzip,* do ordenamento jurídico alemão exige a atuação mesmo antes do princípio da prevenção impor qualquer atuação preventiva. Desde a década de 70 o princípio da precaução está inserido no Direito alemão, ao lado do princípio da cooperação e do poluidor-pagador.

Eckar Rehbinder, citado por Paulo Affonso Leme Machado, acentua que a Política Ambiental não se limita à eliminação ou redução da poluição já existente ou iminente (proteção contra o perigo), mas faz com que a poluição seja combatida desde o início (proteção contra o simples risco) e que o recurso natural seja desfrutado sobre a base de um rendimento duradouro.[10]

A primeira adoção expressa do princípio da precaução no direito internacional foi em 1987, na Segunda Conferência Internacional sobre proteção do Mar do Norte, onde as emissões de poluição potencialmente poluentes, deveriam ser reduzidas, mesmo quando não ocorresse prova científica evidente do nexo causal entre as emissões e os efeitos.

Havendo dúvida sobre a possível ação que possa prejudicar o meio ambiente e a sadia qualidade de vida, deve prevalecer o princípio da precaução. Assim, como bem acentua Maria Alexandra de Sousa Aragão, que se trata de um princí-

[7] Artigo 4º, inciso I da Lei 6.938/81.
[8] Artigo 4º, inciso VI da Lei 6.938/81.
[9] Nosso Futuro comum, p.49.
[10] Paulo Afonso Leme Machado, Direito Ambiental Brasileiro, p.53.

pio *in dúbio pro ambiente*.[11] O ônus de se provar que determinada atividade pode causar dano é transferida ao poluidor.

Os objetivos do princípio da precaução é atingir reduções máximas de poluição usando a melhor tecnologia disponível, além da obrigação de se adotar medidas de prevenção contra acidentes ambientais.

No Brasil, o princípio da precaução teve início com a Lei de Política Nacional, no artigo 4°, incisos I e IV, os quais prevêem à compatibilização do desenvolvimento econômico social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico; e o desenvolvimento de pesquisas e de tecnologias nacionais orientadas para o uso racional de recursos ambientais;

O artigo 9°, inciso III, prevê como instrumento de política nacional a avaliação de impacto ambiental para atividades potencialmente poluidoras.

Túlio Scovazi afirma que diante das atividades humanas, dois comportamentos são tomados: ou se privilegia a prevenção do risco – se eu não sei que coisa se sucederá, não devo agir; ou se privilegia (de modo francamente excessivo) o risco e a aquisição de conhecimento a qualquer preço – se eu não sei que coisa acontecerá, posso agir, e dessa forma, no final, saberei o que fiz. Acrescenta o acatado internacionalista: Um desenvolvimento muito interessante do moderno Direito Internacional do Meio Ambiente está representado neste princípio. Este princípio possui um significado maior do que apenas a proteção do meio ambiente. Tal princípio fornece indicação sobre as decisões a tomar nos casos em que os efeitos sobre o meio ambiente de uma determinada atividade não sejam ainda plenamente conhecidos sob o plano científico.[12]

O princípio da precaução foi expressamente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 225, § 1°, V, incumbindo ao Poder Público o dever de 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

Além da Constituição Federal e da Lei 6.938/81, o princípio da precaução está inserido na Declaração do rio de Janeiro, ECO/92, princípios 15 e 17; na Lei de Crimes Ambientais, no artigo 54, § 3º, e no artigo 3 da Convenção de Mudanças Climáticas.

O princípio da precaução conforme acentua Cristiane Derani, se resume na busca no afastamento do tempo e espaço, do perigo, na busca também da proteção contra o próprio risco e na análise do potencial danoso oriundo do conjunto de atividades. Sua atuação se faz sentir, mais apropriadamente, na formação de políticas públicas ambientais, onde a exigência de utilização de melhor tecnologia disponível é necessariamente um corolário.[13]

Tais políticas públicas devem consistir no incentivo à pesquisa na área ambiental, no melhoramento e desenvolvimento de novas tecnologias, imposição de

[11] ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente. Coimbra: Coimbra editora, 1997., nota de rodapé n.150, p.69.

[12] "Sul principio precauzionale nell Diritto Internazionale dell' Ambiente", Rivista di Diitto Internazional LXXV/699-705, fasc.3, Milão, Giuffrè Editore,1992; in Paulo Affonso Leme Machado, ob. cit. P.56.

[13] Derani p.170

objetivos de política ambiental a serem alcançadas a médio e longo prazo, e o fortalecimento dos órgãos estatais.

2.3 Princípio da Prevenção

No princípio da prevenção já existem provas da danosidade de determinada atividade. Assim, este princípio visa evitar a consumação do dano.

Segundo Maria Alexandra de Sousa Aragão, o fim último deste princípio é a prevenção da poluição futura e não a reparação de danos passados.[14]

Desta maneira, "mais vale prevenir do que remediar", na medida em que:

> *Mais vale prevenir primeiro, porque em muitos casos é impossível remover a poluição ou o dano real, ficando precluida a reconstituição natural da situação anterior à poluição.*
> *Mais vale prevenir, em segundo lugar, porque mesmo sendo possível a reconstituição in natura, freqüentemente ela é de tal modo onerosa, que não pode ser exigível um tal esforço ao poluidor.*
> *Mais vale prevenir, por fim, porque economicamente é muito mais dispendioso remediar do que prevenir. Com efeito, o custo das medidas necessárias a evitar a ocorrência de poluição é em geral muito inferior ao custo das medidas de despoluição após a ocorrência do dano*[15].

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente[16] no artigo 2° dispõe que se observará como princípios a proteção dos ecossistemas, com a preservação das áreas representativas, a proteção de áreas ameaçadas de degradação; o legislador indica onde aplicar o princípio da prevenção. Além disso, no artigo 9° o legislador estabelece medidas que efetivem o princípio da precaução, tais como padrões de qualidade ambiental; o zoneamento ambiental; a avaliação de impacto ambiental; o licenciamento de atividades potencialmente poluidoras; a criação de espaços territoriais especialmente protegidos.

Outrossim, a Constituição Federal no artigo 225, estabelece que compete ao poder público e a coletividade proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. A prevenção e a preservação devem ser concretizadas através da consciência ecológica, devendo esta ser desenvolvida através de uma política de educação ambiental.

Conforme Fiorillo:

> *(...) a efetiva prevenção do dano deve-se também ao papel exercido pelo Estado na punição correta do poluidor, pois, dessa forma, ela passa a ser estimulante negativo contra a prática de agressões ao meio ambiente. Não se deve perder de vista ainda que incentivos fiscais conferidos às atividades que atuem em parceria com o meio ambiente, bem como maiores benefícios às que utilizem*

[14] Maria Alexandra de Sousa Aragão p.116.
[15] Aragão, pp.116 e 117.
[16] Lei 6.938/81

> *tecnologias limpas também são instrumentos a serem explorados na efetivação do princípio da prevenção*[17].

O que se busca com princípio da prevenção não é inviabilizar a atividade econômica, mas excluir do mercado o poluidor que não se deu conta de que os recursos naturais são escassos, e que não pertencem a esta ou aquela pessoa, e sua utilização se encontra limitada na utilização do próximo, visto que o bem ambiental trata-se de um bem de uso comum do povo[18].

O princípio da prevenção por não ser estático, está continuamente sendo atualizado tanto pelo poder legislativo quanto pelo Judiciário - através da jurisdição coletiva, objetivando coibir o evento danoso ou apenas no âmbito preventivo com o intuito de se prever a degradação – e pela Administração através das licenças, das autorizações, das sanções administrativas e da fiscalização[19].

2.4 Princípio da Participação – Educação Ambiental

A Constituição Federal no artigo 225, *caput*, impôs ao Estado e a sociedade civil o dever de defender e preservar o meio ambiente. O princípio da participação constitui um dos elementos do Estado Social de Direito, na medida em que todos os direitos sociais são a estrutura essencial de uma sadia qualidade de vida.

A educação ambiental e a informação ambiental caminham juntas. Os artigos 6°, § 3°, e 10 da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente efetivam a informação ambiental. Assim, através da informação ambiental, constrói e se legitima a educação ambiental através do artigo 225, § 1°, inciso VI da Constituição:

A introdução da educação ambiental na Constituição Federal teve por objetivo conscientizar a população titular do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Fiorillo explica que educar ambientalmente significa:

> *a) reduzir os custos ambientais, à medida em que a população atuará como guardiã do meio ambiente; b) efetivar o princípio da prevenção; c) fixar a idéia de consciência ecológico, que buscará sempre a utilização de tecnologias limpas; incentivar a realização do princípio da solidariedade, no exato sentido que perceberá que o meio ambiente é único, indivisível e de titulares indetermináveis, devendo ser justa a distributivamente acessível a todos; e) efetivar o princípio da participação, entre outras finalidades*[20].

Outro importante instrumento na educação ambiental foi a lei 9.795/99 que estabeleceu a Política Nacional de Educação Ambiental. O artigo 1° define educação ambiental como os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constróem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências

[17] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco, Curso de direito ambiental brasileiro, 4. Ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p.37.
[18] Idem.
[19] Ibi. idem.
[20] op. cit. p.41.

voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade. No artigo 2° estabelece que a educação ambiental é um componente essencial e permanente da educação nacional, devendo estar presente, de forma articulada, em todos os níveis e modalidades do processo educativo, em caráter formal e não-formal.

A educação ambiental formal é a educação escolar a desenvolvida no âmbito dos currículos das instituições de ensino públicas e privadas. Já a educação ambiental não-formal são as ações e práticas educativas voltadas à sensibilização da coletividade sobre as questões ambientais e à sua organização e participação na defesa da qualidade do meio ambiente.

A educação ambiental é um instrumento de extrema importância na conscientização da população sobre o que significa meio ambiente, sua importância ao preservá-lo, E principalmente a obrigação de cada um em mantê-lo equilibrado para as presentes e futuras gerações.

2.5. Princípio do Poluidor Pagador

Este princípio surgiu oficialmente conforme Segundo Maria Alexandra de Sousa Aragão [21] em maio de 1972, numa Recomendação da OCDE sobre política do ambiente na Europa[22]. Tal Recomendação define o princípio do poluidor - pagador como o princípio que se usa para afetar os custos das medidas de prevenção e controle da poluição, para estimular a utilização racional dos recursos ambientais escassos e para evitar distorções ao comércio e ao investimento internacional, é o designado princípio do poluidor pagador[23].

A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ECO 92, no princípio 16 estatui o princípio do poluidor – pagador quando enfatiza que as autoridades nacionais deveriam procurar fomentar a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em conta o critério de que o que contamina deveria, em princípio, arcar com os custos da contaminação, tendo devidamente em conta o interesse público e sem distorcer o comércio nem as inversões internacionais.

O Princípio do poluidor pagador não pode ser confundido com o direito de poder poluidor. Assim, a Constituição Federal dispõe no artigo 225, parágrafo 3°que 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 Lei de Política Nacional do Meio Ambiente no artigo 4°, inciso VII, impõe ao poluidor e ao predador, a obrigação de recuperar e ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

[21] Op. cit. p.50 e 51
[22] Recomendação C(72) 128, de 26 de maio de 1972, do Conselho Diretor.
[23] Idem.

O artigo 3° da Lei de Política Nacional define degradação da qualidade ambiental como a alteração adversa das características do meio ambiente. Define também poluição como, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;

afetem desfavoravelmente a biota; afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos. E por fim define poluidora pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambienta.

O princípio do poluidor pagador tem por objetivo internalizar os custos das externalidades negativas advindas do uso dos bens ambientais. Assim, o agente econômico que causar dano ambiental diante de sua atividade, seja ela na produção, consumo ou no transporte deverá arcar com os custos da poluição produzida.

2.5.1 Externalidades

Em 1890 Alfred Marshall desenvolveu o conceito de externalidade, o qual foi estudado em 1920 por Pigou no contexto teórico da economia do bem estar, e criticado em 1960 por Roland. H. Coase.

Marshall observou que o preço de mercado dos bens poderia não refletir os verdadeiros custos e benefícios da produção e do consumo.

O uso dos recursos ambientais pode gerar externalidades negativas (danos) intra e intertemporais. Diante das dificuldades de se definir e, ou assegurar direitos de propriedade sobre estes recursos, os usuários não internalizam nas suas decisões privadas esses custos externos[24].

Assim, o preço de mercado só seria uma medida adequada para avaliar as perdas e os ganhos sociais resultantes do uso normal dos recursos, se verificassem simultaneamente duas condições ideais:

> *(...) primeiro, se, em concorrência perfeita, o preço de mercado dos bens correspondesse exactamente à avaliação que os consumidores fazem dos benefícios derivados do seu consumo; e segundo, se o preço dos factores de produção fosse igual ao valor da produção que estes poderiam produzir na sua melhor utilização alternativa*[25].

No entanto, na prática pode-se não verificar a ocorrência destas preposições.

Diante da produção de um bem ou de seu consumo, podem ocorrer benefícios ou perdas, que serão impostos a terceiros que não participaram da relação de produção e/ou de consumo. Tais benefícios ou perdas que são:

[24] Texto para discussão n°738, Proposta de tributação ambiental na atual reforma tributária brasileira, IPEA, pp6 e 7.
[25] Maria Alexandra de Sousa Aragão p.32

> *(...) subprodutos da actividade de produção ou consumo são respectivamente, concedidos ou impostos a estes 'outsiders' (na terminologia anglo-saxónica) independentemente da sua vontade, mas também independentemente da vontade de quem os produz".*[26]

Os efeitos sociais secundários da produção ou do consumo, não são espontaneamente considerados, e também não são contabilizados nas decisões de produção ou de consumo de quem desenvolve a atividade. Constituem assim, efeitos externos ao mercado, ou externalidades de uma atividade econômica.

Dessa forma, os preços de mercado, ou os custos de uso desses recursos ambientais, não refletem seu verdadeiro valor econômico ou social. Portanto, deve-se alterar o preço da utilização dos recursos ambientais, internalizando as externalidades e, assim, afetar seu nível de utilização. Em conseqüência, o nível do dano ambiental é minimizado. As políticas ambientais deveriam, portanto, criar instrumentos que impusessem um sobre preço ao uso do recurso.[27]

As externalidades podem ser positivas ou negativas. Os efeitos negativos são aqueles onde a sociedade absorve o prejuízo em conseqüência da produção ou consumo; e por outro lado, a externalidade positiva são efeitos benéficos decorrentes da produção ou do consumo, onde a sociedade não despende recursos para tal benefício.

Outrossim, enfatiza Maria Alexandra de Sousa Aragão:

> *Se os custos marginais privados divergem dos custos marginais sociais, para atingir o ponto óptimo da economia, há que se internalizar essa diferença. Internalizar as externalidades ambientais negativas significa fazer como que os prejuízos, que para a colectividade advêm da actividade desenvolvida pelos poluidores, sejam suportados por estes como verdadeiros custos de produção, de tal modo que as decisões dos agentes econômicos acerca do nível de produção o situem num ponto mais próximo do ponto socialmente óptimo, que é inferior.*[28]

Para Coase, a divergência entre custos privados e custos sociais podem ser eliminados pela negociação direta entre particulares; mediante a negociação direta entre o causador e o suportador das externalidades [29].

O Estado nesta teoria, não possui qualquer meio de intervenção na negociação dos *property rights*, restringindo-se apenas aos particulares o poder de decisão de quantos títulos comprar e o seu valor.

A teoria de Coase procura estimular um valor para o uso dos recursos naturais, valor este, definido pelo mercado, levado a natureza a ser considerada um "marketable good". Ao se instituir valores aos bens ambientais, transfere-se a sua titularidade - que conforme a Constituição Federal é um bem de natureza transindividual, não se podendo delimitar seus proprietários – privatizando, e imputando ao utilizador deste recurso uma contraprestação.

---

[26] Idem.
[27] Texto para discussão n°738, Proposta de tributação ambiental na atual reforma tributária brasileira, IPEA , pp 6 e 7.
[28] Op. cit. p.36.
[29] idem, p.37.

Conforme Maria Alexandra de Sousa Aragão:

> *Considerando o mercado como o lugar ideal para a solução dos conflitos e sublinhando a indiferença das soluções propostas pelo legislador com vista à distribuição inicial dos direitos, esta concepção reflecte uma ideologia pouco confiante na intervenção Estatal, e aparece fortemente ligada a concepções de liberalismo económico, considerando o <<laissez faire>> o sistema natural e suficiente de actuação*[30].

A apropriação destes bens ou recursos naturais, para produção ou para a utilização de dejetos da produção depende da disponibilidade do particular em arcar com o preço estabelecido pelo direito adquirido de poluir[31].

O aumento do preço de um produto faz com que apenas uma pequena camada da população que pode pagar para obtê-lo, usufrua deste produto, que antes era acessível a qualquer pessoa. Assim, a qualidade de vida torna-se um bem de mercado, tornam-se acessível apenas às pessoas que podem pagar o preço estabelecido[32].

Além disso, deve se ater ao fato de que estas negociações só funcionam nos casos em que número de partes de cada lado é pequeno, para tornar a negociação possível. Já que as partes afetadas negociam através de pagamentos, o reajuste de comportamentos até o nível ótimo, reduzindo a poluição. Na medida em que as partes aumentam, a negociação, pelos custos administrativos que implica, torna-se proibitiva.

A impossibilidade de se atribuir a verdadeira valoração dos recursos ambientais está no fato de que lhe falta a soma de fatores inerentes à produção. O recurso ambiental vale pela simples requisição do processo produtivo. A valoração do recurso dispensa o custo de produção, estando sujeita a à quantidade ou escassez. Tal valoração parte da seguinte premissa: se o bem é abundante seu valor parte do zero, e atinge diversos valores na proporção em que sua escassez é medida no mercado[33].

Reconhecer tal possibilidade, que a um certo preço determinado pelo mercado, se possa ter o direito de privatizar bens transindividuais, poluindo, degradando, enfim, modificando o meio ambiente de maneira não sustentável, dependendo apenas do valor monetário que se está disposto a pagar seria cair no individualismo financeiro, e conforme Maria Alexandra de Sousa Aragão [34] a primazia do indivíduo face à sociedade e a soberania do poder monetário.

---

[30] Ibi. idem, p.39

[31] Op. cit., p.116.

[32] Como bem enfatiza Cristiane Derani em Direito Ambiental Econômico p.116: "Quanto maior o preço da mercadoria (recursos naturais) menor a quantidade de sujeitos que têm acesso a ela. Por causa do aumento da dificuldade de acesso a estes "bens", surge uma forma nova de exclusão da concorrência de mercado. O aumento do custo da produção permite maior concentração de capital, numa clara tendência monopolista. A concorrência é paulatinamente reduzida e o mercado torna-se oligopólio de grandes grupos, que estão dispostos não somente a pagar, como também a diminuir a incômoda concorrência. O pagamento e a disposição a pagar são movimentos decorrentes da produção. Paga-se a medida que se detém o poder de compra. No desenvolvimento desta prática, não se alcança efetivamente o objetivo de conservação dos recursos naturais. O que ocorre é a sumária transferência do uso da natureza para faixas cada vez mais estreitas da sociedade. Um instrumento que seria para afastar a poluição, afasta a concorrência e concede privilégios de poluir".

[33] Derani, p.117.

[34] Op. cit. p.41.

A solução encontrada por Pigou é a que tem sido mais aceita. A regulamentação pelo Estado do uso dos bens ambientais concretiza-se na aplicação do princípio do poluidor pagador.

O custo ambiental, suportado pela sociedade, deve ser internalizado pelo poluidor, devendo este suportar integramente os custos pela degradação[35].

David Pearce foi o primeiro economista que adotou a expressão de nível ótimo[36]. Tal expressão visa determinar até que ponto deve ir a internalização das externalidades negativas, ou seja, até que ponto é legítimo poluir e até que ponto deve se combater a poluição.

O Ótimo de Pareto corresponde o ponto onde o benefício marginal seja igual ao custo marginal. Assim, na visão da teoria econômica, deve-se poluir apenas até o ponto de intercessão da curva dos custos marginais, com a curva dos custos sociais marginais da poluição[37].

O ótimo de Pareto no entanto merece algumas críticas, porque não significa zero de poluição nem uma otimização dentro de padrões biológicos de qualidade de vida. O ótimo de pareto é na verdade uma relação de custo-benefício, onde o custo da limpeza não pode ultrapassar o custo da perda marginal de bem-estar[38].

3. TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL

O artigo 170 da Constituição Federal de 1988, demostra que o legislador optou por uma ordem econômica intervencionista

Assim, a defesa do meio ambiente deve ser compreendida como um dos princípios orientadores da atividade intervencionista do Estado.

Interesses individuais acabam distorcendo a necessidade de se proteger o meio ambiente. Tais interesses se demonstram na necessidade momentânea e não vital do consumo massificado, e cada vez maior de bens, através de massivas campanhas publicitárias.

No entanto, ao lado de tais interesses individuais existem interesses transindividuais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, e o direito a sadia qualidade de vida, que são prejudicados em face da produção em massa, tendo o Estado o papel fundamental na regulamentação de instrumentos que protejam o meio ambiente, e em decorrência a sadia qualidade de vida.

Para isso, o Estado possui dois tipos de instrumentos, os instrumentos econômicos (indução), e os de comando e controle (direção). Os instrumentos de direção caracterizam-se pela imposição de normas permissivas ou proibitivas, definidoras de instrumentos de comando e controle de emissões ou limitação de recursos, fiscalização e aplicação de sanções e a imposição do poluidor de reparar o dano causado. Por outro lado, os instrumentos de indução, o Estado manipula os

[35] MODÉ, Fernando Magalhães, Tributação Ambiental – a função do tributo na proteção do meio ambiente, 1. ed, 2. tiragem, Curitiba, Juruá, 2004.p.114.
[36] Maria Alexandra de Sousa Aragão p.221.
[37] idem, p.222.

instrumentos de intervenção econômica de acordo com as leis que regem o funcionamento do mercado, induzindo os produtores de externalidades negativas a se adequarem aos padrões estabelecidos[39]. Tais mecanismo se encontram no artigo 174 da Constituição Federal.

Um dos instrumentos para intervenção na economia 'para a proteção do meio ambiente pelo Estado é a tributação ambiental.

A aplicação da tributação ambiental para a defesa do meio ambiente, se dá pela internalização das externalidades negativas[40].

Deste modo, tributação ambiental se torna um importante instrumento na busca do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O Poder Público ao instituir determinado tributo tem em primeiro plano a finalidade de arrecadar recursos aos cofres públicos. No entanto, a Constituição Federal estabelece no artigo 151, inciso I, que podem ser instituídos tributos que não visem em primeiro plano a arrecadação. Tais tributos são denominados de extrafiscais, e tem por objetivo primeiro a modificação de determinada conduta, estimulando ou desestimulando determinados atos.

Assim, Hely Lopes Meirelles afirma que:

> *A extrafiscalidade é a utilização do tributo como meio de fomento ou desestímulo a atividades reputadas convenientes ou inconvenientes à comunidade. É ato de polícia fiscal, isto é, de ação do governo para o atingimento de fins sociais através da maior ou menor imposição tributária.*[41]

Roque Antonio Carrazza acentua que a extrafiscalidade também se manifesta por meio de desestímulos fiscais, que induzem os contribuintes a não assumirem condutas que, embora lícitas, são havidas por impróprias, sob aspectos político, econômico ou social. Este objetivo é alcançado por meio da exacerbação da carga tributária, respeitado, evidentemente, o estatuto do contribuinte[42].

A tributação extrafiscal permite ao contribuinte alternativa de escolha de gravame mais ameno, ou em algumas hipóteses nenhum gravame tributário, conforme sua atuação se desenvolva neste ou naquele sentido previsto em lei.

Entre os meios de prevenção e combate à poluição, a tributação é um instrumento extremamente eficaz, tanto para proporcionar ao Estado recursos para agir (tributação fiscal), como fundamentalmente para estimular condutas não-poluidoras e desestimular as poluidoras (tributação extrafiscal), encontrando embasamento na doutrina kelseniana da sanção premial, baseada no princípio retributivo. O

---

[38] Derani, p.136.

[39] Tributação Ambiental, Fernando Magalhães Modé p.70.

[40] Conforme Fernando Magalhães Modé em Tributação Ambiental p.71: "Ao não se atuar, pela via tributária, na internalização compulsória dos custos ambientais, está-se ratificando situação de total ineficiência de todo o sistema econômico sob o aspecto da defesa do meio ambiente. Ao não se agregarem ao custo do produto ou do processo produtivo de determinado bem as externalidades negativas produzidas em todo processo, possibilita-se que esse mesmo bem seja colocado no mercado a um preço mais reduzido, subvencionado, na verdade, pelo conjunto da sociedade que suportará as externalidades negativas não consideradas."

[41] Direito Administrativo Brasileiro, 24 ed. p.45.

[42] CARRAZZA, Roque Antonio, Curso de Direito Constitucional Tributário, 19 ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p.752, nota de rodapé 6.

Estado reconhece o esforço do cidadão em cumprir a lei, e não apenas castiga o agente; mas tributa menos "como prêmio" aquele produza menos externalidades negativas[43].

Em relação aos incentivos fiscais empregados como instrumentos econômicos de promoção de defesa do meio ambiente, a rejeição pelo incentivo fiscal implica no pagamento de mais tributo, em sentido oposto àquele que opta por usar uma tecnologia mais avançada, e em conseqüência produza menos externalidades negativas.

Conforme Alejandro Altamirano:

> *É melhor incentivar quer penalizar, estimular o investimento no controle da contaminação do que sancionar com penalidades cuja exigência tem por efeito asfixiar a atividade industrial, quando não criam elas um clima de incerteza sobre as conseqüências da sua execução*[44].

Assim, a tributação ambiental por ter caráter extrafiscal assume duas grandes finalidades: a de cobrar por meio de tributo a atividade que produz externalidades negativas ao meio ambiente, e a de incentivo fiscal, utilizando do sentido seletivo dos tributos tradicionais, onde através da graduação dos impostos pode incentivar a aquisição de máquinas e aparelhos destinados à implantação, ampliação, modernização ou relocação de indústrias, que visem o melhor aproveitamento dos recursos naturais.

3.1 Proporcionalidade, Tipicidade e Tributação Ambiental

A tipicidade fechada exige que a lei seja rigorosa na descrição do tributo. A lei deve conter elementos que estruturem o tributo, tais como a definição do fato gerador, da obrigação tributária, o sujeito passivo, a fixação da alíquota do tributo e da sua base de calculo, a hipótese de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários ou de dispensa ou redução de penalidades, e infração e penalidades.

No entanto, a aplicação da tipicidade fechada, como instrumento de proteção ambiental, ao exigir uma rigorosa descrição, inviabilizaria a criação de um tributo ambiental. Este por ser considerado um tributo extrafiscal deve ter um tratamento diferenciado[45].

O princípio da proporcionalidade permitirá um controle finalistico da aplicação da lei tributária pelo Agente Público, ciente ele de sua conduta vinculada, estará sujeita a reexame pelo Judiciário.[46]

---

[43] OLIVEIRA, José Domingues de, Direito tributário e meio ambiente, 2. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1999., p.39.
[44] Idem, p.40
[45] Conforme José Domingues de Oliveira em Tributação ambiental p.106 e 107: "A doutrina mais abalizada, referida por Nabis, entende que: 'aos impostos extrafiscais sempre se reconheceu uma disciplina constitucional diferenciada face aos impostos fiscais'. (...) em sede do princípio da legalidade fiscal, o grau de densidade normativa imposta às leis fiscais (princípio da tipicidade) tende a ser amortecido e compensado pelas exigências constitucionais requeridas às restrições aos direitos fundamentais".
[46] Tributação ambiental p.102.

A tipicidade aberta deve ser entendida com maior clareza diante da tributação ambiental, pois a finalidade deste tributo é influir na conduta do poluidor, cuja atividade está permanentemente dependente da evolução do estudo sobre o meio ambiente.

A evolução de tecnologias que permitem detectar fontes poluidoras e alterações qualitativas e quantitativas na tecnologia de produção não são compatíveis com a rigidez da tipicidade fechada.

O princípio da tipicidade, em relação à tributação ambiental, deve sofrer uma mitigação em atenção ao princípio da proporcionalidade, na medida em que tal tributo é um instrumento de política econômica, deve atender a defesa do meio ambiente, não podendo ser barrado pela tipicidade fechada[47].

A tipicidade aberta se faz necessária na tributação ambiental, pois:

> *Se isso for reputado ilegítimo, por adoção da tipicidade 'fechada', que não admite manipulação da base de calculo, por ato administrativo, mesmo que dentro de parâmetros legalmente estabelecidos, e a realidade mutante não puder ser enfrentada, então a lei terá de que estabelecer critérios fixos, que talvez se mostrem rapidamente anacrônicos e o poluidor não se sentira induzido a deixar de poluir ou a reduzir a poluição que gera. Estará frustrada a 'finalidade material constitucionalmente prevista' e de nada valera o valioso instrumento tributário de defesa do meio ambiente*[48].

Ao se empregar conceitos indeterminados, porém determináveis na lei tributária ambiental, que possui caráter extrafiscal, a tipicidade aberta será o meio mais adequado para se atingir o fim da tributação extrafiscal, que é a proteção do meio ambiente.

3.2 Proporcionalidade e Não - Afetação da Receita

A Constituição Federal no artigo 167, inciso III, veda a vinculação de impostos a órgãos, fundo ou despesa. Considerando que a tributação ambiental tem caráter extrafiscal, a sua vinculação da receita se faz necessária, visto que o imposto ambiental só atingirá o seu fim se o produto da arrecadação for aplicado a este fim[49].

---

[47] Assim, conforme José Domingues de Oliveira em Direito tributário e meio ambiente, pp.116 e 117: "Não se valer da tributação ambiental significa recusar ilegitimamente um instrumento válido e hábil de que o Poder Público dispõe para cumprir o dever constitucional de promover a defesa do meio ambiente (art.225 da Constituição). Para compensar, concentrará ele forças em um outro instrumento mais ou menos eficaz, sacrificando desigual e desproporcionalmente os administrados? Ou simplesmente voltará as costas para a 'perda ambiental' causada pela sua desídia e que se quer dimensionou? Não empregar a tributação ambiental, não explorar o seu potencial no combate à poluição e em defesa do meio ambiente sob a alegação de dificuldades de sua conciliação com o princípio da legalidade, por exemplo, é conseqüência de uma visão curta e conservadora da fenomenologia tributária que precisa ser superada, porque fere o espírito constitucional".

[48] Direito Tributário e meio ambiente p.112

[49] José Domingues de Oliveira em Direito Tributário e meio ambiente p.112 afirma que: A vinculação da receita é o instrumento jurídico (meio) que permite assegurar, no plano da instituição do tributo, a (finalidade) material legitimada pela Constituição. Nas palavras de Oberson, 'Os recursos obtidos com essas exações são geralmente 'afetados' às medidas de incentivo que permitem reforçar a política estatal visada'.

A proporcionalidade incide para determinar que onde houver tributação extrafiscal deverá haver vinculação da receita, mesmo em se tratando de impostos extrafiscais.

3.3 A tributação ambiental e seus impactos

O Estado para intervir na economia regulamentando as atividades econômicas possui dois tipos de instrumentos: os instrumentos normativos e os instrumentos econômicos.

A tributação ambiental é um instrumento econômico capaz de internalizar as externalidades negativas, fazendo com que os poluidores modifiquem o seu comportamento, reduzindo as externalidades, e usando racionalmente os recursos naturais.

Os instrumentos normativos de comando e controle de emissão ou limitação ao uso de recursos, fiscalização e aplicação de sanção sobre o infrator e exigência à reparação do dano ambiental ocorrido, são menos vantajosos em face da tributação ambiental. Esta, oferece vantagens, por ser mais flexível, os incentivos fiscais serem permanentes, há a aplicação do princípio da prevenção e a socialização da responsabilidade sobre a preservação do meio ambiente a um menor custo para a sociedade.

A tributação ambiental permite ao agente produtor de externalidades a faculdade de adequar a sua atividade econômica da melhor forma, diante dos padrões estabelecidos pelo Estado.

Assim, cabe ao poluidor definir se reduzirá os impactos causados reduzindo a produção de resíduos, instalando filtros; investindo recursos tecnológicos na sua linha de montagem para ter um melhor aproveitamento dos recursos naturais; usando substâncias menos poluidoras no processo produtivo; modificando a estrutura do produto, usando menos embalagens.

O uso do instrumento econômico através da tributação ambiental faz com que o agente produtor de externalidades busque os melhores resultados econômicos, através de novas técnicas de produção que permitam a redução da carga tributária.

[50] Maria Cecília Junqueira Lustosa em Economia do Meio Ambiente, pp.161 e162: (...)a 'hipótese de Porter' evidencia que as inovações adotadas para cumprir com as regulamentações ambientais fazem com que as empresas utilizem seus insumos - matérias-primas, energia e trabalho – de modo mais produtivo, reduzindo custos e compensando os gastos com as melhorias ambientais. Assim, a preservação ambiental está associada ao aumento da produtividade dos recursos utilizados na produção e, consequentemente, ao aumento da competitividade da empresa.. A autora classifica as inovação tecnológicas em duas categorias tecnologia de final de cano ou end-of-pipe, que são as ações mais eficientes da empresa no tratamento da poluição que já ocorreu. Podem ser relativas ao processamento de substâncias tóxicas, às melhorias no tratamento de resíduos e ao modo de reduzir a quantidade gerada de materiais perigosos, inclusive tornando-os vendáveis.
A segunda categoria tecnologia de prevenção ou pollution prevention, que são as inovações cujo resultado compensam os custos de implementá-las. Ocorre simultaneamente uma redução de impacto ambiental e uma melhoria do produto e ou do processo produtivo. As inovações além de reduzirem a poluição, também resultam em produtos com melhor desempenho, melhor qualidade, mais seguros, mais baratos, com maior valor de revenda, com menores custos de disposição final ou passíveis de reciclagem. No caso dos processos produtivos, além da redução da poluição, constata-se maior produtividade dos recursos, economia de materiais, melhor utilização dos subprodutos, menor consumo de energia, redução de estocagem de materiais, conversão do lixo em algo de valor, redução dos custos dos aterros ou condições mais seguras de trabalho.

A teoria econômica denomina como hipótese de Porter a busca pelas empresas de novas tecnologias para melhorar a competitividade, diante do uso de instrumentos econômicos pelo Estado[50].

Nesse sentido, a tributação ambiental faz com que a utilização dos recursos seja mais racional através de inovações, aumentando a produtividade do agente econômico, tornando-o mais competitivo, pela redução de custos e ou pela melhoria de seus produtos.

Em um mundo dinâmico, onde as mudanças ocorrem com freqüência, sempre estão surgindo novas oportunidades para inovações. Como os problemas ambientais não são sempre os mesmos ao longo do tempo, novos problemas, podem exigir novas tecnologias, sendo as regulamentações necessárias para estimar as soluções desses novos problemas.

Além da tributação ambiental induzir a mudança de comportamento por parte do agente, econômico, objetiva que o produtor de externalidades negativas, altere seu comportamento, para um modo mais desejável à manutenção do equilíbrio do meio ambiente; agindo antes da ocorrência do dano, ou minimizando seus efeitos.

A socialização da responsabilidade sobre a preservação do meio ambiente com uma maior carga sobre os agentes econômicos que efetivamente mais contribuem para o desequilíbrio ambiental pode ser distribuída através da tributação ambiental. A aplicação do princípio do poluidor-pagador pela via tributária permite a internalização dos custos em toda cadeia produtiva, permitindo uma distribuição mais justa e solidária dos encargos, diminuindo o impacto das externalidades, e gerando receita para o Estado[51].

Em relação aos instrumentos econômicos, estes não devem ser utilizados para regular atividades proibidas pelo Estado. A indução pelo Estado do comportamento dos causadores de externalidades deve ser aplicado apenas à atividades lícitas.

Para coibir as atividades ilícitas, devem ser usados os instrumentos de comando de controle, os quais se revestem de caráter coercitivo.

4. CONCLUSÕES ARTICULADAS

4.1 Pelo fato dos bens produzidos não refletirem o seu verdadeiro preço, devido a não internalização das externalidades negativas, a introdução de mecanismos de indução na atividade econômica se faz necessária.

4.2 Assim, a tributação ambiental é um importante instrumento econômico capaz de internalizar as externalidades negativas, fazendo com que o poluidor modifique a sua conduta da melhor forma, adequando-se aos padrões estabelecidos pelo Estado, a fim de ter uma menor carga tributária, investindo em recursos tecnoló-

[51] Tributação Ambiental, p.97.

gicos, aproveitando melhor os recursos naturais, reduzindo os resíduos gerados durante a produção, e em conseqüência tornam-se mais competitivo.

4.3 A tributação ambiental ao induzir a mudança de comportamento do poluidor, efetiva além do princípio do poluidor pagador, o princípio da precaução, na medida em que reduz a poluição por meio de novas tecnologias.

4.4 O princípio da educação ambiental, possui um papel importante na implantação da tributação ambiental. Pois, o consumidor ao ser conscientizado de que no mercado existem produtos e serviços que são considerados ecologicamente corretos, optará pela sua aquisição, em detrimento de produtos e serviços que sejam contrários ao meio ambiente.

4.5 O Estado deverá promover incentivos fiscais, que podem ser concretizados a partir da seletividade dos impostos, reduzindo ou até mesmo isentando, de alíquotas conforme a natureza do produto, as atividades que produzirem um grau menor de externalidades.

4.6 Em relação à tipicidade aberta, esta demonstra-se necessária, já que a finalidade da tributação ambiental é influir na conduta do poluidor.

4.7 O princípio da não-afetação da receita não deve incidir na tributação ambiental, pois esta, somente atingirá a sua finalidade se o produto da arrecadação for aplicado ao seu fim.

4.8 Por fim, a tributação ambiental se demonstra viável e eficaz na conciliação do desenvolvimento econômico com a preservação ambiental e a sadia qualidade de vida.

POPULAÇÕES INDIGENAS E AS DISPOSIÇÕES CONSULTIVAS NO SISTEMA LEGAL BRASILEIRO: ANÁLISE COMPARATIVA DAS EXPERIÊNCIAS DA NOVA ZELÂNDIA E DA PROVÍNCIA DE BRITISH COLUMBIA NO CANADÁ

JOÃO DANIEL MACEDO SÁ
Estudante de Direito, bolsista FIPSE/CAPES - Programa de Direito e Responsabilidade Ambiental (UFPA-BR/Pace University-EUA). Trabalho desenvolvido no curso de Direito Comparado do Professor Dr. Nicholas Robinson

1. INTRODUÇÃO

O direito internacional incorporou modernos conceitos a respeito da proteção dos direitos humanos, que, inicialmente visavam proteger apenas indivíduos, mas gradualmente e com grande intensidade, começaram a conceber a existência de grupos e direitos coletivos:

> *A inter-relação entre direitos humanos e proteção ambiental é inegável. Direitos humanos dependem da proteção ambiental, e a proteção ambiental depende do exercício de direitos humanos existentes, como o direito à informação e o direito de participação política* [1].

Esses direitos devem ser efetivados no plano nacional, e também devem ser estendidos aos povos indígenas.

Entre as comunidades indígenas existe um forte senso de identidade, e uma ligação especial com a terra e o meio ambiente. Isto indica que o setor público deve focalizar maior atenção a questões que envolvem implementação política, fazendo cumprir a legislação ambiental e dando prioridade à defesa dos interesses da sociedade e dos povos indígenas.

O modelo no qual o direito ambiental vem se desenvolvendo está baseado num forte processo de participação pública. Podemos afirmar que grande parte dos países desenvolvidos e dos países em desenvolvimento possui dispositivos legislativos que afirmam esse processo[2].

---

[1] KISS, Alexandre & SHELTON, Dinah. International Environmental Law. 3a ed. New York: Transnational Publishers, 2004. p. 726.

[2] O Estudo de Impacto Ambiental é um bom exemplo que demonstra a necessidade da participação pública durante os processos de tomada de decisão. Entre os países que adotam esse procedimento de consulta popular estão Brasil, Estados Unidos, Nova Zelândia e quase todos os paises do continente Europeu, dentre outros.

O processo de consulta constitui importante ferramenta, que, com o propósito de estabelecer uma política mais transparente, tem sido requerido antes e durante os processos de licenciamento ambiental.[3]

Apesar de estar contido em lei, o processo de consulta continua sendo desrespeitado diariamente. Não se sabe até que ponto a opinião pública deve ser levada em consideração durante os processo de tomada de decisão, e se questiona a legitimidade de um direito que garanta o acesso do público a essas informações. O assunto não será abordado neste trabalho, mas um dos objetivos do livre acesso às informações é explicar a lógica em que ocorre a política governamental, além de garantir a lisura do processo de tomada de decisões.

Em relação aos povos indígenas, a realização do processo de consulta constitui requisito importante para a afirmação dos direitos humanos. Esse processo visa a obtenção da autorização das comunidades para o acesso e exploração dos recursos naturais, ou mesmo para definição de atividades relacionadas à política governamental, tanto em suas terra, como em áreas limítrofes.

O direito à informação e o direito à participação política devem ocorrer nos processos diários de tomada de decisão, sempre que esses povos possam ser afetados por planos e ações do governo, tais como o desenvolvimento da agricultura, silvicultura, mineração, geração de energia hidrelétrica, proteção do meio ambiente, construção de infra-estrutura e projetos de assentamento, dentre outros.

Para determinarmos a eficácia do direito ambiental é necessário também que se efetue uma análise do papel delegado aos governos federal, estadual e municipal[4]. Esta diferenciação é importante para que se entenda o poder discricionário desses entes, a fim de que se saiba o papel que cada um pode cumprir.

Este trabalho faz uma análise comparativa sobre o processo de consulta das comunidades indígenas no Brasil, tomando como base o direito internacional e as experiências nacionais da Nova Zelândia e da Província de *British Columbia*, no Canadá. Foram analisadas também algumas decisões de tribunais que focaram suas atenções a problemas relacionados ao processo de consulta dos povos indígenas.

2. DIREITO INTERNACIONAL

Nas ultimas décadas os direitos dos povos indígenas motivaram muitas discussões em fóruns internacionais. O resultado desse processo foi um corpo inovador de normas que refletem os anseios dos povos indígenas, e que propõem mudanças nas legislações de cada país.

[3] O Instituto do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), recentemente lançou o Sistema de Informações sobre o Licenciamento Ambiental (SISLIC), que permitirá aos cidadãos o acesso on line aos processos de licenciamento sob avaliação do Ibama, garantindo mais agilidade, qualidade e transparência nos procedimentos. Disponível em: [http://www.ibama.gov.br/novo_ibama/paginas/materia.php?id_arq=2057]. Acesso em: 17 abril 2005.

[4] Neste trabalho, para manter a denominação original utilizada em outros paises, as mesmas entidades também serão referidas como governos nacionais, provinciais ou regionais, e locais.

No fim da década de 70, a agenda internacional de discussão sobre direitos humanos começou a buscar um melhor entendimento sobre as demandas e reivindicações de grupos identificados como povos indígenas"[5].

A categoria dos povos indígenas tem sido entendida como incluindo não apenas tribos, nações ou sociedades nativas das Américas, mas também outros grupos culturalmente diferenciados, tais como os *Maoris,* na Nova Zelândia, e as chamadas Primeiras Nações, no Canadá.

O Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Populações Indígenas define povos indígenas como os *descendentes dos originais habitantes dos territórios desde a colonização por estrangeiros*"[6].

Como conseqüência desse processo, os direitos fundamentais dos povos indígenas ganharam maior reconhecimento do ponto de vista jurídico, e isso tem acontecido, de certa forma, num momento crucial da história, no qual questões ligadas à integridade territorial e soberania nacional têm sido reconsideradas e colocadas em cheque à luz de novos fatos na arena política global[7].

Em 1989, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) aprovou a Convenção 169 – Sobre os Povos Indígenas e Tribais. A Convenção incentiva os governos a "*consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente*"[8].

A Convenção 169 também prevê que os direitos dos povos aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos:

> *Artigo 15, Item 2 - Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos existentes nas terras,* ***os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados****, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização eqüitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades. (grifo nosso)*[9].

As Nações Unidas desenvolvem um importante papel na defesa dos direitos dos povos indígenas. A Agenda 21 é um dos mais importantes documentos a res-

[5] Instituto Socioambiental, International Rights. Disponível em: [http://www.socioambiental.org/pib/english/rights/internat.shtm]. Acesso em: 12 março 2005.
[6] SHELTON, Dina. A Rights-Based Approach to Public Participation and Local Management of Natural Resources, 227, nota de rodapé n. 8. Disponível em: [http://www.iges.or.jp/en/fc/phase1/3ws-26-dinah.pdf]. Acesso em: 20 abril 2005.
[7] Instituto Socioambiental, International Rights. Disponível em: [http://www.socioambiental.org/pib/english/rights/internat.shtm]. Acesso em: 12 março 2005.
[8] Art. 6º, Convenção 169/OIT, de 1989. Disponível em: [http://www.socioambiental.org/pib/portugues/direito/conv169.shtm]. Acesso em: 10 abril 2005.
[9] Id.

peito deste tópico e contém seções específicas sobre os papéis dos governos e dos grupos sociais afetados em estabelecerem um diálogo no processo de tomada de decisões, diálogo esse, que leve em consideração a ligação especial destas comunidades com a terra e com o meio ambiente em que vivem[10].

A Minuta de Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas (Comissão de Direitos humanos) é outro importante documento que contém uma série de princípios afirmativos. Apesar da ausência de status legal, a Minuta é considerada fonte do direito internacional, que tende a comprometer os governos, na medida em que é adotada em consenso pelos países que fazem parte da Organização das Nações Unidas[11]. A Minuta afirma que:

> *Estados deverão adotar medidas efetivas, em consulta com povos indígenas envolvidos [...][12], povos indígenas têm o direito de participarem inteiramente, se assim escolherem, de todos os níveis do processo de tomada de decisão, em questões que possam afetar seus direitos [...][13], e o direito de requerer que os Estados obtenham seu prévio consentimento, livre e informado, sobre a aprovação de qualquer projeto afetando suas terras, territórios e outros recursos*[14].

O parágrafo 26, da Declaração de Joanesburgo em Desenvolvimento Sustentável, reafirma o principio numero 10 da Declaração do Rio[15], quando reconhece que o "*desenvolvimento sustentável requer uma perspectiva a longo termo e com ampla participação baseada em formulações políticas, tomada de decisões e implementação em todos os níveis*"[16].

O artigo 27 do Acordo Internacional em Direitos Políticos e Civis tem sido interpretado pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas de uma ampla maneira, para abarcar direitos aos recursos naturais e à terra, afirmando que o gozo desses direitos pode justificar a adoção de medidas legais de proteção e medidas que assegurem a efetiva participação de membros das comunidades minoritárias nas decisões que os afetem[17].

---

[10] A Agenda 21 foi produzida durante a Conferencia Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (UNCED), realizada no Rio de Janeiro, em 1992. O Capitulo 26 afirma que os povos indígenas precisam, "em conformidade com a legislação nacional, de um maior controle sobre suas terras, manejo de seus próprios recursos e participação nas decisões relativas ao desenvolvimento que os afetem, inclusive, quando apropriado, participação no estabelecimento ou manejo de zonas protegidas"(item 4). Disponível em: [http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/cap26.doc]. Acesso em: 29 março 2005.

[11] Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, E/CN.4/Sub.2/1993/26 (8 de Junho de 1993) (elaborado por Chair-Rapporteur of the Working Group on Indigenous Populations).

[12] Art. 16, parte IV.

[13] Art. 19, parte V.

[14] Art. 30, parte VI.

[15] O Principio 10 afirma que: "A melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve Ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar em processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito à compensação e reparação de danos."

[16] Disponível em: [http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/joanesburgo.doc]. Acesso em: 20 marco 2005.

[17] KISS & SHELTON. op. cit. p. 706. O Art. 27 afirma que "nos Estados em que existirem minorias étnicas, religiosas, e lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não deveram terem negados o direito, em conjunto com os outros membros de seus grupos, de gozar de sua própria cultura, de professar e praticar sua própria religião, ou de falar sua própria língua"

Ainda assim, pela fragilidade das relações em que o direito internacional subsiste, percebe-se que a proteção dos direitos dos povos indígenas é, em primeira instância, função dos países.

Isto posto, passaremos a discutir a implementação nacional e as provisões consultivas.

3. BRITISH COLUMBIA

Confederação de democracia parlamentar, atualmente o Canadá está dividido em 10 províncias e 3 territórios, tendo um sistema legal baseado no direito costumeiro inglês, exceto em *Quebec*, onde o sistema é baseado no modelo francês, de tradição romana.

A estrutura governamental administrativa é similar à do sistema brasileiro[18], com os indígenas e as terras reservadas a eles também estando submetidos à exclusiva regulação federal[19]. Os governos locais são regulados pelas leis das províncias[20].

No Canadá, o Governo Federal buscou novas alternativas para lidar com os problemas dos povos indígenas e propôs a adoção de uma política voltada para o desenvolvimento sustentável, a ser construída com base num forte processo consultivo[21]. Esta abordagem foi determinada desde o reconhecimento de direitos aborígines pela Constituição e devido à interpretação destes direitos pelas cortes superiores[22].

A Seção 35(1)[23], do Ato Constitucional de 1982, reconhece e afirma os direitos aborígines existentes em tratados ratificados pelo o governo e pelos povos indígenas. Desde 1990 tem sido construída uma jurisprudência para a interpretação das garantias dos direitos aborígines. A Suprema Corte do Canadá tem sido questionada quanto à natureza da proteção constitucional conferida pela Seção 35(l) e suas decisões sugerem que o processo de consulta dos povos indígenas é um potencial fator que pode levar ao infringimento desta norma[24].

Os governos provinciais, locais, e o governo nacional têm fundamental interesse em estabelecer controle sobre o uso do solo, mas a terra é fonte de valores culturais e de subsistência para os índios[25]. Em conseqüência, muitas questões foram trazidas às cortes, desafiando garantias constitucionais e ventilando a possibilidade de o governo poder desconsiderar esses preceitos.

---

[18] Canadá e Brasil estão baseados num sistema federativo de governo, o que significa que seus governos estão divididos entre autoridades nacionais, estaduais, e locais.
[19] Ato Constitucional de 1985, Seção 91 (24).
[20] Ato Constitucional de 1985, Seção 92 (8).
[21] Indian and Northern Affairs Canada. INAC's Principles of SD. Disponível em: [http://www.ainc-inac.gc.ca/sd/princ_e.html]. Acesso em: 22 março 2005.
[22] TOTA, Katarzyna B.. Can place-based collaborative planning work between First Nations and Local Governments in Nova Scotia?. Halifax, NS: Dalhousie University, 2002. p. 1.
[23] Constitution Act, 1982. s. 35(1): "The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed". Disponivel em: [http://laws.justice.gc.ca/en/const/annex_e.html]. Acesso em: 19 março 2005.
[24] MACKLEM, Patric. Aboriginal Rights and State Obligation. Alberta: Alberta L. Rev., Vol. 36, 1997. p. 112.
[25] TOTA. op. cit. p. 2.

O caso *R. v. Sparrow*[26] foi um dos primeiros a requerer dos tribunais uma interpretação acerca do escopo da Seção 35(1), do Ato Constitucional de 1982. Em *Sparrow,* a Suprema Corte indicou que a obrigação fiduciária[27] existente entra a Coroa e os povos aborígines, em termos de prioridade, requer que, normalmente, os interesses aborígines sejam colocados em primeiro lugar. A justificativa para adoção de entendimento diverso ir á depender "*de outras circunstancias inquisitórias*", e dentre outras situações, "*se o grupo em questão foi consultado em respeito as medidas de conservação propostas e implementadas*"[28].

Em *Delgamuukw v. British Columbia*[29], decidido em 1997, a jurisprudência canadense já havia definido uma linha de raciocínio, como foi exposto pela Suprema Corte:

> *Primeiro, os interesses aborígines nasceram desvinculados da ocupação ou uso especifico da terra, e existiram por um longo e indefinido tempo, anterior à afirmação de soberania. Segundo, os interesses aborígines são comuns, consistindo de atividades de subsistência e não proprietárias. Terceiro, no direito comum, os direitos aborígines existem por prazer da Coroa e podem ser extintos quando a intenção desta é clara e evidente. Este poder repousou com a Coroa Imperial durante o período colonial. Com a Confederação, a província obteve titulo à todas as terras da Coroa sujeitas aos "interesses" dos indígenas. Finalmente, a inextinguibilidade dos direitos aborígines não é absoluta. As ações da Coroa e os direitos aborígines podem, em circunstancias próprias, ser reconciliados. Falando de maneira geral, direitos aborígines podem ser regulados pela Coroa apenas quando tal regulação operar para interferir nos direitos aborígines com base em legítimos objetivos da Coroa, que podem honoravelmente ser justificáveis, sem a devida interferência de tais direitos. Além do mais, quando regular, o governo deve ser cuidadoso com o apropriado nível de prioridade que os direitos aborígines têm em relação à competitivas atividades inconsistentes*[30].

O afastamento de direitos aborígines deve necessariamente estar de acordo com objetivos legislativos que sejam substanciais, tais como o desenvolvimento da agricultura, silvicultura, mineração, geração de energia hidroelétrica, desenvolvimento econômico dos interiores [...], proteção do meio ambiente e de espécies ameaçadas, construção de infra-estrutura e acomodação de populações externas para suportar esses objetivos[31].

O caso *Delgamuukw* demonstra que o dever fiduciário pode ser determinado de uma maneira diferente da idéia de interesse prioritário. A Corte expôs que sempre existe um dever de consulta, mas os direitos aborígines não são absolutos e podem ser afastados pelo governo. A natureza e o escopo do dever de consulta irão variar de acordo com as circunstancias[32], e, como a Corte bem mencionou,

[26] R. v. Sparrow, [1990] 1 S.R.C. 1075 (a partir de agora Sparrow).
[27] Dever fiduciário é a obrigação legal de uma parte em agir nos melhores interesses de outra parte.
[28] MACKLEM, op. cit. p. 119.
[29] Delgamuukw v. British Columbia, [1997] 3 S.R.C. 1010. (a partir de agora Delgamuukw).
[30] Id.
[31] Id. p. 1111.
[32] Id. p. 1113.

este requisito "*pode ser satisfeito pelo envolvimento dos povos aborígines nas decisões tomadas em respeito às suas terras*"[33].

Acordos contituem sempre melhor solução que litigância. Em conseqüência disto, os governos locais e provinciais procuraram novas alternativas para resolver seus problemas com as comunidades indígenas[34].

British Columbia é, das províncias canadenses, a que serve de melhor exemplo para ilustrar a peculiar relação estabelecida entre os governos locais e as comunidades originárias da região. Lá, os governos locais estão buscando levar em consideração diversos fatores durante o processo de tomada de decisão. Estes fatores envolvem estudos sobre a viabilidade econômica dos projetos, implicações sociais e culturais, e valores ambientais.

Em *British Columbia*, o contínuo desenvolvimento e expansão das cidades ocasionou um estreitamento das fronteiras que separam áreas urbanas de terras indígenas. Em conseqüência disso, as relações entre comunidades nativas e não-nativas tornou-se conflituosa. A proximidade das terras indígenas de áreas urbanas densamente povoadas levou os governos locais a estreitarem suas relações com essas comunidades indígenas.

As partes envolvidas definiram metas e passaram a negociar acordos e tratados, com a condição de elevarem a quantidade de terras sob o controle dos índios e de garantir o desenvolvimento econômico da região.

Antes de 1993, a União das Municipalidades de *British Columbia* (UBCM)[35] não reconhecia o papel dos governos locais na resolução dos conflitos com os índios. Esta reconhecia que haviam apenas três partes envolvidas nos processos de negociação: o Governo do Canadá, o Governo da Província de *British Columbia* e os Grupos Indígenas. Depois de muita pressão, o governo provincial assinou um Memorando de Entendimento, reconhecendo que os governos locais possuíam especial interesse nas negociações dos tratados, e que não poderiam ser tratados como terceira parte qualquer[36].

Em 1994, a UMBC e a Província desenvolveram um Protocolo de Entendimento para representar os interesses dos governos locais no processo de negociação dos tratados, reconhecendo objetivos comuns na identificação de todos os interesses que poderiam ser afetados, e estabeleceu um compreensivo processo de consulta em cada área dos mesmos[37].

Em 2003, um novo Memorando de Entendimento foi assinado. Este Memorando enfatiza a flexibilidade que os governos locais têm para participar dos processos de negociações dos tratados, e de uma forma adequada às circunstancias da região. O documento também propõe diretivas sobre como o compartilhamento

[33] Id.
[34] Cf. ADAMS, Peter. Approaches and Options for Treaties in Urban area: A Discussion Paper. Prepared for: Union of British Columbia Municipalities, Ministry of Aboriginal Affairs and the Ministry of Municipal Affairs (1999). Disponível em: [http://www.mcaws.gov.bc.ca/lgd/gov_structure/first_nations/urban.pdf]. Acesso em: 12 março 2005.
[35] Union of British Columbia Municipalities.
[36] CivicNet BC. Local Government Involvement In Treaty Negotiations. Disponível em: [http://www.civicnet.bc.ca/siteengine/ActivePage.asp?PageID=8&bhcp=1]. Acesso em: 12 março 2005.
[37] Id.

de dados e informações irá ocorrer, identificando os papéis e responsabilidades que cada parte deverá desenvolver.[38]

Podemos afirmar que hoje os governos locais estão usando os tratados de uma forma que equilibra os interesses de todas as partes. É um novo processo, que reflete ao mesmo tempo tanto as necessidades dos povos indígenas como da população canadense, e que tenta respeitar o uso tradicional da terra e dos recursos naturais.

4. NOVA ZELÂNDIA

O sistema legal da Nova Zelândia está baseado no direito anglo-saxão, e o país possui legislação especial sobre uso da terra e Cortes especiais para os *Maoris*[39]. Atualmente o país está dividido em 13 regiões e os Atos Constitucionais representam as principais normas na hierarquia legislativa. Alem dos Atos Constitucionais, o país possui outros documentos legais, aprovados tanto pelo Reino Unido como pelo parlamento neozelandês.

Como mencionado, o país possui um tribunal especial, chamado de *"Tribunal Waitangi"*, que foi estabelecido para julgar reivindicações dos *Maoris* contra a qualquer ato, política, ação ou omissão da Coroa que pudesse afetá-los de forma prejudicial. Muito embora suas decisões não tenham forca impositiva sobre os atos do governo, o Tribunal se manifesta em muitas questões, e constitui uma espécie de órgão revisional[40].

Antes das reformas administrativas, implementadas durante a década de 1980, as decisões do governo estavam extremamente centralizadas em nível nacional. Este modelo afetava o desempenho e autonomia dos governos locais e regionais, não apenas num âmbito geral, mas também nas questões ambientais[41].

As discussões da década de oitenta focalizaram-se nesse modelo e levaram à criação de um novo programa de reformas nas esferas administrativa, econômica e social. Na área ambiental, as reformas levaram à reestruturação do governo em nível nacional e impuseram gradativa redefinição da jurisdição dos governos locais e regionais.

Adotado em 1991, o Ato sobre o Manejo dos Recursos Naturais (RMA)[42] é uma das mais recentes reformas implementadas na Nova Zelândia. Esta lei reflete a percepção de que deve haver uma descentralização da responsabilidade sobre o manejo dos recursos para os níveis regional e local[43].

---

[38] O Memorando também explica como e quando os governos locais podem esperar assistência financeira. Este documento está disponível em: [http://www.mcaws.gov.bc.ca/lgd/gov_structure/first_nations/]. Acesso em: 12 março 2005.

[39] O povo Maori representa os originais habitantes da região onde hoje fica a Nova Zelândia. O povoamento do Pacífico ocorreu por meio de inúmeras "ondas" migratórias. Os Polinésios foram os primeiros povos do Pacífico ao Havaí, e ilhas do leste, até a Nova Zelândia, que foi um dos últimos lugares a ser povoado. Quem explica isso é a Pofessora Aroha Te Pareake Mead, da Maori Business, Victoria Management School - Victoria University of Wellington, na Nova Zelândia, e que contribuiu para a realização deste trabalho.

[40] O Tribunal Waitangi foi estabelecido pelo Ato sobre o Tratado de Waitangi, em 1975. Cf.: Tribunal Waitangi,disponível em: [http://www.waitangi-tribunal.govt.nz/]. Acesso em: 16 março 2005.

[41] BURTON, Lloyd & COCKLIN, Chris, Water Resource Management and Environmental policy Reform in New Zealand: Regionalism, Allocation, and Indigenous Relation., Colorado: Colo. J. Int'l Envtl. L. & Pol'y. - vol. 7, Winter, 1996. p. 85.

[42] Resource Management Act 1991, 32 R.S.N.Z.

[43] O RMA define os objetivos para o governo nacional na implementação de padrões nacionais específicos e transfere aos níveis locais e regionais a responsabilidade de implementar o Ato.

A linguagem do RMA incorpora inúmeros termos da língua *Maori,* e reconhece a tradicional relação desse povo com a terra, a água e demais recursos naturais. O Ato direciona as autoridades administrativas à especificamente levarem em consideração os princípios constantes no *Tratado de Waitangi*[44].

O *Tratado de Waitangi* é um documento que foi assinado entre a Coroa Inglesa e os *Maoris* em 1840 e não possui nenhum status legal independente[45]. Até o presente momento, o tratado é referido separadamente em 35 Atos do Parlamento. A maioria dos estatutos não faz referencia ao *Tratado de Waitangi*, e os que o fazem, estão relacionados ou com recursos naturais, ou legislação ambiental, ou a leis específicas que tratam dos direitos *Maoris*.[46]

É importante mencionar que antes do RMA:

> *a ausência de ratificação formal do Tratado de Waitangi pelo Parlamento encorajava uma linha de análise judicial que sustentava que o governo central da Nova Zelândia e jurisdições subordinadas não deveriam considerar-se legalmente atados ao Tratado, nos processos diários de tomada de decisões, exceto em instâncias em que eles fossem especificamente instruídos pelo Parlamento*[47].

Desse modo, a política governamental foi estabelecida em face do princípio de que os direitos existentes no *Tratado de Waitangi* não poderiam ser impostos pelos tribunais, exceto quando os mesmos fossem reconhecidos por lei[48].

Após sua ratificação pelo Parlamento Neozelandês, a segunda parte da Seção 8, do RMA, tornou-se alvo de extensas considerações judiciais, não apenas porque teve o propósito de proteger interesses *Maoris*, mas também porque este item expressamente reconhece o *Tratado de Waitangi*. O Ato direciona as autoridades locais e regionais a consultarem com os lideres de grupos *Maoris* sempre que estes possam ser afetados por planos e políticas do governo.

As decisões dos tribunais que se seguiram, focalizaram suas atenções na relação do governo com a população Maori, já que predominantemente, as instituições governamentais nos níveis local e regional, são lideradas por grupos não-*Maoris*, e conseqüentemente, estes são os que mais diretamente competem com os *Maori*s pelos benefícios econômicos da exploração da terra e dos recursos naturais[49].

Num dos primeiros casos, em *Gill v. Rotorua Dist. Council*[50], a Corte foi invocada a decidir se a Seção 8 do RMA[51] impunha à agencia municipal uma obrigação

---

[44] RMA, Art. II, § 8.

[45] O texto do Tratado de Waitangi está disponível em: [http://www.treatyofwaitangi.govt.nz/treaty/translation.php]. Acesso em: 16 março 2005.

[46] State Services Commission. The Treaty of Waitangi. Disponível em: [http://www.treatyofwaitangi.govt.nz/treaty/principles.php]. Acesso em: 16 março 2005.

[47] BURTON & COCKLIN. op. cit.. p. 93: quando referindo-se à decisão do Conselho sobre o caso Te Heuheu Tukino v. Aotea Dist. Maori Land Bd, [1941] N.Z.L.R. 590 (P.C.), decidido em 1941.

[48] N.Z. Maori Council v. A-G, [1992] 2 N.Z.L.R. 576, 603 (C.A.).

[49] BURTON & COCKLIN. op. cit. p. 99.

[50] Gill v. Rotorua Dist. Council [1993] 2 N.Z.R.M.A. 604 (P.T.).

[51] Resource Management Act 1991, s. (8): "In achieving the purpose of this Act, all persons exercising functions and powers under it, in relation to managing the use, development, and protection of natural and physical resources, shall take into account the principles of the Treaty of Waitangi (Te Tiriti o Waitangi)". Disponível em: [http://www.mfe.govt.nz/laws/rma/]. Acesso em: 18 março 2005.

de consulta quando estivesse licenciando construções residenciais em zonas rurais. O Tribunal julgou que a consulta com o *tangata whenua* (que literalmente significa 'povo da terra' e é a expressão comumente utilizada para referir-se a comunidade de uma área especifica) era necessária, pois esse era um dos princípios enumerados pelo Tratado de *Waitangi*. A Seção 8 do RMA impõe ao município uma obrigação de inquirição e não apenas de notificação do *tangata whenua* .[52]

Em *Haddon v. Auckland Resource Council*[53], o Conselho de Recursos Naturais havia recomendado ao Ministro da Conservação que permitisse a extração de areia da costa de *North Auckland.* Neste caso, a Corte notou que o principio consultivo aparentava não ter sido observado suficientemente antes do término do processo de autorização (licenciamento), dado o interesse *Maori* pela área. O processo de autorização tem inúmeras fases e a consulta com o *tangata whenua* tem que ser realizada nos primeiros estágios do processo, para que satisfaça esse principio[54].

Embora os casos acima citados demonstrem que o RMA explicitamente enfatiza a necessidade do processo de consulta com relevantes grupos Maoris, alguns casos decididos por um diferente juiz, em um posterior Tribunal, levaram a uma conclusão diferente[55].

Em *Hanton v. Auckland City Council*[56], o Tribunal distinguiu entre a explicita obrigação estatutária de consulta com o *tangata whenua,* quando os governos regionais e locais estiverem projetando planos e ações políticas, e a obrigação de consulta nos processos que envolvem a autorização para exploração de recursos naturais, indicando que no segundo caso não existiria uma obrigação explicita.

Em *Rural Management Ltd. v. Banks Peninsular Dist. Council*[57], o Tribunal determinou que era obrigação do proponente do projeto, e não da autoridade governamental, identificar possíveis grupos afetados, ainda durante a fase licenciamento, e iniciar um processo de consulta com os mesmos.

Enquanto a abordagem do caso *Gill* identifica uma obrigação positiva de consulta por parte do Conselho Distrital, interpretação esta também adotada pela Suprema Corte no caso *Quarrantine*[58], e que deveria ter sido seguida por outras decisões, a abordagem do caso *Hanton* indica a imposição de algo menor que uma obrigação consultiva[59].

O Taratado de Waitangi impõe uma proteção ativa dos interesses *Maoris*, e o principio da consulta é apenas um dos relevantes aspectos do Tratado em face da Seção 8 do RMA. Constata-se que realmente existe um legítimo direito de consulta, e as matérias discutidas ao longo dos últimos anos são inteiramente

[52] Gill v. Rotorua Dist. Council [1993] 2 N.Z.R.M.A. 604 (P.T.). p. 616.
[53] Haddon v. Auckland Resource Council [1994] NZRMA 49.
[54] Id.
[55] BURTON & COCKLIN. op. cit. p. 100.
[56] Hanton v. Auckland City Council [1994] NZRMA 289 (P.T.).
[57] Rural Management Ltd. v. Banks Peninsular Dist. Council [1994] NZRMA 412 (P.T.)
[58] Quarrantine Waste (NZ) L td. v. Waste Resources Ltd., [1994] NZRMA 529 (H.C.). Este caso envolveu uma Ação de Revisão Judicial de uma decisão do Conselho da Cidade de Manukau que autorizava que o processo de licenciamento para uso do solo ocorresse sem consulta.
[59] BEVERLEY. op. cit. p. 136. É importante notar que o caso Hanton foi decidido antes do caso Quarrantine.

procedimentais, envolvendo questões tais como prazos e forma de consulta, além da identificação dos grupos que devem ser consultados[60].

A Nova Zelândia encontra-se num estagio em que a população e o governo reconhecem a importância que o ambiente representa para o povo *Maori*. O desafio atual é tentar acomodar outros valores, tais como a utilização eficiente dos recursos naturais, de uma maneira que realce e fortaleça o manejo sustentável. Apenas trabalhando em conjunto, essas pessoas poderão obter benefícios mútuos e apaziguar os conflitos.

5. BRASIL

O Brasil é um país de tradição romano civilista, e que tem na Constituição da Republica de 1988 seu mais importante documento legislativo. A CF delegou à União competência exclusiva para regular a matéria indígena[61].

No Brasil, as condições e o contexto são, de alguma forma, diferentes dos países analisados anteriormente. Segundo as leis brasileiras, os Indígenas eram considerados relativamente incapazes, o que significava que os mesmos possuíam limitações no exercício dos seus direitos civis.

Este princípio foi estabelecido no antigo Código Civil Brasileiro de 1916, sendo adotado ao tempo da promulgação do Estatuto do Índio (Lei Federal n. 6.001/73).

Nós podemos afirmar que o principio da consulta, em alguma instância, ficava diminuído no Brasil, pois as comunidades indígenas eram tutoradas pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), que é um ente estatal. Mas com o advento da Constituição de 1988, a capacidade jurídica dos índios passou a ser rediscutida.

A CF garantiu aos Índios o direito ingressar em juízo na defesa de seus interesses e também delegou expressamente ao Ministério Público Federal (MPF) legitimidade para intervir em defesa dos interesses indígenas[62].

O Novo Código Civil Brasileiro, de 2002, alterou o artigo que trata do exercício dos direitos civis, e determinou no parágrafo único do Art. 4º, que a capacidade dos índios será regulada por legislação especial. Só que desde àquela época ainda não foi aprovada nenhuma lei sobre o assunto, o que gera ainda mais debate.

Apesar de ter a responsabilidade de proteger e garantir os direitos dos povos indígenas no Brasil, a FUNAI não possui uma especifica obrigação de consulta perante essas comunidades. Teoricamente, não existiria obrigatoriedade de consulta pelo fato de que a legislação especial ainda não foi aprovada, o que deixa a situação dos indígenas pendente. A FUNAI foi criada para proteger os interesses indígenas até que os mesmos fossem integrados à sociedade[63]. Essa realidade não existe mais, e somente com a edição da legislação especial, saberremos como ficará regulamentada essa questão.

[60] Id. p. 100.
[61] Art. 22, XIV, CF. O Art. 49, XVI, da CF, atribui ao Congresso Nacional competência exclusiva para autorizar a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais em terras indígenas.
[62] Art. 232 c/c Art. 129,V, CF.
[63] Atualmente existe um concernimento de que o Estatuto do Índio estaria em violenta divergência aos princípios da CF, pois esta não fala sobre integração nacional das comunidades e, ao contrario, assegura a elas o direito de serem diferentes do resto da nação (Art. 231, CF).

Podemos notar que tanto o Canadá quanto a Nova Zelândia possuem dispositivos afirmando que os povos indígenas devem ser consultados de alguma forma, antes ou durante a implementação de projetos que possam causar significativas mudanças nos seus territórios e áreas circunvizinhas.

Analisando essa questão sob outro aspecto, nota-se que no Brasil, também existe um poderoso dispositivo que reflete essa política de proteção dos povos indígenas, e que pode ser interpretado de forma extensiva para limitar a discricionariedade da FUNAI e demais órgãos que possam exercer competência sobre a matéria. A Magna Carta não apenas tem um capítulo inteiro dedicado aos Indígenas, como possui um especifico parágrafo, no Art. 231, enfatizando a necessidade de consulta:

> *§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional,* ***ouvidas as comunidades afetadas****, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. (grifo nosso)* [64].

Em 2001, o Ministério Público Federal (MPF) postulou provimento liminar nos autos da Ação Civil Pública 2001.39.005867-6, objetivando a sustação da elaboração do Estudo de Impacto Ambiental e do Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) para a implantação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, localizada no Rio Xingu, o Estado do Pará[65].

O MPF sustentou que a CF requer a autorização do Congresso Nacional para qualquer projeto intencionado a explorar potenciais energéticos pelo aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas. O MPF desafiou o projeto porque a usina hidrelétrica, caso construída no Riu Xingu, que corta terras indígenas, iria inundar aproximadamente 200 km² de área, influenciando no volume de água do rio, e afetando as reservas indígenas.

O TRF da 1ª Região concedeu o provimento liminar, mas o réu requereu efeito suspensivo da decisão para poder permitir a continuidade dos estudos de impacto ambiental para a elaboração do EIA/RIMA e interpôs agravo regimental contra a decisão indeferitória do efeito suspensivo.

A decisão que se seguiu, foi proferida nos seguintes termos:

> ***CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.***
> ***DECISÃO CONCESSIVA DE PROVIMENTO LIMINAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO: REEXAME DOS PRESSUPOSTOS DA LIMINAR. AGRAVO REGIMENTAL: NÃO-CABIMENTO. CONSTRUÇÃO DE USINA HIDRELÉTRICA EM RIO DE DOMÍNIO DA UNIÃO E QUE ATRAVESSA ÁREAS DE TERRAS INDÍGENAS. ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL E RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL. LICENCIAMENTO AMBIENTAL:***

[64] Art. 231, § 3º, CF.
[65] Ação Civil Pública n.2001.39.00.005867-6 – 5ª. Vara Federal - TRF 1ª. Reg – Juiz Silvio Coimbra Mourthe.

COMPETÊNCIA DO IBAMA. DISPENSA DE LICITAÇÃO: REQUISITOS (ART. 24 DA LEI Nº 8.666/93). APROVEITAMENTO DE RECURSOS HÍDRICOS EM TERRAS INDÍGENAS: NECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL.

1. Não cabe agravo regimental da decisão que confere ou nega efeito suspensivo em agravo de instrumento (artigo 293, § 3º, do RI/TRF - 1ª Região) 2. O objeto do agravo de instrumento, interposto contra decisão concessiva de provimento liminar, cinge-se ao reexame dos pressupostos para a sua concessão: fumus boni juris e periculum in mora.

3. É imprescindível a intervenção do IBAMA nos licenciamentos e estudos prévios relativos a empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional, que afetarem terras indígenas ou bem de domínio da União (artigo 10, caput e § 4º, da Lei nº 6.938/81 c/c artigo 4º, I, da Resolução nº 237/97 do CONAMA).

4. A dispensa de licitação prevista no artigo 24, XIII, da Lei nº 8.666/93 requer que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional.

5. O aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas somente pode ser efetivado por meio de prévia autorização do Congresso Nacional, na forma prevista no artigo 231, § 3º, da Constituição Federal. Essa autorização deve anteceder, inclusive, aos estudos de impacto ambiental, sob pena de dispêndios indevidos de recursos públicos.

6. Agravo regimental não-conhecido.

7. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

Em seu voto, o Exmo. Sr. Juiz Alexandre Vasconcelos sustentou que o aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas somente pode ser efetuado com a previa autorização do Congresso Nacional, no termos do Art. 231, § 3º, da CF, e essa autorização deve anteceder inclusive aos estudos de impacto ambiental, sob pena de dispêndio indevido do dinheiro público[66].

Como mencionado acima, projetos que podem afetar terras indígenas devem ser licenciados pela agencia ambiental federal, no caso o IBAMA. Atualmente, no Brasil é o proponente do projeto quem deve identificar possíveis comunidades afetadas. Posteriormente, este deve comunicar o IBAMA, que irá contactar a FUNAI. A FUNAI, por sua vez, consulta as comunidades afetadas e emite um parecer[67].

A Medida Provisória n. 2.186, de 23 de agosto de 2001, que regula o acesso ao patrimônio genético e conhecimento tradicional, também requer o prévio consentimento dos povos indígenas. Este texto legal contém dispositivos que expressamente requerem o prévio consentimento do Congresso Nacional, apos a aprovação das comunidades envolvidas[68].

[66] Agravo de Instrumento 2001.01.00.030607-5/PA – 6ª. T.- TRF 1ª. Reg.– j. 17.09.2001 – rel. convocado Juiz Alexandre Vasconcelos. Voto fls. 5/6.

[67] A Coordenação Geral do Patrimônio Indígena e do Meio Ambiente (CGPIMA) é o setor responsável, dentro da FUNAI, pela elaboração dos pareceres. Para maiores informações, disponível em: [http://www.funai.gov.br/quem/endereco/fone/cgpima2.htm]. Acesso em: 05 abril 2005.

[68] Art. 16, § 9 , MP 2.186.

A MP 2.186 visa proteger o conhecimento tradicional das comunidades indígenas e locais, e afirma que o governo reconhece os direitos dessas comunidades em decidir sobre o uso desse conhecimento. Isso inclui a realização de testes, pesquisas, ou a exploração[69]. O Mais importante é que esse processo de consulta deve ser prévio e informado[70].

No Brasil, o Governo Federal não autoriza os governos municipais a estabelecerem acordos com os povos indígenas localizados em suas regiões. O motivo dessa restrição parece ser uma preocupação do Governo de que essas entidades careçam de infra-estrutura e treinamento, não estando por isso preparadas para lidar com as comunidades indígenas. Outro fator, ao que nos parece, é o fato de ser o ente municipal o agente responsável pelo micro zoneamento de sua área, podendo por isso, representar o maior perigo aos grupos indígenas. Muitas vezes, é a atuação do Município que determina a distribuição espacial da população, e a exploração dos recursos naturais.

Em 1991 um novo Estatuto do Índio foi proposto, e foi aprovado por uma comissão especial da Câmara dos Deputados em 1994[71]. O novo Estatuto adapta a legislação à Constituição de 1988, pois o índio passa a ser apenas assistido pelo Estado. Entretanto, o trâmite deste projeto de lei foi paralisado e até hoje, algumas propostas, inclusive por parte do governo, estão sendo examinadas pelo Congresso, mas não existe nenhuma certeza quanto à aprovação do novo Estatuto das Sociedades Indígenas[72].

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A observância das normas de direito internacional depende da atuação dos países, pois ainda não existe um efetivo mecanismo que imponha cumprimento das mesmas. No tocante às populações indígenas, não existe nenhum tratado específico, existem apenas acordos. Desse modo, para alcançarmos a proteção desses povos, essa efetivação deve ser estabelecida pelas legislações nacionais de cada país.

Em todos os países analisados, constatamos que existem legislações que incorporam conceitos a respeito da proteção dos direitos dos povos indígenas. Os povos indígenas possuem um direito à terra que lhes é inato, e a realização do processo de consulta reflete a inter-relação dos direitos humanos com a proteção ambiental.

Podemos concluir que o processo de consulta deve ser mais que apenas mera consulta. Deve ser realizado de uma forma efetiva, que não viole os direitos que esses povos herdaram, de viver nesses locais.

Sozinho, o desenvolvimento econômico pode levar a um incontrolado processo de exploração dos recursos naturais. Este sistema deve ser balanceado, baseando-se tanto em políticas de conservação, como na descentralização governamental.

[69] Arts. 8º e 9º, MP 2.186.
[70] Art. 11, IV e Art. 14, I, MP 2.186.
[71] Projeto de Lei n. 2057/1991, de autoria do à época então, Deputado Aloísio Mercadante-PT/SP.
[72] Na ultima consulta, datada de 09 de abril de 2005, verificou-se que o Projeto foi encaminhado à Coordenação de Comissões Permanentes (CCP) em 14 de marco de 2005, para republicação, em virtude de incorreções.

Olhando para o caso de *British Columbia*, podemos observar que os governos provinciais que negociam em nome dos governos locais podem não endereçar adequadamente as questões sobre o uso do solo e expansão urbana. Podemos também notar que em *British Columbia* existe um esforço de se cumprir com o processo de consulta, e os governos locais foram chamados à mesa de negociação, e ao menos então tentando estabelecer um processo de diálogo.

Da mesma maneira, na Nova Zelândia, a atual situação em que se encontram os *Maoris,* e sua participação no processo político de tomada de decisões, reflete uma evolução do conceito. Os *Maoris* têm sido chamados a efetivamente participarem dos procedimentos de que envolvem a utilização de recursos naturais em suas terras ou áreas de interesse dos mesmos.

Em ambos os casos, o processo histórico levou à realização de acordos entre as comunidades e os governos locais. O papel dos governos nacionais continua sendo o de estabelecer normas nacionais uniformes. E o processo de descentralização tem estendido maior autonomia aos governos locais, que arcam com o ônus de implementar essas políticas.

Por isso, cremos que a inclusão dos povos indígenas e dos governos locais no processo de tomada de decisão do Governo Brasileiro pode melhorar esse sistema, ao mesmo tempo em que possibilitaria o desenvolvimento econômico local e ajudaria a implementar uma política mais eqüitativa.

Sabemos que na maioria das vezes, os poderes locais têm interesses divergentes aos interesses indígenas, e por isso seria importante que fosse estabelecido um sistema formal e bem definido, que permitisse à ambas as partes exporem suas idéias e defenderem seus interesses. Como resultado, seriam produzidos documentos formais vinculativos.

Vale ressaltar que o sistema que o Governo Brasileiro vem adotando para a demarcação das Terras Indígenas é apenas um dos muitos pontos controvertidos que poderia ser trazido às mesas de negociação. Apenas com diálogo será possível evitar o aumento desses conflitos. Do contrário, as áreas indígenas provavelmente continuarão sendo invadidas, e os recursos naturais explorados de forma ilegal, com a aquiescência, ou poderíamos dizer, "condescendência" dos governos locais.

A Constituição Brasileira faz especifica menção ao princípio da consulta dos povos indígenas. Mesmo sendo considerada uma importante provisão, deve ser dito que anterior a autorização do Congresso Nacional, é necessária a consulta das possíveis comunidades afetadas.

O Governo Brasileiro deve rediscutir o papel dos municípios, na busca de estreitar as relações entre os governos locais e os povos indígenas. Poderia ser estabelecido um processo de diálogo, mas essa questão demandará tempo e envolve conflitos de competência. Certo é que essa aproximação poderia levar à concretização de futuros acordos e gerar uma política mais condescendente com o manejo dos recursos.

É importante que se avalie a forma e o grau de consulta com o governo na projeção de planos, políticas e respostas a esses requerimentos de consulta em projetos.

E também é importante que se avalie a capacidade indígena para significativamente entender e participar em procedimentos de licenciamento, dada a complexidade

que certos projetos e dado o poder de convencimento dos proponentes em aprovarem os requerimentos. Pode ser difícil para as comunidades para entenderem os impactos que os projetos podem acarretar e isso acaba prejudicando o próprio processo.

O processo de licenciamento ambiental é apenas um dos aspectos que deveria envolver a consulta das comunidades indígenas, pois existem outros fatores. Devemos respeito aos povos indígenas, às suas terras, e aos seus costumes. Se o "branco" não demonstra respeito pelo índio, o índio não tem porque respeitar o "branco". E se o Estado, que é o ente que foi criado para estabelecer as leis e resolver os conflitos em beneficio do bem comum e do povo, não estiver presente, retornaremos ao estado em que o homem buscava o direito pelo exercício de suas próprias razões.

O atual governo parece estar buscando o direito de participação de todos, como podemos perceber pelas palavras da Ministra Marina Silva:

> *A melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar em processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito à compensação e reparação de danos*[73].

7. CONCLUSÕES ARTICULADAS

7.1 O processo de consulta está previsto na CF, e é requisito obrigatório, devendo ser estabelecido até mesmo antes da autorização do Congresso nacional.

7.2 A CF é a lei maior da nação, então o requisito do art. 231, § 3º , pode ser interpretado de maneira extensiva para obrigar a FUNAI e demais órgãos administrativos a observarem o dispositivo, devendo o processo de consulta ser realizado em todo e qualquer tipo de ação que afete as comunidades indígenas.

7.3 Constitui alternativa positiva o processo de descentralização política, com gradativo aumento de participação dos governos locais (municípios) no processo de negociação com as comunidades indígenas, principalmente nas áreas onde a distância que separa as terras indígenas dos centros urbanos é cada vez menor.

7.4 A negociação de tratados entre governos locais e os povos indígenas é uma alternativa viável e tem demonstrado resultados positivos na Nova Zelândia e no Canadá. No Brasil, os tratados podem ser utilizados como alternativa para regiões em que ainda não foram criadas e demarcadas terras indígenas, ou para as regiões que, mesmo com a demarcação, ainda apresentam graves conflitos.

[73] Disponível em: [http://www.mma.gov.br/index.cfm?id_estrutura=18]. Acesso em: 12 abril 2005.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CRITÉRIO DE JUSTIFICAÇÃO DA FUNDAMENTALIDADE MATERIAL DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE TUTELA AMBIENTAL

LUCAS DOS SANTOS ROCHA WILLADINO
Estudante da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais –
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

1. INTRODUÇÃO

O ambiente natural, hodiernamente, tem sido motivo de intensa preocupação da humanidade, de modo que os mais atuais ordenamentos jurídicos consagram constitucionalmente a tutela ao meio ambiente com legislação direcionada diretamente a todos os membros da sociedade, sejam pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou ainda de direito privado.

Entretanto, esse fenômeno de ascensão do direito ambiental é relativamente recente, uma vez que tomou grande impulsão, tanto no plano nacional quanto alienígena, apenas nos últimos quarenta anos. Entendemos que isto se deu, principalmente, devido ao despertar de uma consciência ecológica nos idos da década de 60, majoritariamente nos países europeus, cuja entusiástica força argumentativa logrou alcançar representatividade suficiente para se fazer ouvir em todos os cantos da Terra, refletindo em inegável mudança de rumos no que se refere à constitucionalização da proteção ambiental.

Estas tendências protecionistas do meio ambiente destacam-se nas mais avançadas Cartas Legais do mundo, dentre elas, na Constituição Brasileira de 1988, que captou com indisputável preciosidade os princípios pró-ambiente internacionalmente reconhecidos, traduzindo-os em vários dispositivos constitucionais, formando um dos sistemas mais abrangentes e inovadores no que diz respeito à tutela ambiental. Podemos afirmar que a importância e a preocupação com o meio ambiente foram tão marcantes que o nosso Legislador Constituinte reservou-lhe um capítulo inteiro, bem como uma gama de normas previstas alhures no texto da Lei Maior. Outrossim, percebemos que, além destas distinções – totalmente inovadoras em nossa história constitucional – o alcance da tutela ambiental superou até mesmo as previsões mais otimistas, eis que sua positivação ganhou revestimento de direito fundamental, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência.

Nas palavras de Benjamin,[1] o modelo constitucional pátrio eleva "a tutela ambiental ao nível não de um direito qualquer, mas de um direito fundamental, em pé de igualdade com outros também previstos no quadro da Constituição".

[1]BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. "Meio Ambiente e Constituição: uma primeira abordagem". In: *10 anos da ECO-92:* o direito e o desenvolvimento sustentável. São Paulo: IMESP, 2002. p. 94.

Entende o doutrinador que o meio ambiente restou alçado ao patamar máximo do ordenamento jurídico, privilégio que outros valores sociais relevantes só depois de décadas ou mesmo séculos, lograram conquistar.

Nada obstante, valendo-nos de outras palavras, significa dizer que se superou a percepção fragmentária e utilitarista dos bens ambientais até então vigente, passando-se a valorizar o meio ambiente como um direito fundamental da pessoa humana, essencial à sua sadia qualidade de vida, desta feita sob a égide de um sistema amplo, cogente e globalizante. Indubitavelmente as normas constitucionais de tutela ambiental representam um marco empolgante em favor da causa verde, notadamente face à portentosa ascensão a qual o direito ambiental restou erigido, agora inscrito no topo de nosso ordenamento legal, com todas as garantias que a própria Carta Magna lhe proporciona.

O direito a um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado foi abordado como um direito fundamental pela ordem jurídica vigente, o que colabora essencialmente para a construção de um sistema de garantias da qualidade de vida dos cidadãos, circunstância essa que justifica a especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade – de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e das futuras gerações.

É pacífico o entendimento de que a tutela ambiental restou erigida à norma fundamental, porém pouco se fala acerca das razões que a elevam nesse plano, talvez pela nítida sensação de que um cuidado com a qualidade do nosso habitat é indispensável para a continuação de nossas próprias vidas. Contudo, temos como necessário o aprofundamento no estudo da significação da expressão *fundamental*, em suas diferentes dimensões, a fim de que possamos perceber se realmente o sentido e abrangência do contexto no qual a proteção ao meio ambiente restou inserida lhe é pertinente.

Neste contexto, assume particular relevância o estudo da verificação da *fundamentalidade* dessas normas ambientais constitucionais, porquanto será através de uma conferência da justificação de tais prerrogativas que se poderá corroborar consubstancialmente a validade e importância das garantias acima referidas. Todavia, tal estudo é demasiadamente complexo, eis que pressupõe uma tomada de posicionamento no denso campo dos direitos fundamentais, ao passo que a própria doutrina autorizada refere-se a essas normas como sendo legítimos direitos fundamentais, sem, contudo, diagnosticar o porquê de tal posicionamento. Este, portanto, o ambicioso escopo do presente trabalho: comprovar, ainda que em breves linhas, a justificação da *fundamentalidade* material das normas constitucionais de tutela ambiental.

2. NOÇÕES GERAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O estudo dos direitos fundamentais, face às múltiplas possibilidades que se oferecem aos que pretendem se dedicar ao enfrentamento de tão vasto e relevante universo temático, implica, primordialmente, uma tomada de posição quanto ao enfoque adotado, bem como no que se refere ao método de trabalho.[2]

[2] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 24.

Isto porque, conforme ressalva Andrade,[3] o elenco de perspectivas a partir das quais se pode enfrentar a temática dos direitos fundamentais suscita uma imensa gama de aspectos e problemas passíveis de análise, dentre as quais enumera três: a) a perspectiva filosófica (ou jus-naturalista), a qual cuida do estudo dos direitos fundamentais como direitos de todos os homens, em todos os tempos e lugares; b) a perspectiva universalista (ou internacionalista), como direitos de todos os homens (ou categorias de homens) em todos os lugares, num certo tempo; c) e a perspectiva estatal (ou constitucional), pela qual os direitos fundamentais são analisados na qualidade de direitos dos homens, num determinado tempo e lugar.

No presente trabalho, cuja ênfase precípua é verificar se o *status* de direito fundamental é pertinente às normas de proteção ambiental constitucionais, optamos por centrar nossa atenção na dimensão concreta dos direitos fundamentais, tais quais se encontram plasmados na órbita do direito constitucional positivo (perspectiva estatal, portanto), com foco particular no Direito pátrio. Quanto ao método, temos que este é o dedutivo, uma vez que buscaremos extrair de diferentes correntes doutrinárias os subsídios que nos propiciarão construir uma tese de justificação da *fundamentalidade* material das normas ambientais.

Ab initio, seria interessante destacar a definição que renomados constitucionalistas conferiram aos direitos fundamentais, contudo, conforme explica Sarlet,[4] a questão desses direitos é tão heterogênea que a própria doutrina tem alertado para a dificuldade de estabelecer um consenso na esfera conceitual e terminológica, inclusive no que diz com o significado e conteúdo de cada termo[5] utilizado, o que reforça a necessidade de obtermos, ao menos para os fins específicos deste estudo, um critério unificador, como veremos em breve.

Desta feita, em que pese exista uma ambigüidade consensual acerca da definição dos direitos fundamentais, é possível afirmar – e isto temos por certo - que as normas constitucionais quanto à sua categoria de *fundamentalidade*, apontam para a especial dignidade de proteção dos direitos num sentido *formal* e num sentido *material*.[6]

O ilustre jurista português Canotilho,[7] explica em sua obra que a positivação dos direitos fundamentais significa a incorporação dos direitos considerados "naturais" e "inalienáveis" do indivíduo pela ordem jurídica legal. Contudo, assevera o respeitado doutrinador, não basta para tanto uma qualquer positivação, é imprescindível que tais direitos sejam colocados no topo das fontes de direito, ou seja, as normas constitucionais.

Nos direitos fundamentais formalmente constitucionais, encontram-se aqueles direitos que, face à sua relevância, foram consagrados e reconhecidos expres-

[3] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.* Coimbra: Almedina, 1987. p. 11 e ss.

[4] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 31.

[5] Sarlet destaca que, tanto na doutrina, quanto no direito positivo, são utilizadas outras expressões para identificar os direitos fundamentais, tais como "direitos humanos", "direitos do homem", "direitos subjetivos públicos", "direitos individuais", "liberdades fundamentais", "liberdades públicas" e "direitos humanos fundamentais", apenas para referir algumas das mais importantes.

[6] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da constituição.* 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 348.

[7] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da constituição.* 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 347.

samente pelo texto constitucional como direitos fundamentais, sendo eles enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal.[8]

Nessa esteira, seguindo um entendimento conceitual bastante modesto, eis que corre o risco de provocar no exegeta a errônea percepção de que toda norma constitucional é fundamental quanto ao seu conteúdo, temos o primeiro critério formal de caracterização estabelecido por Schmith,[9] quando dispõe que "podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional". Tal conceituação encontra suporte na idéia de Hesse,[10] um dos clássicos do direito público alemão contemporâneo, quando define uma noção estrita dos direitos fundamentais: "aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais".

Todavia, ambos os doutrinadores germânicos reconhecem que estas definições mostram-se limitadas. Schmith, quando estabelece o segundo critério formal de caracterização dos direitos fundamentais, desta feita de maneira mais criteriosa, afirma que são aqueles que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança: "ou são imutáveis, ou pelo menos de difícil mudança". Hesse, por sua vez, ensina que os direitos fundamentais, em sentido amplo, almejam criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade da pessoa humana.

Outrossim, do ponto de vista material, leciona Schmitt que os direitos fundamentais variam conforme a espécie de valores e princípios que cada Estado Constitucional consagra em sua Carta Maior, ou seja, cada Estado terá seus direitos fundamentais específicos. Semelhante conclusão é a de Andrade,[11] quando diz que os direitos fundamentais refletem os direitos humanos num determinado tempo e lugar, isto é, num Estado concreto, numa perspectiva constitucional.

Entretanto, por julgarmos relevante, saltamos das palavras de Andrade para a lição de Sarlet,[12] que identifica uma confusão entre as expressões "direitos fundamentais" e "direitos humanos", uma vez que os direitos fundamentais, de certa forma, também são direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos. Dessa forma, consoante destaca o referido autor, seria relevante clarificar a distinção entre os dois termos, *in verbis*:

> *"Em que pese sejam ambos os termos ("direitos humanos" e "direitos fundamentais") comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo "direitos fundamentais" se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão "direitos humanos" guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade*

[8] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da constituição.* 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 348.
[9] Carl Schmitt, 1954, apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 515.
[10] Konrad Hesse, 1982, apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 514.
[11] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.* Coimbra: Almedina, 1987. p. 12.
[12] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 33.

> *universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional".*

Com efeito, exprimimos dos ensinamentos acima colacionados uma definição *latu sensu* dos direitos fundamentais a qual iremos nos agarrar, posto que coadunamos com o entendimento de Sarlet, no sentido de que os direitos fundamentais aplicam-se àqueles direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, que, por seu conteúdo e importância, restaram integradas ao corpo da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos. Contudo, acrescentando a lição do eminente jurista, temos que este conteúdo e importância destacados devem, como critério de validação, criar e manter os pressupostos de uma vida baseada na liberdade e na dignidade da pessoa humana.

Ao adotarmos tal entendimento, obviamente estamos rejeitando a limitação formal imposta pela nossa Carta Magna de 1988, que definiu como direitos e garantias fundamentais somente àqueles constantes do Título II. A concepção moderna do tema, que entende existir um sistema materialmente aberto das normas fundamentais,[13] nos permite reconhecer direitos fundamentais além daqueles expressamente previstos na Constituição.

Neste sentido, de grande valia a percepção de Canotilho,[14] quando assevera que "o amplo catálogo de direitos fundamentais não esgota o campo constitucional dos direitos fundamentais", ou seja, dispersos ao longo do texto constitucional existem outros direitos fundamentais, que não devem ser desprezados em prol de uma ordem hierárquica fechada. Pelo contrário, conforme sustenta Vieira de Andrade,[15] a ordem constitucional dos direitos fundamentais deve ser "uma ordem pluralista e aberta e, por isso, não hierárquica".

De fato, alicerçados na idéia de que o sistema é materialmente aberto e não limitado à estreitos e definitivos contornos, encontramos a norma constitucional prevista no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que vem corroborar nossa compreensão, uma vez que traduz a intenção do legislador constituinte de promover ao grau de direitos fundamentais mesmo àqueles não catalogados no Título II, desde que, substancialmente, assim o sejam. Nas palavras de Medeiros,[16] "esta cláusula permite o reconhecimento de outros direitos fundamentais, ainda que não expressos na Constituição, assim como para aqueles direitos fundamentais expressos na Constituição, mas estranhos ao elencado no Título II".

Dessa forma, podemos admitir a verificação de direitos fundamentais materiais dentro da Constituição, mas fora do Título II, inclusive em Tratados Internacionais e até mesmo em normas infra-constitucionais, cuja positivação não faça qualquer

---

[13] MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio Ambiente*: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 82.

[14] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da constituição.* 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 370.

[15] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.* Coimbra: Almedina, 1987. p. 108.

[16] MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio Ambiente*: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 84.

menção expressa desse caráter fundamental.[17] Tal presunção ganha assento com o advento da recente Emenda Constitucional nº 45,[18] que, ao acrescentar o § 3º [19] no artigo 5º, conferiu *status* de norma constitucional aos Tratados e Convenções Internacionais que versarem sobre direitos humanos.

Esta amplitude material, combinada com a intrínseca relação entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, é que possibilita vincular o direito à proteção ambiental como um direito fundamental, como veremos pormenorizadamente logo adiante.

Das análises acima suscitadas, é imperioso realçar, para bem finalizarmos a definição do que são os direitos fundamentais, que estes direitos relacionam-se diretamente com a garantia de não-ingerência do Estado na esfera individual e com a consagração da dignidade humana, tendo sua posição hermenêutica elevada em relação aos demais direitos previstos no ordenamento jurídico, o que lhe confere diversas prioridades, configuradas em características como a imprescritibilidade, a inalienabilidade, a irrenunciabilidade, a inviolabilidade, a universabilidade, a efetividade, a interdependência e a complementariedade.[20]

3. AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Estabelecida uma idéia da conceituação dos direitos fundamentais, fator preponderante para a compreensão do presente estudo, importa agora trabalhar com a distinção proposta pela doutrina quanto às dimensões dos direitos fundamentais, alicerce indispensável para podermos alcançar o direito fundamental à proteção ambiental.[21]

A problemática das "dimensões" dos direitos fundamentais é distinção doutrinária moderna, observada pelos maiores constitucionalistas, no que concerne à evolução e transformação dos direitos fundamentais ao longo do tempo, ou seja, baseando-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser institucionalmente reconhecidos, refletindo tanto no seu conteúdo, quanto na sua titularidade, eficácia e efetividade.[22]

Assim sendo, temos a classificação dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões (quiçá até uma quarta dimensão, como veremos).[23] Segundo nos informa Bonavides,[24] esta teoria dimensional tem origem na Revolução Francesa de 1979 e nos seus três princípios básicos, que exprimem todo

[17] MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio Ambiente*: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 85.
[18] Emenda Constitucional nº 45, publicada no Diário Oficial da União em 31/12/2004.
[19] Emenda Constitucional nº 45, "artigo 5º, § 3 Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".
[20] MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e Legislação Constitucional.* São Paulo: Atlas, 2002. p. 163.
[21] MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio Ambiente*: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 68.
[22] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 50.
[23] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 50.
[24] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 517.

conteúdo possível dos direitos fundamentais, cada qual representativo de uma dimensão (ou geração, conforme refere o autor), quais sejam: a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

Ensina o respeitado constitucionalista que os direitos de primeira dimensão são os direitos de liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, sendo estes os direitos civis e políticos, "correspondentes àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente".[25]

Estes direitos de primeira dimensão podem ser considerados como aqueles que marcaram o seu reconhecimento perante as primeiras Constituições, restando consolidados, tanto formal quanto materialmente, tendo como titular o indivíduo e ostentando uma subjetividade como traço característico.[26]

São os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, e à igualdade que assumem particular relevo nessa dimensão, conforme explica Sarlet,[27] acentuando que isto se dá, especialmente, pela marcante inspiração jusnaturalista desses direitos. Outrossim, Barroso[28] concorda que estes direitos individuais estão dirigidos à proteção destes valores, porém acentua que são talhados na experiência do individualismo liberal.

Medeiros,[29] por seu turno, ensina que estes direitos são considerados de defesa, como uma verdadeira zona de autonomia individual do cidadão em face do poder do Estado, por isso também sendo enquadrado na categoria de *status negativo,* pois representam uma abstenção e não uma conduta positiva por parte do Poder Público.

De outra banda, aparecem os direitos de segunda dimensão, que fazem jus à denominação de *direitos positivos*, porque, diferentemente dos direitos de primeira dimensão, atribuem ao Estado uma conduta ativa na realização da justiça social.[30] São estes os direitos econômicos, sociais e culturais, fruto do impacto da industrialização e dos graves problemas sociais e econômicos que despontaram no século XIX, quando se obteve a consciência de que a consagração formal de liberdade e igualdade não representava a garantia das mesmas, devendo o Estado intervir para atender as reivindicações da sociedade.[31] Não se trata mais de liberdade perante o Estado, mas sim de liberdade pela intervenção do Estado. Enquanto os direitos individuais da primeira dimensão funcionam como proteção ao indivíduo em face do Estado, os direitos sociais de segunda dimensão defendem o indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos.

Para Bonavides,[32] os direitos de segunda dimensão dominam o século XX, do mesmo modo que os direitos de primeira dimensão dominaram o século pas-

[25] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 517.
[26] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 517.
[27] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 52.
[28] BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a Efetividade de suas normas.* 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 101.
[29] MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio Ambiente*: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 70.
[30] MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio Ambiente*: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 71.
[31] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 52.
[32] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 518.

sado. Mas passaram por um período de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, pela sua natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.

Nesta senda, como oportunamente observa Sarlet,[33] cumpre lembrar que estes direitos também se reportam à pessoa individual, como os de primeira dimensão, contudo, germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século, englobando as "liberdades sociais", correspondendo às vontades das classes menos favorecidas.

Importa consignar que estes direitos são os que conferem ao indivíduo o direito a prestações sociais estatais, como a saúde, o trabalho, a educação e a assistência social, bem como asseguram alguns anseios almejados pela classe operária, quando autorizam a liberdade de sindicalização, o direito de greve, o direito de férias, dentre outros, daí porque sua estrita ligação com os ideais de paz social.[34]

Finalmente, chegamos à dimensão que maior relevo possui no presente estudo, a terceira, cujos direitos são denominados de solidariedade e de fraternidade, em virtude de destinarem sua proteção não apenas ao indivíduo unitário, mas para grupos humanos, caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.[35]

A sociedade, com a evolução dos tempos, deixou de aceitar a existência de um interesse público que não prime exclusivamente pelo interesse de uma coletividade de pessoas justamente em benefício das quais as normas jurídicas deveriam ser endereçadas. Assim, nasceram os direitos de terceira dimensão, que atuam com caráter preponderantemente defensivo e não possuem um titular certo; pertencem a uma série de sujeitos e têm objeto indivisível, de forma que a satisfação de todos é o que se busca, e a lesão a um só dos titulares constitui lesão a toda coletividade.

Discorrendo sobre estes direitos, Bonavides[36] adverte para sua especial importância no mundo atual, marcadamente pelo caráter universal e humanista que carregam, *verbo ad verbum*:

> *"Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta (...) Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade".*

[33] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 52-53.
[34] MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio Ambiente*: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 72.
[35] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 53-54.
[36] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 517.

Em verdade, urge pôr em relevo os direitos de terceira dimensão, porquanto grande parte da doutrina refere o artigo 225 da nossa Constituição Federal como legítima consagração destes direitos no corpo constitucional, devido à evidente titularidade transindividual do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A referida norma, portanto, ao classificar o meio ambiente como bem de uso comum do povo, não prevê a titularidade individual, nem a titularidade plena, impedindo, assim, a apropriação do objeto de direito, haja vista que tais interesses transcendem o indivíduo.

Conforme ressalta D´lsep,[37] a tutela da qualidade do meio ambiente é instrumental, o que se protege por meio dela é a vida, que por sua vez não pode ser fracionada. Passa a ter como titulares pessoas indeterminadas interligadas por circunstâncias de fato.

É notável o tratamento diferenciado que o legislador aplica em relação ao bem público e ao bem difuso, ressaltando que meio ambiente não é patrimônio público. Com o surgimento da Lei n.º 8.078/90, exauriu-se a dicotomia do público/privado e em razão da indeterminabilidade dos titulares e da indivisibilidade do objeto os bens ambientais são designados como difusos.

Em outras palavras, a tutela ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, verdadeiro direito de solidariedade, é a consagração constitucional de um típico direito de terceira dimensão.[38]

Assim, para encerrar nossos estudos sobre essas três dimensões dos direitos fundamentais, sintetizando os provimentos acima expostos, colacionamos o entendimento do Pleno do Supremo Tribunal Federal, consubstanciado no voto do Relator do Mandado de Segurança nº 22.164/SP, Ministro Celso De Mello, *verbo ad verbum*:

> *"Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade".*

Finalmente, podemos referir os direitos fundamentais de quarta dimensão, defendidos por Bonavides,[39] quando dispõe serem esses oriundos da globalização dos direitos fundamentais, configurando, portanto, uma projeção destes direitos no futuro, baseada nos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Con-

[37] D´LSEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Direito ambiental econômico e a ISO 14000*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 73.
[38] MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e Legislação constitucional.* São Paulo: Atlas, 2002. p. 167.
[39] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 524.

tudo, em que pese tal dimensão signifique uma esperança justa e saudável de um futuro melhor, já que se refere à evolução da cidadania e ao porvir da liberdade de todos os povos, estes direitos ainda não conseguiram ser reconhecidos no âmbito do direito positivo interno e do direito internacional.

4. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CRITÉRIO DE JUSTIFICAÇÃO DA FUNDAMENTALIDADE MATERIAL DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE TUTELA AMBIENTAL

Pelo exposto nos tópicos anteriores deste estudo, já podemos compreender que a constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significa mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos especialmente relevantes, com base nos quais qualquer cidadão poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário, para a concretização da democracia.

Neste norte, como estruturação do Estado, no ápice da pirâmide legal, encontra-se a Constituição Federal, que contém normas hierarquicamente superiores a todas as outras. A Carta Magna é um conjunto de regras e princípios que têm como objetivo a regulação jurídica do poder. Segundo Canotilho,[40] a Constituição é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza o poder político.

A atual estrutura da República Federativa do Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, emerge de cinco fundamentos (artigo 1º, I a V), que indicam a forma correta de interpretar toda a aplicação do direito positivo pátrio em vigor, quais sejam: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa assim como o pluralismo político.[41]

Atendo-nos aos objetivos precípuos do presente estudo, iniciaremos, neste segmento, com a tentativa de situar e compreender a posição e o significado da dignidade da pessoa humana como fundamento de nossa ordem constitucional.

Pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio tivemos uma previsão, em título próprio, destinada aos princípios fundamentais, situada, em evidente homenagem ao especial significado e função destes, na parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais.[42]

Conforme elucida Sarlet,[43] mediante tal expediente, o Constituinte deixou transparecer de forma inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive daquelas normas definidoras de direitos, deveres e garantias fundamentais. Deste conjunto é que exsurge aquilo que o autor denomina de "núcleo essencial de nossa Constituição formal e material".

[40] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da constituição.* 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 46.
[41] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Princípios do processo ambiental.* São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1.
[42] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 61.
[43] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 61.

Nestes termos, de imensurável valia para o presente estudo é o princípio fundamental da dignidade humana, eis que, se um Estado democrático almeja ser merecedor de ostentar essa condição, pressupõe respeito e promoção do referido princípio, bem como de todos os direitos fundamentais, a fim de que se reconheça categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário. Porém, como adverte Sarlet,[44] não é por afirmar isto que iremos recair na ingenuidade de "não reconhecer que a positivação jurídica, por si só, não tem o condão de impedir violações concretas da dignidade das pessoas".

Outrossim, conforme relembra o destacado jurista gaúcho,[45] a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é um fenômeno relativamente recente, eis que tão-somente ao término da Segunda Guerra Mundial a expressão "dignidade" da pessoa humana passou a ser reconhecida expressamente nas Constituições, notadamente após ter sido consagrada pela Declaração Universal das Nações Unidas de 1948, o que conta mais um ponto a favor dos nossos Legisladores Constituintes, atuais e perspicazes na captação dos avanços internacionais.

Ex positis, voltemo-nos ao objetivo principal deste trabalho. Com efeito, no momento em que destacamos o significado e o conteúdo da dignidade da pessoa humana, certamente, já estamos tomando partido (no sentido de assumirmos um compromisso) com os entendimentos que conferem à dignidade da pessoa humana a qualificação de norma jurídica fundamental (principal) de uma determinada ordem jurídica-constitucional, *in casu*, da ordem jurídica pátria. Em outras linhas, comungamos com a lição de Siqueira Castro,[46] quando assevera que "o Estado Constitucional Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano".

Nesta quadra, a conclusão de Moraes,[47] quando diz que "a previsão dos direitos humanos fundamentais direciona-se basicamente para a proteção à dignidade da pessoa humana". Deveras semelhante, o quanto acrescenta Nunes,[48] quando refere a dignidade como "primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete."

Bonavides, com toda propriedade que lhe é particular, referindo-se justamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, prefaciando a obra de Sarlet,[49] afirmou que sua densidade jurídica dentro de um sistema constitucional há de ser máxima, porque entende que "se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados". Tal

[44] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 65.
[45] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 62.
[46] CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os Direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 19.
[47] MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e Legislação constitucional.* São Paulo: Atlas, 2002. p. 167.
[48] NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana:* doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 45.
[49] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 16.

argumentação justifica o entendimento de Stern,[50] quando defende tese em que a caracterização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana é tida como "o princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa".[51]

Nessa esteira, impende referir, também, a análise de Azevedo,[52] no sentido de que no caso da dignidade da pessoa humana, o conceito, além de normativo é axiológico, porque a dignidade é valor - a expressão do valor da pessoa humana – "e todo valor é a projeção de um bem para alguém". *In casu*, a pessoa humana seria o bem, e a dignidade, o seu valor, ou seja, sua projeção. Complementamos tal conclusão valendo-nos das palavras de Miranda,[53] que discorrendo sobre o caráter compromissário deste princípio, entende que ele faz da pessoa o "fundamento e o fim da sociedade e do Estado".

Assim, podemos sustentar que sendo a dignidade da pessoa humana um valor fundamental que "atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais",[54] é imprescindível que se protejam e reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, sob pena de negar-lhe a própria dignidade.

Neste prisma, cumpre relembrar que a Constituição de 1988 consagrou a idéia da abertura material do catálogo constitucional dos direitos e garantias fundamentais, ou seja, além daqueles direitos e garantias expressamente reconhecidos como tais pelo Constituinte, existem direitos fundamentais assegurados em outras partes do texto constitucional (fora do Título II), sendo também acolhidos os direitos positivados nos tratados internacionais em matéria de Direitos Humanos.[55]

A idéia de que os direitos fundamentais integram um sistema materialmente aberto no âmbito da Constituição Federal tem seu forte na expressa dicção do artigo 5º, § 2º, da nossa Carta Magna e no argumento de que os direitos fundamentais são, em verdade, concretizações do próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Surge, portanto, um dos maiores desafios para quem se ocupa do estudo da abertura material do catálogo de direitos e garantias fundamentais, que é justamente o de identificar quais os critérios que poderão servir de embasamento para a localização daquelas posições jus-fundamentais implícitas, ou seja, deixadas de fora do enquadramento expressamente designado pelo Constituinte. Nas palavras de Canotilho,[56] "problema é o de saber como distinguir, dentre os direitos sem assento constitucional, aqueles com dignidade suficiente para serem considerados *fundamentais*".

---

[50] Klaus Stern, apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 70.

[51] Entretanto, Sarlet sustenta que tal afirmação gera uma controvérsia significante em torno da relação entre o valor da vida humana e a dignidade da pessoa, já que não faltam os que sustentam a prevalência da primeira.

[52] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. "Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana". *Revista dos Tribunais*, v. 797, p. 12, mar. 2002.

[53] MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3.ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000. v. IV. p. 180.

[54] SILVA, José Afonso da. "A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia". *Revista de Direito Administrativo*, v. 212. p. 92, 1998.

[55] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 98.

[56] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da constituição.* 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 46.

De posse desta autêntica interrogação é que passamos a demonstrar nossas intenções (de certo modo já reveladas), no que concerne à construção dos elementos de identificação de um conceito material de direitos fundamentais. Para tanto, nos prenderemos ao pensamento de boa parte da melhor doutrina pátria, iniciando pela idéia de Farias,[57] quando sugere que o princípio da dignidade da pessoa humana, expressamente enunciado pelo artigo 1º, III, da Carta Maior, além de constituir o valor unificador de todos os direitos fundamentais, que, na verdade são uma concretização daquele princípio, também cumpre função legitimatória do reconhecimento de direitos fundamentais materiais implícitos, revelando, de tal sorte, sua íntima relação com o artigo 5º, § 2º da nossa Lei Fundamental.

Pretende-se mostrar, neste contexto, que o princípio da dignidade da pessoa humana assume posição de destaque, eis que serve como diretriz material para a identificação de direitos fundamentais implícitos, ou, em outras palavras, trata-se de verdadeiro critério referencial de justificação da *fundamentalidade* desses direitos. Nas palavras de Sarlet,[58] ilustramos nosso entendimento, *verbo ad verbum*:

> *"Assim, o fato é que – e isto temos por certo – sempre que se puder detectar, mesmo para além de outros critérios que possam incidir na espécie, estamos diante de uma posição jurídica diretamente embasada e relacionada (no sentido de essencial à sua proteção) à dignidade da pessoa, inequivocamente estaremos diante de uma norma de direito fundamental, sem desconsiderar a evidência de que tal tarefa não prescinde do acurado exame de cada caso".*

Entende o consagrado jurista[59] que, em princípio, poderão ser reconhecidos direitos fundamentais autônomos decorrentes apenas da conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana, todavia, esclarece que tal tarefa reclama imensa cautela por parte do intérprete (já que de atividade hermenêutica se cuida), sendo fator preponderante que tal contato represente uma posição jurídica eivada de substancial *fundamentalidade*, obviamente assumida em face da dignidade. Não fosse assim, assumindo um entendimento simplista de que todas as normas constitucionais se espelham no referido princípio, estaríamos correndo o risco de banalizar e esvaziar a própria noção de dignidade e sua força normativa, daí porque é imperioso o estudo profundo de cada caso para determinar sua justificação através do critério apresentado.

A esse esforço exegético é que se resume a tarefa do bom jurista, cujo norte há de apontar para a verificação da validade da fundamentação do caso *sub examine*, respeitando a unicidade sistemática das normas superiores e relacionando-a com a realidade sociológica de um Estado, num determinado momento histórico, no que Kelsen[60] definiria como uma autêntica fundamentação lógico-jurídica.

---

[57] Edilsom Pereira de Farias, apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 102.

[58] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 101.

[59] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 103.

[60] KELSEN, Hans. *A teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 267 e ss.

De acordo com o acima apresentado, valemo-nos das palavras de Bastos[61] para explicar o que estamos planejando no presente estudo, *in verbis*:

> *"Vigente a norma, após o término da tarefa do legislador, começa o trabalho científico do jurista, o qual consiste em verificar a sua validade, decorrente de fundamentação em outra norma, e em interpretá-la para explicitar o seu conteúdo. Para isso não recorrerá aos dados pré-científicos eventualmente utilizados pelo legislador. (...) O jurista, portanto, limitar-se-á a um trabalho lógico, recorrendo tão-somente ao enunciado legal e às outras normas do sistema. A tarefa do jurista é interpretativa; ele se ocupa com as relações lógicas do direito".*

Destarte, os princípios que emanam do texto constitucional são os que informam todo o sistema jurídico para onde e como se vai. A tarefa interpretativa, levando em consideração os princípios que se manifestam através de normas programáticas[62] é que vai desvendar os valores positivados na Lei Maior.

Desta forma, chegamos ao ponto onde queríamos. No início deste capítulo questionamos se a denominação da tutela ambiental constitucional como um direito fundamental lhe era pertinente. A resposta - em parte e na medida em que parece viável formular alguma – de certa forma já foi anunciada.

Para tanto, cumpre trazer à baila a proposta de definição dos direitos fundamentais que outrora acolhemos, apoiados na idéia de Sarlet,[63] qual seja, a de que as normas fundamentais só devem ser guindadas à esta condição quando refletirem "posições jurídicas implícita ou expressamente consagradas que efetivamente sejam de tal sorte relevantes no que diz com seu conteúdo e significado, a ponto de merecerem o *status* de direito fundamental".

Sendo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado um pressuposto essencial à sadia qualidade de vida humana (conforme dispõe nossa Lei Maior), e restando sobejamente garantida no plano constitucional a dignidade desta vida, através do princípio anteriormente referido, podemos afirmar o direito à proteção ambiental como um direito materialmente fundamental. Destaque-se, a fim de tornar ainda mais completa sua qualificação, que se trata de um direito fundamental de terceira dimensão, eis que o meio ambiente é bem de uso comum de todos, conforme dispõe o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal.

Curial para o aprofundamento nesta análise da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o reconhecimento da proteção ambiental como um valor fundamental é a lição de Sarlet,[64] *in litteris*:

---

[61] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 36.

[62] Para os fins desse trabalho, adotaremos o entendimento de que normas programáticas são aquelas que: a) estabelecem um dever para o legislador; b) condicionam a legislação futura; c) constituem vetores para interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; d) condicionam a atividade discricionária da Administração; e) determinam a revogação, por inconstitucionalidade, das normas legais anteriores que dispunham em sentido contrário. ROCHA, Vânia de Almeida Sieben. "Constituição e Meio ambiente". In: *Temas de Direito Ambiental – uma visão interdisciplinar*. Porto Alegre: AEBA, 2000. p. 189.

[63] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 100.

[64] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 81.

> *"Sempre haverá como sustentar a dignidade da própria vida de um modo geral, ainda mais numa época em que o reconhecimento da proteção do meio ambiente como valor fundamental indicia que não mais está em causa apenas a vida humana, mas a preservação de todos os recursos naturais, incluindo todas as formas de vida existentes no planeta, ainda que se possa argumentar que tal proteção da vida em geral constitua, em última análise, exigência da vida humana e vida humana com dignidade".*

Em verdade, conforme ensina Medeiros,[65] a proteção ao ecossistema no qual estamos inseridos, e do qual fazemos parte, foi concebida com o escopo de respeitar o processo de desenvolvimento econômico e social, sem, contudo, impedir que o ser humano desfrute de uma vida digna. Constituindo um legítimo protetor da dignidade da pessoa humana e da vida como um todo, o direito à proteção ambiental é, indubitavelmente, um direito fundamental em nosso ordenamento jurídico.

5. CONCLUSÕES ARTICULADAS

Pelo exposto, podemos, em síntese e articuladamente, apontar as seguintes conclusões:

5.1 Com o advento da Carta Magna de 1988, a evolução do direito ambiental pátrio ascendeu em proporção imensurável, porquanto, pela primeira vez em nossa história constitucional, tivemos diversos dispositivos voltados à proteção do meio ambiente, inclusive com um capítulo próprio, formando um sistema amplo, moderno e cogente em prol da causa verde, postado no nível superior da hierarquia normativa nacional.

5.2 Associando o Princípio máximo da Dignidade da Pessoa Humana com a posição jurídica da tutela ambiental em nossa Lei Maior, através do critério de justificação da *fundamentalidade* material das normas que propôs Sarlet,[66] temos que as normas ambientais constitucionalmente previstas, em especial à do artigo 225, são merecedoras do *status* fundamental, notadamente pela incontestável existência de uma intrínseca relação entre meio ambiente saudável e vida humana com dignidade.

5.3 O Princípio fundamental que consagra a Dignidade da Pessoa Humana é de grande relevo para o direito ambiental, visto que tal princípio, imperativamente, deverá ser considerado no planejamento de qualquer política desenvolvimentista, bem como, projetar-se-á sobre o modo como devam ser assegurados todos os demais direitos na sociedade previstos pela Carta Fundamental.

---

[65] MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio Ambiente*: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 113.

[66] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 98.

5.4 Podemos então falar de um Direito Ambiental Fundamental, assim considerado o conjunto de normas jurídicas destinadas à proteção do meio ambiente, inseridas dentro de um sistema coerente e lógico, que pela distinta relevância, goza de toda supremacia e é protegida pela rigidez da Constituição.

5.5 Esta suprema positivação, com todas prerrogativas que lhe são inerentes, indica um longo caminho a seguir em busca do que constitucionalmente resta estabelecido, resguardando nossa inabalável convicção de que o instrumento legislativo produzirá os efeitos desejados. Nas palavras de Bonavides,[67] "a tarefa medular do Estado social contemporâneo nos sistemas políticos instáveis não é unicamente fazer a Constituição, mas cumpri-la, depois de reconhecer-lhe a legitimidade".

[67] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 162.

O SISTEMA PROCESSUAL SUPRAINDIVIDUAL E A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE: AÇÃO CIVIL PÚBLICA E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

LUCIANA CARDOSO PILATI
Estudante da Faculdade de Direito da Universidade Federal de SantaCatarina, pesquisadora do Programa Especial de Treinamento(PET/SESU) e do Grupo de Estudos de DireitoAmbiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco (CNPQ/UFSC)

INTRODUÇÃO

O direito material ao ambiente ecologicamente equilibrado, consagrado no art. 225, da Constituição da República Federativa do Brasil, em razão do seu caráter supraindividual, apresenta desafios completamente novos às instituições jurídicas, sobretudo ao processo civil tradicional, ligado essencialmente aos conflitos intersubjetivos.

A efetividade dessa espécie de direito material, que transcende a esfera do público e do privado, por não pertencer ao Estado nem ao indivíduo isoladamente, mas a toda a coletividade, depende, num primeiro momento, da existência de mecanismos processuais adequados aos conflitos de massa e, num segundo momento, da interpretação e da aplicação desses instrumentos.

O presente artigo trata do primeiro aspecto, ou seja, da preocupação com a adequação de instrumentos processuais à solução dos conflitos supraindividuais ambientais, traçando-lhes um arcabouço jurídico. Procura selecionar os instrumentos adequados à salvaguarda desses interesses, sistematizando, ao mesmo tempo, as principais dificuldades processuais decorrentes da própria complexidade do bem tutelado. Tem por objetivo, assim, definir, dentre os instrumentos jurídicos existentes no ordenamento jurídico brasileiro, uma tutela processual adequada às necessidades do direito material ao ambiente equilibrado.

Nesse passo, trata, inicialmente, do reconhecimento do bem ambiental como bem jurídico autônomo e da sua caracterização. Em seguida, examina a ação civil pública como instrumento processual de inibição e de reparação de danos ambientais, com enfoque à tutela reparatória e à responsabilização civil. Analisa, assim, a complexidade do dano ao ambiente como óbice à sanção civil e ao ressarcimento do bem. Apresenta, por fim, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e a Ação Civil Pública (ACP) como instrumentos integrantes do sistema processual supraindividual, paralelo ao sistema processual civil voltado para a solução dos conflitos intersubjetivos.

1. O DIREITO AO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E SUA TUTELA PROCESSUAL

A proteção do meio ambiente como bem jurídico autônomo passou a ser feita com a constatação de que as degradações ambientais interferem diretamente na dinâmica social, econômica e política[1]. Se, por um lado, reconheceu-se a transindividualidade do bem, com a atribuição da sua titularidade à coletividade; por outro, verificou-se a socialização dos danos causados ao ambiente, revelando ameaças médico-sanitárias, sociais e econômicas globais, capazes de atingir todos os seres vivos indistintamente[2]. Sendo assim, sobretudo pelo caráter supraindividual do bem, pode-se afirmar que a tutela do meio ambiente lança desafios completamente novos às instituições jurídicas, sociais e políticas da sociedade mundial superindustrilizada[3].

No Brasil, o bem ambiental adquiriu *status* de direito fundamental constitucional com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil[4], em 1988, como reflexo do chamado esverdeamento das Constituições[5]. O art. 225 da Carta Magna[6] permite caracterizar o meio ambiente como bem de uso comum do povo, pertencente a toda a coletividade, incorpóreo, supraindividual, indisponível, indivisível, intergeracional, insuscetível de apropriação exclusiva, cujos danos são de difícil ou impossível reparação[7].

---

[1] Beck denomina a sociedade do final do século XX, marcada pela crescente urbanização, concentração de capital e massificação, de sociedade de risco. Esse novo modelo social caracteriza-se pelo perigo diuturno de catástrofes ambientais, em razão da falibilidade científica e da incapacidade em lidar com imprevisibilidade, imensurabilidade e indeterminação dos danos, incluídos aí os ambientais. Enquanto o conceito da sociedade industrial clássica repousa na contradição entre natureza e sociedade (fim do século XIX), o conceito da sociedade de risco parte da integração entre natureza e civilização, com avanço dos danos através dos sistemas sociais parciais. Ver: BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo:** hacia una nueva modernidad. Barcelona: Piadós, 2001. p. 89.

[2] BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo:** hacia una nueva modernidad. Barcelona: Piadós, 2001. p. 89.

[3] BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo:** hacia una nueva modernidad. Barcelona: Piadós, 2001. p. 89.

[4] Até então, no Brasil, a proteção jurídico-material do meio ambiente era exercida, principalmente, pela Lei 4.771/65 (Código Florestal), e a Lei 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente).

[5] Trata-se da incorporação do direito ao ambiente equilibrado como um direito fundamental pelas Constituições. Analisando-se o reconhecimento do direito ao ambiente e a sua inserção nos textos constitucionais, pode-se vislumbrar a existência de, precipuamente, três posicionamentos. O direito ao ambiente aparece ora positivado numa dimensão objetiva, ora numa dimensão subjetiva, ora reunindo ambas as dimensões. Pela dimensão objetiva, o direito ao ambiente equilibrado é protegido como instituição. Embora a proteção do ambiente ainda esteja vinculada ao interesse humano, ela se dá de forma autônoma, ou seja, sem que confira ao indivíduo um direito subjetivo ao ambiente. Com relação à segunda dimensão de proteção do direito ao ambiente equilibrado –apenas subjetiva –, vislumbra-se um caráter tão-somente antropocêntrico, em que o ambiente é protegido, não como bem autônomo, mas a serviço do bem-estar do homem. Para tanto, atribui-se um direito – o de viver em um ambiente saudável – ao indivíduo (seja individual, seja coletivamente), a que corresponde uma obrigação estatal de concretização. A dimensão objetivo-subjetiva do ambiente é a mais avançada e moderna, porquanto repele a proteção ambiental em função do interesse exclusivo do homem para dar lugar à proteção em função da ética antropocêntrica alargada. Pugna essa concepção pelo reconhecimento concomitante de um direito subjetivo do indivíduo e da proteção autônoma do ambiente, independentemente do interesse humano. Trata-se da configuração mais completa, adotada pelo Brasil. LEITE, José Rubens Morato; PILATI, Luciana Cardoso; JAMUNDÁ, Woldemar. Estado de direito ambiental no Brasil. In: **Estudos em homenagem a Paulo Afonso Leme Machado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. (obra no prelo).

[6] "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".

[7] LEITE, J. R. M. **Dano ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 99.

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente define o meio ambiente como "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" (art. 3°, I, Lei 6.938/81).

O direito ao meio ambiente equilibrado transcende, portanto, a esfera do público e do privado, pois sua titularidade não pertence nem ao Estado, nem ao indivíduo isoladamente considerado. Referindo-se sempre à coletividade, a um grupo de pessoas. A exemplo de outros interesses transindividuais[8], o bem ambiental rompe com a noção individualista do processo civil tradicional, ligado, essencialmente, aos conflitos intersubjetivos.

Costuma-se classificar a metaindividualidade do bem ambiental em três espécies[9], conceituadas pelo Código de Defesa e Proteção do Consumidor[10].

Os interesses ou direitos difusos são aqueles transindividuais de natureza indivisível, dos quais sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. O dano causado a um interesse difuso pode incluir toda uma comunidade. Seria o caso, por exemplo, de derramamento de petróleo no mar por navio petroleiro, atingindo a costa litorânea e todo o mar.

Os interesses ou direitos coletivos *stricto sensu*, por seu turno, são aqueles transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica de base. Seria, por exemplo, a hipótese de poluição sonora em fábrica com conseqüências sobre a coletividade de empregados.

Os interesses ou direitos individuais homogêneos são, na verdade, direitos individuais, que foram artificialmente inseridos no gênero *metaindividual* por razões de economia processual[11]. Caracterizam-se pela divisibilidade do objeto e pela origem comum, causadora da *coletivização* desse tipo de interesse. Um exemplo seria a contaminação de leite produzido por fazendeiros de determinada região em razão de poluição industrial no local. Vislumbra-se, nessa hipótese, a divisibilidade do objeto, pois cada fazendeiro poderia individual e independentemente pleitear em juízo a reparação do dano à sua produção de leite pela indústria poluidora. Ademais, verifica-se que os danos possuem origem comum, pois todos decorreram da poluição industrial.

---

[8] Direito do consumidor, direito à saúde, à paisagem, ao patrimônio histórico, por exemplo.

[9] As três espécies pertencem ao gênero: direitos ou interesses coletivos *lato sensu*. Ver: LEITE, J. R. M. **Dano ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial. op. cit. p. 236-239.

[10] Dispõe o art. 81, parágrafo único, CDC: "A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo ou, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica de base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum".

[11] Assim, em vez de cada lesionado ajuizar, isoladamente, ação civil para reparação de danos individuais, todas as vítimas são reunidas em uma única classe, pleiteando seus interesses – de origem comum – conjuntamente, por meio de ação civil pública proposta por qualquer dos legitimados ativos. A possibilidade de defesa dos interesses individuais homogêneos por ação civil pública decorre da integração do Código de Defesa e Proteção do Consumidor e da Ação Civil Pública, determinada, nesse caso, pelos arts. 81, CDC e 21, LACP. A integração desses diplomas será objeto do segundo capítulo (item 2.3).

A tutela processual dos interesses transindividuais, aí incluídos os ambientais, foi inaugurada[12], pode-se dizer, pela Ação Civil Pública, criada pela Lei 7.347, de 24 de julho de 1985.

A Ação Civil Pública deu início, portanto, à coletivização do direito processual civil, com a criação de mecanismos processuais adequados à solução de conflitos de massa e na remoção de impedimentos típicos da prestação jurisdicional voltada para os conflitos intersubjetivos, ampliando-se o acesso à justiça[13]. A Ação Civil Pública rompeu, por exemplo, com a legitimação da processualística tradicional, retirando-a da esfera do titular do direito material (lesado), e inserindo-a no âmbito da representação adequada[14].

Não se pode afirmar, por outro lado, que a Ação Civil Pública constitui instrumento à parte da estrutura básica do processo civil brasileiro[15], uma prova disso é a subsidiariedade do Código de Processo Civil (art. 19, LACP).

No plano processual transindividual, destaca-se, ainda, a promulgação do Código de Defesa e Proteção do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), que teve o condão de corrigir algumas falhas e preencher lacunas da LACP[16]. O diploma consumerista também conceituou, conforme já mencionado, as categorias[17] *direito difuso*, *direito coletivo stricto sensu* e criou a dos *direitos individuais homogêneos*[18].

Uma das principais contribuições do diploma consumerista foi, contudo, a formação, juntamente à LACP, da chamada "'jurisdição civil coletiva'. A jurisdição civil coletiva constitui-se no conjunto de regras processuais que formam um esqueleto de processo civil coletivo, com técnicas processuais diferenciadas para a tutela de direitos coletivos *lato sensu*[19].

---

[12] José Carlos Barbosa Moreira, atentando para a intensificação de conflitos envolvendo a coletividade e para a inexistência de mecanismos processuais adequados à solução desses conflitos, propôs a ampliação da interpretação do art. 1º, § 1º, da Lei 4.717, de 29 de junho de 1965, que permitia ao cidadão pleitear a anulação de atos lesivos praticados pelo Poder Público ao erário por Ação Popular, para incluir a possibilidade de invalidação de ato praticado contra os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético ou histórico, não apenas quando causasse prejuízo *pecuniário*, mas também quando lesasse bens *imateriais* insuscetíveis de avaliação pecuniária, como os chamados *interesses difusos*. Ver: MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular no direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 110-123.

[13] BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Edis. **Ação civil pública:** lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 113.

[14] art. 5º, LACP + art. 82, CDC a legitimidade é: concorrente/coletiva (vários entes a possuem), disjuntiva/exclusiva (não precisam da anuência um do outro), taxativa (a lei atribui legitimidade apenas àqueles entes), expressa.

[15] BENJAMIN, A. H. V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. op. cit. p. 113.

[16] O inciso IV, art. 1º, por exemplo, que estendia a ACP a qualquer interesse difuso e coletivo, originalmente vetado, foi reinserido expressamente pelo art. 110, do CDC, muito embora a própria Constituição de 1988 já tivesse ampliado o objeto da ação civil pública para defesa de outros interesses difusos e coletivos, no art. 129, III.

[17] Essas categorias pertencem ao gênero: direitos ou interesses coletivos *lato sensu*.

[18] Dispõe o art. 81, parágrafo único, CDC: "A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo ou, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica de base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum".

[19] Ver: RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação civil pública e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 18.

Inobstante o fato de a Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor terem representado importante inovação para a tutela dos interesses transindividuais, a processualística civil coletiva ainda encontra óbices para sua efetividade. As dificuldades referem-se, principalmente, à complexidade do dano e da prova, à irreparabilidade da lesão e à multiplicidade de causadores e vítimas[20].

Nesse passo, ganha relevo a instrumentalidade do processo, nascida no último quarto do século XIX com a positivação dos direitos sociais, que preceitua a elevação do grau de discricionariedade do juiz proporcionalmente à imprecisão das normas jurídicas, à época, simbolizadas pelas normas programáticas[21].

O direito ao ambiente, contudo, não se trata de direito social. Está inserido em uma nova ordem de direitos, os direitos supraindividuais. Assim sendo, a instrumentalidade do processo desloca o enfoque dos interesses particulares e privados para o campo dos interesses coletivos e comunitários, instando, também, a participação popular. O juiz como agente da coletividade e do Estado não pode permitir que o processo permaneça na exclusiva disponibilidade dos sujeitos privados[22].

2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL: TUTELA INIBITÓRIA E TUTELA REPARATÓRIA

Nesse contexto, mister destacar que a ação civil pública pode se revelar instrumento processual de inibição ou de reparação de danos ambientais, conforme atuação anterior ou posterior à ocorrência do evento danoso.

Em regra, verificada a alteração ou a possibilidade de alteração das propriedades ambientais referidas, é cabível o ajuizamento de ação civil pública.

Nesse passo, a ação civil pública, conforme dito, pode atuar preventivamente ao dano, como demonstram os artigos 3º [23], 11[24] e 12[25] da Lei 7.347/85, arts. 287[26] e 461, § 4º [27], CPC e art. 84[28], CDC, que assinalam a possibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, com mandado liminar, prevenindo, assim, a ocorrência do dano; ou, ainda, pode agir repressivamente, após o evento danoso, com o intuito de ressarci-lo.

Nesse sentido, é necessário fazer a distinção entre ilícito e dano, para que seja possível determinar a incidência da tutela inibitória ou da tutela ressarcitória.

---

[20] LEITE, José R. Morato. Interesses meta-individuais: conceitos, fundamentações e possibilidade de tutela. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Cidadania coletiva**. Florianópolis: Paralelo 27, 1996. p. 28-29.

[21] CINTRA, Antônio Carlos A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 64.

[22] MARTINS, N. J. S. op. cit. p. 188. em paráfrase do pensamento de Capelletti, na obra: CAPELLETTI, M. . **La oralidad y las pruebas en el proceso civil.** op. cit. p. 122-123.

[23] "Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer".

[24] "Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor".

[25] "Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo".

[26] "Art. 287. Se o autor pedir que seja imposta ao réu abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela".

[27] "Art. 461, § 4º. O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito".

[28] "Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento".

O ilícito é o ato de violação da norma. Não implica necessariamente a ocorrência de dano. O dano é apenas uma das possíveis conseqüências do ilícito[29].

Por outro lado, o dano representa a idéia de prejuízo, cuja extensão será considerada para fins de reparação. "O dano nada mais é do que a objetivização de um prejuízo sofrido. Sua importância reside em servir de parâmetro para o ressarcimento, visto que a extensão do dano é exatamente a medida da perda sofrida pelos sujeitos lesados" [30]. O dano pode, inclusive, decorrer de uma atividade lícita.

Dano é o prejuízo, de natureza individual ou coletiva, econômico ou não-econômico, resultante de ato ou fato contrário ao ordenamento jurídico[31], que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada[32]. Deve-se acrescentar, no entanto, que também o ato ou fato praticado em conformidade com a lei pode implicar responsabilidade civil[33].

A ocorrência ou inocorrência do dano determina a classificação das tutelas processuais ambientais[34]. Segundo esse critério, existem duas categorias de tutela processual: a inibitória *lato sensu*, aplicável às situações de configuração de ilícito, em que o dano não foi verificado; e a reparatória, destinada à reparação de um dano já ocorrido.

A tutela inibitória *lato sensu*, inspirada nos princípios da prevenção e da precaução, atua com a finalidade de impedir o dano. Subdivide-se em tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito. A primeira, também denominada de prevenção do ilícito, objetiva impedir a prática ou continuação do ilícito; sem configuração do dano. Utiliza-se, assim, da técnica mandamental, impondo ao agente medida coercitiva (normalmente, uma multa, para coagi-lo ao cumprimento da obrigação fazer ou não fazer).

A tutela de remoção do ilícito (repressão do ilícito ou prevenção do dano) atua num estágio um pouco mais avançado: depois da ocorrência do ilícito, mas antes do dano. A técnica processual utilizada é a executiva *lato sensu*, determinando o cumprimento da obrigação por meio de terceiro e a expensas do devedor (agente do ilícito)[35].

---

[29] TESSLER, Luciane Gonçalves. **Tutelas jurisdicionais do meio ambiente:** inibitória, de remoção do ilícito e do ressarcimento na forma específica. Curitiba, 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. p. 181-184.

[30] TESSLER, L. G. Ibid. p. 179.

[31] O ato ou fato antijurídico é o evento causador de dano que esteja em contradição com o ordenamento jurídico, afetando negativamente situações juridicamente tuteladas.

[32] NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações:** fundamentos dos direitos das obrigações e introdução à responsabilidade civil. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 474.

[33] Trata-se dos atos ou fatos jurídicos, que, mesmo em total conformidade com a lei (com as devidas licenças e autorizações expedidas regularmente), podem vir a causar danos. Um exemplo seria a construção de condomínio residencial na praia, devidamente autorizada e licenciada de acordo com os parâmetros legais, mas cujo uso posterior se mostre incompatível com o sistema de esgoto e com a balneabilidade da praia.

[34] TESSLER, L. G. op. cit. p. 231-279.

[35] A tutela inibitória apresenta grandes dificuldades na produção probatória, em razão da abstração do objeto da prova. O *thema probandum* da tutela inibitória traduz-se na existência de ameaça (idônea e capaz de provocar temor diante da possibilidade concreta de ocorrência do ilícito) e de ilicitude do ato (contrariedade à lei). Por conta disso, dispensa-se a comprovação de uma verdade absoluta, bastando a aparência de verdade: a verossimilhança. Para maior aprofundamento: TESSLER, L. G. Ibid.

Tessler[36] delimita a atuação das tutelas inibitória e ressarcitória:

> *Para a prevenção do ilícito, a modalidade de tutela adequada é a inibitória, assim como para a repressão do ilícito e prevenção do dano, a mais correta é a tutela de remoção do ilícito. Porém, quando produzido o dano ambiental e configurado o prejuízo, há que se buscar meios de ressarcimento. A modalidade adequada para esses casos consiste na tutela ressarcitória.*

Não obstante o reconhecimento de que a tutela inibitória é a mais adequada à proteção do bem ambiental, em razão dos princípios da precaução e da prevenção, e da irreparabilidade do bem ambiental, são evidentes as dificuldades práticas para sua implementação. Um sistema jurídico baseado exclusivamente na tutela inibitória demandaria atuação estatal plenamente eficaz e sempre precedente à ocorrência de dano, o que é impossível.

Dessa forma, o Estado de Direito do Ambiente perpassa necessariamente por ações preventivas, mas também por um sistema adequado de responsabilização dos causadores de danos, para que traga segurança à coletividade. Nesse sentido, vale dizer que o papel da responsabilidade civil será sempre complementar (o que não quer dizer inferior), em razão da priorização que o direito ambiental confere à prevenção e do sistema privatístico de controle ambiental, em que o agente detém o direito de conduzir a atividade potencialmente poluidora, sujeitando-se, entretanto, na hipótese de dano ocorrer, a reparar os danos causados, individual e coletivamente[37].

A tutela ressarcitória emana, portanto, da necessidade de completude do ordenamento jurídico ambiental e de reparabilidade integral do meio ambiente, preceituada no art. 225, § 3º, CRFB[38] e art. 14, §1°, Lei 6.938/81 [39], em conformidade com os ditames do Estado de Direito Ambiental.

A responsabilização civil por danos causados ao meio ambiente também decorre do princípio do poluidor-pagador. Esse princípio pugna pela internalização (e não socialização) dos custos da deterioração ambiental. O causador da poluição arca com os custos necessários à diminuição, eliminação ou neutralização do dano causado. Aquele que lucra com uma atividade deve responder pelo risco ou pela desvantagem dela resultante. Esse princípio pretende evitar a privatização do lucro e a socialização das perdas[40].

No entanto, para que o dano seja reparado, é preciso identificar os causadores, a fim de que respondam pela conduta lesiva.

[36] TESSLER, L. G. Ibid. p. 280.
[37] BENJAMIN, Antônio V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, n. 9, p. 5-52, jan./mar, 1998. p. 21.
[38] "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".
[39] "Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente".
[40] TESSLER, L. G. op. cit. p. 94-95.

3. A COMPLEXIDADE DO DANO AMBIENTAL COMO ÓBICE À RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR DANOS AO MEIO AMBIENTE

A responsabilidade civil, em acepção ampla, determina a "obrigação de reparar *quaisquer danos antijuridicamente causados a outrem*, isto é, em contradição com o ordenamento" (grifo original)[41]. Trata-se da obrigação de reparar[42] [43] danos causados à pessoa ou ao patrimônio, a interesses coletivos ou transindividuais.

Para o momento, importa aludir ao sentido estrito ou técnico de responsabilidade civil, que se refere às obrigações que visam à reparação de danos causados a pessoas que não estavam ligadas ao lesante por qualquer negócio jurídico[44].

Não há conceito legal de dano ao ambiente. A Lei 6.938/81 alude apenas à degradação e à poluição[45]. A doutrina[46], portanto, encarregou-se de conceituar o dano ambiental como "a alteração, deterioração ou destruição, parcial ou total, de quaisquer dos recursos naturais, afetando adversamente o homem e/ou a natureza"[47] (grifo original).

As lesões provocadas ao meio ambiente representam a violação de um interesse supraindividual constitucionalmente protegido. Distingue-se, no entanto, o dano a um recurso natural suscetível de apropriação (cuja vítima é o proprietário do bem) do dano ao bem ambiental como um todo (cuja vítima é a coletividade)[48]. O primeiro caso, representa o bem ambiental como microbem, em que o dano é individual e de reparabilidade direta; no segundo caso, o bem ambiental é tomado

[41] NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações:** fundamentos dos direitos das obrigações e introdução à responsabilidade civil. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 430.

[42] Em se tratando de meio ambiente, a reparação visa à reconstituição do bem lesado, para restabelecimento do *status quo ante*. A responsabilização pode ser coletiva (ação civil pública) e individual (ação popular, por exemplo); patrimonial e extrapatrimonial; por obrigação de fazer, não fazer e/ou pagamento de quantia certa.

[43] O princípio do limite da tolerabilidade determina o limite entre a mera utilização do meio ambiente e o abuso dele. Trata-se de um imperativo da vida em sociedade, defendendo aquilo que seja biologicamente aceitável. Mirra esclarece que esse princípio: "longe de consagrar um direito de degradar, emerge, diversamente, como um mecanismo de proteção do meio ambiente, tendente a estabelecer o equilíbrio entre as atividades interventivas do homem e o respeito às leis naturais e aos valores culturais que regem os fatores ambientais condicionantes da vida". Sendo assim, apenas a conduta que implique perda de equilíbrio ambiental enseja responsabilização. Nesse sentido, a tolerabilidade exclui a ilicitude. Ver: MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente.** 1 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 101-102.

[44] NORONHA, F. **Direito das obrigações:** fundamentos dos direitos das obrigações e introdução à responsabilidade civil. op. cit. p. 430.

[45] "Art. 3º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: (...) II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente; III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos".

[46] Mirra conceitua dano ambiental como "(...) lesão ao meio ambiente abrangente dos elementos naturais, artificiais e culturais, como bem de uso comum do povo, juridicamente protegido. Significa, ainda, a violação do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito humano fundamental, de natureza difusa", na obra: MIRRA, Á. L. V. op. cit. Leite explica que dano ambiental "constitui uma acepção ambivalente, que designa, certas vezes, alterações nocivas ao meio ambiente e outras, ainda, os efeitos de que tal alteração provoca na saúde das pessoas e em seus interesses. Dano ambiental significa, em uma primeira acepção, uma alteração indesejável ao conjunto de elementos chamados meio ambiente, como, por exemplo, a poluição atmosférica; seria, assim, a lesão ao direito fundamental de que todos têm de gozar e aproveitar do meio ambiente apropriado. Contudo, em sua segunda conceituação, dano ambiental engloba os efeitos que esta modificação gera na saúde das pessoas e em seus interesses", na obra LEITE, J. R. M. op. cit. p. 94.

[47] BENJAMIN, A. V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. op. cit. p. 48.

[48] SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. **A inversão do ônus da prova na reparação do dano ambiental difuso.** Florianópolis, 2002. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. p. 12.

como macrobem e, portanto, é reparável indiretamente. São os danos ambientais coletivos *lato sensu*. O dano difuso é aquele que atinge um número indeterminado de pessoas ligadas por pressupostos de fato; o dano coletivo *stricto sensu* fere interesses pertencentes a um grupo de pessoas determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica de base; o dano individual homogêneo refere-se a lesões de origem comum.

Interessa, aqui, a noção do bem ambiental lesado como macrobem[49][50], reparável por ação civil pública.

A responsabilização do dano ambiental difuso depende de prova de elementos de difícil demonstração, em razão de suas peculiaridades. Primeiramente, pode-se destacar a dificuldade de identificação dos sujeitos da relação jurídica obrigacional autor-vítima, em razão das relações jurídicas multilaterais. A atuação e a vitimização são, muitas vezes, coletivas, implicando fragmentação de responsabilidade e de titularidade[51].

Um outro aspecto a ser destacado é a complexidade do nexo causal, decorrente justamente da causalidade complexa (fontes múltiplas do dano), multiplicidade de agentes, vítimas e causas (emissões indeterminadas e anônimas), da incerteza quanto aos causadores e efeitos, dos efeitos invisíveis, transfronteiriços, intertemporais (futuros) e cumulativos. Vale destacar que o dano ambiental, diferentemente da danosidade comum, projeta em si a própria "forma complexa de atuação em 'rede' que é uma das marcas do meio ambiente, aspecto esse que tem enorme repercussão no tratamento jurídico do nexo de causalidade"[52].

Soma-se, a tudo isso, a questão da dificuldade de reparação, ou, até mesmo, a irreparabilidade do dano ao ambiente, desafiando a eficácia da prestação jurisdicional.

Ademais, enquanto a responsabilidade civil tradicional é pautada sobre danos individuais, diretos, imediatos, certos, presentes, previsíveis, próximos, de autoria e vitimização determinados, os danos ambientais dificilmente são danos diretos[53] e de efeito imediato. Normalmente, são danos indiretos ou reflexos. Danos indiretos são aqueles em que o fato não provoca o dano; desencadeia outra condição que diretamente o suscita. Já os danos reflexos ou por ricochete fazem vítimas mediatas, atingindo pessoas que, em princípio, não estariam sujeitas às conseqüências do ato lesivo.

---

[49] O meio ambiente – como macrobem – é um complexo de entidades singulares (microbens), não se confundindo com esta ou aquela coisa. Numa visão integrada e globalizada, é bem como *entidade* e, portanto, incorpóreo e indivisível. Ver: LEITE, J. R. M. **Dano ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial. op. cit. p. 81-82.

[50] O dano ambiental pode repercutir nas três esferas de responsabilização: cível, penal e administrativa, o que pode ser denominado de "tripla responsabilização" (art. 225, § 3º, da Carta Magna). Tratar-se-á, aqui, apenas da responsabilização civil, porquanto relacionada com a ação civil pública, que deve funcionar como um sistema auxiliar e só deve funcionar quando a lesão ocorreu, sem resposta dos outros mecanismos de tutela. Funciona como resposta da sociedade àqueles que degradam o ambiente e devem ser responsabilizados por seus atos, apesar de, uma vez ocorrido o dano, ser difícil a recuperação. Pode-se atribuir caráter preventivo ao princípio da responsabilização, em razão da certeza de sanção aos poluidores.

[51] BENJAMIN, A. V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. op. cit. p. 5-52.

[52] BENJAMIN, A. V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. Ibid. p. 5-52.

[53] As categorias utilizadas para caracterização dos danos foram extraídas da obra: NORONHA, F. **Direito das obrigações:** fundamentos dos direitos das obrigações e introdução à responsabilidade civil. op. cit. p. 577-586.

Registra-se, ainda, que os danos ambientais podem ser presentes, cuja verificação se dá concomitantemente à deflagração do ato lesivo; ou, também, futuros, cuja manifestação é posterior à ocorrência do fato, podendo se prolongar no tempo. A prova dos danos futuros é de difícil produção, impondo óbices à responsabilização do poluidor.

Deve-se considerar, ainda, para fins de caracterização dos danos ambientais, os danos remotos, que têm por causa outros fatores; os danos imprevisíveis, cuja pessoa normal não pode prever; e os danos eventuais, cujos prejuízos são de verificação duvidosa e hipotética. Essas espécies de danos são insuscetíveis de reparação no direito civil tradicional.

Verifica-se, portanto, que a responsabilidade civil por danos ambientais supraindividuais foge à regra da responsabilidade civil tradicional. Daí a impossibilidade de utilização das regras processuais e materiais, voltadas para a solução de conflitos intersubjetivos.

A problemática da responsabilização civil dos causadores de danos ambientais foi – em parte – resolvida pela inserção expressa da responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico pátrio, por força do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81[54].

A responsabilidade objetiva representa grande avanço[55] no sistema de responsabilização civil, dispensando a existência de culpa[56].

A responsabilidade civil *objetiva*, ou *pelo risco*, incidente no caso de dano ambiente, "é obrigação de reparar danos, independentemente de qualquer idéia de dolo ou culpa. Ela nasce da prática de fatos meramente antijurídicos, geralmente relacionados com determinadas atividades"[57], ditas *de risco*. A responsabilidade pelo risco preleciona que aquele que exerce profissionalmente uma atividade econômica, organizada para a produção ou distribuição de bens e serviços, deve arcar com todos os ônus resultantes de dano decorrente do processo produtivo ou distributivo. Assim, o beneficiado de atividade lícita, mas potencialmente perigosa (para outras pessoas ou para o meio-ambiente), deve ser responsável por eventuais conseqüências danosas[58]. Nesse caso, para configuração da responsabilidade, deve haver prova do dano, da autoria e do nexo de causalidade entre a atividade e o dano.

Dano, conforme visto, é o prejuízo causado a um bem juridicamente tutelado.

---

[54] "Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, **independentemente da existência de culpa**, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade (...)". (grifou-se).

[55] O Código Civil de 2002 contemplou a responsabilidade civil objetiva no art. 971, parágrafo único: "haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

[56] A responsabilidade civil clássica *culposa* ou *subjetiva* prevê a obrigação de reparar danos causados por ações ou omissões intencionais (ou seja, dolosas), imperitas, negligentes ou imprudentes (isto é, culposas), que violem direitos alheios. Constitui o regime-regra da responsabilidade civil. Tem como pressupostos a conduta antijurídica, a existência de culpa ou dolo, o nexo de imputação (agente causador), a existência de dano e o nexo causal entre a conduta antijurídica e o dano. São excludentes de culpabilidade: a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento de dever legal e a demonstração de inexistência de negligência, imprudência, imperícia. Ver: NORONHA, F. **Direito das obrigações:** Fundamentos dos direitos das obrigações e introdução à responsabilidade civil. op. cit.

[57] NORONHA, F. **Direito das obrigações:** Fundamentos dos direitos das obrigações e introdução à responsabilidade civil. Ibid. p. 485.

[58] NORONHA, F. **Direito das obrigações:** Fundamentos dos direitos das obrigações e introdução à responsabilidade civil. Ibid. p. 485-486.

Autoria (ou nexo de imputação) é o fundamento da atribuição da responsabilidade a uma determinada pessoa; é o elemento que estabelece a ligação entre o fato danoso e o responsável[59]. A Lei 6.938/81 (art. 3°, IV) preceitua que poluidor é "a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental".

Nexo de causalidade é relação de causa e efeito capaz de indicar os danos que podem ser considerados conseqüência do fato verificado[60]. Causa é condição determinante para ocorrência do dano ou para agravamento de seus efeitos.

Entretanto, mesmo representando avanço, a objetivação da responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente, que subtraiu a prova da culpa, não foi suficiente para solucionar as dificuldades na responsabilização dos causadores de danos ao meio ambiente. Ainda persiste a complexidade da prova do nexo de causalidade.

Como solução material ao entrave da prova do nexo de causalidade, a doutrina tem sugerido o afrouxamento do nexo de causalidade no dano ambiental, por meio da adoção de parâmetros de probabilidade (em vez de certeza)[61], de presunções de causalidade[62], de solidariedade entre os responsáveis[63] e de responsabilidade por regra de mercado (*market share hability*)[64]. O abrandamento do nexo de causalidade encontra fundamento no conceito legal[65] de poluidor, assim considerado o responsável *direto ou indireto* pelo dano.

Percebe-se que o Estado de Direito Ambiental está em transição para adequar o sistema de responsabilização civil aos danos ambientais[66]. O direito processual civil, de acordo com os ditames da instrumentalidade do processo[67], deve satisfazer às necessidades do direito material. Nesse sentido, o direito processual coletivo ainda tem muito a avançar. A defesa dos interesses supraindividuais deve contar com um sistema processual civil próprio, adequado às necessidades e às dificuldades inerentes à sua salvaguarda, como, por exemplo, a complexidade do dano e da produção da prova, a multiplicidade de causadores e vítimas, sem falar na irreparabilidade do dano, conforme já referido acima.

O direito supraindividual ao ambiente equilibrado já conta com sistema processual diferenciado, é bem verdade; mas requer, ademais, interpretação e aplicação que favoreçam, em última análise, a coletividade, titular desse direito metain-

[59] NORONHA, F. **Direito das obrigações:** Fundamentos dos direitos das obrigações e introdução à responsabilidade civil. Ibid. p. 472.
[60] NORONHA, F. **Direito das obrigações:** Fundamentos dos direitos das obrigações e introdução à responsabilidade civil. Ibid. p. 476.
[61] LEITE, J. R. M. **Dano ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial. op. cit. p. 183-196.
[62] BENJAMIN, A. V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. op. cit. p. 46.
[63] NERY JÚNIOR, Nelson. Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública. **Revista de Processo.** São Paulo, n. 38, p. 129-145, abril./jun., 1985. p. 134.
[64] A *market share liability*, criada pela jurisprudência norte-americana, exige apenas a prova da existência de um dano advindo de uma atividade industrial concreta, dispensando a prova do nexo de causalidade entre o dano e a atividade. Responsabiliza simultaneamente todas as empresas que desenvolvem a atividade de risco, e não apenas a causadora do dano. LEITE, J. R. M. **Dano ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial. op. cit. p. 186.
[65] A Lei 6.938/81 (art. 3°, IV) conceitua poluidor como "a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, *direta ou indiretamente*, por atividade causadora de degradação ambiental" (grifou-se).
[66] LEITE, J. R. M. **Dano ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial. Ibid. p. 178-188.
[67] Incluir nota.

dividual. Trata-se da aplicação conjunta da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, a seguir abordado.

4. O CDC E A LACP COMO INSTRUMENTOS DE TUTELA DOS DIREITOS SUPRAINDIVIDUAIS: APLICAÇÃO CONJUNTA

A promulgação do CDC (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), conforme dito anteriormente, teve o condão de preencher algumas lacunas da Lei da Ação Civil Pública. A par disso, certamente, o principal feito do CDC foi a formação, conjuntamente com a LACP, de uma *jurisdição civil coletiva*, constituída de técnicas processuais diferenciadas para a tutela de direitos supraindividuais[68], também denominada por Fiorillo, Rodrigues e Nery[69] de *tutela processual civil coletiva*, "regida aprioristicamente pelo CDC+LACP"[70].

Foi o art. 21 da LACP, com redação dada pelo art. 117 do CDC, o responsável pela integração entre os dois diplomas.

Reza o art. 117 do diploma consumerista:

> *Acrescente-se à Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes: "Art. 21.* ***Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor****".* (grifou-se)

O Título III do CDC, que, por força do art. 21 da LACP, passou a integrar a ação civil pública e, por conseguinte, o sistema processual coletivo, contém as disposições – processuais – sobre a defesa do consumidor em juízo.

Uma análise apressada desse artigo, talvez possa levar à conclusão de que o sistema processual coletivo, à parte ao CPC, é formado apenas pelo Título III do CDC e pela LACP. Trata-se, contudo, de limitação equivocada e desnecessária, que despreza a importância do CDC nas demandas supraindividuais, aí incluídas as ambientais.

Na verdade, o CDC possui regras processuais dispersas por todo o texto legal e não apenas no Título III do CDC.

O Título III dispõe exclusivamente sobre regras processuais e divide-se em quatro capítulos: o primeiro é atinente às disposições gerais; o segundo versa a respeito das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos; o terceiro trata das ações de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços; e o quarto e último dispõe sobre a coisa julgada. Isso não significa a inexistência de outras normas processuais ao longo do texto do diploma consu-

[68] Ver: RODRIGUES, M. A. **Ação civil pública e meio ambiente**. op. cit. p. 18.

[69] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria Andrade. **Direito processual ambiental brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 140.

[70] O processo civil coletivo que é formado, grosso modo, pela LACP e pelo CDC, ao contrário do processo civil clássico (que privilegia as *técnicas de segurança*, como a coisa julgada e a isonomia formal), atribui especial ênfase às *técnicas de efetividade*, como, por exemplo, a isonomia real e a inversão do ônus da prova. O processo civil ambiental é expressão do processo civil coletivo e refere-se à salvaguarda do direito material ao ambiente equilibrado, por meio da aplicação conjunta da LACP e do CDC, adiante demonstrada.

merista. Essa afirmação é feita pelos próprios autores[71] do anteprojeto do CDC, em comentário ao Título III:

> *Outras regras processuais encontram-se alhures: a garantia de acesso à justiça e a possibilidade de inversão do ônus da prova (art. 6º, incs. VI e VIII); a assistência jurídica integral e gratuita ao consumidor carente (art. 5º, I); a extensão da proteção do habeas data aos dados atinentes ao consumidor (art. 43, § 4º); a aplicação das normas processuais do Título III à tutela de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 117); a ampliação do âmbito de atuação da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, com a incidência das regras ora criadas pelo Código de Defesa do Consumidor (arts. 109 usque 117).* (grifou-se)

O CDC não consiste num sistema fechado de normas com o propósito de regulamentar as relações entre produtores e distribuidores de um lado, e o consumidor de outro; ao contrário, trata-se de um conjunto de normas difusas e cogentes, cujas soluções para os casos concretos provêm dos princípios. Identificam-se normas principiológicas espalhadas por todo o CDC, como é o caso do art. 6º e do art. 7º, que tratam, respectivamente, dos *direitos básicos do consumidor* e das *fontes dos direitos do consumidor*. O art. 6º, por exemplo, é uma síntese dos dispositivos de direito material e processual que se seguem. Da mesma forma, ao tratar das fontes do direito do consumidor, no art. 7º, o legislador tenta nortear o aplicador das normas consumeristas, revelando o caráter amplo, interdisciplinar e complexo do CDC.[72]

Nesse sentido, prelecionam Nery e Nery[73]:

> *Pelo CDC 90, são aplicáveis às ações fundadas no sistema do CDC as disposições processuais da LACP. Pela norma ora comentada, são aplicáveis às ações ajuizadas com fundamento na LACP as disposições processuais que encerram todo o Tít. III do CDC, bem como as demais disposições processuais que se encontram pelo corpo do CDC, como, por exemplo, a inversão do ônus da prova (CDC 6º VIII). Este instituto, embora se encontre topicamente no Tít. I do Código, é disposição processual e, portanto, integra ontológica e teleologicamente o Tít. III, isto é, a defesa do consumidor em juízo. Há, portanto, perfeita sintonia entre os dois sistemas processuais, para a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.* (grifou-se)

Observa-se, atualmente, a existência de dois sistemas processuais paralelos: um para regular os conflitos individuais, formado pelo Código de Processo Civil; outro para tutelar os interesses transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos)[74]. Nesse sentido, o diploma consumerista assume a qualidade de subsistema processual, caracterizado pela interdisciplinaridade e pela proteção dos hipossuficientes:

---

[71] GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al*. **Código brasileiro de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 7 ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 721.
[72] GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al*. Ibid. p. 120.
[73] NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. A. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante em vigor**. 6 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 1373.
[74] CAMBI, Eduardo. Inversão do ônus da prova e tutela dos direitos transindividuais: alcance exegético do art. 6º, VIII, do CDC. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, n. 31, p. 291-295, jul./set., 2003.

> *Pelo que se pode observar (...), trata-se de uma lei de cunho inter e multidisciplinar, além de ter o caráter de um verdadeiro microssistema jurídico. Ou seja: ao lado dos princípios que lhe são próprios, no âmbito da chamada ciência consumerista, o Código Brasileiro do Consumidor relaciona-se com outros ramos do Direito, ao mesmo tempo em que atualiza e dá nova roupagem a antigos institutos jurídicos. Por outro lado, reveste-se de caráter multidisciplinar, eis que cuida de questões que se acham inseridas nos Direitos Constitucional, Civil, Penal, Processuais Civil e Penal, Administrativo, mas sempre tendo por pedra de toque a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor, e sua condição de destinatário final de produtos e serviços, ou desde que não visem ao uso profissional. Sem essa conotação, aliás, não haveria necessidade desse microssistema jurídico, já que os Códigos Civil e Penal, conquanto desatualizados, já disciplinam as relações jurídicas fundamentais entre as pessoas físicas e jurídicas. Só que pessoas tais encaradas como iguais, ao contrário do código do consumidor, que dispensa tratamento desigual aos desiguais*[75]. (grifo original)

Os autores[76] do anteprojeto do CDC destacam, ainda, em diversos trechos de sua obra, a total integração entre os textos do CDC e da LACP. Assinalam a existência de uma perfeita interação entre os diplomas, que se completam e podem ser aplicados, indistintamente às ações que versem sobre direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Afirmam também que a integração dos sistemas do CDC e da LACP proporciona um alargamento das hipóteses de ação civil pública tratadas na Lei 7.347/85, por tudo vantajoso na tutela dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Rodrigues afirma que o art. 117 do CDC, ao introduzir o art. 21 na LACP, criou um *plexo* jurídico de normas processuais civis coletivas a ser aplicado imediatamente aos direitos coletivos *lato sensu*[77]. No mesmo sentido, Marinoni e Arenhart[78] afirmam que: "a ação coletiva para a tutela dos interesses difusos e coletivos é basicamente regida pelo conjunto formado pela lei 7.347/85 e pelo Código de Defesa do Consumidor".

Esse entendimento é compartilhado por Cambi[79]:

> *O Código de Defesa do Consumidor (...) apenas polariza a tutela dos direitos transindividuais, porque neste subsistema outras importantes leis, como a da ação civil pública e a da ação popular, também contêm regras processuais que tecem o conjunto ou a rede normativa. O Código de Defesa do Consumidor não regula todo o processo coletivo, mas exerce a função de uniformizar conceitos e integrar o regime jurídico-processual dos direitos transindividuais.* (grifou-se)

[75] GRINOVER, A. P., *et al*. **Código brasileiro de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. op. cit. p. 19-20.
[76] GRINOVER, A. P., *et al*. **Código brasileiro de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. Ibid. p. 955.
[77] RODRIGUES, M. A. **Ação civil pública e meio ambiente**. op. cit. p. 210.
[78] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento:** a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 692.
[79] CAMBI, E. op. cit. p. 291-295.

Com efeito, seria absurdo restringir a aplicação dos dispositivos processuais não integrantes do Título III do CDC apenas à ação civil pública consumerista[80], prevista no art. 1º, II, da LACP, e não às demais, previstas nos incisos I, III, IV, V, VI e VII, do mesmo artigo[81].

> *O Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública são diplomas irmãos, que tratam de interesses não mais considerados individualmente, mas em sua acepção coletiva e difusa. (...) A interpretação do disposto no art. 21 da Lei 7.347/85 e do art. 117 da Lei 8.078/90 não permite outra conclusão senão que todos os dispositivos que garantem direitos processuais no Código de Defesa do consumidor também estão incluídos na ação civil pública, independentemente de constarem ou não do Título III do CDC. (...) A limitação ao Título III não se coaduna com o espírito da norma em alcançar à lei de ação civil pública as mesmas inovações processuais do Código do Consumidor. (...) Assim, apenas aparentemente a norma do art. 21 da Lei 7.347/85 limita ao Título III da Lei 8.078/90 o aproveitamento das disposições processuais. Tal dispositivo deve ser entendido (...) como permissivo da utilização de todos os direitos processuais do Código de Defesa do Consumidor na ação civil pública, independentemente de estarem materialmente localizados ou não no título III do CDC*[82]. (grifou-se)

Sendo assim, observa-se a existência de um subsistema processual próprio do interesse coletivo, subsistema integrado pelas disposições da LACP, do Título III e demais disposições processuais do CDC e, ainda, do CPC naquilo que não contrarie a LACP e CDC. Esse subsistema aplica-se a todos os direitos e interesses metaindividuais já previstos ou não pela legislação brasileira.

5. CONCLUSÕES ARTICULADAS

Em vista do exposto, pode-se concluir que:

5.1 O ambiente equilibrado é bem jurídico autônomo, cuja titularidade transcende a esfera do público e do privado, apresentando desafios completamente novos às instituições jurídicas e ao processo civil tradicional.

---

[80] Da mesma forma, Pacheco, Rodrigues e Andrade insurgem-se contra a interpretação restritiva do art. 21 da LACP: "Não merece acolhida o argumento, porque superficial e desprovido de exame profundo sobre o tema, aquele que, apegando-se ao texto de lei, assevera que não pode se estender o art. 6°, VIII, para outros direitos coletivos, pelo fato de que a norma citada não se encontra no título III do CDC, mas, sim, no Título I do mesmo diploma, e, portanto, não estaria incluído no rol extensivo dado pelo art. 21 da LACP. (...) Tal entendimento é desprovido de uma análise e um reconhecimento um pouco mais profundo sobre o CDC, pois é claro e sabido que tudo que está previsto até o art. 7° do CDC foi projetado nos artigos e títulos subseqüentes desse diploma. Assim, inexoravelmente, também o mesmo ocorreu com o art. 6°, VIII". Ver: FIORILLO, C. A. P.; RODRIGUES, M. A.; NERY, R. M. A. op. cit. p. 142. Nota de rodapé 99.

[81] "Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio-ambiente; II - ao consumidor; III – à ordem urbanística; IV – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; V - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; VI - por infração da ordem econômica e da economia popular; VII - à ordem urbanística".

[82] GOMES, Álvaro Azevedo; LOCH, Mauro; CAPELLI, Sílvia. Três idéias a respeito do ônus da prova na ação civil pública ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, n. 34, p. 94-108, 1994.

5.2 A ação civil pública é instrumento processual com dupla função: inibição e reparação de danos ambientais, conforme atuação anterior ou posterior à ocorrência do dano.

5.3 A complexidade do dano ambiental, decorrente da multiplicidade de causadores e vítimas, dos efeitos transfronteiriços e intertemporais, da dificuldade de prova do dano e de sua irreparabilidade, muitas vezes, constitui óbice à aplicação da sanção civil e ao ressarcimento do bem.

5.4 A efetividade do direito supraindividual ao ambiente depende de instrumentos processuais adequados às necessidades do direito material.

5.5 No ordenamento jurídico processual brasileiro, há dois sistemas processuais paralelos: um que regula os conflitos individuais, e que é formado pelo Código de Processo Civil e a legislação extravagante; outro que tutela os interesses transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), integrado pelas disposições da LACP, do Título III e demais disposições processuais constantes do próprio CDC.

5.6 Esse subsistema processual coletivo é aplicável a todos os direitos e interesses metaindividuais já previstos ou não pela legislação brasileira.

LICENCIAMENTO AMBIENTAL PARA CAÇA DE ANIMAIS SILVESTRES

LUCIANA VIEIRA DALLAQUA SANTOS
Estudante de 5º Ano da Faculdade de
Direito de São Bernardo do Campo

1. INTRODUÇÃO

Já há alguns anos, a preservação do meio ambiente tem sido uma preocupação mundial. A percepção de que os recursos naturais são finitos e escassos, frente ao crescimento populacional, despertou a consciência de que é necessário um planejamento que permita o desenvolvimento das gerações presentes, de forma a garantir a possibilidade de uma vida saudável para as gerações futuras. É o chamado desenvolvimento sustentável, assunto tão em voga atualmente.

No entanto, se por um lado existe tal preocupação e o esforço em racionalizar o uso de recursos da natureza, há também, por outro turno, ações que têm causado a destruição de muitos desses recursos, em um ritmo abissal, como mostra o presente estudo.

A situação mais alarmante, provavelmente, é a da fauna, especialmente a silvestre. Inúmeros são os motivos que levam à sua caça e posterior destruição: a crença de que alguns animais são nocivos, a destruição de seu habitat, pelo homem ou por desastres naturais, mas, principalmente, o interesse mercantil que despertam, vivos ou mortos.

Este estudo busca analisar se há razões que possam autorizar a caça, se existem meios alternativos para os fins a que ela se destina, a previsão legal pátria, bem como o que já existe sobre o tema em acordos internacionais.

2. LICENÇA

Seguindo os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella di Pietro, temos que licença é "o ato administrativo unilateral e vinculado pelo qual a Administração faculta àquele que preencha os requisitos legais o exercício de uma atividade".

2.1 Licenciamento ambiental

O licenciamento ambiental é um meio de controle preventivo, exercido pela Administração Pública, com a finalidade de resguardar interesses públicos, por meio da limitação do exercício de direito individuais, concernentes a atividades que tenham por objeto recursos naturais.

Helli Alves de Oliveira conceitua licenciamento ambiental como "um procedimento administrativo através do qual a Administração, com fundamento no poder de polícia, exige dos administrados o cumprimento de uma série de requisitos os quais culminarão ou não na expedição de atos denominados 'licenças ambientais' para a localização, instalação e operação de atividades consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras"[1].

A função primordial do licenciamento ambiental é garantir a realização de atividades econômicas de maneira que não prejudique a sustentabilidade do meio ambiente, considerando o direito das gerações futuras ao ambiente, não só natural, mas em todas as suas formas, equilibrado.

Todo procedimento adotado pelo Estado em matéria ambiental, incluindo o licenciamento, deve respeitar, fundamentalmente, o princípio da precaução. Norteador do direito ambiental, se não observado, assume-se o risco de conseqüências irreversíveis ao meio ambiente.

3. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

A precaução é caracterizada pela ação antecipada diante do risco ou do perigo de danos ambientais. Este princípio deve ser considerado sempre que houver a incerteza do dano ambiental, mesmo quando, posteriormente, descubra ser este inexistente. As medidas de precaução devem ser implementadas de imediato, na simples incerteza de que danos possam ser causados.

3.1 O princípio da precaução nas convenções internacionais

A Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, votou, por unanimidade, a denominada "Declaração do Rio de Janeiro", em 1.992, que traz como Princípio 15:

> *"De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental"*[2].

A Convenção da Diversidade Biológica traz em seu "Preâmbulo":

---

[1] *Da Responsabilidade do Estado por Danos Ambientais,* p.11.

[2] Machado, Paulo Affonso Leme, *in* "Direito Ambiental Brasileiro", p. 56. Nota do autor: "Tradução não-oficial, conforme publicada como anexo, *apud* Ministério das Relações Exteriores, Divisão do Meio Ambiente, Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, *Relatório da Delegação Brasileira, 1992,* Fundação Alexandre de Gusmão-FUNAG/Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais- IPRI, Coleção Relações Internacionais, n. 16 (cit. Por Guido Fernando Silva Soares, *As Responsabilidades no Direito Internacional do Meio Ambiente,* Campinas, Komedi Editores, 1995, 598 pp.). O texto em inglês diz: 'In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according of their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation'".

> *"Observando também que, quando exista ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essa ameaça".*

Já a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima diz em seu artigo 3º:

> *"Princípios – 3. As Partes devem adotar medidas de precaução para prever, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível".*

Como se pode observar, são elementos coincidentes nestas convenções as finalidades do emprego do princípio da precaução, que é de evitar ou minimizar os danos ao meio ambiente; ambas são aplicáveis quando houver incerteza científica diante da ameaça de redução ou perda da biodiversidade, bem como ameaça de danos que resultem em mudança do clima.

4. ANIMAIS SILVESTRES

Como sucintamente conceitua Paulo Affonso Leme Machado fauna é o "conjunto de espécies animais de determinado país ou região"[3]. Animal silvestre, por sua vez, é considerado todo aquele que vive na selva, ou o não-domesticado ou, ainda, o bravio.

A Exposição de Motivos à Lei de Proteção da Fauna[4] destaca a importância da fauna silvestre dizendo que "é mais que um bem do Estado, é um fator de bem-estar do homem na biosfera".

5. CAÇA

Caçar, genericamente, é "perseguir (animais silvestres) a tiro, a laço, a rede, etc., para aprisionar ou matar".[5] Sua definição legal está contida no artigo 7º, da Lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1.967, que especifica como atos de caça, genericamente considerada, a utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha de espécimes da fauna silvestre.

---

[3] Machado, Paulo Affonso Leme – *Direito Ambiental Brasileiro...*
[4] Lei 5.197 de 3 de janeiro de 1.967.
[5] Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa,* 2ª edição. Ed. Nova Fronteira. Rio de Janeiro: 1.986.

5.1 Caça de controle

A caça de controle "é a destruição de animais silvestres considerados nocivos à agricultura ou à saúde pública"[6]. É a atividade utilizada pelo homem com a finalidade de restabelecer o equilíbrio das relações entre fauna e flora em casos específicos. Será permitida pela autoridade competente, com decisão devidamente motivada, apontando os perigos concretos ou iminentes, área de abrangência, espécies nocivas e a duração da atividade destruidora.

O direito pátrio, através da Lei nº 9.605/98, que trata dos Crimes Ambientais, em seu artigo 37 assim dispõe:

> *"Art. 37 – Não é crime o abate de animal, quando realizado:*
> *(...)*
> *IV – por ser nocivo o animal, desde que assim caracterizado pelo órgão competente".*

Para que seja considerado nocivo o animal deve oferecer risco concreto à segurança e à saúde humana.

A tentativa de destruir uma espécie que é considerada danosa ou nociva ao homem ou ao meio ambiente pode, também, causar a extinção de cadeias alimentares inteiras, devido ao grande desequilíbrio ecológico que provoca.

Ao falar-se na caça de controle, normalmente estamos tratando de casos em que há super população de determinada espécie. Pode parecer, a princípio, uma preocupação exagerada falar em extinção. No entanto, estas espécies que hoje se encontram extintas ou em risco de extinção por ação do homem, também já tiveram incontáveis indivíduos vivendo livremente. A extinção é fator de risco para qualquer espécie e é agravada na medida em que há ações direcionadas à destruição destas.

Cumpre, portanto, alertar sobre a classificação de determinada espécie como nociva. Em verdade, são raros os casos em que uma espécie apresente nocividade que torne necessária a sua destruição. Salienta-se que, ao longo da história, temos exemplos de erros quanto a esta classificação que provocaram a extinção de várias espécies, graças à política de extermínio adotada pelo homem. Entre os inúmeros casos podemos citar[7]:

- Foca-monge-do-caribe (Monachus tropicalis): tinha como habitat o Mar do Caribe. Sua pele despertava interesse nos colecionadores, que as caçavam para seus museus; sua gordura servia de combustível e, por ser um grande "competidor" dos pescadores do local, apresentava considerável "nocividade". Foi declarada oficialmente extinta em 1.996.

- Periquito-carolina (Conuropsis carolinensis): era encontrado na região fronteiriça da Sierra de los Nieves, Espanha e dos Montes Pirineus, na França. Um dos mais belos animais já conhecidos, teve sua espécie dizimada por múl-

[6] Art. 3º, §2º, da Lei 5.197/67.
[7] Revista Super Interessante, edição especial: *Enciclopédia dos Animais Extintos.*

tiplos fatores: caça ilegal, destruição do habitat, bem como desastres naturais. O último exemplar da espécie era a fêmea Célia, que morreu em 6 de janeiro de 2.000. Cientistas da companhia de biotecnologia Advanced Cell Technology, apoiados pelo governo espanhol, colheram algumas células para que futuras tentativas de clonagem fossem realizadas. No entanto, não foram colhidas células de um macho, o que impossibilita a reprodução desses animais clonados na natureza, inviabilizando a tentativa tornando-a inútil.

- Passenger Pigeon (Ectopistes migratorius): nativa dos Estados Unidos, já foi considerada a ave mais abundante na Terra. Teve seu fim causado pela caça, visto que, por viverem em bandos numerosos, era fácil matar muitos de uma vez só. Consta que, em meados de 1.887, caçadores mataram 50.000 pombos de uma colônia que descansava em Michigan. Tal chacina comoveu as autoridades americanas, que decidiram pela criação da primeira lei limitadora da caça de uma espécie animal. Entretanto, esta decisão foi tardia, e não evitou o perecimento desta espécie. O último exemplar conhecido morreu no Zoológico de Cincinnati, em Ohio, no dia 1º de setembro de 1.914.

Em que pese esta modalidade de caça ser permitida legalmente, sua necessidade decorre justamente da degradação ambiental promovida pelo homem que, ao causar a interrupção de cadeias alimentares, desequilibra todo o ecossistema local e, por conseqüência, um descontrole populacional de determinada espécie.

5.2. Caça profissional

É profissional a prática da caça cujo intuito é a obtenção de lucro com a venda do produto ou subproduto extraído dos animais silvestres.

A caça profissional é vedada no Brasil pela Lei 5.197/67, artigo 2º. Em sua Exposição de Motivos, temos que "a caça profissional deve ser rigorosamente proibida e por outro lado deve ser encorajado o estabelecimento de criadouros de animais silvestres." É proibida, ainda, tal prática em Reservas de Fauna, de acordo com o que dispõe o artigo 19, §3º, da Lei nº 9.985/2000.

5.3. Caça esportiva ou amadorista

É considerada esporte, que pode ser praticado de forma amadora, passível de autorização pelo órgão competente, de acordo com o artigo 6º, da Lei 5,197/67.

5.4. Caça de subsistência

É a caça cuja finalidade é garantir a subsistência de comunidades que não têm como adquirir produtos alimentícios em centros urbanos, tais como indígenas e caiçaras. O artigo 37, I, da Lei 9.605/98 diz não constituir crime o abate de animal para saciar a fome do caçador e de sua família.

5.5 Caça científica

É permitida a cientistas para a coleta de material, a utilização e constatação da eficácia de novas substâncias provenientes de recursos naturais. Esta modalidade está prevista na Lei nº 5.197/67, nos seguintes termos:

> *"Art. 14. Poderá ser concedida a cientistas, pertencentes a instituições científicas, oficiais ou oficializadas, ou por estas indicadas, licença especial para a coleta de material destinado a fins científicos, em qualquer época.*
> *§1º. Quando se tratar de cientistas estrangeiros, devidamente credenciados pelo país de origem, deverá o pedido de licença ser aprovado e encaminhado ao órgão público federal competente, por intermédio de instituição científica oficial do País.*
> *§2º. As instituições a que se refere este artigo, para efeito da renovação anual da licença, darão ciência ao órgão público federal competente das atividades dos cientistas licenciados no ano anterior.*
> *§3º. As licenças referidas neste artigo não poderão ser utilizadas para fins comerciais ou esportivos.*
> *§4º. Aos cientistas de instituições nacionais que tenham por lei a atribuição de coletar material zoológico, para fins científicos, serão concedidas licenças permanentes".*

6. O CASO DA CAÇA ÀS FOCAS EM NEWFOUNDLAND

Todos os anos, tem-se a notícia da destruição de focas em Newfoundland, no Canadá. Esse ano, a permissão prevê a destruição de 319.500 espécimes. Um dos argumentos utilizados para justificar estes atos é que a população de focas tem aumentado consideravelmente, causando a escassez de algumas espécies de peixes com as quais se alimentam. No entanto, o que se oculta é que este aumento populacional das focas deve-se à caça sem limites aos ursos polares naquela região. Sendo os ursos polares os principais predadores naturais das focas, sua ausência teve como conseqüência o aumento do número de focas. Agora, com o extermínio das focas, podemos esperar outra conseqüência, talvez ainda mais catastrófica, visto que esta intervenção humana poderá trazer efeitos ainda não experimentados e, portanto, imprevisíveis sobre a natureza. Nas palavras de Elida Séguin: "se o Planeta de submete aos caprichos humanos também é verdade que ele se vinga quando agredido continuamente, na certeza de que a cada ação corresponde uma reação".[8]

As focas têm uma pele de beleza exuberante, principalmente quando ainda filhotes, nas primeiras semanas de vida, por sua coloração branca. Esta beleza movimenta o mercado de confecção de vestuários, gerando lucros aos fabricantes destes produtos. Não é por coincidência, pois, que a maioria dos espécimes apanhados nesta "caça de controle", realizada no Canadá, seja composta por filhotes.

[8] *In* O Direito Ambiental: Nossa Casa Planetária, p. 26

Está mais do que explícita a verdadeira razão que autoriza esse extermínio: interesses mercantis.

A crueldade também é elemento de destaque nesta atividade: durante a caça, muitos espécimes são feridos e deixados no local, acabando por morrer lentamente, com extremo sofrimento. É cediço, ainda, que a pele desses animais, por várias vezes, é retirada quando estes ainda têm vida.

7. PROTEÇÃO AOS ANIMAIS

Na esfera internacional, a UNESCO, em 1978, proclama a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, em Bruxelas, Bélgica. Dentre os dispositivos de proteção aos direitos dos animais, temos:

> *"Todos os animais nascem iguais diante da vida e tem o mesmo direito à existência (artigo 1º); O homem, enquanto espécie animal, não pode atribuir-se o direito de exterminar os outros animais ou explorá-los, violando esse direito. Ele tem o dever de colocar sua consciência a serviço dos outros animais (artigo 2º-B); Nenhum animal será submetido a maus tratos e a atos cruéis (artigo 3º-A); Se a morte de um animal for necessária, deve ser instantânea, sem dor nem angústia (artigo 3º-B); Cada animal pertencente a uma espécie que vive habitualmente no ambiente do homem, tem direito de viver e crescer segundo o ritmo e as condições de vida e de liberdade que são próprios de sua espécie (artigo 5º-A); Toda modificação deste ritmo e dessas condições, imposta pelo homem para fins mercantis, é contrário a esse direito (artigo 5º-B)".*

Pode-se depreender, pois, que qualquer ação humana que tenha por conseqüência o cometimento de atos cruéis contra os animais, que atentem contra suas vidas, não somente, mas especialmente em busca de vantagens econômicas e financeiras, são intoleráveis; afrontam todo o esforço despendido, ao longo de muitos anos, em busca de garantir o direito elementar de todo e qualquer ser, que é o direito à vida.

8. CONCLUSÃO

O que se pretende demonstrar é que a caça de controle não tem sido instrumento viável para a harmonização do ambiente, tendo em vista que afronta inúmeros princípios do direito ambiental, além de causar um desequilíbrio ainda maior ao meio ambiente. Visa demonstrar, também, que há alternativas possíveis para controle populacional de espécies da fauna, em especial a silvestre, a exemplo do procedimento adotado por alguns Estados que utilizam contraceptivos para o controle da população de capivaras, e têm obtido sucesso com tal investida.Pode ser apontada, ainda, a esterilização desses animais para que não mais procriem. Desta forma, o sofrimento dos animais é diminuído consideravelmente, bem como seu direito à vida continua sendo respeitado, sendo atingidos, pois, todos os objetivos que se pretende alcançar com a caça de controle.

A caça científica deve ser utilizada em casos últimos, em que seja o único meio de pesquisar os animais objetos de seus estudos. Temos muitos exemplos de atividades realizadas no ambiente próprio dos animais pesquisados que apresentaram resultados mais completos e satisfatórios do que se esses animais tivessem sido retirados de seu habitat. Entretanto, a caça dos animais para a realização de vivissecção ou qualquer outra atividade que cause sofrimento aos animais, ainda que com argumentos científicos, não deve ser tolerada.

As outras modalidades de caça, do mesmo modo, não merecem guarida, ainda que legalmente previstas. Não deve ser admitida nenhuma forma de violência contra animais, especialmente tais atividades, potencialmente destrutivas, causadoras de danos irreparáveis e que comprometem a função ecológica que se quer preservar.

É um desalento a certeza de que muitas espécies já desapareceram do planeta sem ao menos a possibilidade do homem conhecê-las antes de sua extinção. É penoso, ainda, pensar que muitas dessas extinções se deram pela influência do homem sobre a natureza. No entanto, se o passado, ilustrado com atitudes lamentáveis, inconseqüentes, que dizimaram muitas espécies, é digno de lamentação, é certo que também nos serve de paradigma, através do qual podemos analisar com que intensidade o homem influenciou essa destruição e, a partir desse quadro, aprendermos com os erros já cometidos para, ainda em tempo, conservar nossos recursos naturais.

> *"Matar animais por esporte, prazer, aventura e por suas peles, é um fenômeno que é ao mesmo tempo cruel e repugnante. Não há justificativa na satisfação de uma brutalidade dessas."* (Dalai Lama)

9. CONCLUSÕES ARTICULADAS

9.1 A atividade da caça deve ser uma opção a ser utilizada apenas em casos de extrema necessidade, comprovada por estudos prévios, a fim de que os danos ambientais sejam evitados e minimizados.

9.2 A destruição de espécies da fauna é injustificável e não deve ser admitida sob nenhum argumento, visto que existem inúmeros meios alternativos hábeis de obter os resultados almejados com tal atividade.

9.3 Os atos de crueldade e violência praticados contra os animais não podem ser tolerados. Entre eles, estão as diversas modalidades de caça, bem como seus atos específicos (utilização, perseguição, destruição e apanha).

9.4 O extermínio de qualquer espécie causa o desequilíbrio do ambiente, ainda que feito sob o pretexto de restabelecer este equilíbrio. Não é possível prever os danos causados por esta situação de desarmonia e, a cada intervenção humana, são estes agravados, tomando proporções imensuráveis, dia após dia.

9.5 O equilíbrio ambiental, bem como a preservação do meio ambiente natural deve ser sempre a prioridade de todo Estado. A exploração dos recursos naturais por mercantilismo, em busca de lucro, sem sua preservação e respeito à função ecológica de cada um destes bens, deve ser repudiada.

9.6 A extinção é fator de risco para qualquer espécie e é agravada na medida em que há ações direcionadas à destruição destas.

A IMPOSIÇÃO DO DEVER DE RECOMPOSIÇÃO DE ÁREAS PREVIAMENTE DESMATADAS AO NOVO ADQUIRENTE DA PROPRIEDADE RURAL E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LULY RODRIGUES DA CUNHA FISCHER
Estudante de Direito, bolsista PIBIC/UFPA no projeto de pesquisa: "Análise dos Instrumentos Jurídicos na Amazônia Brasileira: estudo de Caso Pará", orientada pelo Professor Dr. José Heder Benatti

1. INTRODUÇÃO

As demandas e ações ambientais vêm aumentando a cada dia, ora pela intervenção estatal, através do Ministério Público[1], ora pela movimentação da sociedade civil, que ao longo do tempo tem sido conscientizada sobre a importância da proteção do meio ambiente[2] através da educação ambiental[3]. Contudo, as questões ambientais apreciadas pelo judiciário nem sempre recebem o tratamento esperado. Por vezes, os princípios constitucionais ambientais e a legislação infraconstitucional são aplicados de forma assistemática, levando litígios a soluções insatisfatórias e à espoliação dos recursos naturais[4].

A utilização dos recursos naturais, outrora realizada de maneira indiscriminada, hoje necessita ser regulada para a manutenção do equilíbrio ecológico. O cenário brasileiro não é diferente: o país explora de maneira acentuada seus recursos naturais desde a época em que foi colônia e sua economia é fortemente atrelada ao setor primário. O meio ambiente rural possui uma íntima relação com a utilização dos recursos naturais, e por razões histórico-sócio-econômicas apresenta claros sinais de insustentabilidade resultantes de práticas agro-silvo-pastoris[5] inadequadas, implicando em graves conseqüências à manutenção dos processos ecológicos, à própria atividade agrícola e ao meio ambiente como um todo.

---

[1] FREITAS, Vladmir Passos de. *Matas Ciliares* in Direito Ambiental em evolução – n.º 2. Vladmir Passos de Freitas (org.) 1. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2003. p. 326.

[2] A expressão "proteção ambiental", segundo José Heder Benatti, pode "conter duas concepções jurídicas: a conservação e a preservação do meio ambiente. [...] [A] Conservação significa proteção dos recursos naturais, com utilização racional, garantindo sua sustentabilidade e existência para as futuras gerações. A preservação visa garantir a integridade e a perenidade do bem ambiental ou de uma área determinada. É o termo empregado quando se refere à proteção integral dos bens". *Indenização da cobertura vegetal no imóvel rural: um debate sobre o papel da propriedade na contemporaneidade*. Belém, 2005. p. 2-3. No prelo. As definições legais de conservação e preservação estão contidas respectivamente no art. 2º, incisos II e V da Lei n. 9.985/00.

[3] FÁVARO, Diocélia da Graça Mesquita. *A formação ambiental do jurista* in Direito Ambiental em evolução – n.º 2. Vladmir Passos de Freitas (org.) 1. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2003.p. 50.

[4] COSTA NETO, Nicolau Dino de Castro e. *Proteção jurídica do meio ambiente (I – Florestas).* Belo Horizonte: Del Rey, 2003.p. 81-82.

[5] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função ambiental da propriedade rural.* São Paulo: LTr, 1999. p. 114-115.

Ocorre que a proteção do meio ambiente tem reflexos diretos no uso da propriedade rural privada[6], limitando os direitos do proprietário, outrora tidos como quase absolutos. Tal restrição desagrada parte da elite brasileira, o que se reflete nas relações sociais, e também no direito[7].

A fim de contribuir para melhor entender a relação entre o direito de propriedade e o meio ambiente no contexto atual será feita uma análise do tratamento dado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao dever do novo adquirente de recompor a cobertura vegetal da propriedade rural, resultante do desmatamento promovido por antigos proprietários.

Para desenvolver tal análise, primeiramente será feita uma abordagem sobre o direito de propriedade, sua função social e a exigência constitucional de proteção ambiental, onde será discutido o conteúdo atual do direito de propriedade perante o ordenamento jurídico brasileiro. Após, serão tecidas algumas considerações sobre as restrições específicas à propriedade rural e também sobre a responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. Por fim, será analisada a jurisprudência do STJ em relação ao passivo ambiental, resultante do desmatamento irregular da propriedade rural.

2. O DIREITO DE PROPRIEDADE, SUA FUNÇÃO SOCIAL E A EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

O direito de propriedade, tido como absoluto e exclusivo, nos moldes da ordem jurídico liberal-burguesa, apenas serve como referencial histórico nos dias atuais[8]. O direito, bem como seus institutos servem para regular relações sociais, que mudam de acordo com o momento histórico, evoluindo para acompanhar e regular novas relações e necessidades da sociedade[9]. Por este motivo, também a propriedade não poderia ficar alijada do processo histórico no qual está inserida[10]. Assim, esta vem passando por um processo de limitação[11], para atender ao interesse social. Tais limitações são de ordem constitucional, infraconstitucional, pública e privada, dando uma nova roupagem à propriedade.

Portanto, as limitações privadas, decorrentes das disposições do Código Civil, isto é, do direito de vizinhança e do acordo entre partes, assim como as de

[6] BENJAMIN, Antônio Herman. *Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente* in Revista de Direito Ambiental. Ano 1 (outubro – dezembro). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 44-45.

[7] Um exemplo da influência política no debate entre direito de propriedade e preservação ambiental foi a edição de sucessivas medidas provisórias, alterando o Código Florestal. Cf.: BENJAMIN, Antônio Herman. *A proteção das florestas brasileiras: a ascensão e queda do código florestal. Da medida provisória 1.511/96 ao Projeto de Conversão do Deputado Moacir Micheletto* in Revista de direito ambiental. Ano 5. n. 18 (abril-junho). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

[8] ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Direito de propriedade e meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 1999.p. 72-73.

[9] Ibid. p. 74.

[10] "[E]m síntese, a propriedade, embora mantendo suas prerrogativas e elementos básicos, é hoje estruturalmente diferente daquela prevista pelos regimes constitucionais anteriores. Seria, realmente, absurdo pretender que, no mundo jurídico, só o direito de propriedade ficasse imune às extraordinárias transformações trazidas, nos últimos anos, pelo despertar ambiental. Nenhum instituto legal tem o poder – para não dizer a legitimidade – de compor sua inflexibilidade às custas do interesse social que lhe dá vida". BENJAMIN, *Reflexões...* op. cit. p.150.

[11] FLORES, Maria do Socorro Almeida. *O meio ambiente e a proteção dos recursos florestais no Pará: uma abordagem jurídica*. Pará: UFPa, 1999. p. 117.

ordem pública, decorrentes dos graus de exigência estabelecidos em lei, influenciam no campo da liberdade de ação do proprietário. Entretanto, vige a regra da disponibilidade dos recursos naturais, desde que não afete a qualidade de vida e o meio ambiente.

Uma das limitações mais diretas e presentes em relação ao uso da propriedade privada foi a consagração de sua função social[12]. No ordenamento jurídico brasileiro, tal instituto surgiu na Constituição de 1946[13], e na Constituição vigente é citado diversas vezes, sendo asseverado que

> *a propriedade deverá cumprir com sua função social (art. 5º, XXIII), materializada através do: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e trabalhadores*[14].

Em relação à ordem econômica[15], que tem por fim proporcionar a todos uma existência digna, fica determinado que as atividades devem observar uma série de princípios, dentre os quais o da a função social da propriedade e da defesa do meio ambiente (art. 170).

Assim, a Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que garante o direito de propriedade (art. 5º, XXII), impõe limites ao seu uso, para não torná-la instrumento que provoque dano ao proprietário e à comunidade na qual está inserida[16]. No entanto, apenas as definições de "respeito à função social da propriedade" e "utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente", existentes no texto constitucional, não são suficientes para a efetivação dessas garantias no plano fático[17], devendo tais limitações serem impostas por lei, que criarão "critérios e exigências" (art. 186, *caput*).

Destarte, a interpretação correta do texto constitucional deve ser realizada de forma orgânica, havendo um equilíbrio entre a proteção ao meio ambiente (art. 225) e a proteção à ordem econômica (art. 170, VI), o que nos leva a concluir que existe uma indissociabilidade entre a propriedade e sua função social[18].

> *Por outras palavras, o respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, constitucionalmente protegido, constitui premissa básica para o atendimento da função*

[12] "[C]om a introdução do conceito de função social da propriedade [...] a concepção de propriedade fica ampliada em suas limitações: em virtudes das funções, das restrições ao exercício que ocorrem devido à concorrência do proprietário e de outros interesses de caráter coletivo, social e difuso". BENATTI, op. cit. p. 2. A noção de função social da propriedade como uma limitação, contudo, não é unânime na doutrina. Cf.: ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 7ª. ed. rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 595-596.

[13] FLORES, op. cit. p.117.

[14] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2004. Art. 186.

[15] GOMES, Luís Roberto. *O princípio da função social da propriedade e a exigência constitucional de proteção ambiental* in Revista de direito ambiental. Ano 5. n. 17 (janeiro-março). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 161.

[16] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 705.

[17] ALBUQUERQUE, op. cit. .p. 80.

[18] GOMES, op. cit. p. 177.

> *social da propriedade, seja urbana, seja rural, mormente quando diretamente relacionada à proteção da vida humana*[19].

A propriedade rural que cumpre com sua função social, isto é, que cumpre com a legislação agrária e ambiental vigente[20], possui uma dupla função, pois ao mesmo tempo em que resguarda interesses difusos, está protegendo a integridade do próprio bem imóvel, através da manutenção de processos ecológicos e das qualidades inerentes ao solo, permitindo que o bem perpetue seu potencial produtivo[21].

Conclui-se então que a função social da propriedade obriga a todos, mas tem seu conteúdo variável, pois depende dos bens ambientais existentes num certo espaço territorial (florestas, o solo, a diversidade de espécies, etc.) submetido ao direito de propriedade, e se materializa por uma proteção legal infraconstitucional específica dos recursos naturais. Tais restrições legais, de modo geral, não extirpam o direito de propriedade, pois somente lhe restringem total ou parcialmente algumas práticas e métodos de exploração econômica da terra, podendo um único imóvel possuir níveis diferenciados de uso.

3. LIMITAÇÕES INFRACONSTITUCIONAIS RELATIVAS À COBERTURA VEGETAL DA PROPRIEDADE RURAL

Os limites ao uso dos recursos naturais impostos à propriedade ocorrem pela necessidade de resguardar espaços territoriais especialmente protegidos e seus componentes[22]. Tais espaços podem ser definidos como

> *áreas geográficas públicas ou privadas (porção do território nacional) dotadas de atributos ambientais que requeiram sua sujeição pela lei a um regime jurídico de interesse público que implique sua relativa imodificabilidade e sua utilização sustentada, tendo em vista a preservação e a proteção da integridade de amostras de toda diversidade de ecossistemas, a proteção aos processos evolutivos das espécies, a preservação e a proteção dos recursos naturais*[23].

A doutrina classifica tais áreas como espaços territoriais especialmente protegidos em sentido lato e estrito[24] ou, em espaços territoriais abertos e fechados[25], a fim de diferenciar as unidades de conservação das demais áreas que de alguma forma limitam o direito de uso do proprietário em relação aos recursos naturais existentes no imóvel.

---

[19] Id.
[20] Segundo José Heder Benatti, este tipo de propriedade rural, que busca na atividade agrária o aproveitamento da terra e a proteção do meio ambiente é também denominada "*propriedade agroambiental". Direito de propriedade e proteção ambiental no Brasil: apropriação e uso dos recursos naturais no imóvel rural*. Belém: NAEA/UFPa, tese de doutorado.
[21] BORGES, op. cit. p. 99.
[22] Art. 225, §1º, III da Constituição Federal de 1988.
[23] SILVA, José Affonso. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 230.
[24] BORGES, op. cit. p. 118-119.
[25] SILVA, op. cit. p. 230 -231.

Por conseguinte, espaços territorialmente protegidos são gênero do qual as unidades de conservação são espécie[26], existindo ainda outras formas de proteção presentes na legislação esparsa[27], que são imposições de obrigações de caráter geral a proprietários indeterminados[28].

Serão abordadas aqui as limitações relativas à cobertura vegetal no imóvel rural mais freqüentes, podendo este ser dividido em três espaços distintos, conforme a incidência do direito de propriedade: área de preservação permanente (APP), área de reserva legal (RL) e área de uso intensivo (UI). Além do caráter distintivo entre as três áreas acima referidas, decorrente da variabilidade de poder do proprietário sobre o imóvel, tais áreas possuem características próprias, cumprindo diferentes objetivos econômicos e ambientais[29].

A **área de preservação permanente** pode ser de dois tipos: por determinação legal (art. 2º)[30] ou instituída pelo Poder Executivo (art. 3º)[31], sendo legalmente definida como "área coberta ou não por vegetação nativa, com função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico da fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas"[32].

Em ambas as áreas acima mencionadas não é permitida exploração econômica, pois têm por fim a preservação dos processos ecológicos da propriedade e do ecossistema; entretanto é permitido o acesso de pessoas e animais às áreas, para obtenção de água, desde que não se exija a supressão e não seja comprometida a regeneração à longo prazo da vegetação nativa[33].

---

[26] As unidades de conservação foram criadas través da Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000, sendo dividias em dois grupos: unidades de conservação de proteção integral e unidades de conservação de manejo sustentável. As primeiras têm regime mais restritivo. Já as unidades de conservação de manejo sustentável admitem o uso de recursos naturais desde que essa atividade se dê de forma de forma racional e controlada. Cf.: BORGES, op. cit. p. 118.

[27] "[A] floresta de preservação permanente incidente sobre determinadas formações florestais e a reserva legal florestal subsistem independentemente da previsão das unidades de conservação. Noutras, palavras, as florestas de preservação permanente e as reservas florestais legais são categorias distintas de instrumentos de salvaguarda ambiental que, embora não se enquadrem necessariamente no conceito de unidade de conservação (sem prejuízo de esta abranger aquelas), integram o gênero dos espaços territoriais especialmente protegidos. A diferença está no fato do regime das unidades de conservação possuir maior grau de determinabilidade que daquel'outras categorias". COSTA NETO, op. cit. p. 202.

[28] "[N]as limitações administrativas, o proprietário conserva em suas mãos a totalidade dos direitos inerentes ao domínio, ficando apenas sujeito à normas regulamentadoras do exercício desses direitos, para conformá-lo ao bem estar social; a propriedade não é afetada na sua exclusividade, mas no seu caráter de direito absoluto, pois o proprietário não reparte, com terceiros, os seus poderes sobre a coisa, mas, ao contrário, pode desfrutar de todos eles, da maneira que lhe convenha, até onde não esbarre com óbices opostos pelo poder público em prol do interesse coletivo". DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 127.

[29] BENATTI, *Indenização...* op. cit. p. 6.

[30] São consideradas áreas de preservação permanente em virtude de lei as vegetações situadas: (a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto; (b) ao redor de lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais; (c) nas nascentes e olhos d'água; (d) no topo de morros, montes, montanhas e serras; (e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45º; (f) nas restingas; (g) nas bordas ou tabuleiros das chapadas; e (f) em altitude superior a 1.800 metros, qualquer que seja a vegetação.

[31] As áreas de preservação permanente, somente constituídas mediante declaração do Poder Público, serão assim consideradas quando servirem para: (a) atenuar a erosão das terras; (b) fixar as dunas; (c) formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias; (d) auxiliar a defesa do território nacional a critério das autoridades militares; (e) proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico; (f) asilar exemplares da fauna e da flora ameaçados de extinção; (g) manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas; e (h) assegurar condições de bem-estar público.

[32] BRASIL. *Lei 4.771, de 15 de setembro de 1965*, que instituiu o novo Código Florestal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004 (RT – mini-códigos). Art. 1º, §2º, II e BRASIL. *Resolução CONAMA nº 302, de 20 de março de 2002*, que dispõe sobre parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente de reservatórios artificiais e o regime de uso do entorno. Disponível em <www.conama.gov.br>. Acesso em 25 de março de 2005. Art. 2º, II.

[33] Art. 4º, §7º Lei n. 4.771/65.

Importante lembrar que tal limitação é decorrente das características naturais da propriedade[34], que não necessariamente estarão presentes em todas as propriedades rurais, podendo existir imóveis em que não haja área de preservação permanente.

A despeito do uso da palavra "permanente" para caracterizar tais áreas, existe previsão do Código Florestal de casos em que pode ocorrer sua supressão. As definidas no art. 2º do referido diploma legal somente podem sofrer supressão através de processo administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica ao empreendimento proposto[35]. Já as áreas de preservação permanentes resultantes de declaração estatal podem ser suprimidas total ou parcialmente, mediante aprovação do Poder Executivo Federal, quando necessário à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social[36].

Ocorre que, como dito anteriormente, a doutrina classifica tais áreas como espaços territorialmente protegidos, apenas modificáveis por lei, nos termos do art. 225, §1º, III da Constituição vigente. Por esta razão há o entendimento que o art. 3º, §1º, do Código Florestal encontra-se tacitamente revogado[37]. Tal impedimento também vale para a previsão de supressão contida no art. 4º, pois

> *quanto às florestas de preservação permanente do art. 2º do Código Florestal, constituídas pelo próprio Código, só poderão ser alteradas ou suprimidas parcial ou totalmente por força da lei. Incompetente é o Poder Executivo Federal, Estadual ou Municipal para autorizar a supressão parcial ou total dessas florestas ou formas de vegetação*[38].

As áreas de preservação permanente, estabelecidas por lei (art. 2º), mesmo que sem cobertura vegetal, decorrente de ação antrópica ou não, são insuscetíveis de exploração por particulares[39], através de atividade madeireira ou agropastoril, considerando sua finalidade preservacionista. Caso tais áreas tenham sido desmatadas, há a necessidade de reflorestamento. Conforme redação do art. 18 do Código Florestal: "nas terras de propriedade privada onde seja necessário o florestamento ou o reflorestamento de preservação permanente, o Poder Público poderá fazê-lo, sem desapropriá-las, se não fizer o proprietário".

Deste excerto pode-se concluir que é possível haver área de preservação permanente plantada[40], e que deve o particular proceder ao reflorestamento, e na abstenção deste, pode intervir o Poder Público na propriedade, sendo desnecessário que a área seja desapropriada[41]. Em relação aos custos, "[i]nobstante não estar textualmente previsto no código florestal, é de se entender que possam ser

[34] SILVA, op. cit. p. 173.
[35] Art. 4º da Lei n. 4.771/65.
[36] Art. 3º, §1º da Lei n. 4.771/65.
[37] MACHADO, op. cit. p. 699.
[38] Ibid. p. 707-708.
[39] SANTOS, Myrna Gouveia dos. *Legislação ambiental e política agrária: reserva legal e áreas de preservação permanente no projeto de assentamento do Itabocal –Pa*. Belém: Paka-Tatu, 2003. p. 47.
[40] Art. 12 Lei 4.771/65.
[41] SANTOS, op. cit. p. 46.

cobradas pelo Poder Público as despesas efetuadas para implantar as florestas ou executar o reflorestamento"[42].

A **reserva legal** é um espaço protegido de manejo[43] sustentável[44] exclusivo das propriedades privadas[45], podendo ser definida como

> *área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação de processos ecológicos, à conservação da biodiversidade ao abrigo e proteção de flora e fauna nativas*[46].

A existência das reservas legais tem como justificativa a preservação da biodiversidade, da fauna e flora e o equilíbrio ecológico da localidade[47], pois "a substituição das florestas nativas por culturas ou pastagens significa uma inexorável simplificação dos ecossistemas"[48].

A reserva legal tem por características a: (a) *compulsoriedade,* pois incide em todos os imóveis localizados nas regiões mencionadas no art. 16 do Código Florestal*; (b) generalidade,* pois a obrigação de instituir e manter a reserva legal não grava um proprietário somente, mas todas as propriedades rurais privadas[49]*; (c) gratuidade*[50]*;* decorrente da natureza da limitação, não implicando em indenização por parte do Poder Público; *(d) perpetuidade e inalterabilidade de destinação* [51]*; e (e) averbação*[52].

A referida área recebe tratamento diferenciado dependendo do tipo da cobertura vegetal e da localização da propriedade[53]. Assim, a reserva legal é uma característica da propriedade florestal, aplicável a todos os imóveis localizados no território brasileiro. Esta é "um ônus real que recai sobre o imóvel e que obriga o proprietário e todos aqueles que venham a adquirir tal condição, quaisquer que sejam as circunstâncias. Trata-se de uma obrigação *in rem*, *ob* ou *propter rem*, ou seja, uma obrigação real ou mista"[54]. Este tipo de obrigação fica aderido à coisa, independente da forma de sua aquisição ou da pessoa.

---

[42] MACHADO, op. cit. p.706.

[43] O termo *"manejo"* está definido no art. 2º, VIII da Lei n. 9.985/2000, que regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III, VIII, da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências.

[44] Art. 16, § 2º da Lei n. 4.771/65.

[45] MACHADO, op. cit. p. 717 e COSTA NETO, op. cit. p. 214. Porém, possui entendimento contrário: BORGES, op. cit. p. 128.

[46] Art. 1º, §2º, III da Lei n. 4.771/65.

[47] MANTOVANI, Mário et BECHARA, Érika. *A reserva legal à luz da medida provisória 1736* in Congresso Internacional de Direito Ambiental (3.: 1999: São Paulo, SP). Anais do 3º Congresso internacional de direito ambiental, 30 de maio a 2 de junho de 1999: a proteção jurídica das florestas tropicais. Antonio Herman Benjamin (Org.). vol. 1. São Paulo: IMESP, 1999. p. 286. Essa medida provisória já foi substituída por outra: MP 2.166-67/2001, mas em nada altera a justificativa da existência das reservas legais.

[48] ALVARENGA, Octávio Mello. *Direito agrário: reforma agrária, meio ambiente, Amazônia, índios na Constituição de 1988.* Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 158.

[49] MACHADO, op. cit. p. 721.

[50] Art. 5º, XXIII e Art. 186 da Constituição Federal de 1988.

[51] "A reserva legal atinge todos os proprietários de áreas florestadas, ou mesmo que tenham sido desflorestadas. Ela nada mais é do que a aplicação de um princípio geral estabelecido pelo artigo 1º do Código Florestal que determina serem as florestas de interesse comum de todos os habitantes no país". ANTUNES, op. cit. p. 602.

[52] Art. 16, §8º, da Lei n. 4.771/65.

[53] MACHADO, op. cit. p. 716. O percentual mínimo de área de reserva legal em cada propriedade está definido no art. 16. Lei n. 4.771/65.

[54] ANTUNES, op. cit. p. 604.

Portanto, a inexistência de cobertura vegetal na propriedade não desonera o proprietário[55] de instaurar a reserva legal[56]. Caso esta tenha sido desmatada, deve ser realizada a *recomposição*[57] da área ou a *compensação*[58].

A **área de uso intensivo** é caracterizada pela ausência de restrição ambiental e a possibilidade de corte raso, tendo o proprietário plenos poderes para desmatar, seja para exploração econômica da matéria-prima florestal existente ou para o desenvolvimento de atividades agrárias. No entanto, esta maior intensidade do poder do proprietário sobre a área não o isenta de necessitar de autorização válida do órgão ambiental competente[59] para iniciar as atividades[60].

Assim, não há área que possa ser livremente explorada, pois toda atividade de exploração ou supressão da cobertura vegetal, ainda que sobre ela não recaia alguma proteção ambiental, há de haver o controle por parte do Poder Público, a fim de assegurar o uso racional destes recursos e a manutenção do equilíbrio ecológico do ecossistema[61].

4. RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AO MEIO AMBIENTE

O direito ambiental tem um caráter eminentemente preventivo[62], mas em situações em que ocorra dano, apresenta também um caráter reparatório[63]. A Constituição prevê, em seu art. 225, §3º, que as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar o dano.

Portanto, no ordenamento jurídico brasileiro estão previstos três tipos de responsabilidade: administrativa, penal e civil. Tal independência é indispensá-

[55] "[O] fato de inexistir cobertura arbórea na propriedade não elimina o dever do proprietário de instaurar a reserva florestal. A lei de Política Agrícola – Lei 8.171, de 17.11.1991 – previu: a partir do ano seguinte ao ato de promulgação desta Lei, obriga-se o proprietário rural, quando for o caso, a recompor em sua propriedade a Reserva Florestal Legal, prevista na Lei 4.771/65, com a nova redação dada pela Lei n. 7.803/89, mediante o plantio em cada ano, de pelo menos um trinta avos da área total para complementar a referida reserva florestal legal". MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Estudos de direito ambiental*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 720.

[56] Art. 44, caput da Lei n. 4.771/65.

[57] As hipóteses de recomposição estão previstas no art. 44, incisos I e II e §1º e 2º do Código Florestal, com redação determinada pela MP 2.166-67/2001. Segundo José Affonso da Silva, "não é aceitável a interpretação de que, na vigência desta norma, o proprietário ou possuidor possa suprimir floresta de reserva legal com possibilidade de recomposição posterior [...] se o código não admite a supressão de reserva legal, por isso a estabelece como forma de protegê-la e preservá-la [...]. O novo artigo 44 [com redação dada pela medida provisória 2166-67/2001], ao admitir a recomposição só o fez para situações passadas [...]. Suprimir reserva legal é inadmissível. Se isso acontecer o proprietário ou possuidor fica sujeito a sanção, porque destruir florestas nativas ou plantadas ou vegetação fixadora de dunas, protetora de mangues, objeto especial de preservação, é crime [...] [Lei 9.605/98, art. 50]". op. cit. p. 187.

[58] As hipóteses de compensação estão previstas em dois artigos, ambos com redação determinada pela MP 2.166-67/2001. A primeira ocorre entre áreas da mesma propriedade, mais especificamente entre a reserva legal e as áreas de preservação permanente, desde que o cálculo não implique na conversão de novas áreas para uso alternativo do solo, nos termos do art. 16 §6º da Lei 4.771/65. As outras hipóteses de compensação estão previstas no art. 44, inciso III e §§ 4º, 5º e 6º do mesmo diploma legal.

[59] Art. 19 da Lei n. 4.771/65.

[60] Art. 4º, §1º da Lei n. 4.771/65.

[61] MANTOVANI et BECHARA, op. cit. p. 293.

[62] MACHADO, op. cit. p. 332.

[63] A ação visando à recomposição do dano ou sua indenização é regulada pela Lei n. 7.347/85, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.

vel em se tratando do meio ambiente, face ao caráter multifacetário[64] do dano. Contudo, devido à delimitação do objeto deste trabalho, será abordada somente a responsabilidade civil.

A matéria é tratada na Lei n. 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA, visando, dentre outros aspectos a imposição ao poluidor ou degradador de reparar e/ou indenizar os danos causados[65], em atendimento ao princípio do poluidor-pagador[66]. Em outro dispositivo, determina a lei que o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação ambiental enseja na obrigação do poluidor, independentemente da existência ou não de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade[67].

Ficou assim estabelecida a responsabilidade *objetiva* para o dano ambiental, ou seja, o autor do dano está obrigado a repará-lo tenha ou não agido com culpa, bastando a existência de nexo de causalidade entre a atividade danosa e a fonte poluidora ou degradadora[68]. No que tange a extensão desta responsabilidade, não há um consenso na doutrina. No entanto, sustenta a maioria que se trata de responsabilidade objetiva por *risco integral*[69], sendo irrelevante para a exclusão de responsabilidade o licenciamento pelo Poder Público, a licitude ou normalidade da atividade, a existência de pluralidade de agentes poluidores, ou a invocação do caso fortuito ou força maior"[70].

Segundo Sérgio Ferraz[71], as conseqüências da adoção da responsabilidade objetiva são: a) irrelevância da ação danosa, pois basta um simples prejuízo; b) irrelevância da mensuração da culpa, pois o que importa é o nexo de causalidade, devendo ser responsabilizados todos que tenham participado de alguma forma na atividade danosa, prevalecendo o vínculo de solidariedade quando não for possível determinar quem concorreu para o dano[72]; c) inversão do ônus da prova[73],

---

[64] BENJAMIN. *Responsabilidade civil por dano ambiental* in Revista de Direito Ambiental. ano 3. n. 9 (janeiro-março). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 5.

[65] BRASIL. *Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981*, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004 (RT – mini-códigos). Art. 4º, VII.

[66] Para Antônio Herman Benjamin, a reparação do dano ambiental é uma das formas de manifestação do princípio do poluidor-pagador, pois "inclui todos os custos da proteção ambiental, quaisquer que eles sejam, abarcando [...] os custos de prevenção, de reparação e de repressão do dano ambiental". *Princípio do poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental in* Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão. Antônio Herman V. Benjamin (Coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993 (Biblioteca de Direito Ambiental, vol. 2) p. 231.

[67] Art. 14, §1º da Lei n. 6.938/81. Cf.: BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*, que institui o Código Civil. Art. 927, parágrafo único.

[68] SILVA, op. cit. p. 312.

[69] "[Q]ualquer medida tendente a afastar as regras da responsabilidade objetiva e da reparação integral é contra o ordenamento jurídico. [...] Nesse sentido, a responsabilidade civil deve ser vista à luz do direito ambiental e como instrumento de realização desse direito". LANFREDI, Geraldo Ferreira. *A relevância da política agrícola como instrumento de proteção ao meio ambiente na ordem econômica constitucional* in Revista de Direito Ambiental. Ano 5. n. 19 (julho-setembro). São Paulo: revista dos tribunais, 2000. p. 92.

[70] ATHIAS, Jorge Alex Nunes. *Responsabilidade civil e meio-ambiente – breve panorama do direito brasileiro in* Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão. Antônio Herman V. Benjamin (Coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993 (Biblioteca de Direito Ambiental, vol. 2) p. 244. Contra, cf.: FREITAS, op. cit. p. 326 e MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. p. 61.

[71] *Responsabilidade civil por dano ecológico* in Revista da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul 8. n. 22, 1958. p. 39 e 40; 49-50 apud SILVA, op. cit. p. 313.

[72] ATHIAS, op. cit. p. 244.

[73] BENJAMIN, Antônio Herman. *Princípio*... op. cit. p. 234.

cabendo ao réu a responsabilidade de demonstrar que não foi causador do dano; d) irrelevância da licitude da atividade, pois quem lucra com determinada atividade deve responder pelos riscos ou desvantagens dela decorrentes[74]; e) atenuação do nexo causal, sendo necessária somente que a atividade potencialmente possa acarretar prejuízo para que se inverta imediatamente o ônus da prova.

Para fins de responsabilização, *poluidor*[75] é pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental. Esta, por sua vez, é conceituada como uma alteração adversa das características do meio ambiente[76]. Deste modo, a preexistência da degradação ambiental não exclui o dever de reparar o dano causado[77].

A responsabilidade no campo civil se concretiza através da obrigação de recompor o meio ambiente degradado e/ou indenizar[78]. A recomposição é preterida e mais indicada na reparação do dano ambiental, mas nem sempre é possível[79]. Já a indenização normalmente resulta da impossibilidade de recomposição[80], mas também pode ser aplicada conjuntamente à reparação.

Portanto, aquele que, direta ou indiretamente, prejudica o meio ambiente tem o dever de reparar o dano, independente de culpa, pois basta que se caracterize o nexo causal entre a ação ou omissão da pessoa com o dano para que sejam configurados a responsabilidade objetiva e o conseqüente dever de restauração e/ou indenização.

5. A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Após uma breve digressão sobre os entendimentos da doutrina a respeito da temática proposta, passa-se a analisar a jurisprudência relativa ao assunto. É importante trazer à discussão não somente a legislação aplicável à proteção dos recursos naturais, mas também como tais leis estão sendo aplicadas pelos tribunais, tentando traçar um referencial de sua incidência.

A metodologia empregada para tal análise utiliza os precedentes judiciais como fonte para compreensão da efetividade das normas ambientais no Superior

[74] LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 95.
[75] Art. 3º, IV Lei n. 6.938/81.
[76] Art. 3º, II Lei n. 6.938/81.
[77] BENJAMIN. *Responsabilidade*... op. cit. p. 51.
[78] "[A] realidade é que, até hoje, não existe um critério para a fixação do que, efetivamente, constitui o dano ambiental e como este deve ser reparado. A primeira hipótese a ser considerada é a da repristinação do ambiente agredido ao seu *status quo dante*. [...] [A] adoção de um valor arbitrado para significar a espécie destruída tem a desvantagem de estabelecer um macabro sistema pelo qual aqueles que possuem recursos financeiros poderão pagar uma soma para compensar a área ou espécie prejudicada. Por outro lado, este mecanismo tem como lado positivo a fixação de algum critério a ser imposto ao poluidor. [...] [O]utro critério que vem sendo adotado é o da compensação. Isto é, a degradação de uma área deve corresponder à recuperação de uma outra. O critério não é bom, pois muitas vezes as áreas são extremamente diversas e não se pode restabelecer o ecossistema afetado. [...] O que se percebe, de fato, é que qualquer critério de reparação do dano ambiental é sempre falho e insuficiente. Fundamentalmente, a atividade ambiental deve ser regida pelos critérios preventivos. A prevenção, contudo, implica no ataque a diversos interesses econômicos bastante fortes, seja daqueles que pretendam promover a degradação ambiental, seja daqueles que atuam na própria indústria da "recuperação do meio ambiente". ANTUNES, op. cit. p. 248.
[79] Id. p. 243.
[80] Ibid. p. 32-33.

Tribunal de Justiça. Os precedentes foram primeiramente selecionados pelo conteúdo de suas ementas, e após, foi feita a leitura do inteiro teor dos acórdãos. Foram consultados também todos os precedentes citados nas decisões, a fim de que fosse efetuada uma pesquisa mais completa e coesa das teses jurídicas utilizadas. Para a definição dos precedentes, realizado através de busca eletrônica no endereço www.stj.gov.br, foram utilizados os seguintes indexadores: *propriedade, reserva legal, dano ambiental, área de preservação permanente, floresta, cobertura natural, cobertura florestal, cobertura florística, bens ambientais e ambiente.*

Foram selecionadas decisões da primeira e segunda turmas[81], tendo sido os acórdãos divididos em dois grupos: o primeiro, que é conservador, fortemente atrelado ao direito de propriedade tradicional; e um outro, que possui uma fundamentação pautada no direito ambiental.

Importante ressaltar que este trabalho visa somente analisar a questão sobre o dever ou não de recomposição das áreas de reserva legal e preservação permanente pelo novo proprietário rural, não entrando no mérito da indenização. Tal delimitação se dá não somente pelas limitações deste tipo de trabalho, mas também porque as decisões analisadas não abordam a questão, impossibilitando a análise do posicionamento jurisprudencial sobre o tema.

5.1 O posicionamento privatístico em relação ao dever de recomposição de áreas previamente desmatadas

O primeiro grupo é formado pelas decisões em que o ministro Garcia Vieira foi relator. A primeira decisão que merece destaque é o Recurso Especial n. 32.222/PR[82], julgado em 17/05/1993. Mesmo que o acórdão não verse sobre a recomposição da cobertura florestal na propriedade rural por novo adquirente, a partir dele é possível definir o entendimento do ministro sobre a relação entre o direito de propriedade e sua função social.

O caso refere-se à derrubada de uma parcela de matas secundárias de "domínio privado", sem prévia autorização. Devido à inobservância da legislação ambiental, foi o proprietário autuado. Posteriormente, o valor da multa imposta foi recolhido e liberada a matéria-prima florestal apreendida.

Entende o relator que, uma vez paga a multa, exauriu-se a responsabilidade do proprietário, estando este isento de restaurar a parte derrubada da floresta ou descontinuar o desmate, pois este tem o direito de explorar economicamente tal área,

[81] O STJ possui três áreas de especialização em relação à matéria. A primeira e segunda turmas integram a primeira seção (art. 2º, §4º), sendo competente para julgar feitos relativos à (art. 9º, §1º): I - licitações e contratos administrativos; II - nulidade ou anulabilidade de atos administrativos; III - ensino superior; IV - inscrição e exercício profissionais; V - direito sindical; VI - nacionalidade; VII - desapropriação, inclusive a indireta; VIII - responsabilidade civil do Estado; IX - tributos de modo geral, impostos, taxas, contribuições e empréstimos compulsórios. BRASIL. *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em <http://www.stj.gov.br/SCON/regimento/index.jsp>. Acesso em 20 de março de 2005.

[82] EMENTA: "MEIO AMBIENTE - DANOS - DIREITO DE PROPRIEDADE. O DIREITO DE INSTITUIR PARQUES NACIONAIS, ESTADUAIS OU MUNICIPAIS HÁ DE RESPEITAR O DIREITO DE PROPRIEDADE, ASSEGURADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DA QUEDA DO MURO DE BERLIM E DO DESMANTELAMENTO DO IMPÉRIO COMUNISTA RUSSO SOPRAM VENTOS LIBERAIS EM TODO O MUNDO. O ESTADO TODO PODEROSO É PROPRIETÁRIO DE TODOS OS BENS E QUE PRESERVA APENAS O INTERESSE COLETIVO, EM DETRIMENTO DOS DIREITOS E INTERESSES INDIVIDUAIS, PERDE A SOBREVIVÊNCIA. RECURSO PROVIDO". *STJ – RE 32.222-2/PR – Min. Garcia Vieira – 1ª Turma – DJ: 21/06/1993*.

tendo sido sua única infração a falta de autorização expedida por parte da autoridade competente. Segundo ele, se o Poder Público pretende impedir o desmatamento das florestas, poderá criar parques, devendo indenizar o proprietário atingido.

> *O fato de o legislador constitucional garantir o direito de propriedade (art. 5º, inciso XXII), mas exigir que ele atenda sua função social (XXIII) não chegou a ponto de transformar a propriedade em mera função e em pesado ônus e injustificável dever para o proprietário*[83].
> *Dar destinação social a uma propriedade não é impedir que o seu proprietário a explore e faça gerar riquezas, mesmo porque os homens deixariam de habitar a Terra e morreriam de inanição, caso não pudesse cultivar a terra e a eles só fosse permitido extasiarem-se com as belezas de nossas florestas*[84].

Portanto, segundo este entendimento, devem existir limites ao uso da propriedade, exigindo que ela seja produtiva e contribua para o desenvolvimento econômico. Não se pode, entretanto, violar a garantia do direito de propriedade, impedindo a proprietário de desmatar suas florestas de domínio privado[85].

Em se tratando do dever de recomposição da cobertura vegetal da propriedade rural, mais precisamente da área de reserva legal, o ministro Garcia Vieira teve a oportunidade de se manifestar sobre o assunto nos Recursos Especiais 156.899/PR[86], 214.714/PR[87], 218.120/PR[88] e 229.302/PR[89].

---

[83] Recurso Especial n. 32.222/PR, p. 107 e 108.

[84] Recurso Especial n. 32.222/PR , p.108.

[85] Importante lembrar, que o entendimento que predominou nesta decisão não foi unânime, pois o sr. ministro Milton Pereira, em voto vista (vencido), analisando o recurso especial em tela destaca a manifesta defesa do direito de propriedade feita pelo relator. Seu entendimento foi que o direito de propriedade sofre limitações administrativas, pois sofreu modificações redutivas, distanciando-se da concepção tradicional, liberal da propriedade privada. No caso em tela, a preservação da área ambiental não enseja o despojamento do direito de propriedade, pois se trata de limitação administrativa. Para o ministro, o desmate desautorizado concretiza-se como dano ao ecossistema, estando presente a responsabilidade objetiva do recorrente, face à comprovação do nexo causal, uma vez que a autoria do desmate, em momento algum, foi negada. Votou o ministro pelo provimento do recurso.

[86] EMENTA: "AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DANO AMBIENTAL - OBRIGAÇÃO DE REPARAR PARTICULAR QUE ADQUIRIU TERRA JÁ DESMATADA - IMPOSSIBILIDADE. NÃO SE PODE IMPOR A OBRIGAÇÃO DE REPARAR DANO AMBIENTAL, ATRAVÉS DE RESTAURAÇÃO DE COBERTURA ARBÓREA, A PARTICULAR QUE ADQUIRIU A TERRA JÁ DESMATADA. RECURSO IMPROVIDO". *STJ – RE 156.899/PR – Min. Garcia Vieira - 1ª Turma – DJ: 04/05/1998.*

[87] EMENTA: "DANO AO MEIO AMBIENTE - AQUISIÇÃO DE TERRA DESMATADA -REFLORESTAMENTO - RESPONSABILIDADE - AUSÊNCIA - NEXO CAUSAL - DEMONSTRAÇÃO. Não se pode impor a obrigação de reparar dano ambiental, através de restauração de cobertura arbórea, a particular que adquiriu a terra já desmatada. O artigo 99 da Lei nº 8.171/91 é inaplicável, visto inexistir o órgão gestor a que faz referência. O artigo 18 da Lei nº 4.771/65 não obriga o proprietário a florestar ou reflorestar suas terras sem prévia delimitação da área pelo Poder Público. Embora independa de culpa, a responsabilidade do poluidor por danos ambientais necessita da demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano. Recurso provido". *STJ – RE 214.714/PR – Min. Garcia Vieira – 1ª Turma – DJ: 27/09/1999.*

[88] EMENTA: "DANO AO MEIO AMBIENTE - AQUISIÇÃO DE TERRA DESMATADA - REFLORESTAMENTO - RESPONSABILIDADE - AUSÊNCIA - NEXO CAUSAL - DEMONSTRAÇÃO. Não se pode impor a obrigação de reparar dano ambiental, através de restauração de cobertura arbórea, a particular que adquiriu a terra já desmatada. O artigo 99 da Lei nº 8.171/91 é inaplicável, visto inexistir o órgão gestor a que faz referência. O artigo 18 da Lei nº 4.771/65 não obriga o proprietário a florestar ou reflorestar suas terras sem prévia delimitação da área pelo Poder Público. Embora independa de culpa, a responsabilidade do poluidor por danos ambientais necessita da demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano. Recurso improvido". *STJ – RE 218.720/PR – Min. Garcia Vieira – 1ª Turma – DJ: 11/10/1999.*

[89] EMENTA: "AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DANO AO MEIO AMBIENTE - AQUISIÇÃO DE TERRA DESMATADA - REFLORESTAMENTO - RESPONSABILIDADE - AUSÊNCIA – NEXO CAUSAL - DEMONSTRAÇÃO - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - CITAÇÃO DO CÔNJUGE. Não há que se falar em nulidade do acórdão que rejeitou os embargos de declaração, se o acórdão examinou todas as questões pertinentes ao deslinde da controvérsia. Desnecessária a citação dos cônjuges na ação proposta para apurar responsabilidades por dano ao meio ambiente, eis que não se trata de ação real sobre imóveis. Não se pode impor a obrigação de reparar dano ambiental, através de restauração de cobertura arbórea, a particular que adquiriu a terra já desmatada. O artigo 99 da Lei nº 8.171/91 é inaplicável, visto inexistir o órgão gestor a que faz referência. O artigo 18 da Lei nº 4.771/65 não obriga o proprietário a florestar ou reflorestar suas terras sem prévia delimitação da área pelo Poder Público. Embora independa de culpa, a responsabilidade do poluidor por danos ambientais necessita da demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano. Recurso provido". *STJ – RE 229.302/PR – Min. Garcia Vieira – 1ª Turma – DJ: 07/02/2000.*

Nos acórdãos acima citados, o ministro Garcia Vieira traça seu entendimento sobre a aplicação da responsabilidade civil objetiva em relação ao novo proprietário de propriedade já desmatada e o dever de recomposição.

Sobre a responsabilidade civil, admite ser esta objetiva. Contudo, nos casos em que a propriedade já foi desmatada, considera ele não haver nexo causal entre a atividade do novo proprietário e o dano ambiental. Já que não foi o novo proprietário responsável pelo desmatamento de nenhuma área da propriedade, bem como não se demonstrou como estaria o proprietário impedindo ou dificultando a regeneração natural de florestas na área, não se configura o nexo causal.

Assim, segundo este entendimento, não se pode qualificar como degradador do meio ambiente o proprietário do imóvel que o utiliza para sua atividade econômica em toda ou em quase toda sua extensão, porque já o adquiriu com esta destinação. É incogitável impor-lhe a obrigação de reparar o dano através da restauração de cobertura arbórea que não destruiu.

No que se refere à recomposição, entende o ministro que o art. 18 da Lei n. 4.771/65 não obriga o proprietário a florestar ou reflorestar suas terras, sem que antes o Poder Público tenha delimitado a área.

Desta forma, se o proprietário adquiriu seu imóvel já completamente desmatado, o reflorestamento ou florestamento só pode ser feito depois de devida demarcação da área pelo Poder Público, devendo ser indenizado o proprietário. Se o Poder Público se mostra inerte, este deve ser acionado, e não o proprietário não causador do dano ecológico.

Conclui-se então que até 1999 o STJ ainda não havia alterado seu posicionamento conservador em relação à utilização à propriedade privada rural. Ficava a cargo do Poder Público qualquer atividade para recomposição de espaços territorialmente protegidos, pois a imposição de florestamento ou reflorestamento era considerada por demais onerosa ao particular, mesmo já estando definido constitucionalmente que a propriedade deve cumprir com a sua função social.

5.2 O posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão

O segundo grupo de decisões se inicia com o Recurso Especial 222.349/PR[90], julgado em 23/03/2000. Por maioria dos votos, vencido o ministro Garcia Vieira, foi considerado que o adquirente de propriedade previamente desmatada é parte legítima passiva para responder por ação de dano ambiental. O relator do processo, ministro José Delgado, considerou que há transmissão para o novo adquirente do imóvel das obrigações preceituadas na legislação específica sobre o assunto[91].

[90] EMENTA: "ADMINISTRATIVO. RESERVA FLORESTAL. NOVO PROPRIETÁRIO. LEGITIMIDADE PASSIVA. 1. O novo adquirente do imóvel é parte legítima passiva para responder por ação de dano ambiental, pois assume a propriedade do bem rural com a imposição das limitações ditadas pela Lei Federal. 2. Cabe analisar, no curso da lide, os limites da sua responsabilidade. 3. Recurso provido". *STJ – RE 222.349/PR – Min. José Delgado – 1ª Turma – DJ: 02/05/2000.*

[91] Em voto-vista, o sr. ministro Humberto Gomes de Barros, esclarece que "o proprietário responde, não por haver causado o dano, mas por ser dono de um imóvel que sofreu danos ambientais. O tema relativo à culpa haverá de ser discutido em ação regressiva, entre o adquirente da gleba [...] e o respectivo alienante". Seu voto acompanhou o do relator. Recurso provido por maioria.

Este acórdão marca o início do segundo grupo de decisões, que estão em consonância com o entendimento majoritário da doutrina ambiental pátria. O Recurso Especial n. 264.173/PR[92], que também tem como relator o ministro José Delgado, reitera a tese defendida no RE 222.349/PR, e acrescenta que, segundo o art. 29 do Código Florestal, o proprietário é sempre o responsável por lesões perpetradas contra o patrimônio florístico em seus domínios, por atos próprios, de seus prepostos e até de terceiros, pois cumpre a ele velar pela integridade do recurso natural, o que significa dizer que deverá, inclusive, ajustar-se aos comandos legais reitores da matéria.

Em relação ao nexo causal, o entendimento é que o fato de o proprietário continuar a exploração da propriedade, sem respeitar os limites das áreas insuscetíveis de corte raso, já o torna autor de prática danosa ao meio ambiente, pois contribui para a manutenção do dano. A alegação de ausência de responsabilidade face à aquisição de área já desmatada, não deve prosperar, pois é um imperativo a todo e qualquer proprietário a manutenção de áreas de reserva legal e preservação permanente por se tratar de obrigação *propter rem*.

Ocorre que, mesmo após a relativa evolução da tese jurídica que analisa o direito de propriedade de acordo com a sua função social, foi prolatado o Recurso Especial de n. 218.781/PR[93], julgado em 05/02/2002, que é contrário a este entendimento. Esta decisão utilizou precedentes da 1ª Turma (RE 229.302/PR, RE 156.899/PR e RE 214.714/PR), de autoria do Ministro Garcia Vieira.

Tal decisão recolocou em debate a dicotomia entre direito de propriedade e meio ambiente, pois utilizou precedentes com exacerbada proteção à propriedade privada e em prejuízo ao ecossistema[94].

Entretanto, apesar do aparente retrocesso sobre o tema, decisões posteriores indicam um progresso considerável da temática no STJ.

No Recurso Especial n. 237.690/MS[95], o senhor relator, ministro Paulo Medina, em seu voto faz uma análise da reserva legal, classificando-a como limitação

---

[92] EMENTA: "ADMINISTRATIVO. RESERVA FLORESTAL. NOVO PROPRIETÁRIO. LEGITIMIDADE PASSIVA. 1. O novo adquirente do imóvel é parte legítima passiva para responder por ação de dano ambiental, pois assume a propriedade do bem rural com a imposição das limitações ditadas pela Lei Federal. 2. Recurso provido". *STJ – RE 264.173/PR - Min. José Delgado – 1ª Turma – DJ: 02/04/2001.*

[93] EMENTA: "Ação Civil Pública. Dano ao meio ambiente. Ilegitimidade do adquirente de propriedade já desmatada. Reflorestamento. Responsabilidade. Artigo 16, "a", da Lei 4.771/65. 1. Não tem legitimidade para figurar no pólo de ação civil pública o proprietário de terras que já as adquiriu desmatadas, pois a ele não se pode impor o ônus do reflorestamento, se não foi o agente do dano. 2. Precedentes da Primeira Turma. 3. Recurso não provido". *STJ – RE 218.781/PR – Min. Milton Luiz Pereira – 1ª Turma – DJ: 24/06/2002.*

[94] Interessante ressaltar que o sr. relator do Acórdão, Ministro Milton Luiz Pereira termina seu voto com a seguinte redação: "ainda que pense diferentemente, portanto, ressalvando a minha compreensão sobre o tema, submeto-me à interativa da jurisprudência, incorporando fundamentação dos precedentes citados, voto negando provimento ao recurso". A decisão foi unânime.

[95] EMENTA: "DIREITO AMBIENTAL - LIMITAÇÃO À PROPRIEDADE RURAL – RESERVA FLORESTAL - EXEGESE DO ART. 99 DA LEI N. 8171/91 - OBRIGAÇÃO DE RECOMPOSIÇÃO DA ÁREA NA PROPORÇÃO DE 1/30 AVOS, CONSIDERADA A ÁREA TOTAL DA PROPRIEDADE. Não se trata, a reserva florestal, de servidão, em que o proprietário tem de suportar um ônus, mas de uma obrigação decorrente de lei, que objetiva a preservação do meio ambiente, não sendo as florestas e demais formas de vegetação bens de uso comum, mas bens de interesse comum a todos, conforme redação do art. 1º do Código Florestal. A única finalidade do art. 99 da Lei n. 8.171/91 foi a de estabelecer um prazo maior, que não o imediato, para que os proprietários procedessem à recomposição da área de floresta, não alterando em nada as demais disposições legais caracterizadoras do dever de recomposição de área de reserva legal, que se for feita a passos curtos jamais atingirá a finalidade da lei, no tocante à preservação do meio ambiente, que não pode ser visto como o conjunto de pequenas partes, mas o próprio todo. Recurso não conhecido, porquanto não violado pelo aresto *a quo* o art. 99 da Lei n. 8.171/91. *STJ – RE 237.690/MS – Min. Paulo Medina – 2ª Turma – DJ: 13/05/2002.*

administrativa, decorrente de obrigação legal, que tem por finalidade a manutenção da qualidade de vida e o bem-estar social da humanidade.

Entende o ministro que como o direito ambiental concerne a toda coletividade e interfere diretamente sobre a população, o exercício do direito de propriedade não pode ser mais exercido de maneira absoluta, devendo ser observada a sua função social. Não somente a propriedade deve observar a preservação do meio ambiente, como também, as atividades econômicas devem ser sustentáveis.

Desse modo, a manutenção e recomposição da reserva legal é obrigação decorrente de lei, ônus que o proprietário tem que suportar. Para o ministro há o dever de recomposição da reserva legal[96], devendo o cálculo do percentual anual para fins de recomposição considerar a totalidade da propriedade, e não somente a área a ser reflorestada.

No mesmo sentido é o Recurso Especial n. 282.781/PR[97], onde a ministra Eliana Calmon, em seu voto, esclarece que o problema do dever de recomposição tem de ser enfrentado em duas vertentes: a primeira, que diz respeito à área não preservada ou sem limitação alguma, sendo o adquirente tomado de surpresa pela exigência estatal; e a segunda, que diz respeito à área de preservação ou reserva legal, com proteção imposta por lei e que é devastada, sendo posteriormente alienada a terceiro.

Na primeira hipótese, deve ser aplicada a responsabilidade objetiva nos termos da Lei n. 6.938/81.

Na segunda hipótese, para os imóveis que estão com a limitação administrativa estabelecida em lei, como é o caso da reserva legal prevista no art. 16, "a" do Código Florestal[98], o novo proprietário na compra, além da aquisição dos direitos também adquiriu o passivo ambiental que o imóvel carrega, que se refletiu no valor de mercado do imóvel.

Portanto, não pode alegar o novo adquirente que desconhecia a limitação ao comprar o bem. Por esse motivo, este é obrigado não somente a dar continuidade à preservação, mas também a recompor a área desmatada. Sua responsabilidade independe de culpa ou nexo causal por ser decorrente de lei.

Conclui-se então que segundo este entendimento, a responsabilidade objetiva não necessita ser aplicada nos casos em que já há determinação expressa em lei impondo a recomposição. No mesmo sentido é o Recurso Especial n. 327.254/PR[99].

---

[96] Art. 99 da Lei n. 8.171/91 e art. 44, I da Lei n. 4.771/65, com redação determinada pela MP 2.166-67/2001.

[97] EMENTA: "ADMINISTRATIVO - DANO AO MEIO-AMBIENTE - INDENIZAÇÃO – LEGITIMAÇÃO PASSIVA DO NOVO ADQUIRENTE. 1. A responsabilidade pela preservação e recomposição do meio-ambiente é objetiva, mas se exige nexo de causalidade entre a atividade do proprietário e o dano causado (Lei 6.938/81). 2. Em se tratando de reserva florestal, com limitação imposta por lei, o novo proprietário, ao adquirir a área, assume o ônus de manter a preservação, tornando-se responsável pela reposição, mesmo que não tenha contribuído para devastá-la. 3. Responsabilidade que independe de culpa ou nexo causal, porque imposta por lei. 4. Recurso especial provido. *STJ – RE 282.781/PR – Min. Eliana Calmon – 2ª Turma – DJ: 27/05/2002.*

[98] O referido artigo teve sua redação alterada pela MP 2.166-67/2001. A manutenção de 20% de área de reserva legal nas propriedades rurais está definida agora no art. 16, III da Lei 4.771/65.

[99] EMENTA: "ADMINISTRATIVO - DANO AO MEIO-AMBIENTE - INDENIZAÇÃO – LEGITIMAÇÃO PASSIVA DO NOVO ADQUIRENTE. 1. A responsabilidade pela preservação e recomposição do meio-ambiente é objetiva, mas se exige nexo de causalidade entre a atividade do proprietário e o dano causado (Lei 6.938/81). 2. Em se tratando de reserva florestal, com limitação imposta por lei, o novo proprietário, ao adquirir a área, assume o ônus de manter a preservação, tornando-se responsável pela reposição, mesmo que não tenha contribuído para devastá-la. 3. Responsabilidade que independe de culpa ou nexo causal, porque imposta por lei. 4. Recursos especiais providos em parte. *STJ – RE 327.254/PR – Min. Eliana Calmon – 2ª Turma – DJ: 19/12/2002.*

Em todos os acórdãos a mudança de paradigma é patente, sendo sempre *pro natura*. O direito de propriedade é considerado instrumento de conservação ambiental e a exploração econômica não é mais aceita se não for sustentável[100]. Um exemplo claro de tal assertiva é o Recurso Especial n. 343.741/PR[101], que analisa a responsabilidade pelo adquirente de imóvel sujeito às regras do Código Florestal e das demais legislações subseqüentes, sobre a proteção das matas de preservação permanente e reserva legal.

Em seu voto estabelece o relator que "a proteção do meio ambiente, em contraposição ao clássico direito de propriedade, reveste-se de sensíveis peculiaridades, diante da evidente necessidade de garantia da sobrevivência da humanidade, ameaçada pelo desenvolvimento tecnológico".

Sob este raciocínio, a área de preservação permanente não pode ser objeto de exploração econômica e a reserva legal somente poder ser utilizada sob regime de manejo florestal, isto é, não é possível a exploração econômica dessas áreas que implique em corte raso, mesmo que não se dê o reflorestamento imediato.

Em relação à caracterização da responsabilidade objetiva, o ministro segue a mesma tese dos acórdãos anteriores, considerando que a perpetuação do dano ambiental cometido por terceiro também caracteriza dano, e mesmo que não fosse caracterizado o nexo causal, a manutenção de área destinada à preservação permanente é obrigação *propter rem*.

No que tange a recomposição da reserva legal, nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 255.170/SP[102], é declarado que para o STJ, a lei n. 8.171/91 vigora para todos os proprietários rurais, ainda que não sejam eles os responsáveis por eventuais desmatamentos anteriores.

---

[100] O novo Código Civil (2002) também traz este entendimento em seu art. 1.228, §1º: "o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas".

[101] EMENTA: "RECURSO ESPECIAL. FAIXA CILIAR. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. RESERVA LEGAL. TERRENO ADQUIRIDO PELO RECORRENTE JÁ DESMATADO. IMPOSSIBILIDADE DE EXPLORAÇÃO ECONÔMICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. OBRIGAÇÃO *PROPTER REM*. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA. As questões relativas à aplicação dos artigos 1º e 6º da LICC, e, bem assim, à possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva em ação civil pública, não foram enxergadas, sequer vislumbradas, pelo acórdão recorrido. Tanto a faixa ciliar quanto a reserva legal, em qualquer propriedade, incluída a da recorrente, não podem ser objeto de exploração econômica, de maneira que, ainda que se não dê o reflorestamento imediato, referidas zonas não podem servir como pastagens. Não há cogitar, pois, de ausência de nexo causal, visto que aquele que perpetua a lesão ao meio ambiente cometida por outrem está, ele mesmo, praticando o ilícito. A obrigação de conservação é automaticamente transferida do alienante ao adquirente, independentemente deste último ter responsabilidade pelo dano ambiental. Recurso especial não conhecido". *STJ – RE 343.741/PR – Min. Franciulli Neto – 2ª Turma – DJ: 7/10/2002.*

[102] EMENTA: "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO EM AGRAVO REGIMENTAL. DANOS AMBIENTAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE. ADQUIRENTE. TERRAS RURAIS. RECOMPOSIÇÃO. MATAS. 1. A Medida Provisória 1.736-33 de 11/02/99, que revogou o art. 99 da lei 8.171/99, foi revogada pela MP 2.080-58, de 17/12/2000. 2. Em matéria de dano ambiental a responsabilidade é objetiva. O adquirente das terras rurais é responsável pela recomposição das matas nativas. 3. A Constituição Federal consagra em seu art. 186 que a função social da propriedade rural é cumprida quando atende, seguindo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, a requisitos certos, entre os quais o de "utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente" 4. A lei 8.171/91 vigora para todos os proprietários rurais, ainda que não sejam eles os responsáveis por eventuais desmatamentos anteriores. Na verdade, a referida norma referendou o próprio Código Florestal (lei 4.771/65) que estabelecia uma limitação administrativa às propriedades rurais, obrigando os seus proprietários a instituírem áreas de reservas legais, de no mínimo 20% de cada propriedade, em prol do interesse coletivo. 5. Embargos de Declaração parcialmente acolhidos para negar provimento ao Recurso Especial". *STJ – Edcl no AgRg no RE 255.170/SP – Min. Luiz Fux – 1ª Turma – DJ: 22/04/2003.*

No mesmo sentido são o Recurso Especial 217.858/PR[103] e o Agravo Regimental no Recurso Especial 504.626/PR[104], sendo que neste último acórdão, o sr. ministro Francisco Falcão afirma em seu voto que

> *a questão enfrentada [...] encontra-se pacificada no Superior Tribunal de Justiça [...], no sentido de que o particular que adquire propriedade rural tem responsabilidade pelo seu reflorestamento, mesmo que já adquirida devastada, ante a transferência de obrigação de conservação da área.*

Sobre a responsabilidade objetiva, acrescenta o Recurso Especial n. 578.797/RS[105], ser esta fundada no risco integral. Se fosse possível invocar o caso fortuito ou a força maior como causas excludentes da responsabilidade civil por dano ecológico, ficaria fora da incidência da lei a maior parte dos casos de poluição ambiental.

A eventual exoneração do recorrente por culpa de terceiro, pode ser aferida em ação regressiva, *inter partes*, posto que somente pela efetiva aplicação da teoria da responsabilidade objetiva por risco integral é que se poderá garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado essencial à sadia qualidade de vida.

---

[103] EMENTA: "RECURSO ESPECIAL - ALÍNEAS "A" E "C" - PROPRIEDADE RURAL – ATIVIDADE AGRO-PASTORIL - RESERVA LEGAL - TERRENO ADQUIRIDO PELO RECORRENTE JÁ DESMATADO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO ADQUIRENTE DO IMÓVEL - EXISTÊNCIA DE OFENSA AOS ARTS. 16 ALÍNEA "A" E § 2º DA LEI N. 4.771/65; 3º E 267, IV, DO CPC - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA. Tanto a faixa ciliar quanto a reserva legal, em qualquer propriedade, incluída a da recorrente, não podem ser objeto de exploração econômica, de maneira que, ainda que se não dê o reflorestamento imediato, referidas zonas não podem servir como pastagens. Aquele que perpetua a lesão ao meio ambiente cometida por outrem está, ele mesmo, praticando o ilícito. A obrigação de conservação é automaticamente transferida do alienante ao adquirente, independentemente deste último ter responsabilidade pelo dano ambiental. Na linha do raciocínio acima expendido, confira-se o Recurso Especial n. 343.741/PR, cuja relatoria coube a este signatário, publicado no DJU de 07.10.2002. Recurso especial provido para afastar a ilegitimidade passiva ad causam do requerido e determinar o retorno dos autos à Corte de origem para exame das demais questões envolvidas na demanda". *STJ – RE 217.858/PR – Min. Franciulli Neto – 2ª Turma – DJ: 19/12/2003.*

[104] EMENTA: "ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE. ADQUIRENTE. TERRAS RURAIS. DANOS AO MEIO-AMBIENTE. OBRIGAÇÃO. CONSERVAÇÃO DA ÁREA. I - A questão enfrentada pelo recorrente encontra-se pacificada neste Superior Tribunal de Justiça, com o mesmo entendimento do acórdão recorrido, no sentido de que o particular que adquire propriedade rural tem responsabilidade pelo seu reflorestamento, mesmo quando já a adquira devastada, ante a transferência da obrigação de conservação da área. II - Agravo regimental improvido". *STJ – AgRg no RE 504.626/PR – Min. Francisco Falcão – 1ª Turma – DJ: 17/05/2004.*

[105] EMENTA: "DANO AMBIENTAL. CORTE DE ÁRVORES NATIVAS EM ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. 1. Controvérsia adstrita à legalidade da imposição de multa, por danos causados ao meio ambiente, com respaldo na responsabilidade objetiva, consubstanciada no corte de árvores nativas. 2. A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81) adotou a sistemática da responsabilidade civil objetiva (art.14, §1º) e foi integralmente recepcionada pela ordem jurídica atual, de sorte que é irrelevante e impertinente a discussão da conduta do agente (culpa ou dolo) para atribuição do dever de indenizar. 3. A adoção pela lei da responsabilidade civil objetiva, significou apreciável avanço no combate a devastação do meio ambiente, uma vez que, sob esse sistema, não se leva em conta, subjetivamente, a conduta do causador do dano, mas a ocorrência do resultado prejudicial ao homem e ao ambiente. Assim sendo, para que se observe a obrigatoriedade da reparação do dano é suficiente, apenas, que se demonstre o nexo causal entre a lesão infligida ao meio ambiente e a ação ou omissão do responsável pelo dano. 4. O art. 4º, VII, da Lei nº 6.938/81 prevê expressamente o dever do poluidor ou predador de recuperar e/ou indenizar os danos causados, além de possibilitar o reconhecimento da responsabilidade, repise-se, objetiva, do poluidor em indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente ou aos terceiros afetados por sua atividade, como dito, independentemente da existência de culpa., consoante se infere do art. 14, § 1º, da citada lei. 6. A aplicação de multa, na hipótese de dano ambiental, decorre do poder de polícia - mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter ou coibir atividades dos particulares que se revelarem nocivas, inconvenientes ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional, como sói acontecer na degradação ambiental. 7. Recurso especial provido". *STJ – RE 578.797/RS – Min. Luiz Fux – 1ª Turma – DJ: 20/09/2004.*

Conclui-se, portanto, que as áreas de preservação permanente e reserva legal que foram suprimidas devem ser recompostas, mesmo que o novo proprietário já tenha adquirido o imóvel com tais áreas em estado irregular.

Logo, há o dever de recompor:

1. seja porque as áreas de preservação permanente e reserva legal são decorrentes de obrigação *propter rem*, havendo um ônus legal de recomposição que acompanha o imóvel, independentemente da caracterização de responsabilidade objetiva;

2. seja porque a continuidade da exploração de tais áreas constitui dano, configurando-se o nexo causal para fins de responsabilização civil, nos termos da Lei n. 6.938/81;

3. seja porque a responsabilidade civil por dano ambiental é objetiva de risco integral, persistindo a obrigação em relação à terceiros.

Percebe-se que o posicionamento do STJ, mesmo após 1988, estava extremamente baseado nos preceitos do Código Civil de 1916, centrado na propriedade privada imobiliária, o que contribuiu para que a jurisprudência decidisse em favor do proprietário, quando em confronto o direito de propriedade e a proteção ambiental.

A mudança de entendimento era absolutamente necessária, uma vez que as disposições do Código Florestal (1965) e a Constituição Federal (1988) necessitavam de implementação.

Considera-se que o posicionamento atual do STJ faz uma interpretação sistemática da legislação pertinente, permitindo a efetivação da proteção da cobertura vegetal no imóvel rural nos casos levados ao judiciário.

6. CONCLUSÕES ARTICULADAS

6.1 O proprietário é sempre o responsável por lesões perpetradas contra o patrimônio florístico em seus domínios, por atos próprios, de seus prepostos e até de terceiros, pois cumpre a ele velar pela integridade do recurso natural;

6.2 A responsabilização do novo adquirente para recompor áreas previamente desmatadas pode ser pleiteada tanto pela imposição da responsabilidade objetiva por risco integral quanto pelo dever de preservação permanente decorrente de obrigação *propter rem*;

6.3 A responsabilidade por dano ambiental é objetiva por risco integral, sendo apenas necessário que se demonstre o nexo causal entre a lesão infligida ao meio ambiente e a ação ou omissão do responsável pelo dano. A eventual exoneração do recorrente por culpa de terceiro, pode ser aferida em ação regressiva;

6.4 Mesmo que não fosse caracterizado o nexo causal para fins de responsabilização por responsabilidade civil objetiva, a manutenção de áreas de reserva legal e preservação permanente é obrigação *propter rem*. O novo proprietário, na

compra, além da aquisição dos direitos, também adquiriu o passivo ambiental que o imóvel carrega. Portanto, a responsabilidade pela recomposição das áreas de reserva legal e preservação permanente independe de culpa ou nexo causal, porque imposta por lei;

6.5 O posicionamento atual do STJ faz uma interpretação sistemática da legislação pertinente, permitindo a efetivação da proteção da cobertura vegetal no imóvel rural nos casos levados ao judiciário.

A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO CASO DOS TRANSGÊNICOS

MARIA LEONOR PAES CAVALCANTI FERREIRA
Estudante da Faculdade de Direito da UFSC. Bolsista do CNPq - PIBIC

1. INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea tem vivenciado as conseqüências das inovações resultantes do constante aprimoramento da ciência e da tecnologia. No campo da biotecnologia, exemplo prático é a liberação de plantas transgênicas para o cultivo e consumo, tanto do homem como dos animais. Embora possam trazer benefícios econômicos à sociedade, estudos demonstram que não há um consenso técnico-científico a respeito das conseqüências do plantio destas plantas em escala comercial. Assim, não se pode negar a real possibilidade de riscos ao meio ambiente e à saúde humana desencadeados pela liberação desses organismos.

O princípio da precaução informa que na dúvida sobre os possíveis riscos causados por determinada atividade, deve-se optar por não realizá-la. Desta forma, diante das incertezas científicas sobre a possibilidade da ocorrência de danos ambientais decorrentes da introdução de organismos geneticamente modificados no meio ambiente, perfeitamente recomendável é a aplicação deste princípio, previsto no ordenamento jurídico-ambiental brasileiro, ao caso dos transgênicos.

Apesar de ser instrumento indispensável para garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente saudável das presentes e futuras gerações, o princípio da precaução foi desconsiderado pelo Poder Executivo que editou medidas provisórias liberando a comercialização de toda a safra de soja transgênica *round up ready* do ano de 2003 e 2004, sem o devido estudo de impacto ambiental. Este fato demonstra que mesmo estando previsto no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da precaução carece de efetividade.

Objetiva-se com a presente pesquisa demonstrar que aplicar o princípio da precaução em casos de incerteza técnico-científica, como o da soja transgênica, é insistir sobre a necessidade de se agir de forma racional em fase de incerteza científica sobre a possibilidade da ocorrência de danos ambientais.

Para alcançar o objetivo pretendido, faz-se necessário um estudo dos organismos geneticamente modificados e uma análise crítica sobre a origem, as características e a importância do princípio da precaução. Far-se-á ainda necessário estudar a sociedade atual, denominada de sociedade de risco pelo sociólogo Ulrich Beck, para verificar como esta lida com o meio ambiente.

O estudo mais aprofundado dos transgênicos pretende demonstrar cientificamente a imprescindibilidade de se aplicar o princípio da precaução para se enfrentar os desafios relacionados à preservação do meio ambiente diante de tec-

nologias modernas que podem acarretar prejuízos à saúde humana e à natureza. A relevância desta pesquisa deve-se ao fato de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental do ser humano na medida em que sua proteção é considerada condição indispensável à vida e à dignidade do homem – núcleo essencial dos direitos fundamentais.

2. A SOCIEDADE DE RISCO E O CASO DOS TRANSGÊNICOS

A sociedade contemporânea pode ser denominada de sociedade de risco[1] na medida em que sua formação dá-se juntamente com a criação de riscos sociais, políticos e ecológicos, cujos efeitos escapam do controle das instituições da sociedade industrial, vez que se tornaram imprevisíveis

Neste modelo de sociedade, o meio ambiente e a saúde humana mostram-se bastante vulneráveis aos efeitos oriundos das novas tecnologias. Atualmente, dentre os riscos desta sociedade complexa, encontram-se os possíveis efeitos dos transgênicos. O setor comercial esforça-se para divulgar os benefícios destes. No entanto, pouco se é debatido sobre os possíveis malefícios desses organismos. O problema principal dos transgênicos encontra-se na falta de certeza a respeito de suas conseqüências e é exatamente por conta desta característica que o princípio da precaução deve ser aplicado.

Para se a aplicar o princípio da precaução no caso dos alimentos transgênicos é necessário pesquisar e correlacionar diferentes áreas do saber, tais como: biotecnologia, genética, engenharia ambiental, economia, bioética, direito, etc. O estudo transdisciplinar é imprescindível para que se possa apurar a solução jurídica que garanta o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. A respeito do tema, Leite e Ayala entendem que a abordagem transdisciplinar dos riscos pelo Direito Ambiental é "*uma nova alternativa que permitirá otimizar a capacidade de regularização jurídica do meio ambiente, contextualizando o direito perante as novas exigências e necessidades ecológicas originárias dos efeitos das sociedades de risco*"[2].

Antes de se adentrar na discussão sobre os riscos dos transgênicos, mister se faz estudar o conceito desta inovação gerada pela biotecnologia. Pode-se definir transgênico como sendo o organismo cujo material genético (genoma) foi alterado, por meio de tecnologia de DNA recombinante, isto é, pela introdução de fragmentos exógenos - genes provenientes de organismos de espécie diferente do organismo alvo[3].

---

[1] BECK, Ulrich. Risk Society and the Provident State. In: LASH, Scott; SZERSZYNSKI, Bronislaw; WYNNE, Brian (orgs.) *Risk, environment & modernity: towards a new ecology*. Londres: Sage Publications, 1998,p. 27. Nesta obra, Ulrich Beck caracteriza a sociedade atual como sociedade de risco, descrevendo-a como: (...) *"uma fase do desenvolvimento da sociedade moderna onde os riscos sociais, políticos, ecológicos e individuais, criados pelo momento de inovação, escapam cada vez mais às instituições de controle e proteção da sociedade industria"*

[2] LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick. Direito Ambiental na sociedade de risco. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.123.

[3] GUERREANTE, Rafaela Di Sabato; ANTUNES, Adelaide Souza e PEREIRA Jr, Nei. *Transgênicos: a Difícil relação entre a Ciência, a Saúde e o Mercado.* In: VALLE, Sílvio; TELLES, José Luiz. *Bioética e biorisco: abordagem transdisciplinar.* Rio de Janeiro: Interciência, 2003.p. 49.

Esses genes exógenos são denominados transgenes e têm a capacidade de conferir aos organismos determinadas características de interesse (melhoramento genético de plantas, cura de doenças, dentre outras).

É importante esclarecer que no presente artigo o termo transgênico foi utilizado como sinônimo de organismo geneticamente modificado, por não haver um consenso sobre a distinção de ambos os termos[4]. Alguns autores entendem por transgênico o organismo cujo material genético tenha sido alterado por genes que sejam de uma espécie diferente da espécie do organismo-alvo e por organismo geneticamente modificado (OGM) aquele cujo material genético tenha sido alterado, quer seja por genes da mesma espécie ou de espécie diferente do organismo-alvo[5].

No que concerne aos efeitos que podem decorrer da utilização dos transgênicos, não há um consenso por parte dos cientistas que lidam com a biotecnologia quanto à possibilidade de danos para o ser humano e o meio ambiente. Lewgoy faz uma observação interessante quanto aos cientistas que atuam na área. Segundo o autor, esses cientistas podem ser enquadrados em duas categorias: triunfalistas e críticos. Os representantes do primeiro grupo são aqueles que alegam que os organismos geneticamente modificados (OGMS) são seguros e não oferecem maiores riscos que os similares convencionais. Já os cientistas críticos são aqueles que, baseados na ausência de avaliações rigorosas, alertam para os riscos ambientais derivados da liberação em grande escala de organismos manipulados. Os representantes deste grupo que, convém ressaltar, não são contrários ao emprego da biotecnologia, mostram-se cautelosos quanto aos efeitos nocivos que os OGMs podem provocar[6].

Na opinião de Helini Sivini Ferreira, os cientistas triunfalistas insistem na racionalidade científica totalitária típica do modelo liberal até pouco tempo dominante, enquanto os cientistas críticos são aqueles que, baseados na ausência de avaliações rigorosas, atentam para possíveis danos ambientais resultantes da liberação em grande escala de organismos manipulados[7].

Os cientistas triunfalistas baseiam-se nos potenciais benefícios dos alimentos transgênicos para defender a sua tese. Dentre estes possíveis benefícios, pode-se mencionar: a) Menor utilização de herbicidas e pesticidas nas lavouras de OGMs resistentes a pragas e/ou herbicidas; b) Criação de plantas desenvolvidas para tolerar condições climáticas adversas; c) Aumento da produtividade das variedades

[4] De fato, a Lei de n. 8.974/95 ou Lei de Biossegurança não define o termo transgênico, somente a expressão organismo geneticamente modificado como "todo organismo cujo material genético (DNA/RNA) tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética", não esclarecendo se o gene introduzido no organismo a ser modificado provém de um organismo de espécie igual ou diferente da espécie do organismo-alvo.

[5] GUERREANTE, Rafaela Di Sabato; ANTUNES, Adelaide Souza e PEREIRA Jr, Nei. Transgênicos: a Difícil relação entre a Ciência, a Saúde e o Mercado.p. 49.

[6] LEWGOY, Flávio. Parecer sobre os organismos geneticamente modificados (OGMs) e seus derivados, ago. 2002. Associação Gaúcha de Proteção ao Meio Ambiente Natural. Disponível em: <http://www.agirazl.com.br/agapan/lew.htm>Acesso em: 15 jun.2003.

[7] FERREIRA, Helini Sivini. A sociedade de risco e o princípio da precaução no Direito Ambiental brasileiro. Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do grau de Mestre em Direito. 2003. p. 49.

de vegetais geneticamente modificados; d) Redução de custos para o agricultor; e)Variedades melhoradas quantitativamente e qualitativamente[8].

Dentre os potenciais riscos dos OGMs, pode-se citar: a) Eliminação de insetos e microorganismos do ecossistema, devido à exposição desses as substâncias tóxicas produzidas por determinadas plantas, ocasionando desequilíbrio ecológico; b) Conversão de culturas convencionais em culturas geneticamente modificadas, através da troca de pólen entre cultura de polinização aberta, podendo acarretar a perda de variedades nativas e até mesmo a contaminação de bancos genéticos; c) Transferência horizontal de genes, isto é, troca de material genético entre espécies diferentes por meios outros que não a reprodução; d) O advento das super-pragas (insetos e plantas invasoras) devido à transferência de genes de resistência a inseticidas e herbicidas de culturas geneticamente modificadas (GMs) para insetos e plantas invasoras; e) Aumento do uso de herbicidas e pesticidas; f) Redução de produtividade; g) Surgimento de novas substâncias, já que a alteração genética promovida nos OGMs pode acarretar na produção inesperada de substâncias; h) Oligopólio do mercado de sementes de OGMs; i) Dependência dos agricultores, em especial os pequenos, em relação às empresas produtoras de sementes OGMs, devido a cobrança de royalties[9].

Além dos riscos acima mencionados, Nodari e Guerra alertam para a possibilidade de danos ecológicos decorrentes da transferência vertical, isto é, do acasalamento sexual entre indivíduos sexualmente compatíveis, geralmente da mesma espécie[10].

Analisando os riscos provocados pela introdução de OGMs no meio ambiente, Rifkin alerta para o perigo de uma nova ameaça ambiental. Segundo este autor:

> *"quando um organismo geneticamente construído é liberado, há sempre uma pequena possibilidade de que ele invista devastadoramente porque (...) foi introduzido artificialmente em um meio ambiente complexo, que desenvolveu uma teia de relações altamente integradas, durante longos períodos de história evolucionária. Cada nova introdução sintética é equivalente a jogar numa roleta ecológica. Ou seja, embora haja apenas uma pequena possibilidade de se desencadear uma explosão ambiental, se ela ocorrer, as conseqüências podem ser significativas e irreversíveis"*[11].

Examinada a potencialidade dos possíveis danos causados ao meio ambiente em decorrência dos organismos geneticamente modificados, importa salientar que o meio ambiente, em virtude de sua complexidade, não pode ser restituído

[8] GUERREANTE, Rafaela Di Sabato; ANTUNES, Adelaide Souza e PEREIRA Jr, Nei. *Transgênicos: a Difícil relação entre a Ciência, a Saúde e o Mercado*. p. 54

[9] GUERREANTE, Rafaela Di Sabato; ANTUNES, Adelaide Souza e PEREIRA Jr, Nei. *Transgênicos: a Difícil relação entre a Ciência, a Saúde e o Mercado*. p.54.

[10] NODARI, Rubens Onofre; GUERRA, Miguel Pedro. *Avaliações de riscos ambientais de plantas transgênicas.* In: Cadernos de Ciência e Tecnologia, v. 18, nº 1, p. 81, 2001. p. 11.

[11] RIFKIN, Jeremy. *O século da biotecnologia: a valoriazação dos genes e a reconstrução do mundo.* Tradução de Arão Sampaio. São Paulo: Makron,1999. p.77.

verdadeiramente, quando da ocorrência de uma lesão. Sobre a impossibilidade de se retornar ao estado em que se encontrava o meio ambiente antes do dano, valem os ensinamentos de Mirra:

> *"A degradação do meio ambiente, na sua dimensão de bem imaterial, e dos diversos elementos corpóreos e incorpóreos que o integram, sejam no meio natural, seja no artificial, não permite em absoluto o retorno ao estado inicial e é invariavelmente definitiva. A natureza, ao ter a sua composição física e biológica modificada por agressões que ela não consegue absorver ou tolerar, não pode jamais ser verdadeiramente restabelecida do ponto de vista ambiental"* [12].

Constatada a impossibilidade de se retornar ao *status quo* anterior ao dano ambiental, observa-se que embora os riscos advindos de determinados transgênicos já tenham se materializados na forma de prejuízos para o homem e o meio ambiente, pouco se é divulgado a respeito de tais fatos.

Assim, deve-se registrar dois exemplos envolvendo organismos geneticamente modificados e a Food and Drug Administration (FDA)[13], os quais evidenciam os riscos da implementação de uma tecnologia sem a devida cautela. O primeiro caso refere-se ao aminoácido triptofano, obtido através de uma bactéria transgênica, cuja venda foi aprovada no ano de 1989 pelo FDA. O controle de qualidade da empresa ShowaDenkob e a fiscalização sanitária não foram capazes de prever, com antecedência, que as bactérias geneticamente modificadas, além do triptofano, produziam também quantidades crescentes de uma toxina capazes de provocar uma síndrome chamada de *eosinophilia myalgia magna* (dor muscular e aumento de leucócitos no sangue). Foram registrados 5.000 casos desta síndrome, resultando 37 óbitos e 1.5000 pessoas com seqüelas permanentes. Somente após a ocorrência do dano, o FDA foi capaz de estabelecer uma associação estatística de mais de 95% dos casos da síndrome com o complemento alimentar triptofano, produzido pela Showa-Denkob[14].

O segundo caso ocorreu em 1994, quando a FDA concedeu à empresa norte-americana Monsanto licença para utilizar o hormônio transgênico rBGH – hormônio bovino de crescimento recombinante – com o objetivo de aumentar o rendimento da produção de leite. Considerado, inicialmente, idêntico ao hormônio natural e, por tal motivo, inofensivo, a injeção de rBGH provocou graves infecções nos animais e aumentou, no leite, o teor de uma substância denominada IGF, um fator de crescimento da insulina símile, que eleva o risco de câncer de mama[15].

Deve-se ainda mencionar o caso das batatas transgênicas, no Reino Unido, em 1998, relatado por Freitas:

---

[12] MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente.São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 286.

[13] A U.S. Food and Drug Administration (FDA) é um órgão norte-americano cuja função consiste em promover e proteger a saúde pública.

[14] FREITAS, Carlos Machado de. Avaliação de riscos dos transgênicos orientada pelo princípio da precaução. In: VALLE, Sílvio; TELLES, José Luiz. Bioética e biorisco: abordagem transdisciplinar. Rio de Janeiro: Interciência, 2003.p. 133.

[15] LEWGOY, Flávio. Parecer sobre os organismos geneticamente modificados (OGMs) e seus derivados.

> *"Um experimento foi montado em uma universidade da Escócia para testar o efeito de uma proteína (lectina) na alimentação. Tal escolha deveu-se ao fato de haver a possibilidade de inserir o gene que a codifica em plantas como o arroz, para protegê-lo de pragas (insetos). Foram encontrados três tipos de reação em três grupos de camundongos utilizados nos testes, que foram alimentados com batatas normais, batatas salpicadas com lectina e batatas geneticamente modificadas, para produzirem em suas próprias células a lectina. De acordo com o resultado do estudo, só foram identificadas anormalidades nos intestinos e no sistema imunológico dos animais alimentados com as batatas geneticamente modificadas. Já que a lectina salpicada não havia causado danos, a hipótese era de que estes só podiam decorrer de algum problema criado pela modificação genética"*[16].

Apesar da potencialidade dos riscos advindos da biotecnologia, pouco se é investido em pesquisas científicas que objetivem apurá-los. Nos Estados Unidos, por exemplo, existem 1300 empresas biotecnológicas, com um total aproximadamente de 13 bilhões de dólares em rendimentos anuais. Apesar disso, o Departamento de Agricultura norte-americana (USDA) destina apenas 1% de sua verba à pesquisa biotecnológica de avaliação de risco[17].

Conforme Nodari e Guerra (2001), os testes a serem realizados com os transgênicos ainda são pouco conhecidos e estão sendo discutidos e desenvolvidos[18].

O escasso investimento para com as pesquisas científicas de avaliação de risco reflete a irresponsabilidade organizada, uma das características da sociedade de risco. A irresponsabilidade organizada pode ser descrita como um fenômeno desencadeado a partir da pretensão dos atores vinculados ao processo de modernização de não reconhecer a realidade do risco[19]. Agindo dessa forma, as instituições típicas da sociedade industrial buscam alcançar dois objetivos principais: I) eximir-se da culpa e da responsabilidade diante da produção de riscos e de seus possíveis efeitos secundários; e II) desviar e controlar os protestos que poderiam advir do conhecimento da realidade da catástrofe[20].

Beck caracteriza os riscos provenientes da engenharia genética como sendo: I) ilimitados em função do tempo; II) globais no âmbito de seu alcance e III) potencialmente catastróficos[21].

Para Lapa, a engenharia genética caracteriza-se por realizar seus experimentos no momento de sua aplicação, o que significa que o experimento só acontece com a aplicação e vice-versa[22]. Dizer isto é o mesmo que dizer em outras palavras que a sociedade se transformou num laboratório, tendo em vista que as fronteiras

[16] FREITAS, Carlos Machado de. Avaliação de riscos dos transgênicos orientada pelo princípio da precaução. p. 134.
[17] RIFKIN, Jeremy. O século da biotecnologia: a valoriazação dos genes e a reconstrução do mundo. p. 16
[18] NODARI, Rubens Onofre; GUERRA, Miguel Pedro. Avaliações de riscos ambientais de plantas transgênicas.p. 11.
[19] O conceito de irresponsabilidade organizada foi elaborado pelo sociólogo Ulrich Beck.
[20] LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick. Direito Ambiental na sociedade de risco. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 12
[21] BECK, Ulrich. Risk Society and the Provident State. In: LASH, Scott; SZERSZYNSKI, Bronislaw; WYNNE, Brian (orgs.) Risk, environment & modernity: towards a new ecology. Londres: Sage Publications, 1998. p. 31.
[22] LAPA, Fernanda Brandão. Ética e direitos humanos: um estudo introdutório sobre as plantas transgênicas. In: SILVA, Reinaldo Pereira; LAPA, Fernanda Brandão(org). Bioética e Direitos Humanos. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002. p. 193.

entre este e aquela foram suspensas[23]. Nodari e Guerra afirmam que "*os testes a serem realizados com os transgênicos ainda são pouco conhecidos e estão sendo discutidos e desenvolvidos*"[24].

Diante do atual estágio de seu desenvolvimento, a engenharia genética deve ser utilizada com cautela. Por conseguinte, deve-se optar pela aplicação do princípio da precaução, vez que há necessidade de tomar decisões envolvendo incertezas científicas relacionadas aos potenciais danos futuros ao meio ambiente. Sem dúvidas, após o estudo do princípio da precaução a seguir, verificar-se-á que sua adoção em casos tais como o dos alimentos transgênicos constitui ato indispensável à garantia de um meio ambiente ecologicamente saudável.

3. O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

A origem do princípio da precaução encontra-se no Direito alemão. Conforme Machado, o princípio da precaução (vorsorgeprinzip) está presente no Direito alemão desde os anos 70, ao lado do princípio da cooperação e do princípio do poluidor-pagador[25].

A primeira adoção expressa do princípio da precaução no âmbito internacional, conforme afirma Aragão, foi em 1987, na Segunda Conferência do Mar do Norte, com a seguinte disposição: "Emissões de poluição potencialmente poluentes deveriam ser reduzidas, mesmo quando não haja prova científica evidente do nexo causal entre as emissões e os efeitos"[26].

No entanto, conforme acentua Ferreira, o princípio da precaução foi consagrado universalmente no ano de 1992 com a realização, no Rio de Janeiro, da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento[27]. A definição do princípio da precaução encontra-se inserida na Declaração das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, documento elaborado por conta da ocasião:

> *"Princípio 15: De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser aplicado amplamente pelos Estados de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental".(UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME, 2003).*

Nesta Conferência, 150 países assinaram a Convenção sobre Diversidade Biológica, dentre eles o Brasil. Registra-se que apenas em 1994, o país veio a ra-

[23] BECK, Ulrich. Sobre a incompreendida falta de experiência de genética humana – e as conseqüências sociais do não-saber relativo. In: Ética e Genética. Org. Boni L. a, Jacob. G. Salzano. F. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998. p. 52.
[24] NODARI, Rubens Onofre; GUERRA, Miguel Pedro. Avaliações de riscos ambientais de plantas transgênicas.
[25] MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental brasileiro. 10a. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 53.
[26] ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. O princípio do poluidor-pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p.69.
[27] FERREIRA, Helini Sivini. A sociedade de risco e o princípio da precaução no Direito Ambiental brasileiro. Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do grau de Mestre em Direito. 2003. p.72.

tificá-la[28], comprometendo-se a conservar a diversidade biológica. Referida convenção também inseriu no seu texto o princípio da precaução de forma implícita, conforme se infere da leitura do nono parágrafo de seu preâmbulo:

> *"[...] quando exista ameaça de redução ou perda substancial da diversidade biológica, não deve ser invocada a falta de completa certeza científica como razão para adiar a tomada de medidas destinadas a evitar ou minimizar esta ameaça".*

Importante é diferenciar o princípio da precaução do princípio da prevenção. Leite esclarece que enquanto este exige que os perigos comprovados sejam eliminados, o princípio da precaução determina que a ação para eliminar possíveis impactos danosos ao meio ambiente seja tomada antes de um nexo causal ter sido estabelecido com evidência científica. Desta forma, para que medidas precaucionais sejam tomadas, não se faz necessário que o risco seja cientificamente provado[29].

De acordo com Machado, são características do princípio da precaução: incerteza do dano ambiental, tipologia do risco ou ameaça; obrigatoriedade do controle do risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; o custo das medidas de prevenção; a implementação imediata das medidas de prevenção: o não adiamento; a inversão do ônus da prova[30].

No que se refere à incerteza do dano ambiental, esclarece Machado que a grande inovação do princípio da precaução dá-se na medida em que a dúvida científica expressa com argumentos razoáveis, não dispensa a prevenção[31]. Ressalta-se que a obrigatoriedade do controle do risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente deve-se ao parágrafo 1º, do art.225, da Constituição Federal, que incumbiu ao Poder Público o controle da produção, comercialização e do emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

Quanto à questão do custo, Machado entende que antes de se perguntar se determinada atividade causaria um dano, necessário se faz perguntar se a sociedade realmente precisa desta atividade[32]. No que tange ao não adiamento da implementação da medida precaucional, este autor afirma que se trata de um desafio na medida em que a improvisação, a rapidez insensata e a vontade de resultado imediato corroem a sociedade contemporânea.

A inversão do ônus da prova, por sua vez, significa que o possível interessado na implementação da atividade tem o dever de provar que as ações pretendidas não serão prejudiciais ao meio ambiente e à saúde dos seres vivos. É dizer, conforme Helini Sivini Ferreira, que a impossibilidade do interessado provar a ausência de riscos fala em favor do meio ambiente[33].

---

[28] A Convenção sobre Diversidade Biológica foi promulgada pelo Decreto Legislativo n.2, de 03 de fevereiro de 1994.
[29] LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.47.
[30] MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental brasileiro. p.61.
[31] MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental brasileiro. p. 62.
[32] MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental brasileiro. p. 64.
[33] FERREIRA, Helini Sivini. A sociedade de risco e o princípio da precaução no Direito Ambiental brasileiro. p.103.

Ainda quanto às características do princípio da precaução, relata-se que a relação deste com os princípios da Administração decorre do fato de o Brasil tê-lo incorporado ao seu ordenamento jurídico em decorrência da adesão e promulgação das Convenções Internacionais, do art.225 da C.F. e do advento do art.54, parágrafo 3º, da Lei 9.605, de 12.02.1998, devendo a Administração Pública implementá-lo, no cumprimento do princípio da moralidade e da legalidade, expostos no art.37, caput, da C.F[34].

Pode-se dizer que o princípio da precaução veio a corroborar com o que garante Constituição Brasileira de 1988 no caput de seu artigo 225 na medida que visa garantir que atividades potencialmente causadoras de danos ambientais sejam postergadas[35]. Ressalta-se que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto pela Lei Maior, é um direito fundamental. Isto porque a proteção deste direito é indispensável à vida e à dignidade das pessoas – núcleo essencial dos direitos fundamentais[36].

Segundo Mirra, ninguém contesta hoje em dia que o atual quadro de destruição ambiental no mundo compromete a possibilidade de uma existência digna para humanidade põe em risco a própria vida humana[37].

Na realidade, embora não haja referência expressa ao princípio da precaução no texto constitucional, fazendo-se uma interpretação bastante minuciosa deste, observar-se-á que a Lei Maior abriga a idéia de precaução quando exige para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental estudo prévio de impacto ambiental[38]. Outrossim, os incisos V e VI, do parágrafo 1º do art. 225 da Constituição Federal também abrigam a idéia de precaução ao estabelecerem que compete ao Poder Público: "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"; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente".

Vale ressaltar que aplicar o princípio da precaução não significa ser contrário à tecnologia. A história humana mostra que a tecnologia pode trazer tanto benefícios quanto malefícios ao ser humano, dependendo da maneira como é utilizada. Quanto aos prejuízos causados pelo uso indevido da tecnologia, Nodari e Guerra afirmam que:

> *"a comunidade científica e os agricultores já têm experiência suficiente acumulada com os agroquímicos e agrotóxicos que foram liberados, após a Segunda Guerra Mundial para uso, sem a realização de testes adequados de biossegurança. Só posteriormente, parte dos efeitos nefastos causados por eles se*

[34] MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental brasileiro. p. 65.

[35] Conforme o caput do artigo 225 da Constituição Federativa da República do Brasil, tem-se: "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.

[36] COMPARATO, Fábio Konder. Os problemas fundamentais da sociedade brasileira e os direitos humanos. In: Para viver a democracia. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 36

[37] MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente.São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 54.

[38] Art.225- Parágrafo 1 o Para assegurar a efetividade desse direito, incube ao Poder Público: inc. IV, da C.F.: "exigir na forma de 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.

> *tornaria conhecido. Foi preciso a morte e a dor de inúmeras pessoas contaminadas para que as restrições de uso aumentassem. Até hoje não houve reparação alguma por parte das empresas fabricantes destes produtos às vítimas intoxicadas ou mortas"*[39].

No caso dos transgênicos, quer-se com a aplicação do princípio da precaução evitar que uma tecnologia, cujos efeitos até então são incertos, seja aplicada. Nesse sentido, valem as palavras de Machado: "A implementação do princípio da precaução não tem por finalidade imobilizar as atividades humanas. Não se trata da precaução que tudo impede ou em tudo vê catástrofes ou males. O princípio da precaução visa a garantir à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta"[40].

Na realidade, aplicar o princípio da precaução em casos que envolvam riscos de potencial considerável significa adotar uma postura ética em relação à natureza. Fernanda Lapa ressalta que há necessidade da intervenção da ética e dos Direitos Humanos em todos os passos da pesquisa científica, tendo em vista que nem sempre é possível que a lei acompanhe a evolução biotecnológica, pois as normas jurídicas podem não prever os progressos da pesquisa científica e suas conseqüências[41].

Ressalta-se ainda que aplicar o princípio da precaução no caso dos alimentos transgênicos é assegurar às gerações futuras o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que lhes foi atribuído pela Constituição Federal. Interessante às considerações de Kiss sobre o princípio da precaução e os direitos das gerações futuras:

> *"A precaução é considerada quando o risco é elevado – tão elevado que a total certeza científica não deve der ser exigida antes de se adotar uma ação corretiva, devendo ser aplicado naqueles casos em que qualquer atividade possa resultar em danos duradouros ou irreversíveis ao meio ambiente, assim como naqueles casos em que o benefício derivado da atividade é completamente desproporcional ao impacto negativo que essa atividade pode causar ao meio ambiente. Nesses casos, é necessário um cuidado especial a fim de preservar o meio ambiente para o futuro. Esse é naturalmente o ponto em comum entre os direitos das gerações futuras e o princípio da precaução. Em determinadas situações, a aplicação do princípio da precaução é uma condição fundamental para proteger o direito das gerações futuras"*[42].

Kiss entende que uma das principais características do princípio da precaução é que, naqueles casos em que há uma incerteza científica, a obrigação real de tomar decisões passa dos cientistas para os políticos, cuja tarefa é governar[43].

---

[39] NODARI, Rubens Onofre; GUERRA, Miguel Pedro. Avaliações de riscos ambientais de plantas transgênicas. In: Cadernos de Ciência e Tecnologia, v. 18, nº 1, p. 81, 2001.
[40] MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental brasileiro. p. 54.
[41] LAPA, Fernanda Brandão. Ética e direitos humanos: um estudo introdutório sobre as plantas transgênicas. p.192.
[42] KISS, Alexandre. Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIU, Ana Flávia Barros (org.). Princípio da precaução. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.p. 11.
[43] KISS, Alexandre. Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. p. 11

No caso da soja transgênica round up ready, a seguir abordado, esta característica fica evidente na medida em que o Poder Executivo editou Medidas Provisórias liberando o plantio de toda a safra do ano de 2003 e 2004, sem o devido estudo de impacto ambiental.

Destaca-se que, no campo da biotecnologia, a aplicação do princípio é indispensável à efetiva proteção do meio ambiente e da saúde humana. Rios (2004, p.377) afirma que:

> *"Em relação a biossegurança, nenhum princípio é mais importante quanto o princípio da precaução. É ele a base que sustenta o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança, que torna obrigatória a análise de risco de qualquer OGM, é ele que obriga o empreendedor a realizar prévio Estudo de Impacto Ambiental – EIA/RIMA, previsto no art. 225, inc. IV, da Constituição Federal, e também serviu como fundamento para a sentença judicial que determinou a rotulagem de produtos transgênicos, proibindo o plantio, em escala comercial, da soja transgênica round up ready."*[44].

Um outro ponto a ser analisado no estudo do princípio da precaução é a sua ligação com o princípio do desenvolvimento sustentável. A noção de desenvolvimento sustentável exige, conforme Kiss, "a perseguição de padrões de crescimento que assegurem as necessidades da geração atual e não comprometam a habilidade das gerações futuras em assegurar suas necessidades"[45]. O Brasil abraçou o princípio do desenvolvimento sustentável durante a realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. O princípio da precaução é instrumento indispensável para a consecução do desenvolvimento sustentável, vez que os riscos da sociedade contemporânea podem ser catastróficos, transfronteiriços e ilimitados em função do tempo.

A seguir analisar-se-á o caso da soja transgência round up ready no Brasil, procurando-se verificar se o Poder Judiciário e o Poder Executivo, ao tomarem decisões relativas à liberação deste transgênico, aplicaram o princípio da precaução.

4. O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E O CASO DA SOJA TRANSGÊNICA NO BRASIL

Analisadas as características do princípio da precaução e os possíveis riscos dos alimentos transgênicos, passa-se ao estudo do caso da soja transgênica round up ready no Brasil.

No ano de 1998, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) emitiu Parecer Técnico Prévio Conclusivo, com base no inc.XIV, do art. 2º do Decreto 1752/95, que aprovou o plantio, em escala comercial da soja transgênica round up ready[46] (RR) sem a realização do prévio estudo de impacto ambiental - EIA[47].

---

[44] RIOS, Aurélio Virgilio Veigas. O princípio da precaução e a sua aplicação na justiça brasileira: estudo de casos. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIU, Ana Flávia Barros (org.). Princípio da precaução. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 377.

[45] RIOS, Aurélio Virgilio Veigas. O princípio da precaução e a sua aplicação na justiça brasileira: estudo de casos. p. 24.

[46] A soja transgênica round up ready torna o grão naturalmente resistente ao glisofato, princípio ativo largamente utilizado como herbicida nas mais diversas lavouras.

[47] O Decreto 1752/1995 dispõe em seu inc.XIV, do art.2o, que compete a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança exigir como documentação necessária, se entender necessário, o Estudo de Impacto Ambiental(EIA) e respectivo Relatório

Observa-se que, embora a Constituição Federal tenha incumbido o Podre Público de exigir para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental, o Decreto 1752/1995, que regulamentou a Lei 8.974/95, estabeleceu que compete a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança exigir como documentação necessária, se entender necessário, o EIA de projetos e aplicação que envolvam a liberação de transgênicos no meio ambiente. Ora, sabendo-se que os organismos geneticamente modificados podem trazer danos irreversíveis ao meio ambiente, como a CTNBio entendeu desnecessário o EIA no caso da soja transgênica round up ready? Inconstitucional, portanto, o inc. XIV do art.2° do Decreto n. 1752/1995 quando confere a CTNBio prerrogativa para escolher se exigirá ou não EIA numa atividade que pode causar lesões ao meio ambiente como a do plantio da soja transgênica.

Em virtude deste parecer da CTNBio, foram ajuizadas duas ações civis públicas, uma pela associação civil Greenpeace, em dezembro de 1997 e outra pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC, em junho de 1998, precedida de Medida Cautelar[48]. As duas ações têm em comum a mesma argumentação contrária à introdução de organismos geneticamente modificado no Brasil, fundamentada no princípio da precaução e na aplicação do Código do Consumidor[49]. Alegaram ambos os autores que o princípio da precaução deveria ser aplicado no caso da soja round up ready uma vez que não havia estudos e pesquisas científicas suficientes para embasar o Parecer Técnico expedido pelo órgão responsável pela condução da política nacional de biossegurança.

Na ação ajuizada pela Greenpeace, pediu-se a proibição da importação de soja round up norte-americana pela empresa Monsanto e, alternativamente, que fosse ordenada a rotulagem dos produtos derivados de OGMs.

O IDEC, por sua vez, pleiteou a suspensão da autorização para o cultivo da soja geneticamente modificada, com base na ausência de Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA) para autorizar a liberação de soja transgênica e na falta de norma específica sobre segurança alimentar e de informação adequada do novo produto aos consumidores[50].

No que se refere à Medida Cautelar ajuizada pelo IDEC, em junho de 1999, o Juiz Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, Antônio Sousa Prudente, concedeu a liminar pleiteada para determinar em caráter mandamental inibitório, fundamentado no princípio da precaução, sem prejuízo das medidas de natureza cautelar já adotadas pelo ilustre Juiz Substituto da 6ª Vara, que:

> *"I - as empresas promovidas, MONSANTO DO BRASIL LTDA e MONSOY LTDA apresentem Estudo Prévio de Impacto Ambiental, na forma preconizada*

[47] (cont.) de Impacto no Meio Ambiente (RIMA) de projetos e aplicação que envolvam a liberação de OGM no meio ambiente, além das exigências específicas para o nível de risco aplicado.

[48] Processo n.1998.34.00027682-0, referente à ação civil pública proposta pelo IDEC contra a Monsanto e a União Federal, precedida de Medida Cautelar (processo n.1998.34.00027681-8). Processo n.1997.34.00036170-4, ação civil pública proposta pela Greenpeace.

[49] RIOS, Aurélio Virgilio Veigas. O princípio da precaução e a sua aplicação na justiça brasileira: estudo de casos. p. 378.

[50] Para maiores detalhes sobre o caso, vide: Liberação dos transgênicos no Brasil: semana riquíssima em acontecimentos. In: Biodiversidad em América Latina. Disponível em:<http://biodiversidadla.org/noticias3/noticias426.htm>. Acesso em: 15 de fev. 2004.

pelo art. 225, IV, da Constituição Federal, como condição indispensável para o plantio, em escala comercial da soja round up ready;
II - ficam impedidas as referidas empresas de comercializarem as sementes da soja geneticamente modificada, até que sejam regulamentada e definida, pelo poder público competente, as normas de biossegurança e de rotulagem de organismos geneticamente modificados;
III - fica suspenso o cultivo, em escala comercial do referido produto, sem que sejam suficientemente esclarecidas, no curso da instrução processual, as questões técnicas suscitadas por pesquisadores de renome, a respeito das possíveis falhas apresentadas pela CNTBio em relação ao exame do pedido de desregulamentação da soja round up ready;
(...)
V - a CTNBio apresente a este Juízo, no prazo de 10 (dez) dias, cópias autênticas dos curriculum vitae de seus membros efetivos e suplentes, para aferição judicial da qualificação exigida pelos parágrafos 1ordm; e 2o do art. 3o do referido Decreto 1.752/95, bem assim, em igual prazo, devem ser remetidas cópias autênticas das peças que compõe a processo no 01200.002402/98-60, a que se refere o Comunicado no 54, de 29 de setembro de 1998"

Posteriormente, em agosto de 1999, a 6ª Vara Judicial de Brasília- DF julgou procedente a Medida Cautelar ajuizada pelo IDEC, determinando que as empresas Monsanto do Brasil Ltda. e Monsoy Ltda. apresentassem prévio Estudo de Impacto Ambiental, como condição indispensável para o plantio, em escala comercial, da soja round up ready, ficando impedidas de comercializarem as sementes de soja transgênica até que sejam regulamentadas e definidas pelo poder público competente as normas de biossegurança e de rotulagem de OGM[51].

Contra a sentença que julgou procedente a Medida Cautelar, a União Federal e a empresa Monsanto recorreram, pleiteando a suspensão de seus efeitos, não tendo elas obtido, até então, êxito junto ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que, ao julgar o mérito das apelações da União e da empresa interessada, negou provimento aos recursos e manteve intacta a sentença da 6ª Vara Federal do Distrito Federal.

Paralelamente, foi julgada procedente pela 6ª Vara Federal da Seção Judiciária de Brasília a ação civil pública ajuizada pelo IDEC para condenar a União Federal a exigir a realização de prévio estudo de impacto ambiental da Monsanto do Brasil Ltda para liberação de espécies geneticamente modificados e declarar a inconstitucionalidade do inciso XIV do art. 2° do Decreto n. 1752/95 e das Instruções Normativas n.03 e 10-CTNBio, no que possibilitam a dispensa de EIA/RIMA.

Desta decisão, as empresas rés (Monsanto e Monsoy) interpuseram recurso de apelação que está em fase de julgamento na Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, tendo já sido proferido o voto da Relatora Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, em 25 de fevereiro de 2002, dando provimento ao recurso das recorrentes.

[51] RIOS, Aurélio Virgilio Veigas. O princípio da precaução e a sua aplicação na justiça brasileira: estudo de casos..p.380.

As empresas rés (Monsanto e Monsoy), apresentaram pedido de concessão de efeito suspensivo à apelação interposta.

Por meio de decisão interlocutória, publicada no dia 12 de agosto de 2003, a Relatora Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, entendendo estar presentes os requisitos para a concessão do efeito suspensivo, deferiu o pedido com base na fundamentação do voto já proferido.

Desta decisão, o IDEC, o Greenpeace e o Ministério Público Federal interpuseram Agravos Regimentais, aos quais foi dado provimento, em 8 de setembro de 2003, tendo votado contra a decisão interlocutória da Relatora Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, os Desembargadores Federais Antônio Ezequiel da Silva e João Batista Gomes.

Ou seja, desde 8 de setembro de 2003, a decisão interlocutória proferida em 12 de agosto de 2003 pela Relatora Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, a qual favorecia a comercialização e plantio da soja transgênica, encontra-se suspensa, até que a apelação seja julgada pela Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Muito embora o princípio da precaução tenha sido aplicado no âmbito do Poder Judiciário no caso da soja transgênica *round up ready*, o Poder Executivo, atendendo a interesses de ordem econômica e política, editou a Medida Provisória n.113, de 26 de março de 2003 e a Medida Provisória n.131, de 25 de setembro de 2003, liberando a comercialização de toda a safra de soja do ano de 2003 e 2004, sem o devido estudo dos possíveis efeitos que daí poderão decorrer.

Constata-se que o Poder Executivo ao editar as referidas Medidas Provisórias não observou o princípio da defesa do meio ambiente, um dos princípios gerais da atividade econômica previsto constitucionalmente[52]. De fato, a Lei Maior estabeleceu em seu art.170 que a ordem econômica, fundada na valorização do ser humano e na livre iniciativa, deve observar, dentre outros princípios, a "defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação". Assim, embora o Poder Executivo não tenha observado este dispositivo constitucional, a liberdade da atividade econômica deve encontrar seus limites na preservação do meio ambiente.

Ressalta-se que embora o Poder Executivo tenha liberado a comercialização da soja transgênica de toda a safra de soja do ano de 2003 e 2004, o Governador Roberto Requião sancionou, em 27 de outubro de 2003, a Lei Estadual nº 14.162/03, que veda o cultivo, manipulação e comercialização de Organismos Geneticamente Modificados (OGMs) em todo o Estado do Paraná, inclusive proíbe a comercialização dos transgênicos também pelo Porto de Paranaguá, um dos maiores do País.

---

[52] Estabelece a Constituição Federal que:
"Art.170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
(...)
VI- defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação".

O Governo do Paraná ainda entrou com um pedido no Ministério da Agricultura solicitando que o Estado seja uma área de livre comércio de soja transgênica. A solicitação se enquadra na MP nº 131/03, artigo 4º. Prescreve o referido artigo que: "O Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, mediante portaria poderá excluir do regime desta Medida Provisória os grãos de soja produzidos em áreas ou regiões nas quais comprovadamente não se verificou a presença de organismo geneticamente modificado".

De fato, andou bem o governador do Paraná quando optou por uma postura cautelosa para tratar com a questão da soja transgênica. Com certeza, a adoção do princípio da precaução neste caso tende a ser a atitude mais prudente na medida em que os possíveis danos ambientais decorrentes dos transgênicos podem ser irreversíveis.

Deve-se dizer que os Estados Unidos liberou o cultivo comercial da soja RR com base no princípio da equivalência substancial. Desta forma, este transgênico foi considerado "equivalente" a seu antecedente natural, a soja convencional, porque não se diferencia dela nos aspectos cor, textura, teor de óleo, composição e teor de aminoácidos essenciais e de nenhuma qualidade bioquímica. No entanto, Nodari e Guerra esclarecem que em termos de genoma, estas sojas não são equivalentes e nem iguais. Sobre o princípio da equivalência, alertam:

> *"Esta estratégia baseada na equivalência substancial foi introduzida na década passada para evitar que as indústrias tivessem custos maiores com testes de longa duração, como na área farmacológica. Quando se utiliza a equivalência substancial, nenhum teste é requerido para excluir a presença de toxinas prejudiciais, carcinogênicas e mutagênicas. Este princípio da equivalência deveria ser abandonado em favor de testes biológicos, toxicológicos e imunológicos mais aprofundados e eficazes"* [53] .

Pelo que foi exposto, entende-se que a comercialização da soja RR sem a realização do EIA adequado é uma atividade potencialmente perigosa, razão pela qual a aplicação do princípio da precaução revela-se oportuna e plenamente cabível. De acordo com Ferreira, realizado o EIA, havendo indícios que levem a considerar que o plantio da soja RR para fins comerciais apresenta algum perigo, a atividade deve ser proibida com fundamento no princípio da precaução[54].

Observou-se que, na sociedade de risco, os critérios de segurança e de certeza científica já não são suficientes para garantir a efetiva proteção do meio ambiente. Nesse sentido, mudanças são necessárias e, dentre elas, está a da substituição da exigência de provas que atestem como certa a ocorrência do dano pela demonstração de evidências sérias e fundadas de que a concretização do dano é possível ou provável. Assim sendo, pode-se afirmar que o princípio da precaução inseriu na esfera de solução do Direito um novo modelo decisório, fundamentado no risco, na incerteza científica e na necessidade imediata de agir diante de situações que possam vir a comprometer a sustentabilidade ambiental[55].

---

[53] NODARI, Rubens Onofre; GUERRA, Miguel Pedro. Avaliações de riscos ambientais de plantas transgênicas.
[54] FERREIRA, Helini Sivini. A sociedade de risco e o princípio da precaução no Direito Ambiental brasileiro.p.68.
[55] FERREIRA, Helini Sivini. A sociedade de risco e o princípio da precaução no Direito Ambiental brasileiro. p.143.

Não obstante a importância do princípio da precaução para se garantir um meio ambiente saudável, a sociedade de risco ainda reluta em aplicá-lo.

Segundo Platiu, a efetividade do princípio da precaução permanece comprometida em função das diferentes percepções que a sociedade civil global, a comunidade científica, os juristas e os tomadores de decisão têm sobre o seu conteúdo e a sua aplicação[56]. Numa sociedade capitalista, como é a sociedade de risco, nada mais provável que a interpretação do princípio da precaução mais favorável ao desenvolvimento econômico é aquela que o compreende como um obstáculo ao progresso da sociedade e, portanto, o ignora. Isto porque neste modelo social não há preocupações relacionadas a tempos futuros, tampouco aos direitos das futuras gerações.

Constata-se, pois, que, numa sociedade capitalista, conferir efetividade ao princípio da precaução para evitar danos ao meio ambiente não parece ser tarefa das mais fáceis. Inscrito na lógica da evolução do direito ambiental de privilegiar a reparação e a prevenção dos danos no lugar da tradicional fase de repressão de condutas lesivas ao meio ambiente, o princípio da precaução reclama um agir de forma racional durante as fases de incertezas científicas e técnicas[57]. Sua implementação depende do reconhecimento e da consideração do risco nas tomadas de decisões que envolvam atividades potencialmente degradadora.

Além disso, a efetividade deste princípio depende não apenas daqueles responsáveis pela tomada de decisões, mas também da participação de todos os cidadãos. E não poderia ser diferente, tendo em vista que a Constituição Federal estabeleceu que a proteção do meio ambiente é um dever do Poder Público e da coletividade. É através da participação efetiva dos cidadãos nas decisões do Poder Público sobre questões relativas à utilização ou exploração do meio ambiente que se tornará possível dar um passo essencial em direção à formação de um Estado de Direito Ambiental[58].

5. CONCLUSÕES ARTICULADAS

5.1 A biotecnologia é uma ciência dos tempos modernos que fascina a todos por sua potencialidade de reinventar a vida. Há, contudo, de ser utilizada com a devida cautela para que não resulte em danos irreversíveis para a saúde humana e o meio ambiente. Evidenciaram-se casos envolvendo organismos geneticamente modificados que demonstraram os riscos da implementação desta tecnologia sem o cuidado necessário. De fato, o aminoácido triptofano, obtido através de uma bactéria transgênica, e o hormônio transgênico rBGH causaram danos à saúde humana e animal.

[56] PLATIU, Ana Flávia Barros. A legitimidade da governança global ambiental e o princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIU, Ana Flávia Barros(org.). Princípio da precaução. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.p. 401.
[57] PLATIU, Ana Flávia Barros. A legitimidade da governança global ambiental e o princípio da precaução.p.403.
[58] Segundo Capela (1994.p.248), o Estado de Direito Ambiental é definido como a forma de Estado que se propõe a aplicar o princípio da solidariedade econômica e social para alcançar um desenvolvimento sustentável, orientado a buscar a igualdade substancial entre os cidadãos, mediante o controle jurídico do uso racional do patrimônio natural.

5.2 No caso dos alimentos transgênicos, os estudos científicos realizados a luz do conhecimento atual demonstram que não há um consenso técnico-científico quanto à possibilidade destes organismos acarretarem danos para o homem e o meio ambiente. Nesse sentido, o princípio da precaução, previsto no ordenamento jurídico-ambiental brasileiro, deve ser aplicado.

5.3 Observou-se, no entanto, que o governo brasileiro negligenciou a existência deste princípio ao editar as Medidas Provisórias n.113, de 26 de março de 2003 e n.131, de 25 de setembro de 2003 para liberar a comercialização de toda a safra de soja transgênica round *up ready* do ano de 2003 e 2004, sem o devido estudo dos possíveis efeitos que daí poderão decorrer.

5.4 Embora imprescindível para a manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, o princípio da precaução carece de efetividade. Inscrito na lógica da evolução do direito ambiental de privilegiar a reparação e a prevenção dos danos no lugar da tradicional fase de repressão de condutas lesivas ao meio ambiente, este princípio é instrumento imprescindível à edificação de um Estado de Direito Ambiental. Para que seja aplicado, faz-se necessária a harmonização de interesses políticos, econômicos e sociais.

5.5 De não se pode desvincular os problemas ambientais do contexto em que estão inseridos. Optar pela aplicação do princípio da precaução em casos de incerteza científicas sobre a possibilidade de danos ambientais é fazer uma escolha que prioriza conter a degradação do meio ambiente em detrimento de resultados econômicos imediatos.

O DIREITO DE VER ESTRELAS
A poluição luminosa sob a égide jurídica, urbanística e ambiental

NADIA PALACIO DOS SANTOS
Estudante de Direito do 4º ano das
Faculdades Integradas de Jaú

1. INTRODUÇÃO

Não existe beleza comparável à uma noite estrelada. Anos, séculos, milênios, gerações de homens olhando as estrelas, investigando seus segredos. A contemplação do céu, foi um dos motores da história da humanidade tal como a conhecemos. Fica uma pergunta que não quer calar: Será que nossos filhos, netos e a geração que está por vir terá o mesmo direito de contemplar o céu noturno, com sua infinita beleza? Infelizmente não. Com a modernidade essa beleza tem desaparecido. Hoje, a maioria das crianças crescem sem o prazer de parar e ver as estrelas. "Outrora ostentando um negro brilhante e escuro, quase mágico, os céus citadinos da modernidade são opacos, luminosos pela aura de cidades que se expandem de uma forma cada vez mais desordenada, mais selvagem, não só desafiando o delicado equilíbrio natural, como nos privando da contemplação das nossas mais remotas origens, desvanecendo também essa chama que existe dentro de nós, da busca do passado, no infinito."[1] O desfrute dessa beleza está sendo alterado nas últimas décadas por um novo fenômeno humano: A poluição luminosa.

A luz que em aparência é algo limpo e bom, se mal dirigida se converte em algo realmente nocivo ao meio ambiente, alterando de forma significativa o equilíbrio natural dos animais de vida noturna, poluindo a atmosfera, e ainda, prejudicando a paisagem noturna, tornando os objetos celestes mais belos invisíveis, privando não só o estudo de astrônomos, bem como todos aqueles que querem usufruir a visão das estrelas.

2. O QUE É POLUIÇÃO LUMINOSA

Uma das mais modernas formas de poluição, é a luminosa. Apesar de ser pouco debatida, não significa que não tenha efeitos drásticos. "Pode ser definida como sendo qualquer efeito adverso causado ao meio ambiente pelo excesso de luz artificial excessiva ou mal direcionada"[2] produzida pelo homem nos centros

---

[1] FISUA - Associação de Física da Universidade de Aveiro

[2] Roberto F. Silvestre, astrônomo amador, proprietário do único observatório de Uberlândia, quase fechado pelo problema da poluição luminosa, dedica-se na campanha contra o desperdício de luz na iluminação publica, sendo ele o maior lutador por essa causa no Brasil, o qual gentilmente orientou-me sobre os reais efeitos prejudiciais da poluição luminosa no estudo da astronomia, estudo de mister importância para toda a população e para o futuro. Para maiores informações conta com um website http://inga.ufu.br/~silvestr/

urbanos, que causa fulgor, prejudicando as condições de visibilidade noturna dos corpos celestes. As luminárias mais utilizadas em iluminação pública são ineficientes e mal projetadas, deixam escapar grande parte da luz para o espaço, um fluxo de aproximadamente 40% é emitida horizontalmente e para cima, ou seja, se gasta energia para iluminar mal a rua e ainda poluir. A luz extra se reflete nas nuvens , em gotas d'água e poeiras suspensas e cria nas camadas atmosféricas um obstáculo à visibilidade do firmamento.

3. DO DIREITO A UM CÉU NOTURNO ADEQUADO

> *"Art. 23 CF - É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:*
> *VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas."*
> *"art 24 CF - Compete a União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:*
> *VI - florestas, caça, pesca,fauna, conservação da natureza, defesa o solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;*
> *VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico."*

O meio ambiente consagrado constitucionalmente engloba dentre outros, todos os recursos naturais,que são todos os elementos da natureza que mantêm a vida e o equilíbrio ecológico. São, portanto, as terras, as águas, o solo, o subsolo, as jazidas, as florestas, a fauna e o espaço aéreo, etc...É possível incluir o céu noturno? Não existe conceito constituído de forma taxativa. Ainda embora taxativo fosse, como não garantir o direito a um céu escuro se o mesmo traz benefícios a toda humanidade, tais como calma, equilíbrio emocional, aproveitamento intelectual por parte dos estudiosos e inclusive equilíbrio ambiental.

Meio Ambiental inclui também a beleza e a paisagem. É notável que o legislador brasileiro abraçou a defesa da paisagem como parte do meio ambiente humano sadio. Possivelmente a intenção era somente se referir à paisagem diurna, porém a consciência social reclama uma nova ampliação desse conceito, exigindo-se também a proteção da paisagem noturna. Efetivamente se merece proteção a beleza paisagística que contemplamos abaixo da luz do sol., não há motivo para que idêntica medida não possa oferecer proteção à paisagem noturna. A beleza noturna não deve ser resguardada somente sobre a justificativa do estudo dos astrônomos, que sem sombra de duvidas é de suma importância ao avanço da sociedade , mas também por ser a paisagem mais ampla e mais bela que a todos é presenteado observar. Se resguardar a contaminação visual diurna, justifica-se pela defesa da estética natural em beneficio do bem estar físico e emocional do homem, pelos mesmos fundamentos não resta motivos para que não seja resguardada também a contaminação noturna, que constitui um atentado a beleza noturna.

Considerando ainda que meio ambiente deve englobar as condições de sossego público, é novamente plausível, que se adote leis especificas, sujeitando a contaminação luminosa no mesmo patamar da contaminação sonora, já que são fenômenos similares de poluição pois ambos afetam o bem-estar físico do parti-

cular e por conseqüência prejudicam sua vida privada. Quando as luzes da rua invadem as janelas, podem ocasionar danos de saúde, como a insônia, fadiga visual e alterações no sistema nervoso central. Em suma, assim como existe a proteção contra a contaminação sonora deve se tutelar também os danos ambientais, sociais, paisagísticos entre outros causados pelo excesso de iluminação artificial.

Em decorrência da grande poluição que assola esse século, tem-se a necessidade de preservar determinados recursos para as gerações futuras. Assim, podemos obervar em nossa Carta Magna a preocupação do legislador em garantir a proteção ambiental como sendo um direito fundamental do cidadão e ainda, impondo o dever de preservá-lo para as futuras gerações. Vejamos:

> *Art. 225 CF -"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."*

Ao tutelar direitos as gerações futuras o legislador age em consonância com a tendência internacional de conscientização de que somos responsáveis em garantir a generosidade e a beleza para as atuais a as futuras gerações. Incluído o direito ao desfrute de um céu puro, conforme defende a carta da UNESCO de 1994. "Gerações futuras têm o direito a uma Terra sem poluição e destruição inclusive o direito a um céu limpo." [3]

Vários paises tendem a considerar o fenômeno como uma clara agressão à comunidade em geral, causador inclusive de impactos ambientais que veremos oportunamente.

4. DANOS PROVOCADOS AO MEIO AMBIENTE

A iluminação noturna afeta não só o homem, causando estress insônia, distúrbios comportamentais etc. como também os animais noturnos e diurnos. A fauna e flora, bem como o ser humano, tem um ciclo natural que pode ser drasticamente afetado pela invasão luminosa.

Uma rápida investigação acerca do assunto revela que alguns animais diurnos podem ser beneficiados pela extensão de horário, outros têm o seu sono prejudicado e sua sobrevivência afetada, outros animais, de hábito noturno são afetados por precisarem da escuridão para a sua estratégia de vida, outros tiram partido da luz artificial para estender sua reprodução.

É inegável o efeito da poluição noturna sobre a biodiversidade. Porém por se tratar de uma fonte de poluição pouco debatida, infelizmente ainda não é considerada em toda sua dimensão e portanto é pouco valorada. Há de se considerar que os efeitos sobre a fauna e flora noturna, o ecossistema em geral são visíveis, causando ainda resultados que se refletem na sociedade como a possível maior proliferação de cupins, moscas e pombos nas áreas urbanas As aves experimen-

[3] Citação da Unesco.

tam uma série de alterações ao verem atraídas pela luz, algumas delas morrem por conseqüência da desorientação que sofrem por se sentirem atraídas por um excesso de luz artificial

A iluminação inadequada usada de forma intensa está se refletindo de forma nociva ao ecossistema: Alterando o fotoperíodo de plantas prolongando a fotossíntese induzido pela luz artificial. Atraindo espécies, levando a diminuição do número de indivíduos. Desequilibrando as éspecies, já que algumas são cegas a certa longitude de onda de luz e outras não, assim as predadoras podem prosperar enquanto se extingue as depredadas. Diminuição de insetos, alterando a polinização das plantas. Alterando os ciclos do plâncton marinho, afetando a alimentação das outras espécies marinhas que habitam ao redor da orla marinha. Criando barreiras visuais que restringirão a possibilidade de circulação de pequenos mamíferos. Desnorteando espécies de aves migratórias, alterando os percursos tradicionais, ainda colaborando para que os pássaros fujam das cidades assustados com os focos luminosos. Causando mortalidade de aves que perdem a orientação ou chocam com os obstáculos devido ao excesso de luz, ou atraídos pode ocorrer que sobrevoem sem parar em torno da luz ate que cairem pelo cansaço. "Enviar sinais falsos para algumas espécies, como as tartarugas marinhas que, quando da eclosão dos ovos podem ser atraídas em direção da orla iluminadas e não pelo espelho de água;alterar os ciclos biológicos, levando a distúrbios comportamentais de algumas espécies"[4]. Outra espécie afetada pela luz artificial são os insetos, cuja importancia é mister dado o papel que ocupam dentro da cadeia alimentar.

Muitos animais e insetos usam a luz como um meio de orientação, uma bússola interna. Valeram-se desse meio durante milhões de anos, enquanto a luz elétrica é usada há pouco mais de cem anos. Ainda não tiveram tempo de adaptar a esse novo fenomêno humano.

Além dos danos causados a biodiversidade, provoca também danos na atmosfera, entre outros. O uso de luminárias mal projetadas provoca emissão de substâncias contaminantes na atmosfera. Ainda, ao se produzir eletricidade, está se gerando contaminação, já que a produção de energia elétrica gera CO2, que em excesso favorece o cambio climático. Portanto o que se pretende é que se diminua o uso inadequado, excessivo e inútil.

A lâmpada fluorescente de mercúrio, tão utilizada é extremamente nociva. **"**O principal motivo que exige a descontaminação de lâmpadas fluorescentes é a possibilidade do mercúrio do interior da lâmpada ser inalado pelo ser humano e causar efeitos desastrosos ao sistema nervoso. O metal pode ainda chegar ao homem por outras vias. Se as lâmpadas forem descartadas impropriamente na natureza, primeiramente o metal contaminará o solo, chegará aos cursos de água e alcançará a cadeia alimentar".[5]

"Quando quebradas, elas liberam vapor de mercúrio que inalado pode se depositar no organismo. A Organização Mundial de Saúde (OMS) e a legislação

[4] A iluminação artificial e a vida silvestre .Elvo Calixto Burini Junior & Alessandro Barghini
Universidade de São Paulo: Instituto de Eletrotécnica e Energia –IEE/USP (elvo@iee.usp.br) e bLaboratório de Estudos Evolutivos Humanos, Instituto de Biologia – IB/USP

[5] Carolina Valadares, Agencia Brasil. Radiobrás.Ciência , Tecnologia e Meio ambiente

nacional estimam em 33 microgramas de mercúrio por grama de creatinina urinária o limite de tolerância biológica para o ser humano.

Todavia, a inalação não é a única forma de contaminação pelo vapor de mercúrio. Uma vez liberado, vai se depositando no solo, rios, lençóis freáticos, terminando por alcançar a cadeia alimentar, tendo como depósito final os seres humanos. O descarte sistemático dessas lâmpadas em aterros, sem a descontaminação e sem cuidados de armazenamento, eleva para níveis preocupantes a quantidade desse elemento químico no meio ambiente".[6]

5. ESTUDO DE CASOS. AS AVES MIGRATÓRIAS

Nos EUA, estima-se que aproximadamente um milhão de aves atraídas pela luz, morrem pelo impacto contra o vidro ou por exaustão após voarem incessávelmente em volta da luz pela qual foram atraídas. O fenômeno se dá em decorrência do excesso de luz artificial desnecessário provocados pelos edifícios fortemente iluminados.

Amantes das aves lançaram uma campanha para salvar a vida de milhares de aves que atravessam as cidades norte-americanas na sua migração anual para suas zonas de procriação. Voluntários, pediram aos donos, gerentes e inquilinos de edifícios localizados na linha de vôo norte-sul a manterem as luzes apagadas à noite.

Os resultados dessa campanha foram extremamente satisfatórios. Chicago já conta com 30 arranha-céus de grande dimensão que abraçaram a campanha e mantêm as luzes desnecessárias apagadas à noite.

Segundo Ken Wysocki, antigo presidente da Chicago Ornithological Society, em apenas 2 anos de programa, a mortalidade de aves foi reduzida em aproximadamente 80%. A solução desse problema ambiental foi simples, bastou apagar a luz desnecessária e o problema se reduziu significantemente.[7]

Na ilhas canárias, podemos citar outro caso que obteve êxito: as pardelas cenicientas, conhecidas no Brasil como pardelas-cinzas. Trata-se de ave marina procelariforme que vive no que durante todo o ano no oceano Atlântico e no mar Mediterrâneo. Essas aves migradoras vão desde Canárias até Argentina, Cabo de Boa Esperança, Namíbia, Brasil e Canárias . A contaminação luminosa nas edificações da costa do mar se tornou um obstáculo para elas, já que a cria das pardelas cenicientas são atraídas pela luz artificial. Os filhotes da pardela que nunca viram o mar, quando saem confundem a luz com a linha branca das ondas do mar. Aproximadamente 2.000 pardelas cenicientas tiveram que ser tratadas por conseqüências do excesso de luz artificial em Gran Canária e Tenerife, 5 % morreram Por isso, biólogos, estudantes e amigos da natureza fundaram uma associação "Amigos de la Pardela Cenicienta" para conscientização social.

[6] Hebert França. Agencia Brasil. Radiobrás.Ciência , Tecnologia e Meio ambiente

[7] Para saber mais a respeito da campanha : Chigaco Bird Collison Monitors. Volunteer group Helping Migratory Birds Safely Navigate the Loop in Chigaco.

Atualmente nessas duas ilhas (La Palma e Tenerife) é obrigatório apagar a luz ornamental a partir da meia noite. A redução é paulatina. Apesar de não existir nenhum regime sancionador a respeito os critérios se cumprem em torno de 80%. Com isso a ilha de La Palma ficou afastada do problema da contaminação luminosa e Tenerife reduziu amplamente seus índices. Tal êxito, se refletiu não só na vida das Pardelas-cinzas, como também, na qualidade de vida de todos cidadãos, no estudo dos astrônomos, já que lá está uns dos mais importantes observatórios do mundo, e ainda, ocasionou economia energética.

6. TARTARUGAS MARINHAS. UM CASO BRASILEIRO

No Brasil, um caso de dano ambiental ocasionado pela contaminação luminosa, causou repercussão internacional: o caso das tartarugas marinhas. Quando as tartarugas nascem, muitas são atraídas pela luz emanada pelo reflexo do mar. Mas, com a modernidade do homem, essa bússola natural, foi prejudicada. A luz artificial se transformou numa ameaça grave. "A presença de luzes fortes próximo aos locais de postura dos ovos afugenta as tartarugas que chegam para a desova e desorienta os filhotes. Atraídas pelas luzes, as tartaruguinhas se afastam do mar e acabam indo parar em estradas, onde correm riscos de atropelamento, ou em áreas de restinga, onde podem morrer desidratadas. Entre 1997 e 2001, a ONG Projeto Amiga Tartaruga registrou a morte de mais de 5.500 filhotes por atropelamento na orla norte de Porto Seguro. Hoje, há uma portaria do Ibama (nº 11 de 30/1/95) e uma Lei Estadual (nº 7034, de 13/12/97) que restringem a iluminação em locais de notificação de tartarugas marinhas. Nessas áreas devem-se utilizar luminárias especialmente desenhadas para que a luz não incida diretamente sobre a praia. No extremo sul da Bahia, a legislação protege especialmente o trecho do litoral entre Prado e Ponta do Corumbau. Essa região é hoje legalmente considerada como área zero lux, onde não é permitida nenhuma iluminação na orla. Nas demais praias da região, que registram a presença de ninhos de tartarugas, a iluminação deve atender a critérios técnicos estabelecidos pelo Ibama."[8]

A equipe Amiga Tartaruga realizou campanha contra a fotopoluição, buscando diminuir a potência das lâmpadas, e obteve êxito, conseguiu realizar a troca das lâmpadas que iluminam a orla norte de Porto Seguro. A campanha contou com apóio do rei Juan Carlos, da Espanha, que após apelo da Ong, intercedeu a nosso favor, conseguindo que o grupo espanhol Iberdroala, que atua na região através da COELBA[9], tomasse providências. As lâmpadas de vapor de sódio de 400 watts foram trocadas por outras de 250 e se abaixou à inclinação das luminárias nos trechos onde foram detectados os atropelamentos de tartarugas.

O IBAMA vem tomando as devidas providências, o projeto está tendo o êxito merecido. Como podemos observar no trecho da organização Base de Dados Tropical:

[8] Dados de Pesquisas Relacionadas com a Educação Superior.ANO 2, No 045, Brasília, 7 de Novembro de 2003
[9] Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia.

"A iluminação artificial nas ruas, avenidas, estradas, casa e bares próximos às praias de desova, ou até mesmo nas próprias praias, é uma das atuais ameaças às tartarugas marinhas. É geralmente durante a noite, com a temperatura da areia mais baixa, que as fêmeas sobem à praia para desovar. E é também quando os filhotes entram em maior atividade e saem dos ninhos. As fêmeas evitam sair do mar para desovar nestas praias iluminadas pois a iluminação artificial interfere na orientação para o retorno ao mar. Para os filhotes, recém saídos do ninho, a ameaça é ainda maior: eles se desorientam e seguem as luzes artificiais, mais fortes que a luz natural refletida no mar, e não conseguem alcançar o mar. Ofuscados, atravessam as estradas com o risco de serem atropelados ou se perderem e podem ficar girando por horas em torno dos postes, até que sejam predados ou morram com os raios intensos do Sol ao amanhecer. O Projeto TAMAR vem desenvolvendo e testando anteparos para postes de luz que possam amenizar a incidência de luz com as companhias de eletricidade de alguns estados.

Qualquer fonte de iluminação que ocasione intensidade luminosa superior a Zero Lux, em uma faixa de praia da maré mais baixa até 50 m acima da linha da maré mais alta do ano, nas regiões de desova, está proibida pela Portaria do IBAMA No 11, de 1995, e pela Lei Estadual (Bahia) No 7034, de 1997. A Portaria do IBAMA inclui as praias desde Farol de São Tomé, no Rio de Janeiro, até o Estado do Espírito Santo; norte do Espírito Santo; sul da Bahia; praias do Farol de Itapuan, em Salvador, até Ponta dos Mangues, no Estado de Sergipe; de Pirambu (Sergipe) até Penedo, no Estado de Alagoas; praias de Fernando de Noronha e a Praia da Pipa, no Rio Grande do Norte. A lei estadual cobre desde a divisa com o Espírito Santo até o Rio Corumbau e do farol de Itapuan até a divisa com Sergipe."[10]

A troca das lâmpadas não prejudicou a iluminação das pistas e vai salvas a vida de milhares de tartarugas. Agora, as tartarugas poderão voltar para desovar no mesmo ponto onde nasceram. Está é uma vitória brasileira, na luta pela proteção da biodiversidade.

7. DO USO RACIONAL DA ILUMINAÇÃO

Não é tarefa difícil encontrar fontes de poluição luminosa em nossas cidades. Luminárias mal projetadas estão espalhadas por todos os lados, em postes de iluminação das praças, das ruas, refletores das quadras esportivas,discotecas, hotéis, etc.

Seria está poluição inevitável? Antes que os mais insensatos pensem que o objetivo desse estudo é pedir que se apaguem todas as luzes da cidade, deixando a população na escuridão, em situação de total perigo, é relevante mencionar que a principal causa da contaminação é o desperdício de luz. "Ela se origina principalmente do excesso de luz emitida por luminárias mal desenhadas que espalham sua luz horizontalmente e para cima. Essa luz extra em nada contribui para a

[10] BDT - Base de Dados Tropical

iluminação noturna útil, uma vez que a única luz que realmente importa é aquela dirigida para o solo. A principal solução para o problema da poluição luminosa é o uso de fontes de luz direcionadas, que canalizem toda a sua luz para baixo da horizontal, de tal forma que a própria fonte de luz, a lâmpada, não seja visível pelos lados. Uma luminária eficiente deve iluminar o chão até um pouco além da metade de sua distância ao próximo poste. Assim, ao dirigir a luz apenas para onde ela é necessária, são requeridas menos luz e menos energia elétrica. Outra vantagem desse tipo de luminária é que a nossa visão da área iluminada se torna muito mais nítida quando não recebemos luz vinda diretamente das lâmpadas sobre os olhos"[11]. Direcionar a luz corretamente, evita o desperdício de luz e em decorrência, se torna antipoluente. A iluminação mal projetada e excessiva ao contrário do que julga o senso comum, não traz segurança e bem-estar, mas sim, ofusca nossa visão, fecha nossa pupila diminuindo a visibilidade. O sistema atual de iluminação é simultaneamente um desperdício de recursos públicos bem como potencial destruidor de um patrimônio que é de todos, afetando a biodiversidade, as plantas, animais e pessoas e nossa cultura.

Em alguns países o problema da poluição luminosa foi tratado com a atenção e os resultados foram extremamente satisfatórios: melhor visibilidade das vias públicas, o ofuscamento foi drasticamente reduzido diminuindo inclusive acidentes de trânsito e uma grande economia foi obtida ao se optar por fontes de luz que requeiram menos energia para produzir uma certa quantidade de luz., pois nas luminárias poluentes é preciso gastar mais energia(Watts) para compensar a luz que deixa de ir para o chão.

Os benefícios da substituição de lâmpadas e luminárias por outras ecologicamente corretas, podem ser enumerados, como podemos notar:

> *"Em conformidade e com algumas estimativas, algo em torno de 50% até 60% da energia elétrica gerada é desperdiçada para o céu forma de energia luminosa. Portanto, com o redimensionamento de luminárias e lâmpadas, será possível aos cofres públicos uma economia imediata deste percentual em termos financeiros, além de consideráveis benefícios ambientais, os quais cito alguns: Não se necessitará construir novas e dispendiosas hidrelétricas, pois as atuais existentes passarão a ter seu potencial de produção utilizado sem perdas; não será mais necessário o alagamento de grandes áreas para represamentos de águas; não será mais necessário efetuar as caríssimas desapropriações de terras, com isso impedindo o processo de migração populacional e permitindo com que comunidades venham a desenvolver mais adequadamente; matas serão preservadas e suas significantes reservas de flora e fauna; as noites serão mais límpidas, possibilitando, destarte, uma maior dedicação às pesquisas astronômicas etc. Sem contar os benefícios sociais à questão, tais como geração de empregos pelo estabelecimento de novas indústrias, a estabilidade econômica e social dos municípios, avanço da consciência ética e social das populações envolvidas e muito mais."* [12]

[11] José Carlos Diniz, Grupo de astrofotografia do Planetário do RJ, CARJ, REA, CANF¬. Poluição luminosa - Trabalho apresentado no II ENAST e IV Encontro Brasileiro de Ensino de Astronomia

[12] Orlando Rodrigues Ferreira, diretor geral do Observatório do Capricórnio de Campinas

8. CONCLUSÕES ARTICULADAS

8.1 O desfrute do céu noturno com sua infinita beleza está sendo alterado nas últimas décadas por um novo fenômeno humano: A poluição luminosa, ou seja, qualquer efeito adverso causado ao meio ambiente pelo excesso de luz artificial excessiva ou mal direcionada.

8.2 A luz mal dirigida se converte em algo realmente nocivo, causando danos econômicos, sociais e ambientais. Conforme itens subseqüentes:

8.3 Econômico: Abuso dos recursos naturais, consumo excessivo de combustíveis fosséis, energia e recursos naturais, além do que realmente é necessário.

8.4 Social: A intromissão luminosa entra de maneira indesejada pelas janelas das casas. É causadora de fadiga, insônia e estress, põe em risco as condições de sossego público. Coloca em risco os condutores, pois a luz potente pode causar cegueira temporária. Inutiliza a paisagem noturna, resguardada pela CF que abraçou a defesa da paisagem como parte do meio ambiente humano sadio. E ainda, torna os objetos celestes mais belos invisíveis nas grandes cidades, privando não só o estudo de astrônomos, bem como todos aqueles que querem usufruir a visão das estrelas.

8.5 Ambientais: Agressão ao ecossistema noturno. Provoca desequilíbrio em varias espécies. Altera o fotoperíodo de plantas. Desequilibra as éspecies. Diminui insetos, alterando a polinização das plantas. Altera os ciclos do plâncton marinho. Facilita a aparição de pragas e o desaparecimento dos insetos, entre outros. Desnorteia as aves migradoras, e as tartarugas marinhas conforme estudamos em capitulo especial, campanhas obtiveram êxito. Ainda, aumenta a emissão de resíduos na atmosfera, ocasionado pela produção da energia excessiva e desnecessária. Gera resíduos sólidos altamente tóxicos. A lâmpadas fluorescentes de mercúrio e outros metais tóxicos causam problemas para o ambiente e para os seres vivos.

8.6 O critério quanto mais luz, melhor, não implica em maior visibilidade e segurança. A causa da contaminação é o desperdício da luz. A luz extra em nada contribui para a iluminação noturna útil, uma vez que a única luz que importa é aquela dirigida para o solo. Não traz segurança e bem-estar, mas sim, ofusca nossa visão, fecha nossa pupila diminuindo a visibilidade.

8.7 O sistema atual de iluminação é um desperdício de recursos públicos. A principal solução é o uso de fontes de luz direcionadas, que canalizem toda a sua luz para baixo da horizontal.

8.8 Somos responsáveis em garantir a generosidade e a beleza para as atuais a as futuras gerações. Incluído o direito ao desfrute de um céu puro, conforme defende a carta da UNESCO de 1994. "Gerações futuras têm o direito a uma Terra sem poluição e destruição inclusive o direito a um céu limpo."

8.9 Assim, poderemos, evitar atrocidades ecológicas, , economia energética, obter uma melhor qualidade de vida, e assegurar a nossos filhos o direito de contemplar a beleza de céu repleto de estrelas. E darmos continuidade à cultura de anos, séculos, milênios, que os homens olham as estrelas, e investigam seus segredos. Não existe beleza comparável à uma noite estrelada!.

GESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS SUBTERRÂNEOS TRANSFRONTEIRIÇOS

PAULA JIMENEZ VENTURA DOS SANTOS
Estudante da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - 4º ano, e estagiária em meio ambiente do escritório Trench, Rossi e Watanabe, Advogados associado a Baker e Mckenzie International

1. INTRODUÇÃO

A água é essencial a sobrevivência da vida na terra. É considerada o bem mais precioso. Entretanto, a negligência do ser humano em relação a esse recurso, devido à ignorância da importância desse bem ambiental, nos faz refletir quais seriam as melhores medidas a serem tomadas para proteger o recurso hídrico às presentes e futuras gerações. Isso significa instituir uma utilização sustentável dos cursos d'água no mundo, através de uma adequada gestão dos mesmos.

Este trabalho visa estudar como o descaso de um país pode influenciar nas águas utilizadas por outro. E assim, sob o prisma do princípio ambiental da precaução como pode o mundo, ajudar na preservação do bem ambiental mais precioso. E por fim, o estudo de um caso específico que o Brasil vem passando, o Aqüífero Guarani.

2. POLUIÇÃO TRANSFRONTEIRIÇA

Segundo o dicionário Aurélio, poluição é o *"ato ou efeito de poluir"*, que por sua vez significa *"manchar; sujar; corromper; macular; profanar; deslustrar"*.

A Resolução do Conselho da OCDE (Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico) de 14 de novembro de 1974 vai além ao definir poluição como a *"introdução pelo homem, direta ou indiretamente, de substâncias ou de energia no meio ambiente que causem conseqüências prejudiciais, de modo a colocar em perigo a saúde humana, prejudicar recursos biológicos ou sistemas ecológicos, atentar contra atrativos ou prejudicar outras utilizações legítimas do meio ambiente"*[1].

Por conseguinte, o conceito de poluição transfronteiriça também foi incluído na linguagem jurídica internacional com a citada Resolução. Depois, foi retomado em diversos outros atos internacionais, tendo sua mais clara concepção na Convenção de Genebra de 1979, sobre Poluições Atmosféricas Transfronteiriças

[1] Apud A. Kiss, *Droit international de l'environnement,* p. 68.

de Longa Distância como: *"A expressão 'poluição atmosférica transfronteiriça de longa distância' designa a poluição atmosférica cuja fonte física se situa total ou parcialmente numa zona submetida à jurisdição nacional de um Estado e que produz efeitos danoso numa zona submetida à jurisdição de outro Estado, numa distância tal que geralmente não é possível distinguir as contribuições de fontes individuais ou de grupos de fontes de emissão"*[2].

Dessa forma, a atividade negligente e imprudente do ser humano muitas vezes causam danos ao meio ambiente, que ultrapassam as fronteiras do seu país de origem, podendo prejudicar uma comunidade que dá a devida importância à preservação do meio ambiente. Foi com base nessas idéias que a comunidade internacional se mobilizou em disciplinar ações contra a poluição transfronteiriça, editando por exemplo princípios significativos ao combate deste tipo de poluição como o Princípio 21 da Declaração de Estocolmo:

"*Princípio 21 – Assiste aos Estados, de acordo com a Carta das Nações Unidas e os princípios do direito internacional, o direito soberano de explorar seus próprios recursos em conformidade com suas próprias políticas ambientais e cabe-lhes a responsabilidade de assegurar que as atividades realizadas nos limites de sua jurisdição, ou sob seu controle,* ***não causem dano ao meio ambiente e de outros Estados****, ou a áreas situadas fora dos limites de qualquer jurisdição nacional."* (grifo nosso)

E o Princípio 2º da Declaração do Rio:

"Princípio 2 – Os Estados, de acordo com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de direito internacional, têm o direito soberano de explorarem os seus próprios recursos de acordo com as suas políticas de ambiente e desenvolvimento próprias, e a responsabilidade de assegurar que as atividades exercidas dentro da sua jurisdição ou controle ***não prejudiquem o ambiente de outros Estados*** *ou de áreas para além dos limites da jurisdição nacional."* (grifo nosso)

Assim, esses dispositivos internacionais, consolidaram entre as organizações mundiais o entendimento de que os Estados devem adotar uma política de uso sustentável do meio ambiente, dentro das suas fronteiras para se evitar um dano maior que prejudique outros Estados.

A poluição transfronteiriça pode se dar por meio da poluição dos mares e oceanos; das águas doces compartidas ou das águas dos rios sucessivos; da atmosfera e problemas relacionados com a mudança do clima e a conservação da camada de ozônio; resíduos tóxicos de atividades de origem industrial.[3]

Este trabalho visa analisar a poluição transfronteiriça das águas doces subterrâneas.

3. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

O Direito Ambiental possui seus próprios princípios que norteiam a compreensão do seu arcabouço jurídico específico e tão recente no ordenamento inter-

[2] Apud A. Kiss, *Droit international de l'environnement,* p. 70.

[3] Classificação dada pela doutrinador Guido Fernando Silva Soares no livro Direito Internacional do Meio Ambiente – Emergência, Obrigações e Responsabilidade, Ed. Atlas, 2001, pág. 217.

nacional. Esses princípios decorreram de uma Política Global do Meio Ambiente formulada na Conferência de Estocolmo em 1972 e ampliada na Conferência do Rio em 1992. Um princípio muito importante no Direito Ambiental é o princípio da precaução, que, genericamente, significa proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo acredita que esta *"prevenção e a preservação devem ser concretizadas por meio de uma consciência ecológica, a qual deve ser desenvolvida através de uma política de educação ambiental".*[4]

Por estas razões, o princípio da precaução também foi amplamente discutido diante do cenário internacional. Antes das citadas conferências, o conceito do princípio da precaução, já tinha sido citado na Convenção de Bamako, relativa ao transporte transfronteiriço de rejeitos tóxicos na África, na qual foi o primeiro tratado a defini-lo.[5]

Após essa convenção, o princípio da precaução pode ser presenciado no princípio 15 da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento ocorrida no Rio de Janeiro, a saber:

"Princípio 15 – De modo a proteger o meio ambiente, o ***princípio da precaução*** *deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com as suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar* ***medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental****"* (grifo nosso)

E como uma decorrência desse, o princípio 17 da mesma conferência, nos trouxe um instrumento muito eficaz de sua aplicabilidade:

"Princípio 17 – A avaliação de impacto ambiental, como instrumento internacional, deve ser empreendida para as ***atividades planejadas que possam vir a ter impacto negativo*** *considerável sobre o meio ambiente, e que despendam de uma decisão de autoridade nacional competente."* (grifo nosso)

Por sua vez, Constituição Federal Brasileira de 1988 também acolheu esse princípio quando trata em seu artigo 225, "caput" da preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. Além disso, os incisos IV e V do §1º, ao prever a exigência do estudo prévio de impacto ambiental e a fiscalização por parte do Estado visando assegurar a qualidade de vida e o meio ambiente, também estão prevendo a aplicação do princípio da precaução.

Portanto, ao analisarmos alguns dos diversos dispositivos sobre o princípio da precaução, podemos concluir que esse é um princípio basilar do direito ambiental, diante da constatação de que os danos ambientais, muitas vezes, são irreversíveis e irreparáveis, ou seja, a incapacidade do restabelecimento da qualidade ambiental pelo homem, em iguais condições, criando uma realidade idêntica àquela que a sua atividade, sem os cuidados necessários, causou.

Em decorrência do princípio da precaução, alguns cuidados devem ser tomados ao se implantar alguma atividade: presente a ameaça de danos sérios ao meio

[4] Fiorillo, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro, Ed. Saraiva, 2003, pg.37.
[5] Silva, Geraldo Eulálio do Nascimento. Direito Ambiental Internacional, Thex Editora, pág. 55.

ambiente, devem ser tomadas as medidas necessárias para impedir sua ocorrência; a inversão do ônus da prova para quem pretende instalar uma atividade, provando que não causará sérios riscos ao meio ambiente; se houver alguma dúvida quantos aos riscos que podem causar ao meio ambiente, não deve se implementar a atividade; utilizar das melhores técnicas disponíveis em prol de um meio ambiente saudável; respeitar áreas de reservas naturais e proteção das espécies; e promover estudos completos sobre os efeitos e riscos dessa atividade.[6]

Tendo como base essas diretrizes gerais sobre o princípio da precaução, verificamos que ele é acima de tudo muito importante na gestão dos recursos hídricos, uma vez que a água, como já dito acima, é elemento vital para continuidade da existência do ser humano na Terra.

Assim, tomando-se todos os cuidados acima descritos, que possibilitará uma verdadeira gestão dos recursos hídricos presentes no mundo, é possível cuidar da qualidade de nossas águas para as presentes e futuras gerações.

O Brasil atualmente, passa por problemas em relação aos recursos hídricos compartilhados com outros países da América do Sul, que se não forem tomadas as devidas providências à luz do princípio da precaução, poderá sofrer sérios riscos e graves problemas decorrentes de uma poluição transfronteiriça dessas águas. Analisemos o citado caso.

4. AQÜÍFERO GUARANI

Calcula-se que o Aqüífero Guarani é o maior manancial de água doce subterrânea do mundo. Ele ocupa uma área de 1,2 milhões de km2 na América do Sul, estendendo-se pelo Brasil (840.000 km2), Paraguai (58.500 km2), Uruguai (58.500 km2) e Argentina (255.000 km2). Portanto, a sua predominância está no território brasileiro entre os estados de Goiás, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Mato Grosso, São Paulo, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul.[7]

O nome Guarani foi estabelecido há alguns anos, em uma reunião entre os países componentes do aqüífero, para tentar unificar a nomenclatura comum a todos eles. Dessa forma, foi feita uma homenagem à nação dos índios guaranis, que habitavam a região do aqüífero.

A sua formação é explicada pelo órgão de Departamento de Águas e Energia Elétrica do Estado de São Paulo (DAEE):

"Esse reservatório de proporções gigantescas de água subterrânea é formado por derrames de basalto ocorridos nos Períodos Triássico, Jurássico e Cretáceo Inferior (entre 200 e 132 milhões de anos). É constituído pelos sedimentos arenosos da Formação Pirambóia na Base (Formação Buena Vista na Argentina e Uruguai) e arenitos Botucatu no topo (Missiones no Paraguai, Tacuarembó no Uruguai e na Argentina)."[8]

[6] Martins, Ana Gouveia e Freitas. O princípio da Precaução no Direito Ambiental, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2002, p. 54/60.
[7] www.daeeararaquara.com.br/guarani
[8] www.daeeararaquara.com.br/guarani

De acordo com estudos já realizados no aqüífero, as águas em geral são de boa qualidade, não se contatando até o presente momento grandes contaminações. Entretanto, são estudos muito preliminares. Sabemos que hoje, e falando só de Brasil, há certos perigos que podem comprometer futuramente a qualidade do aqüífero caso não sejam tomadas medidas de controle e prevenção, como monitoramento e gerenciamento dessas águas. Os problemas enfrentados hoje são: (i) uso excessivo e muitas vezes descontrolado deste recurso, através de milhares de poços, uns até ilegais, já verificados em todo o aqüífero; (ii) poços abandonados e não vedados corretamente para evitar a entrada de produtos tóxicos ou qualquer outro tipo de contaminante em geral; (iii) uso excessivo de agrotóxicos que pode levar a contaminação do solo e, por conseqüência do lençol freático; etc.

E isso só falando de Brasil. Imaginem o que pode estar ocorrendo em outros países e que acarretará em uma má qualidade da água em todos os outros que utilizam desse recurso. Nesse mesmo sentido a Empraba (Empresa Brasileira de Proteção Ambiental) se manifestou sobre o Aqüífero Guarani:

"A alimentação do Aqüífero se dá por dois mecanismos: a) infiltração direta das águas de chuva nas áreas de recarga; e b) infiltração vertical ao longo de descontinuidades nas áreas de confinamento, num processo mais lento. As áreas de recarga são regiões onde o Aqüífero Guarani encontra-se mais vulnerável. O mal uso das terras localizadas nessas áreas pode, portanto, comprometer a qualidade da água. Esse cenário mostra a necessidade de ***cuidados especiais*** quanto ao manejo dessas áreas, em particular quanto à disposição de produtos tóxicos, lixo urbano, rejeitos industriais e aplicação de agrotóxicos no solo. ***A gestão sustentável do Aqüífero Guarani depende, pois, da identificação e controle das fontes de poluição em toda sua extensão, não só nas áreas confinadas, mas também e, principalmente, nas áreas de recarga***."[9] (grifo nosso)

Portanto, não resta dúvida que o Aqüífero, maior recurso hídrico subterrâneo no mundo, deva ser protegido. Mas como fazer isso? Qual atitude o Brasil deve tomar para não verificar seus interesses sendo prejudicados ao longo dos próximos anos? Analisemos, então, a legislação nacional e internacional sobre o caso, para se chegar a uma conclusão adequada.

5. PROTEÇÃO DAS ÁGUAS SUBTERRÂNEAS NO ÂMBITO NACIONAL

No âmbito nacional os recursos hídricos foram protegidos através da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

Segundo essa lei, a Política Nacional dos Recursos Hídricos parte dos seguintes fundamentos: á água é um bem de domínio público; a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico; em situações de escassez; o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais; a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas; a bacia hidro-

[9] www.cnpma.embrapa.br/projetos/index.php3?sec=guara.

gráfica, é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos; a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público dos usuários e das comunidades (art. 1º).

Para tanto, a lei não deixou de estabelecer diretrizes gerais de ação (art. 3º) para implementar os objetivos (art. 2º) do Plano Nacional, a saber:

> *"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;*
> *III - a **prevenção** e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais.*
> *Art. 3º Constituem **diretrizes gerais de ação** para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos:*
> *I - a **gestão sistemática** dos recursos hídricos, sem dissociação dos aspectos de quantidade e qualidade;*
> *II - a adequação da gestão de recursos hídricos às diversidades físicas, bióticas, demográficas, econômicas, sociais e culturais das diversas regiões do País;*
> *III - a integração da gestão de recursos hídricos com a gestão ambiental;*
> *IV - a **articulação do planejamento** de recursos hídricos com o dos setores usuários e com os planejamentos regional, estadual e nacional;*
> *V - a articulação da gestão de recursos hídricos com a do uso do solo;*
> *VI - a integração da gestão das bacias hidrográficas com a dos sistemas estuarinos e zonas costeiras."* (grifo nosso)

Analisando esses primeiros dispositivos da lei, pode se verificar uma consonância da política de recursos hídricos com o princípio da precaução explicado em item anterior, uma vez que há uma preocupação em assegurar às presentes e futuras gerações o uso saudável da água em boa qualidade e quantidade.

A Lei vai além, ainda orienta seus aplicadores a concretizarem a Política Nacional de Recursos Hídricos, com instrumentos, que possibilitam a efetiva aplicação do princípio da precaução. Assim, os instrumentos são: planos de recursos hídricos; o enquadramento dos corpos de água em classe, segundo os usos preponderantes de água; a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos; a cobrança pelo usos de recursos hídricos; a compensação a Municípios; o Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos.

Um instrumento muito importante quando falamos em recursos hídricos transfronteiriços é o planejamento, pois através dele é possível se evitar o mal uso das águas, que poderá causar grandes danos ao meio ambiente, não só no país como em países vizinhos que se utilizam deste recurso. Da mesma forma, entende Maria Luiza Machado Granziera[10], quando se trata de planejamento:

"Parece não haver dúvida quanto à importância de planejar as ações a curto, médio ou longo prazo. O Planejamento é necessário tanto na vida pessoal

[10] Granziera, Maria Luiza Machado. Direito de Águas, Editora Atlas S.A., 2003, pág. 136.

como nas empresas e da mesma forma no âmbito do Estado. Panejar é prevenir, é evitar prejuízo na reparação daquilo que saiu errado. Em matéria ambiental, como de resto em tudo o mais, ***custa menos prevenir do que remediar****. Daí a formulação do princípio da prevenção, que gerou a utilização do estudo prévio de impacto ambiental, entre outras medidas administrativas".* (grifo nosso)

João Gilberto Lotufo Conejo[11], vai além, quando se trata de água:

"Para caracterizar a escassez atual ou futura é básica a existência de ***estudos de planejamento****, onde se requer o conhecimento da quantidade de água para cada seção do curso d'água, da capacidade de autodepuração e da qualidade correspondente, e da demanda atual e prevista. Pode-se, então, definir metas-limite para derivação de água e usos consuntivo, uso da capacidade de assimilação, assim como* ***hierarquizar prioridades entre seus múltiplos usos****. Nesse caso está-se usando indicadores do tipo demanda, disponibilidade, carga poluidora, carga assimilável, que caracterizam o* ***controle pôr objetivos****".*

Portanto, são por estas razões que os planos de recursos hídricos deverão fundamentar e orientar a implementação da política e o gerenciamento dos recursos hídricos (artigo 6º), contendo o seguinte conteúdo mínimo descrito no artigo 7º da lei: (a) diagnóstico da situação atual dos recursos hídricos; (b) análise de alternativas de crescimento demográfico, de evolução de atividades produtivas e de modificações dos padrões de ocupação do solo; (c) balanço entre disponibilidades e demandas futuras dos recursos hídricos, em quantidade e qualidade, com identificação de conflitos potenciais; (d) metas de racionalização de uso, aumento da quantidade e melhoria da qualidade dos recursos hídricos disponíveis; (e) medidas a serem tomadas, programas a serem desenvolvidos e projetos a serem implantados, para o atendimento das metas previstas; (f) prioridades para outorga de direitos de uso de recursos hídricos; (g) diretrizes e critérios para a cobrança pelo uso dos recursos hídricos; (h) propostas para a criação de áreas sujeitas a restrição de uso, com vistas à proteção dos recursos hídricos.

Diante do exposto, não há nenhuma dúvida que o princípio da precaução foi amplamente recepcionado pela Lei nº7 9.433/98, que dispõe sobre os recursos hídricos em geral, deixando a cargo do Conselho Nacional de Recursos Hídricos, órgão integrante do Sistema Nacional de Recursos Hídricos, *"estabelecer diretrizes complementares para a implementação de Política Nacional de Recursos Hídricos, aplicação de seus instrumentos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos"* (artigo 35, VI).

Assim, em conformidade com a lei nacional de recursos hídricos, especificamente sobre águas subterrâneas, este Conselho editou a Resolução nº 15, de 11 de janeiro de 2001, que trata sobre o tema. Segundo esta resolução, águas subterrâneas seriam *"as águas que ocorrem naturalmente ou artificialmente no subsolo"* e aqüífero*, "corpo hidrogeológico com capacidade de acumular e transmitir água através dos seus poros, fissuras ou espaços resultantes da dissolução e carreamento de materiais rochosos",* ou seja, o suporte onde as águas subterrâneas correm no subsolo.

[11] Conejo, João Gilberto Lotufo. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro: FGV, p. 28-62, abr/jun.1993.

A resolução prevê que a Política Nacional de Recursos Hídricos deverão considerar a interdependência das águas superficiais, subterrâneas e meteóricas para elaborar diretrizes para sua implementação, que assegurem a promoção da gestão integrada dessas águas, visando evitar o comprometimento qualitativo e quantitativo dos cursos d'água.

Para tanto, é necessário a elaboração de estudos hidrogeológicos que caracterizem as bacias e aqüíferos, promovidos pelo SINGREH (Sistema de Gerenciamento dos Recursos Hídricos), e outros estudos que se fizerem necessários a fim de fomentar práticas de usos racionais e práticas de conservação dos recursos hídricos subterrâneos.

Em se tratando de aqüíferos transfronteiriços, como o caso do Aqüífero Guarani, a resolução assim dispõe:

"Art. 5º § 2º - Nos aqüíferos transfronteiriços a aplicação dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos dar-se-á em conformidade com as disposições constantes nos acordos celebrados entre a União e os países vizinhos".

Já que a legislação brasileira prevê uma gestão adequada dos recursos hídricos sob a ótica do princípio da precaução, e prevê ainda, a elaboração de acordos entre países de um mesmo aqüífero, vejamos agora como a questão é tratada no direito internacional ambiental.

6. PROTEÇÃO DAS ÁGUAS SUBTERRÂNEAS NO ÂMBITO INTERNACIONAL

Infelizmente, só o Brasil ter uma boa Política Nacional dos recursos hídricos, nada importa na proteção das águas do Aqüífero Guarani. É preciso a construção de uma Política de proteção entre os países que fazem parte do Aqüífero: Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai. Se assim não for feito, por exemplo, uma negligência com o aqüífero por parte da Argentina pode acarretar em má qualidade da água aqui no Brasil, uma vez que as águas subterrâneas tem grande mobilidade.

Portanto, o melhor remédio jurídico neste caso seria a elaboração de um tratado entre esses quatros países visando especificamente a proteção do Aqüífero Guarani, tomando como exemplo a Convenção sobre a Proteção e Utilização de Cursos D'água Transfronteiriços e Lagos Internacionais (Convenção de Helsinque), elaborada sob a égide da Comissão das Nações Unidas para a Europa, em 1992.

Esta Convenção traz um texto completo sobre normas jurídicas e técnicas internacionais relacionadas ao tratamento de águas, abrangendo normas mínimas que os Estados-partes deverão respeitar em conjunto com as respectivas legislações internas. Conforme nos ensina o doutrinador Guido Fernando Silva Soares, trata-se de dois tipos de normas: *"(a) as dirigidas a uma uniformização e/ou harmonização das normas dos ordenamentos internos dos Estados-partes e (b) as destinadas a traçar os parâmetros mínimos para as relações interpartes, na tarefa de instituir um espaço ambiental internacional, relativamente uniforme, no que respeita à proteção das águas doces superficiais e subterrâneas."*

No seu preâmbulo a Convenção revela o que determinou a sua assinatura, como: (i)a necessidade de se adotar medidas nacionais e internacionais de preven-

ção, controle e redução de lançamento de substâncias perigosas no meio ambiente aquático, ou seja, aplicar o princípio da precaução; (ii) a mobilização do mundo para a proteção de meio ambiente, através da assinatura de diversos documentos internacionais sobre o tema; (iii) a necessidade de se promover o uso sustentável das águas transfronteiriças, evitando-se sua poluição, através de uma política de cooperação internacional para tal fim; (iv) e sob o entendimento internacional que essa política de gestão e cooperação entre países que utilizam das mesmas águas tranfronteiriças, deva ser implementada mediante a elaboração de acordos entre os mesmos.

O artigo 1º desta Convenção, nos traz alguns conceitos, sendo importante transpor neste trabalho o conceito de impacto transfronteiriço, a saber:

Significa qualquer efeito desfavorável ao meio ambiente resultante de mudança nas condições das águas transfronteiriças causadas pôr uma atividade humana, cuja origem física está situada inteiramente ou em parte dentro de uma área sob a jurisdição de uma Parte, dentro de uma área de jurisdição de outra Parte. Tais efeitos sobre o meio ambiente incluem efeitos sobre a saúde humana e segurança, flora, fauna, solo, ar, água, clima, paisagem e monumentos históricos ou outras estruturas físicas ou a interação entre tais fatores; incluem, igualmente, efeitos sobre a herança cultural ou as condições resultantes de alteração nesses fatores."

O grande motivo da Convenção, portanto, é evitar que tais impactos aconteçam. Não é nada mais nada menos, que a normatização, especificamente dos recursos hídricos na Europa, sob o prisma do princípio da precaução já explicado em item anterior. Esse entendimento é amplamente confirmado ao se analisar o § 5º do artigo 2º da Convenção:

> *"ao adotarem as medidas referidas nos parágrafos 1 e 2 deste artigo, as Partes guiar-se-ão pelos seguintes princípios:*
> *a) o princípio da **precaução**, em virtude do qual uma ação para evitar o impacto transfronteiriço potencial da liberação de substâncias perigosas não deverá ser adiada, pôr motivos de que a pesquisa científica não tenha ainda inteiramente provado uma ligação casual entre, de um lado, tais substâncias e, de outro, o efeito transfronteiriço potencial;*
> *b) o princípio do poluidor-pagador, em virtude do qual os custos das medidas de prevenção da poluição, de controle e de redução, serão arcadas pelo poluidor;*
> *c) os recursos da água deverão ser **gerenciados** de tal maneira, que as necessidades das gerações presentes sejam satisfeitas, sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras satisfazerem às suas próprias".* (grifo nosso)

Uma das partes mais importantes dessa Convenção é artigo 3º que estabelece de fato as medidas que os Estados-partes devem adotar para atingirem a prevenção dos cursos d'água que se objetiva. São inúmeras medidas e não cabe aqui falarmos de todas e, sim, apenas daquelas que entendemos ser necessária analisarmos para aplicarmos ao nosso caso concreto do Aqüífero Guarani aqui estudado, por exemplo: a) controle da emissão de poluentes nas fontes por meio

de tecnologias de não desperdícios; b) instituição de um sistema de licenciamento de descargas nos cursos d'água, desde que sejam monitoradas e controladas e se utilize da melhor tecnologia disponível para descarga de substâncias perigosas; c) desenvolvimento de melhores práticas ambientais para reduzir a adição de nutrientes e substâncias tóxicas nos cursos d'água, como os agrotóxicos utilizados na agricultura; d) realização de diversos estudos, como avaliação de impacto ambiental; e) gerenciamento sustentável do recurso água, como medidas específicas para a prevenção de lençóis freáticos; e f) minimização dos riscos de poluição por acidentes.[12]

Sobre a Convenção de Helsinque cabe aqui ressaltar a obrigação de se estabelecer órgão conjunto entre os Estados-partes a fim dentre outras competências, identificar fontes de poluição que causem impacto transfronteiriço, elaborar programas de monitoramento, elaborar limites de emissões para água, estabelecer procedimentos de advertência e de alarme, etc.

Com base neste pequeno estudo sobre a primeira Convenção que tratou dos cursos d'água tranfronteiriços, conseguimos ter uma base de conhecimentos jurídicos e técnicos para elaboração de um tratado específico entre Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai para a proteção do Aqüífero Guarani.

Ademais estas regras já transcritas, estes países ao elaborarem tal tratado também poderão observar a Convenção sobre os Direitos dos Usos dos Cursos de Água Internacionais não Destinados à Navegação, elaborado pela Comissão de Direito Internacional da Organização da Nações Unidas, adotada e aberta à adesão através da Resolução 51/229 em 21 de maio de 1997. Como se percebe não se trata de regras destinadas apenas ao continente europeu mas sim a todo mundo.

7. CONCLUSÕES ARTICULADAS

7.1 A água, sendo um bem ambiental de alta relevância para a continuidade do ser humano no mundo, deve ter uma atenção muito especial da comunidade internacional para sua proteção, principalmente, para se evitar as poluições transfronteiriças, bem definida na Convenção de Genebra de 1979.

7.2 Os recursos hídricos devem ser tomados sob a égide do princípio da precaução, aplicando-se medidas eficazes para prevenir a sua degradação, tendo em vista a preservação das águas com excelente qualidade às presentes e futuras gerações.

7.3 O Aqüífero Guarani, sendo o maior manancial de água doce no mundo, com águas de boa qualidade, deve ser preservado.

7.4 Tanto a legislação nacional, bem como a legislação internacional sobre os recursos hídricos prevê a gestão desses recursos sob o prisma do princípio da

[12] Soares, Guido Fernando Silva. Direito Internacional do Meio Ambiente – Emergência, Obrigações e Responsabilidade, Ed. Atlas, 2001, pág. 252.

precaução, através de planejamentos adequados visando uma gestão sustentável do uso das águas.

7.5 Portanto, a melhor solução hoje para a proteção do Aqüífero Guarani, para as presentes e futuras gerações, é a elaboração de um tratado, um acordo internacional entre os países que compartilham deste recurso, Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, tendo como base as legislações nacionais e internacionais citadas neste trabalho, a fim de evitar maiores poluições e contaminações decorrentes do seu mal uso, que já vem sendo observado pelo menos no Brasil.

editoração, ctp, impressão e acabamento

imprensaoficial

Desde a sua fundação, em 1995, o Instituto "O Direito por um Planeta Verde" cumpre um papel fundamental no desenvolvimento e consolidação do Direito Ambiental brasileiro. Nesse período, o Instituto teve importante participação na elaboração das leis e normas ambientais aprovadas pelo Congresso Nacional e pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente. Reunindo renomados especialistas do país, o Instituto edita a conhecida Revista de Direito Ambiental e realiza cursos em todas as regiões do país. Pelo seu trabalho sério e dedicação, tornou-se uma referência nacional e internacional.

Senadora Marina Silva, Ministra do Meio Ambiente

O Instituto "O Direito por um Planeta Verde" é a maior e mais conhecida instituição jurídico-ambiental do Brasil. Integrado por especialistas de todo o país, muitos deles professores das melhores universidades brasileiras, o Instituto em poucos anos se transformou em ator indispensável e sempre presente nos grandes debates ambientais, tanto no Parlamento, como na academia. Seja propondo inovações legislativas, como a Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente de 1998, seja opondo-se às tentativas de enfraquecimento das leis existentes, o Instituto, pela sua credibilidade científica e acadêmica, virou um ponto de apoio para todos aqueles que se preocupam com a nossa ameaçada biodiversidade.

Deputado José Sarney Filho
Ex-Ministro do Meio Ambiente

O Brasil conta hoje com uma das mais avançadas legislações ambientais do mundo. Por outro lado, publica-se mais sobre Direito Ambiental aqui do que em todos os países da América Latina somados. Não obstante tantos avanços, continua a degradação dos nossos recursos naturais. Nesse contexto de boa lei e cumprimento insuficiente, o trabalho do Instituto "O Direito por um Planeta Verde" é imprescindível. Responsável por muito do que há de bom no Direito Ambiental brasileiro, o Instituto, pela excelência de seu trabalho, sempre encontra as portas abertas por onde passa. Foi a primeira instituição brasileira a abordar o tema da implementação ambiental. E, mais recentemente, foi também pioneira ao iniciar um Projeto Piloto sobre indicadores de implementação ambiental. O Brasil deve muito aos membros do Instituto "O Direito por um Planeta Verde".

José Carlos Carvalho
Ex-Ministro do Meio Ambiente

Since it was founded in 1995, the Law for a Green Planet Institute has played a fundamental role in the development and consolidation of Brazilian environmental law. In this period, the Institute has participated in the drafting of environmental laws and regulations enacted by the National Congress and the National Council on the Environment. Bringing together renowned Brazilian experts, the Institute publishes the prestigious Revista de Direito Ambiental (Journal of Environmental Law) and conducts capacity-building programs in all regions of the country. Due to its serious and dedicated work, the Institute has become a national and international reference in the field of Environmental Law.

Senator Marina Silva, Minister of the Environment

The Law for a Green Planet Institute is the largest and best known legal-environmental think tank in Brazil. With members from the entire country, many of them professors at leading Brazilian universities, the Institute in only a few years has been transformed into an indispensable and always-present participant in the great environmental debates of our country, as often in Parliament as in the academy. At times proposing legislative innovations, such as the Crimes against the Environment Act of 1998, or at times opposing efforts to weaken existing environmental laws, the Institute -- with its academic and scientific credibility -- has become a resource for all those who are worried about our endangered biodiversity.

Deputy José Sarney Filho
Former Minister of the Environment

Brazil today has some of the most advanced environmental legislation in the world. And we publish more on Environmental Law than in all the countries of Latin America combined. Despite such progress, the degradation of our natural resources continues. In this context of good law and insufficient implementation, the work of the Law for a Green Planet Institute is crucial. Responsible for much of what is good about Brazilian environmental law, the Institute, because of its excellent reputation, always finds doors open to it. "Green Planet" was the first Brazilian institution to study the theme of implementation of environmental legislation. And, more recently, it was again a pioneer in initiating a Pilot Project on environmental compliance and enforcement indicators. Brazil owes much to the members of the Law for a Green Planet Institute.

José Carlos Carvalho
Former Minister of the Environment

apoio gráfico
imprensaoficial