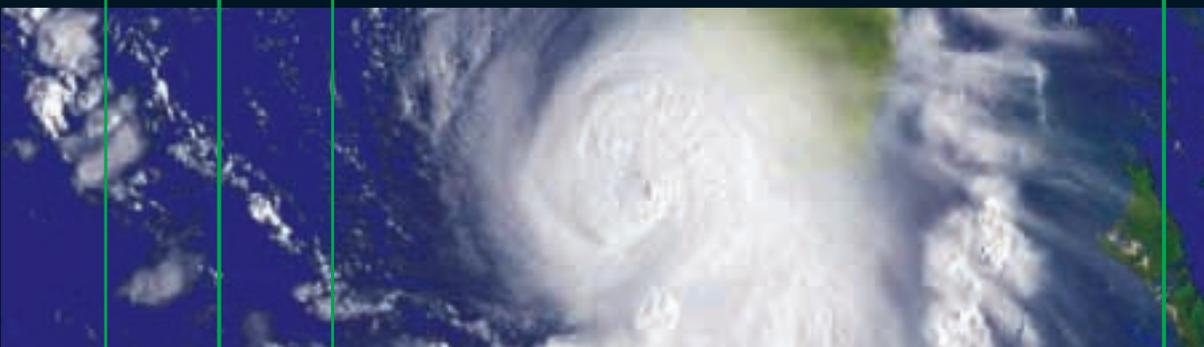




# **DIREITO AMBIENTAL, MUDANÇAS CLIMÁTICAS E DESASTRES**

## **Impactos nas Cidades e no Patrimônio Cultural**

### **ENVIRONMENTAL LAW, CLIMATE CHANGE AND DISASTERS IMPACTS ON CITIES AND CULTURAL HERITAGE**



**Homenagem ao Prof. Eckard Rehbinder  
e à Senadora Marina Silva**

**A Tribute to Professor Eckard Rehbinder  
and Senator Marina Silva**



#### **ORGANIZADORES/EDITORS**

**Antonio Herman Benjamin  
Eladio Lecey  
Sílvia Cappelli**

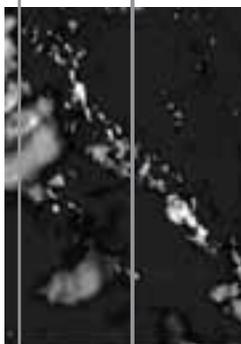
**Volume 1  
CONFERENCISTAS E  
TESES DE PROFISSIONAIS  
INVITED PAPERS**



# **DIREITO AMBIENTAL, MUDANÇAS CLIMÁTICAS E DESASTRES**

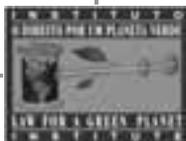
## **Impactos nas Cidades e no Patrimônio Cultural**

**ENVIRONMENTAL LAW,  
CLIMATE CHANGE AND DISASTERS  
IMPACTS ON CITIES AND CULTURAL HERITAGE**



**Homenagem ao Prof. Eckard Rehbinder  
e à Senadora Marina Silva**

**A Tribute to Professor Eckard Rehbinder  
and Senator Marina Silva**



**ORGANIZADORES/EDITORS**

**Antonio Herman Benjamin  
Eladio Lecey  
Sílvia Cappelli**

**Volume 1  
CONFERENCISTAS E  
TESES DE PROFISSIONAIS  
INVITED PAPERS**

Criação de Capa: Armando de Lima Sardinha  
Imagens da Capa: Galeria National Geographic

Cover Designer: Armando de Lima Sardinha  
Cover Images: Gallery National Geographic



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

**Coordenadores Científicos/Academic Coordinators**

Antonio Herman Benjamin  
Eladio Lecey  
Sílvia Cappelli

**Comissão de Organização do 14º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental  
Steering Committee of 14th Brazilian Conference on Environmental Law**

Annelise Monteiro Steigleder, Carlos Teodoro José Hugueneu Irigaray, Cristina Godoy de Araújo Freitas, Eladio Lecey, José Carlos Meloni Sicoli, José Eduardo Ismael Lutti, Márcia Dieguez Leuzinger, Paulo de Tarso Siqueira Abrão, Patryck de Araujo Ayala, Raquel Hunsche, Rogério Hetmanek, Rogério Portanova, Sílvia Cappelli, Solange Teles da Silva, Vanêscia Buzelato Prestes e/and Vera Lúcia Jucovsky

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Biblioteca do Ministério Público do Estado de São Paulo**

C76m

Congresso Internacional de Direito Ambiental (13.: 2009 : São Paulo, SP)  
Direito ambiental, mudanças climáticas e desastres : impactos nas cidades e no patrimônio cultural / coords. Antonio Herman Benjamin, Eladio Lecey, Sílvia Cappelli. – São Paulo : Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2009.  
2v.

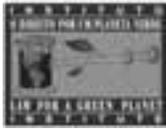
Co-patrocínio do Instituto “O Direito por um Planeta Verde” e do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cíveis e de Tutela Coletiva do Ministério Público do Estado de São Paulo

Conteúdo: v.1 Conferências e teses de profissionais – v.2 Teses de estudantes

Trabalhos apresentados no 13º. Congresso Internacional de Direito Ambiental, 14º. Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, 4º. Congresso de Estudantes de Direito Ambiental, 4º. Congresso de Direito Ambiental dos Países de Língua Portuguesa e Espanhola, realizados em São Paulo nos dias 31 de maio a 4 de junho de 2009

1. Direito ambiental – Congresso internacional. I. Benjamin, Antonio Herman de Vasconcellos e, coord. II. Lecey, Eladio, coord. III. Cappelli, Sílvia, coord. IV. São Paulo (Estado) Ministério Público. Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cíveis e de Tutela Coletiva. V. Instituto “O Direito por um Planeta Verde”. VI. Título.

CDU 349.6(100)(063)



**MPSP** Ministério Público  
DO ESTADO DE SÃO PAULO



Ministério do  
Meio Ambiente



SECRETARIA DO MEIO  
AMBIENTE DE SÃO PAULO

PROCURADORIA  
GERAL DO ESTADO



EDITORA **RT**  
REVISTA DOS TRIBUNAIS



**imprensaoficial**



# Quem lê, viaja pelo mundo.

RINO



Viaje para onde a sua imaginação quiser. Basta abrir um livro. O Governo de São Paulo, por meio da Imprensa Oficial, trabalha para preservar a memória viva do cotidiano brasileiro, editando livros de relevância cultural, democratizando o acesso ao conhecimento. São mais de 500 títulos capazes de levar novas surpresas, novas experiências, novos universos para você.

A magia dos livros mais perto de você.  
[www.imprensaoficial.com.br/livraria](http://www.imprensaoficial.com.br/livraria)

**imprensaoficial**

**GOVERNO DE  
SÃO PAULO**

# AGRADECIMENTOS

O Instituto O Direito por um Planeta Verde agradece à **Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo** pelo apoio ao 13º Congresso Internacional de Direito Ambiental, fazendo-o nas pessoas dos doutores **Fernando Grella Vieira** (Procurador-Geral de Justiça), Walter Paulo Sabella, Paulo Hideo Shimizu, Vânia Maria Ruffini Penteadó Balera e Cristina Godoy de Araújo Freitas.

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

**Governo do Estado de São Paulo** (Governador José Serra, Secretário Luiz Antônio Guimarães Marrey, Secretário Aloysio Nunes Ferreira Filho e João Germano Bottcher Filho)

**Superior Tribunal de Justiça** (Ministro Cesar Asfor Rocha, Ministro Fernando Gonçalves, Ministro Gilson Langaro Dipp e Ministro Antonio Herman Benjamin)

**Ministério da Justiça** (Ministro Tarso Genro e Rogério Favreto)

**Ministério do Meio Ambiente** (Ministro Carlos Minc, Nilo Diniz e Guilherme Estrada Rodrigues)

**Ministério das Cidades** (Ministro Marcio Fortes de Almeida e Celso Santos Carvalho)

**IBAMA** (Roberto Messias Franco e Andrea Vulcanis)

**Procuradoria - Geral da República** (Antonio Fernando Barros e Sandra Cureau)

**PNUMA - Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente** (Cristina Montenegro e Andrea Brusco)

**UICN - Comissão de Direito Ambiental** (Sheila Abed e Maria del Mar Abed)

**INECE** - (Durwood Zaelke e Kenneth J. Markowitz)

**FMO - Fundação Mokiti Okada** (Tetsuo Watanabe, Hidenari Hayashi, Rubens Mazalli, Hajime Tanaka, Rogério Hetmanek, Agner Bastoni, Yoshiro Nagae, Fernando Augusto de Souza, Luis Fernando dos Reis, Edson Matsui, Erisson Thompson de Lima Jr., Yugi Yaginuma e Rosana Cavalcanti)

**Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo** (Secretário Francisco Graziano Neto, Pedro Ubiratan Escorel de Azevedo e Jaques Lamac)

**Secretaria da Agricultura do Estado de São Paulo** (Marisa Nittolo Costa, Francisca Tié Sumita, João de Almeida Sampaio Filho e Antonio Batista Filho)

**Imprensa Oficial do Estado de São Paulo** (Professor Hubert Alquéres, Professora Vera Lucia Wey, Teiji Tomioka, Manoel Carlos de Oliveira Novaes, Ednalva Soares Martins, Nanci Roberta da Silva, Fernanda Buccelli, Marli Santos de Jesus, Maria de Fátima Alves Consales, Sandra Regina Brazão e Solange Aparecida Couto Brianti)

**Consulado - Geral dos Estados Unidos em São Paulo** (Laura Gould, Cezar Borsa, Karla Carneiro e Eva Reichmann)

**Conselho Nacional de Procuradores - Gerais de Justiça** (Leonardo Azeredo Bandarra)

**ENM - Escola Nacional da Magistratura** (Eladio Lecey)

**AJUFE - Associação dos Juizes Federais do Brasil** (Fernando Mattos)

**AMB - Associação dos Magistrados Brasileiros** (Airton Mozart Valadares Pires)

**ANPR - Associação Nacional dos Procuradores da República** (Antonio Carlos Alpino Bigonha)

**CONAMP - Associação Nacional dos Membros do Ministério Público** (José Carlos Consenzo)

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

**APMP - Associação Paulista do Ministério Público** (Washington Epaminondas Medeiros Barra)

**Escola Superior do Ministério Público da União** (Rodrigo Janot Monteiro de Barros)

**Procuradoria - Geral de Justiça do Rio Grande do Sul** (Simone Mariano da Rocha e Delmar Pacheco da Luz)

**Procuradoria - Geral de Justiça de Minas Gerais** (Alceu José Torres Marques)

**Procuradoria - Geral de Justiça do Estado de Pernambuco** (Francisco Tadeu Barbosa de Alencar)

**Procuradoria - Geral de Justiça do Estado do Acre** (Edmar Azevedo Monteiro Filho)

**Procuradoria - Geral de Justiça do Estado do Ceará** (Fernando Antônio Costa de Oliveira)

**Procuradoria - Geral de Justiça do Estado do Espírito Santo** (Rodrigo Rabello Vieira)

**Procuradoria - Geral do Município de Porto Alegre** (João Batista Linck Figueira)

**Caixa Econômica Federal** (Maria Fernanda Ramos Coelho, Antônio Carlos Ferreira e Claur Luiz Santos)

**Banco do Brasil** (Aldemir Bendine, Joaquim Portes de Cerqueira e César, Luis Carlos Guedes Pinto)

**Petrobrás** (José Sérgio Gabrielli, Flavio Torres, José Aparecido Barbosa)

**CNI Confederação Nacional das Indústrias** (Armando Monteiro Neto e Grace Dalla Pria)

**University of Texas School of Law** (William Powers, Lawrence Sager, Mechele Dickerson e Jolyn Piercy)

**Escola Paulista da Magistratura** (Antonio Rulli Junior)

**Escola Superior do Ministério Público de São Paulo** (Mario de Magalhães Papaterra Limongi)

**Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul** (Iris Helena Medeiros Nogueira e Vera Feijó)

**Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro** (Padre Jesus Hortal)

**FIESP - Federação das Indústrias de São Paulo** (Nelson Pereira dos Reis e Anicia Baptistella Pio)

**Editores Revista dos Tribunais** (Antonio Bellinello, Carlos Henrique de Carvalho Filho, Nivia Rocha e Roseli Jonas Cavalcante)

**UFRGS - Universidade Federal do Rio Grande do Sul** (Claudia Lima Marques)

**CNPq** (Wrana Maria Panizzi)

**BRASILCON - Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor** (Leonardo Bessa)

**Polícia Militar Ambiental do Estado de São Paulo** (Cel PM Ronaldo Ramos, Cap. PM Walter Nyakas Junior, Ten. PM Marcelo Robis Francisco Nassaro e Ten. Wlader Eduardo Santos)

# SPECIAL THANKS

The **Law for a Green Planet Institute** would like to thank the Office of the Attorney General of São Paulo for its extraordinary support for the 13<sup>th</sup> International Conference on Environmental Law, and especially express its gratitude to **Fernando Grella Vieira** (Attorney General), Walter Paulo Sabella, Vânia Maria Ruffini Penteadó Balera and Cristina Godoy de Araújo Freitas.

Other institutions and individuals contributed immensely to the success of the Conference and deserve to be mentioned:

**The Governor's Office of the State of São Paulo** (Governor José Serra, Secretary Luiz Antônio Guimarães Marrey, Secretary Aloysio Nunes Ferreira Filho and João Germano Bottcher Filho)

**The High Court of Brazil** (Chief-Justice Cesar Asfor Rocha, Justice Gilson Langaro Dipp, Justice Fernando Gonçalves and Justice Antonio Herman Benjamin)

**The Ministry of Justice of Brazil** (Minister Tarso Genro and Rogério Favreto)

**The Ministry of the Environment of Brazil** (Minister Carlos Minc and Guilherme Estrada Rodrigues)

**The Ministry of Cities** (Minister Marcio Fortes de Almeida and Celso Santos Carvalho)

**IBAMA** - The Brazilian Protection Agency (President Roberto Messias Franco and Andrea Vulcanis)

**The Federal Office of the Attorney General** (The Honorable Antonio Fernando Barros and Sandra Cureau)

**UNEP - The United Nations Environment Program** (Cristina Montenegro and Andrea Brusco)

**IUCN - The International Union for Conservation of the Nature, The Environmental Law Program** (Sheila Abed and Maria del Mar Abed)

**INECE - The International Network for Environmental Compliance and Enforcement** (Durwood Zaelke and Kenneth J. Markowitz)

**FMO** - The Mokiti Okada Foundation (Tetsuo Watanabe, Hidenari Hayashi, Rubens Mazalli, Hajime Tanaka, Rogério Hetmanek, Agner Bastoni, Yoshiro Nagae, Fernando Augusto de Souza, Luis Fernando dos Reis, Edson Matsui, Erisson Thompson de Lima Jr., Yugi Yaginuma and Rosana Cavalcanti)

**State Secretariat of the Environment of São Paulo** (Francisco Graziano Neto, Pedro Ubiratan Escorel de Azevedo and Jaques Lamac)

**State Secretariat of Agriculture of São Paulo** (Marisa Nittolo Costa, Francisca Tié Sumita, João de Almeida Sampaio Filho and Antonio Batista Filho)

**Environment and Sustainable Development Secretariat of Argentina** (Homero Bibiloni)

**The Official Press of the State of São Paulo** (Professor Hubert Alquéres, Professora Vera Lucia Wey, Teiji Tomioka, Manoel Carlos de Oliveira Novaes, Ednalva Soares Martins, Nanci Roberta da Silva, Fernanda Buccelli, Marli Santos de Jesus, Maria de Fátima Alves Consales, Sandra Regina Brazão and Solange Aparecida Couto Brianti)

**The Consulate General of the United States of America in São Paulo** (Laura Gould, Cezar Borsa, Karla Carneiro and Eva Reichmann)

**The National Council of Attorneys General** (The Honorable Leonardo Azeredo Bandarra)

**The National Judicial School** (Justice Eladio Lecey)

**AJUFE** - The National Association of Federal Judges (Fernando Mattos)

**AMB** - The Brazilian Association of State Judges (Airton Mozart Valadares Pires)

**ANPR** - The National Association of Federal Public Prosecutors (Antonio Carlos Alpino Bigonha)

**CONAMP** - The Brazilian Association of Public Prosecutors (José Carlos Consenzo)

**ABRAMPA** - The Brazilian Association of Environmental Public Prosecutors (The Honorable Jarbas Soares Junior)

**APMP** - The Association of Public Prosecutors of the State of São Paulo (Washington Epaminondas Medeiros Barra)

**The Federal Public Prosecutors School** (Rodrigo Janot Monteiro de Barros)

**The Office of the Attorney General of the State of Rio Grande do Sul** (Simone Mariano da Rocha and Delmar Pacheco da Luz)

**The Office of the Attorney General of the State of Minas Gerais** (The Honorable Alceu José Torres Marques)

**The Office of the Attorney General of the State of Pernambuco** (The Honorable Francisco Tadeu Barbosa de Alencar)

**The Office of the Attorney General of the State of Acre** (The Honorable Edmar Azevedo Monteiro Filho)

**The Office of the Attorney General of the State of Ceará** (The Honorable Fernando Antônio Costa de Oliveira)

**The Office of the Attorney General of the State of Espírito Santo** (The Honorable Rodrigo Rabello Vieira)

**The Office of the Chief Legal Counsel of the City of Porto Alegre** (João Batista Linck Figueira)

**Caixa Econômica Federal** (Maria Fernanda Ramos Coelho, Antônio Carlos Ferreira and Claur Luiz Santos)

**Banco do Brasil** (Aldemir Bendine, Joaquim Portes de Cerqueira e César and Luis Carlos Guedes Pinto)

**Petrobrás** (José Sérgio Gabrielli, Flavio Torres and José Aparecido Barbosa)

**CNI - The National Confederation of Industries** (Armando Monteiro Neto and Grace Dalla Pria)

**University of Texas School of Law** (William Powers, Lawrence Sager, Mechele Dickerson and Jolyn Piercy)

**The Judicial School of São Paulo** (Justice Antonio Rulli Junior)

**The School of Public Prosecutors of the State of São Paulo** (Mario de Magalhães Papaterra Limongi)

**The Judicial School of the State of Rio Grande do Sul** (Vera Feijó)

**Catholic University of Rio de Janeiro** (Father Jesus Hortal)

**FIESP** - The Chamber of Industries of the State of São Paulo (Nelson Pereira dos Reis and Anicia Baptistella Pio)

**Revista dos Tribunais Publishing Company** (Antonio Bellinello, Carlos Henrique de Carvalho Filho, Nivia Rocha and Roseli Jonas Cavalcante)

**UFRGS - The Federal University of the State of Rio Grande do Sul** (Claudia Lima Marques)

**CNPq** (Wrana Maria Panizzi)

**BRASILCON** - The Brazilian Consumer Law and Policy Institute (Leonardo Bessa)

**The Environmental Military Police of the State of São Paulo** (Cel PM Ronaldo Ramos, Cap. PM Walter Nyakas Junior, Ten. PM Marcelo Robis Francisco Nassaro and Ten. Wlader Eduardo Santos)

# marinã

## Homenagem à Senadora Marina Silva Paradigma da Ética e da Sustentabilidade Ambiental



**N**a história do ambientalismo brasileiro, Marina Silva se destaca como uma das figuras mais extraordinárias. Nascida no Acre, no seringal Bagaço, em plena Amazônia, só foi alfabetizada aos dezesseis anos. Mesmo assim, logrou graduar-se em História pela Universidade Federal do Acre para, hoje, “dar lições de história e de vida” a todos os brasileiros e ao mundo. Discípula de Chico Mendes, iniciou sua trajetória política nos anos 80, sendo sucessivamente eleita Vereadora, Deputada Estadual e Senadora da República. No Senado, onde chegou em 1995 como a mais jovem Senadora da história brasileira, já está em seu segundo mandato.

Em todos esses anos de vida pública, destacou-se pela firmeza de suas convicções, pelo comportamento ético exemplar e pela defesa dos sujeitos sem-voz, entre eles as gerações futuras (porque não estão aqui para brandir seus direitos) e as incontáveis formas de vida do Planeta (porque não falam nem reclamam).

Ministra do Meio Ambiente de 2003 a 2008, nunca teve apego ao cargo. Via-se somente como instrumento de uma nobre e difícil missão: implantar a Política Nacional do Meio Ambiente, prevista na Lei n. 6.938/81, e assegurar o cumprimento da legislação ambiental como um todo, sobretudo o Código Florestal de 1965, atualizado e reformado pela MP Sarney Filho.

De volta ao Senado, Marina Silva continua a ser o que sempre foi e sempre será: uma cidadã brasileira dedicada à causa pública, um magnífico exemplo para nós, para nossos filhos e para os filhos dos nossos filhos. Por isso, a merecida homenagem que lhe prestam o Instituto “O Direito por um Planeta Verde”, a Comissão de Direito Ambiental da UICN e os especialistas brasileiros em Direito Ambiental.



**Antonio Herman Benjamin**  
Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Vice-Presidente da Comissão de Direito Ambiental da UICN

**Eladio Lecey**  
Professor, Diretor da Escola Nacional da Magistratura (AMB) e da Escola Brasileira de Política e Direito Ambiental

**Sheila Abed**  
Professora e Presidente do IDEIA e da Comissão de Direito Ambiental da UICN

**Sílvia Cappelli**  
Professora, Procuradora de Justiça (RS) e Presidente do Instituto “O Direito por um Planeta Verde”

# SILVA

# e c k a r d

## Homenagem ao Professor Eckard Reh binder Pioneiro do Direito Ambiental Alemão e Europeu



Doutor Eckard Reh binder é professor emérito de Direito Econômico, Direito Ambiental e Direito Comparado da *Johann Wolfgang Goethe Universität*, em Frankfurt, Alemanha. Um dos pioneiros no desenvolvimento dos conceitos e estrutura dogmática do Direito Ambiental, tanto na Alemanha como na Europa, ele foi cofundador e codiretor do Centro de Pesquisa em Direito Ambiental da Faculdade de Direito da Universidade Goethe. Jurista prolífico, com muitas publicações em várias línguas, o Prof. Reh binder é membro de diversas instituições acadêmicas, tanto alemãs como estrangeiras, entre estas incluindo-se o Conselho Europeu de Direito Ambiental e a Comissão de Direito Ambiental da UICN.

A partir de meados dos anos 70, o Prof. Reh binder vem contribuindo decisivamente para a construção do Direito Ambiental, tanto no plano teórico, como no terreno político. Teve atuação destacada em duas Comissões de Juristas encarregadas de preparar o Código Ambiental alemão. Nesse período, foi membro do Conselho Consultivo de Política Ambiental da Alemanha, tendo sido seu presidente de 1996 a 2000. Na última década do século XX, emprestou seu conhecimento aos países da Europa oriental e aos ex-integrantes da União Soviética.

Foi Secretário-Geral da Corte Internacional de Arbitragem e Conciliação Ambiental (San Sebastián, Frankfurt e Cidade do México). Suas palestras em anteriores Congressos do Instituto "O Direito por um Planeta Verde", em São Paulo, e em colóquios da Academia de Direito Ambiental da UICN em Nairóbi e Nova Iorque, onde lhe coube a honra de proferir a Conferência Anual Magna, são reconhecidas como contribuições analíticas dorsais na compreensão do Direito Ambiental.

A carreira do Professor Reh binder é exemplar, não só como jurista de escol, mas como operador do Direito que, no campo legislativo, contribuiu com a formulação do marco legal do acesso à informação ambiental e da regulação das substâncias químicas. É um pesquisador generoso ao compartilhar seu conhecimento com a sociedade civil, entidades governamentais e organismos internacionais, em tudo e por tudo ajudando a erguer um regime jurídico de proteção ao meio ambiente em que todos nós vivemos.

Em um mundo em que o Direito Ambiental ainda luta para ser reconhecido e implementado, o Prof. Eckard Reh binder foi uma das primeiras e mais fortes vozes a pregar mudanças na forma como os regimes jurídicos tradicionais tratam a Natureza e as gerações futuras. Ao assim fazer, ele assegurou para si uma elevada posição ética e acadêmica entre os melhores juristas que, no século XX, moldaram o Direito e a Teoria Geral do Direito.



**Antonio Herman Benjamin**  
Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Vice-Presidente da Comissão de Direito Ambiental da UICN

**Eladio Lecey**  
Professor, Diretor da Escola Nacional da Magistratura (AMB) e da Escola Brasileira de Política e Direito Ambiental

**Nicholas A. Robinson**  
Professor, Pace University, ex-Presidente da Comissão de Direito Ambiental e da Academia de Direito Ambiental, ambas da UICN

**Sheila Abed**  
Professora e Presidente do IDEIA e da Comissão de Direito Ambiental da UICN

**Silvia Cappelli**  
Professora, Procuradora de Justiça (RS) e Presidente do Instituto "O Direito por um Planeta Verde"

# R E H B I N D E R

# e c k a r d

A Tribute to Professor Eckard Reh binder  
A Pioneer of German and European Environmental Law



**D**r. Eckard Reh binder is a Professor Emeritus of Economic Law, Environmental Law and Comparative Law at the *Johann Wolfgang Goethe University* at Frankfurt am Main in Germany. An early pioneer in developing the concepts and the substance of Environmental Law in both Germany and Europe, he co-founded and served as co-director of the Research Centre for Environmental Law at the Law Faculty in Goethe University. He is a prolific scholar, with many Environmental Law publications in several languages. He is a long-time member of many professional and scholarly societies, including ones in Germany, regionally such as the European Council of Environmental Law and internationally such as the International Council of Environmental Law (ICEL) and the IUCN Commission on Environmental Law. Since the early 1970s, his active academic and political work to build Environmental law has been most productive.

Prof. Reh binder served on two academic commissions preparing major parts of the German Environmental Code in 1987-94, and from 1987-2000 served as a member of the German Council on Environmental Policy (as chairman from 1996-2000). In the last decade of the 20th century, he was instrumental in advising countries with economies in transition in Eastern Europe and the former USSR. He has served as the Secretary General of the International Court of Environmental Arbitration and Conciliation (San Sebastian, Frankfurt, Mexico City). His lectures at prior International Conferences on Environmental law in Sao Paulo, at IUCN Academy of Environmental Law Colloquia in Nairobi and in New York, where he delivered the Distinguished Annual Lecture, have been recognized as major analytic contributions to the understanding of environmental law. His career is exemplary not only as a scholar, but also as a practicing lawyer who has developed the law on access to information and on regulation of chemical substances. He is generous in sharing his expertise with civil society and governments and intergovernmental organizations, building the legal regime to protect the natural environment in which all people live.

In a world where Environmental Law still struggles to be recognized and implemented, Prof. Eckard Reh binder has been one of the first and strongest voices advocating change in the way traditional legal regimes treat Nature and future generations. In doing so he has secured a high ethical and academic position among the finest scholars that have shaped law and legal theory in the 20<sup>th</sup> Century.



**Antonio Herman Benjamin**  
Justice, High Court of Brazil (STJ), and Deputy-Chair of the IUCN Commission on Environmental Law

**Eladio Lecey**  
Professor, Dean of the Brazilian Judicial School (AMB) and Director of the Brazilian School of Environmental Law and Policy

**Nicholas A. Robinson**  
Professor, Pace Law School, former Chair of the IUCN Commission on Environmental Law and former President of the IUCN Academy of Environmental Law

**Sheila Abed**  
Professor, President of IDEA and Chair of the IUCN Commission on Environmental Law

**Silvia Cappelli**  
Professor, Environmental Public Prosecutor, and President of Law for a Green Planet Institute

# R E H B I N D E R

# **CARTA DE SÃO PAULO**

**12º CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL**

**SÃO PAULO, 1º A 5 DE JUNHO DE 2008**

## **EFEITO ESTUFA: AS MUDANÇAS CLIMÁTICAS E O RISCO À BIODIVERSIDADE GLOBAL**

1. Amparados nos relatórios do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas das Nações Unidas, a Convenção-Quadro sobre Mudanças Climáticas e o Protocolo de Quioto posicionaram-se no sentido da existência de nexos de causalidade entre o aquecimento global e as ações antrópicas relacionadas ao desmatamento, à emissão de gases de efeito estufa e à queima de combustíveis fósseis.
2. As modificações climáticas exercem influência direta sobre o regime pluviométrico das regiões do planeta, perda de biodiversidade, ciclos reprodutivos de plantas e animais, volume dos oceanos, derretimento das calotas polares, intensidade de tempestades, furacões, inundações, etc.
3. Os Estados, ainda que tenham o direito soberano de explorar seus próprios recursos, segundo suas políticas ambientais, têm responsabilidade de assegurar que as atividades sob sua jurisdição ou controle não causem dano ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional.
4. Os Estados têm a obrigação de formular programas nacionais e, conforme o caso, regionais, que incluam medidas para mitigar as mudanças do clima, enfrentando as emissões antrópicas por fontes e remoção por sumidouros de todos os gases de efeito estufa não controlados pelo Protocolo de Montreal, bem como medidas para permitir adaptação adequada à mudança do clima.

## **ALTERAÇÕES CLIMÁTICAS E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE COMUM, PORÉM DIFERENCIADA, NO TRATAMENTO ENTRE OS PAÍSES**

1. A Convenção-Quadro da ONU sobre Mudanças Climáticas adotou o princípio da responsabilidade comum, porém diferenciada, que orienta o tratamento não-equânime entre países desenvolvidos e aqueles em desenvolvimento nas questões relativas às alterações climáticas.

2. A aplicação desse princípio adota como critério o aspecto histórico de responsabilidade pelo aquecimento global dos países economicamente desenvolvidos, dado que estes atingiram tal estágio de desenvolvimento a partir das emissões de gases causadores do efeito estufa desde o início da Revolução Industrial. Em razão disso, tais países assumiram responsabilidades adicionais, além daquelas firmadas pelos países em desenvolvimento, qual seja o compromisso de priorizar as medidas de redução e estabilização dos níveis de GEEs na atmosfera.
3. A responsabilidade comum, porém diferenciada, que permeia a distribuição dos compromissos e ônus entre as Partes, Países Desenvolvidos (Anexo I) e Países em Desenvolvimento, na Convenção Quadro e no Protocolo de Quioto, é uma imposição ditada pela equidade, pela ética e pela justiça sócioambiental.
4. O princípio da precaução deve nortear todas as iniciativas e estratégias voltadas ao controle das emissões de gases de efeito estufa.
5. É possível a celebração de termos de ajustamento de conduta ou mesmo o ajuizamento de ação civil pública, prevendo compensações ambientais mediante a implementação de um projeto de MDL ou a aquisição, no mercado, de RCEs, tantas quantas bastarem para a compensação do dano ambiental, retirando-as do mercado mediante a doação a fundos públicos, que poderão, depois, revendê-las e utilizar o numerário em projetos ambientais.
6. A neutralização de emissões futuras de gases de efeito estufa pode ser inserida como obrigação de fazer nos termos de ajustamento de conduta e nas ações civis públicas, independentemente das demais obrigações voltadas à prevenção e reparação de danos ambientais.

## **O PROTOCOLO DE KYOTO E O MECANISMO DE DESENVOLVIMENTO LIMPO**

1. Deve-se reconhecer a responsabilidade dos países quanto ao cumprimento das metas de redução das emissões de gases de efeito estufa, previstas no Protocolo de Quioto, o que acarreta o dever de construírem, no plano dos respectivos ordenamentos jurídicos, mecanismos preventivos e coercitivos voltados à implementação desses objetivos.
2. Os Mecanismos de Desenvolvimento Limpo – MDL devem continuar a ser utilizados como forma de induzir que a mitigação das mudanças climáticas

ocorra de forma economicamente mais viável, ao mesmo passo que fomentam o desenvolvimento sustentável nos países em desenvolvimento.

3. A partir da implementação e certificação de projetos que contribuem para a redução das emissões de GEEs por parte dos países em desenvolvimento, há a emissão de Certificados de Emissões Reduzidas que são créditos negociáveis no mercado global.
4. A negociação desses créditos auxilia os países desenvolvidos no cumprimento de suas metas de redução de GEEs e, ao mesmo tempo, permite que os países emergentes tenham recursos financeiros adicionais para investir na sustentabilidade como diretriz de seu processo de desenvolvimento econômico.

### **PRESERVAÇÃO AMBIENTAL VERSUS DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO: A ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO**

1. O Poder Público exerce importante função reguladora das atividades que causam ou que possam causar degradação dos recursos naturais, não somente pelo dever legal imposto pela Constituição de proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, como também pelo dever de promover ações que visem o bem comum, a partir da compatibilização entre o interesse público e os diversos interesses individuais.
2. Como reflexo do cumprimento desses deveres por parte do Poder Público, tem-se a criação das políticas públicas ambientais cujo objetivo é de atingir a sustentabilidade em qualquer empreendimento, projeto ou atividade que possa afetar, de alguma forma, a manutenção e integridade do meio ambiente.
3. A silvicultura é atividade potencialmente poluidora e deve se submeter ao licenciamento do órgão ambiental competente, observando-se a exigência de Estudo de Impacto Ambiental para os empreendimentos superiores a 1000 hectares.
4. O estabelecimento do zoneamento ambiental para a atividade de silvicultura é imprescindível para a avaliação dos impactos globais da atividade, além de garantir o planejamento responsável de uma atividade sustentável.

5. O princípio da participação popular deve ser observado quando da aplicação de instrumentos voltados ao planejamento das atividades potencialmente poluidoras, como é o caso da silvicultura e da cana de açúcar.

## **O COMBATE AO AQUECIMENTO GLOBAL E O USO SUSTENTÁVEL DE ENERGIA**

1. O principal meio de combate ao aquecimento global é reduzir as emissões de gases causadores do efeito estufa cuja principal fonte é a matriz energética proveniente da queima de combustíveis fósseis.
2. A escassez dos combustíveis fósseis e o impacto ambiental causado pela sua extração e utilização, especialmente o aquecimento do planeta, está motivando o financiamento de pesquisas em muito países que buscam alternativas para suprir suas demandas energéticas.
3. As alternativas à utilização desses combustíveis como fonte energética são as chamadas energias renováveis ou energias limpas que emitem menores quantidades de gases poluentes, GEEs e material particulado na atmosfera.
4. A eficiência energética e a energia renovável e limpa são elementos essenciais do desenvolvimento sustentável e do combate às mudanças climáticas.
5. A geração de energia a partir da decomposição de resíduos sólidos, que são produzidos em grandes quantidades crescentes, além de se apresentar como alternativa limpa, traz solução para o problema do aumento dos depósitos de lixo a céu aberto nas grandes cidades, possibilitando a adequada disposição desses resíduos.
6. Outras energias limpas são a eólica, a termoeétrica e a energia produzida por processos geotérmicos e pela queima de biocombustíveis.
7. A compensação ambiental prevista no art. 36 da Lei 9985/2000 tem natureza jurídica de reparação de danos ambientais futuros, tidos como certos em decorrência de atividade de significativa degradação ambiental.
8. A atividade sucroalcooleira deve ser precedida de avaliação de impacto ambiental, considerando-se não apenas a planta industrial, mas também a própria atividade agrícola: a área de plantio, fertirrigação e queima da palha.

9. As empresas dedicadas ao plantio de cana de açúcar em áreas próprias e de terceiros, em regime de parceria ou arrendamento, são responsáveis pelos passivos ambientais existentes e devem recuperar as áreas de preservação permanente degradadas, demarcar e averbar as áreas de reserva legal.

## **CAUSAS E SOLUÇÕES PARA O DESMATAMENTO DA AMAZÔNIA**

1. A implementação do cadastro de imóveis na Amazônia, georreferenciados, deve ser uma prioridade para o Estado, como ferramenta capaz de possibilitar o efetivo controle dos desmatamentos.
2. Os incentivos econômicos atualmente existentes não têm logrado êxito para a proteção da floresta (ICMS ecológico, etc), impondo-se a realização de ajustes legislativos a fim de criar incentivos econômicos à manutenção da floresta amazônica.
3. A concessão de florestas públicas é uma política favorável à preservação da Amazônia, porquanto permite o controle da floresta pelo Estado, pelas populações tradicionais e pelas empresas concessionárias.
4. O combate ao desmatamento deve incluir providências efetivas para responsabilização de toda a cadeia produtiva associada à atividade, incluindo-se não apenas aquele que suprime a vegetação mas também o intermediador, o transportador, o proprietário da área e o comerciante.
5. A definição da extensão da Amazônia é o primeiro problema a ser enfrentado para a implementação de programas de proteção da região.
6. Os conflitos de uso da terra devem ser equacionados, valorizando-se alternativas econômicas sustentáveis que incluam as populações tradicionais, indígenas e ribeirinhos.
7. Os programas de incentivo à manutenção da floresta devem incluir, como um instrumento de gestão, o pagamento pelos serviços ambientais prestados pela floresta.

## **INSTRUMENTOS DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE**

1. O exercício da competência ambiental comum deve se dar mediante definição das atribuições ou da parcela de competência de cada ente federati-

vo, para possibilitar uma atuação sistêmica e cooperativa entre os entes e não uma atuação de modo conflitante ou contraditória.

2. Os critérios que poderiam ser utilizados para definir o “interesse predominante” no licenciamento ambiental são: titularidade/dominialidade dos bens ambientais afetados; abrangência e magnitude dos possíveis impactos ambientais diretos; localização da atividade ou empreendimento; tipo ou natureza da atividade/empreendimento potencialmente poluidor.
3. O órgão que emite a licença ambiental deve fiscalizar o cumprimento das condicionantes e restrições e pode ser responsabilizado solidariamente com o poluidor em virtude de sua omissão.
4. O critério do impacto ambiental apresenta dificuldades para a definição das competências, pois nem sempre é possível uma previsão antecipada da extensão e localização dos danos ambientais.
5. Considerando que o Estado brasileiro pressupõe descentralização e subsidiariedade a municipalização da gestão ambiental deve efetivar-se, assim como em outras áreas temáticas, sendo necessário o amadurecimento dos mecanismos de controle, procedimentos e participação.

### **ACESSO À JUSTIÇA E A TUTELA CIVIL DO AMBIENTE**

1. A especialização do Judiciário e a instalação de Varas e Câmaras Ambientais são importantes para a interpretação de conceitos jurídicos ambientais indeterminados e uniformização das decisões na seara ambiental.
2. Tendo em vista as competências atribuídas aos órgãos públicos, quer para avaliar situações de caráter técnico ou fático, quer para a emanção de medidas concretas de proteção, é inegável a possibilidade de controle judicial das políticas públicas ambientais diante da omissão, arbitrariedade ou ilegalidade administrativa.
3. A ação judicial – ação popular ou ação civil pública –, vestida de caráter mandamental, pode ser endereçada ao órgão público que, por lei, foi imbuído de competência para a adoção das medidas administrativas de prevenção, visando instá-lo a adotar medidas aptas à cessação de atos de degradação, ou, na impossibilidade, de restauração do bem ambiental, bem como à expedição de ordens predispostas a interferir na esfera privada para o aperfeiçoamento dos valores clausulados na legislação.

4. O acesso à justiça pode ser implementado através de outros meios de pacificação social, como é o caso do termo de ajustamento de conduta, abrindo-se mão do monopólio da função jurisdicional.
5. A tutela processual civil do meio ambiente deve reconhecer a incidência do princípio da ubiquidade, o que dificulta a formação de certeza quanto à prova do nexo de causalidade. Diante disso, a prova do nexo de causalidade de ser produzida a partir de juízos de probabilidade.
6. O direito probatório nas ações coletivas ambientais deve contemplar inversão do ônus da prova (diante da hipossuficiência técnica da sociedade em provar) e distribuição da carga probatória.
7. Na judicialização de conflitos que envolvem as políticas governamentais, o maior desafio é a ponderação entre critérios técnico-jurídicos (cumprimento dos requisitos constitucionais e legais exigidos) e metajurídicos (políticos, econômicos, segurança e ordem públicas).

## **CONFERÊNCIAS / INVITED PAPERS**

01. CRISE ECONÔMICO-SOCIAL, MEIO AMBIENTE URBANO E PROTEÇÃO AMBIENTAL: A QUESTÃO METROPOLITANA. O GRANDE DESAFIO DO SÉCULO XXI - **Alaôr Caffé Alves** ..... 3
02. DIREITO À CIDADE E PROIBIÇÃO DE RETROCESSO - **Carlos Alberto Molinaro** ..... 21
03. APP: DESAFIOS PARA A PRESERVAÇÃO NA ESFERA MUNICIPAL **Carlos Teodoro José Hugueney Irigaray** ..... 37
04. EXPERIÊNCIA DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA SUSTENTÁVEL **Celso Santos Carvalho, Lucie Mara Pydd Winter**..... 49
05. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - **Cláudia Maria Beré** ..... 55
06. INSTRUMENTOS TRIBUTÁRIOS E FINANCEIROS NO ESTATUTO DA CIDADE E SUA APLICAÇÃO NA SUSTENTABILIDADE DAS CIDADES **Consuelo Y. Moromizato Yoshida** ..... 69
07. A EVOLUÇÃO DAS APPS E A APLICAÇÃO DO CÓDIGO FLORESTAL ÀS ÁREAS URBANAS - **Cristina Godoy de Araújo Freitas**..... 89
08. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO CULTURAL E O ORDENAMENTO TERRITORIAL E URBANO NA LEI 9605/98 - **Eladio Lecey** ..... 107
09. SUGESTÕES PRÁTICAS PARA O APRIMORAMENTO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA EM MATÉRIA AMBIENTAL - **Geisa de Assis Rodrigues**..... 123
10. LA PRESERVACIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL EN EL PERÚ **Genaro Uribe Santos** ..... 137
11. A POLUIÇÃO VISUAL: FORMAS DE ENFRENTAMENTO PELAS CIDADES - **Ivan Carneiro Castanheiro**..... 155
12. PLANOS DIRETORES E ZONAS COSTEIRAS - **Letícia Albuquerque** ..... 173
13. LA DEFENSA DEL PATRIMONIO CULTURAL, PERSPECTIVA DE LA MAGISTRATURA ARGENTINA: ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA **Dra. María Cristina Garros Martínez**..... 183

14. CONTORNOS DO BEM JURÍDICO-PENAL AMBIENTE - <b>Nelson R. Bugalho</b> .....	205
15. LA PRECARIEDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL FRENTE A LAS CONSECUENCIAS DEL CAMBIO CLIMÁTICO - <b>Pablo Antonio Fernández Sánchez</b> .....	215
16. REGIME JURÍDICO DA LICENÇA AMBIENTAL - <b>Ricardo Marcondes Martins</b> .....	229
17. EFETIVIDADE DO TAC AMBIENTAL: DIAGNÓSTICO E PERSPECTIVAS - <b>Rochelle Jelinek</b> .....	257
18. SANEAMENTO AMBIENTAL: A RESPONSABILIDADE DECORRENTE DO CONSUMO - <b>Sheila Cavalcante Pitombeira</b> .....	269
19. MÍNIMO EXISTENCIAL ECOLÓGICO (OU SOCIOAMBIENTAL): O DIREITO FUNDAMENTAL ÀS PRESTAÇÕES MATERIAIS MÍNIMAS EM TERMOS DE QUALIDADE AMBIENTAL PARA O DESFRUTE DE UMA VIDA HUMANA DIGNA E SAUDÁVEL (DAS PRESENTES E FUTURAS GERAÇÕES - <b>Tiago Fensterseifer</b> .....	283
20. OMISSÃO LEGISLATIVA E O CONTROLE JUDICIAL NO ESTUDO DE IMPACTO DE VIZINHANÇA - <b>Vladimir Passos de Freitas</b> .....	303

## **TESES DE PROFISSIONAIS / INDEPENDENT PAPERS**

21. O USO DA AÇÃO POPULAR AMBIENTAL PARA A EFETIVIDADE DA TUTELA AMBIENTAL, COMO VIA DE CONSTRUÇÃO DA LIBERDADE SUSTENTÁVEL - <b>Adauto José de Oliveira</b> .....	317
22. TRATADOS INTERNACIONAIS E A PARTICIPAÇÃO DAS ONGS <b>Alcindo Fernandes Gonçalves, Maurício Duarte dos Santos</b> .....	329
23. CERTIFICAÇÃO AMBIENTAL DO ETANOL: IMPACTO PARA AS CIDADES - <b>Ana Maria de Oliveira Nusdeo, Luiz S.L.S. Carvalho</b> .....	343
24. A CRISE AMBIENTAL FRENTE O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO – ESTUDO DIRIGIDO DO CASO DO RIO DOS SINOS - <b>Ana Paula Foltz</b> .....	353
25. O PROCESSO DE AMBIENTALIZAÇÃO E A JURIDICIZAÇÃO DO RISCO: REFLEXÕES SOBRE A DIMENSÃO SIMBÓLICA DO DIREITO AMBIENTAL - <b>Ana Paula Marcante Soares</b> .....	365

26. APONTAMENTOS SOBRE A POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE COMPENSAÇÃO AMBIENTAL NOS LICENCIAMENTOS DE ATIVIDADES COM OGMS - <b>Azor El Achkar</b> .....	375
27. O DIREITO À CULTURA E A SUSTENTABILIDADE DAS CIDADES <b>Beatriz Rubin</b> .....	389
28. O COMÉRCIO INTERNACIONAL DE EMISSÕES: PONTOS CONTROVERSOS DA UTILIZAÇÃO DE MECANISMOS DE MERCADO PARA FINS AMBIENTAIS - <b>Bernardo Becker Fontana</b> .....	403
29. INSTRUMENTOS TRIBUTÁRIOS NA ORDEM URBANÍSTICA <b>Candida Silveira Saibert</b> .....	413
30. LIMITES À TITULAÇÃO DE TERRAS NA AMAZÔNIA - <b>Carlos Teodoro José Hugueney Irigaray, Giselle Ferreira Vieira, Lygia Mara Rosa da Silva</b> .....	423
31. UNIDADES DE CONSERVAÇÃO EM ÁREA URBANA O (DES) CASO DE PALMAS – TO - <b>Caroline Pires Coriolano, Renato Torres Pinheiro</b> .....	437
32. QUESTÕES POLÊMICAS SOBRE A INSTITUIÇÃO DA ÁREA DE RESERVA LEGAL FLORESTAL - <b>Caroline Pires Coriolano, Ana Claudia Dilio Vitorino, Santiago Paixão Gama</b> .....	453
33. O SISTEMA BRASILEIRO DE CRIAÇÃO INTENSIVA DE ANIMAIS DESTINADOS À ALIMENTAÇÃO HUMANA À LUZ DA CONVENÇÃO EUROPÉIA SOBRE PROTEÇÃO DE ANIMAIS DE CRIAÇÃO - <b>Célia Regina Ferrari Faganello Noirtin, Sílvia Maria Guerra Molina, Valerie Bouchard-Chapelle, Marie Pierre Elie</b> .....	467
34. MEIO AMBIENTE ARTIFICIAL: O PLANO DIRETOR COMO INSTRUMENTO PARA A PROPOSTA DE SUSTENTABILIDADE URBANA SOLIDÁRIA - <b>Clarissa Marques</b> .....	483
35. SÍTIOS E ESPAÇOS COMO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL: ANÁLISE A PARTIR DA LEI 14.406/2007 DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO - <b>Daisy Rafaela da Silva</b> .....	495
36. O IMPACTO URBANO-AMBIENTAL DO BIOCOMBUSTÍVEL NAS CIDADES DE PEQUENAS DIMENSÕES - <b>Edson Ricardo Saleme, Mardônio da Silva Girão</b> .....	505

37. AVALIAÇÃO AMBIENTAL INTEGRADA COMO SUBSÍDIO À ELABORAÇÃO DOS PLANOS DIRETORES DOS MUNICÍPIOS: O CASO DE EMBU, SÃO PAULO - **Msc. Elaine Rodrigues, Dr. Alexander Zamorano Antunes, Msc. Isabel Fernandes de Aguir Mattos, Esp. Maria Aparecida Salles Resende** ..... 517
38. COMÉRCIO VERSUS MEIO AMBIENTE: A QUESTÃO AMBIENTAL SOB A PERSPECTIVA DA OMC - **Fabiana Paschoal de Freitas** ..... 533
39. CONEXÕES ENTRE DESASTRES ECOLÓGICOS, VULNERABILIDADE AMBIENTAL E DIREITOS HUMANOS: NOVAS PERSPECTIVAS - **Fernanda De Salles Cavedon, Ricardo Stanziola Vieira**..... 545
40. A AVALIAÇÃO AMBIENTAL ESTRATÉGICA COMO MANIFESTAÇÃO CONCRETA DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E A EMERGÊNCIA DE SUA INSTITUCIONALIZAÇÃO NO BRASIL **Germano Luiz Gomes Vieira** ..... 563
41. INTER-RELAÇÃO ENTRE ZONAS ÚMIDAS COSTEIRAS E SUA SUSCETIBILIDADE E/OU VULNERABILIDADE AOS PROCESSOS DE RISCO DA ATIVIDADE PORTUÁRIA - **Grazielle Xavier, Francilise Pantoja Diehl, Nivia Daiane Régis Brancher** ..... 575
42. A GARANTIA DA SUSTENTABILIDADE DOS RECURSOS HÍDRICOS POR MEIO DO SANEAMENTO BÁSICO - **Ivanaldo Soares da Silva Júnior**..... 591
43. A FUNÇÃO SÓCIO-AMBIENTAL DA PROPRIEDADE URBANA NO ESTADO AMBIENTAL DE DIREITO - **João Paulo Rocha de Miranda, Vera Lucia Marques Leite** ..... 605
44. PARTICULARIZAR O PARTICULAR: NOTAS SOBRE A CRIAÇÃO DAS RESERVAS EXTRATIVISTAS DE BABAÇU NO MARANHÃO E TOCANTINS - **Joaquim Shiraishi Neto**..... 617
45. RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL EM ÁREAS CONTAMINADAS - **José Ângelo Remédio Júnior** ..... 627
46. A PERCEPÇÃO AMBIENTAL DA POPULAÇÃO DO BAIXO PARAÍBA DO SUL SOBRE A QUALIDADE DA ÁGUA E ESTRATÉGIA DE RECUPERAÇÃO: BUSCA DE SOLUÇÃO PARA UM PROBLEMA AMBIENTAL DAS CIDADES FLUMINENSES - **Karla Aguiar Kury, Rackel Martins Alves da Costa, Carlos Eduardo Rezende, Laurence Eaton, James Randal Kahn, Alexandre Rivas**..... 643

47. O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E A PROTEÇÃO DAS ÁGUAS DOCES <b>Luciana Cordeiro de Souza</b> .....	659
48. BASES ECOLÓGICAS E JURÍDICAS PARA A EXIGIBILIDADE DA COMPENSAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA EM UMA NOVA TIPOLOGIA DAS FORMAS DE REPARAÇÃO DE DANOS EM AMBIENTES NATURAIS - <b>Luciano José Alvarenga, Cristiano Christóforo</b> .....	669
49. A NECESSIDADE DE ARTICULAÇÃO DOS CONSELHOS DE DESENVOLVIMENTO URBANO E DE MEIO AMBIENTE <b>Marcos Abreu Torres</b> .....	681
50. A ORDENAÇÃO URBANA E A PROTEÇÃO AOS MANANCIAS DE INTERESSE AO MUNICÍPIO DE SANTOS - <b>Maria Luiza Machado Granziera, Luís Felipe Carrari de Amorim</b> .....	697
51. EIV À LUZ DOS POSTULADOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE E AS LEGISLAÇÕES MUNICIPAIS BRASILEIRAS <b>Rafaela Granja Porto</b> .....	713
52. CONFLITO JURÍDICO EM ÁREA NATURAL TOMBADA - <b>Sandro Francisco Detoni, Yuri Tavares Rocha</b> .....	731
53. A COMPENSAÇÃO DA RESERVA LEGAL: UM INSTRUMENTO PARA CONSERVAR A DIVERSIDADE BIOLÓGICA - <b>Sergio Ahrens</b> .....	739
54. ARBITRAGEM COMO INSTRUMENTO DE SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DOS CONFLITOS AMBIENTAIS NO DIREITO BRASILEIRO - <b>Silvana Colombo</b> .....	751
55. SOLO CRIADO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CIDADE SUSTENTÁVEL NO MUNICÍPIO DE BELÉM <b>Tiago Ferreira da Cunha</b> .....	765
56. A TUTELA JURÍDICA DO BIOMA MATA ATLÂNTICA DIANTE DOS DESASTRES NATURAIS - <b>Vladimir Garcia Magalhães, Mauricio Duarte dos Santos, Heitor Miranda de souza</b> .....	777



**Conferências**



**Invited Papers**



# **CRISE ECONÔMICO-SOCIAL, MEIO AMBIENTE URBANO E PROTEÇÃO AMBIENTAL: A QUESTÃO METROPOLITANA. O GRANDE DESAFIO DO SÉCULO XXI**

*ALAÔR CAFFÉ ALVES*

Professor Associado da Faculdade de Direito da USP.

Coordenador da Faculdade de Direito da FACAMP

As instituições humanas podem ser analisadas por dois ângulos: do ponto de vista da condição material de seus elementos constitutivos e sob o aspecto organizacional desses elementos. Na verdade, é impossível ver a instituição social completa sem sua condição material de existência, como também não é possível ver sua materialidade sem atender a sua condição organizacional, isto é, sem levar em conta a estrutura relacional dos elementos do sistema institucional. Tudo está calcado numa relação entre conteúdo e organização, entre matéria e forma.

Na filosofia do século XIX, esta questão, que já vinha sendo tratada desde as filosofias de Platão e Aristóteles, ganha um novo alento, ao definir que matéria e forma são dinâmicas e entrelaçadas dialeticamente entre si. Não há um paralelo permanente entre matéria e forma, entre organização e conteúdo. Há sempre a possibilidade de o conteúdo se expandir, se ampliar. Essa expansão do conteúdo é um movimento histórico, isto é, no início, há um estímulo da forma da organização a essa expansão do conteúdo, depois há um ajuste, há um período de harmonia relativa, posteriormente ocorre um esforço no sentido de contrariar a forma organizacional. Esta forma organizacional começa a se distorcer em razão da dinâmica ascendente do conteúdo, da matéria. Uma pequena fazenda que produz para uma família tem um tipo de organização, mas se essa fazenda cresce quanto a implementos, maquinários, utilização de novos fertilizantes, novas terras, maior capacidade produtiva, utilização de energia em larga escala, enfim, fatores mais abrangentes para realizar maior produção, é evidente que a organização do ponto de vista familiar torna-se impossível, não sendo mais suficiente para administrar aquele conteúdo estrutural. É preciso, portanto, que se altere a organização, isto é, a forma como se disponham e se articulem os elementos materiais.

Há sempre, na dinâmica dos fatos naturais e sociais, uma espécie de contradição dialética entre forma e matéria, forma e conteúdo, organização e conteúdo. Quando forma e conteúdo, num certo momento, se ajustam entre si, o período histórico é de racionalidade e harmonia relativa. Quando, mediante a ampliação do conteúdo, este entra em contraste e conflito com a forma e o conteúdo não mais se ajusta àquela forma ou organização, entra-se em um período de irracionalidade, de necessidade de mudança, de novo reajuste, de nova organização, de nova forma para dar conta dessa nova etapa de desenvolvimento do conteúdo.

Na medida em que o homem desenvolve suas formas materiais de vida, gerando tecnologia nova, indústrias e desenvolvimento econômico, passa a exigir novas formas organizativas da sociedade e de suas instituições. Tenha-se como exemplo a profunda alteração das estruturas urbanas com a invenção do motor elétrico, permitindo o elevador, e, portanto, a maior densidade populacional com a criação de solos superpostos, modificando toda a estrutura das cidades e de seus serviços. O parcelamento, o uso e ocupação do solo urbano, o saneamento básico e o abastecimento das populações passam a ter novos parâmetros de organização e disposição estrutural. Outro exemplo, a invenção do motor à explosão, ocasionando profundas alterações no trânsito urbano e outras conseqüências de grande monta na organização espacial da cidade. Essas novas formas organizacionais estão intimamente ligadas à vida normativa, incluindo o direito, principalmente quando essas organizações são fundamentalmente institucionais. Nesse caso, as questões jurídicas, ao tratar do sistema de controle e regulação dessas forças que formam o conteúdo histórico e social de uma comunidade complexa, devem ser consideradas de modo específico para que a realidade se torne inteligível e operacional.

Não se pode entender tudo o que ocorre no mundo do direito constitucional se não forem analisadas o desenvolvimento das estruturas produtivas da sociedade e a alteração das respectivas relações organizacionais entre os homens, especialmente em razão da introdução de novas tecnologias, novos processos produtivos, novos valores e novas formas de entender o mundo, inclusive na produção cultural. A produção cultural é muito importante, porque dela também surge a produção científica, que leva ao desenvolvimento tecnológico, formando toda uma estrutura, muito dinâmica, que se introduz e se infiltra no processo produtivo e amplia as condições de resultado. Existe, atualmente, uma estrutura produtiva tão avançada, tão estimulante, tão informatizada, que está determinando uma profunda alteração nas relações entre os homens, em sua organização social. O desemprego estrutural não é uma questão de política simplesmente econômica, alternativa; é resultante da própria lógica do sistema econômico vigente, do capitalismo atual. Esse capitalismo se desenvolve de maneira a expulsar a mão-de-obra das unidades produtivas. Em razão disso, várias propostas surgem para que os operários tenham uma rotatividade maior, ou para que se diminua a jornada de trabalho de oito para sete, seis e até cinco horas, com todos participando. Isso é, evidentemente, uma panacéia, porque o sistema econômico vigente não quer simplesmente estabelecer formas de fazer com que todos participem do processo produtivo. O importante, no sistema mercantil, é excluir mesmo a mão-de-obra; é diminuir os custos de produção. Quanto mais robotizado, menos gente e menos salários, menores serão os custos, tanto melhor. Isso tudo em nome da acumulação do capital, da ampliação dos lucros. Mas isso, é claro, vai reduzir, em última instância, a demanda pelos produtos elaborados nas unidades de produção automatizadas. É um paradoxo decorrente da lógica do sistema capitalista.

Na metade do século XX, se alguém perguntasse a um empresário qual seria o índice de seu êxito, ele abriria as portas de sua fábrica e diria: “eu emprego tantas pessoas, dou pleno emprego”. A famosa teoria do pleno emprego, de J. May-

nard Keynes, mostrava claramente isso. O importante era empregar a todos. Hoje, se a mesma pergunta fosse feita ao mesmo empresário, ele abriria as portas de sua fábrica e diria: “olha quantas máquinas eu tenho que funcionam sem trabalhador, sem operário”. Quanto mais automatizado e informatizado, melhor.

Essas mudanças estão sendo introduzidas de forma muito rápida, provocando efeitos gravíssimos e prejudicando, em grande parte, as relações sociais entre os homens. Nesse sentido, a organização social não dá mais conta do nível de desenvolvimento do conteúdo industrial informatizado, das condições de produção material da vida social. Abre-se, assim, um período histórico marcado pela irracionalidade, pela discrepância entre forma e matéria. Se, por um lado, o desenvolvimento das forças materiais, do conteúdo, alterou a maneira como os homens produzem sua vida social, por outro, sua organização social, que é a organização de distribuição das rendas e da produção e acumulação capitalista, deve sofrer as mudanças correspondentes, visto que a manutenção da situação organizacional vigente provoca uma série de graves problemas sociais, econômicos, políticos e culturais. É a contradição inerente ao sistema produtivo de mercado. A esfera da circulação, por exemplo, é completamente comprometida por uma distribuição cada vez mais desbalanceada, pois é evidente que aqueles que trabalham, quando perdem seus empregos, deixam de ter renda, não podendo consumir, por força de um mercado cada vez mais restrito, aqueles mesmos produtos que estão sendo fabricados automaticamente, sem o concurso do trabalho vivo. A questão se complica conforme a população aumenta. Há uma contraposição conflitiva, pois o sistema é contraditório em suas próprias entranhas. As dificuldades são tão grandes que, de alguma forma, a organização da estrutura social e até da estrutura produtiva deverá ser alterada, dando lugar a novas formas distributivas das riquezas produzidas, bem como a novas formas de consumo.

Não se pode determinar com exatidão qual seria este modelo ideal de organização, mas evidentemente não será o modelo específico no qual vivemos hoje. Todo esse processo leva tempo, é de caráter histórico, não existindo solução imediata.

A organização, a estrutura normativa, isto é, as regras que definem as formas de relações entre as pessoas, entre os homens, entre as coletividades, entre as comunidades, vão ser também determinadas por esse conteúdo alterado, por essa dinâmica material econômica, que vai crescendo e tomando conta da realidade social. Essa realidade se altera profundamente, exigindo maior complexidade organizacional entre os homens, especialmente com as invenções, ciências, novas tecnologias e novos produtos e sua expansão e circulação em escala planetária. Isto implica, por conseqüência, a mobilização de insumos e matérias-primas em muito maior quantidade, diversidade e escala do que antes, ocasionando gigantescos impactos sobre os recursos naturais e enormes desequilíbrios ambientais, modificando as condições de vida em geral e comprometendo todo o planeta.

Na época pré-capitalista medieval, por exemplo, havia uma quantidade imensa de bens e recursos naturais em relação às necessidades humanas. Como as estruturas produtivas eram de pouca monta, ou seja, não tinham o potencial produtivo que têm hoje, é evidente que, naquele momento, a natureza parecia ilimitada. A população do mundo também era muito menor. O conhecimento da

natureza, a ciência e a tecnologia, por outro lado, eram bastante limitadas. Até o século XIX, havia muito otimismo sobre a possibilidade de se explorar toda a natureza, ilimitadamente. Mesmo as teorias sociais e políticas que consagravam a postura da valorização do trabalho, como o marxismo, eram otimistas. Parecia que tudo estava à disposição do homem. Bastava que ele tomasse conta da produção de forma racional, de forma planejada, e se resolvia tudo. Já no século XX, especialmente em seu quarto final, essa visão mudou, pois começaram a surgir problemas gravíssimos, indicando que o conceito da não limitação dos recursos naturais deveria ser revisto. Houve uma inversão: antes existia uma limitação quanto ao potencial técnico-produtivo, pois não havia tecnologia desenvolvida, agora há uma imensa tecnologia e, no entanto, percebe-se uma limitação dos recursos naturais. O conhecimento da natureza, as ciências e as tecnologias passaram a ter um potencial de expansão infinito, porém, os recursos naturais passaram a ser limitados frente às necessidades e às potencialidades produtivas do ser humano. O resultado, portanto, é uma restrição cada vez maior em relação ao problema produtivo. A contradição entre as forças de produção e as relações organizativas da produção (relações sociais de produção), tal como prognosticava Marx, e que levará à mudança do modo de produção mercantil, não atende completamente ao paradigma da época atual: é preciso considerar também, para completar a explicação básica da dialética social, a contradição entre o desenvolvimento das forças produtivas e de suas condições materiais de possibilidade, de suas condições de existência e de realização.

Obviamente, a organização social deve marchar em conformidade com as crescentes exigências humanas, pois a demanda social e a econômica vão crescendo de tal maneira a não mais permitir que o homem desperdice aquilo que ele recebe ou retira da natureza. Mais do que isto, ele não pode retirar da natureza sem justificativa, sem considerar toda a dinâmica do meio ambiente, verificando seu funcionamento, limites e conseqüências. Enfim, ele tem que conhecer a natureza e de ter uma atitude ética perante ela, evitando a depredação, a poluição e a degradação. Essa ética, naturalmente, não se refere ao mundo que é infinitamente maior do que qualquer dimensão ética que se possa conceber, mas é referida ao ser humano e às suas condições concretas de vida no planeta terra. A ciência passa, então, a exigir do homem uma preparação mais séria sobre como conduzir sua vida, criando uma racionalidade que não se reduza à pura instrumentalização do mundo material e social. Tudo deve ser realizado visando equilíbrio, não transcendendo os limites da sobrevivência das espécies, não só dos animais, mas também dos vegetais, mantendo a biodiversidade. O sistema econômico moderno, na maior parte das vezes, não tem uma dimensão criteriosa e crítica, por ser calcado na perspectiva de uma lógica acumulativa do capital, de reprodução acumulativa sem fim e predatória, sem levar em conta a totalidade das condições do sistema vital e universal do homem.

O sistema econômico capitalista tem essa lógica: a lógica da acumulação, da reprodução material sem fim e muitas vezes desorientada e desarticulada. Espera-se das forças do mercado muito mais do que elas podem comportar. O grande problema são os conflitos entre as unidades de capital, que querem, cada vez mais,

trabalhar para extrair aquilo que for possível da natureza e transformá-lo em mercadoria, inserindo-a na dimensão do mundo mercantil. Essa dimensão é muito importante de ser considerada, porque traduz uma situação extremamente complicada para o controle de todo o meio ambiente, de todas as condições ecológicas em que a produção se dá. Essa questão releva, portanto, a figura das instituições e, por isso, da normatividade, do direito. O direito tem aqui um papel importantíssimo e, mais ainda, as lideranças que produzem esse direito. É por isso que o papel do Estado e da comunidade nesse processo todo deve ser considerado.

O Estado não é, evidentemente, algo abstrato, não se confundindo com os aspectos fenomênicos nos quais ele se transpõe. Não se deve confundir o Estado com o senhor Lula, nem confundir-lo com os ministros, com as repartições públicas, com o exército, com os parlamentares ou com os juizes. O Estado não está somente entre eles, está também entre nós. Nós formamos o Estado. O Estado decorre de relações sociais, ele é relação social de poder, relação que performa a sociedade política, ou seja, a sociedade que dirige a comunidade e pode usar, se for preciso, a sanção, a força, a violência legitimada. Alguns até questionam se o Estado e a sociedade civil são distintos ou não. Norberto Bobbio, por exemplo, levanta uma série de questões relacionadas com esse problema: ao analisar como Hegel concebia o Estado e a sociedade civil e como estes vêm a ser concebidos, diferentemente, por Karl Marx. Existe, por essa concepção, a idéia no sentido de que a sociedade civil estaria onde se dão os fatos produtivos, a vida econômica, a vida dos homens em condições formais de igualdade – onde ocorrem os contratos privados – mas, em condições materiais bastante desiguais – onde há ricos e pobres. A estrutura produtiva e a circulação de mercadoria estão, portanto, onde se manifestam as forças do egoísmo, do individualismo, que se articulam mutuamente, estabelecendo as trocas mercantis – incluindo a força de trabalho – para poder haver a acumulação do capital e a sobrevivência dos assalariados, predominando sobremaneira os interesses individuais e privados. Aqui se localiza a sociedade civil, distinta do Estado. Esta visão se contrapõe àquela na qual o Estado aparece como determinante e guardião da coisa pública, do bem comum. Karl Marx, analisando essa questão, percebe que o Estado não é tão indiferente, nem autenticamente expressivo da coisa pública, como acontecia na perspectiva hegeliana. Já Hegel acreditava que o Estado era, na verdade, expressão do bem comum, deixando no Estado apenas os agentes que podem cuidar da coisa pública, sem misturá-la com a coisa privada. Hegel propõe, então, a monarquia como expressão autêntica de vida pública, já que o rei nunca voltará à vida privada, à sociedade civil, o que não acontece no ciclo democrático republicano. Nessa hipótese da monarquia, ele negava o movimento reciclável, de ida e vinda dos representantes políticos, como ocorre na república, em que as pessoas vão da sociedade civil para o Estado, voltando, após certo período, para a sociedade civil. Certamente, este último sistema propicia menor integração dos homens à vida pública, pois são sempre chamados a cuidar de seus interesses privados.

Daí a questão da corrupção. O Estado, muitas vezes, não postula posições críticas ou autocríticas, pois os agentes públicos responsáveis pela organização e controle da ação pública são, nos cargos mais elevados, carentes de controladores.

Se aqueles que controlam não são controlados, surge um problema muito grave quanto à manipulação de recursos públicos, obtidos através da movimentação fiscal. Os agentes privados, mediante o instituto da representação republicana, se tornam agentes públicos e, após quatro ou cinco anos, voltam à vida privada. Muitas vezes, como o capital social não é clara ou totalmente controlado pela própria sociedade, o resultado é a corrupção.

Esse resultado profundamente antiético é visto, muitas vezes, como um problema sem solução. Porém, pelo menos em parte, pode ser resolvido. Sou otimista neste sentido. Claro que a resposta não está apenas na manipulação das elites que postulam a “juridicidade”, porque vão sempre fazê-lo de forma a admitir a penetração dos interesses privados no Estado, através da chamada privatização do Estado. A solução é possível, entretanto, desde que haja a efetiva penetração social no processo, não com a mera representação política, mas com a participação das comunidades organizadas exigindo transparência e evitando que o jogo de interesses privados e particulares se sobreponha ao interesse público. O Estado seria então concebido de outra forma, isto é, como um campo de luta política, onde as forças sociais teriam maior ou menor representação e participação, conforme seu nível de organização e o resultado momentâneo dos embates de interesse.

O Estado, portanto, está sob o enfoque de duas espécies de forças básicas, as hegemônicas e as forças subalternas que, apesar de serem subalternas, têm diferentes níveis de potencia conforme o estado de organização em que se encontram. Nesse sentido, não se pode nunca conceber o Estado como um ente neutro, indiferente no que respeita aos movimentos das classes sociais em determinados momentos históricos. O Estado, numa sociedade polarizada como a nossa, é defensor e fiador das relações essenciais da sociedade mercantil capitalista, cujos vínculos sociais são afetados por uma inequação básica, isto é, pelas relações de força entre o capital e o trabalho, onde a desigualdade de influências é notória. Por isso, o Estado acaba sendo a expressão de uma elite que representa as forças dominantes ou hegemônicas que são, geralmente, economicamente dominantes. Apesar de tudo isso, o Estado não é expressão de um bloco de força monolítico, impenetrável, pois há sempre a possibilidade de infiltração rebelde comprometedora de sua utilização perversa em favor das classes dominantes. O Estado, em que pese suas tendências conservadoras, é um jogo permanente de forças sociais.

É preciso analisar a questão do domínio do Estado, verificando, por exemplo, institutos como o da representação, que já está, de certa forma, falido há muito tempo. No Congresso Nacional são pouquíssimos os representantes dos trabalhadores rurais e da indústria atuando ao lado de inúmeros membros de uma elite representante da classe média ou da classe economicamente hegemônica. Essa elite passa a ser, então, responsável pela organização do Estado e, conseqüentemente, pela produção e promulgação das normas jurídicas, determinando a maneira como essa sociedade deve ser regulada e controlada, nos termos dos interesses dominantes. A grande massa, a grande coletividade, fica, evidentemente, à margem disso tudo, iludida mediante processos ideológicos permanentemente alimentados pela mídia, convencida de que está realmente atuando o tempo todo no governo social, ao controlar o Estado através de voto solitário a cada quatro

anos, o que certamente não resulta, absolutamente, em uma democracia autêntica. Tudo acontece como se, nos intervalos entre as votações quadrienais, os políticos representantes do povo decidissem precisamente como o povo decidiria se estivesse na posição efetiva de decidir. Na verdade, nesse espaço de tempo entre as votações, as decisões políticas nada têm a ver com os autênticos interesses da comunidade dos cidadãos. Não sequer critérios objetivos para conferir a relação de legitimidade entre as decisões administrativas e normativas do Estado e os interesses e aspirações da comunidade em geral.

Assim, somente as grandes forças de mobilização e organização democrático-participativa das comunidades serão capazes de impor efetivos obstáculos às aspirações e ações dos grandes complexos econômico-financeiros e às medidas estatais a estes associadas. É preciso, porém, fazer um reparo quanto ao que se entende por democracia participativa, que não deve ser entendida apenas como uma dimensão de luta social em nível meramente político. A democracia participativa tem também uma profunda interface com a dimensão econômica, especialmente com as forças do mercado.

As gigantescas corporações econômicas, produtivas e financeiras, se comunicam mediante o mercado em níveis local, regional, nacional e internacional. As pessoas agem e conseguem seus benefícios materiais, vitais e culturais, de acordo com as forças de seu bolso. Quem tem recursos econômicos, tem acesso a bens e serviços produzidos pela comunidade, quem não os tem fica à margem da vida social plena ou à margem da dignidade humana, visto que não pode satisfazer suas necessidades básicas. O mercado, cuja dinâmica é determinada pela produção e pelo sistema financeiro sob controle dos grupos privados, é o principal regulador da inclusão ou exclusão social, subordinando inclusive a ética social aos seus ditames. Ele funciona todos os dias nas praças e nas bolsas, aprofundando as desigualdades, a divisão social e a miséria entre os homens, contra os anseios da solidariedade e da dignidade humana.

Nesse sentido, a democracia não deve ter apenas como objetivo a luta, em nível político, contra os desmandos centralizadores, contra o autoritarismo ou as ditaduras. Ela não tem apenas uma dimensão política. Seu escopo é também, e principalmente, a luta no âmbito econômico, buscando neutralizar as forças perversas e diuturnas dos mercados, através da universalização ética da ação participativa e crítica de todos os cidadãos, no processo permanente e continuado de decisão social sobre as coisas e interesses públicos. Não basta, portanto, o retorno cíclico, em nível político, de quatro em quatro anos, para depositar de maneira solitária e ineficaz o voto nas urnas da democracia burguesa. Apenas isso gera a aparência de democracia; um engodo ideologicamente bem construído destinado à ilusão das grandes massas.

Ao contrário, as forças da autêntica democracia devem atuar organizada e diariamente, visto que as forças do capital e do mercado são eficazes diariamente. As bolsas e os mercados estão solertes o tempo todo, atuando em todas as partes do mundo e em todo o tempo. Daí que a verdadeira democracia pressupõe a necessária participação permanente das comunidades organizadas nas decisões estatais e não estatais (ONGs), objetivando neutralizar as forças do

mercado socialmente discriminador, bem como impedir o total domínio do valor de troca nas relações sociais, buscando fazer predominar, especialmente nas relações sociais básicas, o valor de uso que atenda as necessidades autenticamente humanas, sem degradar ou destruir a sociedade e a natureza.

Dentro desse contexto, verifica-se a questão do controle ambiental, que deve decorrer, evidentemente, de esforços estruturadores e reguladores do próprio Estado e da sociedade como um todo, em relação aos problemas emergentes já descritos. Analisando a situação do ponto de vista urbano, alguns aspectos são percebidos e devem ser postos em relevo. Em primeiro lugar, a urbanização do Brasil ocorreu, com mais intensidade e amplitude, a partir do final dos anos 50, após a grande guerra. Iniciou-se, então, uma expansão urbana extremamente acelerada, o que resultou em cerca de 80% da população brasileira ser urbanizada hoje, contra cerca de 20% que ainda vive em zonas rurais. A rápida urbanização do Brasil e a falta de recursos públicos resultaram, assim, numa organização espontânea e inadequada de nossas cidades, produzindo espaços urbanos ineficientes, inarticulados, e serviços públicos notoriamente deficientes. Isso consagrou realidades urbanas com baixa racionalidade, construídas apenas pelas forças do mercado imobiliário espontâneo e sem regulação, sem a interferência da coletividade organizada e do esforço planejador na criação de novos espaços. Essa produção envolve a criação e utilização do solo, sua organização, o assentamento industrial, comercial e residencial, bem como outros aspectos fundamentais, no que respeita à segurança, saúde, habitação, malha viária, transporte, saneamento básico etc.. A questão urbana, embora tenha começado com maior intensidade no século XIX, em função da Revolução Industrial, alcança parâmetros e intensidade extremamente amplos no final do século XX e no início deste século XXI.

A problemática se depara, novamente, com a questão das relações entre a organização (forma) e o conteúdo (matéria). Temos um conteúdo e uma organização diferentes, totalmente discrepantes na realidade urbana brasileira. Na verdade, a Constituição Federal de 1988 induz, juridicamente, à percepção e complexidade dessa situação. A Constituição vigente, no esteio da democracia participativa, é fundamentalmente ligada à concepção do que chamamos “conselhos”: tanto a Constituição Federal como a de São Paulo contêm muitos dispositivos relacionados à formação de conselhos, em busca de uma estrutura organizacional mais adequada do sistema urbano, no Brasil de hoje.

Observando a questão dos municípios, verifica-se que cada município tradicional tem uma capacidade específica para tratar de seus assuntos urbanos, como a organização espacial e o uso do solo, especialmente no que se refere a saneamento básico, a questões de poluição e de transportes urbanos. A maioria consegue, até certo ponto, administrar muitas de suas tarefas internas, consideradas de interesse local. Os grandes problemas surgem, entretanto, nos conflitos entre os municípios regionais, principalmente entre aqueles que compreendem os fluxos e a utilização de recursos hídricos: municípios a jusante, a montante, problemas de despejos industriais, de despejos de esgotos, de resíduos sólidos etc.. Nesse momento a questão começa a se regionalizar, embora muitos municípios tenham

grandes possibilidades de efetuar tarefas específicas para resolver as questões urbanas, como, por exemplo, a questão do saneamento básico.

Boa parte dos municípios, entretanto, tem muitas tarefas que não consegue realizar, por não dispor de meios, já que, muitas vezes, as atribuições dos municípios são maiores que os recursos a eles oferecidos. A reforma tributária permitiu aos municípios um pouco mais de alento, dando oportunidades de resolver alguns de seus problemas; mas, não todos, obviamente.

O município tradicional é constituído por uma cidade no centro e áreas verdes e rurais nos limites do município. Existem, entretanto, casos onde a cidade começa a se desenvolver e ampliar espacialmente, passando a se articular fisicamente com outra ou outras cidades vizinhas, através da chamada conurbação. A cidade, então, começa a tomar conta de vários municípios. Nestes casos, ocorre exatamente o oposto do município tradicional: surge uma cidade só, única e enorme cidade, uma megalópole, envolvendo vários municípios juridicamente autônomos. Existe, portanto, uma distinção entre um município que envolve uma só cidade e, ao contrário, a grande cidade que envolve vários municípios dentro dela. Essa metrópole terá problemas básicos imensos, cujas soluções exigem medidas unificadas e integradas. São problemas gigantescos que só podem ser tratados integralmente e não separadamente, de modo isolado ou fragmentado. Mas, cada município, ainda dentro da concepção tradicional, é considerado juridicamente autônomo (forma), mesmo que esteja situado no interior dessa grande cidade, da metrópole (matéria). É autônomo não só para efetuar sua captação fiscal, mas também para aplicação de suas rendas, com planejamento local independente da racionalidade do todo regional em que se insere.

Para usarmos nossas categorias iniciais deste trabalho, há aqui flagrante discrepância entre a organização (tradicional) do município, expressão da forma, e a dimensão física e espacial da cidade metropolitana, de caráter nitidamente regional, expressão da matéria. Abre-se um período de resultados irracionais, deficientes e extremamente deletérios à população metropolitana. Cada município tem o seu plano municipal, elaborado pelo Poder Executivo local e depois levado à discussão e aprovação da respectiva Câmara Municipal. Esses planos têm uma série de implicações, dispondo, por exemplo, sobre a distribuição e organização espacial das atividades urbanas, industriais, residenciais, serviços, comércio etc.. O problema do surgimento e da expansão de uma megacidade está em que os municípios que a compõem normalmente não consideram o que os municípios vizinhos fazem ou planejam. Os planos locais não são coerentemente elaborados nem compatibilizados entre si, devido à mencionada autonomia. Cada Câmara aprova seu plano, conforme o seu tempo, conveniências e recursos disponíveis. Entra-se, assim, num período de irracionalidade administrativa e política, porque as dimensões da cidade (conteúdo) não vem acompanhadas de alterações organizacionais (forma) adequadas para seu tratamento racional. Mais uma vez vemos como funciona essa contradição dinâmica e dialética entre forma e conteúdo.

O planejamento urbano da grande metrópole envolve uma série de questões de organização espacial, distribuição das atividades urbanas, de uso e ocupação do solo metropolitano (de caráter regional), assentamento industrial, habitação,

transportes urbanos de massa, circulação viária, abastecimento, bem como questões referentes à proteção de recursos hídricos, saneamento, poluição, atividades e processos produtivos de larga escala etc. Todos estes aspectos estão inseridos em uma grande cidade, fragmentada em várias autonomias constitucionalmente garantidas, o que resulta em confusões institucionais e administrativas imensas, em graves problemas sérios e reais, os quais não comportam soluções simplesmente abstratas e especulativas. Mais uma vez o princípio definido no início deste trabalho, das relações dinâmicas e contraditórias entre forma e conteúdo, entre a organização social e política urbanas (forma) e as dimensões materiais alcançadas pela produção do espaço urbano (conteúdo), está presente e atuando plenamente.

As regiões metropolitanas não podem resolver ou encaminhar soluções para seus gigantescos problemas urbanos sem cabal integração entre os municípios metropolitanos. A idéia de autonomia do município, que é válida para um município solitário, tradicional, não deve ter a mesma conotação e operacionalidade para os municípios integrantes de uma região metropolitana. Isso é impossível. Neste caso, até mesmo o conceito de autonomia deve ser distinguido e interpretado diferentemente para os municípios metropolitanos e para os não metropolitanos (tradicionais), sob pena de não ser aplicado adequadamente à realidade urbana do país.

O constituinte de 1969, em uma carta imposta e autoritária, determinava que as regiões metropolitanas deviam ter uma organização unitária, mas esses municípios seriam reunidos por uma lei complementar federal que constituiria a região metropolitana, por força de lei complementar em nível federal. Existiam, em 1973, oito (8) regiões metropolitanas, sendo a 9ª Região, a do Rio de Janeiro – Guanabara, constituída posteriormente. Essas regiões metropolitanas eram tratadas apenas segundo sua dimensão econômica, seguindo critérios econômicos. Por isso o artigo 164, da Carta de 1969, que tratava da matéria, encontrava-se previsto no Capítulo da “Ordem Econômica”. Quando, já numa abertura política, iniciou-se a discussão da questão da descentralização política da federação, surgiram alguns questionamentos. Em primeiro lugar, a região metropolitana não deveria ser constituída pelo governo federal, mas sim pelo estadual. O Estado federado, através de suas leis complementares, deveria estabelecer tais regiões. Além disso, a questão metropolitana, que era tratada no capítulo da ordem econômica das constituições anteriores, passou a ser tratada no parágrafo terceiro do artigo 25 da Constituição Federal, ou seja, inserida no capítulo que trata da organização política do Estado brasileiro. Esse deslocamento institucional marca a importância que assume a realidade metropolitana no país. A Constituição destacou, então, a importância da questão metropolitana como questão institucional, que de certo modo faria o contraponto regional do interesse local, municipal.

O constituinte não foi, entretanto, tão corajoso a ponto de estabelecer a região metropolitana com um nível próprio de governo. Se tivesse governo próprio e autônomo, a região metropolitana seria, digamos, um grande município metropolitano, com uma espécie de câmara metropolitana, o que levaria a constituição de um quarto nível de poder político-administrativo. Existem, hoje, os níveis municipal, estadual e federal, fora o Distrito Federal. Surgiria então, se fosse adotada a constituição de um quarto nível de poder, entre a esfera estadual e

a municipal, uma estrutura intermediária, que chamaríamos de estrutura regional político-administrativa. O constituinte, entretanto, não chegou a essa formulação mais radical, visto que suscitaria uma série de problemas políticos graves, especialmente com os governadores de Estado, os quais, obviamente, perderiam parte substancial de seus poderes.

A região metropolitana é muito densa em população e complexa em funções. Em São Paulo, por exemplo, dos pouco mais de 600 municípios integrantes do Estado, apenas 39 perfazem a região metropolitana de São Paulo. Esta região acolhe cerca de 19 milhões de pessoas, o que vale dizer que em 39 municípios encontra-se cerca de metade da população do Estado de São Paulo inteiro, bem como expressiva parte da produção econômica nacional.

Neste caso, uma estrutura organizacional de quarto nível de poder possibilitaria a organização de uma região metropolitana com governo próprio que, através de sua câmara, estabeleceria suas próprias leis para região. É evidente que isto jamais poderia ser aceito, pois significaria, politicamente, a partição e clara diminuição do poder do governador do Estado. Nenhum governador de Estado aceitaria a possibilidade de seu Estado ter uma região metropolitana, com o poder que esta teria, podendo se contrapor a ele. O governador do Estado de São Paulo, por exemplo, que não tivesse a região metropolitana em suas mãos, teria o ônus dos vários problemas em todo território estadual, mas sem poder atender e orientar a densidade populacional, a riqueza social e as condições de produção específica que existem na região metropolitana de São Paulo. Politicamente isto seria inviável; seria uma perda substancial do poder do Estado federado.

A condição básica a ser observada pelo Estado para a instituição de uma região metropolitana é justamente o fato de que certos serviços dentro da região devem ter tratamento comum, integrado. São as chamadas funções públicas de interesse comum.

Uma função pública, que necessita de tratamento integrado entre vários municípios juntamente com o Estado, passa a ser uma função pública de interesse comum, precisando, portanto, de gestão unificada. Esta seria, basicamente, uma gestão conjugada de todas as entidades autônomas que existem nos limites de uma região metropolitana. Surge então o problema: como fazer com que as Câmaras legislativas, por exemplo, de todos os municípios metropolitanos, estabeleçam regras sobre esses serviços de forma unitária, conformada? Cada Câmara tem os seus interesses, objetivos e composição; cada município tem o seu potencial administrativo e econômico. As várias diferenças, autonomamente tratadas, tornam a gestão unificada impossível.

A questão urbana fica, assim, seriamente comprometida, visto não ser tratada de forma integrada e mais racionalizada, sofrendo muitas limitações por falta de recursos e ausência de planejamento cujo resultado é a péssima qualidade de vida dos habitantes dessas metrópoles. Verifica-se, então, que as dimensões estruturais e funcionais de algumas cidades se ampliaram e se intensificaram, desenvolveram-se amplamente, enquanto suas organizações políticas e administrativas continuaram sendo ainda de caráter tradicional. Ou seja, a organização manteve-se fechada, estável, e o conteúdo dinâmico e crescente passou a pressionar essa

mesma organização, tendendo a explodi-la e a exigir nova forma organizacional. Assim, para obter-se nova racionalização, torna-se preciso alterar a tradicional forma organizacional profundamente. Como fazê-lo é um grande desafio a ser enfrentado, especialmente num Estado federado como o nosso, que envolve autonomias garantidas pela própria Constituição Federal. É preciso reinterpretar a Constituição em relação a essas garantias e autonomias para que haja solução transformadora dessa situação.

Se as funções públicas de interesse comum são funções necessárias para solucionar os problemas e demandas de necessidades coletivas da região metropolitana, elas devem ser regidas por leis da grande cidade. Entretanto, as leis são produzidas por cada câmara municipal, de forma autônoma, possibilitando que cada câmara, por si mesma, estabeleça a lei que bem entender. A única saída, então, seria subir para uma esfera mais unificada, que seria a do Estado federado, fazendo com que a assembléia legislativa do Estado fosse justamente o ponto de referência comum para a produção de normas destinadas a reger os serviços públicos comuns regionais. Se forem públicos, tais serviços precisam de vínculos jurídicos sob a égide do direito público e, conseqüentemente, regulados por leis. Portanto, se não há possibilidade de essas leis serem elaboradas conjuntamente e organizadamente, na esfera municipal, a única alternativa que resta são as leis estaduais.

Esta conclusão gera outro problema: se a atribuição de disciplinar legalmente as funções públicas de interesse comum ficar com o Estado, não há mais necessidade de municípios nas regiões metropolitanas para tratar de tais funções. Para que existiriam os municípios se o Estado pode resolver, centralizada e unificadamente, os problemas da integração, oferecendo os serviços comuns urbanos necessários? Aos municípios restariam poucas funções urbanas locais e secundárias, muito menos importantes! Para o plano metropolitano, por exemplo, sob a gestão urbano-regional do Estado, ficariam os serviços de saneamento básico que se encontram atualmente em situação bastante grave, abrangendo vários sistemas, como o de captação, tratamento, distribuição de água potável; coleta de esgotos sanitários, seu afastamento, tratamento e disposição final; gerenciamento da coleta, transporte, compostagem, tratamento e disposição de resíduos sólidos; sistemas de coleta de águas pluviais e controle da vazão das águas das chuvas etc.. Em não raras situações, o município sozinho não tem possibilidade de produzir água potável de que necessita, por insuficiência ou falta de recursos hídricos em seu território.

Em uma região metropolitana como a de São Paulo, que tem cerca de 19 milhões de habitantes, cada município não consegue prover toda água de que carece porque, isoladamente, não tem seu manancial próprio, tendo que buscar água de outros mananciais, pertencentes a outros municípios da região metropolitana. Para agravar a situação, no caso de São Paulo, nem as águas dos municípios metropolitanos são suficientes para prover a demanda da grande metrópole. É preciso, então, trazer água de fora da região, como do Sistema Cantareira e do Rio Piracicaba, de Campinas, ou seja, precisa utilizar água indispensável ao desenvolvimento de outra região metropolitana. Abrem-se conflitos inevitáveis entre regiões metropolitanas.

Mediante a utilização de recursos hídricos da bacia do Piracicaba, a região metropolitana de São Paulo pode prejudicar e limitar o pleno desenvolvimento da Grande Campinas (outra região metropolitana do Estado de São Paulo). Essa disputa entre regiões suscita, portanto, questões inter-regionais, configurando, ainda, outros graves problemas de caráter macro-regional metropolitano. Ocorrem, assim, competições em torno de recursos naturais fundamentais para o desenvolvimento sustentável dessas regiões. Essas questões, portanto, são de grande relevância e devem ser resolvidas pelo reajustamento entre a organização política e administrativa e o desenvolvimento das novas dimensões urbano-regionais das metrópoles. Considerando que o Estado federado passaria a cuidar de todas essas questões, poderia parecer, enganosamente, que os municípios não seriam mais necessários.

Verifica-se ainda que uma região metropolitana constituída por lei complementar não pode ser desfeita por interesse dos municípios envolvidos. Os municípios não podem se retirar da região metropolitana no exercício de sua autonomia. Uma vez decretada por lei complementar a existência de funções públicas de interesse comum a serem reguladas e geridas pelo poder público, caracterizando a região metropolitana, o Estado deve instituí-la em nível administrativo, como entidade pública intergovernamental, em que todos os municípios metropolitanos tenham a possibilidade de participar de sua gestão conjuntamente com o Estado, em uma administração cooperativa e integrada. Depois de estabelecida a região metropolitana, o município não pode, como acima afirmado, deixar de fazer parte desta. A relação dos municípios entre si, na constituição de uma região metropolitana, é compulsória e não autônoma, por isso uma região metropolitana não pode ser constituída simplesmente por acordo entre os municípios. Uma região metropolitana não pode ser constituída por convênio, pois este possui uma estrutura de acordo ou de pacto que poderia ser denunciado, podendo o município retirar-se da relação pactuada quando bem entendesse. Deve haver, portanto, uma exigência compulsória para que haja região metropolitana, o que já determina uma maneira diferente de compreender a autonomia dos municípios dela integrantes.

A autonomia dos municípios dessas regiões já não é vista exatamente como a dos municípios isolados. Pode-se dizer, então, que a autonomia dos municípios “se quebra” nesse caso, pelo menos no que se refere às funções públicas de interesse comum, como é o caso do saneamento básico, dos transportes metropolitanos, do uso do solo metropolitano, do controle ambiental, dos recursos hídricos etc. O saneamento básico, por exemplo, tem várias etapas de execução: primeiro é realizada a captação da água, depois seu tratamento, em seguida ocorre sua distribuição a granel para as cidades e, depois, a distribuição da água aos domicílios. Segundo certas correntes, a distribuição domiciliar de água seria de competência local e o que o município não conseguisse realizar, como, por exemplo, a captação da água em nível regional ou o tratamento da água em grande quantidade, seria estadual. Então, poderia ocorrer o seguinte: o município trataria da distribuição da água, passando o Estado a prover a água a grosso, isto é, no que respeitasse à captação dos grandes mananciais e ao tratamento dessa água. O mesmo aconteceria com o esgoto, sendo o município responsável pela coleta em termos capilares,

captando das próprias residências e de indústrias e entregando, depois, para o Estado, que deveria tratá-los, fazendo a disposição final nos rios. O Estado seria responsável por uma parte e o município por outra.

No entanto, é preciso por em relevo que, mesmo assim, o assunto é extremamente polêmico. Do ponto de vista técnico, a questão é muito complexa e, embora a solução acima aventada pareça razoável, ela não funcionaria do ponto de vista da estrutura racional e integrada dos serviços segmentados por fases. Deve haver uma integração completa e total do sistema, em caso contrário surgiriam várias “Sabespínguas”, uma para cada município, o que não faria sentido. Então, a solução de distribuir os serviços comuns por fases de sua execução também não é considerada apropriada para dar conta dos serviços regionais eficientemente.

Nesse caso, se todos esses sistemas e subsistemas reclamam articulação e integração, devem ser tratados inequivocamente em nível regional, sob comando unificado. Analisando a questão pelo ângulo estadual, o município pareceria não ter função significativa dentro da região metropolitana. Entretanto, os municípios devem participar do planejamento, gestão, regulação, controle, e coordenação das funções públicas de interesse comum, pois, apesar de seu caráter regional, não prescindem da orgânica articulação com os demais serviços locais sob a responsabilidade dos municípios metropolitanos. O Estado não poderia desincumbir-se daquelas tarefas regionais afastando os municípios, isolando-os do processo de decisão metropolitana; ele não poderia deixar de lado os municípios e fazer sua gestão de conformidade com o que apenas estabelece sua Assembléia Legislativa. Assim, a gestão compartilhada deve existir, conforme disposto na própria Constituição, em seu artigo 25, § 3º. Ao determinar que, por lei complementar do Estado, os municípios contíguos constituam região metropolitana para o planejamento, organização e execução de funções públicas de interesse comum, aquela disposição constitucional preconiza que o interesse dessa região é, também, interesse dos municípios metropolitanos.

Num município tradicional, as questões de interesse local se limitam à esfera municipal. Já na região metropolitana, essas questões não envolvem somente assuntos de interesse local, específicos ou tradicionais, mas compreendem, também, o interesse regional, o interesse comum a todos os entes político-administrativos integrantes da região metropolitana, ou seja municípios e Estado. Por isso, os municípios têm o direito de participar ativamente no processo de gestão regional, o que não era previsto antes de 1988. Quando as regiões metropolitanas do Brasil foram constituídas e implantadas, nos anos de 1973 a 1978, a União e o Estado membro tomaram para si o domínio delas e os municípios compareciam apenas para serem consultados, não para decidirem sobre assuntos metropolitanos. Havia o Conselho Consultivo, formado por representantes dos municípios metropolitanos, instituído como uma espécie de fórum político onde os municípios discutiam sobre suas conveniências e sugeriam, para o Estado, soluções a respeito das questões urbano-regionais. Nesse caso, o Estado resolvia praticamente tudo, decidindo sobre tudo. Aos municípios eram atribuídas apenas funções consultivas e o Estado federado detinha o exercício da função deliberativa. Essa situação foi completamente alterada com a Constituição de 1988. Atualmente, o Estado decide sobre as

questões urbano-regionais das metrópoles, mas deve fazê-lo em conjunto com os municípios metropolitanos.

Portanto, torna-se necessária a formação de um conselho de desenvolvimento metropolitano, constituído por representantes do Estado e dos municípios metropolitanos, em regime de decisão paritária, concretizado mediante instituição de entidade pública, de natureza administrativa e autárquica de carácter intergovernamental. Com propriedade, como ocorre no Estado de São Paulo, o referido conselho de desenvolvimento metropolitano poderá ser composto por representantes da comunidade, escolhidos segundo critérios de interesse regional. Como se observa, essa entidade intergovernamental, de atuação territorial, infelizmente ainda não pode ter um carácter estatal, político-administrativo. Ela não pode ser um ente público federado, não podendo possuir poderes legislativo e executivo próprios. Deve ser uma entidade apenas administrativa, de carácter público, estabelecendo uma relação compartilhada e de coordenação entre os municípios metropolitanos e o Estado, especialmente na gestão das funções públicas de interesse comum. Isso quer dizer que se houver, por exemplo, qualquer problema relacionado ao saneamento básico metropolitano, quem decidirá sobre o melhor caminho a ser seguido não será só o Estado, mas também os municípios metropolitanos. Portanto, os municípios integrantes da realidade urbano-regional deverão participar ativamente do referido conselho de desenvolvimento, ao qual se vincularia a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp, resolvendo questões referentes a planos, programas, investimentos, prioridades, relativos ao setor, devendo tudo ser decidido em conjunto com os municípios metropolitanos e não simplesmente pelo Estado, isoladamente. Isso é interessante e democraticamente conveniente, porque as bases locais devem participar de forma decisiva e decisória, ou seja, devem ter condições de orientarem seus destinos em conjunto, estando todos reunidos em uma discussão constante e contínua a respeito das funções públicas de interesse comum.

Quanto ao uso do solo metropolitano, alguns problemas envolvem, também, o uso do solo local. Muitas vezes, posturas metropolitanas apresentam interfaces muito graves com as posturas municipais a respeito da organização espacial metropolitana. A lei de proteção aos mananciais em São Paulo, por exemplo, impõe ao Estado a faculdade de estabelecer certos parâmetros e indicadores para o controle do uso do solo metropolitano, como dimensão dos lotes, distância dos mananciais, padrões de construção residencial e industrial, taxas de impermeabilização do solo, implantação de infra-estrutura urbana etc.. Os municípios poderão, então, reger sobre o uso e controle do solo e seus padrões de ocupação de modo singular, devendo fazê-lo observando os parâmetros metropolitanos, regionais.

Certos aspectos, como o uso e ocupação do solo relacionados com equipamentos metropolitanos, também devem ser considerados em nível metropolitano, como é o caso típico dos transportes de massa (metrô e trens de subúrbio) e das grandes vias expressas. Embora se encontre, em sua totalidade, dentro da cidade de São Paulo, o metrô compõe um equipamento metropolitano de interesse comum dos municípios integrantes. Assim, a polarização, a articulação que ele exige é muito mais ampla em extensão territorial do que a localização particular

e tópica dele na estrutura urbana local da cidade de São Paulo. Isso compreende relações múltiplas e sistêmicas em que a unidade da função pública de interesse comum deve ser consagrada do ponto de vista da unificação das operações e intervenções integradas, considerando o território metropolitano como um todo. Não é possível considerar o metrô à parte das conexões intermodais de transporte, como as linhas interurbanas de ônibus e os trens suburbanos. A gestão unificada permite condições melhores para o desenvolvimento das atividades públicas de interesse comum, desde que sejam gerenciadas de forma conjunta.

Tudo aqui exposto, como se pode observar, está relacionado com a questão das relações dialéticas entre conteúdo e organização, conteúdo e forma, matéria e forma. Vê-se que existe um conflito permanente, entre a organização e as condições materiais a serem reorganizadas, na medida em que se ampliam as condições materiais do conteúdo, exigindo sempre transformação do sistema organizacional, isto é, mudança da forma anterior para uma nova forma objetivando dar conta da nova realidade, seja social, econômica, urbana, ecológica etc.. Para que esse conteúdo possa ser gerenciado ou administrado adequadamente, novas formas organizacionais devem ser instituídas e utilizadas, criando-se novas disposições e instrumentos de articulação e integração. Infelizmente, a região metropolitana de São Paulo ainda não passou por todas as mudanças necessárias; mas, há uma tendência para isso. A região metropolitana de Santos, por exemplo, foi instituída há pouco tempo, há cerca de 11 anos e meio, e a de Campinas, que foi instituída em junho de 2000, já está em fase de operação. No Estado de São Paulo, ainda se tem muito a fazer em matéria de organização urbano-regional.

Todas essas questões estão intimamente relacionadas ao saneamento, à organização espacial, à poluição e ao equilíbrio ecológico. A Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental - Cetesb, por exemplo, tem uma importância fundamental nesse processo, na grande São Paulo. Na região metropolitana de São Paulo, circulam milhões de veículos acarretando problemas sérios em relação ao controle ambiental, controle dos gases tóxicos; há também o problema das indústrias que poluem a atmosfera, rios e mananciais. Essas situações são complexas e graves e precisam ser resolvidas de maneira integrada, conjugando os esforços de todas as instituições governamentais e não governamentais envolvidas. Nesse sentido, como já enunciamos, está em vigor nova forma estrutural de organização governamental administrativa, postulada em nossa Constituição de 1988, permitindo tratar de forma mais integrada e racional os sistemas públicos de intervenção para o alcance do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida das populações urbanas, especialmente em metrópoles brasileiras. Segundo nosso princípio, cada vez mais, conforme ocorre o desenvolvimento econômico, social e cultural das grandes cidades, aquela integração e novas formas organizacionais se tornam necessárias. A dependência e necessidade de integração, não só entre indivíduos na sociedade civil, mas também entre as unidades governamentais, entidades públicas e institucionais, bem como entre as empresas, se tornam mais evidentes. A globalização torna esses processos mais emergentes e agudos. E isso ocorre, com maior intensidade e amplitude, nas relações entre os setores públicos e privados, em seus confrontos e conflitos. Surge, então, a

necessidade de se lutar por mecanismos de cooperação e de coordenação mais integradores, mais articulados e compartilhados, lançando-se mão de uma engenharia institucional mais aprofundada e mais comprometida com as estruturas sociais diferenciadas, enfrentando com coragem os desafios dos antagonismos sociais. Com isso, haverá o empenho democrático e participativo para encaminhar as soluções dos grandes desafios decorrentes do crescimento das populações e da complexidade social, cultural e econômica da vida moderna. Esse será o grande desafio desse início do século XXI, cujo enfrentamento será orientado pelo princípio até agora aduzido, ou seja, a luta pela transformação das formas de organização social em busca da racionalidade dialética mais adequada ao nível de desenvolvimento alcançado pelas relações materiais da sociedade, sejam econômicas, sociais, urbanísticas ou ecológicas, levando sempre em conta suas condições e limites de expansão e utilização.



# DIREITO À CIDADE E PROIBIÇÃO DE RETROCESSO

CARLOS ALBERTO MOLINARO

Doutor em Direito. Professor na PUCRS na Graduação e no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito. Professor permanente no Programa Oficial de Mestrado/Doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha)

## 1. INTRODUÇÃO

Este tema merece recordar a reflexão de David Eloy Rodriguez<sup>1</sup>: *Hay ciudades secretas dentro de cada ciudad. Las ciudades secretas están construidas por instantes de tiempo encendido, por fugacidades luminosas. Son, pues, fugitivas, y muy difíciles de fotografiar, pero todos las hemos sentido alguna vez: ciertas y misteriosas, alucinadas y poderosamente intensas.* Identificar um direito à cidade conduz o observador para a reflexão sobre como estão formatadas as cidades de nossos dias, sobre como as condições de vida nelas têm sido degradadas seja pela privatização desordenada dos bens e dos serviços, seja pelo continuado aumento dos níveis de desigualdade, da cada vez mais visível discriminação e da conseqüente exclusão provocada; portanto, importa também, considerar *l'état d'art* na concretização dos direitos humanos<sup>2</sup> e dos direitos fundamentais.

A cidade a concebeu Italo Calvino<sup>3</sup> como *cidade invisível*, isto é, cidades que são patrimônio da imaginação, pois para o autor as cidades insinuam a grande metáfora da criação e interpretação humana. A tese principal na novela de Calvino está em que as cidades com sua complexidade arquitetônica, social e ideológica encruzadas, são o que os homens fazem a si mesmos, sua revelação, sua fenomenologia; logo, todas as cidades, as que existiram, as que existem e, também as por existir, se podem imaginar uma vez que se fazem conhecidas suas regras mais primárias; as cidades invisíveis são, portanto, cidades que existem na imaginação, são lugares de experiência simbólica que se revelam na felicidade e no sofrimento daqueles que as interrogam. Desde outra perspectiva, Paolo Cottino<sup>4</sup> a concebeu como *cidade imprevista*, isto é, nos apresenta três histórias cujas narrativas se dão nas cidades de nossos dias: a ocupação de edifícios abandonados

<sup>1</sup> RODRÍGUEZ, David Eloy, et al, Asombros, Sevilla: Imagoforum, 2006.

<sup>2</sup> Tema da maior relevância na República brasileira, pois se revela, nas relações internacionais, como princípio da prevalência (art. 4º, II, CF/1988).

<sup>3</sup> CALVINO, Italo, *Le città invisibili*, Milano: Mondadori, 1993.

<sup>4</sup> COTTINO, Paolo, *La città imprevista. Il dissenso nell'uso dello spazio urbano*, Milano: Elèuthera Editrice, 2003.

dos, a espontaneidade social e a diversidade cultural dos grupos em um mercado informal, ademais da luta dos mais desassistidos e, em especial dos mais velhos e aposentados na defesa de um pequeno terreno urbano para vê-lo transformado em uma moradia permanente. Esses *espaços residuais* e *anônimos* definidos por sujeitos coletivos desde estas três histórias rebatem em um ponto de partida para uma reflexão sobre o significado dos comportamentos urbanos afetados, que na maioria das vezes surgem da condição de privação e da capacidade imaginativa para encontrar soluções alternativas distintas das tradicionais. Cidades *invisíveis* ou *imprevistas* estão presentes nos espaços urbanos de nossas cidades contemporâneas, de nossas *metapolis* que se organizam – na feliz expressão de José A. Cuerda Montoya<sup>5</sup> – como *arquipélagos urbanos* ou como *contêineres de vizinhos*. Esta cidade – produto cultural – emerge de processos históricos, de transformações e de desenvolvimento, de equívocos e de acertos. Espaço físico, social e simbólico onde se conforma o público por excelência, e o cívico por antonomásia, mas também uma cidade degradada onde o cívico se converte no não-cívico, o álaque em deprimente. Enfim, um espaço onde deve ser buscada *a máxima vantagem social* e a *liberdade cidadã*, refutando, deste modo, a segregação social, a degradação ambiental, e, finalmente, a infelicidade. Esta é a cidade que nos interessa no presente ensaio.

## 2. O DIREITO À CIDADE: DIREITO HUMANO E DIREITO FUNDAMENTAL

*1. Todas las personas tienen derecho a la ciudad sin discriminaciones de género, edad, condiciones de salud, ingresos, nacionalidad, etnia, condición migratoria, orientación política, religiosa o sexual, así como a preservar la memoria y la identidad cultural en conformidad con los principios y normas que se establecen en esta Carta.*

*2. El Derecho a la Ciudad es definido como el usufructo equitativo de las ciudades dentro de los principios de sustentabilidad, democracia, equidad y justicia social. Es un derecho colectivo de los habitantes de las ciudades, en especial de los grupos vulnerables y desfavorecidos, que les confiere legitimidad de acción y de organización, basado en sus usos y costumbres, con el objetivo de alcanzar el pleno ejercicio del derecho a la libre autodeterminación y un nivel de vida adecuado. El Derecho a la Ciudad es interdependiente de todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, concebidos integralmente, e incluye, por tanto, todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales que ya están reglamentados en los*

<sup>5</sup> CUERDA MONTOYA, José Ángel, Hacia una nueva cultura política, in, Derechos Humanos y Tolerancia, Pablo J. Beltrán de Heredia Iraurgi (coord.), San Sebastian: Real Sociedad Bascongada de Amigos del País, 2000.

*tratados internacionales de derechos humanos. Esto supone la inclusión de los derechos al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias; a fundar y afiliarse a sindicatos; a seguridad social, salud pública, agua potable, energía eléctrica, transporte público y otros servicios sociales; a alimentación, vestido y vivienda adecuada; a educación pública de calidad y la cultura; a la información, la participación política, la convivencia pacífica y el acceso a la justicia; a organizarse, reunirse y manifestarse. Incluye también el respeto a las minorías y la pluralidad étnica, racial, sexual y cultural y el respeto a los migrantes. El territorio de las ciudades y su entorno rural es también espacio y lugar de ejercicio y cumplimiento de derechos colectivos como forma de asegurar la distribución y el disfrute equitativo, universal, justo, democrático y sustentable de los recursos, riquezas, servicios, bienes y oportunidades que brindan las ciudades. Por eso el Derecho a la Ciudad incluye también el Derecho al Desarrollo, a un medio ambiente sano, al disfrute y preservación de los recursos naturales, a la participación en la planificación y gestión urbana y a la herencia histórica y cultural.*

### **Carta Mundial pelo Direito à Cidade**

(Foro Social de las Américas, Quito, Julio 2004;  
Foro Mundial Urbano, Barcelona, Quito, Octubre 2004;  
Foro Social Mundial, Porto Alegre, Enero 2005)

O sociólogo Robert Ezra Park já afirmou que a cidade é o desígnio mais exitoso do ser humano de fazer e refazer o mundo em que vive de acordo com o seu desejo mais íntimo. Mas, se a cidade é o mundo que o ser humano criou, é também o mundo em que a partir de agora está condenado a viver. Portanto, indiretamente e sem um sentido nítido da natureza de sua tarefa, ao fazer a cidade o ser humano se refaz a si mesmo<sup>6</sup>. Neste sentido, aceitando a proposta de Park, sobre a capacidade de fazer e refazer as cidades, concomitantemente com o fazer e refazer das características de seres humanos contingentes, pode-se aceitar que o direito à cidade é um dos mais importantes dos direitos humanos, todavia, o que mais tem sido negligenciado.

A Carta Mundial pelo Direito à Cidade, acima referida, no seu artigo primeiro atribui a todos o direito à cidade. Um direito que vai mais além da liberdade individual, mais além do acesso aos recursos urbanos, um direito, na acepção de Park, de transformação, e de construção de identidade e de sua requalificação, transformando e requalificando a cidade. Por isso mesmo, mais ainda que um direito individual revela-se como um direito social, comum a todos, pois todo o pro-

<sup>6</sup> PARK, Robert E., *On Social Control and Collective Behavior: Selected Papers (The Heritage of Sociology)*, Chicago: University of Chicago Press, 1967, p. 3.

cesso de transformação e requalificação leva de modo inexorável ao aprendizado do exercício do poder coletivo objetivando melhores condições urbanísticas para a convivência. Assim, este direito humano, social, pois atribuído a um *sujeito plural* (todos) que se *singulariza no indivíduo* (o cidadão), cabe no direito fundamental (constitucional), mas dele extravasa pelo seu conteúdo e natureza. Aqui, e para um só efeito, tomamos direitos humanos, não como direitos fundamentais positivados na ordem internacional, mas como *produtos socioculturais imbricados em processos de lutas para a aquisição da dignidade*, dignidade a ser concretizada em um cronotopos bem definido: a cidade. De outra parte, entendidos os direitos humanos como direitos positivados no *direito das gentes* eles coincidem, em grande parte, com os direitos fundamentais positivados nas ordens constitucionais, no caso brasileiro, até mesmo por força do § 2º do Art. 5º da Constituição de 1988, eles integram – bem como o superveniente ao articulado no § 3º do mesmo dispositivo, realizado o ali disposto – à matéria constitucional.

O direito humano à cidade é um direito social, ademais de um direito de desfrute individual. Os direitos humanos são direitos de desfrute individual, todavia para sua concretização necessária a luta por eles, o que se faz coletivamente, envolvendo o social, o cultural, o ambiental e o político em processos emancipatórios cujas conquistas os conferem de forma comunitária. Esta dimensão social está presente nos movimentos sociais reivindicatórios, na política partidária, nas lutas associativas, sindicais e, também, na avaliação da situação desses direitos na ambiência da cidade, e sua permanente construção, assim como nos dessemelhantes grupos sociais que a integram<sup>7</sup>; para sua concretização exige a ocupação de um espaço, um lugar privilegiado, um espaço urbano socioambiental.

### 3. A OCUPAÇÃO DOS ESPAÇOS URBANOS NA PERSPECTIVA DA SOCIOAMBIENTALIDADE

A multidimensionalidade do espaço urbano está diretamente vinculada à natureza das ações humanas desenvolvidas sobre a cidade. Há uma dimensão espacial física, uma sociocultural, uma simbólica e uma dimensão espacial pública. Cada uma destas especiais características do espaço urbano alberga diferentes – mas complementares – perspectivas socioambientais. A dimensão espacial física da *urbe* configura-se no território onde os processos urbanísticos se dão, isto é, sua conquista e o processo histórico deste: a planificação, a infra-estrutura, os equipamentos urbanos, as moradias, etc., pois é nesta dimensão que se expressa e convive a cidadania. A dimensão espacial sociocultural, por sua vez, revela o cenário onde ocorrem, sobre o espaço físico, as relações inter-humanas dos habitantes da cidade, nesta cabe tudo, o amor, o ódio, o prazer e o desprazer, o trabalho e o ócio, a inclusão e a exclusão, a conservação e a degradação, a organização e a desorganização... Na dimensão espacial simbólica estão – sobre o resultado das

<sup>7</sup> Em sentido semelhante, Zigmund BAUMAN, *Community: Seeking Safety in an Insecure World*, Cambridge: Polity Press, 2001, p. 88 e ss.

relações socioculturais – alojadas as instituições, públicas, privadas, mistas, mas também, *em outra percepção*, os estabelecimentos de todos os tipos, a família, a escola, as seitas de qualquer espécie... Todavia, na *dimensão espacial pública* a cidade se revela mais claramente como objeto de direito, pois o espaço público é espaço cívico, é o espaço onde se assenta a comunidade política e onde tem lugar uma *bolha de consenso* que torna possível o *empoderamento* dos cidadãos e a juridicidade das relações de poder.

No direito positivo brasileiro, o direito à cidade é um direito fundamental decorrente do caráter socioambiental a que adere a república brasileira confortada em um Estado Democrático. A perspectiva socioambiental a que nos referimos trata de unir os reclamos sociais e ambientais para uma existência digna. Tem o mais elevado objetivo constitucional previsto nos Artigos 225 e 1o da Carta da República e, relativamente às cidades, o disposto no Artigo 2o e incisos da Lei no 10.257/2001. O direito fundamental socioambiental à cidade, ainda que não esteja expressamente elencado nos tipos contidos no Artigo 5o e incisos da Cidadã, por força do seu parágrafo segundo, consubstancia-se, entre outras, na garantia da ocupação do urbano, no direito social à moradia e ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho, a saúde, ao lazer e a cultura, para as gerações presentes e futuras (inciso I, do Artigo 2o da Lei no 10.257/2001), todos esses direitos e as respectivas garantias fundamentais são decorrentes do regime e dos princípios constitucionais. Portanto, à semelhança do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à cidade nele contido, também se revela como um direito entre gerações, inclusivo e social. Ademais e pela mesma razão, dá ensejo ao exercício pleno da cidadania e aos pertinentes deveres cometidos ao poder público.

#### **4. A DIMENSÃO CIDADÃ NA URBE E SEU TOPORAMA**

Cidadania é uma qualidade atribuída a um sujeito de direito identificado e localizado no espaço político-jurídico, o que se traduz numa série de direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções, na célebre divisão senária de Pontes de Miranda, relativos aos vínculos que conectam o cidadão a um espaço geopolítico definido e juridicamente densificado. Contudo, reconhecer tal qualidade não basta. Se precisa ir mais além. Ir ao conceito de relação. E, fornece a etimologia algumas pistas, relação de *relatio (onis)* é a *ação de dar em retorno um fato, uma idéia, de e para um grupo, um a outro, etc.*, por conseguinte, o relacionar revela-se numa necessária interdependência de dois ou mais objetos pensados por um só sujeito que os interroga, ou na inderrogável conexão entre dois ou mais sujeitos que coexistem e que proclamam, entre si, o respeito, a reciprocidade e a responsabilidade; ou, na face negativa, o desprezo, o egocentrismo e a insensatez. Portanto, a cidadania se perfaz no campo do multifacetado caráter humano, e comporta relações inter-humanas as mais variadas e, por isso

mesmo, apresenta diversificadas reações agonísticas que se dão no espaço sociocultural das cidades.

A cidadania é também – na perspectiva objetiva do direito – um dos fundamentos sobre o qual repousa a estrutura estatal brasileira (Art. 1º, II – CF/88), fato que conduz para a inafastabilidade do princípio que a contém. O princípio da cidadania implica na prática cotidiana e permanente de manifestações políticas dos cidadãos (atribuídos de tal qualidade). Uma verdadeira pedagogia dos direitos fundamentais [e humanos] nos espaços públicos, na família, no trabalho, na escola e na vida comunitária em geral, o que exige a participação no âmbito das decisões políticas ou administrativas que comprometem a cidadania, seja no singular ou no plural.

O exercício da cidadania exige, pois, um *lugar*. Um ambiente onde efetivamente se exerçam direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções da participação cidadã. Em outro momento já afirmamos, na perspectiva socioambiental, que ambiente, incluída a clássica divisão: natural, artificial ou construído, social e cultural – é um “*lugar de encontro*”<sup>8</sup>. A ação cidadã se dá neste *lugar de encontro*. Um espaço privilegiado da prática social, cultural e política: a cidade. Atente-se que o exercício da cidadania, na perspectiva da sua inclusão na soberania do Estado, e mesmo na do Estado-membro que a conforta, se dá, de modo efetivo e concreto, no espaço urbano, no Município, este é o *ente* visível onde o cidadão, consciente ou inconscientemente, nasce, vive e morre. Por isso mesmo, por tal qualidade de cidadania, dimensionada no *cidadino*, é conferido, entre outros, o *direito ao lugar*, um espaço onde fixa seu domicílio, sua residência e seu entorno inclusivo das relações que estabelece, neste lugar reclama por políticas de desenvolvimento urbano, ou exige a reabilitação de áreas degradadas ou marginais; ademais, do *direito à mobilidade e a acessibilidade*, indispensável para fazer concretas as liberdades urbanas, isto é, tornar possível a utilização das oportunidades sociais, econômicas, e culturais que a cidade oferece. E, neste sentido, avulta o *direito à qualidade do meio ambiente urbano*, que inclui o uso dos recursos naturais e energéticos, o acervo histórico-cultural e, especialmente, a proteção frente às agressões advindas da contaminação (de qualquer origem), do congestionamento dos fluxos (de qualquer curso), da inadequação arquitetônica, da miséria e da exclusão na participação dos espaços públicos.

## **5. O ESPAÇO URBANO E À PROGRESSIVA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, A EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO BRASILEIRO RELATIVAMENTE AO DIREITO À CIDADE E A CIDADANIA**

A cidade revela um ecossistema preenchido por interações socioculturais que intercambiam informações entre si. Sob a perspectiva informacional a cidade

<sup>8</sup> MOLINARO, Carlos Alberto, Direito Ambiental – Proibição de Retrocesso, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. Ambiente é um lugar de encontro das condições bióticas e abióticas que possibilitam à existência, esta oração substitui, porque inclusiva, todo o articulado no texto constitucional art. 225, incisos e §1º, I, VII; art. 215, §1º e §2º; art. 182; art. 21, XX; art. 5º, XXIII; art.7, XXII; art. 200, VIII, e na ambiência infraconstitucional, o art. 3º, I, da Lei nº 6.938/81.

incorpora uma singular população associada a complexos processos de informação compartilhada sobre uma base geopolítica, sua posição e morfologia, bem como, funções urbanas imbricadas desde específicas necessidades humanas e o seu papel histórico. Neste contexto, as cidades devem contar com um espaço urbano socioeconômico diverso, o que demanda do poder local a introdução de políticas de planificação urbana social e econômica mediante novas práticas na gestão da *urbe*, tudo com a finalidade de obter maior diversidade, riqueza e sustentabilidade de seu território.

Tal objetivo exige cada vez mais informação, sempre atualizada e em tempo real, sobre o *status quo* e o progresso dos qualificados aspectos atinentes ao desenvolvimento urbano, desde um ponto de vista integral de desenvolvimento sustentável em termos de planejamento urbano, econômico e socioambiental. A informação, neste caso, é a *pedra de toque* para a tomada de decisões. Decisões que devem ser cada vez mais adequadas e que, contudo, na maioria das vezes enfrenta uma persistente debilidade de informação, eficiência e demora nos processos. As angustiantes necessidades urbanas constroem não só as autoridades locais, também os investidores e os prestadores de serviços que passam a trabalhar na cidade, muitas vezes, sem os meios de informação apropriados, o que produz inadequada coordenação e celeridade entre suas iniciativas. A gestão efetiva dos recursos de qualquer espécie, o progredimento e fomento da qualidade de vida na cidade e a progressiva abertura da sociedade, reclamam procedimentos fundamentais comuns para a integração e conseqüente sistematização da informação urbana<sup>9</sup>.

O problema se agrava se o vincularmos ao *princípio da progressiva concretização dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais* na ambiência dos direitos humanos<sup>10</sup>. Mediante o *progressive principle* como é mais conhecido da doutrina internacional, os Estados estão obrigados a tomar medidas com o objetivo de garantir progressivamente a plena realização dos direitos humanos, nas matrizes sociais, econômicas, culturais e ambientais, com o máximo dos recursos disponíveis<sup>11</sup>. Algumas obrigações de efeito imediato têm-se revelado difíceis de controlar. Estas incluem obrigações fundamentais para garantir, pelo menos, *um nível mínimo* de usufruto dos elementos essenciais aos direitos humanos, tais como o acesso aos alimentos, cuidados básicos de saúde,

---

<sup>9</sup> No mesmo sentido, e em profundidade, cf. CASTELLS, Manuel, *The Rise of the Network Society*, Massachusetts: Blackwell Publishers, 1996; *The Informational City is a Dual City: Can It Be Reversed? High Technology and Low-Income Communities: Prospects for the Positive Use of Advanced Information Technology*, Massachusetts: MIT Press, 1996.

<sup>10</sup> É de levar em conta que os direitos humanos são produtos culturais – construídos na história – gestados nos processos emancipatórios permanentes pela conquista da dignidade humana, processos estes dependentes dos esforços comuns e, afinal, lograda sua realização são cristalizados pelo direito positivo.

<sup>11</sup> Quando falamos especificamente do sistema internacional de direitos humanos, não é de indivíduos, nem outros agentes, mas de Estados que livremente “contratam” entre si os diversos tratados de direitos humanos. Na condição de Estado Parte de um tratado internacional de direitos humanos, o conveniente está legalmente obrigado, e eles (os Estados) concordam em ser monitorados em seu desempenho. De acordo com o sistema internacional de direitos humanos, a principal responsabilidade é a da proteção e realização dos direitos humanos. Isso significa sua concretização prévia a quaisquer outras considerações.

a moradia, a educação, o emprego, a segurança e a inclusão dos marginados. Outra se revela na obrigação de garantir o exercício dos direitos sem discriminação alguma, em especial para reduzir as disparidades decorrentes da injusta distribuição dos bens e serviços, fato que, na sua ausência, acarreta a cada vez maior exclusão e criminalidade, e onde? – Nas cidades. Todos esses eventos ocorrem efetivamente no espaço urbano das cidades<sup>12</sup>. Por conseguinte, é de se esperar uma progressiva concretização das condições materiais, e.g. infra-estrutura, regulação, etc., hábeis *ao pleno exercício do direito à cidade* no amplo espectro da sociabilidade dos direitos humanos, aqui tomados como produtos socioculturais embutidos em processos emancipatórios cujas conquistas, *step by step*, vão acompanhando o desenvolvimento da cidade. Contudo, atente-se que não estamos aqui defendendo o caráter programático das normas relativas aos direitos sociais do cidadão no direito brasileiro que regula a matéria de modo mais amplo que o direito internacional. Fazemos questão de mencionar o *dever* (autônomo) dos Estados convenientes ao pacto – em sede de *ius gentium* – de progressivamente tornar concreto e exigível o direito à cidade e as correlativas condições materiais para a fruição deste direito; e, no caso de sua concretização no espaço urbano, logicamente, ele está atrelado de modo progressivo, ao desenvolvimento da *urbe*; portanto, no sistema brasileiro a progressividade se dá apenas e na medida do desenvolvimento de novas necessidades, sendo os direitos sociais fundamentais de aplicação imediata (na forma de sua tipologia), ademais, esta progressividade atrela o administrador público, bem como, a iniciativa privada que esteja vinculada a prestação de serviços públicos, assim como aquela que tem por objetivo a inversão financeira na transformação dos espaços urbanos edificáveis<sup>13</sup>. Esta vinculação é exigível, fluida de um processo social, político e legal. Deve ser observado, que o respeito e cumprimento dos direitos sociais e *tout court* das normas que os consagram, não são tão-só devidos pelos órgãos competentes da administração (na matriz judiciária, legislativa ou executiva), mas envolve a participação ativa da sociedade civil como condição substancial do exercício da cidadania.

---

<sup>12</sup> Com efeito, estabelece o PDESC, Artigo 2º, I. Cada um dos Estados Partes no presente Pacto se compromete a adotar medidas, tanto por separado como mediante a assistência e a cooperação internacionais, especialmente econômicas e técnicas, até o máximo dos recursos de que disponha, para lograr progressivamente, por todos os meios apropriados, inclusive em particular a adoção de medidas legislativas, a plena efetividade dos direitos aqui reconhecidos. Uma leitura atenta do articulado leva a inferir que os Estados convenientes obrigam-se a “adotar medidas”, o que remete imediatamente ao comportamento a ser adotado pelos Estados no sentido cumprir com o pleno desfrute dos direitos assinalados no Pacto, e.g. a atuação política, legislativa, administrativa, judicial, econômica, social, educativa e outras, inclusive na adaptação da legislação interna, com o objetivo de que sejam claramente compatíveis com os deveres pactuados, revogando aquelas que sejam incompatíveis com o Pacto. O mesmo se dá com a inferência: “até o máximo dos recursos de que disponha”, o que remete imediatamente à obrigação, no plano interno, no dever de alocar os recursos necessários às prestações devidas, e só neste caso, esgotadas estas (via comprovação orçamentária e esgotadas as verbas legalmente asseguradas) alegar uma legítima “reserva do possível”. Portanto, o Estado tem o dever de provar a insuficiência de recursos orçamentários para cumprir suas na satisfação dos DESCs, à exceção do mínimo vital; ademais, deverá comprovar que realizou todo o esforço para satisfazer, prioritariamente, essas obrigações mínimas, inclusive com a ajuda internacional (órgãos de fomento). Em conclusão, a limitação de recursos não libera o Estado de sua obrigação de assegurar o desfrute mais amplo destes direitos.

<sup>13</sup> Cf., relativamente à eficácia entre terceiros dos direitos fundamentais, SARMENTO, Daniel, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

Na *matriz da fundamentalidade* dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais no sistema brasileiro – incluindo-se aí o direito à cidade – são direitos públicos subjetivos cuja exigibilidade pode ser exercida individual ou coletivamente. Ademais, ela fixa o *perímetro mínimo*<sup>14</sup> a que está obrigado o Estado a cumprir para garantir o funcionamento de sociedades justas e para legitimar sua própria existência. Para tanto, o Estado deve disponibilizar os meios indispensáveis e mandatórios para cobrir as mais prementes necessidades da população, e definir políticas públicas de progressiva melhora dos espaços urbanos das cidades e do nível de vida dos cidadãos para o melhor desfrute desses direitos. No campo da eficácia, esses direitos têm aplicação imediata *ex vi* de expresse mandamento constitucional (art. 5º, § 1º, CF/1988), contudo, é de observar que o direito à cidade é um direito formado, mas em constante transformação quanto ao seu objeto, o que leva a diferir o campo da eficácia para cobrir as transformações de seu objeto ocorrentes no tempo e no espaço.

## 5.1 O Dever de Concretização Gradual dos Direitos Humanos

Pelas reflexões alcançadas até o momento, observa-se que o tema comporta duas ordens de aproximação. Uma, com relação aos direitos humanos e ao direito à cidade como atribuídos, isto é, a progressiva implantação das condições materiais pendentes da evolução ou desenvolvimento dos espaços urbanos (ocupação, infra-estrutura, regulação, etc.), o que exige uma prestação positiva do Estado, pois obrigado na ordem internacional à prática efetiva de políticas públicas, alocação de recursos econômico-financeiros, de pessoal, etc.; outra, o direito à cidade, conferido à cidadania como direito fundamental positivado. Um direito subjetivo público de matriz social (conferido pelo direito objetivo) que se singulariza no indivíduo (atribuindo um direito subjetivo). Todavia, seja em uma ou outra aproximação, o princípio de progressividade arrojado à concretização dos direitos humanos na sua dimensão econômica, social, cultural e ambiental, ou a imediata eficácia dos direitos sociais positivados na Constituição brasileira – direitos esses que vão ser exercidos em um concreto espaço: o das cidades – vincula um mandamento inderrogável: *a objeção de não regressividade das conquistas já alcançadas pelos sujeitos de direito no espaço socio-ambiental e jurídico brasileiro*. Esta objeção está fundada no *princípio de*

<sup>14</sup> Aqui se tem de observar duas situações: uma que a doutrina, especialmente a internacional, reconhece como conteúdo essencial, ou “núcleo duro” (minimum core content) dos DESCAs; outra, o limiar mínimo (minimum threshold). A perspectiva do conteúdo essencial aponta para a posição central do articulado que confere o direito, e esta centralidade não pode ser violada, podemos encontrá-la “na razão de ser” do direito e, portanto, não pode ser objeto de quantificação (aí está a chave para identificar o núcleo duro de um direito fundamental: impossibilidade de medir a qualidade que se quer atribuir com o direito, uma noção abstrata que está intimamente atrelada à dignidade humana). Ao contrário, a perspectiva do limiar mínimo, ou o limite inferior tem endereço certo: concretizar e induzir conclusões operacionais ao cumprimento dos DESCAs, isto é, revelar o vetor para a formulação das políticas públicas, relativas às decisões que o Estado está obrigado a tomar para o cumprimento do Pacto (DESCA), e neste sentido, e só neste, a adoção de modelos quantitativos hábeis para permitir a determinação do patamar mínimo de bem-estar, ou de satisfação das necessidades.

*proibição do retrocesso*<sup>15</sup>. Logo, tanto a *gradatividade* como a *imediatividade* de aplicação das normas, seja de direito internacional, ou do direito constitucional brasileiro atraem o *princípio da proibição de retrocesso*, o que implica no “congelamento” das conquistas sociais consolidadas (inclusive as legislativas), ademais da *vedação da diminuição dos níveis já alcançados de proteção* destas conquistas. Todavia, observe-se que a progressividade na realização dos direitos humanos está intimamente vinculada à natureza humana, pois é natural do ser humano a inacabada progressão até mesmo pelo imperativo da *preservação da espécie*, daí o não-retrocesso das condições pelas quais se dá esse *conjunto de práticas, como o manejo planejado e programas de (re)produção, que visa à manutenção de populações ou espécies*. Com as cidades ocorre igual, já que os espaços urbanos são ocupados pelos humanos, espaços em que ocorrem *circuits de reações culturais*, entre eles, a busca dos bens e, também, de novos bens, para o preenchimento de necessidades sempre crescentes. Neste sentido, o processo de desenvolvimento é permanente e sucessivo, como consecutivas são as carências produzidas pelo déficit na conquista dos bens necessários. A *consecutio temporum*, ou em vernáculo, a *correlação do tempo* entre a efetuação satisfazível das necessidades e a ausência desta realidade verificável implica em violação aos direitos humanos. De outro modo, a correlação temporal produz o *imperativo de manutenção das necessidades já atendidas*, com o que se preserva a segurança das relações albergadas pelo direito. Como se vê, há um autêntico *dever* do Estado (um *ente* que se *presenta e representa* uma pluralidade de seres humanos) de proteção, e da mais ampla realização dos direitos atribuídos aos humanos, positivados ou objetiváveis na ordem internacional, ou na ordem local das constituições, proteção e concretização esta que vai sendo construída gradualmente, sempre e na medida da premência dos bens necessários a satisfação das necessidades.

<sup>15</sup> Sobre o princípio do retrocesso, ver as agudas e judiciosas articulações de Ingo Wolfgang SARLET, especialmente na 10ª edição (revista, atualizada e ampliada) de seu *A eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional* (Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 384 e ss.); também, *Direitos Fundamentais Sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise*, in, VV. AA., (Neo)Constitucionalismo – ontem, os Códigos hoje, as Constituições, Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. I, n. 2, Porto Alegre, 2004; *O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 4, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direito publico. com.br>>, acesso em 12/04/2008; ainda, DE CONTO, Mario, *O princípio da Proibição de Retrocesso Social – Uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2008; DERBLI, Felipe, *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007; MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud, *A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico*, in: Garcia, Emerson (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; MENDONÇA, José Vicente dos Santos, *Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo*, Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. XII, p. 205-236; na doutrina comparada: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003; QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006; COURTIS, Christian, *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios*, in Courtis (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.

## 4.2 A Aplicação Imediata dos Direitos Sociais, e o Princípio de Proibição de Retrocesso<sup>16</sup>, Na Perspectiva do Direito Brasileiro

Os direitos fundamentais sociais – segundo a Constituição brasileira, na interpretação que dela fazemos, na companhia de parte expressiva da doutrina – gozam de aplicação imediata. O direito à cidade, como direito fundamental amplamente suportado pela sociabilidade das relações inter-humanas intercorrentes nos espaços urbanos tem aplicação imediata, tanto no que concerne a característica Socioambiental do Estado brasileiro onde se inclui, como, e especialmente, nos direitos derivados do seu exercício, *e.g.*, entre outros, o *direito a moradia*, incluídas a propriedade territorial e os direitos relativos aos efeitos da posse, bem como, as políticas públicas de fomento a construção e financiamento de bens imóveis, especialmente aqueles menos favorecidos; o *direito a segurança* e o aparato necessário a sua concretização; o *direito à saúde* e a conseqüente prestação dos serviços necessários a seu efetivo exercício; o *direito à mobilidade urbana* e os meios indispensáveis que devem ser postos à disposição; o *direito ao trabalho* e a conseqüente oferta de trabalho pela iniciativa privada (até mesmo pelo mandamento do *princípio de simetria entre capital e trabalho*, previsto no inciso IV do art. 1º da CF/1988), o que se faz em espaços urbanos dedicados; o *direito ao lazer* como implícito à dignidade atribuída ao humano, cujo exercício depende da alocação de especiais espaços públicos e seus equipamentos; o *direito à educação* e sua pertinente e complexa rede de ensino que o confere e instrumentaliza; o *direito a cultura* que inclui a beleza arquitetônica, os espaços públicos dedicados as artes de qualquer natureza, e os processos e padrões de comportamento, crenças, conhecimentos, costumes etc., que distinguem os diversos grupos sociais que habitam a cidade; o *direito das presentes e futuras gerações à cidade não degradada*, o que se alcança com políticas públicas eficientes na manutenção de um ambiente benfazejo à saúde e aprazível ao espírito. Todos estes direitos, já formados, gozam da prerrogativa decorrente do princípio de não-retrocesso do seu estado e estágio, e na perspectiva da proteção ambiental (das cidades), ou como em outro lugar falávamos<sup>17</sup>, da prerrogativa decorrente do *princípio de proibição da retrogradação socioambiental*. Relativamente à vedação da alteração do estado alcançado, concorrem com o princípio de proibição de retrocesso [*Rückschrittsverbot*] (e mesmo do que alcunhamos de proibição da retrogradação socioambiental), o princípio de proteção da continuidade ou da existência (*Bestandsschutzprinzip*), assim como o princípio de conservação ou manutenção do *status quo* (*Prinzip der Status-quo-Erhaltung*), ou ainda, o princípio de proibição da deterioração (*Verschlechterungsverbot*)<sup>18</sup>.

Todas estas expressões dirigem-se no sentido da vedação da degradação das condições ambientais conquistadas, neste caso, das condições socioambien-

<sup>16</sup> Cf. nota de pé de página n° 15, retro.

<sup>17</sup> Cf. nota de pé de página n° 8, retro.

<sup>18</sup> Cf. KLOEPFER, M., Umweltrechts, 3ª. Aufl. München: Verlag C. H. Beck oHG, 2004 p. 169

tais dos espaços urbanos. Este princípio, qualquer que seja a expressão que adotemos, dirige-se a concretude das condições de um *mínimo existencial ecológico* que deve estar presente nas cidades desde uma perspectiva de efetivação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica. Portanto, em sede de direitos sociais fundamentais, em um Estado Socioambiental e Democrático de Direito, a proibição de retrocesso (ou de retrogradação), vincula a atuação dos poderes públicos da cidade. Nesta perspectiva, e somente nesta, deve-se entender que as cidades são “*alguma coisa mais*” que os milhares ou milhões de pessoas que as habitam. São maiores que as vicissitudes decorrentes da violência, das neuroses coletivas, das deficiências da malha urbana, da ocupação desordenada dos espaços. As cidades são criações humanas de elevada complexidade de centralização, acumulação e distribuição de conhecimentos, inovações e informações. São também “*lugares de acolhida*” de variada cultura, e dos saberes plurais de seus habitantes. Mas, acima de tudo as cidades são *espaços da existência*, cuja densidade física e moral (formatada em uma moralidade pública) produziram como anotou Durkheim<sup>19</sup>, não só a *divisão do trabalho social*, mas também a *solidariedade orgânica*, não fundada nas semelhanças, sim no direito, seus princípios e regras objetiváveis que são condição da liberdade e da igualdade. Evidentemente esta densidade física e moral – embora fortaleça a dependência mútua – *provocam a visibilidade das diferenças*, colore a luta pela vida nos mais variados matizes, ora encoberta pela obscuridade, ora sob luminescente foco, onde os processos de diferenciação, divisão e especialização do trabalho e dos habitantes das cidades se dão. Por isso, dizia Lefebvre<sup>20</sup> que o *direito a cidade é o direito a vida humana, transformada, renovada. O direito fundamental à vida sob a garantia do princípio do não retrocesso das condições onde se a exerce, implica o agir do poder público* (em todos os níveis da federação), imputando-se um dever de *proibição de infraproteção*, um de dever dúplice que, ora implica o “*fazer*” do Estado imediatamente vinculado a realização dos direitos fundamentais, ora um “*não fazer*” que se revela na renúncia de atentar contra estes mesmos direitos, pois cada direito tem um conteúdo *prima facie* que estaria interligado por todas as posições que garantem os meios indispensáveis para assegurar a cobertura das necessidades básicas protegidas na ambiência normativa do direito; sem descuidar que cada direito tem, ainda, um conteúdo definitivo interligado por todas as posições do direito *prima facie* que possam ser oponíveis não só ao Legislador, mas à Administração, e que não sejam restringíveis, com base nos critérios explicitados pela *proibição de infraproteção*<sup>21</sup>. Quando se aponta para a *proibição de infraproteção* e também para o *não-retrocesso*, há de se ter em conta que *os limites*

<sup>19</sup> DURKHEIM, Emile, *La división del trabajo social* (1893), Madrid: Akal, 1982.

<sup>20</sup> LEFEBVRE, Henri, *Le Droit à la Ville*, Paris: Édition Anthropos, 1974.

<sup>21</sup> Preferimos traduzir a expressão de Canaris, *Unterlassungsverbot*, por proibição de infraproteção, ainda que com afronta a tradução da doutrina de língua portuguesa, proibição de proteção deficiente ou de proibição de omissão; contudo, não o fazemos por extravagância, sim porque prefixo latino infra-, abaixo, em baixo, em posição inferior, dá bem o sentido da preposição unter, abaixo de, sob, e do adjetivo unter, inferior; e, mass, pretérito de messen, medir, ou do substantivo Mass, dimensão, valor. Assim, a proibição de infraproteção mostra-se na proteção subdimensionada que está em posição inferior à base de uma estrutura protetiva e constitui uma afronta a Constituição.

*de nosso mundo nos dão os limites de nossa linguagem*<sup>22</sup>, a vida psíquica é um particular modo de vivenciar o espaço relacional como seres humanos, todavia, este vivenciar ocorre pelo diálogo sobre o *viver no conversar*<sup>23</sup>. O simbólico daí resultante é inafastável<sup>24</sup>.

Ao falarmos do princípio de proibição de retrocesso das conquistas já alcançadas na ambiência das cidades, quer-se afirmar uma proposição empírica, que através de uma eleição valiosa de nossa existência e de uma avaliação inter-generacional, não permite ou impede que se retrocedam a condições socioambientais prévias aquelas desfrutadas na atualidade. No entanto, advirta-se, esta proposição está conformada numa linguagem conotativa que expressa uma realidade formada por palavras, por regras de linguagem que delimitam um campo de domínio, de poder. E, neste caso, temos de cuidar para não utilizá-las como *arma ideológica*; pois, tudo está conectado pela linguagem, e as interações que ocorrem não ocorrem por acaso, mas porque as mínimas unidades significativas de nossa linguagem que estão impregnadas de conteúdo comunicativo, que exercem o papel de ligação entre a realidade e o expressivo. Assim, é muito apropriado dizer que o uso da linguagem está comprometido com a existência dos objetos para os quais há palavras em sua metalinguagem. O princípio de proibição de retrocesso (retrogradação) socioambiental é o sintagma proposicional metalingüístico de todos os demais princípios dos DESCAs. Portanto as palavras empregadas para caracterizá-lo não devem conformar atos de poder, mas sim *atos de cooperação e solidariedade* do ser humano no “*lugar de encontro*” em que está inserido<sup>25</sup>. Por isso é que denominamos linguagem como ação (*ação comprometida*). Aí, assume importância a dignidade do humano que é mais restrita que a noção de dignidade da pessoa humana. Tal é assim, pois mesmo a pessoa (*persona*) que age ou labora de modo intencional no prejuízo do *outro* neste “*lugar de encontro*”, não perde sua dignidade íntima de “*pessoa*”, apenas faz mais presente sua “*máscara*”, escondendo o seu “*rostro*”. Com a dignidade do humano, as coisas são diferentes. A dignidade do humano é deontológica, revela-se na *capacidade de assumir deveres*, comprometer-se com o conveniente, com o necessário. Está bem delineada no

<sup>22</sup> Aqui seguimos a lição do primeiro Wittgenstein (Tratado Lógico-filosófico, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987), sem deixar de levar em consideração a afirmativa do segundo, em sua observação: o significado das palavras não depende do fato a que elas se referem, mas de como elas são utilizadas (Investigações filosóficas, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987).

<sup>23</sup> Cf. Maturana, A ontologia..., p. 115

<sup>24</sup> A propósito afirma Lorite leciona: “La especie homo inaugura, en el proceso de la vida, una etapa que se puede caracterizar a través de un rasgo dominante: la creación de un espacio simbólico. Los símbolos, concretados instrumentalmente (ya sea al nivel de objetos, de lenguaje, de normas, creencias, etc.) revisten un carácter mediador y mediatizador entre el hombre y las cosas. En ese espacio se inscribe una dinámica de transformación consciente del contorno vital. Se trata de un cambio cualitativo en la lógica de lo vivo, en cuanto aparición de un nivel de procesamiento del conocimiento en el cual está incluido reflexivamente el individuo que lo practica” (Lorite, M. J., El Animal Paradójico, Fundamentos de Antropología Filosófica, Barcelona: Antropos, 1982, p. 34).

<sup>25</sup> Convertido em palavras, o princípio de proibição de retrocesso se revela como extensão perceptual (vale dizer, se relaciona com a experiência sensorial imediata) do objeto que conota; todavia, observe-se que, como palavras, o princípio de proibição de retrocesso socioambiental, não expressa um sentido estrito (sobre o objeto delimitado), nós é que o expressamos por via de nossa conduta, valendo afirmar ainda, que é só através da conduta que interpretamos.

Art. 29, 1-2, da Declaração de 1948<sup>26</sup>. Concretizar os deveres para a comunidade, para o outro neste “*lugar de encontro*”, é o que torna possível o desenvolvimento do ser humano e sua permanência num ambiente saudável. Afirme-se, pois, que o ser humano não pode ser perspectivado tão-só desde sua individualidade, e que sua atuação na Sociedade, no Estado, e concretamente na Cidade, diga respeito apenas a sua constelação patrimonial e moral, sem levar em consideração as conseqüências de sua atuação no espectro comunitário (dever jurídico para com a comunidade reunida em um “*lugar de encontro*”), aí está desenhado, também, o alcance de proibição de retrocesso socioambiental e de seu objeto, no caso das cidades, a vedação da degradação ambiental do espaço urbano que se revela no espaço existencial da cidadania.

## 6. CONCLUSÕES

*Todos los textos son borradores. Los únicos textos definitivos son sólo fruto de la religión o del cansancio.*

**Jorge L. Borges**

(Las Versiones Homéricas)

O direito à cidade e a vedação da degradação dos espaços urbanos, objetiva a condução do cidadão na perspectiva de *criação e liberdade*, pois constituem valores edificadores de uma comunidade esclarecida, bem como da extensão do humano à realidade percebida e inclusiva de todos os seres da cadeia biótica e dos elementos constitutivos da moldura abiótica, entre eles os distintos componentes que determinam o espaço físico no qual habitam os seres vivos como a água, a temperatura, a luz, o pH, o solo e os nutrientes, a energia, o ar, e ainda as paisagens (inclusiva toda a sua topografia).

Um direito atribuído a um indivíduo revela-se como um direito social, pertencente a todos, pois o processo de transformação e requalificação dos seres humanos, havido nas cidades, leva a uma *metodologia da ação social* na práxis do exercício do poder coletivo, e das conseqüentes tomadas de decisões objetivando melhores condições urbanísticas para a convivência. Assim, os direitos humanos, na perspectiva socioambiental, pois atribuídos a um sujeito plural (todos) que se singulariza no indivíduo (o cidadão), cabe nos direitos fundamentais (constitucionais), mas deles efunde pelo seu conteúdo e natureza.

A proteção de um *perímetro mínimo* ecológico existencial no espaço urbano, vedando-se a degradação pela efetividade do princípio de proibição de retrocesso socioambiental, são as condições nucleares para dar concreta eficácia ao *princípio da dignidade humana*, não sendo assim qualquer atribuição de dignidade é vazia.

<sup>26</sup> “Toda pessoa tem deveres para com a comunidade posto que só nela pode alcançar o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática”

A pedagogia da economia, do direito, da política e da ciência deve estar a serviço deste valor, pois as ciências devem servir a compreensão entre os humanos e o entorno por eles confrontados, e não a sua destruição.

Um Estado Socioambiental e Democrático de Direito, conformado sobre espaços urbanos constitucionalmente identificados, tem por obrigação privilegiar a promoção e conservação de suas condições socioambientais independentemente da arguição da escassez de recursos, pois sempre existem os meios necessários para a satisfação das necessidades, desde que observadas adequadas políticas de prioridades na sua aplicação.

Políticas de prioridades na utilização dos recursos estatais, e de fomento nas atividades privadas, devem levar em consideração a superação do déficit de execução das normas socioambientais incorporadas nos DESCAs, e, de outro modo, evitar um superávit de regulação desordenada, situações que poderão dar ensejo ao surgimento de demandas impossíveis de atendimento na ordem social, ou, ao revés, possibilitar a emergência de um sistema socioambiental ancorado numa descrição imaginativa de uma sociedade ideal, fundamentada em leis justas e em instituições político-econômicas verdadeiramente comprometidas com o bem-estar da coletividade.

À semelhança do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à cidade nele contido, também se revela como um direito entre gerações, inclusivo e social. Ademais, e pela mesma razão, dá ensejo ao exercício pleno da cidadania e aos pertinentes deveres cometidos ao poder público.

No direito à cidade, a *função social* dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, na perspectiva dos DESCAs, e só nesta perspectiva, consiste na reivindicação de igual acesso aos bens socioculturais (aí incluídos a ocupação urbana, a acessibilidade na *urbe*, a segurança, o lazer, os serviços de saúde, a seguridade social, a educação pública, entre outros), bens estes exercidos e exercíveis nos espaços urbanos, e que devem gozar de especial proteção do Estado, em especial o não-retrocesso das condições socioambientais conquistadas, bem como em não retroverter o conteúdo normativo que as alcança.

O direito à cidade – como direito [humano] fundamental – conforta um direito de proteção por parte do Estado (portanto, uma *proibição de infraproteção* (cf. nota de pé de página nº 21). Tal proteção conduz na direção de um feixe de deveres, entre outros: o dever de proibição de conduta contrária ao direito; o dever da prestação de segurança contra a injusta intromissão de terceiros; o dever de prevenção e de precaução contra os riscos, especialmente os fluídos da inovação tecnológica; de outro lado, estes deveres atribuem ao cidadão um direito subjetivo público inarredável fundado mesmo na dignidade atribuída não só ao humano, mas ao que pertence a um povo, a uma classe, a um grupo, ademais de ser, como direito, um elemento fundamental da ordem constitucional objetiva.

Por fim,

*O direito à cidade não é apenas o direito de acesso ao que já está dado, mas um direito de modificá-la. Um direito que afirma a possibilidade de vivermos de nossas próprias criações. Um direito de refazer-nos qualitativamente, produzindo um especial tipo de sociabilidade urbana, o que se afirma como um dos mais preciosos de todos os direitos humanos.*



# **APP: DESAFIOS PARA A PRESERVAÇÃO NA ESFERA MUNICIPAL**

*CARLOS TEODORO JOSÉ HUGUENEY IRIGARAY*

Procurador do Estado de Mato Grosso e  
Professor Adjunto da UFMT

## **1. INTRODUÇÃO**

Alguns fatos preocupantes, aparentemente distintos, circularam na imprensa brasileira no início deste ano, citados em ordem cronológica: Medida Provisória (458/2009) editada legaliza a grilagem na Amazonia e permite regularização fundiária de ocupações com até 1500 ha sem licitação; Deputados ruralistas ocupam a Comissão do Meio Ambiente da Câmara dos Deputados e já são maioria; Presidente edita Medida Provisória dispondo sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida no qual autoriza a regularização fundiária em áreas de preservação permanente; menos de dois meses depois das chuvas que provocaram deslizamentos nas encostas e resultaram em 135 mortes e 100 mil desalojados, a Assembléia Legislativa de Santa Catarina aprova Lei Estadual pretendendo reduzir as áreas de preservação permanente no âmbito estadual; Deputados aprovam emenda à MP nº 452/08, para dispensar do licenciamento ambiental prévio a pavimentação de rodovias.

O que parece uma insanidade revela os interesses econômicos que estão por trás da ação concertada do Governo (Federal e estaduais) e parlamentares visando revisar a legislação ambiental brasileira, máxime seus avanços mais significativos que integram o Código Florestal brasileiro, e a legislação pertinente ao licenciamento ambiental.

Com efeito na esfera federal registram-se no Congresso Nacional algumas iniciativas visando reduzir as áreas de reserva legal, flexibilizar sua recomposição, ou ainda atribuir ao municípios a definição das áreas de preservação permanente no perímetro urbano, além de outras medidas para “simplificar” o licenciamento ambiental, ignorando as regras básicas fundadas no principio da precaução e nas medidas para controlar o desmatamento e as mudança climáticas. Especialmente no caso das áreas de preservação permanente, é grande pressão na esfera municipal para permitir a ocupação dessas áreas, que possuem, via de regra, grande valor imobiliário.

Neste artigo, o marco regulatório concernente às áreas de preservação permanente é abordado apontado os limites e desafios para sua concretização, em que pese a importancia do bem tutelado. Também são indicadas algumas alternativas para incentivar a conservação dessas áreas especialmente protegidas.

## 2. O DIREITO E OS FATOS

As chamadas florestas protetoras<sup>1</sup>, no regime jurídico brasileiro, são precursoras das áreas de preservação permanente, e foram instituídas através do Código Florestal há mais de 75 anos, através do Decreto nº 23.793, de 23/01/34. Referidas florestas eram consideradas, nos termos do Código Florestal como áreas “de conservação perene”, e inalienáveis, salvo se o adquirente se obrigar, por si, seus herdeiros e sucessores, a mantê-las sob o mesmo regime legal (art. 8º).

Nestes termos, a legislação já sinalizava uma preocupação com a proteção das florestas e da flora, embora tal cuidado fosse ditado, sobretudo, pelo interesse econômico, de sorte que convivemos desde o início do século passado com um princípio jurídico de proteção integral à vegetação protetiva dos corpos hídricos e das encostas, necessárias à contenção de erosões e conservação do regime hídrico. Contudo, o Código de 34 “não fora suficientemente intervencionista para ter a eficácia protetora adequada”<sup>2</sup>, tornando-se uma norma de limitado alcance, para a finalidade proposta, sendo substituído em 1965 pela Lei nº 4.771, de 15/09/65.

No novo Código Florestal, editado há mais de quarenta anos, as áreas de preservação passaram a ser fixadas legalmente, abrangendo não apenas as florestas mas também as demais formas de vegetação natural, com as mesmas funções protetivas, sem prejuízo da competência do poder público para declarar de preservação permanente outras áreas consideradas relevantes, essa proteção foi ampliada em 1989, pela Lei 7.803. De sorte que as APPs estão expressamente protegidas desde 1965 e mais precisamente há vinte anos nas dimensões hoje em vigor.

De acordo com o Código Florestal as APPs podem ser constituídas:

- 1) por força de lei: Essa categoria está definida no art. 2º e compreende a vegetação no entorno dos rios, lagos, nascentes e encostas entre outras;
- 2) por ato declaratório: Depende de declaração expressa do poder público atendidos os requisitos fixados no art. 3º;
- 3) por equiparação: Abrange as florestas localizadas em terras indígenas (art. 2º § 2º).

As APPs encontram-se submetidas a um regime jurídico de interesse público com imposição de preservação integral e permanente da flora, vedada sua supressão. Trata-se de proteção que independe da titulariedade do domínio<sup>3</sup> e decorre de limitação administrativa com previsão de sanções severas no caso de descumprimento.

<sup>1</sup> De acordo com o referido Código (art. 4º), “serão consideradas florestas protetoras as que, por sua localização, servirem conjunta ou separadamente para qualquer dos fins seguintes:

<sup>a)</sup> conservar o regime das águas;

<sup>b)</sup> evitar a erosão das terras pela ação dos agentes naturais;

<sup>c)</sup> fixar dunas;

<sup>d)</sup> auxiliar a defesa das fronteiras, de modo julgado necessário pelas autoridades militares;

<sup>e)</sup> assegurar condições de salubridade pública;

<sup>f)</sup> proteger sítios que por sua beleza mereçam ser conservados;

<sup>g)</sup> asilar espécimens raros de fauna indígena”.

<sup>2</sup> PEREIRA, Osny Duarte. *Direito Florestal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1950.

<sup>3</sup> Ocorrem em áreas públicas e privadas com as mesmas restrições.

mento (administrativas e penais<sup>4</sup>), estando excepcionalizados na lei os casos que podem justificar a supressão da APP (obras de utilidade pública e interesse social).

Importante assinalar que os limites e restrições estabelecidos na legislação federal aplicam-se também na esfera municipal, por força de expressa disposição:

*Art. 2º (...)*

*Parágrafo único.* No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os limites a que se refere este artigo.

Observe-se que quando o citado dispositivo determina que devem ser respeitados os limites do artigo, está se referindo ao padrão mínimo de preservação fixado pela norma federal de sorte que, em consonância com os princípios constitucionais, a competência legislativa do Município esta limitada não podendo sobrepor-se a regra geral federal exceto para ampliar restrições nela contidas.

Nessa linha enfatiza Paulo Afonso Leme Machado<sup>5</sup>:

Desnecessário seria este artigo, diante da obrigação que têm os Municípios de respeitar as normas ambientais da União. Contudo, ao introduzir o parágrafo único no art. 2º do Código Florestal, quis o legislador deixar claro que os planos e leis de uso do solo do Município têm que estar em consonância com as normas do mencionado art. 2º. Isto quer dizer, por exemplo, que um Município, ao construir uma avenida nas margens de um curso d'água, não pode deixar de respeitar a faixa de implantação de vegetação de "preservação permanente", de acordo com a largura do curso d'água. A autonomia municipal ambiental entrosou-se, pois, com as normas federais e estaduais protetoras do meio ambiente.

Certo é que a grande maioria dos doutrinadores não vê nenhuma dificuldade na exegese do dispositivo que determina a observância pelos municípios dos limites mínimos de APP fixados no Código Florestal, o qual deve ser interpretado literalmente. Ou seja, os municípios podem regulamentar a matéria em seu plano diretor e na lei de uso do solo, mantido o padrão previsto na lei federal. Assim também tem sido o entendimento dominante nos Tribunais. Cita-se como exemplo o julgado do Tribunal de Justiça em São Paulo, do qual se transcreve parte do voto do Relator:

Significa isso, portanto, não obstante as respeitáveis opiniões em contrario, que à legislação estadual e municipal não é dado deixado de observar, mesmo que trate de área urbana, 'os princípios e limites' a que alude o art. 2º do Código Florestal, dentre estes a faixa marginal de trinta metros para os cursos d'água de menos de dez metros de largura. E sequer cabe invocar, como exceção a essa regra, a Lei Federal 6.766/1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, uma vez que, conforme bem anotou o douto magistrado sentenciante, trata-se de Diploma Legal anterior à vigência da Lei 7.803, de 18.07.1989, de igual hierar-

<sup>4</sup> Ver a propósito os artigos 38, 39 e 44 da Lei nº 9.605/98.

<sup>5</sup> MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 2006.

quia, que acrescentou o referido parágrafo único ao artigo do Código Florestal, não podendo assim, prevalecer sobre o que neste último estabelece, lembrando-se, ainda, que a própria Lei 6.766/1979, no seu art. 4º, III, ao cuidar da faixa *non aedificandi* de 15 metros de cada lado ao longo das correntes, ressalva expressamente a existência de maiores exigências da legislação específica.”<sup>6</sup>

Conforme assente no supracitado julgado, o mesmo padrão estabelecido pelo Código Florestal aplica-se também aos Estados podendo a iniciativa do Governo de Santa Catarina ser considerada, mais que uma aventura jurídica, uma orquestrada pressão junto ao legislativo federal para dar cabo aos avanços do Código Florestal.

Certamente que essa desastrosa manobra encontra também apoio doutrinário e não faltam juristas<sup>7</sup> para reivindicar que no perímetro urbano a definição da APP seja atribuída à legislação municipal (planos diretores e leis de uso de solo), como consta da norma legal já citada, contudo, reafirma-se que nela se exige sejam respeitados os princípios e limites definidos no referido dispositivo.

O direito permite e convive com entendimentos os mais divergentes, mas é importante ponderar quais serão as conseqüências para o meio ambiente de uma ou outra interpretação. Não é difícil imaginar o que aconteceria com as APPs se fossem atribuídos aos Estados a competência para definir seus limites mínimos obrigatórios, e pior ainda, se essa competência no perímetro urbano fosse delegada aos municípios.

Inobstante, a prevalência do entendimento de que os limites fixados pela norma federal aplicam-se aos Municípios, não tem sido suficiente para salvaguardar essas áreas especialmente “desprotegidas”. Na grande maioria dos Municípios a população ocupa as margens dos cursos d’água e encostas, inclusive áreas de elevado risco, com a aquiescência, algumas vezes expressa, do Poder Público Municipal.

Mesmos em Municípios onde a Prefeitura atua firmemente para cumprir a lei, nem sempre o consegue, dada a resistência de parte da população que confia na impunidade e prefere trabalhar com a perspectiva “favorável” dos fatos consumados.

Oportuno registrar a posição dos Tribunais que reconhecem a importância da mata ciliar definindo como *propter rem* a obrigação do adquirente de área desmatada de revegetá-la. Consoante o entendimento majoritário, a responsabilidade pela recuperação da APP se estende ao adquirente do imóvel, que responderá civilmente pelo passivo, ainda que a ele não tenha dado causa, podendo também responder penalmente se estiver impedindo a regeneração da área. Nesse sentido a decisão do Superior Tribunal de Justiça:

Recurso especial. Faixa ciliar. Área de preservação permanente. Reserva legal. Terreno adquirido pelo recorrente já desmatado. Impossibilidade de explora-

<sup>6</sup> TJSP, EDcl 207.160.5/9-01 – Rel. Paulo Franco. DJ 28.08.03.

<sup>7</sup> Cita-se como exemplo, a posição de Luciola Cabral que defende a autonomia municipal na fixação dos limites da APP no perímetro urbano, como decorrente dos artigos 30, I e 225 da Magna Carta, e dos princípios constitucionais do federalismo, da autonomia municipal e da subsidiariedade (in: CABRAL, Luciola Maria de Aquino. Áreas de Preservação Permanente: Competência Municipal à luz da Constituição e do Código Florestal. Revista de Direitos Difusos, ano VI, vol. 32, São Paulo: IBAP e APRODAB, 2005, p. 114).

ção econômica. Responsabilidade Objetiva. Obrigação *propter rem*. Ausência de pré-questionamento. Divergência jurisprudencial não configurada.

(...) Tanto a faixa ciliar quanto a reserva legal, em qualquer propriedade, incluída a da recorrente, não podem ser objetos de grande 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 denexo casual, vistos 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 para o adquirente, independentemente deste último ter responsabilidade pelo dano ambiental. Recurso Especial não conhecido” (REsp 343741 – PR).

Em que pese tal entendimento é certo que a municipalidade enfrenta dificuldades para forçar a demolição de construções ilegais e até mesmo para remover populações em área de riscos.

Em verdade, falta consciência da importância dessas áreas de preservação permanente, assim como dos instrumentos e estratégias que a Administração pode utilizar para induzir a proteção dessas áreas de relevante valor ecológico.

### 3. PORQUE INSISTIR NA PROTEÇÃO DAS APPS

Um fato cultural está associado ao generalizado negligenciamento com nossas APPs. Ressalvadas algumas exceções, nossas cidades foram construídas de costas para os cursos d’água. Nas pequenas cidades que se formaram às margens dos rios, as casas se posicionam com os fundos voltados para o curso d’água no qual era conectado a tubulação com a água servida e lançados os resíduos domésticos.

Raros são os municípios que preservam integralmente a vegetação nas áreas com declividade acentuada e no entorno de seus rios e nascentes, a despeito da importância ecológica e paisagística dessas áreas. Efetivamente, falta vontade política para preservar nossas APPs. Afinal, por que insistimos em sua proteção?

No próprio conceito legal das áreas de preservação permanente, introduzido pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001, podemos encontrar a resposta a essa questão, pois referido conceito sintetiza com propriedade a função das APPs, definidas como:

“área protegida, 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 nativas” (Art. 1º § 2º, II).

No perímetro urbano, destacam-se as matas ciliares, também conhecidas como matas ripárias ou de galeria, porquanto a grande maioria das cidades iniciou-se no entorno de corpos hídricos. Essa vegetação que margeia os cursos d’água é conhecida também como mata ciliar porque funciona como cílios protegendo os corpos hídricos e regulando os fluxos de águas superficiais e subterrâneas além de contribuir para a fixação do carbono, constituindo-se em importantes

corredores de fauna. Ana Maria Marchesan<sup>8</sup> assinala que os principais objetivos dessas matas são:

- a) reduzir as perdas do solo e os processos de erosão e, por via reflexa, evitar o assoreamento (arrastamento de partículas do solo) das margens dos corpos hídricos.
- b) garantir o aumento de fauna silvestre e aquática, proporcionando refúgio e alimento para esses animais;
- c) manter a perenidade das nascentes e fontes;
- d) evitar o transporte de defensivos agrícolas para os cursos d'água;
- e) possibilitar o aumento de água e dos lençóis freáticos, para dessedentação humana e animal e para o uso nas diversas atividades de subsistência e economia;
- f) garantir o reaproveitamento de fauna e maior reprodução da flora;
- g) controlar a temperatura, propiciando um clima mais ameno;
- h) valorização da propriedade rural, e
- i) formar barreiras naturais contra a disseminação de pragas e doenças na agricultura.

Apesar da importância das matas ciliares e especialmente dos corpos hídricos que elas intentam proteger, em muitas cidades, os rios que motivaram a aglomeração urbana inicial tornaram-se depósitos de lixo e esgoto e em alguns casos, foram canalizados e se transformaram em vias públicas. O exemplo do Ipiranga na cidade de São Paulo é emblemático. As margens plácidas imortalizadas nos primeiros versos do Hino Nacional e nas telas de Vitor Meireles fazem parte de uma história de degradação e supressão que continua se repetindo. Hoje São Paulo se ressentida da falta de áreas verdes e não sabe o que fazer com os rios que insistem em cruzar a cidade e se transformaram num problema cuja solução exigem investimentos proibitivos.

No caso das APPs em áreas de encosta com declividade superior a 45° o problema não é menor. Nas cidades localizadas em regiões com relevo acidentado, a ocupação das encostas foi a solução encontrada pela parcela da população carente para instalar-se próximo dos centros comerciais, e exercer o direito à moradia, ainda que, à margem da lei, em situação de risco e com inúmeros inconvenientes incluindo a dificuldade de acesso, contando para isso com a reduzida capacidade fiscalizatória ou mesmo desinteresse dos Municípios em impor o respeito à lei.

Da mesma forma, a manutenção da vegetação nas áreas de encostas, além de algumas das funções comuns às matas ripárias constitui medida de segurança e proteção à população que ocupa ilegalmente essas áreas, via de regra com a favelização desses espaços, fenômeno que conta também com a omissão criminosa do Poder Público municipal e que tem como consequência, não apenas a deterioração da qualidade de vida, mas também a degradação do patrimônio natural municipal. Esse processo configura um quadro de desorganização dos centros urbanos, agravado pela falta de planejamento e de ordenação do uso do solo, onde a favelização das encostas e a degradação das áreas verdes e dos corpos hídricos criam problemas com elevado custo sócio-econômico-ambiental.

<sup>8</sup> MARCHESAN, Ana Maria M. Áreas de “degradação permanente”, escassez e riscos. Revista de Direito Ambiental n° 35. São Paulo: RT, 2004. p. 190/216.

Lamentavelmente a falta de políticas públicas consistentes para efetivação do direito à moradia, em condições de assegurar a dignidade do indivíduo, é o fator primário a induzir a ocupação precária de lugares ambientalmente frágeis, legalmente protegidos e geralmente desprezados pelo mercado imobiliário, como ocorre com a favelização de encostas e loteamentos clandestinos com construções nas margens de cursos d'água altamente poluídos.

Tais problemas revelam a irresponsabilidade organizada, característica da sociedade de risco, onde o Poder Público se mostra desaparelhado para enfrentá-los, expondo a maiores riscos parcela da população que sequer contribuiu para o agravamento dos mesmos.

Via de regra, esses problemas seguem um encadeamento que se inicia com a conduta ilícita visando criar um fato consumado, o qual se concretiza ante a tolerância do Poder Público. Depois de ocupada a APP, a demolição parece impossível e a regularização passa a ser uma meta. As conseqüentes inundações e deslizamentos de encostas passam a ser atribuídas a outros fatores, como se a responsabilidade não decorresse exclusivamente da ocupação ilícita de áreas especialmente protegidas e da omissão ou conivência do Poder Público.

Desnecessário ressaltar que nesses casos é patente a responsabilidade solidária do Município, tanto mais grave, quanto se omite em situações de risco evidente, deixando que parcelas da população menos favorecidas construa em áreas absolutamente inapropriadas. Como assinala Geraldo M. Correa<sup>9</sup>:

O reconhecimento da existência de passivo ambiental em decorrência de uso e ocupação irregular do solo rural ou urbano se impõe ao poder público que, em conseqüência, deve impedir novas ocupações e planejar a desocupação e recuperação das áreas de preservação permanente.

Por outro lado, a regularização que simplesmente legitima a ocupação desordenada e danosa é meramente eleitoreira e não contribui para solucionar os problemas urbanos, ao contrário fomenta sua reprodução.

Nesse sentido, a Medida Provisória editada para instituir o Programa Minha Casa Minha Vida (MP 459/2009) simplesmente ignora os benefícios que a regularização fundiária sustentável<sup>10</sup> pode trazer para a população envolvida, possibilitando a recuperação de áreas verdes, relocação das ocupações ilegais e propiciando não apenas o Direito à Casa, mas o também direito ao meio ambiente sadio e uma vida com dignidade.

Em que pese a mencionada Medida Provisória estabelecer um marco inicial de ocupação de APPs para possibilitar a regularização fundiária (31/12/07), não há como negar que essa possibilidade constitui-se em incentivo que novas ocupações sejam feitas e posteriormente “regularizadas”, tudo sob o pálio do Direito à Moradia.

<sup>9</sup> CORREA, Geraldo M. *Da aplicabilidade do Código Florestal (Lei 4.771/65 c/c Lei 7.803/89) na defesa do meio ambiente em áreas urbanas*. In: BENJAMIN, Antonio H. (Org.) *Direito, Água e Vida*. Vol. 1. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003.

<sup>10</sup> Inúmeros exemplos de regularização fundiária sustentável estão sendo conduzidos no país, dentre os quais destaca-se o trabalho realizado pela empresa Terra Nova Regularizações Fundiárias com premiação internacional pelo empreendedorismo e responsabilidade social. Ver: <http://www.terranovarf.com.br>.

Oportuno consignar que o mencionado Direito envolve necessariamente o direito à não-exclusão do processo de desenvolvimento das cidades<sup>11</sup> e que a efetivação de um meio direito e uma cidadania precária nesses casos implica na perpetuação de uma situação de danos que atinge a municipalidade como um todo em sua qualidade de vida e no direito à cidade sustentável.

Malgrado a ocorrência de casos graves de degradação existem, como assinalado, exemplos exitosos de proteção e recuperação de APPs e há um amplo rol de iniciativas que o Poder Público pode conduzir para assegurar a manutenção dessas áreas verdes municipais e da qualidade dos corpos hídricos que cruzam o perímetro urbano, parcialmente citadas no item seguinte, a título de ilustração.

#### **4. ATUAÇÃO MUNICIPAL NA PRESERVAÇÃO DAS APPS**

Inicialmente cumpre assinalar que qualquer política ambiental envolve ações preparatórias e sobretudo planejamento, embora na Administração Pública brasileira, essa obviedade seja frequentemente ignorada. Por outro lado, não há planejamento sem um prévio diagnóstico da área a ser beneficiada com a política pública a ser implementada.

Geralmente os municípios não dispõem desse diagnóstico, ignoram a dimensão das APPs degradadas e sua localização, e certamente nesse caso, não possuem elementos para definir a prioridade, se é que ela existe, para efeito de preservação ou recuperação.

Desse modo, conhecer o problema é certamente o primeiro passo para resolvê-lo. Um levantamento dessas áreas atualmente é facilitado com a disponibilização de imagens de satélite, ou mesmo imagens aéreas, o que não dispensa os levantamentos em loco que pode ser efetuados com o apoio de instituições de ensino e pesquisa.

A Prefeitura Municipal de Cuiaba realizou recentemente esse diagnóstico com o levantamento das APPs municipais constatando que algumas áreas historicamente conhecidas como nascentes dos inúmeros cursos d'água que atravessam a cidade haviam efetivamente perdido essa função em decorrência do adensamento populacional, da impermeabilização do solo e ocupação no entorno desses olhos d'água. Por outro lado, esse levantamento identificou áreas que necessitam de urgente intervenção para evitar seu precimento.

Assim, de posse desse diagnóstico, a Administração municipal conta com algumas ferramentas não apenas para conter a ocupação de APPs, como também incentivar sua conservação e recuperação. Essas ferramentas estão distribuídas nas categorias de comando e controle e instrumentos economicos, e podem ter funções preventivas ou repressivas.

Certamente que a ênfase na atuação do Poder Publico deve ter caráter preventivo, de modo a evitar situações consumadas em que a ocupação dificilmente pode ser revertida, ou ainda que os danos sejam irreparáveis.

---

<sup>11</sup> SILVA, Solange Teles da. Políticas Públicas e Estratégias de Sustentabilidade Urbana. Pará: Revista Hiléia. P. 121.

Ao discorrer sobre o emprego de instrumentos econômicos<sup>12</sup> enfatizamos a necessidade de estruturação jurídica de um sistema de gestão ambiental que combine o emprego de instrumentos econômicos com a previsão de sanções e procedimentos eficazes para a reparação e compensação de danos causados ao meio ambiente. Ou seja, além dos instrumentos comumente empregados sob a forma de comando-e-controle, envolvendo licenças, padrões de emissão, regulamentos e responsabilização, novos instrumentos econômicos, como impostos, taxas sobre atividades poluentes e cobrança pelo uso dos recursos naturais estão sendo considerados como uma abordagem complementar eficiente para a política ambiental, portanto, necessários à plena efetivação do princípio do poluidor-usuário-pagador.

Infelizmente, na esfera municipal, o Poder Público não conta com muitas alternativas para utilizar instrumentos econômicos, visando induzir a proteção das APPs ou fomentar a recuperação dessas áreas quando degradadas.

Descata-se nesse contexto o Imposto Predial e Territorial Urbano que pode constituir-se em vigoroso instrumento para uma atuação extrafiscal da Municipalidade, infelizmente pouco explorado. Assim, por exemplo, pode o Município estabelecer uma alíquota diferenciada para favorecer as propriedades que tenham APPs conservadas atestadas pelo órgão municipal do meio ambiente.

Ainda na seara dos instrumentos econômicos, incentivos fiscais podem ser previstos para empresas que apoiarem programas de recuperação de áreas degradadas.

Em que pese a relevância dos instrumentos econômicos, não se ignora que esses devem funcionar conjugados com medidas de comando-e-controle, mesmo porque a previsão de incentivos econômicos muitas vezes não é suficiente para dissuadir práticas danosas ao meio ambiente que precisam ser sancionadas.

Também na categoria dos instrumentos de comando-e-controle a ênfase deve ser dada às medidas de cunho preventivo elencados no Estatuto da Cidade e que devem integrar o Plano Diretor e Leis de Uso do Solo.

Com efeito, as diretrizes gerais contempladas no referido Estatuto fornecem importantes parâmetros para a proteção das APPs no âmbito municipal, dentre os quais destacamos a garantia do direito à cidade sustentável; a gestão democrática; a cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social; o planejamento do desenvolvimento das cidades; a ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar a utilização inadequada dos imóveis urbanos, a especulação urbana, a deterioração das áreas urbanizadas, a poluição e a degradação ambiental; e a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico.<sup>13</sup>

Entre os instrumentos preventivos de política ambiental atenção especial deve ser dada ao licenciamento ambiental, especialmente nos casos que envolva a supressão de APPs ou de obras de impacto significativo.

<sup>12</sup> IRIGARAY, Carlos Teodoro J. Huguency. *O emprego de instrumentos econômicos na gestão ambiental*. In: FIGUEIREDO, Guilherme J. Purvin. *Direito Ambiental em Debate*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004, p. 82.

<sup>13</sup> Ver a propósito: IRIGARAY, Carlos T. J. H. *Município e Meio Ambiente: Bases para atuação do município na gestão ambiental*. Cuiabá: Editora da FUNESMIP, 2002.

Oportuno lembrar que a exigência de compensação ambiental é consectária do licenciamento de obras de impacto significativo, e deve estar prevista no respectivo Estudo de Impacto Ambiental. Especialmente nos casos em que os impactos repercutam sobre corpos hídricos ou áreas de preservação permanente no âmbito municipal, a compensação pode contemplar investimentos na recuperação sobretudo nas áreas públicas onde esta se encontre degradada, assim como nas áreas privadas onde o ocupante não possui condições de arcar com essa recomposição, ampliando essas áreas protegidas através da criação de unidade de conservação.

Ainda nos casos de licenciamento, de acordo com a legislação este é obrigatório para autorizar obras de utilidade pública ou interesse social que envolvam a supressão de APPs, sendo via de regra conduzido pelo Estado, ouvido o Município afetado. O licenciamento, nessa hipótese, pressupõe a definição de medidas mitigadoras e compensatórias. Embora lei não o estabeleça expressamente, é indubitável que ambas devem ser definidas em favor da área impactada, salvo quando não seja possível. Especialmente com relação às medidas compensatórias, muito frequentemente os órgãos estaduais de meio ambiente negligenciam no cumprimento dessa exigência legal, ou simplesmente a utilizam para favorecer programas que desenvolvem, sem nenhuma relação com a área degradada. Por outro lado, os municípios se omitem no acompanhamento desses licenciamentos e sequer postulam a compensação devida.

Dessarte, faz-se necessária uma maior diligência dos órgãos ambientais municipais no acompanhamento das licenças ambientais que envolvam supressão de APPs sobretudo na definição das medidas mitigadoras e compensatórias que devem reverter diretamente para a recuperação dessas áreas degradadas, sobretudo no mesmo corpo hídrico.

Também com efeito preventivo deve ser destacada a ampla possibilidade de criação de unidades de conservação que podem se sobrepor às APPs preservadas no perímetro urbano, como parte de um conjunto de ações consistentes para ampliar áreas verdes, de modo a propiciar o fluxo gênico da fauna e da flora e adicionalmente fixar carbono e preservar o microclima, sobretudo no contexto das mudanças climáticas, que estão causando alterações drásticas na fitofisionomia florestal.

Exemplos como o do reflorestamento com espécies nativas na Floresta da Tijuca, objetivando restaurar os corpos hídricos que abasteciam o Rio de Janeiro na época do Império, precisam ser reproduzido. E hoje as condições são certamente mais favoráveis para isso, mesmo porque tão só o cumprimento da lei é suficiente para assegurar a proteção dessas áreas verdes, faltando apenas vontade política para que a municipalidade se beneficie com ações dessa natureza. Alguns exemplos contemporâneos mantêm viva essa esperança, como a do pequeno Município de Marcelândia-MT localizado no entorno do Parque Nacional do Xingu que envolveu a comunidade nos trabalhos de recuperação das APPs e áreas degradadas do Rio Manissauá-miçu<sup>14</sup>; esse tipo de iniciativa produz efeito não apenas pela recomposição do bem ambiental como pela conscientização dos munícipes.

<sup>14</sup> Ver outras iniciativas do Y Ikatu Xingu no site: <http://www.yikatuxingu.org.br>.

Sabe-se porém que a despeito do alcance das ações preventivas ou voltadas para a conscientização, frequentemente é necessária a atuação repressiva do Município que também detém competência para fiscalizar danos às APPs nos limites de seu território.

Todavia, talvez seja na área da fiscalização que os municípios apresentem maior deficiência, mormente nos pequenos municípios onde os recursos materiais e humanos são escassos as relações sociais dificultam naturalmente a atuação repressiva. Porém, essa limitação pode ser contornada com o envolvimento da coletividade através de projetos de fiscalização voluntária e especialmente do Ministério Público que podem contribuir para o ajustamento de conduta e a recuperação de APPs degradadas.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Uma das características dos recursos ambientais é sua multifuncionalidade, ou seja, cada um dos recursos exerce inúmeras funções, isso considerando não apenas o interesse e os usos voltados para as necessidades humanas, mas também as funções ecológicas que tais recursos desempenham.

Assim a flora localizada nas áreas de preservação permanente, presta relevante serviços ambientais, na medida em que evita a perda de solo, promove a contenção do assoreamento, reduz a emissão de CO<sub>2</sub>, estabiliza o clima, protege os recursos hídricos e preserva a biodiversidade, com reflexos diretos na qualidade de vida da população.

Especialmente a vegetação localizada nas áreas de encosta e no entorno dos corpos hídricos, legalmente protegida, constitui-se em significativo depósito de carbono que deve ser preservado, como forma de contribuir para reduzir as emissões que agravam o quadro de mudanças climáticas. Além do armazenamento de carbono, por si só relevante, essa vegetação guarda relação direta com a estabilidade do clima, também no âmbito local, através da evapotranspiração necessária à manutenção da umidade do ar.

Igualmente relevante é a contribuição das APPs para a manutenção do ciclo hidrológico permitindo uma maior percolação das águas pluviais no solo, abastecendo o lençol freático e recarregando os aquíferos além de propiciar a estabilização do solo, sobretudo nas áreas de encosta, evitando os processos erosivos que degradam os cursos d'água e agravam as enchentes. Além disso, as APPs oferecem abrigo a fauna e funcionam como corredores ecológicos assegurando, em última instância a proteção da biodiversidade.

Ademais dessa importância ecológica essa áreas desempenham também um papel cultural, estético e recreativo. Vale dizer, a proteção das APPs se justifica não apenas pelas razões ecológicas, mas também pela sua importância social.

Desafortunadamente, a degradação dessas áreas tem sido tolerada em grande parte dos municípios brasileiros, prevalecendo a impunidade característica dos ilícitos ambientais.

Em que pese a polêmica desencadeada pela tentativa do Governo catarinense de reduzir a dimensão dessas áreas, em outras regiões do país tem-se constatado

um esforço para revegetar APPs degradadas a partir da simples constatação de que sem elas o perecimento dos corpos hídricos é irremediável.

Cabe assinalar que as APPs constituem um instituto tipicamente brasileiro que se relaciona com alguns direitos fundamentais, como o direito ao meio ambiente equilibrado, o direito à cidade sustentável e o direito à saúde, justificando-se, especialmente em nosso país, pela grande reserva hídrica do qual somos depositários e que se encontra notoriamente ameaçada pela irresponsabilidade com que nossos recursos hídricos estão sendo “gerenciados”.

Assim, no que pertine à proteção das APPs o grande desafio é fomentar a consciência da importância dessas áreas e romper com a perversa equação: “ocupação ilegal – omissão municipal – regularização”. Cabe ao Ministério Público, nessa tarefa, a responsabilidade de atuar proativamente, sobretudo evitando que se consolide a idéia de que qualquer crime ambiental pode ser regularizado sem a recuperação do bem afetado.

Os Municípios possuem inúmeros instrumentos para envolver a sociedade civil e promover a recuperação e preservação dessas áreas especialmente “desprotegidas”, assegurando a conservação dos corpos hídricos, a ampliação de áreas verdes e em última instância, mais qualidade de vida para a população.

## **BIBLIOGRAFIA**

- BUCCI, Maria Paula Dallari. Dallari, Adilson de Abreu e Ferraz, Sérgio (Coord.). Estatuto da Cidade, Comentários a Lei Federal nº. 10.257/2001. 1º ed, São Paulo: Malheiros.
- CORREA, Geraldo M. Da aplicabilidade do Código Florestal (Lei 4.771/65 c/c Lei 7.803/89) na defesa do meio ambiente em áreas urbanas. In: BENJAMIN, Antonio H. (Org.) Direito, Água e Vida. Vol. 1. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003.
- IRIGARAY, Carlos Teodoro J. H. Município e Meio Ambiente: Bases para atuação do município na gestão ambiental. Cuiabá: Editora da FUNESMIP, 2002.
- \_\_\_\_\_. O emprego de instrumentos econômicos na gestão ambiental. In: FIGUEIREDO, Guilherme J. Purvin. Direito Ambiental em Debate. Vol. 2. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 2006.
- MARCHESAN, Ana Maria M. Áreas de “degradação permanente”, escassez e riscos. Revista de Direito Ambiental nº 35. São Paulo: RT, 2004. p. 190/216.
- PEREIRA, Osny Duarte. Direito Florestal Brasileiro. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1950.
- SILVA, Solange Teles da. Políticas Públicas e Estratégias de Sustentabilidade Urbana. Híléia. Revista de Direito Ambiental da Amazônia. Ano -1, nº 1, agosto-dezembro/2003.

# **EXPERIÊNCIA DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA SUSTENTÁVEL**

*CELSO SANTOS CARVALHO*

Engenheiro civil, Doutor em Engenharia, Especialista  
em Infraestrutura do Ministério das Cidades,  
Diretor de Planejamento Urbano da Secretaria Nacional  
de Programas Urbanos do Ministério das Cidades

*LUCIE MARA PYDD WINTER*

Engenheira civil, Analista de Infraestrutura  
do Ministério das Cidades

## **1. INTRODUÇÃO**

Neste artigo, discute-se a política do governo federal para, em conjunto com Estados, Municípios e entidades da sociedade civil, fazer frente ao quadro da irregularidade fundiária urbana do País.

A partir de uma breve caracterização do quadro de irregularidade (que compreende não apenas a questão do domínio dos lotes, mas também a irregularidade urbanística e ambiental do assentamento), apresentam-se os conceitos que embasam o Programa Papel Passado, ação desenvolvida sob responsabilidade da Secretaria Nacional de Programas Urbanos do Ministério das Cidades, os resultados dos processos de regularização em curso em mais de 2.500 assentamentos e os esforços desenvolvidos, bem como os necessários, para adequar a legislação federal de maneira a propiciar maior efetividade aos programas de regularização fundiária.

## **2. A IRREGULARIDADE FUNDIÁRIA URBANA E O PROGRAMA PAPEL PASSADO**

A política de desenvolvimento urbano do governo federal, a cargo do Ministério das Cidades, insere-se na construção de um projeto de desenvolvimento nacional que coordena e articula ações públicas e privadas voltadas para a inclusão social, fortalecimento do direito à moradia, redução da pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais e para a superação dos entraves ao investimento público e privado no país, atendendo desta forma às diretrizes estratégicas do Governo Federal direcionadas para a construção de “Um Brasil para Todos”.

Faz parte dessa política uma atuação voltada para a integração plena dos assentamentos precários à cidade formal por meio da melhoria das condições habitacionais, urbanização, acesso aos equipamentos e serviços públicos, erra-

dicação de riscos e regularização fundiária. Esta atuação é expressa pela criação do programa “Urbanização, Regularização e Integração de Assentamentos Precários”, contendo uma ação específica de apoio à regularização fundiária sustentável urbana (Programa Papel Passado); pela criação do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (Lei Federal 11.124 de 2.005); e pelo Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) lançado em 2007, com vultosos investimentos em saneamento ambiental e urbanização de favelas.

A importância de um programa nacional de regularização fundiária urbana evidencia-se quando se observa que existem de 13 a 15 milhões de domicílios irregulares em nossas cidades habitados por população de baixa renda. Este número representa cerca de 30% das famílias urbanas que, impossibilitadas de conseguir uma moradia legalizada, construíram sua moradia em favelas, vilas, palafitas ou loteamentos clandestinos.

Essas comunidades implantaram-se em terrenos, públicos ou privados, ocupados no processo de luta empreendido pela população para fazer valer seu direito à moradia. Ou então, no caso dos loteamentos clandestinos, em áreas loteadas de forma ilegal por empreendedores inescrupulosos, que lucram explorando a extrema necessidade dos mais pobres. São assentamentos em que os moradores encontram-se em situação de insegurança quanto à manutenção de suas posses, posto que não são reconhecidas pelo Estado, sem acesso à infra-estrutura urbana e sujeitos a riscos de inundações ou escorregamentos de encostas. Além disso, estes assentamentos encontram-se muitas vezes implantados em áreas de interesse ambiental, gerando impactos para toda a cidade. Por outro lado, é forçoso reconhecer que esses assentamentos representam uma solução efetiva de moradia, permitindo a manutenção de laços sociais e de relações de emprego e geração de renda.

A política do governo federal parte do princípio que a remoção de 15 milhões de domicílios urbanos é claramente inviável, pois não existem alternativas locais disponíveis na magnitude necessária, que permitam produzir em curto e médio prazos 15 milhões de novas moradias dotadas de infra-estrutura e serviços urbanos em locais que permitam a manutenção das condições econômicas e sociais de sobrevivência construídas no processo de ocupação.

A alternativa é reconhecer essas ocupações, estendendo a essas comunidades as redes de infra-estrutura urbana, equacionando as situações de risco, mitigando os impactos ambientais e garantindo a segurança das posses, evitando o risco dos despejos e remoções forçadas.

A regularização fundiária plena, conforme concebida pelo governo federal, deve atender a todas essas necessidades e neste sentido, envolve ações desenvolvidas sob três perspectivas: dominial, garantindo um título de propriedade ou de concessão de uso registrado em Cartório de maneira a garantir a segurança da posse na forma reconhecida por nosso ordenamento jurídico; urbanística, promovendo a implantação da infra-estrutura necessária para inclusão dos assentamentos nos cadastros imobiliários municipais; e ambiental, reduzindo os impactos ambientais.

Além disso, o programa reconhece que o Município é o ente federado que detém a competência constitucional para promover a política urbana, o que inclui a regularização fundiária urbana. Assim, o Programa Papel Passado apóia prioritaria-

mente os municípios e, de forma complementar, os Estados, as Organizações Não Governamentais e as Defensorias Públicas, entidades que prestam serviços direto às comunidades e constituem-se em parceiros importantes para a ação municipal.

Este apoio se dá por meio da transferência de recursos do Orçamento Geral da União para a implementação das ações de urbanização e regularização fundiária; cursos e produção de material de capacitação de técnicos locais; seminários e oficinas para intercâmbio de experiências; divulgação de material de apoio; e adequação da legislação federal.

Por meio do sistema de monitoramento do Programa Papel Passado, implantado em 2003, são acompanhadas atividades de regularização fundiária desenvolvidas em 377 municípios, envolvendo 2.571 assentamentos abrigando 1.679.815 famílias. Os dados do monitoramento indicam que até março de 2009, foram concedidos 326.910 títulos de propriedade ou de concessão de uso e, destes, 110.618 foram devidamente registrados em Cartório.

Esses dados, discriminados por Estado, são apresentados na Tabela 1.

**Tabela 1. Processos de regularização fundiária em andamento (março de 2009)**

<i>Estado</i>	<i>Número de municípios</i>	<i>Número de assentamentos</i>	<i>Número de domicílios</i>	<i>Títulos concedidos</i>	<i>Títulos registrados</i>
AC	1	14	5.261	1.784	0
AL	3	16	17.585	540	475
AM	13	56	89.163	35.585	19.171
BA	11	147	188.022	84.477	37.376
CE	3	68	39.997	504	0
DF	4	14	43.696	1.311	0
ES	8	40	75.522	588	328
GO	18	42	17.675	2.923	2.109
MA	9	22	140.641	7.240	0
MG	42	216	70.778	10.764	1.805
MS	5	29	9.159	4.008	3.240
MT	36	117	68.110	52.095	186
PA	21	28	77.544	5.358	5.258
PB	13	38	13.006	37	0
PE	13	98	80.627	2.234	1.469
PI	5	26	12.762	3.199	1.437
PR	22	157	59.153	9.996	4.919
RJ	28	238	123.704	8.947	513
RN	7	35	15.790	183	169
RO	3	50	49.377	5.428	3.702
RR	1	7	12.155	3.850	0
RS	34	203	44.255	6.608	4.067
SC	19	55	34.611	2.256	1.806
SE	2	9	15.538	3.199	2.014
SP	46	825	369.817	72.463	19.497
TO	9	20	5.867	1.333	1.077
<b>TOTAL</b>	<b>376</b>	<b>2.570</b>	<b>1.679.815</b>	<b>326.910</b>	<b>110.618</b>

Estes números indicam inicialmente que os programas de regularização fundiária incorporaram-se definitivamente na agenda das políticas urbanas municipais. De fato, tanto os estados como os municípios de maior porte já dispõem de estruturas administrativas e programas voltadas para a regularização fundiária. No entanto, eles demonstram também que o processo de regularização é extremamente lento e complexo, pleno de obstáculos técnicos, sociais e legais que dificultam sobremaneira a concretização do direito à moradia expresso pela Constituição Federal.

### **3. AVANÇOS E DESAFIOS PARA A ADEQUAÇÃO DO MARCO LEGAL**

A remoção dos obstáculos legais surge como um dos principais desafios para a efetivação da regularização fundiária urbana no País. Neste aspecto, é necessário discutir amplamente na sociedade e reavaliar as disposições legais no âmbito do urbanismo, da propriedade, do registro imobiliário e do meio ambiente.

A legislação urbanística precisa considerar inicialmente que há porções da cidade que foram construídas de forma espontânea pela população, à margem das disposições e parâmetros formais, e que essas porções, pela sua magnitude, marcam o tecido urbano e a paisagem das nossas cidades. Para essas áreas de ocupação consolidada é necessário que a legislação admita parâmetros urbanísticos especiais, adequados à forma de ocupação existente e que permitam a implantação da infra-estrutura urbana necessária para garantir condições adequadas de vida. A legislação federal, por meio do Estatuto da Cidade (Lei Federal Nº 10.257 de 2001), atendeu a esta necessidade ao instituir as Zonas Especiais de Interesse Social. É necessário agora que as legislações municipais, no âmbito dos Planos Diretores, se utilizem deste instrumento de forma adequada, demarcando de forma inequívoca as ZEIS; estabelecendo parâmetros urbanísticos, definidos não de forma geral, mas a partir de um plano urbanístico específico para cada assentamento, que considere a forma de ocupação existente e os requisitos para implantação da infra-estrutura urbana, a prevenção dos riscos e a redução dos impactos ambientais; estabelecendo mecanismos que garantam a manutenção da área como local de moradia para a população carente, evitando sua posterior expulsão por segmentos sociais de maior poder econômico; e garantindo o controle social, por meio de comitês gestores com participação da sociedade.

Além disso, visando evitar conflitos de competência que atrasam enormemente os processos de regularização fundiária, a legislação federal precisa estabelecer claramente que a competência para licenciar o projeto de regularização fundiária, que compreende o projeto urbanístico das ZEIS, é do Município. Na ausência de uma lei federal para a regularização fundiária, aplica-se atualmente a Lei Federal Nº 6766 de 1979 que trata do parcelamento urbano e que, principalmente nas regiões metropolitanas, preconiza a participação dos Estados no licenciamento por meio de uma anuência prévia que, na prática, transforma-se em muitos Estados num duplo licenciamento. Urge a aprovação do PL 3057 de 2000, ora em tramitação na Câmara dos Deputados, com dispositivos que resolvam de forma definitiva e adequada este conflito.

Nas questões envolvendo o Direito de Propriedade, são necessários instrumentos que viabilizem a radical democratização da propriedade e da legalização das posses. Neste aspecto, a Constituição Federal foi responsável por um avanço significativo ao reconhecer, em seu Artigo 183, que sob determinadas condições, a posse por 5 anos de um lote urbano utilizado para moradia é reconhecida como propriedade tendo em vista o exercício da sua função social. O Estatuto da Cidade e a Medida Provisória Nº 2220, ambos de 2001, trouxeram instrumentos para concretizar este direito constitucional, tanto em ocupações em áreas de domínio privado quanto em áreas de domínio público (neste caso por meio da Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia), nas modalidades individual e coletiva.

A Lei Federal Nº 11.481 de 2007 instituiu instrumentos que permitem concretizar o direito à moradia e a função social da propriedade nas terras sob domínio da União, agilizando os processos de regularização fundiária de interesse social nessas áreas. A necessidade agora é avançar na agilização dos processos de reconhecimento do direito expresso pelo Artigo 183 da Constituição Federal, instituindo instrumentos que tornem mais efetivas e ágeis as ações de usucapião especial urbano. A proposta dos instrumentos de demarcação urbanística e legitimação da posse, incluída no Projeto de Lei Nº 3057 de 2000 (já referido), configura-se como uma importante iniciativa a ser considerada pelo Congresso Nacional.

No que diz respeito aos aspectos relacionados ao Registro Imobiliário, é fundamental que este se adapte à necessidade de registrar os milhões de domicílios atualmente irregulares caracterizados por serem ocupados por população de baixa renda e carentes. É necessário, simplesmente, instituir mecanismos que permitam o acesso desta população ao cartório de registro de imóveis. Neste sentido, deve-se ressaltar o alcance social das leis federais Nº 10.931 de 2004 e Nº 11.481 de 2007, que instituíram a gratuidade do primeiro registro da regularização fundiária de interesse social.

Mas propiciar o acesso ao registro de imóveis pela população carente não exige apenas manter a gratuidade do registro (que se encontra, aliás sob ameaça no PL 3057 de 2000). É preciso estabelecer na legislação federal normas gerais que garantam um procedimento de registro desburocratizado e ágil, que estabeleça a necessária diferença entre o registro do projeto da regularização fundiária e o registro dos novos parcelamentos de solo.

Finalmente, é necessário tratar da Legislação Ambiental, de maneira a compatibilizar o Direito Ambiental e o Direito à Moradia, ambos necessários para garantir cidades socialmente justas e ecologicamente equilibradas, capaz de atender as necessidades atuais, de todas as classes sociais, e as necessidades das gerações futuras.

Da mesma forma que não é possível imaginar uma parte da cidade ecologicamente equilibrada convivendo no mesmo território com outra parte (de igual tamanho) irregular, degradada ambientalmente, sem infra-estrutura urbana, com rios poluídos; não se pode admitir uma cidade inteiramente ocupada, sem áreas verdes, sem proteção aos recursos hídricos, sem vegetação.

A legislação, em particular a que trata das Áreas de Preservação Permanente, deve buscar a compatibilização entre a regularização fundiária de interesse social, a redução dos impactos ambientais e a recuperação das áreas degradadas.

Hoje, na ausência de uma legislação adequada, o principal instrumento utilizado para a urbanização de assentamentos precários em áreas de interesse ambiental é o Termo de Ajustamento de Conduta, conduzido pelos Ministérios Públicos, estaduais ou federal. Apesar de permitir a efetivação de algumas intervenções, os acordos estabelecidos no âmbito do TAC não têm eficácia ampla e nem mesmo permanente, pois às vezes um TAC firmado por um promotor de justiça tem sido desconsiderado em Juízo ou mesmo por um outro promotor que assume o processo depois de iniciado.

Baseado na MP 2166-67 de 2001, que estabelece casos e situações excepcionais que justificam intervenção em APP, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) editou a Resolução CONAMA Nº 369 de 2006, que considera a regularização fundiária de interesse social como uma atividade que justifica a intervenção em APPs inseridas em áreas urbanas consolidadas. Apesar da enorme importância desta iniciativa, que busca definir regras para que a regularização fundiária incorpore intervenções para melhoria da qualidade ambiental, o procedimento preconizado tem se mostrado extremamente complexo e inviável de ser seguido pelos municípios.

Aqui, consideramos importante uma adequação da legislação federal no sentido de incorporar o conceito básico da Resolução CONAMA Nº 369 qual seja admitir a regularização fundiária de interesse social em APP condicionada à comprovação da mitigação dos impactos ambientais e à preservação e recuperação ambiental das áreas não ocupadas, e apenas para as situações onde o impacto social da remoção das moradias seria inaceitável e injusto (ou seja, em áreas urbanas consolidadas em que é inviável relocar as moradias removidas em local próximo ao original); mas incorporando mecanismos e procedimentos ágeis e que facilitem a ação do Município na implementação desta ação.

Construir uma legislação adequada, moderna, que sirva de indutora para a transformação das nossas cidades, com o efetivo reconhecimento do direito à moradia e a recuperação da qualidade ambiental, é um dos maiores desafios da política urbana e ambiental do País.

# REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

*CLÁUDIA MARIA BERÉ*

Promotora de Justiça em São Paulo, atuando na Promotoria de Justiça de Habitação e Urbanismo da Capital. Mestre pela Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da USP. Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Professora da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo

## 1. INTRODUÇÃO

No artigo denominado “As especificidades dos conflitos envolvendo ocupações irregulares em áreas consideradas impróprias à urbanização”<sup>1</sup>, Rose Compans e Sérgio Mares Viñas analisam casos de conflitos ambientais envolvendo ocupações irregulares levantados para o Mapa dos Conflitos Ambientais no Estado do Rio de Janeiro (2006). Destacam os autores dois aspectos que consideram os mais significativos nos litígios envolvendo assentamentos informais, a saber, a inversão do papel dos pobres, que de vítimas dos problemas ambientais tornam-se os denunciados, bem como a difícil solubilidade do conflito dada a ausência de política habitacional.

De fato, os autores apontam que os pobres invasores são os principais denunciados, embora, sejam, também, os mais atingidos pelos desastres naturais decorrentes da ocupação irregular de áreas frágeis, chegando-se a uma situação peculiar em que um só ator social é, ao mesmo tempo, “réu” e vítima. O pobre, individualmente, ou integrando associação de moradores que explora o mercado imobiliário da comunidade, é o denunciado na maioria dos casos analisados, embora em certas regiões seja significativo o número de denúncias contra a abertura de condomínios de classe média, integrante de uma estratégia do tipo “fato consumado”, que visa ampliar as fronteiras do mercado imobiliário formal, forçando o poder público a alterar a legislação urbanística para permitir a regularização desses parcelamentos, valorizando os terrenos ainda não edificados.

Os autores apontam diversas hipóteses explicativas para a dificuldade de se alcançar uma solução nos casos de conflitos ambientais envolvendo ocupações irregulares, a saber, a escassez de recursos públicos para realizar vultosos investimentos em infra-estrutura, ausência de política habitacional eficaz, incapacidade institucional das prefeituras de exercerem seu poder de polícia urbanística e a insuficiência dos instrumentos utilizados pelos órgãos de controle ambiental, que apenas podem intimidar

---

<sup>1</sup> In Revista Rio de Janeiro, n. 16-17, maio-dez. 2005. Meio Ambiente Conflitos e Mediações Políticas e Projetos.

os proprietários dos imóveis, e não seus possuidores. Além desses fatores, os autores ainda indicam a falta de vontade política na escolha das prioridades, atravessada pelo jogo de interesses econômicos e eleitorais, pressões exercidas por grupos mais organizados e maior visibilidade alcançada por certos temas em detrimento de outros.

Ademais, embora as leis municipais preguem a urbanização e regularização fundiária de favelas, elas costumam permitir a remoção quando as ocupações se situam em áreas de preservação ambiental ou de risco à vida dos moradores. E esta é a triste constatação formulada por Compans e Viñas, pois os únicos casos analisados que tiveram solução implicaram a remoção dos moradores.

Os articulistas chegam à conclusão de que o denunciado ou autor do dano ambiental acaba por ser vítima de sua própria ação e da negligência do Estado em prover infra-estrutura e promover oferta habitacional para os segmentos de baixa renda, enquanto o denunciante é o próprio poder executivo municipal, a quem caberia o cumprimento dessas funções administrativas, constitucionalmente instituídas.

O quadro exposto acima, decorrente de casos ocorridos no estado do Rio de Janeiro, não difere da situação encontrada no restante do país, já que o processo de industrialização do Brasil no século XX gerou intenso fenômeno de urbanização. A ausência de investimentos estatais acarretou a falta de alternativas habitacionais para os mais pobres, levando à proliferação de processos informais e ilegais de desenvolvimento, resultando num padrão excludente dos processos de desenvolvimento, planejamento, legislação e gestão das áreas urbanas. E são muitas as irregularidades: favelas, ocupações, loteamentos clandestinos ou irregulares, que se instalaram sobre áreas deixadas de lado pelo capital imobiliário formal justamente por serem impróprias para a urbanização.

O desafio que se apresenta, assim, consiste na formulação de política urbana apta a garantir o direito às cidades sustentáveis aos moradores de ocupações irregulares, implementando a diretriz prevista no art. 2º, inc. XIV, do Estatuto da Cidade: a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as *normas ambientais*.

## 2. REGULARIZAÇÃO

De acordo com Betânia de Moraes Alfonsin, “regularização fundiária é um processo conduzido em parceria pelo Poder Público e população beneficiária, envolvendo as dimensões jurídica, física e social de uma intervenção que prioritariamente objetiva legalizar a permanência de moradores de áreas urbanas ocupadas irregularmente para fins de moradia e acessoriamente promove melhorias no ambiente urbano e na qualidade de vida do assentamento bem como incentiva o pleno exercício da cidadania pela comunidade-sujeito do projeto”<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> MATTOS, Liana Portilho de (org.) Estatuto da Cidade Comentado. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

A partir do conceito supra, indaga-se: qual o Poder Público que deve conduzir a regularização?

A competência da União, no que tange à regularização fundiária, é bastante genérica. De acordo com a Constituição Federal, a ela incumbe, privativamente, instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, habitação, saneamento básico e transportes urbanos (artigo 21, XX).

É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger o meio ambiente e combater a poluição, em qualquer de suas formas (artigo 23, VI), promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (artigo 23, IX) e combater as causas da pobreza e fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos (artigo 23, X).

Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar, concorrentemente sobre direito urbanístico (artigo 24, I).

Finalmente, o artigo 30, da Constituição Federal, prevê que compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local, suplementar a legislação federal e estadual e promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (incisos I, II e VIII, respectivamente).

Para Nelson Saule Jr., Karina Uzzo e Patrícia Menezes Cardoso, a análise dos dispositivos supra demonstra que o Município é “o principal ente federativo responsável pela promoção da política urbana, que engloba a regularização fundiária e a urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, assegurando-se o direito à moradia da população”<sup>3</sup>.

Para os mesmo autores, compete ao Município “incluir no Plano Diretor (quando este for obrigatório) as regras para aplicação dos instrumentos de regularização fundiária; promover gratuitamente assessoria jurídica e técnica para levantar a situação jurídica, física e urbanística das áreas a serem regularizadas (levantamento fundiário e topográfico, elaboração de planta, memorial descritivo) e promover as ações judiciais necessárias; criar um programa de regularização com a participação da comunidade em todas as etapas; criar um Fundo Municipal de Desenvolvimento Urbano e Habitação para obter recursos de convênios e parcerias com a iniciativa privada, fundos de pensão do estado e apoio de agentes financeiros como a CAIXA e outras entidades governamentais; estabelecer um conselho de habitação e desenvolvimento urbano; desenvolver trabalhos sociais com a comunidade, como um diagnóstico coletivo dos problemas de habitação; elaborar e executar planos de urbanização e de regularização fundiária; garantir que, depois de aprovado o plano de urbanização, não seja permitido o remembramento de lotes, exceto para implementação de equipamentos comunitários públicos”<sup>4</sup>.

Resta claro, pois, que a participação de todos os entes da Federação é necessária para se viabilizar a regularização fundiária sustentável. Em função de

<sup>3</sup> ALFONSIN, Betânia de Moraes (coord.). ob. cit.

<sup>4</sup> Idem, *ibidem*.

sua competência para legislar, a União deverá criar as normas gerais de direito urbanístico regulando a questão.

Este é o papel da recém editada Medida Provisória nº 459, de 25/03/09, que dispõe sobre o “Programa minha casa, minha vida”.

A Medida Provisória dedica o Capítulo III ao tema regularização fundiária de assentamentos humanos. A Seção I, do capítulo citado, traz normas gerais sobre a questão, começando por estabelecer, no art. 50, que “a regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos urbanos e a titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

Em seguida, o mencionado diploma legal trata, ainda, de definir a regularização fundiária de interesse social, que é a regularização fundiária de assentamentos irregulares ocupados, predominantemente, por população de baixa renda, que tenha preenchido os requisitos para usucapião ou concessão de uso especial para fins de moradia ou de imóveis situados em ZEIS ou em áreas da União declaradas de interesse do serviço público, bem como a regularização fundiária de interesse específico, que abrange a regularização fundiária quando não caracterizado o interesse social.

Interessa, ainda, ao objeto do presente trabalho destacar alguns pontos da MP.

O art. 53 autoriza o Município a dispor sobre regularização fundiária, destacando, contudo, que a ausência de regulamentação não impedirá sua implementação.

A iniciativa da regularização fundiária poderá ser tomada pela União, Estados, Municípios e também pelos beneficiários da regularização, individual ou coletivamente, bem como por cooperativas habitacionais, associações de moradores ou outras associações civis.

A Seção II, do capítulo mencionado, disciplina a regularização fundiária de interesse social, sujeitando-a à análise e aprovação do Município e atribuindo a responsabilidade pelas obras de implantação de infra-estrutura básica ao Poder Público, autorizando execução antes mesmo de ser concluída a regularização jurídica da situação dominial do imóvel.

Já a Seção III trata da regularização fundiária de interesse específico, sujeitando-a à análise e aprovação pela autoridade licenciadora e à emissão das respectivas licenças urbanística e ambiental, inclusive mediante a exigência de contrapartidas. A responsabilidade pela implantação de obras de infra-estrutura deve ser definida pela autoridade licenciadora, podendo ser compartilhada com os beneficiários da regularização, levando em consideração os investimentos já feitos pelos moradores e o poder aquisitivo dos beneficiários.

Aos Estados incumbe suplementar as normas federais, no que for cabível. No Estado de São Paulo, por exemplo, a Lei Estadual nº 12.233/06 trata da regularização das ocupações irregulares situadas em áreas de proteção aos mananciais da Baía Guarapiranga. É interessante destacar que o art. 66, da lei mencionada, autoriza a regularização e o licenciamento do uso e ocupação do solo não conformes com os parâmetros e normas estabelecidos na lei, mediante compensação de natureza urba-

nística, sanitária ou ambiental, porém, em seu parágrafo único, dispensa medidas de compensação no caso das Áreas de Recuperação Ambiental 1- ARA 1, que sejam objeto de Programas de Recuperação de Interesse Social – PRIS.

Aos Municípios caberá legislar sobre a regularização fundiária em seu território.

O Plano Diretor Estratégico de São Paulo – Lei Municipal nº 13.430/02, além de estabelecer como um dos objetivos da política urbana a regularização fundiária e a urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, traz como uma das diretrizes da política urbana a regularização fundiária mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais.

E ao tratar dos instrumentos de gestão urbana e ambiental, o Plano Diretor paulistano trata dos instrumentos de regularização fundiária, aí incluída a criação de Zonas Especiais de Interesse Social – ZEIS, a concessão do direito real de uso, a concessão de uso especial para fins de moradia, o usucapião especial de imóvel urbano, o direito de preempção e a assistência técnica urbanística, jurídica e social gratuita.

A competência constitucional comum aos três entes da federação para promover a melhoria das condições habitacionais não deixa dúvida de que União, Estados e Municípios deverão atuar na regularização fundiária. A referência à ação do Poder Público, na recém editada Medida Provisória 459/09, também não deixa qualquer dúvida. Porém, como saber qual ente da federação deverá atuar em cada caso concreto?

Ora, quando a ocupação está localizada em bem público, “o agente responsável pela regularização fundiária é o Poder Público proprietário da área do assentamento<sup>5</sup>”. Assim, se a ocupação está localizada em terra pública da União, será responsável pela regularização fundiária a União, em terra pública do Estado, o responsável será o Estado e em área pública municipal, a regularização caberá ao Município.

No caso de ocupações localizadas em áreas privadas, a regularização dominial poderá se dar por iniciativa dos moradores, através de instrumentos como a concessão de direito real de uso, alienação, doação, dação, direito de superfície, quando o legítimo proprietário do imóvel se dispuser a dispor da área ou, independente de sua vontade, através de usucapião individual ou coletivo. A regularização fundiária, contudo, não deve se encerrar na regularização dominial, devendo abranger, também a regularização urbanística e ambiental, “que compõem o processo ideal de regularização fundiária plena, (no qual) a prefeitura deve participar por meio do projeto e obras de urbanização, promovendo inclusive os reassentamentos necessários para resolver situações de risco, de ocupações em áreas de proteção ambiental e viabilizar o sistema viário. Cabe ainda à prefeitura o licenciamento urbanístico e a regularização das construções, ... promovendo a plena integração do assentamento à cidade<sup>6</sup>”.

<sup>5</sup> Manual da Regularização Fundiária Plena, editado pela Secretaria Nacional de Programas Urbanos do Ministério das Cidades.

<sup>6</sup> Idem.

Resta claro, assim, que o Município é o principal responsável pela regularização fundiária. O Poder Judiciário vem reconhecendo essa responsabilidade, bem como a obrigação de regularizar o parcelamento ilegal do solo executado em seu território, conforme acórdão que se transcreve abaixo:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. PARCELAMENTO DE SOLO. MUNICÍPIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

1. O Município, em se tratando de Ação Civil Pública para obrigar o proprietário de imóvel a regularizar parcelamento do solo, em face do modo clandestino como o mesmo ocorreu, sem ter sido repellido pela fiscalização municipal, é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda.

2. O Município tem o poder-dever de agir para que loteamento urbano irregular passe a atender o regulamento específico para a sua constituição.

3. O exercício dessa atividade é vinculado.

4. Recurso provido para que o Município, conforme chamamento feito na inicial pelo Ministério Público, autor da ação, figure no polo passivo da demanda. Trechos do acórdão:

“Não merece, ao meu pensar, prevalecer a tese do acórdão hostilizado no sentido de que tal atividade fiscalizadora e de impor regularização do parcelamento do solo, é de natureza discricionária. Entendo que, no caso, o Município exerce atividade obrigatória por disposição legal, por conseguinte, de natureza vinculada, pelo que a sua omissão pode implicar em responsabilidades civis.

Não se pode deixar cair no vazio, portanto, sem expressão de eficácia e efetividade, que, de acordo com o art. 30, VIII, da CF, em se tratando de controle urbanístico, o Município tem o poder-dever de impedir parcelamentos do solo sem o seu licenciamento e de agir, em caso de parcelamento clandestino, para que seja feita a regularização, impondo que os regulamentos de postura sejam obedecidos e aplicando as multas devidas, incluindo-se punições outras de natureza administrativa se previstas na lei de regência de tal situação”. Recurso Especial nº 194.732/SP (98/0083806-6) - 1ª Turma – STJ - Rel. Ministro José Delgado - j. 23.02.99”

Conforme visto acima, incumbe ao Poder Pública responsável a iniciativa de políticas de regularização fundiária. Os instrumentos que podem ser empregados na regularização fundiária já estão disciplinados, pelos menos, desde a edição do Estatuto da Cidade, em 2001. Agora, somam-se a eles a demarcação urbanística e a legitimação de posse, previstas na MP 459/09. A mera existência de instrumentos jurídicos, contudo, não basta. É necessário que União, Estados e, sobretudo, os Municípios instituem programas de regularização fundiária, destinando a eles recursos e pessoal, pois sem uma atuação efetiva não se logrará integrar à cidade os segmentos excluídos que habitam as ocupações irregulares.

### 3. APPS

As áreas frágeis mencionadas na introdução a este trabalho, são, via de regra, áreas de preservação ambiental ou de risco à vida de seus moradores, que, em geral, estão expostos a enchentes, deslizamentos de terras e desmoronamen-

tos, uma vez que as ocupações irregulares costumam estar situadas em margens de cursos d'água, lagoas, lagos e reservatórios naturais ou artificiais, nascentes, encostas acima de 45°, topo de morros, restingas, dunas, manguezais, veredas e altitudes maiores que 1.800 metros, que são justamente as áreas definidas como áreas de preservação permanente - APP - pelo art. 2º, do Código Florestal.

Roberto Varjabedian e Eduardo Pereira Lustosa, Assistentes Técnicos do Centro de Apoio à Execução – CAEX – do Ministério Público de São Paulo demonstram a importância das áreas de preservação permanente.

Para eles, a legislação protege essas áreas em função do cumprimento de um conjunto de funções ambientais vitais, quais sejam: 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.

Intervenções nas APPs podem acarretar a perda de suas funções ambientais.

A proteção às margens de cursos d'água, lagos e represas, a mata ciliar se presta a estabilizar as margens e contribuir para a qualidade da água, funcionando como uma barreira que impede o arrasto de sedimentos e produtos tóxicos para o sistema aquático. Ela também visa a evitar a erosão, já que as raízes das árvores estabilizam o solo e a folhagem intercepta as gotas de chuva e impede a destruturação física do horizonte superficial. No solo da mata, a infiltração de água pode ser 40 vezes maior do que no solo descoberto.

Essa função tem relevância ainda maior nas encostas e topos de morros, onde a vegetação controla a velocidade de escoamento das águas pluviais e da parcela que se infiltra para preencher os vazios do solo e participar da recarga dos aquíferos que alimentam as nascentes, garantindo o escoamento básico dos córregos e rios.

Por outro lado, a ausência da vegetação nativa nessas áreas acarreta o aumento da velocidade de escoamento hídrico superficial, com o agravamento da erosão e dos trágicos deslizamentos de terra que se repetem no país, isso sem falar dos efeitos nefastos para a manutenção da paisagem.

Outra consequência do desrespeito às APPs é o transporte para o meio aquático de sedimentos, matéria orgânica e produtos tóxicos, que poluem a água, assoreiam rios e represas, comprometem os mananciais de abastecimento público e provocam as trágicas inundações que assolam muitas cidades brasileiras.

Cabe lembrar que enchente não é, necessariamente, sinônimo de catástrofe. É apenas um fenômeno natural dos regimes dos rios, que sempre têm sua área natural de inundação. As enchentes passam a ser um problema para o homem quando ele desrespeita esses limites naturais, instalando-se junto às margens, na faixa de preservação permanente. Ou então quando altera o ambiente de modo a modificar a magnitude e o regime das enchentes, por meio de desmatamentos, remoção das várzeas e impermeabilização do solo.

A contaminação dos recursos hídricos superficiais e sub-superficiais também está intimamente ligada à ocupação indevida das APPs, na medida em que as atividades poluidoras se instalam próximas aos recursos hídricos e despejam ali diversos tipos de resíduos.

Os impactos dessas alterações adversas provocadas pelo sistemático desrespeito às APPs acarretam enormes gastos aos cofres públicos e, conseqüentemente, pesam nos bolsos dos contribuintes.

De acordo com informações do Portal do Geólogo (geologo.com.br), os municípios da Região Metropolitana de São Paulo gastam anualmente cerca de R\$ 180 milhões em operações de desobstrução e limpeza de drenagens naturais e construídas. A contabilização de prejuízos patrimoniais e dispêndios públicos e privados envolvidos no enfrentamento de enchentes advindas do assoreamento de drenagens é estimado em cerca de R\$ 20 milhões ao ano.

Outra vultosa despesa, difícil de ser contabilizada, refere-se à imobilização patrimonial de extensas áreas públicas utilizadas para a disposição do material resultante das operações de desassoreamento, que levam enorme carga poluidora para esses locais. Nos últimos quatro anos, foram retirados do Rio Tietê aproximadamente 6.000.000 m<sup>3</sup> de sedimentos e lixo.

A remoção de florestas e a degradação de áreas alagadas das cabeceiras dos rios na região metropolitana também têm encarecido significativamente o tratamento de água realizado pela Sabesp. O custo do tratamento de mil metros cúbicos subiu de R\$ 15 para R\$ 150, entre 1995 e 2005. Essas informações constam de reportagem da Folha Online, de 04/04/2005, que entrevistou o professor José Galizia Tundisi, um dos maiores especialistas em recursos hídricos do país.

O custo também é alto em termos de vidas humanas perdidas, principalmente nos deslizamentos de terra registrados nos principais centros urbanos do país, em decorrência dos desmatamentos e ocupação irregular de APPs de topos de morros e encostas íngremes. Estudo realizado pelo geógrafo Antônio José Guerra aponta que só no município de Petrópolis (RJ), entre 1960 e 1998, foram registradas 1.500 ocorrências graves de deslizamentos, resultando no trágico número de 383 mortes.

Um forte exemplo das conseqüências nefastas de uma gestão territorial inadequada, tanto rural como urbana, bem como do desrespeito às normas ambientais e urbanísticas do país, que vigoram há décadas, são os acontecimentos ocorridos em 2008 na bacia do Vale do Rio Itajaí, no Estado de Santa Catarina, resultando em perdas e prejuízos gravíssimos, desabrigando milhares de famílias e ceifando muitas vidas humanas.

#### **4. O QUE FAZER?**

O quanto exposto acima não deixa qualquer dúvida: é necessário promover a regularização fundiária das ocupações irregulares habitadas por população de baixa renda, bem como é igualmente necessário proteger as áreas de preservação permanente. Porém, o que fazer em relação às ocupações irregulares promovidas por população de baixa renda em áreas de preservação permanente?

Para Laura Machado de Mello Bueno e Pedro Cauê Mello Rosa Monteiro, no artigo “Planos Diretores, Aspectos Urbanísticos e Ambientais na Regularização Fundiária”<sup>7</sup>, “a regularização urbano-ambiental precisa ser entendida como uma nova ação com dois objetivos integrados, de promover a recuperação da qualidade ambiental e, ao mesmo tempo, das condições de vida.” Para eles, a regularização

<sup>7</sup> In Regularização Fundiária Plena Referências Conceituais, editado pela Secretaria Nacional de Programas Urbanos do Ministério das Cidades.

dos assentamentos precários constitui um instrumento de recuperação ambiental pela qual se promove a justiça social.

Os autores citados acima consideram possível a permanência de moradias no local, mediante a realização de obras de melhorias habitacionais e de infra-estrutura, que denominam de consolidação. Consideram que a consolidação demanda a realização de ações que classificam como reparatórias, compensatórias e mitigatórias.

Ações reparatórias são as medidas tomadas para promover a remoção de poluentes do meio ambiente e restaurar o ambiente degradado, tornando-o mais próximo do estado anterior, como por exemplo, cessar o despejo de esgoto *in natura* nos corpos d'água e desocupar trechos de áreas de risco. São medidas compensatórias aquelas destinadas a compensar impactos ambientais negativos, como a implantação de infra-estrutura nas áreas protegidas dos núcleos urbanos, com maiores cuidados nas singularidades da microdrenagem e a implantação de sistemas de fiscalização e monitoramento de uso e ocupação do solo. As ações mitigatórias são aquelas destinadas a prevenir impactos negativos ou reduzir sua magnitude, como a recuperação da qualidade da água.

Bueno e Monteiro destacam, ainda, que em razão do grande número de assentamentos localizados em margens de cursos d'água nos grandes centros urbanos, obras de urbanização e regularização são frequentemente incluídas em programas de recuperação da qualidade das águas, abrangendo apenas obras para prevenir enchentes, como estabilização de margens, canalização e aterramento de margens, ressaltando eles que para que ocorra a urbanização com qualidade de vida as áreas próximas aos córregos e rios precisam receber estruturas de estabilização geotécnica e de drenagem, para controle de enchentes e poluição difusa e inibição de acidente,; equipamentos para afastamento e tratamento dos esgotos e remoção periódica de resíduos sólidos.

E concluem os autores que a supressão de vegetação em áreas de preservação permanente em ocupações urbanas consolidadas deve estar condicionada à apresentação de estudos e projetos que incorporem medidas mitigadoras, de reparação e compensação socioambiental.

No campo legislativo, o art. 4o, do Código Florestal, prevê que a supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto.

O dispositivo legal acima é regulamentado pela Resolução CONAMA nº 369, de 28/03/06, que dispõe sobre os casos excepcionais, de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente-APP. Em seu art. 1º, inc. II, letra "c", a Resolução prevê expressamente que a regularização fundiária sustentável de área urbana caracteriza o interesse social que autoriza o órgão ambiental competente a, excepcionalmente, autorizar a intervenção ou supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente-APP para a implantação de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social, ou para a realização de ações consideradas eventuais e de baixo impacto ambiental.

A mencionada Resolução contém, ainda, uma Seção tratando da Regularização Fundiária Sustentável de Área Urbana. De acordo com o art. 9º, da Resolução, a intervenção ou supressão de vegetação em APP para a regularização poderá ser autorizada pelo órgão ambiental competente, no caso de ocupações de baixa renda predominantemente residenciais; as ocupações devem estar localizadas em áreas definidas como Zona Especial de Interesse Social - ZEIS pela legislação municipal; ocupação inserida em área urbana que possua no mínimo três dos seguintes itens de infra-estrutura urbana implantada: malha viária, captação de águas pluviais, esgotamento sanitário, coleta de resíduos sólidos, rede de abastecimento de água, rede de distribuição de energia e que apresente densidade demográfica superior a cinquenta habitantes por hectare.

As intervenções serão autorizadas, exclusivamente nas margens de cursos de água, e entorno de lagos, lagoas e reservatórios artificiais, em topo de morro e montanhas e em restinga.

As ocupações devem estar consolidadas até 10 de julho de 2001, conforme definido na Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 e Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001.

Para que as intervenções sejam autorizadas, é necessária a apresentação, pelo poder público municipal, de Plano de Regularização Fundiária Sustentável que contemple, entre outros:

a) levantamento da sub-bacia em que estiver inserida a APP, identificando passivos e fragilidades ambientais, restrições e potencialidades, unidades de conservação, áreas de proteção de mananciais, sejam águas superficiais ou subterrâneas;

b) caracterização físico-ambiental, social, cultural, econômica e avaliação dos recursos e riscos ambientais, bem como da ocupação consolidada existente na área;

c) especificação dos sistemas de infra-estrutura urbana, saneamento básico, coleta e destinação de resíduos sólidos, outros serviços e equipamentos públicos, áreas verdes com espaços livres e vegetados com espécies nativas, que favoreçam a infiltração de água de chuva e contribuam para a recarga dos aquíferos;

d) indicação das faixas ou áreas que, em função dos condicionantes físicos ambientais, devam resguardar as características típicas da APP, respeitadas as faixas mínimas definidas nas alíneas “a” e “c” do inciso IV deste artigo;

e) identificação das áreas consideradas de risco de inundações e de movimentos de massa rochosa, tais como, deslizamento, queda e rolamento de blocos, corrida de lama e outras definidas como de risco;

f) medidas necessárias para a preservação, a conservação e a recuperação da APP não passível de regularização nos termos desta Resolução;

g) comprovação da melhoria das condições de sustentabilidade urbano-ambiental e de habitabilidade dos moradores;

h) garantia de acesso livre e gratuito pela população às praias e aos corpos de água; e

i) realização de audiência pública.

A Resolução veda a regularização de ocupações que, no Plano de Regularização Fundiária Sustentável, sejam identificadas como localizadas em áreas consideradas de risco de inundações, corrida de lama e de movimentos de massa rochosa e outras definidas como de risco.

Deve ser assegurada a não ocupação de APP remanescentes.

Ocorre que a mesma matéria foi disciplinada pela MP 459/09.

No caso da regularização fundiária de interesse social,

De fato, o art. 58, § 1o, da MP, prevê que o Município poderá, por decisão motivada, admitir a regularização fundiária de interesse social em Áreas de Preservação Permanente, ocupadas até 31 de dezembro de 2007 e inseridas em área urbana consolidada, desde que estudo técnico comprove que esta intervenção implica a melhoria das condições ambientais em relação à situação de ocupação irregular anterior.

Referido estudo técnico deverá ser elaborado por profissional legalmente habilitado, compatibilizar-se com o projeto de regularização fundiária e conter, no mínimo, os seguintes elementos:

I - caracterização da situação ambiental da área a ser regularizada;

II - especificação dos sistemas de saneamento básico;

III - proposição de intervenções para o controle de riscos geotécnicos e de inundações;

IV - recuperação de áreas degradadas e daquelas não passíveis de regularização;

V - comprovação da melhoria das condições de sustentabilidade urbano-ambiental, considerados o uso adequado dos recursos hídricos e a proteção das unidades de conservação, quando for o caso;

VI - comprovação da melhoria da habitabilidade dos moradores propiciada pela regularização proposta; e

VII - garantia de acesso público às praias e aos corpos d'água, quando for o caso.

No que tange à regularização fundiária de interesse específico, no art. 66 da MP 459/09, é prevista a análise e a aprovação do projeto pela autoridade licenciadora, sujeitando-se ela à emissão das respectivas licenças urbanística e ambiental, devendo o projeto observar as restrições à ocupação de Áreas de Preservação Permanente e demais disposições previstas na legislação ambiental e sendo certo que a autoridade licenciadora poderá exigir contrapartida e compensações urbanísticas e ambientais, na forma da legislação vigente.

Ora, diante da nova regulamentação dada a mesma matéria pela MP 459/09, pergunta-se: a Resolução CONAMA nº 369/06 continua em vigor, na parte que regulamenta a regularização fundiária?

A resposta, evidentemente, é negativa.

A Medida Provisória é uma norma de hierarquia superior à Resolução, não podendo prevalecer ato inferior contrariado por norma superior superveniente.

Assim, teremos a supressão de vegetação em área de preservação permanente, para fins de regularização fundiária, regulamentada pela MP 459/09. Ela será admissível, nos termos da Medida Provisória, para fins de regularização fundiária de interesse social, sendo, contudo, inadmissível na regularização fundiária de interesse específico.

É louvável a distinção instituída pela Medida Provisória entre a regularização fundiária de interesse social e a regularização fundiária de interesse específico no que tange à ocupação de áreas de preservação permanente. De fato, o interesse social na regularização dos assentamentos de baixa renda pode justificar

a consolidação das moradias nas áreas de preservação permanente, desde que executada com critério e responsabilidade. Não se justifica, por outro lado, a mesma tolerância no que tange à regularização de interesse específico, onde está ausente o interesse social e, muitas vezes, sequer se trata com direito à moradia, já que muitas das ocupações irregulares sobre áreas de preservação permanente promovidas pelas classes média e alta destinam-se a fins de lazer, como chácaras de recreio e casas de praia.

A consolidação de ocupações de baixa renda em áreas preservação permanente, por outro lado, deve ser admitida de forma muito criteriosa. Já se discorreu acima sobre as funções ambientais destas áreas, somente se admitindo que delas se abra mão mediante as devidas compensações, a fim de que a permanência das ocupações não reverta em prejuízos ambientais à comunidade e danos aos próprios moradores.

Aqui cabe destacar que é absolutamente inadmissível considerar regularizados, tais como implantados, assentamentos informais em áreas de preservação permanente. O Poder Público responsável pela regularização sempre deverá executar as medidas para afastamento de riscos geológicos e de inundações e as obras de saneamento básico. Deverá, ainda, implantar fiscalização na área, impedindo novas ocupações inadequadas que acabariam por restabelecer os problemas que a regularização visou solucionar, assegurando a não ocupação das áreas de preservação permanente remanescentes.

## 5. CONCLUSÕES

A ausência ou insuficiência de uma política habitacional voltada para as classes menos favorecidas da população, aliada à concentração de investimentos públicos em financiamento de habitação e infra-estrutura para as classes médias altas empurrou as camadas menos favorecidas da população para alternativas ilegais de moradia. Dentre elas, avultam os assentamentos informais, onde a população vive sem segurança na posse, e em condições urbanísticas precárias, em locais impróprios à ocupação, por vezes distantes dos centros urbanos (zona rural), por vezes em locais que acarretam risco à saúde (terrenos aterrados com lixo) ou à incolumidade física (áreas com risco de inundações e deslizamentos). Muitas vezes não foram executadas as obras de infra-estrutura e os locais não possuem os serviços urbanos básicos como água, esgoto, luz. Não há equipamentos públicos próximos, tais como creches, escolas, postos de saúde. Não há transporte coletivo nas proximidades.

A ilegalidade das ocupações desenha um quadro de exclusão social que precisa ser revertido.

A regularização fundiária é providência indispensável à inclusão dessa população, pois somente gozando de segurança na posse, infra-estrutura, endereço, serviços públicos, é que ela poderá, efetivamente, exercer sua cidadania.

É certo que, em alguns poucos casos, a regularização poderá se dar por iniciativa dos beneficiários, individual ou coletivamente ou reunidos em associações.

Contudo, os casos isolados em que isso ocorrerá não serão suficientes para causar qualquer impacto nas cidades. A grande quantidade de ocupações ilegais demanda ação do Poder Público tendente a regularizá-las. Dentro desse quadro, incumbe ao Município a iniciativa de implementar políticas públicas para atingir esse objetivo. Incumbe, igualmente, à União e aos Estados regularizar as ocupações em áreas públicas de sua propriedade, editar normas e cooperar com ações capazes de viabilizar as regularizações promovidas pelas Administrações Municipais.

Aos Municípios, caberá a edição de normas regulamentando a regularização e a iniciativa de implementar políticas públicas com tal objetivo.

O que não se pode aceitar é a inércia do Poder Público, a ausência de qualquer política de regularização, condenando a população a viver em condições precárias.

Diversos instrumentos do Estatuto da Cidade favorecem a regularização fundiária, tais como as diretrizes que tratam da garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e a lazer, para as presentes e futuras gerações; da gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano. Além disso, ele prevê, especialmente, a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais.

Isso significa que as normas ambientais não podem ser esquecidas.

A admissão de intervenções em áreas de preservação permanente somente se justifica no caso da regularização fundiária de interesse social, após estudos criteriosos que assegurem a melhoria das condições ambientais para a população, com a implantação de obras de infra-estrutura e afastamento de riscos. Cumpre lembrar que essa autorização deverá ser devidamente motivada e tem como premissa a melhoria das condições de habitabilidade. A eventual ocorrência de enchentes, deslizamentos, desmoronamentos, contaminação de moradores e outros problemas que possam ocorrer após a regularização poderá ser atribuída a erros técnicos ou políticos na decisão que admitiu a regularização, sujeitando os responsáveis à reparação civil, às sanções criminais e, inclusive, às sanções da Lei de Improbidade Administrativa, já que os gastos com obras ineficientes ou com eventuais indenizações às vítimas poderão ser considerados dano ao erário.



# INSTRUMENTOS TRIBUTÁRIOS E FINANCEIROS NO ESTATUTO DA CIDADE E SUA APLICAÇÃO NA SUSTENTABILIDADE DAS CIDADES

CONSUELO Y. MOROMIZATO YOSHIDA

Mestre e Doutora pela PUC/SP  
Professora de D. Ambiental

## 1. INTRODUÇÃO

A tendência contemporânea, que é consenso ao nível internacional, é a de que as *cidades devem ser apropriadas para as pessoas (cities fit for people)*.

*Para termos um mundo apropriado para as pessoas, temos que ter primeiro cidades apropriadas para as pessoas*, preconiza, com perspicácia, Üner Kirdar<sup>1</sup> - cidades mais seguras, saudáveis, humanas e sustentáveis: as cidades são expressões do dinamismo do espírito humano – os centros de cultura, criatividade e intercâmbio de idéias, mas também enfatizam os extremos da riqueza e da pobreza, e são uma importante ferramenta nos sistemas que mantêm a vida no planeta. Há uma necessidade premente de mudanças radicais nos valores e nas políticas a fim de que sejam conciliados os conflitos nas cidades – entre o rico e o pobre e entre a humanidade e o meio ambiente:

*Cada cidade precisa de um eficiente processo social, em todos os níveis, para resolver seus conflitos. Esse processo precisa ser holístico, integrativo e participativo porque a cidade é o foco dos fenômenos sociais em todos os níveis e - sobretudo - porque a cidade não é apenas o que nela está construído. Uma cidade são as pessoas – e o habitat das pessoas. As cidades, portanto, devem ser uma fonte de visões positivas das pessoas - onde todos tenham segurança, saúde, e desenvolvimento sustentável; serviços básicos e culturais; direitos democráticos e deveres; possibilidades de escolha livre de emprego; participação nas decisões públicas. Nenhuma reconstrução de uma infraestrutura decadente será suficiente para assegurar que as cidades sejam seguras, saudáveis, e habitáveis até que as idéias, alma e espírito daqueles que nelas residem floresçam<sup>2</sup> (destaques nossos).*

Estão aí retratadas, didaticamente, as *funções sociais da cidade*, voltadas para o *desenvolvimento humano*.

---

<sup>1</sup> Cities fit for people. New York: United Nations New York, 1997, p. 1-15. Publicação que reúne os trabalhos científicos apresentados no final da Segunda Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Urbanos (Habitat II), realizada em Istambul em 1996, e que foram objeto da mesa redonda “O próximo milênio: cidades para pessoas no mundo globalizado”, realizada previamente em Marmaris, Turquia, em abril de 1996, organizada pelo Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas, em colaboração com o secretariado da Conferência Habitat II, com apoio do governo da Turquia.

<sup>2</sup> Cities fit for people...cit., p. 08.

Entre nós, a sustentabilidade das cidades está atrelada à implementação da política urbana que tem seus parâmetros traçados pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), alicerçados em dois objetivos alvissareiros: ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, visando garantir o bem-estar de seus habitantes (CF, art. 182 e 183 c/c Estatuto da Cidade, art. 2º, caput)<sup>3</sup>.

As funções sociais da cidade, como vemos das considerações acima, não se restringem às funções urbanas elementares (habitação, trabalho, recreação e circulação), mas têm um espectro bem mais abrangente e holístico, abarcando a gama de direitos fundamentais concentrados basicamente nos arts. 5º, caput, e 6º da Constituição Federal, e que constituem o patamar denominado piso vital mínimo<sup>4</sup>.

Cada vez mais se afirma o direito à cidade, como um espaço a ser definido por seus habitantes de forma coletiva, de modo a atender às necessidades da maioria e respeitando os limites ambientais<sup>5</sup>.

No Estatuto da Cidade, a garantia do direito a cidades sustentáveis é a diretriz da política urbana que aparece em primeiro lugar, e contempla expressamente os seguintes direitos: o 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 (art. 2º, inciso I).

A melhor maneira para se definir o destino de uma cidade é a elaboração de um Plano Diretor, que, além de permitir um planejamento conjunto da cidade que se quer, permite ao governo municipal aplicar uma série de instrumentos de intervenção urbana, que possibilitem a efetiva realização da função social da propriedade na cidade<sup>6</sup>.

É imposição constitucional que a propriedade urbana cumpra sua função social, para tanto, ela deve atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (CF, art. 182, § 2º), e instrumentos progressivos e drásticos de intervenção urbana são contemplados para induzir o proprietário ao cumprimento dessas exigências, como veremos.

O Estatuto da Cidade 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).

<sup>3</sup> O Estatuto da Cidade, de forma mais abrangente, prevê que incumbe à política urbana o pleno desenvolvimento não apenas das funções sociais da cidade, como faz a Constituição Federal, mas também da propriedade urbana (art. 2º, caput).

<sup>4</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 74. Cf. desta autora, Poluição em face das cidades no Direito Ambiental Brasileiro: a relação entre degradação social e degradação ambiental. 2001. 372 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2001, p. 67.

<sup>5</sup> FRANZESE, Cibele. IPTU Progressivo no Tempo. São Paulo: Instituto Pólis, 2005. (Boletim DICAS - Idéias para a Ação Municipal, nº 222). Disponível em: <[http://www.polis.org.br/publicacoes/dicas/dicas\\_interna.asp?codigo=91](http://www.polis.org.br/publicacoes/dicas/dicas_interna.asp?codigo=91)>. Acessado em: 14 abr. 2009.

<sup>6</sup> FRANZESE, Cibele. IPTU Progressivo no Tempo...cit.

## 2. OS INSTRUMENTOS DA POLÍTICA URBANA E SUA UTILIZAÇÃO INTEGRADA

*Para a implementação das funções sociais das cidades e da propriedade urbana, o Estatuto da Cidade contempla uma variada gama de instrumentos (art. 4º) que podem e devem, conforme o caso, ser utilizados de forma integrada para a consecução mais efetiva dos objetivos e diretrizes da política urbana.*

*O Estatuto traz inovações em três áreas notadamente<sup>7</sup>: introduz novos instrumentos urbanísticos voltados para induzir – mais do que normatizar – as formas de uso e ocupação do solo; apresenta nova estratégia de gestão que incorpora a idéia de participação direta do cidadão em processos decisórios sobre o destino da cidade; amplia as possibilidades de regularização das posses urbanas, situadas na fronteira entre o legal e o ilegal.*

Causa espécie a pouca ou nenhuma expressividade que muitos gestores municipais dispensam ao plano diretor, que é efetivamente o instrumento básico da política urbana (CF, art. 182; Estatuto, art. 40)<sup>8</sup>.

Serve como bom exemplo a ser trilhado a gestão urbana de Curitiba (PR), que tem tradição e é reconhecida internacionalmente pelas soluções inovadoras, na vanguarda do planejamento urbano.

*Como temos sustentado<sup>9</sup>, para maior efetividade da tutela ambiental, todos os esforços devem ser envidados para que seja dada, cada vez mais, ênfase aos instrumentos preventivos, associados aos instrumentos econômico-financeiros, de modo que seja estimulada a observância das exigências legais e normativas, evitando-se a formação de novos passivos ambientais.*

Em se tratando de política urbana, deve ser dada ênfase às diretrizes e instrumentos preventivos voltados à ordenação e ao controle do uso do solo, de forma a evitar: a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos; b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes; c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana; d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente; e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização; f) a deterioração das áreas urbanizadas; e g) a poluição e a degradação ambiental (Estatuto da Cidade, art. 2º, inciso VI);

Outras relevantes diretrizes, integradas ou complementares às anteriormente citadas, cabem ser destacadas, tendo-se em vista os objetivos desta aborda-

<sup>7</sup> ROLNIK, Raquel. Estatuto da Cidade: instrumento para as cidades que sonham crescer com justiça e beleza. Disponível em: <[http://www.polis.org.br/artigo\\_interno.asp?codigo=76](http://www.polis.org.br/artigo_interno.asp?codigo=76)>. Acesso em: 20 fev. 2004.

<sup>8</sup> Ele é obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes (CF, art.182, § 1º), para as cidades integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; naquelas em que o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos coativos para cumprimento da função social da propriedade urbana (CF, art. 182, § 4º); integrantes de áreas de especial interesse turístico; e inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional (Estatuto, art. 41).

<sup>9</sup> A efetividade e a eficiência ambiental dos instrumentos econômico-financeiros e tributários. Ênfase na prevenção. A utilização econômica dos bens ambientais e suas implicações. In: *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 1. ed., 2. tiragem, rev. e atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 71-105; \_\_\_\_\_. TORRES, Heleno Taveira. (Coord.). *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 527-564.

gem: o planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente (inciso IV); a oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais (inciso V); a adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência (inciso VIII).

E, mais diretamente relacionadas aos instrumentos tributários e financeiros, estão as seguintes diretrizes: a justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização (inciso IX); a adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais (inciso X); a recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos, através da contribuição de melhoria (inciso XI).

### **3. INSTRUMENTOS TRIBUTÁRIOS E FINANCEIROS DA POLÍTICA URBANA**

Ao arrolar os instrumentos tributários e financeiros o Estatuto da Cidade dá destaque ao IPTU, à contribuição de melhoria, aos incentivos e benefícios fiscais e financeiros (art. 4º, inciso IV, alíneas *a*, *b* e *c*, respectivamente), relação essa que, à evidência, não é exauriente<sup>10</sup>.

Nabil Bonduki<sup>11</sup>, por exemplo, inclui no rol, além desses instrumentos, todos aqueles que geram recursos orçamentários: a emissão de títulos para desapropriação; a Outorga Onerosa do Direito de Construir; a Transferência do Direito de Construir; as Operações Urbanas Consorciadas; os Certificados de Potencial Construtivo (Cepac's); o Consórcio Imobiliário; outros recursos orçamentários.

#### **3.1 Principais Fontes De Recursos Dos Municípios Para A Área Ambiental Atualmente<sup>12</sup>**

Quais são as principais fontes de recursos dos municípios para a área ambiental nos tempos atuais?

<sup>10</sup> Neste sentido, DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. (Coords.). Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002. p.78.

<sup>11</sup> BONDUKI, Nabil. Estatuto da Cidade e Plano Diretor Participativo. [Aula]. Disponível em: <[http://www.usp.br/fau/cursos/graduacao/arq\\_urbanismo/disciplinas/aup0266/Estatuto\\_da\\_Cidade\\_-\\_Parte\\_1.pdf](http://www.usp.br/fau/cursos/graduacao/arq_urbanismo/disciplinas/aup0266/Estatuto_da_Cidade_-_Parte_1.pdf)>. Acesso em: 14 abr. 2009.

<sup>12</sup> Perfil dos Municípios Brasileiros 2008 (IBGE). A pesquisa que investigou, além da gestão pública, os temas meio ambiente, transporte e habitação, revela que, em 2008, 5.040 municípios brasileiros (90,6%) informaram a ocorrência frequente e impactante de alguma alteração ambiental, as mais citadas foram as queimadas, desmatamento e assoreamento de corpos d'água. Apesar disso, apenas pouco mais de 1/3 dos municípios dispõe de recursos financeiros específicos para viabilizar ações da esfera ambiental e menos de 1 em cada 5 prefeituras tem uma estrutura adequada para lidar com os problemas nessa área. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acessado em: 7 abr. 2009.

De acordo com a sétima edição da Pesquisa de Informações Municipais (Munic), do IBGE, para a maior parte das prefeituras que têm recursos públicos específicos para a área de meio ambiente, estes são oriundos basicamente de dotações orçamentárias (53,8%). Na seqüência surgem: o ICMS Ecológico, presente em quase um terço (29,9%) dos municípios brasileiros; a taxa de licenciamento ambiental (21,8%); multas ambientais (17,2%) e royalties (8,0%).

Temos a seguinte configuração nas diferentes regiões brasileiras: na região Nordeste, 78,0% dos recursos públicos para meio ambiente provêm de dotação orçamentária; na região Norte, 51,1% vêm de ICMS Ecológico; na região Sul, 33,2% dos recursos referem-se a taxas de licenciamento e 26,2% a multas; e na região Sudeste, 11,1% resultam de *royalties*, constituindo estes os maiores percentuais por região.

Nos municípios com até 5.000 habitantes, a maior presença é de recursos do Orçamento (42,8%), seguidos do ICMS Ecológico (36,2%) e das taxas de licenciamento (18,1%). Já nos municípios com mais de 500 mil habitantes, mais presentes são as multas (71,4%), outras fontes (65,7%) e as taxas de licenciamento (60,0%).

### 3.1.1 A Destacada Importância do ICMS Ecológico<sup>13</sup>

O ICMS Ecológico é um relevante instrumento financeiro ambiental classificado como instrumento de compensação financeira, e tem a grande vantagem de não criar novos tributos e de propiciar a redistribuição da receita de tributação existente para os municípios a partir de critérios ambientais determinados por cada Estado através de legislação específica. Do total da arrecadação do ICMS, 75% constituem receita dos estados e 25% dos municípios, conforme fixado pela Constituição Federal.

A redistribuição de recursos do ICMS aos Municípios de forma mais justa e ambientalmente correta constitui um estímulo às Prefeituras a formularem e executarem políticas ambientais e a implementarem políticas públicas menos degradadoras ao meio ambiente.

Desenvolvido inicialmente no Estado do Paraná, em 1991, o ICMS Ecológico é realidade hoje em mais de uma dezena de Estados brasileiros e envolve o repasse de, aproximadamente, R\$ 600 milhões/ano para os municípios que abrigam Unidades de Conservação ou se beneficiam com outros critérios ambientais.

As principais aplicações são como compensação financeira aos Municípios que sofrem restrições de uso e ocupação de seus territórios por unidades de conservação e terras indígenas e aos Municípios que invistam nos seus sistemas de água e esgoto tratados e coleta de lixo com destinação final adequada<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> LOUREIRO, Wilson. ICMS Ecológico, uma experiência brasileira de pagamentos por serviços ambientais. Belo Horizonte: Conservação Internacional; São Paulo: Fundação SOS Mata Atlântica; Curitiba: The Nature Conservancy (TNC), 2008. Disponível em: <<http://www.conservation.org.br/publicacoes/files/rppnmataatlantica3edicao.pdf>>. Acessado em: 7 abr. 2009.

<sup>14</sup> A Lei gaúcha nº 9.860, de 20 de abril de 1993, estabelece a partilha em igualdade (2,57% do montante do ICMS a ser distribuído aos municípios - dedução antes da aplicação do índice do art. 1º da Lei nº 7.531, de 03 de setembro de 1981) aos municípios com mananciais hídricos de abastecimento e unidades de conservação ambiental que se enquadram na descrição da lei.

O tema da conservação da biodiversidade está presente em todos os Estados de forma direta, no caso cearense ele está inserido nas variáveis utilizadas pelo Programa Selo Município Verde. Um dos Estados que mais ousou foi o de Tocantins que, além dos critérios clássicos, utilizou também outros critérios: aprovação de legislação ambiental local e dotação orçamentária que resultem na estruturação da Política Municipal do Meio Ambiente e da agenda 21 local, controle de queimadas e combate a incêndios, promoção da conservação e do manejo dos solos, saneamento básico e conservação da água e coleta e destinação do lixo.

A inclusão desses critérios visou a indução de ação mais efetiva do poder público local e das entidades da sociedade civil, no esforço de melhoria da qualidade de vida, redução das desigualdades sociais e erradicação da pobreza, pelo exercício da cidadania.

Atualmente, cada Estado busca utilizar a plataforma do ICMS Ecológico como melhor lre convier, induzindo as temáticas ambientais e utilizando variáveis quantitativas e qualitativas.

Sugestões de aperfeiçoamento desse relevante instrumento são feitas neste estudo desenvolvido pela Conservação Internacional, Fundação SOS Mata Atlântica e *The Nature Conservancy* (TNC), através da parceria para a conservação de Unidades de Conservação públicas e privadas na Mata Atlântica. O ICMS Ecológico foi eleito como um dos temas prioritários por sua importância como instrumento de consolidação de Unidades de Conservação, como incentivo econômico para os municípios brasileiros que abrigam essas unidades e, potencialmente, para proprietários de RPPN e comunidades tradicionais, afora seu indiscutível papel como instrumento de gestão ambiental que estimula a aproximação entre gestores municipais e órgãos ambientais estaduais e federais.

### 3.1.2 Royalties do Petróleo: Caso de Campos de Goytacazes (RJ)<sup>15</sup>

Uma outra fonte considerável de recursos para municípios beneficiários são os *royalties* do petróleo e de gás natural.

O Município de Campos de Goytacazes foi, até 2002, o maior beneficiário de *royalties*, entre os municípios brasileiros por sua posição geográfica privilegiada, abrangendo 43% de toda a área de produção da Bacia de Campos, e foi escolhido para uma análise mais detalhada de sua gestão com relação ao aproveitamento dos *royalties* do petróleo. O que se buscou avaliar foi a função sócio econômica dos *royalties* em Campos, através da análise da composição das despesas deste município e a sua evolução, em função do aumento das receitas de *royalties* do petróleo e gás natural produzido em plataformas *off-shore* confrontantes.

Justifica-se a aplicação dos *royalties*, com o objetivo de promover o desenvolvimento sócio econômico do Município de Campos, pelo risco potencial de

<sup>15</sup> NAVARRO, Carlos Alberto Scherer. Royalties do petróleo, estudo do caso de Campos dos Goytacazes. 2003. Dissertação (Mestrado em Economia Empresarial)- Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <[www.royaltiesdopetroleo.ucam-campos.br/artigos.php](http://www.royaltiesdopetroleo.ucam-campos.br/artigos.php)>. Acessado em 7 abr. 2009.

danos ambientais, inerente à produção de petróleo, e como forma de indenização pela exploração intensiva destes recursos não renováveis.

A evolução dos gastos municipais com infra-estrutura, a partir de 1998, principalmente em saneamento básico, foi simultânea com o aumento da receita de *royalties* permitindo concluir por indícios de que os *royalties* passaram a exercer influência positiva sobre o desenvolvimento sócio econômico da população de Campos, não obstante a inconsistência observada no cumprimento das restrições legais quanto ao emprego dos *royalties*, por parte dos gestores deste município.

Embora limitadas, puderam ser extraídas as seguintes conclusões a partir dos dados fornecidos pelos Balanços Gerais do Município de Campos e pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro:

- A administração municipal de Campos necessita de projetos que aproveitem as características naturais da região e de um planejamento estratégico dos recursos extraordinários gerados pelos *royalties*, visando o desenvolvimento auto sustentável para benefício das gerações futuras.

- O Tribunal de Contas não possui poder para inibir o descumprimento da legislação, quanto ao destino das receitas originadas pelos *royalties*: a Lei 7453/85 prevê a utilização dos *royalties* do petróleo e gás natural preferencialmente na produção de energia elétrica, pavimentação de rodovias, abastecimento e tratamento de água, irrigação, proteção ao meio ambiente e saneamento básico; a Lei 7990/89, por sua vez, veda a aplicação em pagamento de dívidas e no quadro permanente de pessoal.

- Há uma carência de indicadores da gestão municipal que permitam a participação e o acompanhamento, por parte da sociedade, quanto ao emprego dos *royalties*.

- O Município de Campos melhorou as condições de vida de sua população na década de 90, reduziu a mortalidade infantil, elevou o percentual de habitações atendidas com abastecimento de água, energia elétrica e coleta de lixo e, baseado no Censo 2000, apresentou um incremento percentual do seu IDH-M, superior ao do Estado do Rio de Janeiro e ao de todos os demais municípios brasileiros de mesma grandeza.

A conclusão mais importante destacada no estudo é a crescente importância de fiscalizar o desempenho dos recursos gerados pelos *royalties*: mais do que controlar a eficiência na aplicação dos *royalties*, é imprescindível para a sociedade acompanhar a efetividade dos benefícios sociais promovidos pelos investimentos para os quais foram destinados.

### **3.2 O Programa de Incentivo para Revitalização de Áreas Urbanas Degradadas do Estado de São Paulo - Pro-Urbe<sup>16</sup>**

O Estado de São Paulo passou a contar com um programa de incentivo para revitalização de áreas urbanas degradadas, denominado PRO-URBE, instituído pelo Decreto Estadual nº 52.161, de 14 de setembro de 2007.

<sup>16</sup> QUINTINO DA SILVA, Fernando Moraes; ANDRADE, Valéria Peccinini Puglisi. A Revitalização de Áreas Urbanas Degradadas. IntegrAção: a revista eletrônica do Terceiro Setor. Disponível em: <<http://integracao.fgvsp.br/ano10/11/columalegal.htm>>. Acessado em: 7 abr. 2009.

O PRO-URBE prevê a revitalização de áreas identificadas por Lei Municipal como degradadas; as áreas a serem revitalizadas, por determinação municipal, não poderão exceder a fração de 1% da área total do Município.

Além de delimitar as áreas que serão revitalizadas, os Municípios Paulistas devem estabelecer um programa de incentivo fiscal para a área, por prazo não inferior a 05 anos e com renúncia fiscal de IPTU, ITBI e ISS, não inferior a 50%, observado o disposto no artigo 88 das Disposições Transitórias da Constituição Federal.

Os Municípios de Santos e São Paulo estão aptos para receber investimentos pelas regras do PRO-URBE em razão dos programas de revitalização “Alegra Centro” e “Nova Luz” que instituíram, respectivamente.

Trata-se de modalidade de incentivo-benefício fiscal e financeiro a investidores privados que desejarem destinar recursos para a recuperação de áreas degradadas. O investidor poderá utilizar crédito acumulado de ICMS, decorrente de suas operações ou recebido em transferência, observada a disciplina estabelecida pela Secretaria da Fazenda.

Foram estabelecidos os seguintes critérios:

- (i) o investimento total na área degradada deve ser superior a R\$ 500.000,00;
- (ii) o montante do crédito acumulado de ICMS a ser utilizado não deve ultrapassar 75% do valor total do investimento; e
- (iii) do crédito acumulado de ICMS, no mínimo 50% deve ser utilizado na aquisição de bens e serviços destinados à construção e reforma dos imóveis.

Os investidores interessados devem solicitar aprovação à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo.

### **3.3 Instrumentos de Desestímulo/Estímulo ao Cumprimento da Função Social da Propriedade Urbana**

*O solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que não tem o aproveitamento previsto pelo Plano Diretor para determinada região, não cumpre a função social que lhe é destinada por esse mesmo Plano.*

*Em tais situações, para induzir o proprietário a promover o adequado aproveitamento do seu imóvel, a Constituição Federal e o Estatuto da Cidade autorizam e disciplinam medidas coercitivas sucessivas a serem impostas pelo Poder Público municipal, mediante prévia inclusão no Plano Diretor e edição de lei específica, a saber: o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, o IPTU progressivo no tempo, podendo chegar à medida extrema da denominada desapropriação-sanção, em que o pagamento da indenização se dá mediante títulos da dívida pública (CF, art. 182, § 4º)<sup>17</sup>.*

<sup>17</sup> Art. 182, § 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 como pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Como explica Raquel Rolnik<sup>18</sup>, a interação entre regulação urbana e a lógica de formação de preços no mercado imobiliário é enfrentada pelo Estatuto da Cidade, os mecanismos buscam coibir a retenção especulativa de terrenos e consagram a separação entre o direito de propriedade e o potencial construtivo dos terrenos. Áreas vazias ou subutilizadas situadas em áreas dotadas de infra-estrutura estão agora sujeitas ao pagamento de IPTU progressivo no tempo e à edificação e parcelamento compulsórios, de acordo com a destinação prevista para a região pelo Plano Diretor.

O próprio Estatuto prevê o *consórcio imobiliário* para viabilização financeira do aproveitamento do imóvel pelo proprietário que se vê obrigado a proceder ao parcelamento ou edificação compulsórios. Por meio desse instrumento o proprietário transfere ao Poder Público municipal seu imóvel e após realizadas as obras, recebe unidades imobiliárias urbanizadas ou edificadas em pagamento (Estatuto, art. 46).

*O IPTU progressivo no tempo (CF, art. 182, § 4º, II; Estatuto, art. 7º) é cogitado quando não são cumpridas as condições e prazos para implementação do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios do imóvel urbano.*

*O objetivo do IPTU progressivo no tempo é combater a especulação imobiliária e induzir a utilização de áreas da cidade já dotadas de infra estrutura urbana, evitando a ocupação de regiões distantes do centro que exigirão novos investimentos públicos em drenagem, asfalto, iluminação pública, rede de água e esgoto, transporte coletivo, escolas, postos de saúde, espaços de lazer<sup>19</sup>.*

É imprescindível que o município tenha plano diretor, independentemente do número de habitantes, para que possa se valer desses instrumentos coativos, sendo ainda exigida a edição de lei específica, entre outros requisitos (Estatuto, art. 41, III).

### **3.3.1 O IPTU Progressivo e as Modalidades de Incidência Autorizadas pela Constituição e pelo Estatuto da Cidade<sup>20</sup>**

*Aos municípios é expressamente atribuída pela Constituição Federal a competência para instituir e arrecadar os tributos discriminados no art. 156 da mesma Carta, entre os quais está o Imposto sobre a Propriedade*

<sup>18</sup> Estatuto da Cidade... cit.

<sup>19</sup> FRANZESE, Cibele. IPTU Progressivo no Tempo...cit.

<sup>20</sup> V. a respeito, Elizabeth Nazar CARRAZZA (IPTU & Progressividade: igualdade e capacidade contributiva. Curitiba: Juruá, 1996), Misabel de Abreu Machado DERZI (in Aliomar BALEEIRO, Direito Tributário Brasileiro, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003), Regina Helena COSTA (Princípio da capacidade contributiva, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003; e Aspectos Tributários do Estatuto da Cidade, in José Carlos Freitas (Coord. Geral), Temas de Direito Urbanístico 3. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2003); Keziah Alessandra Vianna SILVA PINTO (IPTU progressivo no tempo como instrumento para o meio ambiente urbano sustentável. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito)- Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Lorena, 2003, p. 168-174); Diógenes GASPARINI (O Estatuto da Cidade. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica. 2002, p. 50). COLODETTI, Bruno. O IPTU progressivo na Constituição Federal de 1988. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 406, 17 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5587>>. Acesso em: 7 abr. 2009; URBANO, Fábio Henrique de Araújo. IPTU progressivo. Aplicação para fins de garantia da função social da propriedade. Jus Navigandi, Teresina, ano 2, n. 23, jan. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1391>>. Acesso em: 7 abr. 2009; FERREIRA FILHO, Roberval Rocha. Tributação social como instrumento de intervenção urbana: dificuldades factuais de adequação do IPTU aos objetivos do Estatuto da Cidade. Disponível em: <<http://www.ibdu.org.br/imagens/TRIBUTACAOSOCIALCOMOINSTRUMENTO-DEINTERVENCAOURBANA.pdf>>. Acessado em: 14 abr. 2009.

*Predial e Territorial Urbana (IPTU), podendo torná-lo progressivo com o escopo de assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana (art. 156, § 1º).*

*Sob o entendimento de que o IPTU consiste em um imposto real, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento, sob a égide da Constituição anterior, da inconstitucionalidade da progressividade da alíquota desse tributo, afastando qualquer influência da capacidade contributiva no cálculo desse tributo.*

*Na vigência do Texto Constitucional de 1988, a Corte Suprema passou a admitir a progressividade do IPTU com a finalidade extrafiscal unicamente de assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana, a teor do art. 156, § 1º<sup>21</sup>, concluindo, mediante interpretação sistemática, que constitui explicitação desse comando constitucional a previsão, pelo art. 182, § 4º, inciso II, da possibilidade de incidência do IPTU progressivo no tempo quando não cumpridos pelo proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, as condições e prazos para implementação do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios. É a orientação consagrada no RE 153.771-0/MG, Rel. para acórdão o Min. Moreira Alves:*

*Ementa: - IPTU. Progressividade.*

*- No sistema tributário nacional é o IPTU inequivocamente um imposto real.*

*- Sob o império da atual Constituição, não é admitida a progressividade fiscal do IPTU, quer com base exclusivamente no seu artigo 145, § 1º, porque esse imposto tem caráter real que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do contribuinte, quer com arrimo na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com o artigo 156, § 1º (específico).*

*- A interpretação sistemática da Constituição conduz inequivocamente à conclusão de que o IPTU com finalidade extrafiscal a que alude o inciso II do § 4º do artigo 182 é a explicitação especificada, inclusive com limitação temporal, do IPTU com finalidade extrafiscal aludido no artigo 156, I, § 1º.*

*- Portanto, é inconstitucional qualquer progressividade, em se tratando de IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no art. 156, § 1º, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do art. 182, ambos da Constituição Federal. Recurso Extraordinário conhecido e provido, declarando-se inconstitucional o sub-item 2.2.3 do setor II da Tabela III da Lei 5.641, de 22.12.89, no Município de Belo Horizonte.*

*Posteriormente no RE 204.827 foi declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 10.921/90 do Município de S. Paulo. A 5ª Câmara do Tribunal de Justiça de S. Paulo havia decidido: IPTU - Progressividade - Norma que discrimina a setorização imobiliária, separando os imóveis residenciais dos demais, e depois, em cada um dos grupos estabelece faixas com base no valor venal. Fim social atendido - Legalidade - Inteligência da Lei Municipal 10.921/90 e 156, § 1º, da CF. IPTU - Progressividade - Lotes não edificados - Faculdade*

<sup>21</sup> Art. 156, § 1º (redação original): O imposto previsto no inciso I poderá ser progressivo, nos termos de lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade.

*do poder público instituir além da progressividade prevista no § 1º, do art. 156, da CF, outra, para forçar o proprietário a dar a devida destinação ao imóvel. (TJSP, Ap. 491.019-8, 5ª Câmara, j. 24.11.93, Rel. Juiz Silvio Marques Neto, v.u., RT 701/87).*

*A EC nº 29/2000 deu nova redação do § 1º do art. 156, estabelecendo que o IPTU sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II (...) poderá: I – ser progressivo em razão do valor do imóvel; e II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.*

*A partir da EC nº 20/2000 ampliaram-se, portanto, os critérios de progressividade do IPTU com fins extrafiscais vinculados ao cumprimento da função social da propriedade urbana<sup>22</sup>, inserindo-se a progressividade em razão do valor do imóvel e pelo estabelecimento de alíquotas diferenciadas de acordo com a localização e o uso do imóvel<sup>23</sup> (incisos I e II, do art. 156, § 1º, da Constituição Federal, respectivamente), afóra a progressividade temporal já prevista pelo art. 182, § 4º, inciso II da Constituição Federal, regulamentado pelo art. 7º do Estatuto<sup>24</sup>.*

*Todas estas modalidades de progressividade do IPTU podem ser utilizadas como instrumentos da política urbana, visando atender à finalidade extrafiscal de desestimular o não cumprimento e, reversamente, de estimular o cumprimento da função social da propriedade urbana.*

Cabe ressaltar que o Estatuto da Cidade, respeitados os princípios e pressupostos constitucionais tributários, prevê a tributação sobre os imóveis urbanos, bem como as tarifas relativas a serviços públicos urbanos, *diferenciadas em função do interesse social* (Estatuto da Cidade, art. 47).

### **3.3.2 Requisitos Específicos para Instituição do IPTU Progressivo no Tempo**

Para a instituição e a aplicação do IPTU progressivo no tempo, afóra os requisitos genéricos pertinentes aos tributos em geral, devem ser observados todos os requisitos constitucionais e legais especialmente exigidos para esta modalidade de tributo progressivo extrafiscal.

Com previsão na Constituição Federal (arts. 156, § 1º e 182, § 4º, II) e no Estatuto da Cidade (arts. 4º, IV, a, e 7º), a instituição do IPTU progressivo requer, adicionalmente, um Plano Diretor com previsão da área

<sup>22</sup> Há controvérsia acerca da extrafiscalidade na hipótese do inciso I do atual art. 156, § 1º (progressividade em razão do valor do imóvel), matéria ainda não examinada pelo Supremo Tribunal Federal.

<sup>23</sup> Para Hugo de Brito Machado esta última hipótese seria de *seletividade* e não de *progressividade*: *seletivo, por sua vez, é o imposto cujas alíquotas são diversas em razão da diversidade do objeto tributado. Assim, o IPTU será seletivo se as suas alíquotas forem diferentes para imóveis diferentes, ou de um critério qualquer, mas sempre diferença de um imóvel para outro imóvel (Curso de Direito Constitucional Tributário. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 93).*

<sup>24</sup> Art. 7º. Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do caput do art. 5º desta Lei, ou não sendo cumpridas as etapas previstas no § 5º do art. 5º desta Lei, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos.

<sup>3</sup> 1º O valor da alíquota a ser aplicado a cada ano será fixado na lei específica a que se refere o caput do art. 5º desta Lei e não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de quinze por cento.

onde poderão ser aplicadas as providências contempladas no art. 182, § 4º da Constituição; a edição de lei municipal específica para a área incluída no Plano Diretor; a notificação ao particular, devidamente averbada no registro de imóveis, com fixação de prazo e condições para que ele cumpra os deveres estatuídos na lei municipal específica; o descumprimento dos deveres pelo particular.

De forma bem didática, orienta o Instituto Polis, passo a passo, as providências cabíveis<sup>25</sup>:

O primeiro passo para aplicar o IPTU progressivo no tempo é a elaboração de um Plano Diretor que, ao planejar a ocupação do território, preveja as áreas passíveis de aplicação dos instrumentos de parcelamento, edificação ou utilização compulsórios. Com o Plano Diretor em vigor, e verificando-se a existência de terrenos subutilizados, o próximo passo será propor à Câmara de Vereadores um projeto de lei determinando que aquele proprietário específico dê a seu imóvel a devida destinação, procedendo a seu parcelamento, edificação ou utilização no prazo estabelecido (no mínimo um ano para a entrada de um projeto no órgão competente, e dois anos a partir de sua aprovação para a efetiva edificação); e já prevendo, caso não seja cumprida a tarefa, a aplicação do IPTU progressivo. Aprovada a lei, um funcionário da Prefeitura deve notificar o proprietário, informando-lhe suas obrigações e o prazo para a regularização da situação de seu imóvel. Se não for possível localizar o proprietário a Prefeitura deve, após três tentativas, proceder à notificação por meio da publicação de um edital. A partir da ciência do proprietário (em caso de notificação pessoal) ou da publicidade do edital (no caso de notificação por edital) inicia-se a contagem do prazo para cumprimento do determinado em lei. Se o proprietário cumprir a determinação legal - isto é, se proceder ao parcelamento, edificação ou utilização de sua propriedade - o imóvel passa a ter a destinação definida pelo Plano Diretor, não sendo mais necessária a aplicação do IPTU progressivo. Caso o proprietário não atenda ao disposto na lei, a Prefeitura deve começar a cobrar o IPTU progressivo no tempo. Essa cobrança se faz pelo aumento gradual da alíquota do imposto, podendo-se dobrar seu valor de um ano para outro, até o máximo de quinze por cento do valor venal do imóvel. Se o proprietário, após cinco anos de cobrança do IPTU progressivo, continuar se recusando a cumprir a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização de seu imóvel, o Município pode desapropriar o imóvel, mediante o pagamento com títulos da dívida pública, calculando-se como parâmetro para a desapropriação o valor venal, que serviu de base para o cálculo do IPTU cobrado até então. Se o Município não tiver interesse na desapropriação, a Prefeitura poderá continuar cobrando o IPTU com base no valor máximo da alíquota (15%) até o cumprimento da obrigação pelo proprietário.

<sup>25</sup> FRANZESE, Cibele. IPTU Progressivo no Tempo...cit.

### 3.4 A Contribuição de Melhoria como Instrumento da Política Urbana<sup>26</sup>

Outro instrumento tributário da política urbana previsto pelo Estatuto da Cidade é a contribuição de melhoria, de grande utilidade, e ainda muito pouco aplicada, em razão de óbices e controvérsias os mais diversos<sup>27</sup>.

Quanto mais as cidades crescem e as demandas por infra-estrutura aumentam, mais aumenta o volume de recursos dos quais a prefeitura precisa dispor para atender toda a população. Na medida em que as obras de infra-estrutura ou melhoramento vão sendo realizadas, a qualidade de vida aumenta mas também os imóveis valorizam. Com base nesta lógica, a prefeitura pode cobrar uma contribuição dos cidadãos cujos imóveis foram beneficiados com a melhoria.

Trata-se de tributo diferenciado em relação aos demais:

Primeiro, é um tributo que permite levar para o âmbito orçamentário um procedimento mais justo através do qual, partindo do gasto realizado, verifica-se quais foram os beneficiários e qual será a carga tributária a eles destinada. Deste modo, atende-se a um princípio econômico da tributação, segundo o qual o tributo deve recair sobre o contribuinte de acordo com o benefício por ele recebido.

Segundo, é um tributo que permite amortizar o custo de implementação de novas obras, deixando para as tarifas apenas o custo de manutenção, operação e reposição.

Além dessas qualidades, a Contribuição de Melhoria exige maior transparência na execução das obras bem como do processo licitatório, uma vez que o montante de recursos envolvidos não se dilui em diversos serviços, mas é muito específico.

Há municípios em que há conselho público municipal que trata especificamente da contribuição de melhoria<sup>28</sup>.

A Contribuição de Melhoria está presente nas Constituições brasileiras, desde 1934, com exceção da Constituição de 1937. Na previsão original, sua cobrança está vinculada à prova da valorização do imóvel decorrente de obras públicas (CF 1934, art. 124)<sup>29</sup>. Outros contornos foram delineados pelo Código Tributário Nacional (art. 81, 82) e pelo Decreto-Lei nº 195/67: a criação por leis federais, estaduais ou municipais, para fazer face ao custo de obras públicas<sup>30</sup> de que decorra

<sup>26</sup> MACHADO, Hugo de Brito. Os limites da contribuição de melhoria. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 21, p. 60-65, 1997; SILVA PINTO, Keziah Alessandra Vianna. Ponderação, proporcionalidade e tributação ambiental. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009; CALDAS, Eduardo de Lima; PAULA, Guilherme Henrique de. Contribuição de Melhoria. São Paulo: Instituto Pólis, 2000. (Boletim DICAS - Idéias para a Ação Municipal, nº 152). Disponível em: [http://www.polis.org.br/publicacoes/dicas/dicas\\_interna.asp?codigo=101](http://www.polis.org.br/publicacoes/dicas/dicas_interna.asp?codigo=101)>. Acessado em: 7 abr. 2009.

<sup>27</sup> Segundo Hugo de Brito Machado, as obras públicas são geralmente contratadas por valores muito elevados, acima dos valores de mercado, de sorte que a transparência não é conveniente para a Administração, e muito menos para as empreiteiras (Os Limites da Contribuição de Melhoria. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 21, p. 60-65, 1997, p. 62).

<sup>28</sup> CALDAS, Eduardo de Lima; PAULA, Guilherme Henrique de. Contribuição de Melhoria...cit..

<sup>29</sup> Art. 124: Provada a valorização do imóvel por motivo de obras públicas, a administração, que as tiver efetuado, poderá cobrar dos beneficiados a contribuição de melhoria.

<sup>30</sup> A referência ao custeio de obras públicas é tida como inócua e errônea. Muito embora a cobrança de contribuição de melhoria venha a viabilizar a realização da obra pública, ontologicamente ela não objetiva o seu custeio, mas o ressarcimento do erário pela valorização causada ao patrimônio particular, em virtude de obra pública. Juridicamente, não se define nenhum tributo por sua finalidade, além do que, a exação que visa custear gasto público específico é a taxa e, jamais, a contribuição de melhoria (ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 173).

valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado (art. 81 do CTN).

A atual Constituição limitou-se a permitir a instituição da contribuição de melhoria em decorrência da realização de obras públicas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios (art. 145, inciso III), gerando a polêmica se foram recepcionadas as disposições do CTN e do Decreto-Lei nº 195/67, disciplinadoras do tributo em questão.

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal já reconheceram que subsiste a *valorização imobiliária* como requisito indispensável à cobrança da contribuição, erigida como hipótese de incidência do tributo por ambos os diplomas legais:

Tributário – Contribuição de melhoria – Fato Gerador – Base de Cálculo – Requisitos da Valorização ou de Específico Benefício – Artigo 18, II, C.F./67 (Emenda 23/83) – Artigo 145,II, C.F./88 – Artigos 81 e 82, CTN – Decreto-lei no. 195/67 (artigos 1º, 2º e 3º).

1. Recapeamento de via pública, com o custo coberto por um ‘plano de rateio entre todos os beneficiários’ afronta exigências legais (arts. 81 e 82, CTN – Decreto-lei 195/67, arts. 1º e 2º).

2. Ilegalidade do lançamento de Contribuição de Melhoria baseado no custo, sem a demonstração dos pressupostos de valorização ou específico benefício, conseqüente da obra pública realizada no local de situação do imóvel.

3. Precedentes da jurisprudência.

4. Recurso provido<sup>31</sup>.

Constitucional. Tributário. Contribuição de Melhoria. Valorização imobiliária. CF/67, art. 18, II, com a redação da EC nº 23/83. CF/88, art. 145, III.

I – Sem valorização imobiliária, decorrente de obra pública, não há contribuição de melhoria, porque a hipótese de incidência desta é a valorização e a sua base de cálculo é a diferença entre dois momentos: o anterior e o posterior à obra pública, vale dizer, o

‘quantum’ da valorização imobiliária.

II – Precedentes do STF: RREE 115.863-SP e 116.147-SP (RTJ 138/600 e 614.)

III – R. E. conhecido e provido<sup>32</sup>.

O Código Tributário Nacional exige, em seu art. 5º, que, para a cobrança da contribuição de melhoria a administração competente (União, Estados ou Municípios) deverá publicar edital contendo, entre outros itens: a) memorial descritivo do projeto; b) orçamento do custo da obra; c) determinação da parcela do custo da obra a ser financiada pela contribuição de melhoria; d) delimitação da zona beneficiada; e e) determinação do fator de absorção do benefício da valorização para toda a zona ou para cada uma das áreas diferenciadas, nela contidas.

O art. 6º concede ao contribuinte o prazo de 30 dias para impugnar qualquer elemento constante do edital.

<sup>31</sup> Recurso Especial 634-0 – SP, STJ, 1ª Turma, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, v.u., j. 9.3.94, DJU, s.1., 18.4.94, p. 8440.

<sup>32</sup> RE 114.069-1/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, v.u., j. 15.4.94, DJU, seção 1, 30.9.94, p. 26.171.

Recente julgamento delineou o perfil da contribuição de melhoria nos seguintes termos:

**DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. FATO GERADOR E BASE DE CÁLCULO. ARTIGOS 81 E 82 DO CTN.**

A contribuição de melhoria é tributo previsto no art. 145, inciso III, da CF/88, sendo que a competência tributária para instituí-la cabe a qualquer dos Entes Federados em face da realização de obras públicas. A CF/88 apenas prevê a possibilidade de instituição da contribuição de melhoria e a circunstância de ela decorrer de obras públicas, não tecendo considerações acerca dos limites conferidos para a cobrança, e, por isso, a aferição dos requisitos para a legitimidade do crédito tributário decorrente da contribuição de melhoria deve ser examinada nos arts. 81 e 82 do CTN e no Decreto-lei nº 195/97, normas que foram recepcionadas pela nova ordem constitucional com o caráter de lei complementar (nos termos do art. 146, inciso III, da CF/88), mas que não devem desprezar os princípios e garantias instituídas na Carta Magna.

A contribuição de melhoria tem por base a mais-valia obtida pelos proprietários de bens imóveis contíguos ou não à obra pública realizada por um dos Entes Federados. O seu lançamento exige a delimitação da área beneficiada e a formação de prévio procedimento administrativo para que seja avaliado o custo total da obra, a efetiva valorização e o benefício auferido por cada um dos proprietários cujos bens imóveis foram valorizados, intimando estes para que, querendo, contestem os cálculos efetuados pelo Poder Público (art. 82 do CTN). Este cálculo deve observar os limites impostos pelo art. 81 do CTN. Em relação ao total cobrado dos proprietários, deve ser observado o custo total da obra, e a quantia exigida de cada proprietário deve ter por limite o acréscimo de valor incorporado ao imóvel. Por outro lado, o art. 82 do CTN é claro ao exigir que a contribuição de melhoria deve ser instituída por lei *stricto sensu*, não se considerando válida a contribuição que tenha por base Portaria, Edital ou qualquer outra norma que não seja a lei que respeite o processo legislativo. Portanto, somente com a observância de todos esses requisitos, a lei editada pelo Ente Federado poderá ser considerada válida, e a contribuição de melhoria nela prevista ser lançada e plenamente exigível dos contribuintes.

No caso dos autos, o custo total da obra foi rateado proporcionalmente à área beneficiada de cada contribuinte, violando os arts. 81 e 82 do CTN, os quais exigem a edição da lei específica e o cálculo da mais-valia gerada pela obra no imóvel do contribuinte.

A valorização dos imóveis não pode ser presumida, devendo o Poder Tributante demonstrar a base de cálculo da contribuição de melhoria e os cálculos tanto de tal base como do valor do tributo, pena de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa<sup>33</sup>.

Alguns municípios estão implementando, paralelamente à Contribuição de Melhoria, o Plano Comunitário de Melhoria, concebido para viabilizar a execução

<sup>33</sup> Apelação Cível Nº 70021832274, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 23/04/2008.

de obras e melhoramentos públicos de interesse do município e da comunidade, do qual participam a prefeitura municipal, os munícipes interessados na melhoria, a empreiteira responsável pela obra e o banco, como agência financeira.

Nesse modelo a Prefeitura responsabiliza-se por definir os padrões técnicos de obras, encarrega-se de iniciar um processo licitatório para que as empresas se cadastrem e participem do certame. O cadastramento prevê tipo de obra, preço, forma de cálculo, parcelamento, taxas de juros, dentre outros elementos. As empresas cadastradas podem procurar adesões dos munícipes nas áreas específicas, e normalmente quando conseguem 70% de adesão, iniciam as obras. Neste caso, a prefeitura pode estipular, por lei específica e garantia orçamentária, que será responsável por 30% do custo da obra. Os munícipes, através de contratos privados e individuais junto a uma empresa privada ou banco, enquanto agência financeira, responsabilizam-se pelos outros 70%. No caso de não pagamento, a pendência jurídica é entre a empreiteira e o munícipe.

Enquanto no Plano Comunitário de Melhoria, o valor total de obra é rateado entre os beneficiados, na Contribuição de Melhoria, o valor do tributo deve observar dois parâmetros: não pode exceder ao valor total da obra e cada contribuinte não pode pagar mais do que o valor referente ao aumento de preço de seu imóvel em decorrência da melhoria trazida pela obra pública realizada. Para apurar esse valor é necessário realizar uma pesquisa imobiliária antes e depois da execução da obra.

Há possibilidade da combinação dos dois instrumentos. Inicialmente é realizado todo o processo para a efetivação da Contribuição de Melhoria. Depois a empresa pode buscar adesões (característica do Plano Comunitário de Melhoria). No final da obra, o boleto da Contribuição de Melhoria é lançado para todos os beneficiados. No entanto, a cobrança só é feita para aqueles que não aderiram ao financiamento da empresa.

Tanto a Contribuição de Melhoria quanto o Plano Comunitário de Melhoria são amplamente utilizados para pavimentação, drenagem, esgotamento e saneamento básico e iluminação pública<sup>34</sup>.

### 3.4.1 A Experiência do Município de Guarujá (SP)<sup>35</sup>

Em 1997, o município turístico de Guarujá, na Baixada Santista, Estado de São Paulo, diante de dificuldades financeiras, além de adotar medidas visando racionalizar os gastos públicos, criou mecanismos tendentes a aumentar a arrecadação para o financiamento de obras e serviços.

Foi instituído um novo Código Tributário Municipal (LC nº 38/97), resultado do trabalho de uma comissão composta por servidores dos departamentos de Finanças e Jurídico, que pesquisaram diversos códigos tributários de municípios de porte similar ao Guarujá, visando a obter uma legislação abrangente e adequada aos dispositivos da Constituição Federal de 1988.

<sup>34</sup> CALDAS, Eduardo de Lima ; PAULA, Guilherme Henrique de. Contribuição de Melhoria...cit..

<sup>35</sup> CALDAS, Eduardo de Lima ; PAULA, Guilherme Henrique de. Contribuição de Melhoria...cit..

Como o Guarujá é uma cidade eminentemente turística e tem sua arrecadação centrada no IPTU, o esforço para aumentar a arrecadação foi direcionado para a diminuição da inadimplência. Em 1997, foi realizada uma profunda revisão na Planta Genérica de Valores Imobiliários, também com a participação de servidores municipais e de corretores de imóveis de todas as regiões da cidade, culminando na edição das leis 2590/97 e 2679/98.

Para realizar as obras necessárias, o Município do Guarujá passou a se utilizar da Contribuição de Melhoria, mediante o seguinte procedimento: a Prefeitura faz publicar inicialmente, na forma de edital, em jornal de circulação municipal ou regional: o memorial descritivo do projeto; o orçamento do custo da obra; a determinação da parcela do custo da obra a ser financiada pela contribuição de melhoria; a delimitação da zona beneficiada; e a determinação do fator de absorção do benefício da valorização para toda a zona ou para cada uma das áreas diferenciadas, nela contidas.

Há o prazo de 30 dias após a publicação do edital para impugnação, na sequência é aberto o processo de licitação para escolha da empresa que será responsável pela obra. No final da obra, a Prefeitura publica outro edital (termo) relativo ao recebimento da obra. Em seguida, emite os carnês com o valor da contribuição de melhoria. A cobrança é feita depois da realização da obra porque sua execução bem como a valorização do imóvel como resultado da obra são os elementos que viabilizam tal cobrança.

Ao longo dos anos de aplicação da Contribuição de Melhoria, o Guarujá tem ampliado significativamente o número de ruas pavimentadas, atendendo às demandas da população.

## **BIBLIOGRAFIA**

ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

BONDUKI, Nabil. Estatuto da Cidade e Plano Diretor Participativo. [Aula Formato PDF]. Disponível em: <[http://www.usp.br/fau/cursos/graduacao/arq\\_urbanismo/disciplinas/aup0266/Estatuto\\_da\\_Cidade\\_-\\_Parte\\_1.pdf](http://www.usp.br/fau/cursos/graduacao/arq_urbanismo/disciplinas/aup0266/Estatuto_da_Cidade_-_Parte_1.pdf)>. Acesso em: 14 abr. 2009.

CALDAS, Eduardo de Lima ; PAULA, Guilherme Henrique de. Contribuição de Melhoria. São Paulo: Instituto Pólis, 2000. (Boletim DICAS - Idéias para a Ação Municipal). Disponível em: <[http://www.polis.org.br/publicacoes/dicas/dicas\\_interna.asp?codigo=101](http://www.polis.org.br/publicacoes/dicas/dicas_interna.asp?codigo=101)>. Acessado em: 7 abr. 2009.

CARRAZZA, Elizabeth Nazar. IPTU & Progressividade: igualdade e capacidade contributiva. Curitiba: Juruá, 1996.

COLODETTI, Bruno. O IPTU progressivo na Constituição Federal de 1988. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 406, 17 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5587>>. Acesso em: 7 abr. 2009

- COSTA, Regina Helena. Aspectos Tributários do Estatuto da Cidade. In: CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DA HABITAÇÃO E URBANISMO. (Org.). Temas de Direito Urbanístico. 1ª ed. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo; Imprensa Oficial do Estado, 2001. v. 3. p. 88-89.
- \_\_\_\_\_. Princípio da capacidade contributiva. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 73.
- DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). Estatuto da Cidade: comentários à lei federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. In: BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 256.
- FERREIRA FILHO, Roberval Rocha. Tributação social como instrumento de intervenção urbana: dificuldades factuais de adequação do IPTU aos objetivos do Estatuto da Cidade. Disponível em: <<http://www.ibdu.org.br/imagens/TRIBUTACAOSOCIALCOMOINSTRUMENTODEINTERVENCAOURBANA.pdf>>. Acessado em: 14 abr. 2009.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FRANZESE, Cibele. IPTU Progressivo no Tempo. Disponível em: <[http://www.polis.org.br/publicacoes/dicas/dicas\\_interna.asp?codigo=91](http://www.polis.org.br/publicacoes/dicas/dicas_interna.asp?codigo=91)>. Acessado em: 14 abr. 2009.
- GASPARINI, Diógenes. O Estatuto da Cidade. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 2002. p. 50.
- KIRDAR, Üner. Cities fit for people. New York: United Nations New York, 1997.
- LOUREIRO, Wilson. ICMS Ecológico, uma experiência brasileira de pagamentos por serviços ambientais. Belo Horizonte: Conservação Internacional; São Paulo: Fundação SOS Mata Atlântica; Curitiba: The Nature Conservancy (TNC), 2008. Disponível em: <<http://www.conservation.org.br/publicacoes/files/rppnmataatlantica3edicao.pdf>>. Acessado em: 7 abr. 2009.
- MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Constitucional Tributário. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- \_\_\_\_\_. Os limites da contribuição de melhoria. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 21, p. 60-65, 1997.
- MARQUES, José Roberto. Meio ambiente urbano. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- NAVARRO, Carlos Alberto Scherer. Royalties do petróleo, estudo do caso de Campos dos Goytacazes. 2003. Dissertação (Mestrado em Economia Empresarial)- Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <[www.royaltiesdopetroleo.ucam-campos.br/artigos.php](http://www.royaltiesdopetroleo.ucam-campos.br/artigos.php)>. Acessado em 7 abr. 2009.

- QUINTINO DA SILVA, Fernando Moraes; ANDRADE, Valéria Peccinini Puglisi. A Revitalização de Áreas Urbanas Degradadas. *Integração: a revista eletrônica do Terceiro Setor*. Disponível em: <<http://integracao.fgvsp.br/ano10/11/colunalegal.htm>>. Acessado em: 7 abr. 2009.
- ROLNIK, Raquel. Estatuto da Cidade: instrumento para as cidades que sonham crescer com justiça e beleza. Disponível em: <[http://www.polis.org.br/artigo\\_interno.asp?codigo=76](http://www.polis.org.br/artigo_interno.asp?codigo=76)>. Acesso em: 20 fev. 2004.
- SILVA PINTO, Keziah Alessandra Vianna. IPTU progressivo no tempo como instrumento para o meio ambiente urbano sustentável. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito)- Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Lorena, 2003.
- \_\_\_\_\_. Ponderação, proporcionalidade e tributação ambiental. 2009. Tese (Doutorado em Direito)- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, 433p.
- URBANO, Fábio Henrique de Araújo. IPTU progressivo. Aplicação para fins de garantia da função social da propriedade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 2, n. 23, jan. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1391>>. Acesso em: 7 abr. 2009.
- YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. A efetividade e a eficiência ambiental dos instrumentos econômico-financeiros e tributários. Ênfase na prevenção. A utilização econômica dos bens ambientais e suas implicações. In: \_\_\_\_\_. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 1. ed., 2. tiragem, rev. e atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 71-105. \_\_\_\_\_. TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 527-564.
- \_\_\_\_\_. Poluição em face das cidades no Direito Ambiental Brasileiro: a relação entre degradação social e degradação ambiental. 2001. 372 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2001.



# A EVOLUÇÃO DAS APPS E A APLICAÇÃO DO CÓDIGO FLORESTAL ÀS ÁREAS URBANAS

CRISTINA GODOY DE ARAÚJO FREITAS

Promotora de Justiça e Coordenadora da Área do Meio Ambiente,  
Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cíveis e  
de Tutela Coletiva – São Paulo

## 1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Os recursos naturais vêm sendo explorados pelo homem desde o seu aparecimento na Terra. Ao contrário do homem primitivo, que só retirava da natureza o suficiente para suas necessidades<sup>1</sup>, o “homem industrial”, a partir da Revolução Industrial, guiado pela massificação do consumo, passou a uma exploração voraz dos recursos naturais.

O progresso humano, com a destruição da cobertura vegetal e as “chaminés fumegantes”, representava o triunfo da civilização<sup>2</sup>. O ambiente era entendido em sua perspectiva individual e não como macrobem<sup>3</sup>.

### 1.1 O Código Florestal de 1934

Em 23 de janeiro de 1934, o então Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, Getúlio Vargas, baixou o Decreto n. 23.793, aprovando o Código Florestal, que passou a vigorar 120 dias após a sua publicação, ocorrida em 21/03/1935.

Tal “codificação”, logo no artigo 1º., estabelecia que:

*“Art. 1º As florestas existentes no território nacional, consideradas em conjunto, constituem bem de interesse commum a todos os habitantes do país, exercendo-se os direitos de propriedade com as limitações que as leis em geral, e especialmente este código, estabelecem”.*

---

<sup>1</sup> Engels, em seu “A origem da família, da propriedade privada e do Estado” aponta que na “Fase inferior”, “infância do gênero humano”, “os homens permaneciam, ainda, nos bosques tropicais ou subtropicais e viviam, pelo menos parcialmente, nas árvores; só isso explica que continuassem a existir no meio das grandes feras selvagens. Os frutos, as nozes e as raízes serviam de alimento...” .

<sup>2</sup> Thomas Keith: “nos tempos da Renascença, a cidade fora sinônimo de civilidade, o campo de rudeza e rusticidade. Tirar os homens das florestas e encerrá-los numa cidade era o mesmo que civilizá-los”., p. 290.

<sup>3</sup> Ver, a respeito, Direito Ambiental na Sociedade de Risco, José Rubens Morato Leite e Patrick de Araújo Ayala, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2002, p. 103/124 e Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial, 2ª. Ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, RT, 2003, p. 81/85.

No artigo 2º., esclarecia que a aplicação do Código se dava não só às florestas, “como às demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem”. Basicamente, classificou as florestas em quatro categorias: a) protetoras; b) remanescentes; c) modelo e d) de rendimento, trazendo limitações à propriedade privada de acordo com a tipologia florestal nelas existentes, além de regular a exploração das florestas de domínio público e privado. Também estabeleceu a estrutura de fiscalização das atividades florestais, as penas, infrações e respectivos processos aos infratores.

Percebe-se, nitidamente, que, a despeito da incipiente preocupação quanto à preservação, a propriedade e o uso econômico da flora, em diversos dispositivos, são exaltados.

E se na década de 50, a política econômica em nosso País focava a expansão industrial - paralelamente - e, especialmente a partir dos anos 60, “A agricultura deveria expandir-se explorando os fatores considerados abundantes: a terra e o trabalho”<sup>4</sup>.

## 1.2 O Código Florestal de 1965

Foi nesse contexto que, em 15 de setembro de 1965, veio a edição do “Novo” Código Florestal<sup>5</sup>, que não contou com a forte oposição da oligarquia ruralista, talvez porque estivessem seguros quanto ao ilimitado direito de propriedade reinante até então (e mesmo à mentalidade desenvolvimentista reinante, que se contrapunha à sustentabilidade).

O Código de 65, em seu artigo 1º., (conforme o Código de 34 já estabelecia) diz que as florestas e demais formas de vegetação são bens de interesse comum a todos os habitantes do País e vai além: em seu artigo 2º., estabelece as chamadas “áreas de preservação permanente”.

Em que pese o estabelecimento das APPs, em regra, inicialmente em 05 (cinco) metros, não podemos deixar de enaltecer e relembrar a importância da introdução dessas áreas no sistema legislativo de proteção ambiental, especialmente se lembrarmos que o conceito, desde o início, está amplamente vinculado ao bem estar da população.

Estabelecia o artigo 2º, da redação original, que:

*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 outro qualquer curso d'água, em faixa marginal cuja largura mínima será:*

*1 - de 5 (cinco) metros para os rios de menos de 10 (dez) metros de largura;*

*2 - igual à metade da largura dos cursos que meçam de 10 (dez) a 200 (duzentos) metros de distancia entre as margens;*

*3 - de 100 (cem) metros para todos os cursos cuja largura seja superior a 200 (duzentos) metros.*

<sup>4</sup> GRAZIANO Neto, Francisco: Questão Agrária e Ecologia, Ed. Brasiliense, 1986, pág. 97.

<sup>5</sup> Passou a vigorar 120 dias após a sua publicação.

- b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;*
- c) nas nascentes, mesmo nos chamados "olhos d'água", seja qual for a sua situação topográfica;*
- d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;*
- e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45°, 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;*
- h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, nos campos naturais ou artificiais, as florestas nativas e as vegetações campestres.*

No art. 3º, a versão original do Código já previu as áreas de preservação permanente "declaradas por ato do poder público", em relação às florestas e demais áreas de preservação permanente 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;*
- h) a assegurar condições de bem-estar público.*

O parágrafo 1º, do mesmo artigo, estabeleceu que "A supressão total ou parcial de florestas de preservação permanente só será admitida com prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social" e, o parágrafo 2º, declarou que "As florestas que integram o Patrimônio Indígena ficam sujeitas ao regime de preservação permanente (letra g) pelo só efeito desta Lei".

Em que pese a Lei da Ação Popular ser da mesma época<sup>6</sup>, o fato é que a tutela do meio ambiente continuava, praticamente, à responsabilidade exclusiva do próprio indivíduo ou cidadão que se sentisse incomodado. Em razão disso, Edis Milaré ensina que: "Segundo esse sistema, por óbvio, a irresponsabilidade era a regra, a responsabilidade a exceção. Sim, porque o particular ofendido não se apresenta, normalmente, em condições de assumir e desenvolver ação eficaz contra o agressor, quase sempre poderosos grupos econômicos, quando não o próprio Estado".

A primeira ação de natureza ambiental de que se tem notícia foi proposta no ano de 1973, em Itanhaém, pelo Professor Ernesto Zwarg Júnior. Foi uma ação

---

<sup>6</sup> "Embora se constate que os dispositivos constitucionais supra-citados apontassem para uma defesa dos direitos ou interesses difusos, estes não eram usados para fins, por exemplo, da tutela dos bens ambientais. Foi a evolução doutrinária que, de fato, propiciou a melhor caracterização e sedimentação do conceito de interesses ou direitos difusos e, por conseguinte, assinalou com a possibilidade de utilização destes na sede da ação popular (Barbosa Moreira – 1977 – Ação Popular como instrumento de tutela dos interesses difusos: temas de direito processual). Não obstante a falta de utilização dos interesses difusos, esses, pela Lei 4717/65 já estavam aptos a serem tutelados, pois a mesma, em seu art. 1º, par. 1º, definia como patrimônio público 'bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico'. Assim, havendo lesão ou prejuízo ao patrimônio público, nos termos da lei, seria possível suscitar, via ação popular, não só a defesa de prejuízo pecuniário ao erário público, mas também quando afetassem a bens imateriais como são os difusos" (José Rubens Morato Leite – Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial, 2ª. Ed., Rt, p. 155).

popular em face da Câmara Municipal e do Prefeito “aduzindo, em síntese, que eles haviam aprovado as Leis municipais 989 e 990, que permitiam a construção de prédios com até quinze andares, mesmo em vias não dotadas de redes de esgoto ou na orla marítima, com o que, fatalmente, acabaria ocorrendo a poluição do mar.”<sup>7</sup>

### 1.3 A Lei 6766/79

Em 20 de dezembro de 1979, entrou em vigor a Lei 6766/79, que dispõe “sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências”. Chamada de “Lei Lehmann”, proibiu o parcelamento do solo urbano “em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até a sua correção”<sup>8</sup>, além de estabelecer a obrigatoriedade de reserva de uma faixa “non aedificandi” de 15 metros, de cada lado, ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias, ferrovias e dutos, “salvo maiores exigências da legislação específica”<sup>9</sup>.

Confrontando tal legislação com a redação do Código Florestal, então em vigor, percebe-se que faixa não edificável, dos corpos d’água de até 30 metros (cf. itens “1” e “2”, alínea “a”, do art. 2º) foi fixada em 15 metros, aumentando, pois, a área de preservação permanente nesses casos.

### 1.4 A Lei 6938/81

Na década de 80, sob a influência da Conferência de Estocolmo, de 1972, a produção normativa passou a se voltar à proteção do patrimônio ambiental, segundo uma visão mais global e sistêmica.

Isso porque, na Declaração de Estocolmo, constou expressamente que:

#### *Princípio 4*

*O homem tem a responsabilidade especial de preservar e administrar judiciosamente o patrimônio da flora e da fauna silvestres e seu habitat, que se encontram atualmente, em grave perigo, devido a uma combinação de fatores adversos. Conseqüentemente, ao planificar o desenvolvimento econômico deve-se atribuir importância à conservação da natureza, incluídas a flora e a fauna silvestres.*

#### *Princípio 13*

*Com o fim de se conseguir um ordenamento mais racional dos recursos e melhorar assim as condições ambientais, os Estados devem adotar um enfoque integrado e coordenado de planejamento de seu desenvolvimento, de modo a que fique assegurada a compatibilidade entre o desenvolvimento e a necessidade de proteger e melhorar o meio ambiente humano em benefício de sua população.*

<sup>7</sup> Wladimir Passos de Freitas, A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais, 2ª. Ed. rev., São Paulo, RT, 2002, p. 22.

<sup>8</sup> Art. 3º, parágrafo único, inciso V.

<sup>9</sup> Art. 4º, inciso III – a atual redação, dada pela Lei 10.932/04, é a seguinte: III - ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias e ferrovias, será obrigatória a reserva de uma faixa não-edificável de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica

Foi assim que, em 1981, veio a ser editada a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, que o definiu como uma interação de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

O artigo 18, de tal Lei, transformou em reservas ou estações ecológicas, as florestas e demais formas de vegetação natural de preservação permanente relacionadas no artigo 2º, do Código Florestal, bem como os pousos das aves de arribação protegidas por convênios, acordos ou tratados assinados pelo Brasil com outras nações.

Além disso, através da Política Nacional do Meio Ambiente, foi introduzido o SISNAMA (Sistema Nacional do Meio Ambiente), inicialmente estruturado da seguinte forma:

*I - Órgão Superior: o Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, com a função de assistir o Presidente da República na formulação de diretrizes da Política Nacional do Meio Ambiente;*

*II - Órgão Central: a Secretaria Especial do Meio Ambiente - SEMA, do Ministério do Interior, à qual cabe promover, disciplinar e avaliar a implantação da Política Nacional do Meio Ambiente;*

*III - Órgãos Setoriais: os órgãos ou entidades integrantes da Administração Pública Federal, direta ou indireta, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, cujas entidades estejam, total ou parcialmente, associadas às de preservação da qualidade ambiental ou de disciplinamento do uso de recursos ambientais;*

*IV - Órgãos Seccionais: os órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas e projetos e de controle e fiscalização das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental;*

*V - Órgãos Locais: os órgãos ou entidades municipais responsáveis pelo controle e fiscalização dessas atividades, nas suas respectivas áreas de jurisdição.*

A Lei 7804/89, alterou sua estrutura, inserindo como Órgão Superior, o Conselho Superior do Meio Ambiente - CSMA, com a função de assessorar o Presidente da República na formulação da política nacional e nas diretrizes governamentais para o meio ambiente e os recursos ambientais; Órgão Consultivo e Deliberativo, o Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, adotado nos termos desta Lei, para assessorar, estudar e propor ao Conselho Superior do Meio Ambiente - CSMA diretrizes políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais, e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida; Órgão Central, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, com a finalidade de coordenar, executar e fazer executar, como órgão federal, a política nacional e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente, e a preservação, conservação e uso racional, fiscalização, controle e fomento dos recursos ambientais; Órgãos Setoriais, os órgãos ou entidades integrantes da administração federal direta e indireta, bem como as Fundações instituídas pelo Poder Público, cujas atividades estejam associadas às de proteção da qualidade ambiental ou àquelas de disciplinamento do uso de recursos ambientais; Órgãos Seccionais, os órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização

de atividades capazes de provocar a degradação ambiental e Órgãos Locais, os órgãos ou entidades municipais, responsáveis pelo controle e fiscalização dessas atividades, nas suas respectivas jurisdições.

Já a Lei 8028/90, mais uma vez alterou a estrutura do SISNAMA, mantendo os Órgãos Seccionais e Locais e incluindo como órgão superior, o Conselho de Governo, com a função de assessorar o Presidente da República na formulação da política nacional e nas diretrizes governamentais para o meio ambiente e os recursos ambientais; como Órgão consultivo e deliberativo, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida; como órgão central, a Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República, com a finalidade de planejar, coordenar, supervisionar e controlar, como órgão federal, a política nacional e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente e como órgão executor, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, com a finalidade de executar e fazer executar, como órgão federal, a política e diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente.

Pois bem. Em que pese as sucessivas alterações da estrutura do SISNAMA, percebe-se que, desde a sua inserção na Política Nacional do Meio Ambiente, compete ao CONAMA estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos (art. 8º, VII).

Nesse sentido, também dispôs o artigo 7º, do Decreto nº 89.336/84 que “A declaração de uma área de Relevante Interesse Ecológico, será proposta através de Resolução do CONAMA ou de órgão colegiado equivalente, na esfera estadual ou municipal”.

Já o artigo 7º, do Decreto Federal nº 99.274, de 06 de junho de 1990, estabelece que “Compete ao CONAMA baixar as normas de sua competência à execução e implementação da Política do Meio Ambiente”.

Ensina Paulo de Bessa Antunes que<sup>10</sup>:

*“O Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA foi criado pelo artigo 6º., inciso II, da Lei n. 6.938/81 com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes e políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, normas e padrões compatíveis com meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida. O CONAMA, portanto, é uma entidade dotada de poder regulamentar em razão de expressa determinação legal. O CONAMA pode e deve estabelecer os padrões federais e as normas federais que devem ser tidas como normas gerais a serem observadas pelos Estados e Municípios”.*

Nesses termos, cabe às resoluções do CONAMA “estabelecer padrões detalhados de preservação ambiental, desde que respeitada a idéia nuclear da prote-

<sup>10</sup> Direito Ambiental, Editora Lúmen Júris, ano 1999, 3ª. Edição, páginas 69/70.

ção inicialmente traçada. Cabe à norma regulamentar, nesse caso, o detalhamento técnico necessário ao cumprimento do comando legal...” mesmo porque “seria impossível ou no mínimo inconveniente que a lei fixasse para cada hipótese de atividade todos os padrões físicos, químicos e biológicos, deixando ao Poder Executivo essa missão de nítido caráter regulamentar”<sup>11</sup>.

### 1.5 A Resolução 4/85 do CONAMA

Foi assim que, em 20 de janeiro de 1986, foi publicada no Diário Oficial da União, a Resolução CONAMA 4, de 18 de setembro de 1985 que além de considerar, como reservas ecológicas, as formações florísticas e as áreas de florestas de preservação permanente mencionadas no Artigo 18 da Lei nº 6.938/81, criou espaços territoriais e seus componentes especialmente protegidos (art. 3º).

Com efeito, dispôs o artigo 3º, da Resolução 4/85, que:

*Art. 3º - São Reservas Ecológicas:*

*a) - os pousos das aves de arribação protegidos por Convênio, Acordos ou tratados assinados pelo Brasil com outras nações;*

*b) - as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:*

*I - ao longo dos rios ou de outro qualquer corpo d'água, em faixa marginal além do leito maior sazonal medida horizontalmente, cuja largura mínima será:*

*- de 5 (cinco) metros para rios com menos de 10 (dez) metros de largura;*

*- igual á metade da largura dos corpos d'água que meçam de 10 (dez) a 200 (duzentos) metros;*

*- de 100 (cem) metros para todos os cursos d'água cuja largura seja superior a 200 (duzentos) metros;*

*II - ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais, desde o seu nível mais alto medido horizontalmente, em faixa marginal cuja largura mínima será:*

*- de 30 (trinta) metros para os que estejam situados em áreas urbanas;*

*- de 100 (cem) metros para os que estejam em áreas rurais, exceto os corpos d'água com até 20 (vinte) hectares de superfície, cuja faixa marginal será de 50 (cinquenta) metros;*

*- de 100 (cem) metros para as represas hidrelétricas.*

*III - nas nascentes permanentes ou temporárias, incluindo os olhos d'água e veredas, seja qual for sua situação topográfica, com uma faixa mínima de 50 (cinquenta) metros e a partir de sua margem, de tal forma que proteja, em cada caso, a bacia de drenagem contribuinte.*

*IV - no topo de morros, montes e montanhas, em áreas delimitadas a partir da curva de nível correspondente a 2/3 (dois terços), da altura mínima da elevação em relação à base;*

*V - nas linhas de cumeada, em área delimitada a partir da curva de nível correspondente a 2/3 (dois terços) da altura, em relação à base, do pico mais*

<sup>11</sup> Daniel Roberto Fink e outros, Áreas de Preservação Permanente e sua Regulamentação pelo CONAMA, “in” Temas de Direito Urbanístico, pág. 335.

*baixo da cumeada, fixando-se a curva de nível para cada segmento da linha da cumeada equivalente a 1000 (mil) metros;*

*VI - nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 100% (cem por cento) ou 45° (quarenta e cinco graus) na sua linha de maior declive;*

*VII - nas restingas, em faixa mínima de 300 (trezentos) metros a contar da linha de preamar máxima;*

*VIII - nos manguezais, em toda a sua extensão;*

*IX - nas dunas, como vegetação fixadora;*

*X - nas bordas de tabuleiros ou chapadas, em faixa com largura mínima de 100 (cem) metros;*

*XI - em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a sua vegetação;*

*XII - nas áreas metropolitanas definidas em lei, quando a vegetação natural se encontra em clímax ou em estágios médios e avançados de regeneração.*

Cotejando referido artigo e o Código Florestal, observa-se que a alínea “b”, incisos I, II, III, IV, V, VI, X e XI já estavam protegidos, porque definidos, também, como áreas de preservação permanente (Código Florestal, artigo 2o).

Em relação aos incisos VII, VIII, IX e XII, o CONAMA os protegeu, de forma especial, nos termos da legislação já mencionada no item anterior.

## **1.6 As Alterações do Código Florestal**

A Lei nº 7.511, de 7 de Julho de 1986 entrou em vigor no dia 08 de julho do mesmo ano e alterou o artigo 2º, “a”, do Código Florestal.

As metragens das áreas de preservação permanente ao longo dos rios ou quaisquer cursos d’água ficaram assim estabelecidas, a partir de então:

1) para aqueles de menos de 10 (dez) metros de largura, a área de preservação permanente passou de 5 (cinco) metros, para 30 (trinta) metros;

2) para aqueles entre 10 (dez) e 50 (cinquenta) metros de largura, a área de preservação permanente passou a ser de 50 (cinquenta metros) (ao invés de “igual à metade da largura”);

3) para aqueles entre 50 (cinquenta) e 100 (cem) metros de largura, a área de preservação permanente passou a ser de 100 (cem) metros (ao invés de “igual à metade da largura”);

4) para aqueles entre 100 (cem) e 200 (duzentos) metros de largura, a área de preservação permanente passou a ser de 150 (cento e cinquenta) metros (ao invés de “igual à metade da largura”);

5) para aqueles com largura superior a 200 metros, a metragem foi fixada em área igual à distância entre as margens (ao invés de 100 (cem) metros).

Em 20 de Julho de 1989, passou a vigorar a Lei nº 7.803, de 18 de Julho de 1989 que fixou: para os cursos d’água entre 50 e 200 metros de largura, a área de preservação permanente de 100 metros (diminuiu a área de preservação permanente dos rios entre 100 e 200 metros, de 150, para 100 metros); para os cursos d’água entre 200 a 600 metros, a área de preservação permanente

de 200 metros (ao invés de metragem igual à distância entre as margens); para os cursos d'água superiores a 600 metros de largura, a APP foi fixada em 500 (quinhentos) metros ((ao invés de metragem igual à distância entre as margens). Para os cursos d'água com menos de 10 metros e aqueles entre 10 e 50 metros de largura, as áreas de preservação permanente permaneceram, respectivamente, em 30 e 50 metros.

Além disso, nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados “olhos d'água”, qualquer que seja a sua situação topográfica, as APPs foram fixadas num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura; 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; e em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação.

Observe-se que já havia menção a tais áreas, na redação original do Código e que a Resolução CONAMA 04/85 já havia estabelecido e regulamentado tais metragens, tal como estabeleceu a Lei 7803/89.

Importante ressaltar que o parágrafo único introduzido por tal lei ao artigo 2º, do Código, foi a primeira menção a “áreas urbanas” e permanece até hoje em vigor, nos seguintes termos:

*Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo.”*(grifei).

Entretanto, ainda que não houvesse específica menção à observância dos “princípios e limites a que se refere este artigo”, o fato é que jamais houve restrição para aplicação do Código Florestal apenas às áreas rurais; ao contrário: se, desde 1934, o enfoque e a proteção estabelecidos pelo Código Florestal mencionam “as florestas e demais vegetação existentes no território nacional”, por óbvio que a aplicação não pode e não deve ser restrita às áreas urbanas<sup>12</sup>.

A partir de 1996, com a edição da Medida Provisória 1.511<sup>13</sup>, de 25 de Ju-

<sup>12</sup> Consoante se observará no item “2”, a Constituição Federal reforçou tal entendimento.

<sup>13</sup> REEDITADA PELA MPV 1.511-1, DE 22/08/1996; MPV 1.511-2, DE 19/09/1996; 1.511-3, DE 17/10/1996; 1.511-4, DE 13/11/1996; 1.511-5, DE 12/12/1996; 1.511-6, DE 09/01/1997; 1.511-7, DE 05/02/1997; 1.511-8, DE 06/03/1997; 1.511-9, DE 03/04/1997; 1.511-10, DE 30/04/1997; 1.511-11, DE 28/05/1997; 1.511-12, DE 27/06/1997; 1.511-13, DE 25/07/1997; 1.511-14, DE 26/08/1997; 1.511-15, DE 25/09/1997; 1.511-16, DE 23/10/1997; 1.511-17, DE 20/11/1997; REVOGADA E REEDITADA PELA MPV 1.605-18, DE 11/12/1997; 1.605-19, DE 08/01/1998; 1.605-20, DE 05/02/1998; 1.605-21, DE 05/03/1998; 1.605-22, DE 02/04/1998; 1.605-23, DE 29/04/1998; 1.605-24, DE 28/05/1998; 1.605-25, DE 26/06/1998; 1.605-26, DE 27/07/1998; 1.605-27, DE 25/08/1998; 1.605-28, DE 24/09/1998; 1.605-29, DE 22/10/1998; 1.605-30, DE 19/11/1998. REVOGA A MPV 1.605-30, DE 19/11/98 E REEDITADA PELA MPV 1.736-31, DE 14/12/98; 1.736-32, DE 13/01/1999; 1.736-33, DE 11/02/1999; 1.736-34, DE 11/03/1999; 1.736-35, DE 08/04/1999; 1.736-36, DE 06/05/1999; 1.736-37, DE 02/06/1999; REVOGADA E REEDITADA PELA MPV 1.885-38, DE 29/06/1999; 1.885-39, DE 28/07/1999; 1.885-40, DE 26/08/1999; 1.885-41, DE 24/09/1999; 1.885-42, DE 22/10/1999; 1.885-43, DE 23/11/1999; REVOGADA E REEDITADA PELA MPV 1.956-44, DE 09/12/1999; 1.956-45, DE 06/01/2000; 1.956-46, DE 03/02/2000; 1.956-47, DE 02/03/2000; 1.956-48, DE 30/03/2000; 1.956-49, DE 27/04/2000; REEDITADA COM ALTERAÇÃO PELA MPV 1.956-50, DE 26/05/2000; 1.956-51, DE 26/06/2000; REEDITADA COM ALTERAÇÃO PELA MPV 1.956-52, DE 26/07/2000; 1.956-53, DE 23/08/2000; 1.956-54, DE 21/09/2000; 1.956-55, DE 19/10/2000; 1.956-56, DE 16/11/2000; 1.956-57, DE 14/12/2000; REVOGADA E REEDITADA PELA MPV 2.080-58 DE 27/12/2000;

lho de 1996 (publicada no DOU de 26/07/1996), sucessivas medidas provisórias alteraram dispositivos do Código Florestal<sup>14</sup>, até a atual, Medida Provisória 2166, de 24 de agosto de 2001.

Nenhuma delas, entretanto, alterou os arts. 2º e 3º, do Código Florestal.

A MP 2166/01, dentre outras alterações, trouxe o conceito de APP (art. 1º, §2º, inciso II), incluindo, no artigo 4º, parágrafos relativos à possibilidade de supressão de vegetação em área de preservação permanente.

A Constituição Federal de 1988, a recepção da Legislação anterior e as modificações legislativas posteriores.

Ao contrário de muitos países que não “constitucionalizaram” o meio ambiente (Estados Unidos, Itália)<sup>15</sup>, o Brasil o trata como direito fundamental.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988, no caput do artigo 225, estabeleceu que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, reconhecendo “o direito de todos ao meio ambiente sadio e preservado em condições adequadas sob a ótica ecológica”.

Trata-se de direito humano fundamental e, como lembra Herman Benjamin, “a caracterização do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental traz consigo três qualidades consideradas inerentes a tal tipologia: a irrenunciabilidade, a inalienabilidade e a imprescritibilidade. Irrenunciabilidade conquanto, embora tal direito conviva com a omissão de exercício (a passividade corriqueira da vítima ambiental), não aceita renúncia apriorística; inalienabilidade na medida em que, por ser de exercício próprio, é intransferível, inegociável, pois possui titularidade pulverizada e personalíssima, incapaz de apropriação individual; finalmente, imprescritível, já que têm perfil intertemporal, consagrando entre seus beneficiários inclusive os incapazes de exercitarem seus direitos diretamente e até as gerações futuras”<sup>16</sup>.

Esse direito humano fundamental trata-se de um direito de “terceira geração”, incluído entre os chamados “direitos dos povos” ou “direito da solidariedade”. Por isso, para ser garantido, exige o esforço conjunto do Estado, dos indivíduos, dos diversos setores da sociedade e das diversas nações.

Dispõe o artigo 225, parágrafo 1º, inciso III, da Constituição Federal, por seu turno, que “Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

*III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos sendo a alteração e a supressão*

2.080-59, DE 25/01/2001; 2.080-60, DE 22/02/2001; 2.080-61, DE 22/03/2001; 2.080-62, DE 19/04/2001; 2.080-63, DE 17/05/2001; 2.080-64, DE 13/06/2001; REVOGADA E REEDITADA PELA MPV 2.166-65 DE 28/06/2001; 2.166-66, DE 26/07/2001; REEDITADA COM ALTERAÇÃO PELA MPV 2.166-67, DE 24/08/2001.

<sup>14</sup> Muito questionadas, quanto à constitucionalidade, seja sob o aspecto formal, seja material. Observa, no entanto, em relação à MP 2166/01, a decisão do STF quanto à ADIn 3540-1;.

<sup>15</sup> Antônio Herman Benjamin, Meio Ambiente e Constituição: uma primeira abordagem, “in”, 10 anos de ECO-92: O direito e o desenvolvimento sustentável, Anais do 6º. Congresso Internacional de Direito Ambiental, IMESP, 2002, p. 93. O autor inclui a França dentre os países que não constitucionalizaram o meio ambiente, porque somente em março de 2005 que a França o fez, conforme leciona Michel Prier, em “La Charte de L’Environnement et la Constitution Française”, publicado na Revista de Direito Ambiental n. 12 (abr-jun-2006): “La loi constitutionnelle 2005-205 du 1er mars 2005 (JO du 2 mars) vient d’introduire l’environnement dans la Constitution de 1958. Il s’agit là d’une réforme historique et ambitieuse”.

<sup>16</sup> Idem, p. 94.

*permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.”*

Pois bem. Com o advento da Constituição Federal de 1988, passou-se a questionar quanto à recepção ou não da legislação ambiental anterior.

Especificamente quanto à matéria aqui tratada, insta consignar que a Constituição Federal recepcionou o Código Florestal de 1965, com as alterações até então vigentes, bem como a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente e a Resolução CONAMA 4/85.

De fato, a expressão “através de lei” mencionada no texto constitucional (art. 225, §1º, III) refere-se à “alteração e supressão” dos “espaços territoriais e seus componentes”; portanto, exige-se lei, em sentido estrito (cf. art. 5º., inciso II, CF), para a alteração e a supressão desses espaços territoriais e seus componentes especialmente protegidos definidos por ato do Poder Público.

Pode-se dizer, assim, que a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (6.938/81) foi recepcionada pela Constituição Federal, sendo certo que um dos instrumentos desta Política é “A 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.”

Destarte, se o artigo 6º., da referida Lei, criou o denominado Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), visando integrar as diversas esferas de poder administrativo envolvidas na proteção ambiental; se o CONAMA figura como órgão integrante do referido sistema, com a função de assessoramento, análise e proposição de políticas governamentais para o meio ambiente e recursos naturais e a função deliberativa “sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida”; se o CONAMA possui inequívoca competência para “estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos” (art. 8º., VII, da Lei 6938/81) e “deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida; deliberar, sob a forma de resoluções, proposições, recomendações e moções, visando o cumprimento dos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente” (art. 7º., VI, VIII e XVIII, do Decreto Federal 99274/90), pode-se concluir que o CONAMA não só pode, como deve regulamentar os princípios constitucionais e legais de proteção ao meio ambiente, estando aí incluídos aqueles relativos aos espaços territoriais especialmente protegidos, dentre os quais se incluem as áreas de preservação permanente.

Assim, também a Resolução 04/85 foi recepcionada pela Constituição Federal.

## **1.7 A Lei 9985/2000**

A partir de 19 de Julho de 2000, passou a vigorar a chamada Lei do SNUC, que regulamentou o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e deu outras providências.

O artigo 60, da referida Lei, revogou o artigo 18, da Lei 6938/81 e, por isso, a partir de então, muitos passaram a entender que também a Resolução 4/85 estaria revogada e, com isso, desprotegidas as áreas de preservação permanente ali indicadas, em complementação ao Código Florestal.

Tal interpretação, no entanto, resta totalmente equivocada e não beneficia, senão aqueles que buscam a degradação.

O artigo 18, da Lei 6938/81, revogado, foi mencionado, na Resolução 04/85, no artigo 1º. Assim, revogado foi, também o disposto no artigo 1º, da Resolução.

No entanto, através do artigo 3º, a Resolução 4/85 do CONAMA regula o Código Florestal (art. 2º) e cria espaços territoriais e seus componentes especialmente protegidos, consoante estabelece a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente e a Constituição Federal.

Destarte, neste aspecto, permanece em vigor a Resolução 4/85, pelo menos, até o advento das Resoluções 302/02 e 303/02, do CONAMA, tanto é que esta última, no artigo 5º, a revoga, expressamente.

## **1.8 As Resoluções 302, 303/02 do CONAMA**

A Resolução nº 302, de 20 de Março de 2002 dispõe sobre os parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente de reservatórios artificiais e o regime de uso do entorno e a Resolução 303, de 20 de Março de 2002 dispõe sobre parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente. Ambas foram publicadas no DOU de 13 de maio de 2002.

Mais uma vez, a partir da vigência de tais Resoluções, iniciou-se a vã tentativa de rechaçá-las, sob a pecha de inconstitucionais. A alegação, tendente a retirar a proteção das áreas de preservação, consistiu, basicamente, na ofensa ao direito de propriedade e na necessidade de se criar áreas de preservação permanente somente através de Lei.

Não é demais repetir que o CONAMA não só pode, como deve regulamentar os princípios constitucionais e legais de proteção ao meio ambiente, estando aí incluídos aqueles relativos aos espaços territoriais especialmente protegidos, dentre os quais se incluem as áreas de preservação permanente. E é através das Resoluções que o faz.

Tais resoluções são atos normativos “que contêm um comando geral do Executivo, visando à correta aplicação da lei. O objetivo imediato de tais atos é explicitar a norma legal a ser observada pela Administração e pelos administrados. Esses atos expressam em minúcia o mandamento abstrato da lei e o fazem com a mesma normatividade da regra legislativa, embora sejam manifestações tipicamente administrativas”<sup>17</sup>.

A Constituição Federal relegou à lei a supressão e a alteração de espaços territoriais especialmente protegidos, mas não sua criação.

<sup>17</sup> Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 10ª. Ed., pág. 136.

Tanto é que o artigo 3º, do Código Florestal, dispõe sobre as áreas de preservação permanente criadas “por ato do Poder Público”.

Ainda que assim não fosse, o fato é que o Código Florestal, em seu artigo 2º., considera como áreas de preservação permanente, “pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural” lá elencadas.

Não especifica, entretanto, quais seriam as metragens ou a forma de se calcular algumas áreas de preservação permanente.

Ora, seguindo a determinação Constitucional e o disposto na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, não haveria outro modo de dar efetividade ao comando legal, senão através da atividade regulamentar, qual seja, a edição de Resolução pelo CONAMA.

As áreas de preservação permanente em comento foram criadas por lei, em sentido estrito (Código Florestal, Lei 4771/65). O que as Resoluções 302 e 303/2002 em comento fizeram (a teor do que a anterior – 04/85 – já fazia), de acordo com a Legislação citada, foi apenas fixar a extensão ou o modo de constituição das faixas de preservação permanente.

Portanto, se limite ao direito de propriedade há, tal limite é estabelecido pela própria Constituição Federal (função sócio-ambiental da propriedade) e mesmo pelo Código Florestal, sendo as demais Legislações que com ela se harmonizam, consequência desse novo panorama do direito de propriedade.

Observe-se que, quando o Código Civil, em seu artigo 1228, parágrafo 1º., menciona 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, bem como evitada a poluição do ar e das águas”, está a se referir à Legislação Ambiental (Código Florestal, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Resoluções do CONAMA).

E mais: o que está em discussão, no caso, é o meio ambiente, é a sua preservação para presentes e futuras gerações. Destarte, a interpretação das normas em comento deve se dar de forma a dar efetividade ao comando constitucional do artigo 225, que, “À evidência, trata-se de norma manifestamente vinculante, a qual impõe indeclinável dever comum e solidário de defesa ambiental aos entes federados e à coletividade, estando englobadas em Poder Público não apenas as Administrações Públicas representativas do Poder Executivo, mas igualmente os Poderes Legislativo e Judiciário, dentro de suas respectivas esferas de competências e atribuições.”<sup>18</sup>

Em resumo: o CONAMA pode e deve, de acordo com a Constituição Federal e demais legislações que com ela se harmonizam, editar resoluções que explicitem, como no caso, as áreas de preservação permanente já criadas pelo Código Florestal.

Diante disso, não há que se falar em restrição do direito de propriedade em razão das mencionadas resoluções; hoje, o direito de propriedade já é limitado pela

<sup>18</sup> Trecho da brilhante tese exposta e aprovada pelo Dr. Filipe Augusto Vieira de Andrade, Promotor de Justiça da Capital, então Assessor do Centro de Apoio Operacional do Urbanismo e Meio Ambiente, por ocasião do 6º. Congresso do Meio Ambiente do Ministério Público do Estado de São Paulo.

própria Constituição Federal (artigo 225, “caput” e parágrafo 1º, III), devendo ser exaltada a sua função sócio-ambiental (arts. 5º., XXIII, 170, “caput” e III, 182, parágrafo 2º. e 186), incluindo-se, aí, o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nesse sentido:

*AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL - Ocupação em área de preservação permanente - Rio Paraíba do Sul - Resolução CONAMA 302/02 - Faixa de preservação de 100 metros às margens das represas - Sentença Procedente, - Competência municipal que fica vinculada e limitada às disposições das normas federais, inclusive Resoluções do CONAMA - Constitucionalidade da deliberação que fixou a faixa de 100 metros - Resolução (302/02) que apenas reforçou o que já havia sido deliberado na 04/85 - Necessidade de regulamentação do art. 2º do Código Florestal no que concerne às áreas de preservação permanente no entorno dos reservatórios artificiais e responsabilidades assumidas pelo Brasil nas Convenções da Biodiversidade, Ramsar e Washington, e nos compromissos derivados “da Declaração do Rio de Janeiro - Resolução que trata expressamente de proteção aos recursos hídricos, que não estão sujeitos ao princípio da reserva legal – Cautelas estabelecidas que não podem ser vistas como uma violação ao direito de propriedade, que não se sobrepõe ao interesse público que emana do meio ambiente e nem restrição à competência legislativa municipal - Inexistência de ofensa a ato jurídico perfeito e ao direito adquirido – Preliminar afastada, recurso desprovido.<sup>19</sup>*

É, também, o posicionamento do E. STJ:

**PROCESSUAL CIVIL E DIREITO AMBIENTAL – ART. 535 DO CPC – NÃO-OCORRÊNCIA DE OMISSÃO – ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL – EDIFICAÇÃO EM ÁREA PROIBIDA – INTERPRETAÇÃO DAS LEIS N. 6.938/81 E 4.771/65 – PODER REGULAMENTAR DO CONAMA – RESOLUÇÃO N. 302/2002 – LEGALIDADE – RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE<sup>20</sup>.**

## 1.9 A Resolução 369/06

A MP 2166/01 introduziu, no artigo 1º, §2º, incisos IV e V hipóteses de utilidade pública e interesse social, estabelecendo, na alínea “c”, de ambos os dispositivos, a possibilidade de o CONAMA definir, através de Resolução, outras obras, planos, atividades ou projetos considerados de utilidade pública ou interesse social.

Foi assim que, após quase quatro anos de tramitação interna, o CONAMA editou a Resolução 369, de 28 de março de 2006, que dispõe sobre os casos excepcionais, de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente-APP.

<sup>19</sup> Câmara Especial do Meio Ambiente-TJ/SP, Rel. Des. Samuel Junior, Ap.Civ. nº 7 68.201-5/7-00, da Comarca de São José dos Campos, em que são apelantes Ovídio Pedrosa e outra, sendo apelado Ministério Público, j. em 13/11/2008, v.u.

<sup>20</sup> STJ – Recurso Especial nº 992.462 - MG (2007/0227751-6), Rel. MINISTRO HUMBERTO MARTINS, Recorrente:Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Recorrido: Marcelo Primo Marques, j. em 31/10/2008, v.u.

## 1.10 A Aplicação do Código Florestal às Áreas Urbanas

Após a análise minuciosa da evolução histórica da legislação ambiental brasileira, constata-se que não há qualquer restrição à aplicação do Código Florestal às áreas urbanas.

Ao contrário: a análise do disposto no artigo 24, incisos VII, VIII e parágrafos e no artigo 30, inciso II, todos da Constituição Federal, deixa claro que o Código Florestal é regra geral, que se aplica às áreas urbanas e que a legislação municipal só poderá acrescentar proteção, nunca retirá-la.

É, também, o que estabelece o parágrafo único do artigo 2º, do Código Florestal, quando menciona “respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo”.

Observe-se que as Resoluções 302/02, 303/02 e 369/06 não trouxeram a definição de área urbana; apenas o fizeram quanto às áreas urbanas consolidadas.

Destarte, para a aplicação da legislação, desde que relevante<sup>21</sup>, mister se faz analisar a destinação da área e não, efetivamente, tratar-se de zona urbana ou zona rural<sup>22</sup>. Mesmo porque, “hoje em dia numa ‘canetada’ a Câmara Municipal incorpora uma área totalmente ocupada por atividades tipicamente rurais na zona urbana, o que, em absolutamente nada irá alterar suas atividades produtivas, ao menos enquanto elas continuarem sendo lucrativas”<sup>23</sup>.

Aliás, é o que estabelece o art. 4º, inciso I, da Lei 4504/64 (Estatuto do Terra) e mesmo a utilização do critério tributário (ITR e IPTU), consoante a destinação econômica<sup>24</sup>.

Em qualquer caso, porém, lembremos que “in dubio pro ambiente”.

## BIBLIOGRAFIA

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. “A reserva legal nas zonas urbanas”, “in” Temas de Direito Urbanístico Vol. 5, Imesp, 2007.

ALONSO JR, Hamilton. Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas. São Paulo: RT, 2006.

ANDRADE, Filipe Augusto Vieira de. Resolução Conama n. 237, de 19.12.1998: um ato normativo inválido pela eiva da inconstitucionalidade e da ilegalidade. Revista de direito ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 13: p. 105 -115, 1999.

\_\_\_\_\_. “O dever de defesa e preservação ambiental, o princípio da reserva legal e a invalidade de atos normativos que admitam ou autorizem degradação em áreas de preservação permanente”, tese aprovada no 6º. Congresso do Meio Ambiente do Ministério Público do Estado de São Paulo

<sup>21</sup> Como no caso do estabelecimento de metragens, nas APPs de entorno de reservatórios ou mesmo para a Reserva Legal, p.ex.

<sup>22</sup> Cf., a respeito, Fernando Reverendo Vidal Akaoui, “A reserva legal nas zonas urbanas”, “in” Temas de Direito Urbanístico 5, Imesp, 2007.

<sup>23</sup> Idem, p. 215.

<sup>24</sup> (vide, por exemplo, o REsp nº 492.869 do STJ, julgado em 15/02/2005), para fins fiscais.

- BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos e. Meio Ambiente e Constituição: uma primeira abordagem, “in”, 10 anos de ECO-92: O direito e o desenvolvimento sustentável, Anais do 6º. Congresso Internacional de Direito Ambiental, IMESP, 2002.
- \_\_\_\_\_. Direito constitucional ambiental brasileiro, “in” Direito ambiental constitucional brasileiro, José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite (org.). São Paulo: Saraiva, 2007.
- \_\_\_\_\_. O estado teatral e a implementação do direito ambiental. In BENJAMIN, Antônio Herman (coord). Direito, Água e Vida. São Paulo: IMESP, p. 335/365, 2003o
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 4ª.ed., São Paulo: Malheiros, 1994.
- \_\_\_\_\_. Instituições de direito processual civil. 2ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- ENGELS. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. 3ª. Edição, 1986, Global Editora.
- FERRAZ, Sérgio. Responsabilidade civil por dano ecológico. RDP, vol. 49/50.
- FINK, Daniel R. Responsabilidade civil ambiental. Manual Prático da Promotoria de Justiça de Meio Ambiente, IMESP, 2005
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FREITAS, Vladimir Passos de. A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais, Ed. Revista dos Tribunais, 2000.
- GRAZIANO Neto, Francisco. Questão Agrária e Ecologia, Ed. Brasiliense, 1986.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; VASCONCELLOS E BENJAMIN, Antônio Herman de; FINK, Daniel Roberto et al. Código brasileiro de defesa do consumidor. 7ª. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro e Kazuo Watanabe (coord.). Direito processual civil coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: RT, 2007.
- KAMEI, Karina Keiko. Espaços territoriais especialmente protegidos criados pelo conselho nacional do meio ambiente – CONAMA, tese aprovada no 4º. Congresso do Meio Ambiente do Ministério Público do Estado de São Paulo, 2000.
- \_\_\_\_\_. Alteração e supressão de áreas de preservação permanente, tese aprovada no 6º. Congresso do Meio Ambiente do Ministério Público do Estado de São Paulo, 2002.
- KEITH, Thomas. O homem e o mundo natural, Companhia das Letras, 1996.
- LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2ª. ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: RT, 2003.

- \_\_\_\_\_. e Patrick de Araújo Ayala. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 14ª. Ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 8ª.ed., rev.e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MARCATO, Antônio Carlos (coord.), *CPC Interpretado, Atlas*, 2004.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 16ª.ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2003.
- MILARÉ, Edis, *Direito do Ambiente*, São Paulo: RT, 2000.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Princípios fundamentais do direito ambiental*. Revista de direito ambiental 2, RT, abril-jun/96.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Responsabilidade civil por dano ecológico e ação civil pública*, *Justitia*, 126, jul-set. 1984.
- \_\_\_\_\_. e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5ª.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PRIEUR, Michel. *La Charte de L'Environnement et la Constitution Française*. Revista de Direito Ambiental n. 12, RT, abr-jun-2006.
- SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em ações civis públicas ambientais*. "in" *Manual prático da promotoria de justiça do meio ambiente*, vol.1, IMESP, 2005.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 19ª. Ed., v.1, Saraiva.
- SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Editora Método, 2006.
- YARSHEL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. 2ª. Ed, São Paulo: DPJ Editora, 2006.
- YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.



# CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO CULTURAL E O ORDENAMENTO TERRITORIAL E URBANO NA LEI 9605/98

*ELADIO LECEY*

Diretor-presidente da Escola Nacional da Magistratura,  
da Associação dos Magistrados Brasileiros, Diretor da Escola  
Brasileira de Direito e Política Ambiental, do Instituto O Direito  
por um Planeta Verde, Desembargador aposentado do  
Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Professor de  
Direito Penal e Direito Ambiental Penal

## 1. INTRODUÇÃO

A Lei 9605/98, ao tipificar os crimes contra o meio ambiente, na seção IV, incluiu infrações penais contra o patrimônio cultural e o ordenamento territorial e urbano. Não obstante o posicionamento contrário de Luiz Regis Prado<sup>1</sup>, entendo que acertadamente tratadas ditas condutas pela lei ambiental penal como delitos contra o ambiente.

Como muito bem ensina José Afonso da Silva, o ambiente compõe-se de um conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais, sendo conceituado como a interação do conjunto desses elementos que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas<sup>2</sup>.

O meio ambiente, portanto, abrange não apenas elementos naturais, como água, ar, flora, fauna e solo, mas também culturais e artificiais, importando também o ordenamento do território em geral e do meio urbano em especial, já que dita ordenação implicará na qualidade dos referidos elementos. Assim, bem incluídas as condutas que dizem com tais valores dentre os crimes contra o meio ambiente. No mesmo sentido vem se manifestando a grande maioria dos doutrinadores, como Ivete Senise Ferreira<sup>3</sup> Nicolao Dino<sup>4</sup>, José Eduardo Rodrigues<sup>5</sup>, Vladimir e Gilberto Passos de Freitas<sup>6</sup>.

A Lei 9605/98, em seus arts. 62, 63 e 65, parágrafo único descreve crimes contra o meio ambiente, principalmente, sob os aspectos artificial (urbano ou

---

<sup>1</sup> Entende Luiz Regis que embora relacionados com o ambiente, o patrimônio cultural e a ordenação do território não se confundem com ele, sendo bens jurídicos distintos, também de natureza transindividual (Direito Penal do Ambiente, Revista dos Tribunais, 2005, p. 487).

<sup>2</sup> Direito Ambiental Constitucional, Malheiros Editores, 3ª. edição, 2000, p.20.

<sup>3</sup> Tutela Penal do Patrimônio Cultural, RT, 1995, pp. 9/10

<sup>4</sup> Crimes e Infrações Administrativas Ambientais, Brasília Jurídica, 2000, p.301.

<sup>5</sup> A Evolução da proteção do patrimônio cultural – Crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, em Revista de Direito Ambiental, vol. 1, RT, p.25

<sup>6</sup> Crimes contra a natureza, 6ª. edição, RT, 2000, p.198

não) e cultural, mais comumente denominados crimes contra o patrimônio cultural, enquanto os artigos 64 e 65 “caput” tipificam delitos contra o meio ambiente relacionado ao ordenamento do território, inclusive à ordenação urbana, mais conhecidos como crimes contra o ordenamento urbano.

## **2. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO CULTURAL**

O patrimônio cultural de nosso país na conceituação da Constituição Federal é constituído dos “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” (artigo 216, “caput”).

No rol de tais bens, segundo os incisos I a III do mesmo dispositivo constitucional, incluem-se as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, bem como as criações científicas, artísticas e tecnológicas, que configuram bens de valor imaterial.

No inciso IV obras, objetos, documentos, edificações e espaços destinados às manifestações artístico-culturais, sendo ditas manifestações valores também imateriais; com relação aos espaços que as abrigam, no entanto, como muito bem destaca José Eduardo Rodrigues, não necessitam ter intrinsecamente valor cultural, bastando sejam utilizados em atividades culturais<sup>7</sup>.

O inciso V, por sua vez, inclui os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico, bens materiais integrantes do patrimônio cultural.

Outros bens, sejam urbanos ou rurais, não explicitados nos referidos incisos, que configuram rol não taxativo, poderão igualmente integrar dito patrimônio, desde que preencham as qualificações do “caput” do art. 216 da Constituição Federal.

Para que o bem seja considerado patrimônio cultural não há necessidade de tombamento, exigência não incluída no “caput” do referido art. 216, sendo que no parágrafo primeiro estão arroladas várias outras formas além do tombamento (inventários, registros, vigilância e desapropriação), havendo, inclusive, genérica e expressa referência a “outras formas de acautelamento e preservação”.

A proteção penal ao patrimônio cultural encontra fundamento constitucional no § 4o do art. 216 que determina que os danos e ameaças serão punidos na forma da lei. Efetivamente, tratando-se de bens e interesses de relevância, a ponto de integrarem o patrimônio cultural brasileiro, como a Carta Magna qualifica, concludas a eles atentatórias merecem a tutela penal.

### **2.1 Crime de Dano a Bem do Patrimônio Cultural**

A Lei 9605/98 tipifica o delito de dano ao patrimônio cultural, com a seguinte descrição:

---

<sup>7</sup> Obra citada, p.32.

*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 um a três anos, e multa.*

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena é de seis meses a um ano de detenção, sem prejuízo da multa.

Revogado tacitamente o art. 165 do Código Penal, sendo que o novo delito está mais bem delineado e proporciona maior tutela ao bem jurídico, não mais sendo exigido à configuração do crime o tombamento do bem, bastando a especial proteção por lei, ato administrativo ou decisão judicial. Ainda, as penas cominadas são um pouco mais severas do que as previstas no tipo revogado.

## **2.1.1 Configuração do Tipo**

### **2.1.1.1 Elementos Objetivos**

Configuram o tipo os verbos nucleares destruir, inutilizar ou deteriorar. Trata-se, portanto, de crime de ação múltipla, eis que prevista mais de uma modalidade de conduta, de conteúdo variável e alternativo, já que basta à sua caracterização uma das condutas previstas na norma incriminadora.

Destruir é aniquilar, fazer desaparecer, extinguir, demolir, enfim, exterminar. Inutilizar é tornar inútil, imprestável, invalidar. Deteriorar significa estragar, adulterar, desfigurar, alterar prejudicialmente, corromper. As três figuras podem ser entendidas como danificar em sentido amplo, ou seja, causar dano a bem do patrimônio cultural.

A figura típica geralmente é praticada através de conduta comissiva, do fazer o proibido. Poderá, no entanto, ser também realizada por omissão. Sabidamente, no reconhecimento da causalidade, nossa legislação penal restringiu sensivelmente o nexos causal entre a conduta omissiva e o resultado previsto no tipo. Para que a omissão possa ser considerada causa do resultado não basta haver contribuição de qualquer sorte, de conformidade com a teoria da equivalência das condições adotada como regra pelo art. 13 do Código Penal. É indispensável a denominada relevância jurídica da omissão, ou seja, que haja o dever de agir para evitar o resultado (dever de garantidor da não ocorrência do resultado) e que esse dever seja decorrente de lei, contrato ou ato voluntário ou que o sujeito da omissão tenha criado o risco da ocorrência do resultado. É o que determina o referido artigo 13, § 2o, “a”, “b” ou “c”.

Estando presentes tais deveres, sua omissão será considerada causa, configurando, pois, conduta típica, caracterizando crime comissivo por omissão, ou omissivo impróprio. Exemplificativamente, dentre os deveres legais, é de se destacar, relativamente ao tipo em análise, que, conforme artigo 19 do Decreto-Lei 25/37, o proprietário tem o dever de conservar o bem tombado. Assim, a omissão de tal obrigação legal caracterizará o crime do art. 62, como no caso da omissão de

obras ou reparos necessários à conservação do bem que conduzam à deterioração, inutilização ou destruição do bem. Assim vem sendo reconhecido pela jurisprudência, como na decisão proferida pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no julgamento da Apelação Criminal 2007.001769-7, sendo relator o Desembargador Torres Marques<sup>8</sup>.

O objeto material, sobre o qual recairão as condutas comissivas ou omissivas descritas no tipo, poderá ser qualquer bem móvel ou imóvel, público ou privado. O inciso I do art. 62 refere genericamente bem especialmente protegido. O inciso II, por sua vez, até desnecessariamente em razão do contido no inciso anterior, explicita arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação para, ao final, prever genérica e analogicamente qualquer outro local ou estabelecimento similar.

### 2.1.1.2 Elemento Normativo. Especial Proteção. Norma Penal Em Branco

Para configurar-se o tipo em análise, indispensável tratar-se de bem dotado de especial proteção em razão de lei, ato administrativo ou decisão judicial. O art. 62, portanto, é norma penal em branco, complementada através daquelas formas explicitadas.

A especial proteção será decorrente do valor cultural do bem, assim entendido em seu sentido amplo, de modo a abranger valor histórico, artístico, paisagístico, turístico, científico, cultural estrito senso, monumental, arqueológico, paleontológico e outros a se enquadrarem naquele sentido lato de bem cultural.

Dentre os atos administrativos, o tombamento que é a declaração do valor cultural (lato senso) de determinado bem. No âmbito federal a competência para tal ato é do IPHAN. De se explicitar, no entanto, não ser mais indispensável o tombamento como já destacado anteriormente, eis que o art. 62 não o exige, ao contrário do que fazia o revogado art. 165 do Código Penal. Obviamente que se o bem for tombado também estará protegido penalmente. No sentido da desnecessidade de tombamento vem decidindo a jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, exemplificando-se com o julgado no Recurso em habeas corpus 19.119-MG (2006/0042690-1), da Quinta Turma, em decisão unânime, relatada pelo Ministro Felix Fischer<sup>9</sup>.

O art. 62 da Lei 9605/98 inovou ao prever que a especial proteção pode decorrer de decisão judicial, o que revela possibilidade de o Judiciário definir po-

<sup>8</sup> Ementa: Crime contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural – desabamento parcial de bem tombado pela má conservação (art.62.I, da Lei n.9605/98 – sentença absolutória – recurso da acusação pretendendo a condenação – possibilidade de configuração do crime por conduta omissiva de quem tinha o dever de agir – inteligência do art. 13, §2, do CP – responsabilidade penal configurada pela demonstração de ciência da ré de que se tratava de bem tombado e de que precisava de obras de manutenção/reparo – impossibilidade de se demonstrar o dolo – comprovação apenas da negligência e do descaso da apelada que justifica a desclassificação para a forma culposa – recurso parcialmente provido.

<sup>9</sup> Destaca-se, no corpo do acórdão: “Nas razões do presente recurso argumentam os recorrentes: ... b) a ausência de justa causa para a ação penal em razão da atipicidade da conduta descrita na exordial acusatória, uma vez que ... **tais imóveis estavam em análise de tombamento, ou seja não estavam ainda tombados...** De fato, da maneira como posta, não há como se concluir **primo ictu oculi** pela atipicidade da conduta atribuída aos recorrentes, ainda mais na estreita via do **habeas corpus**. Constam dos autos que o primeiro denunciado agindo livre, voluntária e conscientemente, em nome e benefício da segunda denunciada (**é o que diz a denúncia**) teria determinado a destruição de três casas que estavam protegidas **por atos administrativos de inventário e registro documental** expedidos pelo Conselho Deliberativo do Patrimônio Cultural de Belo Horizonte.”

líticas públicas, no caso, destinadas à tutela e preservação do patrimônio cultural.

Relativamente à decisão judicial, interessante questionamento poderá decorrer quanto à abrangência do termo decisão judicial. Limitar-se-ia à sentença transitada em julgado, de modo que excluídas as decisões liminares e antecipatórias?

Como a norma penal não restringe, poderá a declaração decorrer de qualquer decisão judicial, sentença, liminar ou antecipatória. Tampouco indispensável o trânsito em julgado da decisão. Como destaca Nicolao Dino, a probabilidade (e o risco) de reforma da decisão judicial, se equipara à de anulação do ato administrativo instituidor da proteção, sendo que a admissibilidade da decisão não transitada em julgado estabelece simetria com a proteção decorrente do tombamento provisório que se equipara ao definitivo conforme art. 10 do Decreto-Lei 25/37<sup>10</sup>.

Ausente a especial proteção, o crime tipificado pelo art. 62 da Lei 9605/98 não estará configurado, podendo tratar-se do crime de dano previsto no art. 163 do Código Penal.

### **2.1.1.3 Elemento Subjetivo**

O elemento subjetivo será o dolo ou a culpa.

O dolo contém elementos intelectivos, quais sejam, a consciência da conduta, do resultado e do nexos de causalidade entre a conduta e o resultado. Dita consciência diz com o conhecimento de que o agente, com seu comportamento, está preenchendo os elementos do tipo. Dentre tais elementos, no caso do crime em análise, a especial proteção em razão de lei, ato administrativo ou decisão judicial. Assim, o autor da conduta deverá ter a consciência da especial proteção do bem cultural, de modo que ausente, estará configurado erro de tipo, já que haverá desconhecimento de elemento do tipo, de caráter normativo.

Prevista também, como destacado, a culpa que, sabidamente, se fundamenta na inobservância do dever de cuidado objetivo a causar resultado previsível objetivamente. A culpa é excepcional como orienta o art. 18, parágrafo único, do Código Penal. Interessante observar que no Código Penal não há previsão da forma culposa para o crime de dano, enquanto a lei ambiental penal previu o dano culposo, não apenas, saliente-se, no art. 62<sup>11</sup>. Outros exemplos de dano culposo encontram-se nos arts. 38 e 40 da Lei 9605/98. Dita tipificação da forma culposa se justifica em razão da necessidade de prevenção especial, tendo em vista que grande parte dos danos ao ambiente promanam da inobservância do dever de cautela.

### **2.1.1.4 Sujeitos Ativo e Passivo**

Qualquer pessoa física, ou jurídica, poderá ser sujeito ativo do crime, inclusive o proprietário do bem dotado de especial proteção que o danifique, sendo que,

<sup>10</sup> obra citada, p. 306.

<sup>11</sup> Referência na jurisprudência, o acórdão na Apelação Criminal 2007.001769-7, da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina citado na página 5 deste trabalho. Vide nota de rodapé 9.

como já foi destacado, até por omissão o proprietário da coisa poderá cometer o crime quando descumpra dever de preservá-lo.

Sujeitos passivos serão a coletividade, já que se trata de bem difuso, pessoa jurídica de direito público (União, Estado ou Município) e até o particular proprietário da coisa, caso não seja o sujeito ativo do delito.

### 2.1.2 Concurso de Crimes

Se um mesmo bem tiver sido declarado dotado de especial proteção em decorrência de seu valor cultural e também estiver protegido em razão doutro aspecto ambiental, exemplificativamente, por seu valor como recurso natural, em caso de dano a este bem, haverá concurso de crimes ou concurso aparente de normas? Por exemplo, na hipótese aventada por Nicolao Dino de o Poder Público realizar o tombamento de uma unidade de conservação (v.g. um parque nacional)<sup>12</sup>. O mencionado doutrinador inclina-se pelo reconhecimento do concurso formal de crimes (no caso, arts. 40 e 62 da Lei 9605/98) se decorrentes de única ação.

Inclino-me também pelo concurso de tipos, pelas seguintes razões:

Havendo mais de uma conduta, mais de uma ação ou omissão e cada uma delas corresponder à descrição das condutas incriminadas em diferentes normas penais, haverá, por óbvio, concurso material de crimes que configura situação de concurso verdadeiro de normas. Todavia, se uma conduta constituir preparação, fase antecedente por exemplo, ou não representar maior dano ao bem atingido pela primeira conduta ou configurar exaurimento da ação prevista noutra norma, haverá antefato ou posfato impuníveis, o que para alguns constituiria também concurso aparente de normas, mas que, de qualquer sorte, terá a mesma solução: somente se pune uma conduta, qual seja, a principal.

Já quando houver única conduta ou um mesmo contexto de ação, a situação torna-se um tanto mais complicada e a nota de distinção entre os dois concursos de normas (na hipótese, concurso aparente e concurso verdadeiro que configurará concurso formal de crimes) está em precisar se a conduta una ou em unidade contextual ofendeu, ou colocou em perigo, um ou mais bens jurídicos tutelados pelas normas em conflito.

Acaso atingido ou ameaçado único bem ou interesse tutelado, ou existirem diferentes graus de violação do mesmo bem (perigo e dano) ou ainda quando a ofensa ou perigo a um bem ou interesse é meio, conduta inicial, elemento constitutivo da ofensa a outro bem ou interesse, haverá concurso aparente de normas porque a unidade não poderá configurar pluralidade de delitos, aplicando-se a norma preponderante segundo os princípios da especialidade, da subsidiariedade ou da consunção. Se ofendidos ou ameaçados mais de um bem ou interesse, tratar-se-á de concurso formal de crimes que implicará em concurso de normas.

O art. 62 tutela o meio ambiente sob seu aspecto patrimônio cultural enquanto, o art. 40 da Lei 9605/98, tutela o meio ambiente em seu aspecto natural, mais

---

<sup>12</sup> Obra citada, p.307.

especificamente, o elemento flora. Assim, embora única área, no exemplo o parque nacional, estão sendo tutelados pelas distintas normas penais diferentes interesses, no caso o meio ambiente cultural e o meio ambiente natural (flora). Na situação aventada, de única conduta decorrerão ofensas aos dois interesses protegidos pelas diferentes normas penais. A violação de um interesse não terá sido, por óbvio, meio, conduta inicial, elemento constitutivo da ofensa a outro bem ou interesse.

Assim, entendo também pelo reconhecimento da pluralidade de delitos, sob a modalidade do concurso formal.

## **2.2 Crime de Alteração do Aspecto ou Estrutura de Edificação ou Local Especialmente Protegido**

Previsto na Lei dos crimes contra o meio ambiente, em seu art. 63 que revogou tacitamente o art. 166 do Código Penal, com a seguinte redação:

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.

### **2.2.1 Configuração do Tipo**

#### **2.2.1.1 Elementos Objetivos**

Objetivamente, o tipo se caracteriza pela alteração do aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido. Alterar significa mudar, transformar, modificar total ou parcialmente. Aspecto há de ser entendido como a aparência e estrutura como a disposição e ordem das partes que compõem o objeto da modificação.

A propósito, o objeto material sobre o qual recai a conduta do sujeito ativo do delito será local ou edificação. Assim, tanto poderá ser um prédio ou qualquer imóvel que tenha especial proteção, elemento normativo que será analisado adiante.

A alteração, no entanto, para configurar o crime, há de ser prejudicial ao bem tutelado. Alteração que não comprometa o bem não merecerá a intervenção do Direito Penal em razão do conhecido princípio da lesividade. Lesão insignificante não configura o tipo penal.

Assim, alteração terá o sentido de deterioração, que configura degradação à edificação ou ao local. Ou seja, caracteriza dano ao bem especialmente protegido. Dano que também é elemento do crime tipificado pelo art. 62 da Lei 9605/98 recém examinado.

Conflito com o crime do art. 62

Interessa, portanto, examinar o concurso entre os dois dispositivos da Lei dos crimes contra o ambiente. O art. 62 tipifica o dano de forma genérica enquanto o art. 63 criminaliza o dano através da alteração do aspecto ou estrutura, sendo mais espe-

cífico. Ainda, o objeto material do tipo do art. 63 é também mais específico: apenas edificação ou local. Mais, a especial proteção prevista no mesmo tipo está mais especificada, já que em razão das qualidades enumeradas no referido art. 63, enquanto o tipo do art. 62 não faz tal especificação. Ainda, o crime do art. 63 contém mais outros elementos normativos especiais com relação ao tipo previsto no art. 62, quais sejam, a ausência de autorização da autoridade competente ou o desacordo com a autorização concedida. Ditos elementos não integram a conduta tipificada pelo art. 62.

Assim, a norma do art. 63 é especial em relação à do art. 62 que é genérica. Deste modo, configurado o concurso aparente de normas, preponderando o art. 63 pelo princípio da especialidade.

### **2.2.1.2 Elementos Normativos do Tipo Norma Penal em Branco**

Trata-se o art. 63 também de norma penal em branco. Para que se configure o crime, a edificação ou local deverá ser especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão que são os mesmos elementos do tipo do art. 62, ao que nos reportamos ao observado, neste particular, na análise do referido delito. Não será tampouco exigível o tombamento do local ou edificação para que se configure o delito.

No caso do crime ora em exame, a lei especifica as razões da declaração de especial tutela. Ditas qualidades decorrem do valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico (exemplos, sambaquis, jazidas, etc.) etnográfico (relativo ao estudo de etnias, grupos sociais em especial primitivos) ou monumental.

Como observa José Eduardo Rodrigues, embora a lei não especifique o valor paleontológico (relativo a fósseis), enquadra-se no gênero valor cultural. O valor espeleológico (relativo a grutas, cavernas e outras cavidades naturais subterrâneas), por sua vez, inclui-se dentre os bens de valor ecológico<sup>13</sup>.

Todos os valores enumerados no art. 63 poderão ser reunidos no gênero “valor cultural” em sentido amplo.

### **2.2.1.3 Ausência de Autorização ou Desacordo**

Outro elemento normativo do tipo do art. 63 constitui a ausência de autorização da autoridade competente ou o desacordo com a concedida. Presente a autorização ou a conformidade com a autorização deixará de se configurar o delito.

### **2.2.1.4 Elemento Subjetivo**

Previsto apenas o dolo no aspecto subjetivo do tipo. Não tipificada a forma culposa. Todavia, em se tratando de dano a local ou edificação dotada de especial preservação e havendo culpa, penso que poderá se configurar o crime do art. 62,

---

<sup>13</sup> obra citada, p.38.

parágrafo único, que tipifica o dano genérico a qualquer bem de especial proteção declarada pelas formas de manifestação já especificadas. Se o dano decorrer de alteração do aspecto ou estrutura da coisa protegida, no entanto, enquadra-se na figura específica do art. 63 que não criminaliza a culpa.

Assim, não haverá como se punir a culpa como o tipo genérico do art. 62, já que na especificação deixou a norma de criminalizar a modalidade culposa. Ou seja, somente o dano culposos que não importe alteração da estrutura ou do aspecto dos bens mencionados é que poderá enquadrar-se no tipo do art. 62, parágrafo único da Lei 9605/98.

### **2.2.1.5 Sujeitos Ativo e Passivo**

Qualquer pessoa, física ou jurídica, poderá ser sujeito ativo do crime, Dentre elas o proprietário do bem tutelado.

Sujeitos passivos serão a coletividade, bem como a União, o Estado ou o Município. O proprietário do bem de especial proteção declarada, também poderá ser o sujeito passivo se não for o sujeito ativo do delito.

## **2.3 Crime de Pichação, Grafiteagem ou Conspuração de Edificação ou Monumento Urbano**

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.

Trata-se de nova infração penal que antes do advento da Lei dos crimes contra o meio ambiente não era tipificada, sequer como contravenção. O bem jurídico protegido é o meio ambiente artificial urbano e o meio ambiente cultural (patrimônio cultural). Efetivamente, na busca de uma boa e sadia qualidade de vida nas cidades, interessa a manutenção estética de suas edificações e monumentos, ou seja, na preservação da paisagem urbana, integrante que é do meio ambiente. As condutas de pichadores e grafiteiros sujam, conspurcam o ambiente e, em se tratando de coisa integrante do patrimônio cultural, danificam dito bem, merecendo, portanto, como danosas que são, a intervenção do direito criminal.

### **2.3.1 Configuração do Tipo**

#### **2.3.1.1 Elementos objetivos**

Caracteriza-se o tipo em análise pelos verbos pichar, grafitar ou conspurcar por outro meio. É crime de ação múltipla, de conteúdo variável, alternativo, bastando qualquer das condutas para sua configuração.

Pichar, termo originário de “untar com piche”, para configurar o crime, tem o sentido de sujar com escritos. Grafitar significa escrever palavras ou frases “geralmente de caráter jocoso ou informativo, contestatório ou obsceno” (*Dicionário Aurélio*) ou efetuar desenhos.

Conspurar tem sentido mais genérico de sujar, macular, manchar, o que poderá ser por qualquer outro meio que não os já enunciados. Como exemplo doutro meio, as condutas de pintar, escrever, colar cartazes com o fim de propaganda eleitoral que já foram consideradas crimes pelo revogado art. 328 do Código Eleitoral.

Interessante destacar o entendimento de José Eduardo Rodrigues<sup>14</sup> no sentido de que o tipo não inclui a pintura de painéis e grafites de conteúdo efetivamente artístico. Por vezes, inclusive, ditos trabalhos são realizados com incentivo do Poder Público. Constituindo legítimas manifestações culturais, não configurarão crime.

O objeto material sobre o qual recairá a conduta deve ser edificação ou monumento urbano. Poderá ser, então, casa, edifício, muro, viaduto, isto é, qualquer coisa edificada, construída, qualquer elemento do meio ambiente artificial.

A lei especifica monumento, servindo de (meros) exemplos estátuas, memoriais, ou seja, construção que reflete memória de pessoa ou fato de especial valor, histórico ou cultural em sentido lato. Aqui, portanto, entendo que além da paisagem urbana (objeto principal da proteção direta do art. 65) também tutelado (indiretamente) o patrimônio cultural, desde que não se trate de bem objeto de especial proteção a configurar o tipo do art. 62.

Como o dispositivo legal especifica o bem, edificação ou monumento, há de ser urbano de modo que não protegido o localizado em área rural<sup>15</sup>. Trata-se, entendo de elemento objetivo-normativo do tipo.

Os monumentos naturais, no entanto, tem tutela específica no art. 40 da Lei 9605/98, já que são unidades de conservação de uso sustentável. Acaso os atos de pichar, grafitar ou conspurcar de outro meio configurem dano a tais monumentos, caracterizado estará o crime do art. 40, em concurso aparente de normas, resolvido, entendo, pelo princípio da subsidiariedade.

### **2.3.1.2 Elemento Subjetivo**

Somente previsto o dolo, não havendo especificação da culpa que, como já destacado, na forma do art. 18, parágrafo único do Código Penal, exige expressa previsão legal.

### **2.3.1.3 Sujeitos Ativo e Passivo**

Sujeito ativo poderá ser qualquer pessoa, até o proprietário da coisa atingida pela conduta delituosa. A respeito, Vladimir e Gilberto Passos de Freitas, ao ana-

<sup>14</sup> Obra citada, p.40.

<sup>15</sup> No mesmo sentido, José Eduardo Rodrigues, obra citada, p.39.

lisarem o elemento subjetivo do tipo, o dolo, posicionam-se no sentido de que se o ato de grafitar, pichar ou conspurcar for efetuado com autorização do proprietário não se configurará o crime<sup>16</sup>. Entendo, no entanto que, como o crime em questão é contra o meio ambiente urbano na situação exemplificada, o sujeito passivo é a coletividade, de modo que o proprietário, caso dê autorização, será considerado concorrente no delito, de regra, entendo, como partícipe.

O sujeito passivo, como destacado, é a coletividade, já que se trata de crime contra o meio ambiente, podendo o proprietário da coisa ser também sujeito passivo, desde que não seja autor, co-autor ou partícipe, pois ninguém pode, ao mesmo tempo, ocupar os dois pólos. Autolesão ou dano à própria coisa não configura crime em razão do princípio da lesividade, salvo quando ofende outro bem juridicamente tutelado. Justamente no caso do art. 65, como já observado, o bem protegido é o meio ambiente.

### **2.3.2 Forma Qualificada**

Determina o parágrafo único do mesmo artigo que a pena será de seis meses a um ano quando o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude de seu valor artístico, arqueológico ou histórico. Trata-se, assim, de circunstância qualificadora, o que origina o chamado tipo derivado. Não é mera causa de aumento da pena, já que cominadas sanções mínima e máxima distintas daquelas previstas no tipo básico, do “caput” do art. 65.

Interessante destacar que a qualificadora tutela o meio ambiente mais especificamente como patrimônio cultural. Como o parágrafo especifica a exigência de tombamento, configura norma penal em branco, já que complementado o dispositivo penal por outra norma que efetua o tombamento.

O legislador deixou de considerar a qualificadora do art. 65 quando o monumento ou a coisa forem declarados de valor cultural (lato senso) por outros atos de especial proteção, como a lei, o ato administrativo ou decisão judicial. Se não tiver sido objeto de tombamento haverá apenas a forma básica do tipo previsto no “caput” do art. 65.

### **2.3.3 Conflito de Normas**

Conflito com o art. 62

Conspurcar, no sentido de macular, sujar, que poderá ser pela ação de grafitar, pichar ou qualquer outra semelhante, de modo que atinja edificação ou monumento, configurará de regra o tipo do art. 65, “caput” ou parágrafo único (se a coisa for tombada). Todavia, se tais atos causarem dano significativo ao bem e se tratar de objeto de especial proteção por seu valor cultural lato senso em razão de lei, ato administrativo ou decisão judicial, tenha ou não havido tombamento,

---

<sup>16</sup> obra citada, p.209.

estará configurado, em concurso aparente de normas, o crime mais grave previsto no art. 62 da Lei 9605/98. Do confronto entre as duas normas (arts. 65 e 62) denota-se que uma somente será aplicada quando a conduta ali descrita não configurar elemento de crime mais grave. Relação de subsidiariedade tácita, portanto, prevalecendo a norma principal (art. 62) sobre a secundária (art. 65).

### **3. CRIME CONTRA O ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO**

Art. 64. Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado 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.

#### **3.1 Bem Juridicamente Protegido**

O bem protegido é o meio ambiente, em qualquer de seus aspectos, natural, artificial ou cultural, mas através do ordenamento do território. A ocupação e o ordenamento do território, seja rural ou urbano, poderá ter, obviamente, reflexos no meio ambiente natural, artificial ou cultural. Por vezes poderá causar dano ou perigo a elementos do ambiente e poderá configurar crime contra tais elementos previstos noutras seções da Lei 9605/98 ou em normas doutros diplomas legais que também tutelam o ambiente. Por exemplo, a morte de espécime da fauna silvestre (art. 29), dano a floresta de preservação permanente (art. 38), dano a unidade de conservação (art. 40), causar poluição tipificada pelo art. 54 ou até dano a bem integrante do patrimônio cultural (art. 62).

Em qualquer das situações exemplificadas, embora possam decorrer do nocivo ordenamento ou da prejudicial ocupação do território, não estará configurado especificamente o crime previsto pelo art. 64. É bem verdade que a conduta (construção em solo não edificável) ali prevista poderá também atingir os elementos do ambiente protegidos pelas normas exemplificadas, situações em que poderemos estar frente ao concurso daqueles crimes com o tipificado pelo art. 64.

O tipo em análise protege especificamente o ambiente pelo fato de a conduta (construção) poder prejudicar o valor agregado ao solo por suas valiosas circunstâncias enumeradas no art. 64 (valor paisagístico ou histórico, por exemplo) e que dizem com a manutenção da qualidade do ambiente. Assim, poderá haver concurso de crimes entre o delito em análise e outros contra o ambiente, acaso atingidos distintos elementos como nas situações exemplificadas anteriormente.

O que se busca aqui destacar é que configura o crime do art. 64 a simples conduta de promover construção em solo não edificável pelas razões que a lei especifica. É uma conduta que diz, portanto, com o ordenamento, a ocupação do território, rural ou urbano potencialmente danosa aos valores ambientais e culturais enumerados.

## **3.2 Configuração do Tipo**

### **3.2.1 Elementos Objetivos**

Como elementos descritivos, apresenta o tipo “promover construção”, ou seja, realizar, viabilizar, executar, de qualquer forma proporcionar a construção (edificação em sentido amplo). A expressão abarca também a reconstrução, ou seja, a reforma ou ampliação, como bem decidiu a Apelação Criminal 2002.72.07.008763-8/SC, da Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, relatada pela Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère<sup>17</sup>

### **3.2.2 Elementos Objetivos Normativos**

Dita construção há de ser em solo e, portanto, em bem imóvel, rural ou urbano, já que a lei não faz qualquer restrição. Exemplos: uma praça, um parque.

Ao solo hão de serem agregados elementos normativos. Primeiramente, deverá se tratar de solo não edificável, ou seja, não passível de receber construção, edificação, em razão de determinada peculiaridade, valor a ser preservado e que poderá ser atingido e prejudicado pela construção. A vedação se estende, por força de lei, ao entorno do bem não edificável, imóveis circunvizinhos que, em si não teriam valor especial agregado, mas cuja construção poderá prejudicar aquele bem não edificável especialmente valioso e protegido.

Outros elementos normativos deverão ser agregados e estão enumerados no art. 64, os quais configuram a razão da vedação da edificação no solo. Tais elementos vêm a ser o valor paisagístico, ecológico, artístico, arqueológico, etnográfico ou monumental. Não é exigível tombamento do bem.

### **3.2.3 Norma Penal em Branco?**

Entende José Eduardo Rodrigues que a não edificabilidade do solo deve resultar de lei, ato administrativo ou decisão judicial, aplicando-se por analogia os arts. 62 e 63 da Lei 9605/98<sup>18</sup>. Em tal sentido seria o art. 64, de conclusão, norma penal em branco.

Evidentemente, dita vedação à construção poderá decorrer daqueles atos, mas penso que não necessariamente. Entendo que a não edificabilidade poderá decorrer daqueles valores enumerados sem que seja indispensável qualquer ato formal de declaração. Trata-se de elemento normativo e não de norma penal em branco já que o texto do art. 64 nada contém neste sentido. Será a vedação decorrente de valor inerente ao bem, ao solo, por suas qualidades enumeradas. Mero juízo de valor a ser emitido pelo intérprete da norma.

<sup>17</sup> Ementa: “No conceito de construção cabem atividades como edificação, reforma, demolição, muramento, escavação, aterro, pintura e outros trabalhos destinados a beneficiar ou conservar o prédio”.

<sup>18</sup> Obra citada, pp.38 e 39.

### **3.2.4 Elementos Normativos Ainda. Ausência ou Desacordo com Autorização**

Para que se configure o tipo outros elementos de ordem normativa são exigidos: que a conduta seja realizada sem autorização da autoridade competente, qual seja, que tenha competência na tutela do patrimônio cultural, já que o ordenamento do solo aqui está sendo regulado na proteção daquele elemento do meio ambiente. Como bem observa Nicolao Dino, equipara-se à ausência a obtenção com base em dados falsos ou meio fraudulento, como o conluio entre o solicitante e o outorgante<sup>19</sup>.

Como a lei explicita, também configurará o crime a conduta realizada em desacordo com a autorização concedida.

### **3.2.5 Elemento Subjetivo**

Não há previsão da forma culposa. Assim, apenas o dolo será o elemento subjetivo do tipo em questão.

### **3.2.6 Sujeitos Ativo e Passivo**

Como na regra da Lei dos crimes contra o meio ambiente, qualquer pessoa, física ou jurídica, poderá ser sujeito ativo do tipo do art. 64. Mesmo o proprietário do solo não edificável poderá ser autor, co-autor ou partícipe do crime, hipótese, destaque-se, bastante provável.

Sujeito passivo, em se tratando de direito difuso, sempre a coletividade será e, secundariamente, o proprietário do bem acaso não seja sujeito ativo.

## **4. CONCLUSÕES**

Do texto apresentado, podemos extrair as principais conclusões já anunciadas no resumo:

O patrimônio cultural e ordenamento territorial urbano constituem aspectos do meio ambiente e configuram os bens jurídicos protegidos pelas normas que descrevem os crimes previstos na seção IV da Lei 9605/98.

Como destacado na análise de cada um dos tipos, configuram bens autonomamente tutelados, de modo que possível o concurso de crimes quando, de uma mesma conduta decorrer danos ao patrimônio cultural ou ao ordenamento urbano e a outros aspectos do meio ambiente tutelados noutros dispositivos penais da mesma lei.

Em razão das qualidades dos bens protegidos, justificam-se elementos normativos e normas penais em branco.

Relativamente ao patrimônio cultural, de se destacar não mais necessário o tombamento do bem, no que ampliada a proteção penal.

---

<sup>19</sup> Obra citada, p. 312.

Admissível a definição de políticas públicas na preservação do patrimônio cultural, o que vem expressamente reconhecido nos tipos penais analisados.

O titular do bem dotado de valor cultural ou do solo não edificável poderá ser considerado sujeito ativo do crime, tendo em vista a autonomia do meio ambiente como bem tutelado pelas normas penais incriminadoras, relativamente ao interesse individual, sendo a coletividade o sujeito passivo principal.

## **BIBLIOGRAFIA**

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Crimes contra o meio ambiente: uma visão geral, em *Direito Ambiental em Evolução* 2, coordenação de Vladimir Passos de Freitas, Juruá.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de derecho penal – Barcelona. Ariel.

\_\_\_\_. Bases críticas de un nuevo derecho penal – Bogotá – Temis.

\_\_\_\_. Perspectivas atuais do direito penal econômico, em *Fascículos de Ciências Penais*, v.4, n.2.

COSTA JR., Paulo José. *Direito Penal Ecológico – Forense Universitária*.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e, Bello Filho, Ney de Barros e Castro e Costa, Flávio Dino – Crimes e infrações administrativas ambientais – Comentários à Lei n.º 9605/98, Editora Brasília Jurídica.

FERREIRA, Ivette Senise. *A tutela penal do patrimônio cultural – Editora Revista dos Tribunais*.

FREITAS, Gilberto Passos de. *Poluição sonora, aspectos legais – Editora Unisanta*.

\_\_\_\_. Do crime de poluição, em *Fretas*, Vladimir Passos de, *Direito Ambiental em Evolução* – Juruá.

FREITAS, Vladimir Passos e Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza – Editora Revista dos Tribunais*.

LECEY, Eladio. *Novos direitos e Juizados Especiais – Revista de Direito Ambiental* 15, e *Revista da AJURIS* n.º 77.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro – Malheiros Editores*.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *Alguns aspectos sobre a Lei dos Crimes Ambientais – Revista de Direito Ambiental* 19.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira, Steigleder, Annelise Monteiro e Cappelli, Silvia. *Direito Ambiental – Série Concursos, Editora Verbo Jurídico*.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente, Editora Revista dos Tribunais*.

\_\_\_\_. *A nova tutela penal do meio ambiente – Revista de Direito Ambiental* 16.

PRADO, Luiz Regis. Direito penal do ambiente, Editora Revista dos Tribunais.

RODRIGUES, José Eduardo. A Evolução da proteção penal do patrimônio cultural. Crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. Revista de Direito Ambiental, vol.1.

SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional, Malheiros Editores.

\_\_\_\_. Fundamentos constitucionais da proteção do meio ambiente –Revista de Direito Ambiental nº 27.

TIEDEMANN, Klaus. Poder Económico y Delito – Barcelona, Ariel Derecho.

# **SUGESTÕES PRÁTICAS PARA O APRIMORAMENTO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA EM MATÉRIA AMBIENTAL**

*GEISA DE ASSIS RODRIGUES*

Procuradora Regional da República

Doutora em Direito pela UERJ

Professora licenciada da UFBA

## **1. INTRODUÇÃO**

Mais uma vez retornamos ao tema do Termo de Ajustamento de Conduta em matéria ambiental, não só diante de sua extrema relevância, uma vez que segundo pesquisas que promovemos junto ao Ministério Público Federal, 60% dos compromissos firmados nesta instituição versam sobre esta matéria<sup>1</sup>, mas também porque as soluções negociadas se revelam mais adequadas para solucionar os conflitos da sociedade hodierna.

Bastante oportuno também é se discutir os aspectos práticos da elaboração do compromisso de ajustamento de conduta. De fato, o divórcio entre a teoria e a prática em uma ciência cultural como o Direito tem resultados extremamente nefastos.

Destarte, é fundamental que os profissionais que venham a se dedicar à elaboração do Termo de Ajustamento de Conduta, quer atuem nos órgãos públicos legitimados, quer na assessoria dos obrigados, reflitam sobre as boas práticas que podem ensejar uma cultura da negociação, vislumbrando as soluções ao mesmo tempo menos gravosas para os obrigados e mais vantajosas para o meio ambiente.

## **2. O CONCEITO DE TAC**

O compromisso de ajustamento de conduta é uma solução extrajudicial de conflito que tem sido muito utilizada na proteção do meio ambiente no direito brasileiro. O instituto surgiu na mesma ambiência social que gerou a Constituição Federal de 1988, um momento de redemocratização das instituições e de adaptação do ordenamento jurídico aos móveis políticos estabelecidos pela nova ordem. A sociedade brasileira era já uma verdadeira sociedade de massas, sem que houvesse,

---

<sup>1</sup> Em pesquisa realizada em nossa tese de doutorado, constatamos que no âmbito do Ministério Público Federal 60% dos ajustes celebrados versavam sobre a tutela do meio ambiente. Vide . Ação civil pública e Termo de ajustamento de conduta. RJ: Forense, 2006. Refizemos a pesquisa em 2007, com patrocínio da Escola Superior do Ministério Público da União e obtivemos o mesmo resultado.

entretanto, uma adequada proteção das relações que devido à sua incidência e padronização a caracterizam, quais sejam as relações de consumo. O Código de Defesa do Consumidor teve como propósito promover o acesso à justiça dos consumidores, além de ensinar uma tutela mais adequada dos demais direitos transindividuais ao renovar a lei da ação civil pública. Essa renovação não se limitou ao aperfeiçoamento da esfera judicial de proteção desses direitos, ao prever o compromisso de ajustamento de conduta a lei de consumo concebeu um instituto de proteção extrajudicial de direitos metaindividuais, ampliando o sistema de garantia desses direitos.

Na área ambiental “*a conciliação dos interessados é valiosa como fase procedimental tanto para licenciar uma atividade como para puni-la,*”<sup>2</sup> havendo, inclusive, segundo Michel Prieur, um princípio de “*négociation avec les polluers*”<sup>3</sup>. Portanto, o TAC não foi tão estranho à nossa tradição jurídica, alás poderíamos citar como um exemplo de atuação administrativa concertada a possibilidade de celebração de “*acordos visando à transformação de penalidades pecuniárias na obrigação de executar medidas de interesse para a proteção ambiental*” prevista no inciso 4º do artigo 8º da lei 6938/81. Ocorre que essa negociação só se limita à responsabilidade administrativa, e não resulta na formação de um título executivo extrajudicial, duas características que a apartam do compromisso de ajustamento de conduta.

Por outro lado, a atuação administrativa do Ministério Público, especificamente no inquérito civil público previsto na lei 7347/85, demonstrou a possibilidade de se solucionar o conflito sem a necessidade de provocar a máquina jurisdicional. Muitas vezes, a mera instauração do inquérito civil público resulta na solução do conflito, ou porque a conduta lesiva ao direito transindividual nem sequer se inicia, ou porque seus efeitos maléficis são plenamente reparados, tornando ausente o interesse jurídico de se propor a ação judicial. Assim, o exercício do inquérito civil público contribuiu para a conformação normativa do instituto ao demonstrar a potencialidade da solução extrajudicial para a composição desses conflitos.

O TAC foi previsto no parágrafo 6º do artigo 5º da Lei 7347/85 consoante a redação dada pelo artigo 113 da lei 8078 de 11 de Setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor, in verbis: “*Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial*”.

### 3. FINS DO INSTITUTO DO TAC

Consoante muito bem aduzido pelo Professor Paulo César Pinheiro Carneiro<sup>4</sup>, o ajuste de conduta é um instituto estabelecido em favor da tutela dos direitos transindividuais, ou seja, não é finalidade da norma favorecer o violador

<sup>2</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. SP: Malheiros, 1999. Pg. 125

<sup>3</sup> Droit de l'environnement. pg. 116

<sup>4</sup> “*Aliás é preciso deixar bem claro que o ajustamento de conduta não se destina à proteção do terceiro, que precisa acertar a sua conduta às exigências legais, mas sim, dos destinatários indeterminados, no caso dos direitos difusos, ou determináveis, no caso de interesses coletivos, a quem ele visa resguardar e proteger.*” Pg. 237, A proteção dos direitos difusos através do compromisso de ajustamento de conduta. Op., cit.

do direito. De conseguinte, não foi a regra concebida para assegurar um eventual direito do transgressor da norma no sentido de poder, em determinadas situações, descumprir - la ou cumpri-la de forma mais flexível, assim, o compromisso de ajustamento de conduta jamais pode se configurar como um passaporte para degradar o meio ambiente.

Na verdade, não há óbice algum ao violador da norma tomar a iniciativa da celebração do ajuste requerendo que o mesmo seja realizado, mas a lei “*não sufragou o direito adquirido de poluir*”<sup>5</sup>. A realização do termo de ajuste de conduta tem que ocorrer à luz do fim da norma, ou seja, só deve ocorrer quando se revelar a melhor solução para a tutela do direito ambiental. Não só a própria celebração do ajuste deve estar sob a égide desse fim normativo como também o seu próprio conteúdo sempre deve favorecer à proteção do ecossistema, e não ser um meio de conceder condições mais favoráveis aos violadores da norma. Caso contrário, firmar um ajuste de conduta será um prêmio para quem viola o meio ambiente. Por todas essas razões o Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade nº2083 concedeu em parte a liminar para considerar os efeitos administrativos do ajuste de conduta previsto na supracitada lei 9.605/ 98 como uma regra de transição, só valendo para as empresas que já atuavam antes da edição da lei<sup>6</sup>.

O ajuste de conduta tem como outro importante fim ensinar a prevenção da lesão ao meio ambiente. Como é cedo, a reparação de danos ecológicos, de nítido viés repressivo, é, em muitos casos, inviável. A possibilidade do ajuste de conduta “*antecipar-se à sentença de cognição*”<sup>7</sup>, e até mesmo, quando possível, evitar a ocorrência do dano, existe justamente para ampliar essa seu atributo preventivo.

De igual modo, a norma tem como fim ensinar uma tutela mais rápida desse tipo de direito, uma vez que as decorrências da lentidão dos mecanismos formais de justiça se tornam dramáticas para a sua proteção. A relevância dos direitos transindividuais estimulou o legislador a engendrar um mecanismo mais expedito para a sua tutela do que o transcurso do processo.<sup>8</sup>

Conquanto as atividades ínsitas à celebração do ajustamento de conduta sejam patrocinadas por recursos públicos, podemos considerá-las menos onerosas que a movimentação da máquina jurisdicional. Empiricamente, contudo, é fácil perceber que é menos oneroso, não só do ponto de vista econômico como social, a realização do ajuste em lugar da prestação jurisdicional.

Em outra perspectiva, também o ajuste é menos dispendioso porque a provocação dos órgãos públicos para a tutela do direito ao meio ambiente pelos cidadãos ou pelas associações, que eventualmente pode redundar no ajustamento de conduta, não pressupõe que o indivíduo recolha pessoalmente nenhum tipo

<sup>5</sup> MILLARÉ, Edis. Op. cit. pg. 378

<sup>6</sup> STF, ADIN nº2083-8/DF, requerida pelo Partido dos Trabalhadores e pelo Partido Verde, e relatada pelo Ministro Moreira Alves.

<sup>7</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*, RJ: Forense, 1974-1977, vol. 9, p. 219.

<sup>8</sup> Como podemos perceber na pesquisa que realizamos uma considerável parcela dos ajustamentos de conduta- 56%- foram celebrados em até seis meses, e 86% em até um ano, comprovando ser este um meio expedito de se obter um título executivo. Comparando-se com o tempo médio para a obtenção do título executivo judicial, o ajuste se revela extremamente vantajoso por sua brevidade na definição do conflito, já que a investigação coordenada pelo professor Paulo César Pinheiro Carneiro demonstra que apenas 19,6% das ações civis públicas foram decididas definitivamente em um ano.

de custas ou taxa.<sup>9</sup> Ademais, por meio do ajuste se pode obter do obrigado o pagamento de todas as despesas públicas que a sua transgressão motivou como o custeio das perícias para identificar a dimensão do dano ambiental, os custos de publicidade etc.

Uma outra finalidade clara da norma é que muitas vezes a tutela extrajudicial se afigura a mais adequada para esse tipo de direito. Não estaria o nosso sistema de proteção dos direitos transindividuais completo sem o permissivo de se garantir a preservação do direito com uma tutela mais informal e com ênfase na negociação. Sendo o fim da norma a adequada tutela desses direitos, não condiz com o instituto a possibilidade de reduzir o âmbito de proteção do direito transindividual. Não se pode, assim, admitir que o ajuste importe em renúncia do direito a ser protegido e nem implique restrição indevida do mesmo.

#### 4. AJUSTE DE CONDUTA E O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

É próprio do Estado democrático de direito a preocupação com a ampliação do acesso à justiça, que seria uma nova versão do que Hanah Arendt denominou de o “*direito de ter direitos*”.<sup>10</sup> O acesso à justiça tem uma preocupação pragmática, embora não utilitarista, da justiça, porque a concebe como um valor concreto que pode ser medido nas coisas do cotidiano, na prática específica de cada instituto jurídico, ou até mesmo na renovação das bases de toda teoria jurídica, especialmente a processual.

Com efeito, podemos dizer com Cappelletti que há um movimento teórico “*que repudia o enfoque meramente formalístico dos institutos jurídicos que integra um ‘movimento universal de acesso à Justiça’*”.<sup>11</sup> O compromisso de ajustamento de conduta surgiu no contexto de se procurar meios alternativos de proteção de direitos transindividuais, de forma a contribuir para uma tutela mais adequada desses direitos. Podemos dizer que integra a terceira onda de acesso à justiça. O ajuste de conduta não objetiva substituir a atividade jurisdicional, que inclusive já conta com mecanismos mais eficientes para a garantia desses direitos, mas complementá-la nos casos em que a solução negociada se revele mais apropriada. Aliás, quando seu cumprimento não é espontâneo é o Judiciário que pode garantir a sua efetividade.

O compromisso enseja a conciliação pré-processual de direitos que são em essência indisponíveis. Para conceber um novo mecanismo de composição de conflitos envolvendo direitos transindividuais o legislador, no evidente intuito de propiciar novas formas de tutela desses direitos, superou uma tradição de limitar os benefícios da solução negociada apenas aos direitos marcadamente disponí-

<sup>9</sup> No direito brasileiro, a regra é que o processo administrativo seja gratuito, sobretudo quando o cidadão não haurir nenhum benefício do mesmo, como determina a lei n.º 9.874/99.

<sup>10</sup> apud ADEODATO, João Maurício Leitão. *O problema da legitimidade. No rastro de Hannah Arendt*. RJ: Forense Universitária, 1989. Pg.26.

<sup>11</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça*. Revista de Processo 74/ pg. 81

veis. Por outro lado, a introdução do compromisso também foi ousada, posto que conferiu a legitimidade da negociação a quem não é o verdadeiro titular do direito, a quem não pode dispor do mesmo.

A nota da indisponibilidade do direito e a questão da titularidade do mesmo devem ser sempre levadas em conta na interpretação da regra do ajuste de conduta. A concepção desse mecanismo alternativo, que permite que direitos tão fundamentais como a garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado, possam se beneficiar das evidentes vantagens da conciliação, amplia o acesso à justiça, posto que representa uma tutela mais adequada desses direitos.

Por isso a aplicação desse instituto não pode importar de forma alguma em limitação do acesso à justiça da proteção jurídica do meio ambiente, nem de direito individual. Sendo, em verdade, esta a sua medida de justiça. Assim, no compromisso de ajustamento de conduta não pode haver disposição sobre o dever de respeitar o patrimônio natural. Não pode haver qualquer tipo de renúncia ao direito objeto do compromisso, nem qualquer tipo de concessão sobre o efetivo atendimento do direito. Em termos práticos essa medida de justiça será aferida quando o ajuste propiciar que se obtenha uma proteção mais efetiva ou pelo menos idêntica ao que se obteria em juízo.

O princípio do acesso à justiça está intimamente ligado à idéia de proporcionalidade. Uma de suas manifestações é que os prazos e condições fixados para a adequação da conduta às exigências legais devem ser adequados para a proteção do ecossistema em questão. Não há como se fixar um padrão abstrato de prazos ou de condições a serem cumpridas. A singularidade de cada situação é que permitirá se chegar à formulação das cláusulas adequadas ao gravame concreto a ser reparado ou evitado com a celebração do ajuste.

De outro modo, também é o valor da proporcionalidade que determina que a tutela dos direitos, tanto judicial quanto extrajudicial, deve prestigiar a forma que se revele menos onerosa para os demais direitos protegidos pelo sistema. Portanto, na formulação do compromisso deve se estabelecer a conduta que ao mesmo tempo que represente adequação à norma se revele menos gravosa para o obrigado. A tutela dos direitos transindividuais não autoriza afronta aos direitos dos que violaram a norma além do estritamente necessário. Por exemplo, no caso de um ajustamento de conduta que visa evitar a implantação de um empreendimento potencialmente lesivo ao meio ambiente, restando evidenciado que se a indústria utilizar um dado equipamento anti-poluição não há o risco da lesão ambiental, deve o ajuste privilegiar essa hipótese, ao invés de insistir na inviabilidade total do empreendimento. De certo, que basta ao empresário não se submeter a um ajuste que considere muito oneroso. O problema é que se os órgãos legitimados não levarem em conta essa importante dimensão do acesso à justiça haverá, provavelmente, uma menor efetividade da norma que preconiza o ajustamento de conduta, e consequentemente todos os fins que a mesma colima.

Importante, portanto, que sempre que possível os obrigados sejam assistidos por advogados no momento da celebração do ajuste. Muitas vezes o advogado sabe avaliar melhor do que seu cliente os benefícios da celebração do ajuste, bem como pode adverti-lo sobre todas as decorrências jurídicas desta pactuação, que

tem eficácia de título executivo extrajudicial. Até mesmo para o degradador efetivo ou em potencial conhecer a possibilidade de se evitar uma ação judicial através do ajuste de conduta a atuação do advogado é importante. Contudo, como os serviços de assessoramento jurídico tem um preço significativo, se reproduz também no momento da celebração dos ajustes a desigualdade econômica presente na sociedade brasileira. As pessoas jurídicas de direito público, as pessoas jurídicas de direito privado, as pessoas naturais bem aquinhoadas economicamente, são acompanhadas nas tratativas de celebração do ajuste por seus advogados, e aquelas que não têm condições materiais ficam desassistidas. Na verdade, esse é um grave problema de falta de acesso à justiça, uma vez que inexistem instituições que prestem assistência judiciária preventiva e extrajudicial, já que as Defensorias Públicas, quando existentes, sequer dão conta das demandas de defesa judicial.

Mesmo assim, é óbvio que a presença do advogado não é indispensável para a celebração do ajuste, porque se trata de uma atividade administrativa, e que só se aperfeiçoa mediante a manifestação clara da vontade do obrigado. É de se presumir, ainda, que os órgãos públicos legitimados façam o papel de esclarecimento da função do ajustamento de conduta no processo de persuasão do obrigado.

Por outro lado, essa necessária proporcionalidade do teor do ajustado deve ser mantida enquanto há o cumprimento do dever compromissado, sendo admissível a alteração do conteúdo do ajuste quando o seu cumprimento se tornar um sacrifício excessivo, desde que não se reduza a proteção do direito ambiental, nem se lese direitos individuais. Pode se aplicar analogicamente ao compromisso de ajuste ambiental a norma do §3º do artigo 53 da lei 8884/94: *“as condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo CADE, se comprovada sua excessiva onerosidade para o representado e desde que não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade, e a nova situação não configure infração da ordem econômica.”*

## **5. AJUSTE DE CONDUTA E PRINCÍPIO DA TUTELA PREVENTIVA**

Outro princípio que deve ser atendido pelo compromisso de ajustamento de conduta, e que reforça tudo o quanto antes se falou sobre acesso à justiça, é o princípio da tutela preventiva dos direitos, que preconiza que sempre que possível o sistema jurídico deve evitar a ocorrência dos atos ilícitos e dos danos. O compromisso foi concebido como um mecanismo de solução extrajudicial de conflito justamente para propiciar essa prevenção.

A prevenção, que é importante para o trânsito das relações jurídicas em geral, assume um enorme relevo na tutela dos direitos transindividuais. Portanto, o esquema de ressarcimento pecuniário, tradicionalmente concebido como um equivalente razoável não permite, nem de longe, a proteção adequada desses direitos. Como muito bem assevera Marinoni *“trata-se da tutela preventiva, a única capaz de impedir que os direitos não patrimoniais sejam transformados em pecúnia, através de uma inconcebível expropriação de direitos fundamentais*

*para a vida humana.*”<sup>12</sup> O equivalente pecuniário sempre é desnaturado quando se trata de reparação de dano extrapatrimonial<sup>13</sup>, e existe não para corresponder plenamente à reparação do dano mas para mitigar os efeitos perversos da violação do direito e coibir a impunidade daqueles que o violaram.

O compromisso de ajustamento de conduta pode ser um importante veículo para se evitar a prática de atos ilícitos, ou a continuidade de sua ocorrência, haja ou não um dano configurado ao direito transindividual. Assim, tal como a tutela inibitória judicial<sup>14</sup> o ajuste de conduta pode prover, principalmente, para o futuro. Estabelece como deve ser a conduta do obrigado daí por diante em relação à observância daquele direito. Em muitas situações o ajuste de conduta inaugura um novo tipo de relacionamento entre o obrigado e os titulares do direito transindividual, sendo uma importante forma de promover a “*justiça coexistencial*”<sup>15</sup>. Temos, por exemplo, o caso de um ajustamento de conduta que estabeleceu exigências, além das previstas no licenciamento ambiental, que pudessem resguardar a prática de danos ambientais na exploração turística de um parque ecológico.

Por isso, desde que se afigure possível a ocorrência do ilícito, com ou sem a probabilidade de um dano imediato, devem os legitimados a celebrar o ajuste tentar realizá-lo, pois assim não se perde a oportunidade de proporcionar essa tutela tão desafiante para o nosso sistema jurídico. Mesmo que o ilícito ou o dano já tenha ocorrido a função de evitar novos danos ainda é preventiva e absolutamente importante. Destarte, quando já haja um dano ao ecossistema, além da previsão da reparação deste, se possível de forma integral, deve o ajuste cumprir fielmente sua função preventiva estipulando obrigações que, se cumpridas, mitiguem a possibilidade de novos ilícitos e suas consequências.

De fato, na tutela do meio ambiente essa questão assume contornos dramáticos, porque “*não podem a humanidade e o próprio direito contentar-se em reparar e reprimir o dano ambiental. A degradação ambiental, como regra, é irreparável. Como reparar o desaparecimento de uma espécie? Como trazer de volta uma floresta de séculos que sucumbiu sob a violência do corte raso? Como purificar um lençol freático contaminado por agrotóxicos?*”<sup>16</sup>

A prevenção é, inclusive, princípio do próprio direito ambiental “*concernendo à prioridade que deve ser dada às medidas que evitem o nascimento de atentados ao ambiente, de molde a reduzir ou eliminar as causas de ações suscetíveis de alterar a sua qualidade.*”<sup>17</sup> Não é à toa que neste ramo do direito tenha se desenvolvido o princípio do poluidor pagador, o qual não é um salvo-conduto para poluir mediante pagamento, mas sim uma forma de “*afastar o ônus do custo econômico das costas da coletividade e dirigi-lo diretamente ao utilizador dos*

<sup>12</sup> Tutela inibitória. SP: RT,1998. Pg. 14

<sup>13</sup> Sobre o tema vide SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais..* Saraiva: São Paulo, 1996. pg. 43

<sup>14</sup> Marinoni, op., cit. pg. 29.

<sup>15</sup> Boaventura de Souza Santos. *O direito e a comunidade. As transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados.*” in Revista Direito e Avesso, Brasília, col. II, n 3, pp-138-156, jan./jul. 1983. Pg. 139

<sup>16</sup> Fábio Feldman na apresentação ao livro *Dano ambiental : prevenção, reparação e repressão*, de Edis Milaré e Herman Benjamin. SP: RT, 1993. pg. 5

<sup>17</sup> Milaré, Edis Op., cit.. Pg 102

*recursos ambientais, mesmo que inexista dano plenamente configurado*<sup>18</sup>, com evidente fundamento na prevenção.

A prevenção pode ensejar que o obrigado assuma comportamentos comissivos ou omissivos, dependendo do caso concreto. Por isso o ajuste, em regra, veicula obrigações de fazer e de não fazer, pois essas são as que melhor se amoldam à sua natureza preventiva.

Como muito bem assevera Marinoni<sup>19</sup>, a tutela inibitória só se aperfeiçoa quando à exigência do cumprimento do dever de evitar o ilícito ou o dano está vinculada a possibilidade de fixação de uma medida coercitiva que desestimule o devedor à prática ou à reiteração do ilícito. A fixação da multa como medida de pressão psicológica na formação da vontade do devedor é fundamental para o melhor desempenho da função preventiva do ajuste. Outras medidas coercitivas também podem ser estipuladas no ajuste como a fiança bancária, a garantia hipotecária e outras.

Tal qual na vida em geral, prevenir é melhor do que remediar, mormente quando pode não existir o remédio eficaz para combater o mal. Assim, em virtude desse valor perseguido pela norma do ajuste deve-se privilegiar a tutela preventiva; em segundo lugar permitir a reparação integral do dano; e só, em última hipótese ensejar que o ajuste tenha medidas apenas de ressarcimento. Nesse último caso deve restar evidenciado a impossibilidade da reparação, a excepcionalidade da situação que indica o ressarcimento como a única medida possível e a identidade desta com uma provável tutela judicial.

## **6. AJUSTE DE CONDUTA E PRINCÍPIO DA TUTELA ESPECÍFICA**

Como podemos perceber, o compromisso de ajustamento deve ser um meio de privilegiar, sempre que possível, a tutela preventiva de direitos. Sob uma outra perspectiva podemos dizer que o ajustamento de conduta também deve ensejar a tutela específica das obrigações. Embora não estejamos em sede de tutela judicial, consideramos apropriado se aplicar o princípio da tutela específica a essa forma de solução extrajudicial de conflito, porque o conteúdo do ajuste deve, em regra, recuperar a situação anterior à prática do ilícito ou do dano ao bem ambiental.

Para fins de nosso estudo podemos considerar como tutela específica, o conjunto de remédios e providências tendentes a proporcionar àquele que será beneficiado cum o cumprimento da prestação o preciso resultado prático atingível por meio do adimplemento.<sup>20</sup> Conquanto se possa falar em tutela específica nas obrigações pecuniárias, a questão existe principalmente para as obrigação não pecuniárias de fazer e de não fazer.

Muitas dessas obrigações, na verdade, não são obrigações no sentido estrito, posto que têm gênese na norma positiva, e não na autonomia da vontade. São

<sup>18</sup> Paulo Bessa. Op., cit. pg. 221.

<sup>19</sup> Op., cit. pg. 30.

<sup>20</sup> MOREIRA, Barbosa. *A tutela específica do credor nas obrigações negativas*. Temas de direito processual civil. 2 série. SP: Saraiva, 1980. Pg. 31.

deveres jurídicos impostos a todos pela lei. Mas segundo a tradição do direito brasileiro, especialmente do direito processual, as disposições normativas que se referem à obrigação sempre abrangem o conceito de dever jurídico. O ajustamento de conduta é, em regra, palco justamente da negociação sobre o cumprimento desses deveres jurídicos, que são típicos no atendimento aos direitos não patrimoniais, como, *v.g.*, o dever de promover o licenciamento ambiental das obras de potencial impacto ao ecossistema, o dever de preservar o patrimônio histórico nacional, o dever de exercer de forma adequada o serviço de vigilância sanitária sobre o comércio de medicamentos etc.

Sem exagero, podemos afirmar que a única tutela plenamente adequada para a satisfação desses deveres jurídicos para com a comunidade é a tutela específica. O ressarcimento não nos fornece uma resposta razoável. Por isso, também é medida de acesso à justiça a preocupação com a tutela específica dessa modalidade de obrigação, e podemos nos regozijar que no sistema processual brasileiro exista essa clara tendência..

E é por essa importante dimensão que o ajustamento de conduta pode ter na tutela específica que as obrigações nele contidas devem ser certas e determinadas, além de líquidas. Na formação do ajuste, portanto, deve-se levar em conta esse importante princípio da tutela específica para que haja a satisfação plena do direito ao meio ambiente.

## **7. AJUSTE DE CONDUTA E APLICAÇÃO NEGOCIADA DA NORMA JURÍDICA**

O compromisso de ajustamento de conduta, sendo uma atividade extrajudicial, pode ser incluído como uma modalidade de solução mais adequada para determinados tipos de conflitos nos quais devam ser ponderados vários interesses, principalmente porque nele pode-se vivenciar, com mais desenvoltura, o elemento da retórica. Essa pluralidade de interesses que impõe desafios cruciais à tutela judicial clássica pode ser muito bem percebida em um processo de negociação. A negociação permite uma administração otimizada de conflito em que vários aspectos, na maior parte das vezes de matiz não jurídico, podem ser contemplados para se encontrar a melhor solução.

A característica informal da negociação, na qual os passos para se chegar a um bom termo não estão aprioristicamente definidos, contribui para a sua maior adequação. Portanto, a informalidade presente na possibilidade de negociação é altamente compatível com a construção da forma mais efetiva de proteção dos direitos transindividuais. A inexistência de um rito padronizado permite que a condução da negociação possa levar em conta as particularidades do caso concreto, o que se revela muito mais desafiador quando se trata de processo judicial, a despeito de todo o esforço para torná-lo um palco no qual seja possível a conciliação. Por exemplo, o contato existente entre o órgão legitimado a celebrar o ajuste e o obrigado é direto, e a qualquer tempo essa comunicação pode ser ativada, sem as formalidades do rito processual, o que permite que se leve em conta, no momento de se celebrar o ajuste, dados que não estão necessariamente

formalizados. As marchas e contramarchas do processo de negociação ensejam, em muitos casos, o conhecimento efetivo da situação a ser ajustada, v.g., a condição econômica do obrigado, as causas que o levaram ao não cumprimento da norma, os óbices que precisa superar para cumpri-la, assim como a urgência em que a adequação à lei deve ser feita, os anseios da comunidade que se sente lesada pela transgressão da norma, etc.

Boaventura de há muito constatou a tendência em se ensejar uma alternativa à decisão adjudicada pela justiça profissional e burocratizada<sup>21</sup>. No caso do ajuste de conduta temos um meio termo entre a deformalização plena da administração da solução de conflitos de direitos por leigos e a tutela jurisdicional. O compromisso é uma faculdade conferida a órgãos públicos com um alto grau de profissionalização como, por exemplo, o Ministério Público. Mas é ao mesmo tempo uma forma diferenciada, com uma lógica própria, de se obter a solução do conflito, se comparado com a prestação jurisdicional. O resultado encontrado nos dois tipos de tutela não deve ser diferente, mas o caminho para se chegar a esse resultado é que pode ser diverso.

A participação na formação da decisão daqueles que por ela se obrigam é uma nota relevante para o sucesso dessa justiça consensual. O transgressor ou iminente transgressor tem necessariamente seu ponto de vista considerado na elaboração das cláusulas do ajuste, o que pode ser fundamental para que não venha a descumprir -lo. Ao reconhecer que deve assumir tais obrigações, de forma espontânea e sem uma ordem de autoridade, o sistema o admite na formulação do compromisso, ainda que a margem de conformação da justa forma de conciliação seja pequena, devido às características já anotadas da tutela desses direitos.

Com efeito, porque essa é uma decisão participativa, embora não concebida, como já assinalado, para favorecer o obrigado, o ajuste pode também ser uma importante medida de justiça por constituir o meio menos gravoso de se obter o objetivo da norma daquele que dela se desviou ou que pode vir a fazê-lo. O ajustamento de conduta tem uma importante carga simbólica, que é demonstrar que aquele que descumpriu um direito fundamental da coletividade quer rever a sua conduta. Assim, a condução do ajuste deve ser realizada em uma perspectiva não repressiva, sem idéias pré-concebidas. Por isso não precisa haver um reconhecimento explícito de culpa por parte do obrigado, mesmo porque nos casos de responsabilidade civil ambiental, no direito brasileiro, a culpa é absolutamente irrelevante. A desnecessidade de confissão ou reconhecimento de culpa é elemento facilitador da celebração do ajuste, o que muitas vezes não se consegue em juízo, quando a imagem do responsável já pode ter sido arranhada publicamente pelo só fato do ajuizamento da ação.

Na verdade, o ajuste de conduta seria integrante de uma nova engenharia jurídica, que dedica um espaço todo especial à formulação normativa negocial, uma vez que as partes da conciliação *“não se limitam a promover o desdobramento lógico-formal das normas legislativas e procedimentais já estabelecidos, mas o*

---

<sup>21</sup> Op., cit. pg. 140.

*desdobram construtivamente ao normatizar situações específicas e inéditas.*”<sup>22</sup> Não queremos afirmar que o ajustamento de conduta crie novas normas jurídicas, mas o mesmo pode representar decorrências concretas da norma, que dificilmente poderiam ser divisadas à primeira vista.

## **8. AJUSTE DE CONDUTA E PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO**

O Estado democrático de direito representa a conquista do reconhecimento de direitos de terceira geração, bem como de uma adequada tutela dos mesmos. A possibilidade da lesão ou ameaça de lesão a esses direitos estar sindicada à revisão judicial também é uma ilação coerente da normatividade desse princípio constitucional.

A primeira relação entre o ajuste de conduta e o princípio democrático é a de consequência e causa. Embora não haja uma previsão expressa na Constituição Federal brasileira, como no caso da tutela judicial, a tutela extrajudicial de direitos transindividuais também pode ser enfocada como uma concretização mais efetiva das decorrências normativas desse princípio.

Sob uma outra perspectiva, o ajustamento de conduta deverá, para atender plenamente ao princípio democrático, preencher certos requisitos. Um deles é a necessidade de que haja um mínimo de regras sobre a celebração do ajuste em cada instituição legitimada, de modo a que se motive a existência de uma cultura de realização de ajustes, e ao mesmo tempo se assegure que os mesmos serão realizados da forma mais adequada possível. O conhecimento dessas regras por todos também permitirá o controle dessa importante atuação administrativa.

Reputamos que uma sistematização normativa mínima pode mitigar a influência de fatores de disfunção no momento da celebração do ajuste. A melhor forma de enfrentar os riscos da negociação, que tenha como objeto um direito da coletividade, é justamente refletir sobre esse processo de barganha, procurando se guiar por determinados princípios que possam indicar as situações concretas em que se afigura cabível a negociação, assim como o conteúdo adequado da mesma.

No item anterior percebemos que a aplicação da norma no ajuste, conquanto haja os limites da indisponibilidade, não se dá de uma forma autômata. Ao permitir que o órgão legitimado considere as condições do caso concreto, o legislador enseja uma flexibilidade de sua aplicação, que nada mais é que uma forma criativa de se aplicar a norma. Esse processo pressupõe, em uma determinada escala, a tomada de decisões políticas.

Portanto, a tutela, judicial ou extra-judicial, dos interesses transindividuais quase sempre implica realizações de “escolhas políticas”, ante a conflituosidade peculiar a estes direitos. Assim, uma solução técnico - jurídica de proteger um dado momento um ecossistema pode implicar a erradicação de várias modalidades de atividades econômicas, com repercussões sociais enormes. Em outra situ-

<sup>22</sup> PASSOS, Lúcia. Dissertação de Mestrado da PUC/SP *Validade e eficácia da norma jurídica. Justiça ambiental no gerenciamento dos recursos hídricos*. Op, cit. pg. 40

ação, preservar um importante patrimônio histórico pode ser incompatível com um novo traçado urbano proposto para soluções de problemas de trânsito. Esses exemplos ilustram o quão tormentoso pode ser a definição do interesse transindividual que deva prevalecer, notadamente quando não há uma demonstração normativa clara de qual o interesse que deva ser resguardado.

Obviamente que é possível se identificar qual o valor a ser prioritariamente protegido, segundo uma regra de ponderação. Entretanto, concretizar as deliberações políticas do legislador não é um processo automático de aplicação normativa, mormente quando se trata da defesa desses interesses, cuja titularidade é de todos, mas quase sempre o exercício de sua tutela, inclusive para possibilitá-la, é limitado. Não haveria condições de todos os interessados na tutela da defesa do meio ambiente comparecerem na sede do órgão público para celebrar um ajustamento de conduta. Por isso, é de fundamental importância que a deliberação de celebrar o ajuste, bem como a definição de seu conteúdo sejam as mais democráticas possíveis.

Pelo fato da celebração do ajuste estar limitada pelo ordenamento jurídico à adaptação da conduta do transgressor da norma às exigências legais, pode-se considerar democrática a eleição, realizada pelo representante do povo, de órgãos públicos legitimados a promovê-la. A formação do ajuste não pressupõe deliberações políticas que não estejam previamente previstas na lei, implícita ou explicitamente. São órgãos cuja legitimação técnica, prevista no ordenamento constitucional, também desempenha um papel importante na concretização de direitos, mesmo porque podem estar menos sujeitos aos interesses pessoais e partidários, que comandam, mais de perto, a atuação dos representantes políticos da Nação. Por isso é democrática a possibilidade de se conferir a órgãos públicos, de índole técnica, a possibilidade de negociação desses direitos, dentro dos estritos limites legais.

Mas o processo de tomada de decisões deve ser o mais participativo possível. O aspecto fundamental do Estado Democrático de direito é que se pretende, em níveis cada vez maiores, ensinar a participação dos cidadãos nas decisões que possam influir na sua vida. Portanto, o ideal é propiciar mecanismos de participação na formação da decisão do órgão legitimado na celebração do compromisso. Já há reclamos de setores da sociedade civil afirmando quanto à celebração dos ajustes que *“é preciso impor mecanismos de participação daqueles que serão afetados e a obrigação de transparência dos atos ou procedimentos administrativos relacionados a tais acordos.”*<sup>23</sup>

Tanto será mais democrático o ajuste quanto sua celebração seja mais transparente. A publicidade do mesmo é fundamental para garantir o controle de seus termos pela sociedade, e permitir que se averigüe se o mesmo não representou nenhum tipo de violação ao acesso à justiça. Em muitos momentos a publicidade oficial não será suficiente para ensinar esse controle, e por isso é importante que sejam utilizados os meios de comunicação de massa para per-

<sup>23</sup> In “Parabólicas” publicação mensal do Instituto Sócioambiental. pg. 2

mitir o conhecimento da prática do ajuste. A publicidade também garante uma maior eficácia do pactuado no compromisso.

Apesar de não haver uma previsão normativa que imponha instrumentos de participação para elaboração e celebração do ajuste, consideramos que pela aplicação do princípio democrático podemos favorecer a incidência desses instrumentos. A decisão final sobre o ajuste, no entanto, sempre será do órgão legitimado, porque não há determinação legal de vinculação à deliberação da sociedade, o que, aliás, nem seria necessariamente interessante, devido à possibilidade de sua manipulação. Ademais, não se deve retirar dos órgãos públicos a responsabilidade pela adoção da medida mais adequada. O que se advoga é que esse processo deliberativo precisa para ser democrático ser o mais participativo possível, ensejando um amplo controle sobre a decisão do órgão público.

Por isso, consideramos bastante recomendável que a elaboração do ajuste possa ser acompanhada por aquele que motivou a atuação administrativa, independentemente de quem a tenha formulado, cidadão ou associação. Esse acompanhamento deve ser feito através da intimação do representante informando sobre a possibilidade de celebração do ajuste, e de seus termos solicitando uma manifestação sobre o fato. No momento da celebração do ajuste também pode-se ensejar sua presença como testemunha, uma vez que as partes do ajuste são apenas o órgão público e o obrigado. E também por todos aqueles que tenham interesse no deslinde da questão, notadamente nos casos de maior complexidade. Essa participação também pode ocorrer em audiência pública, quando se deve ouvir todos os interessados na questão, e sopesados os pontos de vista divergentes.<sup>24</sup>

No mesmo sentido, deve-se ensejar a participação de representantes de grupos que tenham seus direitos coletivos em questão no ajuste. Nesse caso a situação é mais delicada, porque os direitos em jogo são do grupo, que, ao nosso juízo, devem sempre ser ouvidos antes de se firmar o ajuste. Assim em ajustes envolvendo matéria ambiental e direitos indígenas as lideranças comunitárias indígenas devem sempre ser ouvidas no processo de negociação.

Como já mencionado, um importante mecanismo de compreensão de todos os interesses envolvidos na questão, principalmente quando a mesma apresenta múltiplas facetas, é a audiência pública, convocada estritamente para se conhecer a opinião da comunidade sobre a proposta de negociação.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Comentando a respeito da questão no direito ambiental Paulo Affonso Leme Machado aduz, com bastante argúcia: “É de se tirar uma clara lição : a Administração precisa ser interlocutora dos dois lados interessados ou em confronto. Dessa forma, não é eficaz nem ético que só se negocie ou se comunique com o empresário. Devem estar presentes as vítimas em potencial e as associações ambientais com representatividade. Ordenando-se essa fase, de modo a evitar-se a morosidade e tumulto, poder-se-á chegar, algumas vezes , a soluções conciliatórias. Contudo, não se deve pensar que diante de todas as questões se chegará à situação que agrada a todas as partes: nessa ocasião, superada a fase de consulta e da conciliação, a Administração decidirá. Para que sua decisão seja realmente independente é preciso que nas fases anteriores todas as partes tenham tido a oportunidade de serem ouvidas e de tomar conhecimento de todos os ponto de vista acaso divergentes.” Op. cit. pg. 125

<sup>25</sup> pg. 335. “Da audiência pública como instrumento de participação popular no licenciamento ambiental independente de realização de estudo de impacto ambiental” in *Anais do Congresso Internacional de direito ambiental*. São Paulo: Instituto O direito por um planeta verde , 1996. Pp.331/339

## **9. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

Cientes da estrutura normativa do instituto do Termo de Ajustamento de Conduta e de seus princípios reitores podemos sintetizar as sugestões práticas apresentadas ao longo do texto da seguinte forma:

**9.1** Necessidade de criação de uma ambiência propícia à negociação, tanto pelos órgãos públicos que devem reservar um momento na condução de seus processos administrativos para ouvir dos interessados sobre a possibilidade de entabular conversações para a negociação, como dos demais atores envolvidos, sejam os obrigados e seus advogados, ou de representantes da sociedade que podem aventar a ideia do acordo.

**9.2** Promoção de uma negociação objetiva, isto é, o debate sobre o compromisso de ajustamento de conduta deve envolver elementos de ordem objetiva como: a) a extensão do dano; b) a responsabilidade dos obrigados pela reparação dos danos já delimitados e pela prevenção de futuros danos, sem a discussão de culpas e de adjetivação das condutas dos envolvidos, nem preconceitos de parte a parte, b) os elementos técnicos que indicam a necessidade de participação da comunidade local na negociação, v.g. a complexidade do conflito, a necessária fiscalização posterior etc. A participação de profissionais de área técnica juntamente com os operadores jurídicos é fundamental para garantir essa maior objetividade .

**9.3** Devem se adotadas todas as medidas para que a negociação do TAC resulte em um título executivo extrajudicial exequível, caso não seja cumprido espontaneamente, pois suas cláusulas devem ser redigidas de forma clara e objetiva, de modo que as obrigações decorrentes do compromisso sejam líquidas e certas, identificando com clareza os obrigados sua qualificação, e adequada representação legal.

# LA PRESERVACIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL EN EL PERÚ

GENARO URIBE SANTOS

Presidente de ATINA

## 1. INTRODUCCIÓN

Hace mucho tiempo que el tema ambiental – y las formas de enfrentar la preservación del medio ambiente – ha cobrado especial importancia en las diferentes sociedades y ha generado la atención de los gobiernos, las empresas, familias y personas de manera sostenida, lo cual ha conllevado a que la comunidad internacional invierta millones de dólares a fin de conseguir los objetivos que se han venido diseñando en los diferentes foros desarrollados con especial regularidad a lo largo de todo este tiempo.

Por tanto, no es de sorprender las iniciativas emprendidas por los diversos actores de la sociedad direccionadas a la protección ambiental; por ejemplo, hace poco, en octubre del 2008, se anunció que la Argentina recibiría fondos del Banco Mundial para implementar medidas destinadas a reducir las emisiones de dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>), segunda causa de calentamiento global del planeta, derivadas de la deforestación y la degradación de los bosques<sup>1</sup>; en Chile, el gobierno de Japón entregó a la Corporación Nacional Forestal (CONAF), un importante aporte económico para cooperar con el Plan de Restauración del Parque Nacional Torres del Paine<sup>2</sup>; Paraguay fue premiado por el Fondo Mundial para la Conservación (WWF) por la ley de “deforestación cero”, que redujo en un 85% la depredación boscosa en el país, según estudio hecho por organismos de control satelital de bosques<sup>3</sup>; en Brasil, el gobierno se comprometió a reducir la deforestación en la región amazónica en un 70% en los próximos diez años, en una propuesta presentada formalmente en la Conferencia de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (UNFCCC) llevada a cabo en Polonia, a fines del 2008, medida que superó las obligaciones que establecieron para sí mismos los países ricos<sup>4</sup>; en España, la ciudad de Aragón se convirtió en la segunda de ese país donde más creció la potencia fotovoltaica (energía solar) conectada a red, pasando de los siete megavatios del 2007 a los 116 en el 2008, un incremento del 1.557,1 % (al que le sigue Islas Baleares y La Rioja, que incrementaron la

---

<sup>1</sup> <http://argentina.indymedia.org>

<sup>2</sup> <http://www.chile.com/tpl>

<sup>3</sup> <http://www.abc.com.py>

<sup>4</sup> <http://www.mercopress.info>

captación de esta energía en 1.014 %, según se informara en abril del 2009)<sup>5</sup>; en Perú, se avanzó decididamente en materia de persecución de los delitos ambientales, al sancionarse en octubre del 2008 una ley que agrava la penalización de acciones en contra del medio ambiente, incorporándose al mismo tiempo nuevas formas delictuosas y que amplía en campo de acción de las fiscalías especializadas ambientales creadas a nivel nacional en abril del 2007. Se creó igualmente el Ministerio el Ambiente que centraliza varias de las actividades en materia ambiental que antiguamente estaban distribuidas en diversos entes gubernamentales.

Si bien, cierto sector de activistas ambientales precisan que estas iniciativas son insuficientes y poco significativas frente al gigantesco compromiso por reparar el ambiente que en otrora se dañó de manera irresponsable – cosa que también viene ocurriendo en la actualidad –, sin embargo, no se puede soslayar que ciertamente el tema despierta un interés que en épocas pasada era impensable.

Pero, no obstante ello, la conciencia sobre la necesidad de proteger al patrimonio cultural – parte integrante del medio ambiente– ha sido casi exclusivamente gestión de un pequeño grupo de arquitectos, arqueólogos, sociólogos e historiadores, junto a un puñado de políticos y legisladores, unas pocas personas encariñadas con la historia, las tradiciones y el acervo cultural y luego más nadie.

Si bien en algunas sociedades esta particularidad comienza a despertar de siglos de modorra, sueño y ostracismo, para convertirse poco a poco en tema que se inscribe en las agendas de los Estados y comienza a captar la atención de los demás actores, en países con rica tradición cultural, como el caso del Perú, tal concepto no captura del todo el interés de su sociedad ni menos se aprecia en las decisiones de sus gobiernos, por más que en torno a ello exista profusa normatividad legal que pareciera semejar todo lo contrario.

En Buenos Aires, por ejemplo, diversos movimientos sociales habidos en ciudades como Tigre y Vicente López, generaron que el tema fuera abordado de manera directa por los actores políticos y asumido como prioridad por los gobernantes. La movilización social acarrió que se alcanzaran diversas reivindicaciones –exigidas en base a la aplicación de los derechos colectivos–, ocurriendo que el patrimonio cultural es a la actualidad un tema del que se ocupa de manera decidida, aunque silenciosa, el Poder Judicial argentino, asumiendo que la prioridad debe centrarse en su protección, conservación y mantenimiento. En Chile, en fecha reciente, se dictaron dos sentencias definitivas en juicios de carácter ambiental y patrimonio cultural; la primera fue pronunciada por la Excelentísima Corte Suprema, en juicio seguido contra una empresa de telecomunicaciones por la instalación de una antena de telefonía móvil en la Zona Típica o Pintoresca de La Serena y, la segunda, por la Primera Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en juicio seguido contra una empresa industrial maderera por la destrucción de un sitio arqueológico en Bahía Ilque, al sur de Puerto Montt. Estos fallos constituyeron en el país del sur las primeras sentencias de reparación ambiental, pronunciadas a propósito de daños a componentes ambientales de carácter cultural.

---

<sup>5</sup> <http://www.ecoticias.com>

Esa misma decisión es apenas tímida en el caso del Perú, país que es dueño de una de las mayores riquezas culturales de la región y centro en el que han fijado su atención miles de turistas, académicos, estudiosos y curiosos de todas las latitudes, y que ha permitido colocar a Machu Pichu, la joya arqueológica-cultural más significativa de los peruanos, como la cuarta maravilla del mundo.

La decepción y el desánimo que genera en quienes hacemos llamados para preservar el patrimonio cultural peruano, como elemento del medio ambiente, se centra en las diferencias de criterio de las diversas instituciones que tienen a su cargo la conservación y preservación de nuestro legado ancestral, que se traduce en la poca determinación, sensibilidad e indiferencia en relacionar la protección del medio ambiente con la urgente necesidad de la conservación patrimonial.

Si bien resulta de suma gravedad que diversos intereses de orden político, social y económico confluyan en el escenario peruano para impedir o dificultar la concreción de tareas relativas a la preservación ambiental, mucho más grave es el hecho que en estas gestiones se deje casi siempre de lado todo lo que está relacionado con la preservación de nuestra milenaria cultura.

En el mundo ha quedado superado hace mucho la idea que los hechos que ocurrían en él eran aislados y no afectaban otros factores; en tal sentido ya no es difícil entender que la pobreza, la falta de empleo, los fenómenos naturales, el crecimiento demográfico, etc., tienen explicación en los regímenes de facto, en las guerras y confrontaciones, en la sobrepresión de los recursos naturales, en la discriminación, en la contaminación ambiental.

Así, si se le pregunta a un arqueólogo qué opinión tiene sobre la guerra de Irak, dirá que no la acepta, pues entenderá que esta no sólo tiene consecuencia política, sino que es la responsable de la pérdida del patrimonio cultural de ese país y con ello el futuro decaimiento de su identidad nacional. Si se le pregunta a los bibliotecólogos que opinan sobre los maremotos ocurrido en el Asia, dirán que se encuentran preocupados, pues los mares incontrolados no sólo barrieron ciudades y destruyeron vidas, sino que también arrasaron con la riqueza de las bibliotecas donde estaban los libros que tenían escrita la historia de esas naciones. Si se le pide opinión a los historiadores sobre los incendios que diezmaron la floresta aledaña a Machu Pichu en el Cuzco, dirán que se adhieren a cualquier iniciativa para evitar que similar catástrofe suceda en el futuro, pues la ocurrida no sólo atentó contra el valor arqueológico de la zona, sino que también puso en severo riesgo el patrimonio arquitectónico de la ciudadela y los montes naturales que la protegían. Si se solicita la ayuda de los ingenieros pesqueros para frenar la sobrepesca de la anchoveta en las costas del Pacífico para la producción de harina de pescado, se adherirán a tal pedido, ya que concluirán que los daños que generaría tal depredación serían incalculables y pondría en severa duda la subsistencia de otras especies marinas, además de la directa afectación al hombre que se sirve de ella para su sustento. En fin, si a cada actor de la sociedad se le pidiera opinar sobre un aspecto relacionado con algún evento acaecido en el mundo, no le será muy difícil concluir que tal hecho no genera sólo las consecuencias que se ven de inmediato, sino que estas se prolongan mucho más allá de lo que resulta evidente, implicando una serie de modificaciones en el desarrollo humano, sobre lo cual

es preciso intervenir para evitar desarreglos que en el futuro serían irreversibles.

Por tanto, es claro que todos entendemos que los hechos que suceden en el mundo no son aislados y que todos – de una u otra manera – tienen repercusión en los aspectos de la vida cotidiana. Y por ello mismo las políticas de tratamiento que estos ameriten tienen que ser necesariamente integrales, inclusivas y convergentes.

Bajo esta premisa, se puede colegir que toda política – y sobre todo la ambiental – debe incluir forzosamente la variable del patrimonio cultural, pues, como queda en claro, este se afectará de todas maneras como consecuencia de las decisiones del Estado y de las gestiones que emprendan los actores sociales de cualquier orden.

Mas, para ello es preciso internalizar el concepto en las vivencias cotidianas de todas las personas, entidades y órganos decisorios. Y esa es, a mi gusto, la principal falencia de la política peruana en torno al patrimonio cultural.

## 2. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR PATRIMONIO CULTURAL?

La expresión refiere a dos conceptos que son definidos por la lingüística en los siguientes términos:

*Patrimonio:* Entendido en el sentido de herencia o legado, es todo aquello que recibimos de nuestros antecesores, por lo cual se transmiten bienes materiales, tales como los muebles (máquinas, mobiliario, menajes o bienes artísticos) e inmuebles (casas, terrenos, campos de cultivo) o inmateriales, como la enseñanzas, la educación, los consejos, el idioma, el arte, la religión, los mitos, las tradiciones, las supersticiones, etc.<sup>6</sup>.

*Cultura:* Uno de los mayores escollos que ha tenido esta definición está referida a su antigua confusión con el concepto de “educación”, entendiéndose erradamente que una persona “culto” era quien había estudiado más, sabía mayor número de materias y disponía de ciertos dominios especiales adquiridos por la educación (como las habilidades para hablar, para resolver problemas matemáticos, los buenos modales, las destrezas en ciertas formas de arte, etc.).

Sin embargo, si bien eso es parte de la cultura, no lo es todo ni menos excluye de su concepto otros elementos que son de tanta o mayor trascendencia; por ejemplo, parte de la cultura de un pueblo son las creencias religiosas, que no siempre suelen ser las de los grupos que detentan el poder<sup>7</sup>; la conforman también las diversas manifestaciones artísticas, como la música, la pintura, la escultura; se cuenta igualmente a las lenguas nativas, a la vestimenta, a la culinaria, a las festividades; se incluyen asimismo a las formas de trabajo, de comunicación, los diversos modos de organización social, familiar, colectiva, etc. Como se podrá apreciar, si bien una persona educada puede también ser

<sup>6</sup> Para el concepto lingüístico de este término, recomiendo consultar el “Diccionario de la Lengua Española”, Real Academia Española, vigésima segunda edición, Q.W. Editores, Lima, 2005.

<sup>7</sup> Por ejemplo, en la época del virreynato en el Perú, paralelamente a la vigencia del catolicismo implantado, subsistía la sumisión religiosa a la Pachamama, creencia que no pudo ser desterrada y se prolonga hasta el día de hoy.

una persona culta, alguien a quien se le puede calificar como “culto” no necesariamente debe haberse formado en un claustro educativo ni menos ser consecuencia única de aquel<sup>8</sup>.

*Patrimonio cultural:* El Instituto Nacional de Cultura del Perú define al patrimonio cultural como “la herencia de bienes materiales e inmateriales que nuestros padres y antepasados nos han dejado a lo largo de la historia. Se trata de bienes que nos ayudan a forjar una identidad como nación y que nos permite saber quiénes somos y de dónde venimos, logrando así un mejor desarrollo como personas dentro de una sociedad”<sup>9</sup>.

Todas las personas formamos parte de una familia, pero somos al mismo tiempo integrantes de una comunidad, de una religión, de un país. De la misma manera que heredamos bienes materiales y tradiciones familiares, recibimos también el legado de la cultura que caracteriza la sociedad donde crecemos y nos desarrollamos. Estas expresiones distintivas que tenemos en común como la lengua, la religión, las costumbres, los valores, la creatividad, la historia, la danza o la música, son expresiones culturales que nos identifica entre nosotros y nos enseña que somos parte de una comunidad determinada y no de otra. Esta herencia colectiva es lo que se llama “patrimonio cultural”, el que a su vez adquiere la peculiaridad de un recurso intocable e inalienable, y que es entendido como un recurso “no renovable”, dado a que su reposición – por destrucción o desaparición – es imposible.

### 3. MEDIO AMBIENTE Y PATRIMONIO CULTURAL

Cuando hemos definido al medio ambiente como ese elemento globalizador que literalmente incluye todo lo que nos rodea<sup>10</sup>, nos hemos referido al hombre y a la actividad antropogénica como un elemento primordial y definidor de ese concepto, toda vez que si sacamos al hombre y la inmanencia de su accionar en el entorno, nos queda únicamente los recursos naturales que por sí solos nos son el medio ambiente. Es decir, la presencia del hombre es la que define tal concepto.

El ser humano desde sus comienzos extrajo materias de la naturaleza para elaborar los instrumentos esenciales para el desarrollo de su vida (madera para calentar el hogar, piedras para construir la vivienda, vegetales para comer, pieles para vestirse, etc.). Pero también desarrolló sus manifestaciones artísticas, advertidas en los hallazgos de piedras, rocas y cuevas pintadas para embellecerlas, lo que puede suponer un vuelco artístico en su desarrollo, pues hasta ese momento el hombre sólo modificaba sus elementos de forma rudimentaria y para los usos más primarios. El desarrollo religioso también fue esencial en ese contexto, el que comenzó a expresarse a través del trato que el hombre le daba a sus muertos, al

<sup>8</sup> Para el concepto lingüístico de este término, recomiendo consultar el “Diccionario de la Lengua Española”, Real Academia Española, vigésima segunda edición, Q.W. Editores, Lima, 2005.

<sup>9</sup> “¿Qué es Patrimonio Cultural?”, Instituto Nacional de Cultura, Editorial CIMAGRAF S.R.L., Lima, 2006.

<sup>10</sup> Genaro Uribe Santos, “Derecho Ambiental”, LPG Editores, Arequipa, 2009.

enterrarlos con alimentos y en medio de un rito ceremonial que evidenciaba sus creencias en la existencia de una vida más allá de la vida.

Todas estas manifestaciones “culturales” están presentes en el desarrollo del hombre desde sus inicios; la complejidad y diversidad de nuestras sociedades actuales es el producto de miles de años de esfuerzo y trabajo de los integrantes de ese grupo, que basaron su desarrollo en esas formas culturales que fueron utilizando, adaptando, mejorando y modernizando a partir de un concepto inicial hasta convertirlo en lo que hoy en día se entiende como tal. Por ejemplo, la idea de la vivienda fue evolucionando desde la vida a la intemperie, luego en madrigueras y cuevas, y después a las primeras construcciones, hasta convertirse en el modelo de casas de hoy, con la atención servicios indispensables (agua, desagüe, luz) y, más recientemente, en viviendas en edificios altos, con acceso a bienes suntuosos de uso común (teléfono celular, televisión por cable, internet).

Sin embargo, todo este proceso evolutivo no se hubiera conseguido si es que los antepasados no hubieran dejado un legado cultural a sus futuras generaciones y que históricamente ha sido el motor en el que se ha basado la continuidad y la vigencia de todo grupo social, cualquiera sea su nacionalidad y ubicación. Si este patrimonio heredado, si este bagaje cultural no se hubiera transmitido, simplemente ese grupo habría sido condenado a su desaparición.

Pero adviértase que – sin ser una entidad que reclame presencia en este contexto– el medio ambiente es un factor primordial y excluyente, sin el cual los hombres no habrían podido heredar ningún patrimonio a sus descendientes. Todo aquello que constituye los elementos de patrimonio cultural proviene directa o indirectamente del medio ambiente y sin éste, aquel no tendría existencia ni se hubiera podido conformar, de tal manera que en muchas legislaciones modernas a la protección del ambiente se le ha dado el mismo nivel y jerarquía que la del patrimonio cultural, aún cuando se entienda que éste es un elemento conformante de aquel.

La relación inicial del hombre con el medio ambiente estaba afincada en el hecho de sobrevivir a la ferocidad de la naturaleza y a los cambios que la caracterizaban y que era la mayor de las complicaciones que se presentaban en ese entonces. El problema del hombre actual es sobrevivir junto a su bagaje científico, su complejidad y su patrimonio cultural a esos mismos factores naturales, pero esta vez añadidos a las consecuencias de sus mismas acciones, las que a su vez aportan diferentes, variadas y muchas veces inentendibles complicaciones cuya solución es tantas veces esquivada o imposible.

Esta relación no es nueva; existe – junto a toda su problemática – desde la aparición del hombre en el mundo, siguió a través del tiempo y la historia, y continuará hasta su desaparición en la Tierra. Y cada uno de los momentos de la vida humana, que han marcado su desarrollo y evolución hasta llegar a lo que es el día de hoy, han quedado grabados y manifiestos en distintas formas de testimonio que son los que conforman el legado cultural de los pueblos. De allí que la relación habida entre el medio ambiente y el patrimonio cultural sea indisoluble, inseparable e inentendible si cada cual se analizara por separado.

Estas reflexiones son las que a mi gusto deben enmarcar no sólo las acciones de los legisladores en materia de medio ambiente y patrimonio cultural, sino también el aquellos actos que fijen el derrotero por el cual deben seguir las políticas gubernamentales para estos efectos.

#### **4. LA IMPORTANCIA DEL PATRIMONIO CULTURAL**

El concepto moderno de “patrimonio cultural” implica una nueva dimensión en la que se reconoce como parte indesligable de él al “patrimonio inmaterial”, que es el conjunto de formas tradicionales, populares o folclóricas que emanan de una cultura y que se transmite oralmente y se modifica con el transcurso del tiempo a través de un proceso de recreación colectiva. En este sentido, para muchas poblaciones – especialmente para los grupos minoritarios y las poblaciones indígenas – el patrimonio inmaterial (o intangible) representa la fuente vital de una identidad profundamente arraigada en la historia y constituye los fundamentos de su vida comunitaria. Sin embargo, la protección a esta especial forma de patrimonio es muy complicada debido a la complejidad de su entendimiento, lo cual ha sido siempre el principal escollo a sortear por todo esfuerzo destinado a su preservación.

Ahora bien, en un mundo globalizado, en donde los sistemas de comunicación no dejan de asombrarnos cada día, se presenta latente el riesgo de una “estandarización” de la cultura, por la cual podemos explicar la tendencia de ciertas civilizaciones de apartarse de los caminos de su verdadera herencia, para asumir –por “intromisión” de las foráneas– otros modos de vida, costumbres e identidad, lo cual termina atentando en contra la integridad de ese grupo social.

Por ejemplo, en el Perú, todos los 31 de octubre solía celebrarse con gran pompa y fiestas multitudinarias el “día de la canción criolla”, efeméride instaurada a los inicios del siglo y que estaba destinada a resaltar el valor del folklore musical autóctono, identificando a todos los peruanos bajo los mismos trazos de una especial celebración nacional. Sin embargo, como en casi todas las sociedades de Latinoamérica, dicha fecha fue siendo trastocada poco a poco por la intromisión de la norteamericana festividad del “día de las brujas” que sin explicación y menos sin entendimiento de tal celebración sajona, comenzó a postergar – en el caso peruano – a una verdadera fiesta autóctona, para asumir en su reemplazo otra que nadie entiende ni comprende, ni menos sabe explicar.

Muchos estudiosos explican el fenómeno de la “estandarización cultural” en el hecho de lo débil que suele ser la conformación del patrimonio cultural de muchas de las actuales civilizaciones, casi en su conjunto constituidas por “mezclas” ocurridas como consecuencia de la unión de dos o más vertientes culturales, resultado de las conquistas de pueblos y naciones por otras más poderosas, que a su vez crearon una nueva cultura “híbrida” sin una verdadera y total identidad, y por ello débil y vulnerable.

Es cierto que existen en el mundo “naciones” que se han mantenido con el paso de la historia, como la “aymara”<sup>11</sup> o la “judía”<sup>12</sup>, las que a pesar de haber sido “separadas” por diversos factores que la historia explica mejor, sin embargo jamás se desunieron, incluso a costa de no tener un territorio políticamente demarcado ni menos de su dominio y ello debido a que el patrimonio cultural fue – y es – el conducto que vinculó a estos grupos de personas con su propia historia, encarnando el valor simbólico de su identidad cultural, que ha sido la clave para entenderse a lo largo de su existencia y para no enfrentar el riesgo de desaparecer, viéndose por el contrario fortificadas.

Y es que es el patrimonio cultural el que contribuye de manera decidida a un ininterrumpido dialogo entre las civilizaciones y sus culturas, de tal manera que cualquier forma de agresión en su contra, mientras ese patrimonio sea fuerte, mantenido y asumido por su propia civilización, será inocuo, no significará daño alguno, ni menos importará la pérdida de las raíces de los pueblos y su identidad; lo contrario ocurrirá si es que se ha dejado espacio a la destrucción, olvido y desaparición de los elementos que constituyen el legado ancestral de los pueblos.

Por tanto, este patrimonio cultural testifica la experiencia humana heredada y autentifica sus aspiraciones, y debe ser compartido a cada ser humano para ofrecerle la oportunidad de su propio descubrimiento en ese caudal de conocimientos. Así, su propósito principal será el de unir a las personas con sus propios pueblos; cuando esto último no ocurre, es decir, cuando ese “patrimonio” (que ya no lo sería tanto) no impide las divisiones, separatismos o aislamientos, es justamente cuando se advierte defectos en su integralidad y con ello el riesgo de la pérdida de la identidad del grupo se hace latente y puede condenarlo a su desaparición.

De allí la necesidad de conservar, proteger, promover, promocionar y fortificar el patrimonio cultural y los lazos que se generan entre las personas y sus pueblos a través de él.

## 5. EL PATRIMONIO CULTURAL PERUANO

El Perú es un país multicultural, que a lo largo de su proceso histórico se ha logrado constituir en uno de los focos que alberga la riqueza cultural más nutrida y variada del mundo, que comprende todas aquellas expresiones y testimonios de la creación humana, que tienen especial relevancia en relación con la arqueología, la historia, la literatura, la educación, el arte, las ciencias y la cultura en general de este país, y que además mantiene vivos los elementos específicos que distinguen sus diferentes y múltiples contextos culturales. De ahí la importancia por su protección, conservación y transmisión a las generaciones del futuro, así como la

<sup>11</sup> La nación aymara ocupa gran parte del territorio boliviano, sur del Perú y norte de Chile y Argentina. Moisés Sujo Yapuchura, “La voz de una nación: Los Aymaras de Lima Metropolitana. Caso Unicachi”, El Instituto de Investigación de Lingüística Aplicada de la Facultad de Letras y Ciencias Humanas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2008.

<sup>12</sup> Sobre el particular, recomiendo leer a José Antonio Egido, “El problema nacional judío. Judaísmo versus sionismo”, editorial El Viejo Topo, Barcelona, 2006.

lucha por evitar su depredación, la misma que se iniciara desde el momento de la conquista española.

Hablar de todo lo que implica el patrimonio cultural peruano tomaría muchas jornadas y demasiados pliegos de papel en la monografía que la resumiera, razón por la cual pido excusas al lector por no referirme en este documento a cada uno de los elementos relacionados con este tema en particular, máxime cuando la riqueza y trascendencia de la cultura “inca” es hartamente conocida y difundida por el mundo por los mismos peruanos o los extranjeros que llegan por estas huestes a conocer, visitar, o estudiar nuestro ancestral legado.

Es de referir, sin embargo, que el patrimonio cultural del Perú no queda reflejado sólo en lo que bien podría llamarse lo “más conocido” de la cultura peruana (como Machu Pichu, las Líneas de Nazca o el Cañón del Colca), sino en muchas otras formas de manifestación que se relacionan con zonas arqueológicas y sitios de excavación (como las Tumbas Reales del Señor de Sipán, El Señor de Sicán, Ciudadela de Chan Chan, La Dama de Ampato, Ciudadela de Caral), o zonas monumentales (ambientes urbano monumentales, monumentos histórico artísticos), de arquitectura (religiosa, militar, pública, civil), patrimonial (bibliográfico, documental, artístico, fotográfico, de imágenes en movimiento), centros de formación y de investigación para la conservación y restauración del patrimonio (como el Museo de Arte de Lima, Museo Pedro de Osma, Centro Nacional de Conservación del Instituto Nacional de Cultura, Instituto Superior de Conservación y Restauración Yachay Wasi, Centro Interamericano de Restauración y Conservación de Bienes Culturales, Escuela Nacional Superior Autónoma de Bellas Artes), el folclor (Escuela Nacional Superior de Folklore, Centro de Etnomusicología Andina del Instituto Riva Agüero de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Conservatorio Nacional de Música) y un larguísimo etcétera.

## **6. TRATAMIENTO LEGAL DEL PATRIMONIO CULTURAL PERUANO DESDE EL PUNTO DE VISTA AMBIENTAL**

La Ley General del Ambiente peruana (28611/2005) es clara en precisar varios aspectos que relacionan al patrimonio cultural con el medio ambiente. Así, el artículo 2 de la misma precisa que:

*Artículo 2°.- Del ámbito.* (...) 2.3. Entiéndase, para los efectos de la presente Ley, que toda mención hecha al “ambiente” o a “sus componentes”, comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.

En cuanto a la política exterior del Estado dispone que:

*Artículo 12°.- De la política exterior en materia ambiental.-* (...) la Política Exterior del Estado en materia ambiental se rige por los siguientes lineamientos: (...) c. El respeto a la soberanía de los Estados sobre sus respectivos territorios

para conservar, administrar, poner en valor y aprovechar sosteniblemente sus propios recursos naturales y el patrimonio cultural asociado (...).

Respecto a los objetivos de la planificación y ordenamiento territorial manda que:

*Artículo 20º.- De los objetivos de la planificación y el ordenamiento territorial.-* La planificación y el ordenamiento territorial (...) tiene los siguientes objetivos: a. Orientar la formulación, aprobación y aplicación de políticas nacionales, sectoriales, regionales y locales en materia de gestión ambiental y uso sostenible de los recursos naturales y la ocupación ordenada del territorio, en concordancia con las características y potencialidades de los ecosistemas, la conservación del ambiente, la preservación del patrimonio cultural y el bienestar de la población.

En cuanto a la incidencia de los asentamientos poblacionales, se tiene que:

*Artículo 64º.- De los asentamientos poblacionales.-* En el diseño y aplicación de políticas públicas relativas a la creación, desarrollo y reubicación de asentamientos poblacionales, en sus respectivos instrumentos de planificación y en las decisiones relativas al acondicionamiento territorial y el desarrollo urbano, se consideran medidas de protección ambiental, en base a lo dispuesto en la presente Ley y en sus normas complementarias y reglamentarias, de forma que se aseguren condiciones adecuadas de habitabilidad en las ciudades y poblados del país, así como la protección de la salud, la conservación y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y la diversidad biológica y del patrimonio cultural asociado a ellas.

Y respecto del turismo sostenible se indica que:

*Artículo 81º.- Del turismo sostenible.-* Las entidades públicas en coordinación con el sector privado adoptan medidas efectivas para prevenir, controlar y mitigar el deterioro del ambiente y de sus componentes, en particular, los recursos naturales y los bienes del Patrimonio Cultural de la Nación asociado a ellos, como consecuencia del desarrollo de infraestructuras y de las actividades turísticas y recreativas, susceptibles de generar impactos negativos sobre ellos.

A su vez, en materia de regulación del patrimonio cultural se cuentan con diversas normas legales que contemplan este particular<sup>13</sup>, así como diversos tra-

<sup>13</sup> Constitución Política del Perú (art. 21º); Ley N° 28296 / Ley General del Patrimonio Cultural; Ley N° 27244 / Ley que modifica arts. 228º, 230º y 231º del Código Penal - Delitos contra el patrimonio cultural; Ley N° 27721 / Ley que declara de interés nacional el inventario, catastro, investigación, conservación, protección y difusión de los sitios y zonas arqueológicas del país; Ley N° 27444 / Ley del Procedimiento Administrativo General (art. 34º); Ley N° 26875 / Modifica art. 67º de la Ley Orgánica de Municipalidades, en lo referente a (...) cultura, conservación de monumentos, turismo, recreación y deportes; Ley N° 27616 / Ley que restituye recursos a los gobiernos locales en materia de patrimonio cultural; Ley N° 27752 / Ley que modifica el artículo 82º del Código Procesal Civil sobre patrocinio de intereses difusos; Decreto Legislativo N° 635 / Código Penal (arts. 226 al 231 – Delitos contra el patrimonio cultural); Decreto Legislativo N° 295 / Código Civil (arts. 934º, 935º, 936º y 954º – Tesoros, protección al patrimonio cultural); Reglamento Nacional de Construcciones (Título IV – Patrimonio arquitectónico); Decreto Supremo N° 017-98-PCM / Crean comisión y aprueban reglamento de calificación de zonas arqueológicas ocupadas por asentamientos humanos; Decreto Supremo N° 046-98-PCM / Modifica reglamento de calificación de zonas arqueológicas ocupadas por asentamientos humanos; Decreto Supremo N° 025-99-MTC / Aprueba reglamento de la ley de acceso al crédito para la formalización de la propiedad (artículo 2º); Decreto Supremo N° 027-2001-ED / Aprueban reestructuración organizativa institucional y el reglamento de organización y funciones del INC; Decreto Supremo N° 022-2002-ED / Aprueba Texto Único de Procedimientos Administrativos del INC; Resolución Suprema N° 004-2000-ED / Reglamento de investigaciones arqueológicas; Resolución Directoral Nacional N° 341/INC (14 de junio de 1999) / Reglamento para la calificación de espectáculos públicos culturales no deportivos; Resolución Directoral Nacional N° 047/INC (20 de febrero de 1998) / Reglamento de aplicación de multas y sanciones

tado internacionales bilaterales y multilaterales, que técnicamente deberían ser suficientes para enfrentar de manera exitosa cualquier problemática relacionada.

Sin embargo, como lo veremos a continuación, el tema es bastante complejo y es variada la forma en que se presenta su tratamiento a diversos factores que confluyen en el escenario peruano.

Un diagnóstico no tan pesimista pondría en evidencia variadas formas de descuido y desprotección del patrimonio cultural del Perú, manifiesto especialmente a lo largo de los últimos años y responsabilidad no sólo de la inacción sino también de la mala gestión de las autoridades a cargo<sup>14</sup>. Tesoros perdidos, piezas traficadas, bienes despojados, objetos y sitios destruidos, al igual la apropiación descarada de valores culturales y naturales por parte de otras naciones que se atribuyen su dominio, o la intromisión de elementos que alterna el patrimonio natural, etc., por citar algunos de los muchísimos ejemplos, son algo que pareciera ser cotidiano en un país en el que, a pesar de esta particularidad, los testimonios de su cultura parecen inagotables.

## **7. LA DESTRUCCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL PERUANO LA HUAQUERÍA**

El Perú cuenta con una de las mayores riquezas arqueológicas de la región, la cual se expresa de diversas formas, siendo una de ellas la que se aprecia de los “huacos”, que son lo ceramios en los cuales las culturas pre-inca e inca plasmaban para la posteridad miles de formas de manifestaciones cultural de todo orden.

Con el tiempo, los huacos se volvieron joyas de las más preciadas para los coleccionistas ilegales y los traficantes de arqueología, toda vez que son fáciles de transportar, de evadir controles y comercializarse ventajosamente, esto último debido a que los precios que se obtienen por ellos en el mercado negro son especialmente altos.

En estas condiciones es que se generó en el Perú la aparición de una casta de traficantes ilegales de arqueología a los que se les reconoce vulgarmente como los “huaqueros”, cuya actividad no se limita solamente a robar huacos, sino en general todo tipo de bienes arqueológicos que son encontrados en distintos lugares a merced de estos delincuentes, ocasionando daños en contra del patrimonio cultural difíciles de recuperar.

---

por daños contra bienes culturales inmuebles históricos y/o artísticos del patrimonio cultural de la nación y obras no autorizadas por el INC (28/Feb/1998); Resolución Directoral Nacional N° 684/INC (15/Oct/1999) / Modifican cuadro de aplicación de multas y sanciones por daños a bienes culturales inmuebles (05/Dic/1999); Resolución Directoral Nacional N° 267/INC (30/Mar/2001) / Reglamento especial de gran zona de reserva arqueológica según D. Supremo N° 022-2000-ED. Tomado de <http://inc.perucultural.org.pe>

<sup>14</sup> La falta de claridad en el manejo institucional y decisorio sobre el patrimonio cultural peruano obedece a la disgregación de las responsabilidades en los entes decisorios; así, el Instituto Nacional de Cultura (INC) es quien controla el patrimonio arqueológico, histórico e inmaterial; la Biblioteca Nacional está a cargo del patrimonio bibliográfico; el Archivo General de la Nación para el patrimonio documental; y el patrimonio natural está a cargo del Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA). Esta diversidad de organismos terminan atentando en contra de la preservación del patrimonio cultural, cuando en la práctica debería ser un solo ente el encargado de tal manejo.

El más claro ejemplo de la acción dañina de la huaquería es el saqueo y la destrucción de restos arqueológicos e históricos de los sitios, en donde, al ser invadidos por estos sujetos en búsqueda de “objetos artísticos” o “tesoros”, eliminan vestigios, borran los contextos y las asociaciones de esos bienes con su historia y se pierde invaluable información que nunca más se recuperará.

La mayoría de los huaqueros son campesinos desempleados y otras personas pobres, quienes se ven obligados a huaquear y vender lo obtenido ilícitamente para sobrevivir. Por increíble que parezca, los huaqueros obtienen nimios beneficios económicos y son a los que regularmente persigue, apresa y condena la ley, mientras que son los intermediarios quienes organizan bandas que operan en casi todo el territorio nacional y, bajo una red sistematizada, extraen objetos valiosos del Perú para comercializarlos en distintos países, sobre todo Estados Unidos de Norteamérica y Europa. A estos últimos el sistema judicial casi nunca alcanza.

## **8. EL ROBO SACRÍLEGO**

El saqueo sistemático a templos católicos coloniales y republicanos, así como a casas de aquellas épocas es muy común en el país; las investigaciones llevadas a cabo como consecuencias de tales latrocinios lograron acreditar que una buena parte de estos son para “atender pedidos”, o por lo general responden al plan de una banda muy bien organizada, que roba los objetos para tenerlos en reserva y luego –cuando se presente la ocasión apropiada– ofrecerlos a posibles compradores.

Estas bandas cubren todos los niveles de la sociedad peruana y pueden implicar desde simples campesinos, estudiantes de arqueología y autoridades (militares, policiales y judiciales corruptas), hasta abogados, diplomáticos y agentes gubernamentales. Sus redes tienen conexiones en diversas casas de remate que operan debajo de la ley o bajo fachadas formales que esconden su ilícita actividad tanto en el Perú como en el extranjero. En especial, en aquellos países que no han suscrito convenios o tratados internacionales de protección del patrimonio cultural, la actividad de esta ilícita forma de tráfico cultural es intensa; hasta esos lares llegan clandestinamente los bienes para luego salir de ellos con certificado de exportación de ese país (que de hecho no es el de origen) a otros países, y finalmente pasar a manos de los coleccionistas.

No debe perderse de vista que en el Perú el pueblo mantiene un vínculo muy estrecho con sus imágenes sagradas y la relación de estas con sus creencias populares. El Señor de los Milagros o Cristo de Pachacamillas es un claro ejemplo que autentifica la unión de la religión católica y las deidades populares, pues si bien la imagen refiere a Jesucristo Crucificado, se reconoce su raíces en el ídolo prehispánico “Pachacamac”, “protector divino contra los sismos”. Por tanto, el estudio de este objeto no se refiere únicamente a lo más obvio (quién pintó y esculpió la sagrada imagen, qué materiales se usaron en la confección, cuando se hizo la obra, etc.), sino la larga relación que existe entre el pueblo y la religión y que explica el modo en que evolucionaron y desarrollaron sus creencias y cómo se integra todo esto a la vida de las actuales personas.

## 9. LOS FENÓMENOS NATURALES

El Perú es un país caracterizado por diversos eventos de la naturaleza de especial trascendencia. Los terremotos, inundaciones, huaycos, lluvias torrenciales y otros fenómenos naturales son comunes en el territorio peruano.

Al igual que las personas y las construcciones, los bienes culturales se hallan en situación de riesgo ante estos desastres naturales. Por ejemplo, las lluvias torrenciales e inundaciones que suelen suceder cada cierto tiempo en la costa, ocasionan el colapso de edificios construidos en base a “quincha” y pueden provocar su derrumbamiento. La quincha es un material de construcción de épocas coloniales, hecho en base a barro y caña brava, y con él se edificaron la mayor cantidad de edificios gubernamentales que se usan hasta el día de hoy. Por la fragilidad y vulnerabilidad de este material, tales construcciones están siempre sometidas al riesgo de su destrucción.

A su vez, los terremotos sucedidos en el Perú son particularmente destructivos, tal como lo vimos el año 1970 en el Callejón de Huaylas (que luego del movimiento telúrico de grado 7, le siguió la inundación que provocara la ruptura de una presa natural de agua formada en los andes y que literalmente sepultó a la ciudad), el 2001 en Arequipa (que destruyó importantes bienes que años atrás motivaron que la UNSECO distinguiera a la ciudad como “patrimonio cultural de la humanidad”), o el 2007 en Pisco (en donde la Iglesia del Señor de Luren, que conservaba valiosa información cultural quedó totalmente destrozada y el legado ancestral que contenía se perdió de manera irreparable).

## 10. EL VANDALISMO

Los actos de vandalismo, como pintas, inscripciones o el pegado de carteles, adosado de bambalinas, etc., son formas de expresión nefastas que afean el horizonte de la ciudad, pero, hechas en un bien del patrimonio cultural, son particularmente destructivas, no sólo por el daño estético a los elementos, sino porque los componentes de las pinturas y pegamentos modernos pueden afectar seriamente los antiguos materiales de construcción de estos inmuebles y las inscripciones o rayaduras pueden dañar las edificaciones para siempre. Las piedras, en las que están hechas una muy buena parte de las construcciones antiguas, se malogran, especialmente si es necesario usar algún solvente para limpiarlas.

A su vez, los visitantes de museos, sitios y monumentos pueden causar destrozos acumulativos de manera inadvertida o no intencional. Cuando los bienes culturales son expuestos al público, los letreros que indican “no tocar”, “seguir los senderos” o “prohibido tomar fotografías” suelen no ser respetados debido a la intención del visitante de llevarse un testimonio de su presencia en el lugar, más aún si se trata de verdaderas joyas culturales, como la ciudadela de Machu Pichu o la Catedral de Arequipa.

Por otro lado, la basura que suele acumularse a por acción de los ciudadanos o extranjeros visitantes, contamina el ambiente y puede atraer plagas de insectos y roedores que atacan y dañan los materiales de los que están hechos los bienes.

Otro acto de vandalismo organizado a gran escala son las invasiones de predios ocurrida por defecto de la vivienda. Mucho inmuebles, terrenos y grandes construcciones que integran los bienes del patrimonio cultural peruano suelen ser ocupados precariamente por distintos grupos de personas, a pesar que existen normas legales específicas que prohíben tal hecho, destruyendo de esta manera toda la evidencia patrimonial de la zona y robándole elementos de su historia al país.

## **11. LA MODERNIDAD Y LA INACCIÓN ADMINISTRATIVA**

Hay muchas personas que no comprenden bien la idea de modernidad y piensan que es más importante construir una carretera que conservar un sitio arqueológico; que sería bueno ampliar la iglesia demoliendo una capilla antigua para reemplazarla por un edificio de concreto; o que no ven la finalidad de guardar viejos documentos que ocupan demasiado espacio.

Aunado a ello, está la negligencia, el descuido y la indiferencia por parte de las autoridades administrativas cuyo comportamiento contribuye a la destrucción del patrimonio cultural peruano, casi siempre sobre los mismos argumentos que lo nuevo es mejor y que lo nuevo y lo antiguo son incompatibles. Precisamente, la supervivencia del patrimonio cultural prehispánico, colonial y republicano lograda a base de la ciencia moderna nos permite entender que la modernidad es una aliada en la conservación de nuestro legado cultural y no una arma para destruirlo.

Por ejemplo, hace un tiempo atrás se hizo público en Lima que la construcción de una obra vial en la ciudad a cargo de la comuna limeña, había dañado parte del patrimonio cultural de la Nación en la huaca (santuario pre-colombino) ubicada dentro de los linderos de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en donde se construía un ducto vial destinado al mejoramiento de la circulación de vehículos por la zona. En las zanjas y en las fundaciones de los sitios que se hicieron se vio aparecer muros, cabeceras de muros, cerámicas, lentes de ceniza, pisos de las estructuras del antiguo complejo de Maranga, debido a que no se contempló los reglamentos que el Instituto Nacional de Cultura (INC) tiene como exigencia previa a la realización de cualquier obra que involucre el patrimonio cultural.

Este hecho muestra la forma con que se aborda el tema por parte de las autoridades administrativas y es evidente que ello es un factor más – sobre los ya mencionados – que contribuye al deterioro, pérdida y destrucción del patrimonio cultural peruano.

## **12. LA PERSECUCIÓN DEL TRÁFICO ILÍCITO DEL PATRIMONIO CULTURAL PERUANO COMO MEDIO PARA SU PROTECCIÓN**

La conservación del patrimonio cultural es central en un país como el Perú, en donde la creatividad y maestría técnica de los artefactos de sus sociedades pasadas es, según como quedara visto de líneas atrás, bastante codiciada por traficantes y coleccionistas.

Es cierto que en tema de persecución de este tráfico ilícito han habido algunos avances importantes, pero a mi parecer, estos son insuficientes y no se encuentran a la altura de lo que acontece y apenas son unos esbozos de algo que, con políticas apropiadas, podría dar mayores y mejores resultados.

El activo tráfico de piezas ha sido siempre variable, teniendo algunas memorables victorias y perdiendo importantes casos, tanto en el frente interno como externo. En este último, recordemos la publicitada recuperación de una corona de la cultura Moche gracias a la cooperación de Scotland Yard y M. Van Rijn, que fue aplaudida por toda la población y resaltada por las autoridades peruanas. Sin embargo, algo que no deja de indignar a la sociedad peruana es la tozudez de la Universidad de Yale (EE.UU.) en su terca postura de no devolver piezas arqueológicas que ellos mismos reconocen son patrimonio del Perú, extraídas de Machu Picchu en 1911 y sobre las que ahora dicen tener derechos de propiedad adquiridos<sup>15</sup>. Debemos recordar que el Perú suscribió con ese país, en 1981, un convenio por el cual se permitía la recuperación y devolución de bienes arqueológicos, históricos y culturales que fueran robados. Este convenio permitió la rápida repatriación de la “Colección Recuperada” en 1982 del mismo Estados Unidos –que actualmente se exhibe en el museo del Banco Central de Reserva del Perú– y un segundo convenio firmado en 1997 reforzó la protección de patrimonio al imponer restricciones de importación de bienes arqueológicos y de cierto material del periodo colonial proveniente del Perú, documento que fue ratificado en 2002 y en junio 2007, pero el ejemplo de lo ocurrido con la Universidad de Yale demuestra que si no hay voluntad de hacer exigibles estos tratados y ser consecuente con sus efectos, simplemente tales instrumentos se vuelven letra muerta y los países agraviados se ven burlados en la preservación de sus intereses culturales.

A su vez, no hay que perder de vista que países como Alemania y Austria, que no han firmado la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de la UNESCO de 1972, son refugio para los traficantes. Con Austria, sin embargo, se firmó un convenio de protección en 1999. Pero en Alemania la situación no se ha podido mejorar; más aún, se ha empeorado para todo el patrimonio cultural del mundo con una reciente nueva ley alemana, exceptuando los de la Unión Europea. Según la norma, la protección de piezas ocurrirá sólo si ha sido publicada e identificada individualmente en la Gaceta Gubernativa (el diario oficial). Las demás piezas –aún aquellas consideradas como patrimonio inalienable por otros países– podrán ser traficadas libremente y podrán exportarse desde Alemania. Específicamente, piezas saqueadas en manos de traficantes serán excluidas de cualquier protección (de hecho no es posible que puedan ser publicadas en la Gaceta, aunque los países interesados tienen un periodo de un año para publicarlas, pero requerirán “prueba de su propiedad” para poder ser repatriadas). Dado a que esta ley no es retroactiva, las piezas traficadas antes de la promulgaci-

---

<sup>15</sup> Yale posee cerámicas, textiles, huesos y momias que extrajo de Machu Picchu el explorador estadounidense Hiram Bingham, señalado como el descubridor de la ciudadela en 1911 y quien envió las piezas a la universidad en 1916. Perú exigió sin éxito a Yale en el 2001, y más adelante en el 2006, que devolviera la colección de artefactos argumentando que forma parte de su patrimonio cultural. Diario “El Comercio”, Lima, edición del 6 de abril del 2009.

ón de la ley están desprovistas de protección. Alemania se convierte entonces en la nueva meca del lavado de piezas del patrimonio cultural, un tráfico que se eleva unos seis billones de dólares al año. Técnicamente, piezas vendidas en Alemania podrán ser comercializadas en países como EE.UU.

Pero, en el lado positivo, Suiza, un país que era hasta hace poco un polo importante en el tráfico del patrimonio, ha dado un vuelco total en su apreciación del problema, firmando la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de la UNESCO e iniciando la firma de tratados bilaterales, el primero con su vecina Italia; el Perú bien puede ser el siguiente, dado que las negociaciones ya se han iniciado y sería de inmenso beneficio para el patrimonio cultural peruano.

Así, se estima que las profundas implicaciones de un empeoramiento en cuanto al tráfico ilícito de bienes culturales hacia Alemania se hará sentir en todo el mundo, pero especialmente se puede prever que el Perú quedará en la óptica ambiciosa de los traficantes dada esta particular circunstancia, que bien podría impulsar un resurgimiento del tráfico ilícito, obviamente promovido por personajes disfrazados de coleccionistas, generando sin duda grandes saqueos en los abundantes sitios del Perú, ricos en bienes culturales. Claro que la buena relación entre Perú y Alemania puede beneficiar un contexto idóneo para efectuar una presión frontal en contra de los delincuentes que se benefician de este comercio; no olvidemos que ese país tuvo siempre la tradición del siglo XIX de explorar y colmar sus museos de piezas para la apreciación de las culturas del mundo y no creemos que hayan olvidado en las últimas décadas que el patrimonio cultural es propiedad intangible de cada país y su alienación y destrucción debe combatirse.

En el frente interno, la pronta recuperación del sitio de Sipán por los arqueólogos de la ciudad de Lambayeque, hace perder de vista la labor depredadora de la que fue objeto el sitio en donde se hizo el hallazgo, del que se extrajeron tantas piezas y valores ancestrales que se estima que la ornamenta del personaje es apenas una mínima porción de lo que había en la antigüedad. Si bien, desde el evento de Sipán la conciencia pública sobre la importancia de preservar el patrimonio se ha afianzado con la participación de comunidades en su tutela, sin embargo, se presenta como un resultado menor –pero no por ellos menos importante– frente al menudo trabajo destructivo llevado a cabo.

Debe rescatarse, sin embargo, hechos valiosos desarrollados por diversos actores de la sociedad peruana que han permitido recuperar diversos bienes del patrimonio cultural y darles valor; por ejemplo, la Municipalidad de Islay en Mollendo, al sur del Perú, ha sabido rescatar la antigua estación de ferrocarril construida por Eiffel (el creador de la Torre del mismo nombre en Paris), convirtiéndose en este momento en uno de los monumentos más visitado por los turistas, especialmente en épocas de verano en que la ciudad tiene su mayor actividad. Otro singular caso es el de la “Huaca Pucllana”, a manos de la Municipalidad de Miraflores (Lima), que, en coordinación con diversas entidades privadas, rescató el sitio, consiguiendo no sólo quintuplicar el número de visitantes al lugar, sino que además se lograron 259 nuevos hallazgos de piezas arqueológicas y se evi-

taron los saqueos y el crecimiento urbano expansivo a costas de estos terrenos. También destaca la buena práctica de la Universidad Nacional de Trujillo, que, con el apoyo de la compañía cervecera Backus, revalorizó el abandono del complejo arqueológico “Huaca de la Luna”, convirtiéndola en un museo vivo de la cultura Moche.

Sin embargo, el status de hegemonía estatal no ha permitido maximizar el valor de nuestro patrimonio cultural con fines científicos, ni democratizar el acceso a los mismos ni generar beneficios para la sociedad en su conjunto.

Y es que, pareciera ser cierto que en el Perú no existe una política sobre el patrimonio cultural definida, sino más bien proyectos o planes no articulados, no integrados a otros sectores, que no son inclusivos de la población y que por ello que nunca se concretan en resultados positivos. Bástenos con revisar en las diversas bibliotecas, en los diarios o revistas o navegar por internet para darnos cuenta de la sobre saturación de información respecto al tema por los entes estatales, que no guardan ninguna articulación u organización, ni menos responde a un criterio guía y más, por el contrario, contribuye a generar el hartazgo en ciertos sectores que ven al patrimonio cultural como un elemento incomodo que es mejor dejar de lado para atender otros menesteres más “atractivos”.

Tal como queda definida la política de gestión del patrimonio cultural, repartida entre varias entidades estatales, mal se puede esperar la obtención de resultados positivos y una correcta defensa de nuestro histórico legado. Este es el primer y más grave asunto que debe resolver el Estado; mientras no se cuente con un ente central, que concentre todas las responsabilidades relativas al patrimonio cultural y que fije lineamiento claros y políticas concretas, la misma realidad caótico que se observa a la actualidad seguirá imperando y con ello nuestro patrimonio estará condenado a su permanente expoliación.

Luego, debe incentivarse, promoverse y facilitarse los esquemas de colaboración público-privada en temas de bienes culturales donde “todos ganan”, como los casos antes citados; si bien aquellos representan esquemas de colaboración diferentes, son prueba de que una gestión inclusiva –que involucre a todos los actores sociales– permite articular soluciones eficientes para las necesidades particulares de cada elemento que conforma el universo de los bienes culturales del Perú.

Y, por encima de todo ello, esta a labor educativa. El Perú forma parte de los países firmantes de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de la UNESCO, el que tiene a la “educación” como uno de los vehículos necesarios para asegurar el objetivo de la protección de los elementos del patrimonio cultural.

En el Perú se han desarrollado tímidamente algunos programas bajo esta premisa, con la finalidad de transmitir el mensaje a niños y jóvenes que serán los elaboradores de políticas y los responsables de tomar decisiones en el futuro sobre la protección de nuestro patrimonio.

El conocimiento de los valores patrimoniales, de las técnicas constructivas locales, sus aspectos positivos y sus riesgos, el valor del legado ancestral, de la herencia cultural, etc., permite la “apropiación” del concepto por la persona que

lo hace suyo y se vuelve un sujeto activo en la conformación de comportamientos preventivos y de emergencia. Es por ello que el contacto temprano entre los niños y jóvenes con el patrimonio es quizás la mejor manera de generar conciencia ciudadana en el respeto por nuestra historia y su legado.

La afirmación de nuestra cultura debe servir de base para la cohesión social, para la afirmación de nuestra identidad y para ello es necesario hacer un trabajo con los más pequeños, poner en marcha programas educativos sobre la historia y nuestro patrimonio en las escuelas y colegios, en los museos, en los parques y centros de diversión, etc., con el fin de sensibilizar a las nuevas generaciones en los problemas de nuestro legado ancestral. El mensaje es suficientemente conocido: si queremos construir una sociedad mejor debemos entender nuestro pasado, partir de las fuentes de nuestra cultura, rescatar nuestros valores y así proyectarnos hacia el futuro.

La relación entre el patrimonio cultural y la educación primaria y secundaria es fundamental para reforzar los niveles de identidad; sin embargo, este vínculo prácticamente no existe en el Perú por causas que son hartamente conocidas, estudiadas y sobre diagnosticadas, pero nunca resueltas. Sin embargo, en la actual coyuntura de descentralización que se vive en el país, la ingerencia de los gobiernos regionales en el diseño de la currícula educativa se convierte en una gran oportunidad para incorporar guías metodológicas y temas de patrimonio locales y regionales en la práctica pedagógica cotidiana.

Todos coincidimos en concluir que los verdaderos guardianes de nuestro legado histórico somos nosotros mismos, pero son sobre todo los niños y jóvenes los que se encargarán de preservarlo en el futuro; por eso es fundamental que ellos aprendan a conocerlo, estimarlo e involucrarse activamente con él.

Si esta, que es la reserva viva de los países, no la encaminamos hacia el descubrimiento de su herencia y su identificación con ella, el futuro que le espera al patrimonio cultural es bastante sombrío y con ello, la estabilidad de la sociedad peruana verá acrecentado el riesgo de la conservación de su identidad. Algo en lo que, estoy seguro, los peruanos no dejaremos en impedir.

Gracias.

# A POLUIÇÃO VISUAL: FORMAS DE ENFRENTAMENTO PELAS CIDADES

*IVAN CARNEIRO CASTANHEIRO*

O Autor é 2º Promotor de Justiça de Americana, Mestre em Direito Difusos e Coletivos pela PUC/SP e Coordenador da Área de Habitação e Urbanismo, do C.A.O. Cível e de Tutela Coletiva, do Ministério Público do Estado de São Paulo

## 1. INTRODUÇÃO

O culto ao belo é automático na natureza humana, a qual valoriza a harmonia das formas e da cor dos objetos, bem como suas qualidades plásticas e decorativas. A função estética das paisagens urbanas tem por finalidade criar a sensação visualmente agradável às pessoas<sup>1</sup>. Qualquer intervenção urbana na paisagem das cidades há de ser autorizada pela Administração e estar prevista em lei.

A paisagem desempenha importante papel de interesse público nas áreas social, cultural e ambiental (interesse econômico em trabalho criativo). Contribui para formação cultural local, bem como para o bem-estar da população.<sup>2</sup> O bem-estar das pessoas guarda relação direta com sua saúde, modo de vida e as circunstâncias do meio em que vive.

Quando se fala em poluição pensa-se em fábricas que jogam resíduos tóxicos nos rios, pulverização de agrotóxicos nas plantações, fumaça produzida por veículos e indústrias, degradando a qualidade de vida das pessoas e de animais, quando não as extirpando. Entretanto, essas não são as únicas formas de poluição e consequências danosas à vida. Há problemas de saúde físicos e psicológicos provocados por poluição sonora e poluição visual.

Poluição visual é a desarmonia ou degradação visual geradora de desequilíbrio do meio ambiente artificial (cidade e paisagem urbana).<sup>3</sup> Este tipo de poluição é causada pelo próprio homem, o qual insere no meio ambiente elementos de forma desordenada.

As leis federais, estaduais e municipais que se dispõem a controlar os meios de poluição não acompanham o crescimento desordenado das cidades. As legislações, ainda que com seus conhecidos defeitos, acabam sendo, em geral, descum-

---

<sup>1</sup> MINAMI, Issao; GUIMARÃES, João Lopes Júnior. A importância da Paisagem. Disponível em <<http://www.vitruvius.com.br/arquitextos/arq000/bases/texto094.asp>>. Acesso em: 09 mai 2003.

<sup>2</sup> Convenção Européia de Paisagem. Elaborada pelo Conselho Europeu, em 13/03/2000. In: MINAMI, Issao; GUIMARÃES, João Lopes Júnior. A importância da Paisagem. Disponível em <<http://www.vitruvius.com.br/arquitextos/arq000/bases/texto094.asp>>. Acesso em: 09 mai. 2003

<sup>3</sup> ANTACLI, Bianca M. Bilton Signorini. Aspectos jurídicos da poluição visual. Dissertação (Mestrado em Direito Difusos e Coletivos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2.004, fl. 7.

pridas por falta de infraestrutura fiscalizatória suficiente. Nesse contexto, não há um controle efetivo sobre publicidades irregulares.

A Poluição visual é um problema sério. Entretanto, ela acaba sendo muitas vezes relegada a segundo plano, pois seus efeitos são mais psicológicos do que materiais, razão de haver dificuldades em seu diagnóstico e comprovação de causalidade na deterioração da qualidade de vida das pessoas.

Nosso objetivo é o de demonstrar que a poluição visual enquadra-se no conceito jurídico de poluição previsto na Lei 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), não se tratando de mera degradação de ordem estética, mas também estendendo seus deletérios efeitos na saúde e na qualidade de vida dos moradores da zona urbana, merecendo ser seriamente combatida, a exemplo das demais formas de poluição. É nesse contexto, que o presente trabalho busca, despretensiosamente, fazer uma análise conjuntural da poluição visual e oferecer sugestões objetivas de enfrentamento.

## 2. CONCEITO LEGAL E DOUTRINÁRIO DE POLUIÇÃO VISUAL

O meio ambiente equilibrado é um direito assegurado a todos pela Constituição Federal (artigo 225) e um bem fundamental das gerações atuais e futuras. Os habitantes e visitantes das cidades são os titulares do direito difuso a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (harmonia da paisagem urbana).

Estão entre os principais objetivos do direito ambiental a proteção da saúde e da qualidade de vida. Segundo a Organização Mundial de Saúde, esta é um “*completo bem estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças ou agravos*”

A Lei Federal 8.080/90 (“Lei Orgânica da Saúde”), em seu artigo 2º, estabelece que a saúde é um direito fundamental do ser humano. O Art. 3º prevê que a saúde tem como fatores determinantes, dentre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o trabalho, o meio ambiente, dizendo respeito à saúde as ações que visem “*garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social*”.

A paisagem pode ser tida, em determinados casos, como integrante do patrimônio cultural brasileiro, conforme previsto no artigo 216, inciso V, da Carta Magna. Para Álvaro Luiz Valery Mirra “*O que se procura preservar em uma paisagem, normalmente, é acima de tudo a harmonia entre os diversos elementos que a compõem e não propriamente cada um desses elementos individualmente considerados*”<sup>4</sup>.

Quando se fala em paisagem urbana refere-se não somente a conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, arqueológico, já protegidos pelo art. 216 da CF, como patrimônio cultural brasileiro, mas se quer abranger qualquer porção da cidade por mais comum e simples que seja, a qual também compõe o meio ambiente artificial<sup>5</sup> ou construído, como normalmente é referido o meio ambiente urbano.

<sup>4</sup> A Ação Civil Pública e a reparação do dano ao meio ambiente, São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, p. 31-32, 2002.

<sup>5</sup> ANTACLI, Bianca M. Bilton Signorini, op. cit., fl. 49.

O artigo 3º da Lei nº. 6.938/81 preceitua que para os fins previstos naquela legislação deve-se entender 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;*

*III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:*

*prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;*

*afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;*

*lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;"* (grifos nossos)

A paisagem urbana é conceituada por José Afonso da Silva como sendo “a roupagem com que as cidades se apresentam a seus habitantes e visitantes”. Dentre as suas funções, está a de equilibrar a carga neurótica que a vida urbana despeja sobre as pessoas que nela vivem, convivem e sobrevivem.<sup>6</sup>

Para Issao Minami e João Lopes Guimarães Júnior, a poluição visual é resultado de desconformidades e efeito da deterioração dos espaços da cidade pelo acúmulo exagerado de anúncios publicitários em determinados locais ou quando o campo visual do cidadão se encontra de tal maneira que a sua percepção dos espaços da cidade é impedida ou dificultada.<sup>7</sup>

Ocorre a poluição visual a partir do momento em que o meio não consegue mais digerir os elementos causadores das transformações em curso, dissipando as características naturais originais. “No caso, o meio é a visão, os elementos causadores são as imagens, e as características iniciais, seriam a capacidade do meio de transmitir mensagens”.<sup>8</sup>

A degradação ambiental ocorrida com a poluição visual “é fruto da violação estética de um padrão paisagístico médio a ser aferido em cada caso, seja afetando uma paisagem naturalmente bela, ou portadora de outro predicado relevante, ou alterando uma paisagem urbana de maneira desarmoniosa e agressiva”<sup>9</sup>

Ainda vale menção a Convenção Européia da Paisagem (European Landscape Convention), a qual entrou em vigor no dia 1º de março de 2004. Foi o primeiro tratado internacional direcionado, unicamente, para a proteção, conservação, gerenciamento e valorização das paisagens. O âmbito de sua aplicação é todo o território dos Estados membros, abrangendo espaços naturais, urbanos, terrestres, aquáticos e marítimos. Tal Convenção demonstra a preocupação das nações européias não só com as paisagens excepcionais mas com as paisagens da

<sup>6</sup> Direito Urbanístico Brasileiro. São Paulo, Malheiros, 1997, p. 273-274.

<sup>7</sup> A importância da Paisagem. Disponível em <<http://www.vitruvius.com.br/arquitextos/arc000/bases/texto094.asp>>. Acesso em: 09 mai. 2003

<sup>8</sup> VARGAS, Heliana Comim; MENDES, Camila Faccioni. Poluição visual e paisagem urbana: quem lucra com o caos? Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/ext/eleicoes/artigos/comin3.htm>> Caderno eleições 2000. Acesso 19 out. 2002.

<sup>9</sup> MONTEIRO, Manoel Sérgio da Rocha. Paisagem e Poluição Visual. Disponível em <http://www.mp.sp.gov.br/caouma/caouma.htm>. Acesso em: 08 abr. 2003

vida cotidiana e também paisagens degradadas. É um exemplo por reconhecer a importância da paisagem na qualidade de vida dos homens.<sup>10</sup>

Na convenção estão previstas as seguintes bases ou conceituações<sup>11</sup>:

a) Reconhecimento jurídico da paisagem como um componente essencial do ambiente humano, expressão de diversidade do seu patrimônio comum, cultural e natural e base sua identidade;

b) Estabelecimento de políticas de proteção, gestão e ordenamento da paisagem através da adoção de medidas específicas;

c) definição de poluição como sendo: “[...] *degradação ofensiva à visualidade resultante ou de acúmulo de instalações ou equipamento técnico (torres, cartazes de propaganda, anúncios ou qualquer outro material publicitário) ou da presença de plantação de árvores, zona florestal ou projetos construtivos inadequados ou mal localizados.*”

A expressão sábia qualidade de vida, segundo Liliana Allodi Rossit, engloba duplo aspecto da tutela ambiental: a qualidade do meio ambiente (aspecto imediato) e outro que é a saúde, o bem-estar e a segurança da população (aspecto mediato), que se vêm sintetizando na expressão qualidade de vida.<sup>12</sup>

### 3. PRINCIPAIS FONTES DE POLUIÇÃO VISUAL

Podem ser citadas como fontes de poluição visual as mídias conhecidas como outdoor, totem, backligh, frontlight, painel digital ou eletrônico, o triedro, fachadas muros e cartazes.

Como explica Bianca M. Bilton Signorini Antaccli<sup>13</sup>:

*“No Brasil a palavra outdoor é mais comumente conhecida pelo anúncio de grandes dimensões, constituído de painel de 9 (nove) metros de comprimento por 3 (três) de altura no qual são afixados, através de material especial, 16, 32 ou 64 folhas (4,40 x 2,90 m; 8,80 x 2,90 m; 8,80 x 5,80m) que juntas formam a mensagem.*

...

*O totem é uma estrutura que sustenta o logotipo do estabelecimento industrial e geralmente possui iluminação interna ou externa.*

*O backlight é um tipo de painel luminoso constituído por uma caixa de chapa galvanizada, com lona translúcida na parte frontal, pintada do lado avesso. Confunde-se durante o dia com os outdoors de papel, mas à noite, ligado automaticamente por uma célula fotolétrica que se acende ao escurecer e iluminado por lâmpadas que produzem a sensação de relevo, parece um gigantesco slide projetado no espaço.*

<sup>10</sup> ANTACLI, Bianca M. Bilton Signorini, op. cit., fl. 64.

<sup>11</sup> ibidem, fls. 71-72.

<sup>12</sup> ROSSIT, Liliana Allodi. O Meio Ambiente de Trabalho no Direito Ambiental Brasileiro, São Paulo: Ed. Ltr, 2001, p. 36, “apud” ANTACLI, Bianca M. Bilton Signorini, op. cit., fl. 35.

<sup>13</sup> Aspectos jurídicos da poluição visual. Dissertação (Mestrado em Direito Difusos e Coletivos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2.004, fl. 201-202.

*O frontlight é painel de dimensão variável que conta com lâmpadas que iluminam a mensagem frontalmente.*

*O painel digital ou eletrônico é praticamente um televisor gigante que transmite seqüência de animações e comerciais controlada por computador.*

*O triedro tem dimensão variável e como o próprio nome diz, dispõe de diversos triedros em linha. Eles giram ao mesmo tempo, permitindo a visualização de três mensagens em seqüência.*

Além dessas fontes mencionadas, Ignez Conceição Ninni Ramos<sup>14</sup> descreve outras fontes de poluição, tais como: folhetos, folhetins e folders distribuídos por empresas nos faróis; muros eternizados com anúncios de shows e eventos sobrepostos (apostos em viadutos, pilastras e postes); bancas de jornal abarrotadas de publicidade; barracas dos camelôs (exibição de faixas e cartazes dos produtos à venda); os “*puxadinhos*”, que já se incorporaram à paisagem das quadras comerciais (bares, restaurantes e boates), tomando calçadas e áreas verdes. Também se refere aos veículos e engarrafamentos nas ruas e avenidas da cidade como manifestação de poluição visual. Sobre o assunto, com maestria, leciona a ilustre autora:

*“Há cerca de 10 milhões de anúncios espalhados pelas ruas de São Paulo, dos quais, estima-se, somente 100.000 sejam cadastrados e 55.000 licenciados. A pé ou de carro, é impossível fugir do desconforto visual que toma de assalto os que transitam na maior cidade da América do Sul. O suceder de placas, painéis, cartazes, cavaletes, faixas, banners, infláveis, balões, totens, outdoors, backlights, frontlights, painéis eletrônicos e painéis televisivos de alta definição, além de causar agressões visuais e físicas aos “espectadores”, retiram a possibilidade dos referenciais arquitetônicos da paisagem urbana, transgridem regras básicas de segurança, aniquilam as feições dos prédios, obstruindo aberturas de insolação e ventilação, deixam a população sem referencial de espaço, de estética, de paisagem e de harmonia, dificultando a absorção das informações úteis e necessárias para o deslocamento. ... Mas talvez a consequência mais funesta da poluição visual em São Paulo seja a descaracterização do conjunto arquitetônico, especialmente observada no centro e nos bairros mais antigos da cidade.”*

Ainda merece menção, como fonte de poluição visual, as denominadas Estações Rádio-Base (ERB's), que devido à proliferação desordenada, fruto do aumento no número de linhas em decorrência da expansão do sistema de telefonia móvel, acabam sendo destaques negativos na paisagem urbana. A solução seria o compartilhamento de suas estruturas de uma torre, que abrigaria antenas de diversas operadoras de telefonia celular, bem como a denominada mimetização (camuflagem) das estruturas e antenas das ERB's.

<sup>14</sup> Poluição Visual. Disponível em: <http://www.redeambiente.org.br/Opiniaio.asp?artigo=65> . Acesso 8 mai. 2002

#### 4. POLUIÇÃO VISUAL: ABRANGÊNCIA, GRADATIVIDADE, CARACTERÍSTICAS, CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS

A poluição visual atinge espaços habitados pelo homem, sendo por este produzida. Atinge tanto a zona rural como a urbana. Nas áreas urbanas, em geral, esse tipo de poluição acaba por comprometer a função social das cidades, prevista no artigo 182 da Constituição Federal, bem como o bem-estar da população.

Nas grandes cidades, onde o mercado consumidor é maior, mais competitivo e dinâmico, existe uma concentração de anúncios em algumas áreas da cidade, com loteamento do espaço público pelo próprio Poder Público para fins publicitários. Em geral essa publicidade é de baixo preço ou há ausência de cobrança pelo uso da paisagem, sem adequada diferenciação quanto à maior ou menor visibilidade do local onde anúncio publicitário está sendo veiculado.

Apesar da característica da gradatividade no comprometimento da paisagem urbana, devido ao paulatino crescimento das cidades e da atividade econômica, ela acaba por comprometer as presentes e futuras gerações, devendo ser sempre controlada e, se necessário combatida, a fim de se evitar as consequências maléficas, ao longo deste trabalho várias vezes mencionadas.

A paisagem urbana harmonizada é um direito difuso, pois a manutenção de padrões estéticos no cenário urbano encerra inegável interesse difuso por se relacionar diretamente com a qualidade de vida e com o bem-estar da população<sup>15</sup>, tratando-se de um valor ambiental, como ressalta Paulo Affonso Leme Machado.<sup>16</sup>

Nesse sentido, a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso, afirmando textualmente: “*não temos dúvida de que há um interesse difuso (= esparso pela sociedade como um todo) a que seja preservada a estética urbana*”<sup>17</sup>.

Dentre as causas da poluição visual podem ser relacionadas<sup>18</sup>:

a) O Poder Público e sua eterna conivência com os interesses das grandes corporações;

b) A ausência de uma legislação adequada;

c) A ausência de fiscalização adequada, aliado ao “desinteresse” pelo assunto.

Quanto às consequências da poluição visual, ela causa agressões visuais e físicas aos “espectadores”, decorrentes da sobreposição caótica de chamarizes visuais, variando apenas as tecnologias empregadas. Existem sobrepostos à fachada dos edifícios ou dos revestimentos de alumínio letreiros luminosos que se penduram, “*modernos*” *painéis luminosos, imensas telas que despejam imagens*

<sup>15</sup> MINAMI, Issao; GUIMARÃES, João Lopes Júnior. A importância da Paisagem. Disponível em <<http://www.vitruvius.com.br/arquitextos/arq000/bases/texto094.asp>>. Acesso em: 09 mai. 2003

<sup>16</sup> Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo:Malheiros, 8ª ed. 2.000, p. 110

<sup>17</sup> Aspectos Jurídicos da Chamada “Pichação e Sobre a Utilização da Ação Civil Pública para Tutela do Interesse Difuso à Proteção da Estética Urbana”, RT 679/62.

<sup>18</sup> RAMOS, Ignez Conceição Nini. Poluição Visual. Disponível em <<http://www.redeambiente.org.br/Opinio.asp?artigo=65>>. Acesso em: 09 mai. 2003

*em movimento sobre atônitos motoristas à procura do próximo semáforo fundido entre as luzes do painel*<sup>19</sup>.

Essas formas de poluição visual retiram a possibilidade de percepção dos referenciais arquitetônicos da paisagem urbana, com a descaracterização do conjunto arquitetônico, especialmente observada no centro e nos bairros mais antigos da cidade. Com isso há transgressão de regras básicas de segurança; aniquilamento das feições dos prédios; obstrução de aberturas de insolação e ventilação; dificuldade de absorção das informações úteis e necessárias para o deslocamento. A publicidade caótica na paisagem torna-a indiferenciada e monótona.<sup>20</sup>

Podem ser definidos como “Fatores de Estresse de Poluição Visual” a concentração excessiva de: mídia exterior (placas, outdoors, letreiros, faixas, *backlights*, *frontlights*, painéis eletrônicos ou pintados); grafitagens e pichações; aglomerações permanentes de pessoas em áreas restritas da cidade (p.ex: zonas de pedestres, calçadas, aeroportos, estações de metro); recipientes de lixo expostos em lugares públicos; engarrafamentos de trânsito e vias expressas com deslocamento de automóveis e caminhões em alta velocidade; favelas com deficiente organização urbana e arquitetônica; moradores de rua alojados em viadutos e praças públicas; postes de fiação aérea (telefonia, iluminação, TV a cabo).<sup>21</sup>

Dentre as consequências de ordem administrativas ao poluidor da paisagem urbana, podemos mencionar as seguintes: multa, notificação para regularização, apreensão ou destruição do material publicitário irregular, suspensão da atividade e cassação do alvará de funcionamento da empresa

## **5. USO NORMAL, TOLERABILIDADE / INTOLERABILIDADE NA POLUIÇÃO VISUAL: USO NOCIVO DA PROPRIEDADE E DIREITO DE VIZINHANÇA EM FACE DA FUNÇÃO SOCIAL E LIMITAÇÃO DA PROPRIEDADE PRIVADA**

É certo que a atividade econômica sempre produz algum nível de poluição. Assim, pode haver aceitabilidade de certo grau de poluição visual, mas ela deve ser controlada e compatibilizada com o bem-estar das pessoas, de maneira a ocorrer uma convivência harmônica entre os habitantes das cidades e os interesses comerciais da classe empresarial de uma maneira geral. Nesse contexto, somente deve ser repelida a influência nociva e inconveniente, sob pena de inviabilizar certas atividades econômicas.

A saúde psíquica das pessoas em geral guarda alguma relação com a ordenação da paisagem urbana, reflexo da harmonia ou desarmonia visual. Deve-se buscar amenizar a carga neurótica da vida cotidiana<sup>22</sup>, pois a poluição visual não é somente estética, havendo reflexos, como já se disse, na segurança no trânsito, no bem-estar da população. Portanto, faz-se necessário que se fixe padrões técnicos e legais de

<sup>19</sup> BAFFI, Mirthes I. S.. Paisagem e Caos. Disponível em <<http://www.socioambiental.org/website/parabolicas/edicoes/edicao35/reportag/pg3.html>>. Acesso em: 09 mai. 2003

<sup>20</sup> RAMOS, Ignez Conceição Nini. Poluição Visual. Disponível em <<http://www.redeambiente.org.br/Opiniaio.asp?artigo=65>>. Acesso em: 09 mai. 2003.

<sup>21</sup> ANTACLI, Bianca M. Bilton Signorini, op. cit., fl. 121.

<sup>22</sup> SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional, 2º ed., São Paulo: Malheiros, p. 12.

aceitabilidade. Embora seja parte importante das cidades, esta não pode ter como função preponderante o comércio, devendo-se priorizar o bem-estar dos seus habitantes e visitantes, mantendo-se a cidade econômica e ambientalmente sustentável.

Conforme anota o Prof. Celso Antônio Pacheco Fiorillo, o legislador tratou de efetivar a vontade do constituinte em relação ao bem-estar dos habitantes, regulando a forma e o conteúdo de determinados meios de expressão, como a publicidade e a pichação, também limitando a propriedade privada, estabelecendo, no Código Civil de 2.002 (artigo 1.277 a 1.279) certas regras de direito de vizinhança, visando evitar que algumas práticas constituam óbices à obtenção e desfrute de uma sadia qualidade de vida.<sup>23</sup>

Com o objetivo de ordenar a função social e limitação da propriedade privada, existem regras quanto a levantamento de fachada, tratamento arquitetônico das fachadas dos edifícios, acabamento adequado, preservação da harmonia dos conjuntos das edificações, dos bens imóveis tombados e dos edifícios próximos, estabelecendo-se distâncias das construções, possibilidade ou não de colocação de cartazes ou anúncios, dentre outros aspectos.<sup>24</sup>

## **6. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL: LOCAIS DE VEDAÇÃO DE ANÚNCIOS PUBLICITÁRIOS QUE CAUSEM POLUIÇÃO VISUAL E SUAS LIMITAÇÕES**

A poluição visual pode ser tutelada tanto nas leis sobre proteção ao meio ambiente, pois ela é uma forma de degradação e desequilíbrio do mesmo, quanto nas leis de ordenação da paisagem urbana, uma vez que ela é uma forma de degradação visual da cidade e da paisagem urbana (meio ambiente artificial). Como ainda se verá mais adiante, essa regulação nada tem a ver com relação de consumo, sendo perfeitamente possível que o município legisle a respeito.

Na Constituição Federal encontramos total arrimo para a proteção do meio ambiente urbano, dentre os quais está a paisagem. Há “garantia do bem-estar” dos habitantes das cidades como objetivo da política de desenvolvimento urbano (art. 182, “caput”). O texto constitucional ainda determina a “*preservação, proteção e recuperação do meio ambiente urbano*” (art. 180, inciso III).

A competência para fiscalizar o cumprimento das disposições legais relativas à ordem paisagística é cumulativa entre os entes federados, nos termos do artigo 23, incisos III e VI, da Constituição Federal.

Com Fabiano Pereira dos Santos, ressalta-se que a poluição visual no Brasil é combatida de forma indireta, isto é, por meio de limitações administrativas à publicidade comercial (Código de Posturas Municipais, regulamentos específicos sobre publicidade, etc.) e política (Lei eleitoral). Essa dispersão de normas dificulta determinar se a atividade importa, ou não, em poluição visual.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Op. cit., p. 127.

<sup>24</sup> *ibidem*, p. 127.

<sup>25</sup> Meio Ambiente e poluição. Disponível em < [http://www.ecolnews.com.br/artigo\\_01.htm](http://www.ecolnews.com.br/artigo_01.htm)>. Acesso em 20 de abr. 2009.

O referido autor ressalta, com propriedade, ser complexa a apuração da responsabilização dos agentes produtores de poluição visual, tanto no âmbito civil, penal ou administrativo, pois *“a configuração da poluição visual envolve em grande parte dos casos a avaliação de elementos caracterizados por expressivo grau de subjetividade, os quais, variam de acordo com as concepções estéticas e costumes locais”*.<sup>26</sup>

Nesse contexto, podem ser citadas as seguintes normas, relacionadas com atividades degradadoras da harmonia na paisagem urbana:

a) Lei 4.717/65 – No artigo 1º, § 1º, há previsão de defesa do patrimônio artístico, estético, turístico, por meio da ação popular;

b) Lei nº. 7.347/85 – Conhecida como Lei da Ação Civil Pública (LACP), ela acresceu o valor paisagístico como passível de defesa nesta modalidade de ação coletiva (art. 1º, V), também prevendo a defesa da ordem urbanística (artigo 1º, inciso III);

c) A Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade) traz diversos dispositivos protetores da paisagem urbana, com vistas a ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade. Nesse diapasão, conveniente descrever algumas diretrizes gerais do mencionado estatuto, o que faremos nas linhas seguintes:

- Artigo 2º, inciso VI, “f” – Objetiva evitar a degradação das áreas urbanizadas;

- Artigo 2º, inciso VI, “g” – Prevê a ordenação e controle do uso do solo, visando evitar a poluição e degradação ambiental;

- Artigo 2º, XI – Preceitua a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;

- 2º, inciso XIII – Prevê a necessidade de audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;

- artigo 36 – Determina que lei municipal deverá prever os tipos de empreendimentos públicos e privados que dependerá de realização de Estudo de Impacto de Vizinha (EIV);

- artigo 37, inciso VII – Estabelece parâmetros para o Estudo de Impacto de Vizinha, o qual deverá considerar, dentre outros aspectos, a paisagem urbana e o patrimônio natural e cultural;

- artigo 54 – Possibilidade de ajuizamento de ação cautelar, com vista a evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

No tocante ao aspecto criminal da poluição visual, é de se ressaltar entendimento de se tratar de delito menor potencial ofensivo. Assim, quando adequadamente demonstrado os fatos criminosos, *“o causador desta forma de poluição deve receber uma pena mais leve, ligada sempre à obrigação de custeio de medida*

<sup>26</sup> Santos, Fabiano Pereira dos. Meio Ambiente e poluição. Disponível em <[http://www.ecolnews.com.br/artigo\\_01.htm](http://www.ecolnews.com.br/artigo_01.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2009

*educativa ambiental*”.<sup>27</sup> Ressalva-se o crime do artigo 63, da Lei nº 9.605/98, com pena de até 3 anos, superando o conceito de delito de menor potencial ofensivo.

Algumas condutas envolvendo poluição visual encontram-se tipificadas na Lei dos Crimes Ambientais. O artigo 65 da Lei nº 9.605/98 estipula pena de até 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa para quem pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano. Seguindo na esteira de proteção da estética urbana e da sadia qualidade de vida, o artigo 64 da Lei 9.605/98 criminalizou a conduta de “*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*”.

Também restou penalmente tipificada a alteração de aspecto ou estrutura de edificação (artigo 63 da Lei 9.605/98), a pichação/grafitagem ou conspurcação de edificação ou monumento urbano (artigo 65), exigindo-se, sempre, o dolo.

Vale anotar que embora se tratem de delitos de menor potencial ofensivo, para a transação e/ou suspensão do processo há necessidade de reparação do dano (art. 27 e 28 da Lei nº 9.099/95). Portanto, mesmo a lei de crimes ambientais tem função não apenas preventiva da paisagem urbana, mas também reparadora.

O Decreto-Lei 25/37, o qual organiza a proteção do patrimônio estético e artístico nacional, em seu artigo 1º, § 2º, equipara a bens do patrimônio histórico e artístico nacional a serem tombados os monumentos naturais, sítios e paisagens aqueles dotados de feição notável, pela natureza ou pela indústria humana, os quais devem ser conservados e protegidos. No artigo 18 é exigida autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional para colocação de anúncios ou cartazes na vizinhança da coisa tombada.

A Lei nº 9.504/97, a qual dispõe sobre as eleições, em seu artigo 37, com o objetivo de tutelar a estética urbana durante as eleições, preceitua que “*Nos bens cujo uso dependa de cessão ou permissão do Poder Público, ou que a ele pertençam, e nos de uso comum, inclusive postes de iluminação pública e sinalização de tráfego, viadutos, passarelas, pontes, paradas de ônibus e outros equipamentos urbanos, é vedada a veiculação de propaganda de qualquer natureza, inclusive pichação, inscrição a tinta, fixação de placas, estandartes, faixas e assemelhados*”. Entretanto, foi permitida a propaganda política em bens particulares (artigo 37, § 2º). O Código Eleitoral, no artigo 243, inciso VIII, veda a propaganda que prejudique a higiene ou estética urbana ou que esteja em desacordo com posturas municipais ou qualquer outra restrição de direitos.

A Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC) também contém dispositivos relacionados à paisagem urbana, na medida em que regula as formas de publicidade. Nesse sentido cabe observar que a publicidade agressiva não respeita autonomia dos contratantes fracos, sendo necessária a valorização da informação e da confiança despertada do consumidor.

<sup>27</sup> Santos, Fabiano Pereira dos. Meio Ambiente e poluição. Disponível em <[http://www.ecolnews.com.br/artigo\\_01.htm](http://www.ecolnews.com.br/artigo_01.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2009

O Código de Defesa do Consumidor ainda traz dispositivos vedando publicidade enganosa e/ou abusiva (artigo 37), determinando que ela deva ser de fácil identificação (artigo 36) e não pode induzir o consumidor a comportar-se de maneira prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança (artigo 68). Nesse diapasão, vale lembrar, com Jose Afonso da Silva, que a publicidade, dependendo de suas características visuais, pode provocar distração nos motoristas (outdoors, faixas, cartazes, fachadas de néon, painéis eletrônicos), com comprometimento da visualização ou distração em relação ao traçado da via ou da sinalização de trânsito. Portanto, há possibilidade de proibição de publicidade em determinados locais, ante suas peculiaridades.<sup>28</sup>

Nesse mesmo sentido, o Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº. 9.503/98), em seu artigo 81, proíbe a colocação, em vias públicas ou em imóveis, de luzes, publicidade, inscrições, vegetação e mobiliário que possa gerar confusão, interferir na visibilidade da sinalização, ocasionado comprometimento da segurança do trânsito. Tal diploma legal ainda proíbe fixar sobre sinalização de trânsito e respectivos suportes (ou em ambos), qualquer tipo de publicidade (artigo 82 do CTB), como inscrições, legendas e símbolos que não se relacionem com a mensagem de sinalização.

O objetivo do código, como bem anota Celso Antônio Pacheco Fiorillo, é limitar a liberdade em prol da estética visual, visando à sadia qualidade de vida.<sup>29</sup>

A Constituição do Estado de São Paulo prevê como área de proteção permanente as paisagens notáveis (artigo 197, V) e classifica como patrimônio cultural, portadores de referências à identidade, “*os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico*” (artigo 260, IV).

O artigo 8º, parágrafo único, do Decreto 13.626/43, do Estado de São Paulo, exige autorização do Departamento de Estradas de Rodagem para colocação de anúncios, estatuinto que: “*somente será permitida mediante prévia licença do Departamento de Estradas de Rodagem e deverá satisfazer às condições que forem estabelecidas em regulamento, relativas à distância, à localização, ao efeito estético, à visibilidade, à perspectiva panorâmica, à segurança da circulação*”.

## **7. A LEI PAULISTANA DENOMINADA “CIDADE LIMPA” E A JURISPRUDÊNCIA**

Na capital paulista, a Lei Orgânica do Município determina a “*preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente*”, em conjunto com o Estado e com a União (artigos 148, inciso IV e 180). Também prevê que “*a política urbana do Município terá por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, propiciar a realização da função social da propriedade e garantir o bem-estar de seus habitantes, procurando assegurar a segurança e a proteção do patrimônio paisagístico arquitetônico e a qualidade*

<sup>28</sup> Direito Urbanístico Brasileiro, p. 182.

<sup>29</sup> Op. cit, p. 136.

*estética e referencial da paisagem natural e agregada pela ação humana”* (art. 148, incisos III e V, grifamos).

A Lei Municipal 13.430/02, que institui o plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo, em seu artigo 8º, inciso V, afirma serem objetivos gerais, decorrentes dos princípios adotados: *“garantir a todos os habitantes da Cidade acesso a condições seguras de qualidade do ar, da água e de alimentos, química e bacteriologicamente seguros, de circulação e habitação em áreas livres de resíduos, de poluição visual e sonora, de uso dos espaços abertos e verdes”*. No artigo 9º, inciso VI, inclui como objetivo da política urbana *“a preservação, proteção e recuperação do meio ambiente e da paisagem urbana”*.

Como já se assinalou neste trabalho, o combate à poluição visual decorrente da publicidade comercial é feita pela via administrativa, como Código de Posturas Municipais e regulamentos sobre publicidade etc.. No Município de São Paulo vigorava a Lei Municipal nº. 12.115/96, pela qual eram estabelecidas regras para a veiculação de anúncios publicitários. Tal norma foi revogada pela Lei Municipal nº. 14.223, publicada em 27 de setembro de 2006, a qual disciplina a paisagem urbana na capital e ficou popularmente conhecida como “Lei Cidade Limpa”, a qual é mais rigorosa, vendando muitas das formas de publicidade, como adiante se verá.

A Lei Municipal nº. 14.226/06, em seu artigo 3º, preceitua:

*“Constituem objetivos da ordenação da paisagem do Município de São Paulo o atendimento ao interesse público em consonância com os direitos fundamentais da pessoa humana e as necessidades de conforto ambiental, com a melhoria da qualidade de vida urbana, assegurando, dentre outros, os seguintes:*

*I - o bem-estar estético, cultural e ambiental da população;*

*II - a segurança das edificações e da população;*

*III - a valorização do ambiente natural e construído;*

*IV - a segurança, a fluidez e o conforto nos deslocamentos de veículos e pedestres;*

*V - a percepção e a compreensão dos elementos referenciais da paisagem;*

*VI - a preservação da memória cultural;*

*VII - a preservação e a visualização das características peculiares dos logradouros e das fachadas;*

*VIII - a preservação e a visualização dos elementos naturais tomados em seu conjunto e em suas peculiaridades ambientais nativas;*

...

*XI - o equilíbrio de interesses dos diversos agentes atuantes na cidade para a promoção da melhoria da paisagem do Município.”*

Mais adiante, no artigo 4º, são traçadas as diretrizes dessa novel e destacada legislação, lavradas nos seguintes termos:

*“Art. 4º. Constituem diretrizes a serem observadas na colocação dos elementos que compõem a paisagem urbana:*

*I - o livre acesso de pessoas e bens à infra-estrutura urbana;*

*II - a priorização da sinalização de interesse público com vistas a não confundir motoristas na condução de veículos e garantir a livre e segura locomoção de pedestres;*

*III - o combate à poluição visual, bem como à degradação ambiental;*

*IV - a proteção, preservação e recuperação do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico, de consagração popular, bem como do meio ambiente natural ou construído da cidade;*

*V - a compatibilização das modalidades de anúncios com os locais onde possam ser veiculados, nos termos desta lei;*

*VI - a implantação de sistema de fiscalização efetivo, ágil, moderno, planejado e permanente”*

No artigo 7º, há uma ampla definição de anúncio, que pela sua exemplar importância para os nossos estudos e papel do município no combate à poluição visual, permitimo-nos transcrevê-la. Ei-la:

*“Art. 7º. Para os fins desta lei, não são considerados anúncios:*

*I - os nomes, símbolos, entalhes, relevos ou logotipos, incorporados à fachada por meio de aberturas ou gravados nas paredes, sem aplicação ou afixação, integrantes de projeto aprovado das edificações;*

*II - os logotipos ou logomarcas de postos de abastecimento e serviços, quando veiculados nos equipamentos próprios do mobiliário obrigatório, como bombas, densímetros e similares;*

*III - as denominações de prédios e condomínios;*

*IV - os que contenham referências que indiquem lotação, capacidade e os que recomendem cautela ou indiquem perigo, desde que sem qualquer legenda, dístico ou desenho de valor publicitário;*

*V - os que contenham mensagens obrigatórias por legislação federal, estadual ou municipal;*

*VI - os que contenham mensagens indicativas de cooperação com o Poder Público Municipal, Estadual ou Federal;*

*VII - os que contenham mensagens indicativas de órgãos da Administração Direta;*

*VIII - os que contenham indicação de monitoramento de empresas de segurança com área máxima de 0,04m<sup>2</sup> (quatro decímetros quadrados);*

*IX - aqueles instalados em áreas de proteção ambiental que contenham mensagens institucionais com patrocínio*

*....*

*XI - os “banners” ou pôsteres indicativos dos eventos culturais que serão exibidos na própria edificação, para museu ou teatro, desde que não ultrapassem 10% (dez por cento) da área total de todas as fachadas;*

*XII - a denominação de hotéis ou a sua logomarca, quando inseridas ao longo da fachada das edificações onde é exercida a atividade, devendo o projeto ser aprovado pela Comissão de Proteção à Paisagem Urbana - CPPU;*

*XIII - a identificação das empresas nos veículos automotores utilizados para a realização de seus serviços.”*

No artigo 8º estão as regras para que um anúncio possa ser considerado lícito (as hipóteses autorizadas estão no artigo 13), que pelas mesmas razões do parágrafo anterior a seguir são descritas:

*“Art. 8º. Todo anúncio deverá observar, dentre outras, as seguintes normas:*

*I - oferecer condições de segurança ao público;*

*II - ser mantido em bom estado de conservação, no que tange a estabilidade, resistência dos materiais e aspecto visual;*

*III - receber tratamento final adequado em todas as suas superfícies, inclusive na sua estrutura;*

*IV - atender as normas técnicas pertinentes à segurança e estabilidade de seus elementos;*

*V - atender as normas técnicas emitidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT, pertinentes às distâncias das redes de distribuição de energia elétrica, ou a parecer técnico emitido pelo órgão público estadual ou empresa responsável pela distribuição de energia elétrica;*

*VI - respeitar a vegetação arbórea significativa definida por normas específicas constantes do Plano Diretor Estratégico;*

*VII - não prejudicar a visibilidade de sinalização de trânsito ou outro sinal de comunicação institucional, destinado à orientação do público, bem como a numeração imobiliária e a denominação dos logradouros;*

*VIII - não provocar reflexo, brilho ou intensidade de luz que possa ocasionar ofuscamento, prejudicar a visão dos motoristas, interferir na operação ou sinalização de trânsito ou, ainda, causar insegurança ao trânsito de veículos e pedestres, quando com dispositivo elétrico ou com película de alta reflexividade;*

*IX - não prejudicar a visualização de bens de valor cultural.”*

Quanto às vedações de anúncios, as regras são as seguintes:

*“Art. 9º. É proibida a instalação de anúncios em:*

*I - leitos dos rios e cursos d’água, reservatórios, lagos e represas, conforme legislação específica;*

*II - vias, parques, praças e outros logradouros públicos, salvo os anúncios de cooperação entre o Poder Público e a iniciativa privada, a serem definidos por legislação específica, bem como as placas e unidades identificadoras definidas no § 6º do art. 22 desta lei;*

*III - imóveis situados nas zonas de uso estritamente residenciais, salvo os anúncios indicativos nos imóveis regulares e que já possuíam a devida licença de funcionamento anteriormente à Lei nº. 13.430, de 13 de setembro de 2002;*

*IV - postes de iluminação pública ou de rede de telefonia, inclusive cabines e telefones públicos, conforme autorização específica, exceção feita ao mobiliário urbano nos pontos permitidos pela Prefeitura;*

*V - torres ou postes de transmissão de energia elétrica;*

*VI - nos dutos de gás e de abastecimento de água, hidrantes, torres d’água e outros similares;*

*VII - faixas ou placas acopladas à sinalização de trânsito;*

*VIII - obras públicas de arte, tais como pontes, passarelas, viadutos e túneis, ainda que de domínio estadual e federal;*

*IX - bens de uso comum do povo a uma distância inferior a 30,00m (trinta metros) de obras públicas de arte, tais como túneis, passarelas, pontes e viadutos, bem como de seus respectivos acessos;*

*X - nos muros, paredes e empenas cegas de lotes públicos ou privados, edificados ou não;*

*XI - nas árvores de qualquer porte;*

*XII - nos veículos automotores, motocicletas, bicicletas e similares e nos “trailers” ou carretas engatados ou desengatados de veículos automotores, executados aqueles utilizados para transporte de carga.”*

O artigo 23 prevê a responsabilização solidária do anúncio pelo possuidor e proprietário do imóvel onde aquele estiver instalado, o mesmo ocorrendo com a empresa instaladora. A Comissão de Proteção da Paisagem Urbana (CPPU) será a principal responsável pelo acompanhamento da legislação paulistana sobre anúncios (artigo 35), bem como quanto às novas tecnologias e meios de veiculação de anúncios (artigo 47), sendo o licenciamento de responsabilidade das subprefeituras (artigo 36). No artigo 39 e seguintes estão previstas as infrações e penalidades.

Os mobiliários urbanos estão conceituados no artigo 22 da Lei 14.223/06, com diretrizes de instalação no artigo 23, sendo que a publicidade nos mesmos será regulada em lei específica (artigo 21). Como regra geral, o artigo 18 prevê que “*Fica proibida, no âmbito do Município de São Paulo, a colocação de anúncio publicitário nos imóveis públicos e privados, edificadas ou não*”. São permitidos aqueles elencados no artigo 19, com finalidade cultural, educativa, eleitoral e imobiliária.

Como se percebe dos dispositivos transcritos e mencionados nos parágrafos anteriores, a Lei Municipal nº. 14.223/06, que vedou o anúncio publicitário em locais públicos e privados, visando proteção da paisagem urbana (meio ambiente artificial ou estético) e do meio ambiente cultural (patrimônio histórico) tratou de regulamentar, dentro do interesse local (artigo 30, incisos I, II, VIII e IX, da CF), questão ambiental e urbanística (artigo 225 e 182 da CF), bem como fez prevalecer a função social da propriedade e da cidade (artigo 170, III, e 182, “caput”, respectivamente, da Carta Magna), não invadindo competência legislativa do Estado e da União para legislar sobre publicidade no âmbito da relação de consumo (artigo 22, inciso XIX e artigo incisos 24, V, VII e VIII, da CF). No sentido da constitucionalidade da Lei nº 14.223/06 podem ser mencionados os seguintes acórdãos:

**JULGAMENTO “EXTRA PETITA” - A SENTENÇA JULGOU A AÇÃO DENTRO DO PEDIDO – NÃO HÁ QUE SE FALAR EM NULIDADE. LEI DOS ANÚNCIOS - LEI MUNICIPAL NQ 14.223, DE 26/9/2006, QUE DISPÕE SOBRE A ORDENAÇÃO DOS ELEMENTOS QUE COMPÕEM A PAISAGEM URBANA NO TERRITÓRIO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO É MATÉRIA DE NATUREZA AMBIENTAL E TEM COMO FINALIDADE ADEQUAR A FUNÇÃO DA PROPRIEDADE EM FUNÇÃO DA PAISAGEM URBANA, RELACIONADA COM O USO COMUM DO POVO.**

**INCONSTITUCIONALIDADE - A LEI NÃO É INCONSTITUCIONAL, POIS O MUNICÍPIO NÃO USURPOU A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL CONFERIDA À UNIÃO, UMA VEZ QUE A CITADA NORMA LEGAL NÃO DIZ RESPEITO AO ÂMBITO ECONÔMICO DA PUBLICIDADE OU PROPAGANDA, MAS SIM AO QUE SE REFERE AO MEIO AMBIENTE, ARQUITETURA E URBANISMO, POSSUINDO O MUNICÍPIO COMPETÊNCIA CONCORRENTE PARA LEGISLAR SOBRE TAIS MATÉRIAS.**

LIVRE INICIATIVA - A LEI NÃO VEDA O EXERCÍCIO DE PROFISSÃO E/OU ATIVIDADE, DESDE QUE OBEDEÇA A LEI.

DIREITO DE PROPRIEDADE - DEVE OBEDECER AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL.

PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE - A LEI TEM POR FINALIDADE ORDENAR O ESPAÇO PÚBLICO E REGULÁ-LO NO QUE DIZ RESPEITO - PAISAGEM URBANA - CONTROLE DE POLUIÇÃO VISUAL - NÃO SE VISLUMBRA QUALQUER EXCESSO.

(TJSP, 10ª Câmara de Direito Público - Apelação Cível nº. 766.659-5/1-00-V. 15.660, v.u., j. em 11/08/08)

ATO ADMINISTRATIVO – PUBLICIDADE URBANA - PRETENSÃO DA EMPRESA AO RECONHECIMENTO DO DIREITO DE TER SUAS ATIVIDADES REGIDAS PELAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS APLICÁVEIS E DO DIREITO DE MANUTENÇÃO DOS ANÚNCIOS PUBLICITÁRIOS REGULARES E RESPECTIVAS ESTRUTURAS EXISTENTES, BEM COMO À DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL Nº 14.223/06 (CIDADE LIMPA)- INOCORRÊNCIA.

O Plenário desta Corte reconheceu a constitucionalidade da Lei Municipal nº 14.223/06, tendo sido apreciado pelo C. Órgão Especial no Incidente de Inconstitucionalidade nº 163.152-0/3-00, sendo a ação que se funda na inconstitucionalidade da lei improcedente.

Decisão mantida.

Recurso negado

(TJSP, 1ª Câmara de Direito Público, Apelação nº 806 542 5/8-00, v.u., j. em 02/12/08).

MANDADO DE SEGURANÇA - Preventivo - Liminar - Lei Municipal de São Paulo n.º 14.223/06 (Projeto “Cidade Limpa”), a vedar a colocação de anúncios em imóveis públicos e privados – Pretensão de inconstitucionalidade - Ausência de ilegalidade, vício ou arbitrariedade - Falta de prova da regularidade do anúncio - Interesse público que deve se sobrepor ao interesse particular - Revogada liminar concedida em primeiro grau - Tratando-se de lei em vigor (Lei Municipal de São Paulo nº 14 223/06), a vedar colocação de anúncios, de forma indiscriminada, em imóveis públicos e privados, não há como se manter liminar concedida em mandado de segurança contra órgão público, sob o fundamento de impedimento ao livre exercício de profissão (“propaganda e marketing”) e outras ponderações, ante o poder de polícia tocante à Municipalidade (artigos 23, I, 30, I e 182, caput e § 2º, da Constituição Federal) e o interesse público a sobrepor-se ao interesse particular (TJSP, 10ª Câmara de Direito Privado, A.I. 623.643-5/5-00, j. em 05/03/07)

PUBLICIDADE URBANA - LEI MUNICIPAL Nº 14.223/06 - COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA LEGISLAR SOBRE ASSUNTOS DE INTERESSE LOCAL - CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. O município não legislou sobre propaganda comercial, mas sim regulamentou a publicidade urbana, que é assunto de interesse local e, portanto, de competência do município, nos termos do art. 30, I, da CF. - PUBLICIDADE URBANA - LEI MUNICIPAL Nº 14.223/06 - INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LIVRE

CONCORRÊNCIA, OU DO LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA - INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO ADQUIRIDO - POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA NOVA LEI A RELAÇÕES FIRMADAS ANTES DE SUA ENTRADA EM VIGOR.

RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (TJSP, 1ª Câmara de Direito Público, Apelação com Revisão nº 714.853.5/1-00, v.u. j. em 12/08/08)

*DIAGNÓSTICO DO PAPEL DO PODER PÚBLICO NA POLUIÇÃO VISUAL: SUGESTÕES DE ENFRENTAMENTO DA POLUIÇÃO VISUAL PELAS CIDADES*

No enfrentamento da poluição visual não há dúvidas, a nosso ver, que o mais importante papel é o do município, pois é ali que o indivíduo residente e trabalha, entrando em contato com todas as circunstâncias positivas e negativas do meio que o circunda. Portanto, as condições estéticas do meio ambiente são interesses eminentemente locais. Nesse contexto, nada obstante vinculado a diretrizes da legislação federal (artigo 21, XX e artigo 24, § 1º), da CF) e, eventualmente, estadual (artigo 24, § 2º) sobre proteção estética e paisagística, às quais não poderá contrariar, com base no artigo 30, incisos I, II, VIII e IX, da Carta Magna, o município poderá elaborar uma legislação mais restritiva quanto à exploração de sua paisagem urbana, para fins publicitários, eleitorais, informativos, culturais etc.

Considerando que o artigo 23, inciso VI, da Constituição Federal atribui à União, Estados, Distrito Federal e Municípios competência comum para “*proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas*”, bem como deve proteger as paisagens naturais notáveis (artigo 23, III), o município poderá combater e punir a poluição visual utilizando-se, na medida de suas competências, todo o arcabouço legislativo que mencionamos em capítulo próprio. Quando não for de sua atribuição a aplicação de determinado diploma legal deverá instar o ente federativo competente a agir, enviando-lhe representação devidamente instruída com as provas dos fatos ilícitos denunciados.

É papel da municipalidade disciplinar e fiscalizar adequadamente, diga-se com o rigor que a situação específica mereça, a afixação de anúncios publicitários em locais como: vias de tráfego de elevado fluxo; monumentos públicos, bens e locais tombados e suas adjacências; pontes, viadutos e passarelas; árvores das vias públicas; postes, torres ou qualquer estrutura destinada a suportar redes aéreas dos meios de comunicação e de energia elétrica; cemitérios; proximidades de semáforos, sempre que possam confundir visão ou interpretação, tudo em conformidade com o Plano Diretor das cidades e o Código de Obras.

Também não pode ser olvidada, pelo Poder Público, a preparação das gerações futuras para lidar com o problema da paisagem visual (com atitudes preventivas como educação e repressivas), com a colaboração, ainda que compulsória, dos meios de comunicação de massas, dos educadores, dos intelectuais, das universidades etc.

Também deverá o Poder Público municipal buscar algum grau de consenso em relação à beleza de elementos naturais<sup>30</sup> em geral (vegetação, céu, lagos,

<sup>30</sup> MINAMI, Issao; GUIMARÃES, João Lopes Júnior. A importância da Paisagem. Disponível em <<http://www.vitruvius.com.br/arquitextos/arg000/bases/texto094.asp>>. Acesso em: 09 mai. 2003

rios e praias) e até de elementos artificiais (monumentos, prédios históricos com características marcantes de determinado estilo e fachadas visualmente desobstruídas), através de audiências públicas por bairros ou regiões, com participação de profissionais de diversos ramos (comissão multidisciplinar), da população e dos comerciantes locais, para somente depois disso se elaborar projetos de leis seguindo, em linhas gerais, as conclusões dessas audiências (visa-se eliminar, ao máximo, o grau de subjetividade e o autoritarismo dos agentes públicos).

Sendo função do Poder Público zelar pelos interesses da maioria com relação aos da minoria em questões privadas, às quais geralmente cede em razão da pressão de grupos influentes e atuantes no espaço da cidade, a conclusão é a de que o Poder Público tem sido omissivo. Importante ferramenta para o combate às omissões dolosas e culposas quanto à fiscalização e combate aos danos ambientais à paisagem urbana é a utilização das punições previstas na Lei de Improbidade Administrativa, que poderá ser utilizada nas ações civis públicas movidas pelo Ministério Público na defesa do meio ambiente artificial e natural.

Pensando ter demonstrado, com as limitações da singeleza inicialmente proposta, as principais causas da poluição visual, seus efeitos e formas de enfrentamento, especialmente pelos municípios, que detém poder fiscalizador concorrente com os demais entes federativos e competência legislativa concorrente em virtude do interesse eminentemente local, resta aos membros e servidores do Poder Público Municipal lançarem mão do instrumental jurídico aqui mencionado e, se necessário, criar outros para implementarem a efetiva defesa do meio ambiental cultural e artificial.

Nesse diapasão, vale transcrever as valiosas observações de Ignez Conceição Ninni Ramos e de José Afonso da Silva, na ordem a seguir transcritas:

*Não há legislação no mundo que possa compensar a falta de vontade política. Enquanto a poluição visual for tratada como a paciente que ainda não inspira cuidados, a paisagem urbana continuará sofrendo de doença terminal. Retardar o tratamento poderá inviabilizar a cura*<sup>31</sup>

*“Uma cidade não é um ambiente de negócios, um simples mercado onde até a paisagem é objeto de interesses econômicos lucrativos, mas é, sobretudo, um ambiente de vida humana, no qual se projetam valores espirituais perenes, que revelam às gerações porvindouras a sua memória”*.<sup>32</sup>

Assim, espera-se de todos os operadores do Direito e dos agentes públicos, especialmente aqueles atuantes na área urbanística e na ambiental, que lancem mão do seu poder de petição e/ou dos instrumentos jurídicos disponíveis, promovendo as ações administrativas cabíveis, representações e/ou recomendações à(s) autoridade(s) competente(s), para que sejam tomadas as medidas apropriadas em prol da paisagem urbana, propiciando melhores condições de saúde e de bem-estar aos habitantes das cidades, que segundo o IBGE são cerca de 82% da população brasileira. Diante dessa provocação, a continuidade da omissão por parte da(s) Autoridade(s) poderá caracterizar ato de improbidade administrativa (artigo 11, incisos I e II, da Lei nº 8.429/92).

<sup>31</sup> RAMOS, Ignez Conceição Ninni. Poluição Visual. Disponível em <<http://www.redeambiente.org.br/Opinio.asp?artigo=65>>. Acesso em: 09 mai. 2003

<sup>32</sup> SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro. São Paulo, Malheiros, 1997, p 274

# PLANOS DIRETORES E ZONAS COSTEIRAS

## LETÍCIA ALBUQUERQUE

Mestre em Direito e Relações Internacionais pelo Curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – CPGD/UFSC. Doutoranda em Direito pelo CPGD/UFSC, com estágio de Doutoramento na Faculdade de Direito de Coimbra/Portugal, bolsista CAPES. Pesquisadora do Núcleo de Meio Ambiente e Desenvolvimento – NMD/UFSC. Professora de Direito Ambiental e de Direitos Humanos do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina – CESUSC. Advogada da Sea Shepherd Brasil e do Instituto Justiça Ambiental

## 1. INTRODUÇÃO

A costa brasileira estende-se do rio Oiapoque ao arroio Chuí e apresenta uma grande diversidade de aspectos ecológicos e econômicos. A Zona Costeira foi definida a partir de critérios geográficos e ecológicos, limitando-se a leste com o Oceano Atlântico, por onde se estende até a linha correspondente ao limite de isóbata de 200m que marca a mudança abrupta de profundidade da plataforma continental<sup>1</sup> brasileira. Limita-se a oeste com as terras altas continentais, formadas normalmente por terrenos cristalinos dos escudos sul-americanos, cuja largura varia de acordo com os parâmetros ecológicos estabelecidos (CARVALHO, RIZO, 1994, p.19).

Segundo dados do MMA<sup>2</sup>, a Zona Costeira brasileira, compreende uma faixa de 8.698 km de extensão e abriga um conjunto de ecossistemas variados sobre uma área de aproximadamente 388 mil km<sup>2</sup>. A Zona Costeira concentra praticamente um quarto da população brasileira, em torno de 36,5 milhões de pessoas (segundo a Contagem da População de 1996) abrigadas em cerca de 400 municípios, com uma densidade média de 87hab/km<sup>2</sup>, cinco vezes superior à média nacional (17 hab./km<sup>2</sup>). É importante ressaltar que treze das dezessete capitais dos estados litorâneos situam-se à beira-mar e que as atividades econômicas na Zona Costeira correspondem por cerca de 70% do PIB.

Na literatura especializada é comum os termos “zona costeira” e “ambiente costeiro” possuírem diversas formas de interpretação. Vários teóricos trabalham

---

<sup>1</sup> A zona Costeira esta inserida na Placa Tectônica da América do Sul, resultante da expansão gradativa da Dorsal Meso-Atlântica e da colisão conseqüente com as Placas do Pacífico, que originaram o surgimento da Cordilheira dos Andes e das grandes bacias sedimentares do rio Amazonas e Paraná (CARVALHO, RIZO, 1994, p. 20).

<sup>2</sup> Caracterização da zona costeira brasileira. Disponível em: < <http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=78&idConteudo=3532&idMenu=3295> >. Acesso em: 20 de janeiro de 2008.

apenas com o conceito de costa, outros, preferem definir zona ou ambiente costeiro como através de uma diferenciação dos meios administrativos/políticos ou biofísico/natural. No meio administrativo o governo local delimita os limites geográficos e administra a costa através de uma legislação específica, enquanto que o caráter biofísico é baseado em características físicas, como acidentes geográficos, rios, estuários ou outro ecossistema natural relevante (ASMUS, MARRONI, 2005 p. 16).

A pressão crescente na Zona Costeira, como o aumento da população, tem levado a uma competição entre o uso do espaço e dos recursos disponíveis causando, conseqüentemente, a transformação e até mesmo a destruição dos recursos do meio natural. Desta forma, o planejamento urbano das cidades costeiras torna-se imprescindível como instrumento para garantir o meio ambiente ecologicamente equilibrado e a sadia qualidade de vida, como determinado pelo artigo 225 da Constituição Federal.

Diegues (2001, p.89) relata que as zonas costeiras estão sujeitas a pressões urbano-industriais sem precedentes na história:

Em muitas regiões, os mangues foram aterrados para a criação de infra-estrutura urbana e turística; em outra, cortaram-se árvores do mangue para a plantação de arroz ou a criação de peixes e camarões. Além disso, elas são administradas por instituições variadas, com pouca coordenação e como resultado, ecossistemas costeiros essenciais estão sendo destruídos, antes que um planejamento adequado seja formulado e implementado.

Uma política para a gestão ambiental da zona costeira deve ter em conta a necessidade de combater a poluição crescente nas grandes cidades, de racionalizar o uso dos recursos e das tecnologias de produção, de prevenir os impactos ambientais, de promover a revisão nas formas de uso e geração de energia, de eliminar o caráter predatório e o desperdício na exploração dos recursos e de equacionar a questão do saneamento básico. Cabe ao Governo Federal a formulação dessa política, o estabelecimento de diretrizes e programas de gestão ambiental que garantam o (eco) desenvolvimento deste espaço geográfico, assegurando a conservação de seus ecossistemas.

O fato da zona costeira, ser um espaço geográfico, onde coexistem múltiplos interesses não deve ser impeditivo de falta de coordenação e de diálogo entre as instituições, no sentido de tornar efetiva a implementação de uma política de Ordenamento e Gestão Integrada da Zona Costeira. Portanto, os municípios que encontram-se na Zona Costeira devem considerar em seus Planos Diretores a integração e adequação ao Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro.

## **2. GERENCIAMENTO COSTEIRO NO BRASIL: PLANEJAMENTO, AÇÕES E LEGISLAÇÃO**

A zona costeira é objeto de um interesse crescente, interesse que coloca em evidência como os riscos ambientais costeiros são difíceis de serem dimensionados sem ter conhecimento da multi-dimensionalidade costeira, da evolução não determinista das dinâmicas sociais e técnicas observadas no meio costeiro e da presença de numerosos pontos de interação entre os sistemas costeiros humanos e

os sistemas costeiros naturais. A zona costeira representa um sistema econômico e ecológico complexo. Sistema que para ser apreendido deve ser trabalhado a partir de um enfoque transdisciplinar.

É possível classificar os riscos ambientais costeiros em duas categorias (VANDERLINDEN, 2006): a primeira categoria de riscos ligados a zona costeira são associados aos riscos naturais de origem marítima: tempestades, erosão, tsunamis e outros; há uma segunda categoria de riscos associados a zona costeira que estão ligados as atividades de exploração dos recursos naturais (pesca, impacto da aquicultura, sazonalidade das atividades), as atividades industriais concentradas (poluição regular ou acidental) e aos movimentos migratórios sobre ou originários da zona costeira (impacto demográfico).

Do ponto de vista jurídico, a Zona Costeira é considerada patrimônio nacional e a sua utilização deverá ser feita dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. Paulo Afonso Leme Machado destaca que: “A regra 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 o brasileiro, esteja ele onde estiver, pois se trata de “patrimônio nacional” (MACHADO, 2009, 919).

Em complementação aos objetivos da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6938/81), o governo brasileiro instituiu o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro – PNGC (Lei 7661/88). A coordenação do PNGC ficou a cargo da Comissão Interministerial para os Recursos do Mar – CIRM. Em 1987, a CIRM estabeleceu o Programa Nacional de Gerenciamento Costeiro – GERCO. A instituição do gerenciamento costeiro tem como objetivo orientar a utilização dos recursos naturais na zona costeira, a fim de garantir a qualidade de vida da população e a efetiva proteção dos ecossistemas existentes.

O Programa Nacional de Gerenciamento Costeiro (GERCO) tem como objetivo operacionalizar o PNGC. O MMA com intenção de tornar mais transparente o processo de implementação do PNGC, bem como outras medidas relacionadas ao gerenciamento costeiro, instituiu o Sistema de Informação do Gerenciamento Costeiro e Marinho – SIGERCOM – que funciona como uma base de dados que pode ser acessada via web, através da página de Gerenciamento Costeiro e Marinho<sup>3</sup> do MMA. Conforme informação disponível no site do MMA: “A estratégia, a política e os planos nacionais referentes à gestão integrada da zona costeira e marinha e à proteção desses ambientes são implementados, sob supervisão do Ministério do Meio Ambiente, por intermédio do GCM, no âmbito do Departamento de Qualidade Ambiental na Indústria (DQAM), da Secretaria de Mudanças Climáticas e Qualidade Ambiental (SMCQ)”. O MMA realizou um macrodiagnóstico da zona costeira no período de 1992-1995, publicado em 1996, com uma ampla avaliação da implantação do gerenciamento

<sup>3</sup> Disponível em: <http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=78> . Acesso em 20 de novembro de 2007.

costeiro no Brasil. Em 2004, em razão de novas demandas foi iniciado um projeto de atualização desse macrodiagnostico, prevendo inclusive a sua integração ao SIGERCOM. A versão atualizada abrange os seguintes pontos: Óleo e Gás, Biodiversidade, Geomorfologia, Dinâmica Populacional, Risco Social, Risco Natural, Risco Tecnológico, Gestão Costeira .

O GERCO constitui em realidade um instrumento extremamente tecnocrático e o que se vê, na prática, é que a política de gerenciamento costeiro no Brasil possui um viés predominantemente economicista, em razão de ser uma grande incentivadora do aumento da produção extrativista, como a pesca em grande escala, em detrimento das comunidades pesqueiras tradicionais.

Em Santa Catarina o Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro – PEGC – foi instituído pela Lei estadual nº 13553/2005<sup>4</sup>. Na verdade, o que a lei prevê é a forma de elaboração do PEGC. A elaboração do PEGC ficou a cargo de um Grupo de Coordenação dirigido pela Secretaria do Estado do Desenvolvimento Sustentável, conforme disposto no art.4º. Esta previsto a elaboração dos planos municipais de gerenciamento costeiro - PMGC, bem como a integração entre os sistemas nacional, estadual e municipal através do Sistema Nacional de Informações sobre o Meio Ambiente – SINIMA.

Dentro do GERCO, existem outros projetos de apoio ao gerenciamento costeiro, dentre os quais o Projeto de Gestão Integrada da Zona Costeira – Projeto Orla, que nasceu junto com o Estatuto da Cidade (Lei nº 10257/2001). O Projeto Orla visa através de suas ações trabalhar o ordenamento dos espaços litorâneos sob o domínio da União. Além do MMA<sup>5</sup>, o Projeto conta com a participação do Ministério do Planejamento, através da Secretaria do Patrimônio da União. Conforme divulgado pelo MMA<sup>6</sup>, os objetivos do Projeto estão baseados nas seguintes diretrizes: 1. Fortalecimento da capacidade de atuação e articulação de diferentes atores do setor público e privado na gestão integrada da orla, aperfeiçoando o seu arcabouço normativo para o ordenamento de uso e ocupação do solo; 2. Desenvolvimento de mecanismos de participação e controle social para sua gestão integrada; 3. A valorização de ações inovadoras de gestão voltadas ao uso sustentável dos recursos naturais e da ocupação dos espaços litorâneos. Ótimas diretrizes, como se depreende do material institucional.

Resumindo, o objetivo principal do Projeto Orla é compatibilizar as políticas ambiental, patrimonial e urbana, nos três níveis de governo – Federal, Estadual e Municipal – buscando alcançar a função socioambiental da orla e garantir o acesso a praia. A gestão costeira possui uma base legislativa ampla. O quadro que segue mostra de forma sistematizada e objetiva os principais instrumentos legais:

<sup>4</sup> Lei Estadual nº 13553/2005. Disponível em: [http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/portal\\_lista.asp?campo=4561](http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/portal_lista.asp?campo=4561) . Acesso em: 10 de março de 2009.

<sup>5</sup> No MMA o GERCO, assim como o Projeto Orla, estão vinculados a Secretaria de Mudanças Climáticas.

<sup>6</sup> Disponível em: < <http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=11>>. Acesso em 22 de novembro de 2007.

## **2.1 Instrumentos de Operacionalização da Gestão Costeira no Brasil**

### **2.1.1 Bases Legais**

Art. 225 da Constituição Federal - estabelece a zona costeira como patrimônio nacional e área de interesse especial.

Lei nº 7.661/88 - institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro.

Lei nº 8.617, de 04/01/93 - dispõe sobre o mar territorial, a zona contígua e a zona econômica exclusiva e a plataforma continental brasileira.

Resolução CIRM no 05/97 - detalha os aspectos operativos do PNGC II.

Decreto nº 2.972, de 26/02/99 - instituiu o Projeto de Gestão Integrada dos Ambientes Costeiros e Marinhos no âmbito do MMA.

Decreto nº 2.956 de 03/02/99 - institui o V Plano Setorial para os Recursos do Mar (PSRM) - 1999 - 2003 aborda articulação com o GERCO.

Plano Plurianual PPA 2000-2003 - Programa Zoneamento Ecológico Econômico, Projeto de Gestão Integrada dos Ambientes Costeiros e Marinhos.

Lei Estadual de Gerenciamento Costeiro - alguns estados já aprovaram suas leis estaduais para regular especificamente o zoneamento costeiro estadual.

Decreto nº 5.300, de 7/12/2004 - dispõe sobre regras de uso e ocupação da zona costeira e estabelece critérios de gestão da orla marítima.

### **2.1.2 Instrumentos de Planejamento**

Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro - PEGC - desdobramento do PNGC, em nível estadual, apóia a implementação da Política Estadual de Gerenciamento Costeiro.

Plano Municipal de Gerenciamento Costeiro - PMGC- desdobramento do PNGC e do PEGC, apóia a implementação da Política Municipal de Gerenciamento Costeiro, guardando estreita relação com os instrumentos de planejamento territorial municipal (planos diretores).

Plano de Gestão da Zona Costeira - PGZC - instrumento para a formulação do conjunto de ações e programas, articulados e localizados, elaborados com a participação da sociedade, que visa orientar a execução do Gerenciamento Costeiro em diferentes níveis de governo (Federal, Estadual ou Municipal).

Plano de Ação Federal da Zona Costeira - PAF - planejamento de ações estratégicas para a integração de políticas públicas incidentes na zona costeira, buscando responsabilidades compartilhadas de atuação;

### **2.1.3 Instrumentos de Apoio ao Planejamento**

Zoneamento Ecológico-Econômico Costeiro - ZEEC - instrumento de apoio ao processo de ordenamento territorial. Utiliza técnicas e mecanismos para oferecer subsídios a sustentabilidade ambiental do desenvolvimento da zona costeira.

Sistema de Informações do Gerenciamento Costeiro e Marinho – SIGERCOM - sistema que Integra e disponibiliza informações do PNGC com dados retirados de várias fontes: banco de dados, sistemas de informações geográficas e sensoriamento remoto.

Sistema de Monitoramento - estrutura operacional de coleta de dados e informações, de forma contínua, visando acompanhar os indicadores de qualidade sócio-ambiental.

Relatório de Qualidade Ambiental - elaborado periodicamente pela coordenação Nacional do

Gerenciamento Costeiro, a partir de relatórios desenvolvidos pelas coordenações estaduais, permitindo a avaliação da eficiência e eficácia das medidas e ações de gestão desenvolvidas.

(Fonte: Adaptado PROJETO ORLA, 2002).

### **3. PLANEJAMENTO URBANO NA ZONA COSTEIRA**

O fenômeno da urbanização é diverso e amplo. Como salienta Lefebvre (2008, p.50) o fenômeno urbano surpreende por sua enormidade; sua complexidade ultrapassa os meios de conhecimento e os instrumentos da ação prática, tornando quase evidente a teoria da complexificação, segundo a qual o s fenômenos sociais vão de uma certa complexidade a uma complexidade maior. Em se tratando de urbanização em Zona Costeira, tal complexidade resta ainda mais evidente. Como já descrito, a Zona Costeira brasileira concentra grande parte da população e portanto, muitos são os problemas a serem enfrentados, desde questões de uso e ocupação do solo, como também de utilização e preservação dos recursos naturais, necessitando assim, de uma política de desenvolvimento urbano.

A Constituição Federal, em seu art.182, determina que: “A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”. E, o plano diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, conforme determina o §1º, do art.182 (LEGISLAÇÃO DE DIREITO AMBIENTAL, 2008, p.9).

O plano diretor, conforme leciona Paulo Afonso Leme Machado, 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 ou jurídicas, de Direito Privado ou Público, a serem levados a efeito no território municipal (MACHADO, 2009, p.393). A Lei 10257/2001 (Estatuto da Cidade) em seu art.40 dispõe que o plano diretor é “o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana (LEGISLAÇÃO DE DIREITO AMBIENTAL, 2008, p. 650).

O Estatuto da Cidade, em sintonia com os dispositivos constitucionais, tanto da Política Urbana, quanto da Política Ambiental, faz referência em diversos de seus dispositivos a sustentabilidade das cidades (Art.2º, I), padrões de sustentabilidade ambiental (Art.2º, VIII), ordenação e controle do uso do solo de forma

a evitar a poluição e a degradação ambiental (Art.2ºVI, f), dentre outros. Assim, além de operacionalizar o mandamento constitucional do art.182 da CF/88, ao estabelecer diretrizes gerais da Política Urbana, o Estatuto da Cidade internalizou a problemática ambiental, pelo menos do ponto de vista legal.

No entanto, o que significa uma cidade sustentável? E, como compatibilizar a gestão da Zona Costeira com a gestão das cidades na Zona costeira?

Sustentabilidade é algo ao mesmo tempo simples e complexo de se definir. O termo sustentabilidade é como o termo justiça: todo mundo concorda com ele, mas ninguém sabe muito à respeito (BOSELTMANN, 2008, p.11). A sustentabilidade envolve uma discussão ética sobre os nossos valores enquanto sociedade. É preciso repensar o nosso modo de vida “despreocupado e predador” se quisermos viver de forma a garantir a sustentabilidade hoje e para as gerações futuras. Bossekmann (2008, p.11) explica que a sociedade pode escolher incorporar ou ignorar a necessidade de viver com padrões de sustentabilidade ecológica, mas que uma sociedade sustentável é condição para qualquer sociedade civilizada.

A sustentabilidade tem se tornado uma palavra de ordem em vários fóruns e diferentes contextos, e parece ser uma bandeira sob a qual muitas agências, corporações e instituições multinacionais pretendem já estar operando ou tentando observar (EL SERAFY, 2001, p.196). O interesse sobre o termo ganhou maior amplitude após a publicação do Relatório Nosso Futuro Comum (Relatório Brundtland) pelas Nações Unidas em 1987 e após a realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 (Rio-92). Entre os instrumentos importantes adotados por ocasião da Rio-92 para garantir e promover a sustentabilidade esta a AGENDA 21.

A AGENDA 21 é um programa de ação mundial, mas que deverá ser realizado não só na esfera internacional, mas sobretudo na esfera local. O êxito de sua execução é de responsabilidade dos Governos nacionais através da cooperação internacional (CNMD, 2001, p. 9). São previstas diversas áreas de ação com o objetivo de promover e garantir o desenvolvimento e a cooperação ambiental. O estabelecimento de Agendas 21 locais, sobretudo nas cidades da zona costeira, é uma forma de compatibilizar o planejamento urbano e a gestão costeira, pois, a Agenda 21 estabelece planos, estratégias e políticas com a participação da comunidade.

No entanto, passados quase vinte anos da Conferência do Rio, pouco se avançou na área da Agenda 21. São poucas as experiências exitosas no Brasil que de fato garantiram alguma melhora das condições ambientais<sup>7</sup>. A Política Urbana parece estar caminhando no mesmo sentido. A construção de Planos Diretores de acordo com as normas e princípios do Estatuto da Cidade que prevê a gestão democrática por meio da participação da população tem encontrado muitos entraves para garantir esta gestão democrática. O que se vê é a institucionalização dos processos decisórios pelo poder público e a falta de acesso à informação pela

---

<sup>7</sup> O município de Ibiraquera (litoral sul de Santa Catarina) conta com uma experiência exitosa através do Fórum da Agenda 21 local, que conseguiu mobilizar a comunidade para pensar e planejar ações com base nas diretrizes da Agenda 21 adotada por ocasião da Conferência do Rio.

população o que dificulta e, em alguns casos, até impede a participação e consequentemente, a gestão democrática almejada. A construção do Plano Diretor Participativo – PDP - de Florianópolis, é um exemplo de tal situação.

Na elaboração do PDP de Florianópolis, o Instituto de Planejamento Urbano de Florianópolis-IPUF, promove o diálogo através do Núcleo Gestor, Núcleos Distritais, Comissão Técnica, Segmentos Sociais e Entidades Públicas<sup>8</sup>. No entanto, as audiências públicas realizadas nos Núcleos Distritais não garantem a efetiva participação da população, pois a participação não significa apenas a convocação e a publicização das discussões, mas sim a construção do Plano Diretor de forma conjunta. No caso concreto, o que ocorre, é a apresentação das diretrizes pelo Poder Público para simples aprovação das comunidades nas audiências públicas, gerando muitos descontentamentos e consequentemente atrasos no cronograma de elaboração do PDP.

#### 4. CONCLUSÃO

A urbanização crescente, sobretudo na Zona Costeira, coloca um desafio ecológico à política urbana, que não pode ser elaborada, implementada e efetivada sem considerar os parâmetros ambientais. O Projeto Orla, como referido, vem complementar o Estatuto da Cidade no que diz respeito à Política Urbana na Zona Costeira, na tentativa de responder a este desafio ecológico que se impõe.

Contudo, a realidade não é tão promissora como as metas do projeto. Há uma total falta de coordenação das atividades realizadas pelo Projeto com o Plano de Gerenciamento Costeiro, bem como uma ausência de articulação de tais metas com a realidade de cada município. Em Seminário<sup>9</sup> promovido, na cidade de Florianópolis, pela Agência Costeira Brasileira em conjunto com o Instituto Ambiental Rationes, com o objetivo de promover discussões públicas com a finalidade de colher subsídios para propor um novo plano de gerenciamento costeiro, os relatos tanto dos agentes governamentais, como de pesquisadores e outros membros da sociedade civil, demonstraram que há uma sobreposição de projetos, planos, etc. para a zona costeira, mas sem um eixo comum. As metas e os órgãos responsáveis são muitos, mas não há uma coordenação na hora de efetivar os objetivos propostos.

Do ponto de vista institucional, o Brasil conta com um plano e um programa de gerenciamento costeiro integrados, entretanto, existe uma falta de execução de fato e de forma contínua das ações propostas. Essa situação acaba levando a perpetuação de atividades não sustentáveis, decorrentes principalmente da ausência de planejamento e de uso dos recursos ambientais, pela não utilização dos instrumentos previstos no PNGC, bem como pela falta de ações por parte dos municípios e dos Estados. Há também uma desvinculação entre as Resoluções do CONAMA e o PNGC. Diante de tal quadro, é preciso uma revisão do PNGC.

<sup>8</sup> Informações disponíveis em: < <http://www.planodiretorfloripa.sc.gov.br/> >. Acesso em 15 de abril de 2009.

<sup>9</sup> O Seminário ocorreu na cidade de Florianópolis entre os dias 18 e 20 de março de 2008. Disponível em: < <http://www.remaatlantico.org/sul/Members/bosco/artigos/seminario-cidades-costeiras-sustentaveis-regiao-sul> >. Acesso em 18 de abril de 2008.

Para tentar propor um sistema alternativo ao atual é preciso buscar a integração entre a conservação dos recursos naturais e o desenvolvimento. Tal objetivo, apenas poderá ser alcançado a longo prazo. Isto fica evidente, através da falta de resultados concretos dos projetos desenvolvidos atualmente. O setor governamental, assim como os demais setores que trabalham a questão ambiental e, particularmente o gerenciamento costeiro, estão longe de conseguir dominar vários dos conceitos operacionais<sup>10</sup> que poderiam alavancar essa mudança de paradigma.

Por enquanto, os objetivos colocados tanto no Estatuto da Cidade, como no Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, estão longe de serem alcançados. Vivemos ainda em uma sociedade aprisionada no círculo vicioso da *contraproduktividade*: a medicina destrói a saúde, a escola emburrece, o transporte imobiliza e as comunicações ensurdecem e emudecem (DUPUY, 1980, p.34). Até quando isso vai durar?

## **BIBLIOGRAFIA**

- ASMUS, Milton. MARRONI, Etiene Vilela. Gerenciamento Costeiro. Pelotas: USEB, 2005.
- BOSELTMANN, Bosselmann. The Principly of Sustainability. England: Ashgate, 2008.
- CARVALHO, Vitor de. RIZZO, Hidely Grassi. A zona costeira brasileira. Brasília: MMA, 1994.
- CNMD. Agenda 21. Brasília: Senado Federal, 2001.
- DIEGUES, Antonio Carlos. Ecologia Humana e Planejamento Costeiro. São Paulo: USP, 2008.
- DUPUY, Jean-Pierre. Introdução à crítica da ecologia política. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980.
- EL SERAFY, Salah. Contabilidade verde e política econômica. In: Meio Ambiente, Desenvolvimento Sustentável e Políticas Públicas. Clovis Cavalcanti (org.). São Paulo: Cortez, 2001.
- LEFEBVRE, Henri. Direito à Cidade. São Paulo: Centauro, 2001.
- LEGISLAÇÃO DE DIREITO AMBIENTAL. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2009.

---

<sup>10</sup> Entre tais conceitos podemos enumerar, por exemplo: governança, pluralismo, conhecimento ecológico tradicional, resiliência, entre outros.



# **LA DEFENSA DEL PATRIMONIO CULTURAL, PERSPECTIVA DE LA MAGISTRATURA ARGENTINA: ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA**

*DRA. MARÍA CRISTINA GARROS MARTÍNEZ*

Juez de la Corte de Justicia de Salta - Argentina

## **1. INTRODUCCIÓN**

Los magistrados de la República Argentina en su actuación jurisdiccional, han dictado fallos que redundan en la protección del medio ambiente, han desarrollado un accionar proactivo en el entendimiento que la protección del ambiente es fundamentalmente protección de los derechos humanos, y cuando hablamos de éstos estamos refiriendo no sólo de los actuales sino los de las generaciones futuras.

En ese sentido se ha dispuesto el cumplimiento acabado de lo establecido por la Constitución Nacional, como por las Constituciones provinciales y las leyes tanto nacionales como provinciales de medio ambiente.

En relación a la Constitución Nacional, es de destacar que en la última reforma realizada en el año 1994, se han incorporado los tratados internacionales como normas vigentes, así el art. 75 inc. 22 dice: Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención sobre la Tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes; la Convención sobre los derechos del niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Contiene disposiciones expresas referidas al medio ambiente que señalan: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano...Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural...”, (conforme art. 41). Asimismo el texto de la Carta Magna en su art. 75 inc.19 prescribe “...Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre acción y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales” e incorpora en su texto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

A su vez la República Argentina suscribió la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (ratificada por ley n° 21.836).

Una antigua ley (12665) de Protección del Patrimonio Histórico y Artístico de la Nación establecía mecanismos de preservación de aquellos elementos

considerados valiosos para la cultura nacional. En efecto, existe normativa que establece los derechos de los ciudadanos a gozar de su patrimonio cultural, y en consecuencia la obligación de preservarlo. El “Patrimonio cultural” junto al “Patrimonio natural” constituye el “entorno” que le da “sentido de pertenencia” a un pueblo o nación, lo reconoce en una historia, en una geografía y lo proyecta en su especificidad al futuro (Mariana Aylwin, Seminarios de patrimonio cultural, 1997, Ed. DIBAN, Chile) citado en el fallo: Defensoría del Pueblo de la ciudad de Buenos Aires contra GCBS- s/Amparo nov. 2006. En el mismo fallo se sostiene la conceptualización de “Bien cultural”, entendiéndose que refiere no sólo a las manifestaciones del arte en general, sino a toda forma de vida de un pueblo (UNESCO – Segunda Conferencia general. México, 1982).

Igualmente se sostiene que “Debe aceptarse que uno de los grandes problemas de nuestro tiempo es salvaguardar los testimonios de las culturas y civilizaciones pasadas y presentes pues tal “salvaguarda” representa preservar la memoria histórica de los pueblos (ya la memoria es la garantía de su identidad), y así ver como cada día es más necesario y urgente tutelar y conservar el legado cultural de cada pueblo, para poder transmitirlo a las generaciones venideras”.

En lo que se refiere al accionar del juez en el fallo:” Thomas, Horacio vs. Bocanera S.A.- Amparo,” dictado el 27 de julio de 2007 por la Corte de Justicia de Salta, se expresó: “Los jueces deben manifestarse con particular energía en su actuación para hacer efectivos los mandatos constitucionales relativos a la protección del ambiente (arts. 41 Constitución Nacional y 30 de la Constitución de Salta que dice: Todos tienen el deber de conservar el medio ambiente equilibrado y armonioso, así como el derecho de disfrutarlo. Los poderes públicos defienden y resguardan el medio ambiente en procura de mejorar la calidad de vida, previniendo la contaminación ambiental y sancionan las conductas contrarias”); ante la agresión -o posibilidad de ella- que sufre un bien que pertenece a la esfera social y transindividual cuya mejora o degradación afecta a toda la población. Las medidas dictadas por los jueces con encuadre en las disposiciones del Título I y II de la ley 7070 deben analizarse en relación con las circunstancias del caso para determinar si son razonables, proporcionadas o constituyen un exceso de las atribuciones judiciales”.

Para la Constitución de la Provincia de Salta (art. 52) el Estado asegura a todos los habitantes el derecho a acceder a la cultura y elimina toda forma de discriminación ideológica en la creación cultural. Además en el art. 15 señala expresamente: “La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas que residen en el territorio de Salta...”

En el fallo: “Defensoría del Pueblo c/GPBS” se establece “Es necesario a esta altura señalar que por sí solas las disposiciones constitucionales y legales no garantizan la efectiva protección de los aspectos culturales que integran el medio ambiente, para ello es necesario un rol activo por parte del Juez, por resultar responsable de la aplicación del plexo normativo pertinente”.

En relación a los pueblos indígenas la Constitución de Salta en su art. 15 dice: “La provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas. Reconoce y garantiza el respeto a su identidad”. Esto es compatible con lo

señalado en el fallo:” Fiscalía de Estado de la Provincia de Mendoza c/ la Provincia de Mendoza 18/12/2008, en el cual la Suprema Corte de Justicia de Mendoza dispuso: “Procede desestimar la acción de inconstitucionalidad incoada por la Fiscalía de Estado al considerar que la ley 6920 de la Provincia de Mendoza, que declara de utilidad pública y sujetos a expropiación a ciertos terrenos para ser transferidos a comunidades aborígenes. Pues de los testimonios y de las pruebas producidas surge que la cantidad de hectáreas necesarias para alimentar al ganado es muy superior a aquella que ocupa el mismo cometido en el valle productivo, también se ha acreditado la cantidad de integrantes de las comunidades Huarpes, contados en miles, y la forma específica comunitaria del manejo de la tierra, en resumen la superficie no aparece en modo alguno como arbitraria o carente de fundamento técnico acorde con la finalidad perseguida por la expropiación”.

En autos “Asoc. Indígena Argentina y otros S/Juicio de conocimiento “-dictado por la Cam. Nac. de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal Sala 2 (registrado en libro de sentencias 6/000 F.17, T.1) dijo que los actores reclamaron porque el P.E. por Decreto 667/91 ubicó al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas como organismo de la Dirección de desarrollo de grupos sociales dependientes de la Subsecretaría de desarrollo integral de la persona, contraviniendo lo prescripto por la ley 23302 que disponía que las funciones de planificación de programas y acciones, ejecución y control de políticas relacionadas con el desarrollo de las comunidades aborígenes dependerían del INAI y no de la Dirección Nacional de Desarrollo integral de las personas.

Se señala en dicho fallo que si se analiza lo dispuesto por la Constitución Nacional y las prescripciones de la ley 23302, se advertirá, sin demasiado esfuerzo que la ley 23302 participa de los mismos valores y principios fundamentales que sustentan el texto incorporado por la Convención Constituyente de 1994 a la Constitución Nacional. En este sentido no puede pasarse por alto que el art. 1 de dicha ley prescribe “Declarase de interés nacional la atención y apoyo a los aborígenes y a las comunidades indígenas existentes en el país, y su defensa, y desarrollo para una plena participación en el proceso económico y cultural de la Nación, respetando sus propios valores y modalidades”. Las materias respecto de las cuales la Constitución Nacional es más precisa que la ley son, las atinentes al reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades y pueblos indígenas y a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan”. “En el mismo orden de ideas, la Constitución Nacional establece que el Congreso deberá asegurar la participación de las comunidades y pueblos indígenas en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten”. Por ello la Cámara confirmó el fallo de primera instancia que el INAI deberá constituirse como entidad descentralizada con participación indígena en los términos de la ley 23302”.

En lo que se refiere a la vía elegida, para el acceso a la justicia se ha señalado claramente que “la existencia de otras vías administrativas -previas- no impide la procedencia del amparo judicial cuando se acredita la urgencia que requiere este tipo de acción, si los hechos objeto de la demanda demuestran que los derechos giran en torno a las garantías constitucionales inherentes al derecho ambiental”.

Es deber de los órganos jurisdiccionales de desplegar la tutela preventiva y sus técnicas con el fin de evitar que el daño temido que preanuncia el riesgo se torne real o, en todo caso, a neutralizar o aminorar en lo posible las consecuencias lesivas que alcanzarían a la comunidad afectada, aunque no se haya producido probanza alguna científica o técnica (principio precautorio) más allá de los ilustrativos informes incorporados a la causa, que permitan cuantificar el daño ambiental invocado, si existe certeza y actualidad en el riesgo que involucra en grado tal que justifica la promoción del amparo, éste debe ser admitido.

En los autos:” Fundación Poder Ciudadano c/Ley 14800-“ Amparo ley 16986 dictado por la Juez Federal n.11, Sec. 21 causa contra el Estado Nacional a fin de que se reglamente la ley 14800 que declara de interés nacional la actividad teatral, se dice: “El progreso de la acción de amparo, substancialmente excepcional, está reservado a aquellos supuestos en los que medien circunstancias muy particulares, caracterizadas por la existencia de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, y en las que se demuestre, además, que el daño concreto y grave que se invoca sólo puede eventualmente ser reparado mediante la acción urgente y expeditiva del amparo”. “Que a ello cabe agregar que en punto a la existencia de otras vías para obtener la tutela perseguida, que tal principio previsto en el art. 2 de la ley 16986 encuentra su excepción en aquellos supuestos en que la demora inherente a esos cauces administrativos o procesales puede causar un grave daño o hacer ilusoria la protección que persigue el actor, cuestión que se ve configurada en autos. “Por ello en fallo ordena a la accionada a que en el término de 10 días de notificada cese en su omisión y reglamente la ley 14800”.

En el caso de los bienes culturales, se analiza el daño moral colectivo y así el Dr. Ricardo Lorenzetti comentando el fallo: *Municipalidad de Tandil v. Transportes automotores La Estrella S.A. y otro*” Cam. Civil y comercial de Azul - Sala 2 Provincia de Bs. Aires expuso que: “El medio ambiente fue siempre un bien jurídico común cuya utilización era libre y nadie podía interferir, hasta que el desarrollo industrial y el crecimiento de la población demandó grandes cantidades de recursos ambientales, indirectamente se favoreció al obrero dando prioridad al pleno empleo sobre la protección ambiental”. Y agrega: “Fue la conciencia de una época que está cambiando porque sabemos que hay límites y que el ambiente es un recurso escaso y necesario como el empleo o el consumo y en consecuencia su uso y consumo indiscriminado ya no es posible”.

Ello provocó el reconocimiento de intereses difusos que permiten que individuos o asociaciones se ocupen del cuidado de bienes colectivos. Los intereses difusos son los que importan a la sociedad en su conjunto o bien a una generalidad indeterminada de sujetos. La titularidad es difusa porque no hay un vínculo directo entre una persona y ese tipo de interés. Tradicionalmente estos bienes fueron protegidos por el Estado y debido a la insuficiencia del poder político en este campo se legitima genéricamente a quienes usan o gozan de ellos .Surge así la titularidad difusa.

En lo que concierne al daño moral colectivo, considerando a éste como el estado espiritual disvalioso, el resarcimiento puede ser para la reparación física del bien material, pero existe otro daño que es el moral que hace a los valores, a las

historias de vida de una comunidad, a sus recuerdos; en ese caso la indemnización del daño debe ir no ya a una persona determinada que se encuentra violentada en sus principios y valores sino a fondos públicos con finalidades específicas vinculadas con los valores de esa comunidad alterada.

A continuación se detallan algunos fallos dictados en la Argentina vinculados con el patrimonio cultural.

\*\*\*

*Expte: N° 34.307/2006*

*AUTOS: “FUDANCION PODER CIUDADANO C/EN LEY 14800 S/ AMPARO LEY 16986*

*JUZGADO: N° 11*

*SECRETARIA: N° 21*

*Resúmen dictámen fiscal*

La actora inicia acción de amparo para que se ordene al Estado Nacional cesar en la omisión de reglamentar la Ley 14800 en el plazo que menciona y, en caso de vencerse éste y continuar la omisión, solicita “asuma con carácter temporario y supletorio dicha función, a fin de evitar la prolongación del estado de ilegalidad que lleva mas de 10 años y ha producido lesiones concretas a los derechos al ambiente de los habitantes de la Ciudad, por impedir el goce del patrimonio cultural en dicho lugar”-

La actora – asociación que propende a la defensa de los derecho de incidencia colectiva - señala que la ley 14800 del año 1959 declaró con interés nacional la actividad teatral y estableció que “En los casos de demolición de la salas teatrales el propietario de la finca tendrá la obligación de construir en el nuevo edificio un ambiente teatral con características semejantes a la sala demolida (Art. 2°)

Debe advertirse que al momento de sancionarse la Ley Nro. 14800 la preservación del patrimonio cultural no contaba con una disposición constitucional específica que propendiese a su tutela. Sin embargo, el legislador fundó la constitucionalidad de la disposición legislada en la cláusula del progreso del antiguo art. 67 inc. 16 CN (Diario de Sesione de la H. Cámara de Diputados de la Nación, 1958, p 7078 cit. En la demanda).

Sin dudas, se trató de una norma de avanzada que receptó, en el plano de la actividad teatral, la tutela del derecho de tercera generación al patrimonio cultural que aparece ahora expresamente previsto en la Constitución reformada de 1994 y a cuya proyección los tres poderes estatales se deben (art 41, parr 2do CN).

Es dable concluir de lo expuesto que la Constitución ordena a las autoridades preservar el patrimonio cultural. El legislador –en una norma que precede en varias décadas al aludido mandato expreso y que fuera emitida con base en la cláusula del progreso – estableció un modo de preservación atinente a la actividad teatral; preservación que, sin embargo, carece desde su dictado en el año 1959 de reglamentación por el PEN.

La omisión ilegítima de legislar no es desconocida para la jurisprudencia de nuestros tribunales, los que en mas de una oportunidad así la han declarado, mandando se lleve a cabo la actividad omitida (cfr. Entre otros, CNCAF, Sala III,

“Diamante Díaz, Leopoldo Efraín y otros c/Banco Hipotecario Nacional s/proceso de conocimiento”, causa 20409/97, 8-5-98; SCBA, “Sociedad de Fomento de Cariló”, LLBA 2002-924, “Colegio de Abogados de la Pcia. de Buenos Aires, LL, 2004-A317; CSJN, “Badaro” B.675.XLI R.O. 8-8-06-LL, Suplemento de Derecho Constitucional del 19-12-06 con su comentario de Beatriz Alice; ver asimismo, la reseña jurisprudencial efectuada por Victor Bazán en su artículo “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina”, en la obra colectiva Inconstitucionalidad por omisión, op cit, en especial ps 83 y ss. Y Sagüés, Néstor P; La interpretación judicial de la Constitución, 2ª Edición, Bs. As., Lexis Nexis, 2006, Cap X).

*Expte: N° 34.307/2006*

Buenos Aires 16 de febrero de 2007

*Y VISTOS:* Para sentencia estos autos caratulados “Fundación Poder Ciudadano c/E.N. Ley 14800 s/amparo ley 16986, de los que

**RESULTA**

*I.* A fs. 2/9 se presenta el señor Carlos José María Facal, en su carácter de Presidente de la Fundación Poder Ciudadano -asociación que propende a la defensa de los derechos de incidencia colectiva-, y promueve acción de amparo en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional y de la ley 16986 contra el Estado Nacional – Poder Ejecutivo Nacional- requiriendo que “.. se le ordene cesa en la omisión de reglamentar la ley 14800, estableciéndole un plazo de 10 días para hacer”. A su vez, si una vez vencido el término el Ejecutivo continuara con la omisión, solicita que “.. en el caso del Teatro Odeón, V.S. asuma con carácter temporario y supletorio dicha función, a fin de evitar la prolongación del estado de ilegalidad que lleva mas de 10 años y ha producido lesiones concretas a los derechos del ambiente de los habitantes de la Ciudad por impedir el goce del Patrimonio cultural en dicho lugar”.

Así el primero ha dicho: “El progreso de la acción de amparo, substancialmente excepcional, está reservado a aquellos supuestos en los que medien circunstancias muy particulares, caracterizadas por la existencia de arbitrariedad e ilegalidad manifiestas, y en las que se demuestre, además, que el daño concreto y grave que se invoca sólo puede eventualmente ser reparado mediante la acción urgente y expeditiva del amparo” (fallos 308:2068)

**FALLO:**

*I.-* Haciendo lugar a la presente acción de amparo interpuesta por Fundación Poder Ciudadano, contra el Estado Nacional . Pode Ejecutivo Nacional y en consecuencia, ordenando a la accionada a que en el término de 10 días de notificada la presente cese en su omisión y reglamente la ley 14.800 bajo apercibimiento de ley. Con costas a la vencida, de conformidad a los expuesto en el considerando 7)

\*\*\*

*Tribunal: C. Civ. y Com. Azul, sala 2ª*

*Fecha: 22/10/1996*

*Partes: Municipalidad de Tandil v. Transportes Automotores La Estrella S.A. y otro*

*Publicado: JA 1997-III-224.*

**DAÑOS Y PERJUICIOS** - Daño colectivo extrapatrimonial - Bienes del dominio público municipal - Legitimación activa - Tutela del patrimonio cultural - Resarcimiento

*Antecedentes*

1. La Municipalidad de Tandil dedujo demanda contra “Transporte Automotores La Estrella S.A.”, citando en garantía a la aseguradora “Garantía Compañía Argentina de Seguros S.A.” reclamando el resarcimiento de diversos daños provocados por un ómnibus de la empresa accionada que se desplazó, sin conductor alguno, por la pendiente de la calle Avellaneda de esa ciudad, colisionando contra la fuente y el grupo escultórico “Las Nereidas”, emplazada en la intersección de dicha calle con Pujol, 14 de Junio y Diagonal del Parque. Señala que se afectó gravemente el patrimonio cultural de la comunidad por la calidad, procedencia y antigüedad de la obra de arte referida.

En lo relativo a los daños resarcibles reclamados, consistentes en materiales y mano de obra para la restauración del grupo escultórico y la disminución de su valor venal, de acuerdo a la pericia practicada, determinó esa cuantía en \$ 38000, discriminados en \$ 10000 por materiales, y \$ 37000 por mano de obra, y estimó prudencialmente en \$ 38000 la merma del valor de la obra, que el perito fijó entre el 20% y 30% de su total. En lo atinente a la pretensión actora rotulada como “daño a los intereses difusos o derechos públicos subjetivos” de toda la comunidad tandilense, el juez de grado fijó en \$ 10000 el perjuicio “conceptuado como privación del goce estético que justifica el cuidado y ornato urbanos”, considerando el sitio especial de ubicación -en el inicio al ascenso a un paseo tradicional de la ciudad- y a los numerosos acontecimientos religiosos, culturales, sociales y deportivos -incluso internacionales- que se desarrollan en el lugar. Agrega que el gobierno municipal, con mandato popular, tiene derecho a formular el reclamo y decidió que el Honorable Concejo Deliberante disponga una partida de afectación específica para concentrar “el aporte concreto al goce estético de residentes y habitantes”, con apoyo en el art. 192 incs. 4 y 5 Const. Provincial. Finalmente, ordena notificar el fallo al Presidente del Honorable Concejo Deliberante a fines de, en su caso, considerar la sugerencia de modernización de la base del emplazamiento de la escultura que propone el perito interviniente.

*Los daños resarcibles. El daño moral colectivo*

## **2. LA QUAESTIO IURE**

El examen de uno de los daños acogidos por la sentencia de grado, que en puridad se trata del daño moral colectivo, trae por primera vez a conocimiento de esta sala una de las más polémicas y novedosas cuestiones de la actual responsabilidad civil. Se discute la legitimación activa de la Municipalidad de Tandil para ser titular exclusiva del daño proveniente del goce estético -así se lo califica en el fallo de origen- del que se ve privada esa comunidad por la destrucción de una obra escultórica.

Convergen aquí temáticas complejas provenientes de la constitucionalización y “publicización” de derechos tradicionalmente privados con cuestiones de raigambre procesal constitucional y sobre los intereses difusos y los derechos colectivos, todo lo que produce el corrimiento de las fronteras de la legitimación activa y pasiva. También concurren otros elementos del actual derecho de daños que centran el quid no en las etapas preventivas del daño injusto, o de la cesación de sus efectos, sino en la inusual pretensión de incluir en la tutela reparatoria íntegra el daño moral por la afectación de derechos comunitarios. Igualmente inciden cuestiones ecológicas y ambientales y en toda la temática está presente la doble noción, sustancial y procesal, de interés. Desde la primera perspectiva, la lesión al interés -lícito, con repercusiones patrimonial o extrapatrimonial- es el objeto del daño injusto; desde la óptica procesal se lo vincula con la legitimación, concebida como un requisito relativo a la situación jurídica, en estado dinámico, del sujeto que hace valer un interés que requiere respuesta jurisdiccional (Gozáñi, Osvaldo A., “Teoría procesal de la legitimación”, LL 1989-B-977; aut. cit., “Derecho Procesal Civil”, t. I, vol. 1, p. 392 y ss.; Bidart Campos, Germán, ED 145-477, “Egoísmos inconstitucionales por denegación de la legitimación procesal activa”; aut. cit., “Los derechos humanos y la legitimación procesal”, ED 152-784 y “El control judicial de constitucionalidad y la legitimación procesal”, ED 152-790).

### **3. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL BIEN AFECTADO. LOS BIENES COLECTIVOS**

La Const. Provincial reformada en 1994 reconoce al Estado o a los particulares el ejercicio de la garantía de amparo cuando se afecten “derechos constitucionales individuales y colectivos” (art. 20 inc. 2), garantía ésta que es operativa (art. cit. in fine). También se consagra el derecho de los habitantes de la provincia “a gozar de un ambiente sano y el deber de conservarlo y protegerlo en su provecho y en el de las generaciones futuras” (art. 28), incluyéndose explícitamente en materia ecológica “la defensa del ambiente, de los recursos naturales y culturales” (art. cit.), incorporándose una importante norma protectoria: “Toda persona física o jurídica cuya acción u omisión pueda degradar el ambiente está obligada a tomar todas la precauciones para evitarlo”. Ello se corresponde con los arts. 41 y 43 CN. que confieren legitimación activa en la acción de amparo al “afectado”, al defensor del pueblo y a las asociaciones reconocidas para la tutela “de los derechos de incidencia colectiva” (art. 43 CN. ).

Por su parte, normas infraconstitucionales como la Ley de Defensa al Consumidor 24240 (2) ensancha el catálogo de legitimados activos cuando resulten afectados o amenazados los intereses del consumidor o del usuario confiriéndosela, también, a las asociaciones constituidas, al Ministerio Público, y a la autoridad de aplicación nacional o local -ésto es a la autoridad municipal- (arts. 52 y 55 ley cit.).

Desde esta óptica y al integrar el bien afectado el patrimonio cultural de la comunidad de Tandil, constituye un bien colectivo, al que Lorenzetti caracteriza -para lo que aquí interesa- por: a) la indivisibilidad de los beneficios, ya que el bien no es divisible entre quienes lo utilizan; su titularidad es difusa; 2) el uso es

común y el principio es la no exclusión de los beneficiarios, porque todos los individuos pueden tener acceso a ellos; 3) tiene status normativo o sea reconocimiento jurídico previo (Lorenzetti, Ricardo, “Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos”, publicado en LL, ejemplar del 8/8/96 y “Las normas fundamentales de derecho privado”, p. 171). Luego, al analizar la tutela resarcitoria y estudiando el difícil problema del daño moral colectivo concluye: “El bien colectivo es un componente del funcionamiento social y grupal. Por ello, cuando se lo afecta, el daño moral está constituido por la lesión al bien en sí mismo, con independencia de las repercusiones patrimoniales que tenga. De modo tal que el perjuicio inmaterial surge por la lesión al interés sobre el bien, de naturaleza extrapatrimonial y colectiva” (ver del mismo autor, “Las normas fundamentales de derecho privado”, ps. 115, 132 y ss., 171, 166, 490 y passim. y, más recientemente, “Teoría general del derecho de familia: el conflicto entre los incentivos individuales y grupales”, Rev. Derecho Privado y Comunitario, n. 12, p. 9 y ss.). Estas referencias importan anticipar opinión favorable a la pretensión articulada.

#### **4. INTERESES (O DERECHOS) DIFUSOS Y COLECTIVOS. DAÑO COLECTIVO**

Lo atinente a la legitimación por el ejercicio de los intereses (o derechos) difusos y colectivos o supraindividuales no es un “divertimento doctrinario” (C. Fed. La Plata, sala 3ª, voto del Dr. Schiffrin, 8/8/88, “G., D. y otra v. Gobierno Nacional” [3]), y, como lo ha sostenido la Escuela de La Plata, bajo la inspiración del maestro Morello, conforma el verdadero “talón de Aquiles de la temática” (Morello, Mario A., Hitters, Juan C. y Berizonce, Roberto O., “La defensa de los intereses difusos”, en JA 1982-IV-701; ver también en anotación a fallo cit. supra Morello-Stiglitz, Gabriel A., “Función preventiva del derecho de daños. Sobre los intereses difusos y la reafirmación del compromiso social de la Justicia”, en JA 1988-III-97). El derecho judicial y autoral ha puesto énfasis sobre todo en lo relativo a la legitimación de los particulares para reclamar la tutela preventiva a fines de impedir o evitar el hecho lesivo o la consumación del perjuicio que ya comenzó sus efectos dañosos. En tal sentido, por ejemplo, se ha ordenado ex officio a la empresa demandada, bajo apercibimiento de hacerlo la Municipalidad correspondiente a su costa, la ejecución de las tareas de restauración del cauce del arroyo y el drenaje de aguas acumuladas en una excavación, en la que fallecieron ahogados tres niños (sentencia de 1ª instancia dictada por el Dr. Héctor P. Iribarne, a cargo del Juzg. Civ. y Com. Morón n. 8, con nota aprobatoria de Morello, Augusto M. y Stiglitz, Gabriel A., “Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia”, en LL 1987-D-365); la construcción de un cerco que aisle las excavaciones inundadas, y la colocación de carteles bien visibles que indiquen el peligro, y el mantenimiento de un servicio permanente de vigilancia en un lugar -similar al anteriormente citado-, en el que se acumulaban aguas de lluvias, todo bajo apercibimiento también de ser efectuado por la Municipalidad de Quilmes a costa de la demandada” (C. Fed. La Plata, sala 3ª, 8/8/88, “G., D. y otra v. Gobierno Nacional” , voto del Dr. Schiffrin,

con nota aprobatoria de Morello, Augusto M. y Stiglitz, Gabriel A., “Función preventiva del derecho de daños. Sobre los intereses difusos y la reafirmación del compromiso social de la Justicia”, en JA 1988-III-107 y ss., y ED con nota elogiosa de Bidart Campos, Germán J., “Los intereses difusos en el realismo socio-jurídico del poder judicial”, en t. 131, p. 137 y de Daniel E. Herrendorf, “El sitio que corresponde a los jueces”, y en LL 1989-C-116, con nota también aprobatoria de Gherzi, Carlos A., “Daños. Reparación individual. La obligación funcional de prevención social”; ver reseña de fallos de Marco A. Rufino, “Intereses difusos” en JA 1994-III-1065).

Siguiendo a la doctrina brasileña y a la italiana es clásica en nuestro derecho la definición de Gabriel Stiglitz: “Son intereses difusos los que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos, en cuanto integrantes de grupos, clases o categorías de personas, ligadas en virtud de la pretensión de goce, por parte de cada una de ellas, de una misma prerrogativa. De forma tal que la satisfacción del fragmento o porción de interés que atañe a cada individuo, se extiende por naturaleza a todos; del mismo modo que la lesión que a cada uno afecta, simultánea y globalmente, a los integrantes del conjunto comunitario” (aut. cit., “La responsabilidad civil”, Ed. La Ley, ps. 24/25). En cambio “los intereses colectivos encuentran un punto subjetivo de contacto que radica en las llamadas formaciones sociales o cuerpos intermedios” porque “los intereses colectivos, tienen como portavoz ‘al ente exponencial de un grupo no ocasional’, es decir, una estructura organizativa no limitada a una duración efímera o contingente, sino individualizable como componente sociológico concreto, dentro de la colectividad general. En este sentido, los intereses difusos se traducen en colectivos, a través de un procedimiento de sectorialización y especificación (vgr. el interés difuso de los consumidores a la salubridad del mercado de consumo, se transforma en el interés colectivo de los miembros de una asociación de consumidores)” (Stiglitz, ob. y p. cit.; igualmente: C. Nac. Civ., sala I, 28/4/93, “Bosch, Francisco v. Inspección General de Justicia”, JA 1994-I-523 [J C.941163]).

Dentro de la categoría de difusos se ha incluido en la jurisprudencia lo atinente a la protección del patrimonio histórico y cultural (según expresión de Juan C. Venini en “Responsabilidad por daños contractual y extracontractual”, cit., t. 3, p. 41) entre los que se ha señalado a los edificios escolares como bienes públicos (Corte Sup. Just. Santa Fe, 19/9/91, “Federación de Cooperadoras Escolares v. Provincia de Santa Fe”, voto del Dr. Ullúa, cit. en JA 1991-IV-293 ; para el derecho español, ver Manuel Lozano-Higuero Pinto, “Interés difuso y protección de patrimonio cultural en el derecho español” en “La legitimación. Homenaje al Prof. Dr. Lino Palacio”, p. 394).

Vinculada con esta cuestión surge la noción de daño sufrido colectivamente - por oposición al causado colectivamente- como lo postula Zavala de González (“El daño colectivo” en “Derecho de Daños”, p. 44), en tesis que comparten Agogliá, Boragina y Meza, entre otros (aut. cit., “La lesión a los intereses difusos. Categoría de daño jurídicamente protegible”, cit., JA 1993-II-890). “Hay daño colectivo cuando se lesiona un interés de esa naturaleza, el que tiene autonomía, y puede o no concurrir con los daños individuales, lo que revela una “realidad

grupal”. “Daño grupal -acota esa autora- es calificable como difuso, en el sentido de que el goce del interés se muestra extendido, difundido, dilatado; se esparce, propaga o diluye entre los miembros del conjunto, sea que éste se encuentre o no organizado y compacto” (aut. y ob. cit., p. 452).

En estos casos aflora el rol del “Estado como demandante” y en el derecho municipal local incumbe al intendente -como en la Provincia al fiscal de Estado- ejercer la defensa de los derechos públicos subjetivos (ver Valleffín, Carlos, “La legitimación procesal y las situaciones jurídicas subjetivas - Un perfil olvidado, el Estado como demandante”, en JA 1987-III-643).

*Así lo voto.*

*Las Dras. De Benedictis y Fortunato de Serradell votaron en idéntico sentido.*

*2ª cuestión.- El Dr. Galdós dijo:*

Atento el resultado arribado al tratar la cuestión anterior corresponde confirmar en lo principal la sentencia recurrida; modificándola en el monto del daño moral colectivo que se reduce a \$ 1800 y a la minoración del valor total del grupo escultórico que se fija en \$ 30000 ambas a la fecha de este decisorio. Imponiendo las costas a los apelantes perdedores (art. 68 CPR. ). Posponiendo la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 8904 .

*Así lo voto.*

*Las Dras. De Benedictis y Fortunato de Serradell votaron en análogo sentido.*

*Considerando:* que la sentencia de fs. 232/237 se encuentra ajustada parcialmente a derecho en cuanto ha sido motivo de apelación.

Por lo expuesto, y demás fundamentos del acuerdo se la confirma en lo principal, modificándola en el monto del daño moral colectivo que se reduce a \$ 1800 y a la minoración del valor total del grupo escultórico que se fija en \$ 30000. Imponiendo las costas a los apelantes perdedores. Posponiendo la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 ley 8904. - Jorge M. Galdós.- Leticia A. Fortunato de Serradell.- Ana María De Benedictis. (Sec.: Vivian Muñoz de Ciotta).

\*\*\*

*Partes:* Fiscalía de Estado de la Provincia de Mendoza c. Gobierno de la Provincia de Mendoza

*Tribunal:* Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I(SCMendoza)(SalaI)

*Voces:* ARBITRARIEDAD ~ COMUNIDAD INDIGENA ~ CUESTION POLITICA ~ DERECHO DE PROPIEDAD ~ EXPROPIACION ~ INDEMNIZACION ~ INDIGENA ~ LEY PROVINCIAL ~ PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD ~ UTILIDAD PUBLICA

*Fecha:* 18/12/2008

*Publicado en:* LLGran Cuyo2009 (marzo), 170

*Hechos:*

La Fiscalía de Estado dedujo acción de inconstitucionalidad al considerar que la Ley 6920 de la Provincia de Mendoza que declara la utilidad pública y la

sujeción a expropiación de ciertos terrenos para ser transferidos a comunidades aborígenes vulnera el derecho de propiedad y el principio de razonabilidad de las leyes. La Suprema Corte de Justicia Provincial resolvió rechazar la acción.

#### *Sumarios*

1. Procede desestimar la acción de inconstitucionalidad incoada por la Fiscalía de Estado al considerar que la Ley 6920 de la Provincia de Mendoza que declara la utilidad pública y la sujeción a expropiación de ciertos terrenos para ser transferidos a comunidades aborígenes vulnera el derecho de propiedad debido a la falta de establecimiento de una indemnización previa, en tanto la declaración de utilidad pública es sólo el principio del trámite de expropiación, luego el Poder Ejecutivo deberá complementar el acto legislativo indicando cuáles son los bienes necesarios para la realización de la obra, y el paso siguiente es la determinación del resarcimiento, de manera que no se advierte la existencia de un perjuicio concreto al patrimonio público que justifique la acción en cuestión.

2. Debe rechazarse la acción de inconstitucionalidad incoada por la Fiscalía de Estado al considerar que la Ley 6920 de la Provincia de Mendoza que declara la utilidad pública y la sujeción a expropiación de ciertos terrenos para ser transferidos a comunidades aborígenes vulnera el principio de razonabilidad de las leyes debido a la desproporción en la extensión de los terrenos, en tanto es privativo del Poder Legislativo el ponderar cuál es la extensión apropiada para cumplir con los fines de utilidad pública, no correspondiendo al Poder Judicial inmiscuirse, salvo que el exceso fuese evidente, mientras que en autos la determinación de la superficie no aparece de modo alguno como arbitraria o carente de fundamento técnico acorde con la finalidad perseguida en la expropiación.

Destaca que el Fiscal no ha demostrado ni ofrecido prueba respecto al daño patrimonial aparejado por la ley al Estado provincial, sus manifestaciones son abstractas y de supuestos daños imposibles de contestar, ni ha considerado que de las 700.000 hectáreas expropiadas, 200.000 son de propiedad fiscal, y por lo tanto no existen particulares afectados. En cuanto a la posición de la Provincia de Mendoza sostiene que resulta paradójico que quien promueve una ley luego se allane a la inconstitucionalidad en una posición en donde no se configura la dicotomía procesal que hace al proceso judicial.

Surge de los testimonios y de la prueba producida que la cantidad de hectáreas necesarias para alimentar el ganado es muy superior a aquella que ocupa el mismo cometido en el valle productivo. También se ha acreditado la cantidad de integrantes de las comunidades huarpes, contados en miles, y las formas específicas comunitarias del manejo de la tierra, que indican claramente que la superficie a emplear no es de las dimensiones tradicionales. En otras palabras, la determinación de la superficie no aparece en modo alguno como arbitraria o carente de fundamento técnico acorde con la finalidad perseguida por la expropiación.

## **5. CONCLUSIÓN**

Por todo lo expuesto, si mis colegas de Sala comparten los fundamentos expuestos, corresponde rechazar la acción de inconstitucionalidad intentada por la Fiscalía de Estado de la provincia de Mendoza contra la Ley 6920. Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. Kemelmajer de Carlucci y Romano, adhieren al voto que antecede.

\*\*\*

*Partes:* Leonardi, José Mario G. c. Provincia de San Juan

*Tribunal:* Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala I (CCivComyMineriaSanJuan)(SalaI)

*Voces:* ACCION DE AMPARO ~ CONSTITUCION NACIONAL ~ CONSTITUCIONALIDAD ~ DEMANDA CONTRA EL ESTADO ~ INTEGRACION DE LA LITIS ~ NULIDAD ~ PATRIMONIO CULTURAL ~ PROVINCIA DE SAN JUAN

*Fecha:* 31/03/2006

*Publicado en:* LLGran Cuyo2006 (junio), 691 - LLGran Cuyo 2006 (diciembre) con nota de Pamela Tolosa LLGran Cuyo 2006 (diciembre), 1390

*Sumarios:*

Cabe rechazar la acción de amparo incoada contra la Provincia de San Juan con el fin de que se declare la inconstitucionalidad, y la consecuente invalidez de la ley Provincial N° 7560 (Adla, LX-B, 2368), que deja sin protección áreas donde se encuentran bienes que conforman el Patrimonio Cultural, Natural y Arqueológico de la Provincia, dado que no se encuentra integrada la litis conforme a derecho, pues, tratándose de la nulidad de una ley sancionada por el Poder Legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, era necesario citar y emplazar al Gobernador como mandatario legal y Jefe de la Administración Provincial.

Corresponde declarar la inconstitucionalidad, y la consecuente invalidez, de la ley 7560 de la Provincia de San Juan (Adla, LX-B, 2368), en cuanto deja sin protección áreas donde se encuentran bienes que conforman el Patrimonio Cultural, Natural y Arqueológico de la Provincia, dado que aquella norma nació viciada de nulidad porque la Cámara de Diputados no siguió el procedimiento previsto por la ley anterior vigente N° 6801 (Adla, LVII-E, 6481), contraviniendo con su actuación legislativa el precepto constitucional del art. 156 inc. 3 de la Constitución Provincial. (Del voto en disidencia del Dr. Ferreira Bustos)

La acción de amparo promovida por el Sr. José Mario Gino Leonardi, tiene por objeto preservar un bien integrante del Patrimonio Cultural y Natural de San Juan, ubicado en el sector norte del Departamento Ullúm, margen derecha de la Ruta Provincial N° 436, paraje identificado como “Minas de Hualilán”, en un área de cinco kilómetros alrededor del pique central del mencionado yacimiento aurífero, según los alcances dados en la ley 7384, aunque derogada por la ley 7560, sancionada por la Cámara de Diputados con fecha veinticinco de noviembre del año dos mil cuatro.

Que a instancias de la Cámara Minera de San Juan y de las empresas con pertenencias mineras en el lugar, se procuró la modificación de la ley 7384, llegándose a restringir el área a proteger de 7.800 Ha. a 780 por ley 7560, promulgada el 29/12/2004. Para modificar la ley 7384, el Gobierno de la Provincia por Expte. N° 413077-S-04 requirió un informe técnico a la Universidad Nacional de San Juan, a través del Instituto de Investigaciones Arqueológicas y Museo “Profesor Mariano

Gambier” de la Facultad de Filosofía, Humanidades y Artes, que fue emitido por la Dra. Catalina Teresa Michieli y Adriana del Valle Varela. Sostiene el amparista que debido a los notables errores de investigación en dicho informe, el cual sirvió de fundamento para modificar la ley 7384 y sancionar la nueva ley 7560, se agrede el Patrimonio Cultural, Natural y Arqueológico de la Provincia de San Juan, en tanto deja sin protección áreas donde se encuentran bienes que lo conforman. Por ello se peticiona la declaración de inconstitucionalidad de la ley 7560.

La sentencia es contradictoria, por cuanto haciendo referencia a la ubicación de las minas de Hualilán, el juez olvida que los bienes a proteger por las leyes invocadas en esta acción de amparo no son las minas sino los arqueológicos. Y aunque hace mención: “Allí se puede encontrar restos de antiguas construcciones que dan testimonio de las culturas aborígenes, españolas e inglesas”. La frase empleada por el magistrado evidencia su convencimiento acerca de la existencia en Hualilán de bienes arqueológicos de origen aborígen, que es justamente lo que niega la Dra. Michieli en su informe utilizado como fundamento para derogar la ley 7384. “El lugar conocido por las Minas de Hualilán, es uno de los tantos sitios de la estancia donde se encuentran elementos de valor arqueológico, razón por la cual el Consejo de Protección del Patrimonio tomó la extensión mínima de 5 Km. de radio”. Pero las mismas minas no conforman un valor arqueológico susceptible de la protección legal, sino los terrenos que se encuentran en sus alrededores, donde al haberse desarrollado a expensas de las minas una actividad productiva generando asentamientos humanos, fueron hallados objetos de antiquísima data y construcciones de remoto origen.

El fallo está centrado en la protección de las minas y no en los bienes arqueológicos, criterio de por sí absurdo e incongruente, por cuanto las minas no se pueden dejar sin explotación so pretexto de ser un bien arqueológico, por razones técnicas y jurídicas. Desde el punto de vista jurídico, tanto las minas por su valor económico como los bienes arqueológicos y paleontológicos, poseen interés público, pero la protección de unas y otros no se superpone, puesto que se trata de minas cuya explotación se hace en forma subterránea, sin necesidad de destruir la superficie.

Este tribunal ha debido señalar el vicio que acarrea la inconstitucionalidad de la ley, pero ello no implica necesariamente que deba declarar la nulidad de la misma. Sin embargo y alineado con la doctrina sustentada por el destacado y bien recordado constitucionalista, Dr. Germán Bidard Campos, y lo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dejado sentado, no impide declarar que la ley carece de validez a consecuencia de su inconstitucionalidad, tal como lo establece y manda el art. 11º de nuestra Constitución Provincial. De otra manera, no quedarían resguardados y protegidos los bienes en el Paraje identificado como “Minas de Hualilán”, que habían sido declarados integrantes del Patrimonio Cultural y Natural de San Juan por la ley 7384 y dejaron de serlo en gran parte luego de la promulgación de la ley 7560, norma reñida con la Constitución (arts. 41 de la Const. Nac. y 58 de la Const. Prov.).

Ello nos lleva, dado los derechos subjetivos y difusos en juego y la proyección amplia que tienen los intereses difusos en el seno de la sociedad, a que los

efectos de la declaración de inconstitucionalidad por invalidación sean de carácter general, y por ende obliga a la Autoridad de Aplicación a tomar todos los recaudos para que efectivamente aquellos bienes sigan estando como integrantes del Patrimonio Cultural y Natural de San Juan.

\*\*\*

*“THOMAS, HORACIO VS. BOCANERA S.A. – AMPARO - RECURSO DE APELACION”* (Expte. N° CJS 27.648/05)

Corte de Justicia de Salta, 25 de julio de 2007

Fallo de la Corte:

Que, en lo que hace a la sentencia de fs. 126/131, el juez “a-quo” dispuso mantener el statu quo de la porción inmueble donde se encuentra enclavada la llamada “Ciudad Perdida de Esteco”, correspondiente al catastro 11.287 de la localidad de Río Piedras (Dpto. Metán), de propiedad de la demandada, con una cautela efectiva sobre 43 hectáreas más un área de cautela preventiva en una franja de 50 metros sobre la totalidad del cuadrante delimitado por la anterior, y lo que en más o en menos determinaran organismos técnicos oficiales. Resolvió también que sobre el área de cautela efectiva la Dirección General de Inmuebles de la Provincia realice tareas de delimitación y amojonamiento, como también la anotación de lo resuelto en la respectiva cédula parcelaria, en calidad de restricción al dominio y con vigencia hasta tanto se produzca “de algún modo” la transmisión de dominio de la propiedad al Estado Provincial. Dispuso finalmente poner en conocimiento de lo resuelto a la Dirección de Patrimonio Histórico, a la Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable, al Poder Ejecutivo de la Provincia y a la Legislatura Provincial, e instar a organizaciones gubernamentales, no gubernamentales y de estudios científicos a realizar excavaciones arqueológicas en gran escala, ordenando que, descubiertos que fueran los restos, sean éstos protegidos por construcciones especiales “tales como museos de sitio de incalculable potencial turístico”. Finalmente, impuso las costas por el orden causado.

Para resolver como lo hizo, reconoció legitimación al demandante en virtud de la ley 7070, arts. 43 de la Constitución Nacional y 16 de la Constitución Provincial y precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Entendió que esta acción es la única vía apta para detener el daño denunciado. Sostuvo que, tratándose de un amparo ambiental, la exigencia de arbitrariedad e ilegitimidad es menos rigurosa ante la comprobación de perjuicios al patrimonio cultural de la provincia, cuya protección está declarada en el art. 52 de la Constitución Provincial. Consideró probado el hecho de que la actividad de la demandada en su finca, consistente en la preparación del terreno para actividades productivas mediante la técnica de cadeneo, dejó a la vista despojos de la “Ciudad Perdida”, produciendo un daño grave e irreparable al acervo cultural, artístico, histórico y arqueológico de la provincia. Asimismo tuvo por acreditado que dicha conducta fue desplegada por la demandada a pesar de conocer el emplazamiento de los restos de la ciudad en su terreno. Expresó que la tentativa de realizar una playa de empaquetamiento de citrus no cuenta con la autorización respectiva, por lo que existiría una violación de las normas sobre impacto ambiental, en cuyo mérito y ante el perjuicio ya

producido, consideró necesaria la actuación judicial para impedir que ruinas que constituyen el patrimonio cultural de la provincia conforme decreto 1542/98 continúen siendo dañadas, destacando que recién con la cautelar dictada en estos autos se detuvo la actividad de la demandada. Hizo mérito, finalmente, de los derechos de la demandada frente al interés cultural de los terrenos sobre los que versa la acción, concluyendo que corresponde su tutela hasta que los organismos correspondientes determinen el modo de conservación de las ruinas arqueológicas.

Que, al expresar sus agravios (fs. 160/161 vta.), la demandada aduce que no se tuvo en cuenta que la actividad de desmonte en terrenos de su propiedad fue expresamente autorizada; que existen otras vías para debatir las cuestiones propuestas, como la judicial prevista por la ley 7070 y la que pudiere corresponder luego del dictado de la resolución 040/05 por la que se dispuso suspender la autorización ya otorgada y que, a su criterio, torna abstracta la cuestión. Niega legitimación al actor porque, según afirma, carece de interés en la promoción de la acción.

La Provincia de Salta, por su parte, se agravia del decisorio (fs. 155/157) en cuanto allí se impone a su parte una serie de obligaciones que considera de cumplimiento imposible dado que la Dirección General de Inmuebles no podría delimitar, amojonar ni anotar restricción dominial alguna hasta que no se expidan organismos científicos que no se determinan en el fallo. Argumenta que, por otra parte, dicha decisión resultaría violatoria de la garantía constitucional de debido proceso y de su derecho de defensa en juicio, al no haberse respetado el principio de bilateralidad procesal. Afirma que el pronunciamiento excede las atribuciones conferidas por la Constitución Provincial al órgano judicial, por lo que éste –a su criterio– no constituye un acto jurisdiccional válido.

En forma liminar corresponde tener en cuenta que si bien la resolución n° 040/05 dictada por la Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable el 8 de febrero de 2005 (fs. 218/221) dispuso la suspensión de la autorización de desmonte expedida mediante certificado 562 y la clausura preventiva del inmueble (matrículas 10.744 y 11.287) hasta la realización de inspecciones y correspondiente evaluación de daños, tal decisión tuvo su origen en la situación verificada por la comisión que se constituyó en la Finca “Esteco” el día 7 de febrero de 2005 para constatar que el desmonte se estuviera realizando de acuerdo a la autorización expedida (acta de fs. 65 Expte. 119-6130). Del resultado del acto se concluyó que existía un área en la que se estarían llevando a cabo actividades no aprobadas en el plano de desmonte ni respecto de la cual se contara con un informe de EIAS (considerandos res. 040/05), con el agravante de no haberse permitido la entrada al inmueble de la comisión de inspección, por lo que la autoridad de aplicación de la ley 7070 resolvió imponer la sanción prevista en el artículo 132, inc. “f” de dicha ley, con fundamento en los términos de la autorización contenida en el certificado 562 y en el art. 133 de la ley. Dicha sanción administrativa tiene un límite temporal -60 días, sin que se verifique que hubiera sido prorrogada-, pudiendo ser dejada sin efecto cuando la autoridad que la dispuso así lo considere procedente, luego de los dictámenes a que se hizo referencia en la resolución citada. Lo expresado a fs. 154/155 del expediente administrativo así lo demuestra.

De lo dicho se desprende que la cuestión sometida a decisión de esta Corte, de alcance temporal y sustancial más amplio que el considerado al emitirse la resolución 040/05, no se ha tornado abstracta, por lo que la alegación de sustracción de materia formulada a fs. 161 vta. debe ser desestimada.

Que los agravios expresados por la demandada no alcanzan a conmovir los fundamentos centrales que sustentan la decisión de grado.

Al respecto, es menester señalar que el Diputado Provincial que representa al pueblo de la localidad en donde se encuentra situado el inmueble en el que se aduce la existencia de ruinas arqueológicas de valor cultural, se encuentra legitimado para promover acción de amparo con fundamento en el peligro de daño sobre las mismas, debiendo considerársele “afectado” en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional, en virtud del mandato constitucional ejercido (art. 94 C.P. art. 22 C.N.), cuando a través de dicho remedio procesal intenta, con fundamento en el artículo 52 de la Constitución Provincial y ley 7070, resguardar los bienes que considera integrantes del patrimonio cultural protegido por las citadas cláusulas constitucionales.

En tal sentido, teniendo en cuenta que el actor ha demostrado que mediante la deducción del amparo persigue la tutela inmediata de un derecho constitucional cuya violación en forma manifiesta alega, especificando qué efectos habría de tener la sentencia sobre los intereses de los miembros de la comunidad que representa y del suyo como integrante de uno de los poderes públicos provinciales a los que les es expresamente exigido el deber de resguardo del acervo cultural provincial (arts. 30 y 52 C.P., art. 11 ley 7070), cabe concluir que se configura el supuesto de existencia de causa requerido para otorgarle legitimación (cf. esta Corte, Tomo 78:175). A ello contribuye, por otra parte, el “principio de participación” imperante en materia ambiental, que en el orden provincial se encuentra recepcionado en la ley 7070 (art. 4.3) y en la Constitución (art. 30 ya cit.), en mérito al cual el integrante del poder legislador tiene no sólo la facultad sino la obligación concreta de promover las acciones que considere pertinentes a los efectos previstos en las normas citadas.

Ello así, la conclusión del a-quo al respecto (fs. 127 vta./128) encuentra adecuado sustento normativo sin que, por el contrario, los argumentos de la apelante logren desvirtuarla.

Que, por otra parte, la demandada funda sus agravios en el permiso que la autoridad le habría otorgado para llevar adelante la actividad que el amparista considera lesiva del medio ambiente.

Al respecto, debe dejarse establecido que la actuación del Poder Judicial ante la amenaza o concreción de daños al medio ambiente es procedente en el marco de la acción de amparo aún cuando, como en el sub lite, la actividad a la que se imputa efecto dañoso cuenta con autorización o habilitación administrativa. Ello porque el ejercicio del poder de policía por el organismo pertinente, a través del otorgamiento de permisos para determinada actividad de riesgo ambiental, nunca puede tener como consecuencia otorgar un “bill de indemnidad” a favor del autorizado que se ajusta a esas prescripciones porque es dable afirmar que dicha habilitación, aún expresa, no habrá atendido por anticipado a todas las

consecuencias de las actividades permitidas, por lo que no podría predicarse su validez absoluta. Por otra parte, la mentada autorización no puede ser entendida como la habilitación para conductas que impliquen la violación de disposiciones jurídicas de rango superior (cfr. ley CACCMorón, Sala II, 12/4/94, Vinci c. Schwartz, LLBA 1995, 299; CCyC Bahía Blanca, Sala 2, Giner c. Deporcenter, LLPBA, 1997-843; C.Fed.San Martín, Sala I, Averiguación contaminación Río Reconquista, JA 1993-I-199; Cám.Fed.La Plata Sala 3, Munic. Berazategui c/ Aguas Argentinas S.A., 8/09/03). Más aún si nos atenemos a los considerandos de la Resolución 040/05 de la Secretaría de Medio Ambiente.

Lo dicho adquiere mayor relevancia cuando de las pruebas arrimadas a la causa es posible advertir que con motivo de la autorización emitida a favor del particular demandado se produjeron o pueden producirse consecuencias desvaliosas para el medio ambiente y, en particular, para el patrimonio cultural de la región –lo que supone adscribir a una superación del alcance limitado de los intereses municipales, departamentales o provinciales en lo que hace a los intereses culturales en juego- protegido por el dto. 1542/98 y los arts. 1º de la ley 6649, 52 C. Pcial. y 41 de la C.N. Ello así, también este agravio debe ser desestimado.

Que, acerca de la improcedencia de la acción por la supuesta existencia de otras vías administrativas y jurisdiccionales idóneas al fin perseguido por el amparista, debe tenerse en cuenta lo dicho sobre el alcance de la resolución 040/05 (ut supra, punto 5). El remedio sugerido, por tanto, es de manifiesta insuficiencia respecto de dicha finalidad. En cuanto a las acciones judiciales precautoria y reparatoria previstas en la ley 7070, su existencia no impide la procedencia del amparo cuando se acredita la urgencia que requiere este tipo de acción, circunstancia que se desprende de las propias actuaciones administrativas, de las que surge cuáles son las actividades que –ante la probable autorización que nuevamente pudiera expedir la Secretaría de Medio Ambiente (fs. 154/155 Expte. Adm.)- desarrollaría la demandada. La magnitud del daño que ello podría producir en el yacimiento arqueológico hasta el momento en que se determinara fehacientemente su ubicación y se tomaran –por parte de los distintos actores estatales y privados correspondientes- las medidas adecuadas para su resguardo, torna evidentemente admisible la vía elegida. Máxime cuando se advierte que fue necesario el dictado de una medida cautelar de no innovar para impedir la continuación de los actos presuntamente dañosos (sentencia del 7/2/05), con anterioridad a la medida de clausura administrativa (8/2/05).

Los hechos objeto de la presente demanda demuestran que los derechos en disputa giran en torno a las garantías constitucionales inherentes al derecho ambiental. Por lo tanto, no cabría exigir a la comunidad la producción de un daño ambiental colectivo o una amenaza más cierta que la advertida en estos autos, para decidir su acceso a la vía judicial ordinaria y no a la acción de amparo, si dentro de su reducido marco de conocimiento se ha producido un considerable debate de la cuestión litigiosa, con la producción de medidas probatorias y todo ello en un prolongado tiempo de tramitación ya que, de lo contrario, se incurriría en un acto irrazonable, contrario a los principios y garantías consagrados en la Constitución Nacional.

El art. 41 de la Constitución Nacional, incorporado por la Convención Constituyente del año 1994, ha consagrado el derecho a un ambiente sano, apto y apropiado. En su primer párrafo establece “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo...”, debiendo considerarse la aplicación, a los fines de un estándar adecuado de protección ambiental, de los presupuestos mínimos establecidos en la ley 25675, norma marco que aclara la problemática abordada en el caso respecto al daño ambiental colectivo y, fundamentalmente, lo atinente al principio precautorio -por el que, en casos de peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente- y al principio de prevención ó eficiencia -según el cual las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir-, ambos incluidos en la ley 7070 (art. 4 puntos 1 y 7), que también incorpora los conceptos técnicos de “participación pública”, “EIAS”, “recursos culturales” y “riesgo”, entre otros (art. 3º in fine; cfr. esta Corte, Tomo 78:175).

Más allá de los informes incorporados a la causa, las operaciones de desmonte y de eventual preparación de una estación procesadora de citrus de las que éstos dan cuenta, importan una situación de riesgo en sí mismo. Es que en lo referido al daño ambiental se ha efectuado una distinción entre la situación fáctica una vez que se ha producido el mismo -recomposición *ex post*-, con la anticipación de los problemas ambientales en la faz preventiva -*ex ante*-. En este último ámbito el principio precautorio ocupa un papel central, en cuanto prevención del daño o pérdida de calidad ambiental. Según el mismo, la incertidumbre científica -a la que el actor apela para relativizar la fuerza del reclamo del amparista (fs. 83)- constituye un llamado a la cautela. El fundamento precautorio, por lo tanto, actúa como una virtual inversión del *onus probandi* de orden científico, con mayor o menor rigor, según el grado de irreversibilidad de las acciones o la singularidad de los recursos comprometidos, aspectos concurrentes en el sub examine.

Surge así el deber de los órganos jurisdiccionales de desplegar la tutela preventiva y sus técnicas con el fin de evitar que el daño temido que preanuncia el riesgo se torne real o, en todo caso, a neutralizar o aminorar en lo posible las consecuencias lesivas que alcanzaría a la comunidad afectada (confr. LL, Suplemento de Derecho Constitucional, 7 de julio de 2004, pág. 29). En tal contexto, si bien en el caso no se ha producido probanza alguna científica o técnica -más allá de los ilustrativos informes incorporados a la causa- que permita cuantificar el daño ambiental invocado, existe la certeza y actualidad de los riesgos que involucra, en grado tal que justifica la promoción del amparo.

Que, ello así, se concluye en la improcedencia de los agravios de la demandada, quedando por el contrario sin conmovir el argumento medular del fallo atacado que se asienta -en lo esencial- en la falta de cumplimiento de las normas relativas al cuidado del ambiente, en cuanto existe el conocimiento de la posibi-

lidad cierta de existencia de ruinas arqueológicas cuyo valor histórico-cultural se ha expresado en diferentes ámbitos (dto. 1542/98, medios periodísticos, informes de la comunidad académica y científica, sede administrativa).

No se advierte, en efecto, que se haya practicado por parte del proponente de la explotación del inmueble en cuestión el estudio de impacto ambiental y social en relación a los efectos precisados en el art. 43, inciso f de la ley 7070. Cabe destacar que, sin perjuicio de las medidas a que el Estado se encuentre obligado, es deber del proponente de la iniciativa presentar el estudio para poder obtener el Certificado de Aptitud Ambiental (arts. 43 y 46).

Tiene dicho esta Corte que su decisión debe tener en cuenta la realidad fáctica y jurídica incontestable al momento de emitirla, pues si bien la sentencia judicial debe remitirse al estado de cosas existente a la fecha de trabarse la litis, este principio admite excepción cuando en el curso del pleito sobrevienen hechos que modifican tal situación, están documentados en la causa y requieren un nuevo juicio para elucidar definitivamente el derecho de las partes. Esta excepción, fundada en razones de economía procesal, es admisible siempre que la consideración de los hechos sobrevinientes no afecte el derecho de defensa (CSJN, Fallos, 259:76; esta Corte 78:175), supuesto que en autos no se verifica.

De tal suerte y en definitiva, sin entrar a debatir acerca del momento en que la demandada tomó conocimiento de la existencia de las ruinas, la situación actual y la prueba producida determinan la necesidad de adecuar las autorizaciones que ya se hubieran otorgado por la autoridad de aplicación a las particularísimas condiciones del inmueble, que imponen el análisis de otros efectos no considerados oportunamente por la autoridad concedente, ya que de lo que se trata es de evitar que el daño temido se transforme en daño cierto, efectivo e irreparable, mediante el resguardo imperativo al que hace referencia la propia demandada (fs. 85). El EIAS aprobado por disposición 188 del 18 de noviembre de 2002 del Programa de Política y Regulación Ambiental de la Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable (fs. 60/61) fue presentado con relación a 300 has. a incorporarse en el año 2002 a las actividades productivas ya en marcha del resto del inmueble (fs. 38/51), evaluando actividades generales de cultivo, condiciones de suelo, clima, vegetación y fauna, y previsión de impacto de la etapa de desmonte sólo en factores bióticos y abióticos, sin consideración alguna del impacto en el medio sociocultural salvo un presunto efecto positivo como posible fuente generadora de trabajo (fs. 45). El análisis deviene insuficiente, a todas luces, desde la perspectiva actual.

En tal razón, la decisión del a quo se halla, sustancialmente, conforme a las circunstancias examinadas y adecuada a las pautas reseñadas, por lo que lo resuelto en cuanto a mantener el “statu quo” de inactividad en las zonas definidas como de cautela preventiva y cautela efectiva en el punto 1º y determinadas en el punto 2º de la sentencia impugnada, debe ser confirmado. Ello, según los términos de la demanda, hasta la adopción por la accionada de las medidas a su cargo emergentes de las leyes 7070 y 6649 (art. 11, 2º párr.) respecto del yacimiento arqueológico que, de acuerdo a los estudios realizados hasta el momento, se encontraría situado en el inmueble de su propiedad y, fundamentalmente, hasta la

obtención del Certificado de Aptitud Ambiental (art. 46 ley 7070) que se emita luego de la formulación de EIAS conforme art. 43 inc. “f” y “h”, del dictamen de la autoridad de aplicación de la ley 6649 –además del requerido por la Secretaría de Medio Ambiente cf. art. 47 ley 7070-, y del procedimiento dispuesto por el art. 49 de la ley 7070. Todo, sin perjuicio de los recaudos que las autoridades pertinentes pudieran adoptar una vez cumplido con lo dispuesto en el punto 3º, que ha quedado incuestionado.

Que la conclusión a la que se arriba no es violatoria de los derechos constitucionales invocados por la demandada con sustento en los arts. 14 y 19 de la Constitución Nacional, pues sumado a la “función social de la propiedad” –art. 76 Const. Pcial.; CSJN, Fallos, 314:1293; 322:3255; esta Corte, Tomo 86:535, entre otros- cabe hacer mérito de la relación entre derecho de propiedad y medio ambiente, reconociendo la “función ambiental de la propiedad” en virtud de que la multiplicidad de derechos individuales de los propietarios debe coordinarse de manera tal que se orienten a la preservación del bien colectivo (Lorenzetti, Ricardo; “Teoría de la Decisión Judicial”, Ed. Rubinzal Culzoni-Bs.As.-2006, p. 437); en el caso, el bien colectivo es el patrimonio que para la historia y la cultura de la región representan “las ruinas”, tanto las atribuidas a la “Ciudad Perdida de Esteco” como a todo otro vestigio arqueológico que denote el interés cultural plasmado en el Decreto 1542/98 por el Poder Ejecutivo Provincial, sin perjuicio de las imprecisiones que el mismo contenga, justificadas justamente por la carencia de estudios definitivos sobre el terreno que se procura resguardar con esta acción.

En consecuencia, corresponderá rechazar el recurso deducido por la demandada a fs. 137. Con costas (arts. 67 y 68 C.P.C.).

Que, en relación al recurso interpuesto por la Provincia de Salta, y habiéndose agraviado esta parte por una supuesta violación a su derecho de defensa con motivo de las obligaciones impuestas en el punto 2º de fs. 130 vta., se debe precisar si, en el marco de la acción intentada, cabe determinar alguna exigencia al Estado que, como lo señala la recurrente, no fue identificada por el actor como parte con legitimación procesal pasiva. Es que, conforme el principio de separación de los poderes, en las causas donde se impugnan actos que otros poderes han cumplido o daban cumplir en el ámbito de las facultades que les son privativas con arreglo a lo prescripto por la Constitución, los jueces deban ejercitar sus funciones evitando menoscabar las de aquéllos (cfr. Fallos, 311:2580, consid. 4º, sexto párr. y sus citas; esta Corte, Tomo 79:663, 287, entre muchos otros).

En tal orden, corresponderá dejar sin efecto lo dispuesto en el mencionado punto 2º, en cuanto se impone a la Dirección General de Inmuebles de la Provincia de Salta la tarea de delimitación y amojonamiento de la zona indicada en la primera parte del dispositivo.

No obstante, debe atenderse a la circunstancia de que la presente acción tiene por objeto exclusivo la tutela del patrimonio cultural como bien colectivo, en razón de lo cual adquiere prioridad absoluta la necesidad de evitar la continuación de acciones que impliquen el incremento del daño ya producido o la presencia de nuevos focos dañosos (cf. CSJN in re “Mendoza y Otros c. Estado Nacional y Otros”; LL 29/06/06, p.8); bajo estas circunstancias, el complejo de

obligaciones y deberes atribuidos al Estado Provincial por el art. 11 de la ley 7070 se vincula implícitamente con la determinación de acciones que, dentro de la órbita estatal y a través de los organismos y funcionarios correspondientes, permitan el logro de los objetivos con los que fue dictada la ley de protección al medio ambiente provincial.

Como consecuencia de lo señalado y en virtud de lo expresado en el párrafo 10º, lo resuelto por el “a quo” en el punto 2º in fine debe ser confirmado en cuanto allí se dispone oficiar a la Dirección de Inmuebles de la Provincia de Salta a los fines del registro en la cédula parcelaria correspondiente al Catastro n° 11.287 de la medida de cautela establecida sobre la zona determinada en la primera parte del mismo punto.

Asimismo, es dable concluir que lo resuelto por el juez del amparo en los puntos 3º y 4º de la sentencia impugnada, además de encontrar adecuado sustento normativo en el art. 11 de la ley 7070, constituye una manifestación de la particular energía con la que los jueces deben actuar para hacer efectivos los mandatos constitucionales relativos a la protección del ambiente (art. 41 Constitución Nacional y 30, 2º párr. Constitución Provincial) ante la agresión o posibilidad de ella que sufre un bien que pertenece a la esfera social y transindividual –cuya mejora o degradación afecta a toda la población–, como es el que pretende resguardar el amparista; en virtud de lo mencionado, lejos de constituir un exceso en las atribuciones judiciales, las medidas resistidas por esta recurrente encuadran –fundamentalmente– en las disposiciones del Título I capítulo V y Título III, capítulos I y II de la ley provincial y no resultan irrazonables ni desproporcionadas a la luz de la doctrina del Máximo Tribunal Nacional (fallo cit. ut supra.).

Con arreglo a lo expresado, corresponderá acoger los agravios de la Provincia de Salta sólo en la medida de lo señalado, y confirmar el pronunciamiento en el resto de lo dispuesto en el punto 2º como también las medidas ordenadas en los puntos 3º y 4º.

En cuanto a las costas por este recurso, las mismas serán soportadas por el orden causado, atento que las medidas dispuestas lo fueron en razón del criterio judicial impreso en la decisión.

# CONTORNOS DO BEM JURÍDICO-PENAL AMBIENTE

NELSON R. BUGALHO

Promotor de Justiça/SP  
Mestre em Direito Penal (UEM)

## 1. INTRODUÇÃO

Mesmo antes de o *ambiente* ganhar *status* constitucional, a Lei n. 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, já assinalava como seus objetivos a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida. Referido texto representou um grande avanço na defesa do patrimônio ambiental brasileiro, estabelecendo até mesmo o *conceito* de meio ambiente. Concebeu-o como sendo “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (art. 3º, inciso I). Como será demonstrado, este conceito, abrangendo apenas aspectos naturais do ambiente, está em conformidade com o artigo 225 da Constituição Federal, que o erigiu à condição de bem jurídico constitucional.

É de fundamental importância a exata compreensão do que deve ser entendido por *ambiente*, sobretudo suas principais especificidades, isso porque a Ecologia articula-se com o Direito Ambiental, com o Direito Penal Ambiental e também com outras ciências, numa integração indispensável para a pesquisa das normas componentes do ordenamento jurídico-ambiental, sobretudo dos injustos penais que tutelam o ambiente. Essa inevitável articulação decorre do fato de o Direito do Ambiente ser uma matéria pluridisciplinar, de tal forma que a pesquisa nessa área exige do operador do Direito que não feche janelas do conhecimento para outros ramos do saber. O jurista deve saber trabalhar em conjunto com os outros profissionais sociais.<sup>1</sup>

## 2. CONCEITO DE AMBIENTE DAS CIÊNCIAS BIOLÓGICAS

O ambiente pode ser considerado sob as mais variadas perspectivas no âmbito do Direito, e isso decorre da existência de múltiplos ordenamentos jurídicos setoriais. O ordenamento jurídico-penal é um deles, e o conceito de ambiente que delimitará o bem jurídico a se proteger não pode ignorar a noção a esse respeito

---

<sup>1</sup> Cf. FRANCO, Antonio Souza. Ambiente e Desenvolvimento. Textos. Ambiente. Centro de Estudos Judiciários, 1994, p. 268-269, apud ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. O princípio do poluidor pagador – pedra angular da política comunitária do ambiente. Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 13.

gravada na Constituição Federal, nem tampouco pode se afastar da realidade, objeto de sua regulação.

Certamente haverá de existir uma estreita vinculação entre o mundo fático e a norma jurídica penal, decorrendo daí a importância do delineamento da noção extrajurídica de ambiente. No âmbito das ciências biológicas, leciona-se que ambiente é o “conjunto de condições que envolvem e sustentam os seres vivos na biosfera, como um todo ou em parte desta, abrangendo elementos do clima, do solo, da água e de organismos”.<sup>2</sup>

O ambiente deve ser considerado sempre a partir da perspectiva de um determinado organismo. Desde uma diminuta dimensão até numa dimensão de ordem planetária, os componentes bióticos estão intimamente conectados entre si e com os componentes abióticos, formando um todo indissociável.

Os organismos e a somatória de todas as condições externas circundantes constituem o ambiente que, assim, seria integrado por todo o conjunto da flora e da fauna, e também pela água, ar atmosférico e solo. Todos esses componentes associados dão suporte à vida no planeta.

### 3. AMBIENTE E ECOLOGIA

O conceito não-jurídico de ambiente encerra em si apenas elementos naturais. Retratando essa realidade, estabeleceu o artigo 3º, inciso III, da Lei n. 6.938/81 que *meio ambiente* é conjunto de condições, leis, influências e interações, de ordem física, química ou biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Esse complexo sistema, que propicia a existência da vida na Terra, constitui-se no objeto de uma ciência: a Ecologia.

Para os biólogos, a Ecologia implica no estudo analítico das condições criadas pelo meio (tais como temperatura, umidade, teor de oxigênio, pressão, etc.), da ação deste sobre os seres que nele habitam, da maneira pela qual se adaptam para sobreviver e do modo como as atividades que desenvolvem modificam esse mesmo meio. Mas, apesar de a Ecologia ser uma *ciência biológica*, é freqüentemente objeto de estudos em outras áreas, tais como na Geografia e Sociologia.<sup>3</sup>

É freqüente confundir o termo *ambiente* com *ecologia*, que compreende não só o estudo dos elementos constitutivos do ambiente, “mas mais do que isso, do relacionamento que existe entre eles. A Ecologia é o estudo de como as partes vivas interagem com as partes não-vivas, e como os fatores, tais como o clima, influenciam todas as partes. Você pode imaginar que o meio ambiente é um agrupamento de dominós em torno de você, e a Ecologia é o estudo do efeito dominó, ou o impacto de um dominó sobre os outros”.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> ART, Henry W. et alli. Dicionário de ecologia e ciências ambientais. 2. ed. São Paulo: UNESP/Companhia Melhoramentos, 2001, p. 22-23.

<sup>3</sup> Embora seja a Ecologia uma ciência essencialmente biológica, sobretudo porque tem como objeto de investigação o ambiente natural, tem ela inegáveis dimensões sociais, econômicas e culturais.

<sup>4</sup> DASHEFSKY, H. Steven. Dicionário de ciência ambiental – guia de A a Z. São Paulo: Gaia, 1997, p. 184

A Ecologia é, assim, a “ciência das interações entre espécies vivas, ou entre cada espécie e o meio onde ela vive”.<sup>5</sup> Essa ciência “estuda a complexa relação entre os organismos vivos e o ambiente físico em que eles vivem”.<sup>6</sup> Está a Ecologia relacionada não só com cada um dos elementos constitutivos do ambiente, mas igualmente com as ações recíprocas que são exercidas entre eles.

A Ecologia é, portanto, a ciência que tem como objeto de investigação a forma como se opera as relações entre os seres vivos e entre estes e o ambiente. A Ecologia é uma ciência, e o ambiente é seu objeto.

#### 4. DELIMITAÇÃO DO BEM JURÍDICO A PROTEGER NOS INJUSTOS PENAIIS ECOLÓGICOS

Ainda que se trate de interesses sociais mais relevantes, deve o Estado adotar primeiramente meios menos lesivos antes de empregar o Direito Penal, porque este é um instrumento subsidiário, a *ultima ratio*. Importante enfatizar que deverá preferir-se antes a utilização de meios desprovidos de caráter de sanção, como uma adequada *política social*.<sup>7</sup> De qualquer forma, o Direito Penal de um Estado democrático e social somente se justifica como um sistema de proteção da sociedade e de seus valores mais transcendentais, sendo que os interesses sociais que por sua importância podem merecer a proteção do Direito se denominam *bens jurídicos*.<sup>8</sup>

Os bens jurídicos são descritos como “valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”.<sup>9</sup> Aníbal Bruno arremata que bens jurídicos “são interesses fundamentais do indivíduo ou da sociedade, que, pelo seu valor social, a consciência comum do grupo ou das camadas sociais nele dominantes elevam à categoria de bens jurídicos, julgando-os merecedores da tutela do Direito, ou, em particular, da tutela mais severa do Direito Penal”.<sup>10</sup>

O bem jurídico-penal está relacionado com uma escolha, e esta deve refletir, na exata medida, a relevância do objeto.<sup>11</sup> A escolha do bem jurídico é de fundamental importância, especialmente para um Direito Penal de feição liberal e cientificamente moderno, instrumento próprio de um Estado de Direito democrático e social.<sup>12</sup> Em outras palavras, o Direito Penal deve ocupar-se de garantir a proteção dos valores mais transcendentais para a coexistência do homem em sociedade, destacando-se nesse contexto o ambiente.

<sup>5</sup> FRIEDEL, Henri, op. cit., p. 105.

<sup>6</sup> SALGADO-LABOURIAU, Maria Léa. História ecológica da Terra. São Paulo: Edgard Blücher, 2001, p. 1.

<sup>7</sup> Cf. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal : parte general. 7. ed. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2004, p. 127.

<sup>8</sup> Cf. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal : parte general, p. 128.

<sup>9</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 16.

<sup>10</sup> BRUNO, Aníbal. Direito Penal – Parte geral, t. I, Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 29-30.

<sup>11</sup> Assinala Francisco Muñoz Conde que “o conceito de bem jurídico é utilizado pelo Direito Penal como critério de classificação, aglutinando os diversos tipos delitivos em função do bem jurídico neles protegido (delitos contra a vida, contra a honra, contra o patrimônio etc.). Segundo este critério de classificação, distinguem-se entre bens jurídicos individuais (vida, liberdade, honra) e comunitários (saúde pública, segurança do Estado, ordem pública)” (MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoria geral do delito. Trad. e notas Juares Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 51).

<sup>12</sup> Cf. PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 23.

Embora o ambiente se destaque como um importante bem jurídico merecedor de proteção penal, há necessidade de um perfeito delineamento conceitual do objeto de proteção do Direito Penal Ecológico, uma vez que múltiplas concepções do ambiente poderão ter relevância jurídica.

O estabelecimento de um conceito preciso de ambiente é questão bastante tormentosa, sobretudo porque invariavelmente se pretende empregar um mesmo conceito para os mais variados setores do ordenamento jurídico. Parte da doutrina, quando aborda a noção jurídica de ambiente, afirma não dever ela ficar limitada aos seus aspectos biológicos, mas sim compreender também uma *abordagem jurídica totalizadora*, porque assim se ampliará a tutela jurisdicional ambiental, imprescindível para resguardar o direito fundamental gravado no *caput* do artigo 225 da Carta Constitucional: *meio ambiente ecologicamente equilibrado*.

A esse respeito, pondera-se que o conceito de ambiente deve ser *globalizante* ou *totalizador*, e nesse sentido, não pode ser compreendido como sendo constituído apenas pela água, solo, ar, flora e fauna (*meio ambiente natural*), mas também pelos espaços urbanos fechados (conjunto de edificações) e espaços urbanos abertos (equipamentos públicos, tais como ruas, praças, parques etc.), que integram o denominado *meio ambiente artificial*, e ainda aquele ambiente constituído pelo patrimônio histórico, arquitetônico, artístico, turístico, arqueológico, paisagístico, científico e paleontológico, havido como *meio ambiente cultural*.<sup>13</sup> Trata-se evidentemente de um conceito *amplíssimo*, totalizante, compreendendo não só os componentes ambientais naturais, mas também componentes humanos artificiais e culturais.<sup>14</sup> Nesta mesma linha de raciocínio, justifica Fernando Fuentes Bodelón que “todos os fatores que integram o mundo natural estão relacionados em interação contínua e profunda [...], dando-se esta relação também com o mundo artificial ou humano”.<sup>15</sup>

Édis Milaré, adepto dessa concepção totalizante, sustenta que “o meio ambiente abrange toda a natureza original (natural) e artificial, assim como os bens culturais correlatos”, afirmando a existência de *ecossistemas naturais* e *ecossistemas sociais*.<sup>16</sup> Sob o prisma da sociologia não se pode negar a amplitude do

<sup>13</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 20-21; MILARÉ, Edis. Direito do ambiente : doutrina, jurisprudência, glossário. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 99-100; MUKAI, Toshio. Direito ambiental : sistematizado. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 3; FREITAS, Gilberto Passos de. Ilícito penal ambiental e reparação do dano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 24-27; FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. Crimes contra a natureza. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 18; SIRVINSKAS, Luís Paulo. Tutela penal do meio ambiente : breves considerações atinentes à Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1988. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002; MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. Crimes ambientais : lei 9.605/98 : novas disposições gerais penais : concurso de pessoas : responsabilidade penal da pessoa jurídica : desconsideração da personalidade jurídica. Campinas: Interlex Informações Jurídicas, 2001, p. 26; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Tutela penal dos interesses difusos, p. 44-46.

<sup>14</sup> A concepção totalizadora ou globalizante é amplíssima, e não ampla, como afirmado por Arthur Migliari Júnior que, a respeito, diz o seguinte: “O conceito de meio ambiente não deve se restringir ao ambiente natural, aliás, o próprio legislador nacional adotou também conceito amplo, na definição legal do meio ambiente” (MIGLIARI JÚNIOR, Arthur, op. cit., p. 26). Ora, o conceito amplo apenas contempla elementos naturais e é repudiado pelo referido autor que, na verdade, acolhe o conceito amplíssimo de ambiente.

<sup>15</sup> FUENTES BODELÓN, Fernando. Planteamientos previos a toda formulación de un derecho ambiental. DocAdm, n. 190 (Abril-junho, 1981), Madrid, p. 113 e seguintes.

<sup>16</sup> Direito do ambiente, p. 53.

termo ecossistema, mas há que se ter em conta que o mesmo foi emprestado das ciências biológicas. E os ecossistemas são sempre naturais, não podendo ser classificado como tal o “ambiente” criado pelo homem.<sup>17</sup>

Ainda dentro dessa perspectiva globalizante, e sob o fundamento de que o termo meio ambiente é um conceito jurídico indeterminado e que deve ter seu conteúdo preenchido pelo intérprete, por vezes acrescenta-se mais um aspecto àquela classificação tripartida: o *meio ambiente do trabalho*. Este se constitui no local onde “as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independentemente da condição que ostentam (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos etc.)”.<sup>18</sup> Afirma-se assim que o artigo 225 da Constituição Federal diz respeito a todos os aspectos do ambiente, aí se incluindo o ambiente do trabalho porque é nesse ambiente que o homem passa a maior parte de sua vida produtiva.

Uma outra vertente doutrinária propõe um conceito *reducionista* de ambiente, concebendo-o como o conjunto de “elementos naturais de titularidade comum e de características dinâmicas: em definitivo, a água e o ar, veículos básicos de transmissão, suporte e fatores essenciais para a existência do homem sobre a Terra”.<sup>19</sup> O ambiente é considerado enquanto *entorno natural*, constituindo-se em bens tutelados apenas os recursos naturais comuns – a água e o ar –, posto que, uma vez inadequadamente manejados, veiculam toda uma série de transtornos dos sistemas naturais.<sup>20</sup> Portanto, desta concepção natural, contudo *reducionista* de ambiente, são excluídos os outros componentes naturais: flora, fauna e solo.<sup>21</sup>

As duas concepções de ambiente aludidas não estão em conformidade com o texto constitucional brasileiro, nem tampouco demarcam o objeto de proteção do Direito Penal Ecológico. Não é necessária qualquer maximização do que se deve compreender por ambiente, isso porque a agregação de outros componentes - humanos - ao conceito não implicará na ampliação da sua tutela jurisdicional, como equivocadamente se tem afirmado.<sup>22</sup> Nem tampouco um conceito *reducionista* é apto a revelar a exata dimensão do bem jurídico ambiente, tal qual consagrado na Constituição e na legislação ordinária, em especial na Lei n. 6.938/81.

Constitui um equívoco a justificativa apontada para a adoção da concepção globalizante de ambiente porque a tutela dos componentes “ambientais” humanos prescinde do artigo 225 da Constituição Federal. Nada justifica optar-se por um *conceito amplíssimo de ambiente*, que inclua não só os *componentes ambientais na-*

<sup>17</sup> Cf. CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. v. VIII. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 4522.

<sup>18</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 21.

<sup>19</sup> MARTÍN MATEO, Ramón. Tratado de derecho ambiental, v. I. Madrid: Editorial Trivium, 1991, p. 86.

<sup>20</sup> Idem, p. 86-89.

<sup>21</sup> Também no sentido de que o conceito de ambiente deve ficar circunscrito ao entorno natural: URRAZA-ABAD. Jesús. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Madrid: La Ley, 2001, p. 61-73.

<sup>22</sup> Afinal, se o conceito deve ser globalizante para aí se compreender tudo aquilo que está de alguma forma relacionado com uma sadia qualidade de vida, outros aspectos deverão também ser acrescentados às classificações propostas, e então, a compreensão de ambiente passará a ter uma dimensão cada vez mais ampla.

*turais*, mas também os *componentes ambientais humanos (artificiais e culturais)*, isso porque o texto constitucional dedicou uma seção própria dentro do Capítulo III para o que se convencionou denominar *meio ambiental cultural*,<sup>23</sup> e que constituiu-se simplesmente em *patrimônio cultural*. Da mesma forma o capítulo que trata da política urbana engloba os componentes “ambientais” humanos desprovidos de especiais valores, denominado *meio ambiente artificial*,<sup>24</sup> e que, na verdade, é objeto do Direito Urbanístico, porque relativo à ordenação do território.<sup>25</sup>

Tampouco é possível aceitar que “a tutela *mediata* do meio ambiente do trabalho concentra-se no *caput* do artigo 225 da Constituição Federal”.<sup>26</sup> Não é porque o artigo 200, inciso VIII, assinala que ao Sistema Único de Saúde compete, além de outras atribuições, “colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”, que tal ambiente está conectado com o artigo 225.

A interpretação da Constituição pressupõe uma *visão de conjunto*, isto é, parte da “premissa fundamental de que a Constituição há de ser interpretada sempre como um todo, com percepção global ou captação de sentido”.<sup>27</sup> Através desse *método integrativo* ou *científico-espiritual* de interpretação da Constituição, “nenhuma forma ou instituto de Direito Constitucional poderá ser compreendido em si, fora da conexidade que guarda com o sentido de conjunto e universalidade expresso na Constituição. De modo que cada norma constitucional, ao aplicar-se, significa um momento no processo de totalidade funcional, característico da integração peculiar a todo ordenamento constitucional”.<sup>28</sup>

O princípio da unidade da Constituição, catalogado por Canotilho como um dos princípios da interpretação constitucional, significa que a Carta Constitucional “deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas”,<sup>29</sup> obrigando o intérprete a ter em conta a Constituição na sua globalidade e harmonizar os espaços de tensão existentes entre suas normas a concretizar, de forma que se “deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios”.<sup>30</sup>

Dessa forma, não é porque a Constituição reconheceu a existência de um *meio ambiente do trabalho* que, pelo simples fato de a palavra trabalho ter sido precedida pela expressão meio ambiente, estará aquele ambiente conectado com o artigo 225 da Carta da República. São institutos totalmente distintos. O artigo 200, inciso VIII, diz respeito sim ao ambiente em que são desenvolvidas atividades laborais, mas isto não guarda nenhuma conexão com *meio ambiente*

<sup>23</sup> Constituição Federal, artigo 216.

<sup>24</sup> Constituição Federal, artigo 182.

<sup>25</sup> Ao colocar-se de lado a problemática urbanística e do patrimônio cultural e artístico, evita-se a criação de um macro-conceito, de modo a fixar, em termos jurídicos, um conceito estritamente ambiental (Cf. PRADO, Luiz Regis. Direito penal do ambiente : meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005), p. 127).

<sup>26</sup> PACHECO FIORILLO, Celso Antonio, ob. cit., p. 22.

<sup>27</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.436.

<sup>28</sup> Idem, p. 437.

<sup>29</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1148-1149.

<sup>30</sup> Idem, p. 1149.

*ecologicamente equilibrado*. Entender dessa forma é ignorar a realidade e o conteúdo da norma constitucional expressa no artigo 225, que não dá margem para a formulação de um conceito globalizante de ambiente, nele inserindo elementos que não sejam naturais.

Porque assim pode ser convencionado, é perfeitamente aceitável referir-se a *meio ambiente do trabalho* como o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, cujo equilíbrio está na dependência da salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, mas tais condições não podem ser associadas ao ambiente natural. O mesmo raciocínio vale para o que se convencionou chamar de *meio ambiente artificial e meio ambiente cultural*.

Essas concepções apenas depreciam o valor constitucional gravado no artigo 225 da Carta Constitucional, que se referiu apenas ao *ambiente natural*, sendo que a inserção de qualquer outro elemento que não seja dessa natureza ao conceito de ambiente não poderá ser havida como uma interpretação conforme a Constituição.

A interpretação normativa, assim como sua construção, deve estar obrigatoriamente vinculada aos critérios e valores estabelecidos na lei maior. Assim, como nenhuma norma infraconstitucional pode ignorar o quadro axiológico previamente estabelecido na Carta Constitucional, igualmente a “interpretação conforme a Constituição implica uma correlação lógica de proibição de qualquer construção interpretativa ou doutrinária que seja direta ou indiretamente contrária aos valores constitucionais”.<sup>31</sup>

Por fim, a segunda concepção, centrada apenas em dois componentes ambientais naturais – água e ar – e, portanto, contemplando um conceito demasiadamente *restrito* de ambiente, situa-se numa posição muito aquém do que efetivamente prognosticou o artigo 225 da Constituição.

Nessa linha de raciocínio, o conceito mais apropriado de ambiente é aquele que contempla apenas elementos naturais – ar, água, solo, fauna e flora -, isso porque a elaboração de um conceito jurídico de ambiente jamais deve apartar-se de uma investigação científica, com especial destaque para uma correta interpretação da Constituição Federal, que não acolheu a noção amplíssima (*globalizante*) nem tampouco a reducionista (*restrita*) de ambiente. Qualquer tentativa de maximização ou redução do que se deve compreender por ambiente, nele agregando componentes humanos ou excluindo componentes naturais, não estará em conformidade com o texto constitucional.

Todo o Capítulo VI da Constituição Federal está centrado em componentes ambientais naturais, nada autorizando o intérprete pretender agregar outros elementos que não sejam desta natureza, a exemplo dos chamados componentes ambientais humanos, cuja inserção ao conceito de ambiente decorre do fato de estarem estes *também* associados à noção de qualidade de vida.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> PRADO, Luiz Regis. Direito penal ambiental : problemas fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 56.

<sup>32</sup> Como regra, os constitucionalistas não enfrentam a questão atinente aos contornos do conceito de ambiente, sendo rara a alusão a tais aspectos. Contudo, quando Uadi Lammêgo Bulos enfatiza que “meio ambiente é complexo de relações entre o mundo natural e os seres vivos”, afasta a possibilidade de considerar aspectos artificiais ou culturais na delimitação desse bem jurídico (BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 1262).

É irrefutável que a qualidade de vida esteja conectada com a qualidade do ambiente, seja qual for este, mas a Carta Constitucional delimitou o âmbito do que se deve compreender por *meio ambiente* no artigo 225, e este dispositivo está todo estruturado em componentes ambientais naturais. Se assim não se entender, tudo o que estiver relacionado com qualidade de vida poderá ser havido como um componente ambiental, especialmente porque a “noção de qualidade de vida sugere uma complexização do processo de produção e de satisfação de necessidades, que tende a superar a divisão simplista entre necessidades objetivas e necessidades de caráter subjetivo, ou inclusive a dicotomia entre fatores biológicos e psicológicos, incorporando a determinação cultural das necessidades. Em sua análise imbricam-se as noções de bem-estar, nível de renda, condições de existência e estilos de vida (...).<sup>33</sup>

A Constituição Federal claramente aponta para uma concepção de ambiente circunscrita a componentes naturais, embora se reconheça que componentes humanos possam integrar *um* ambiente, mas não o ambiente elevado à categoria de bem jurídico constitucional previsto no artigo 225. Dessa forma, a concepção totalizadora de ambiente deve ser especialmente repudiada sob pena de se converter num conceito juridicamente imprestável e banalizado, porque flagrantemente destoante do texto e do contexto constitucional, que, ao assegurar o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, definitivamente concebeu um direito ecológico.

O reconhecimento de que a noção de ambiente deve ficar circunscrita a aspectos naturais não a torna ideologicamente neutra, alheia a interesses econômicos, sociais e culturais, mas de qualquer forma, a ordem constitucional não autoriza a construção de um conceito que contemple aspectos generalizados das relações sociedade-natureza, especialmente quando fruto de uma abordagem jurídica.

Não é só o texto constitucional que justifica centrar a noção de ambiente em seus componentes naturais, isso porque o próprio conceito de ambiente estabelecido na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente - LPNMA (Lei n. 6.938/81) também orienta essa interpretação.

O artigo 3º, inciso I, da Lei n. 6.938/81 estruturou-se sobre bases naturais, e ainda partiu de uma perspectiva *biocêntrica* ao estabelecer que meio ambiente é 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*. Somente aspectos naturais foram contemplados no conceito legal. O dispositivo em análise foi integralmente organizado com base num ambiente natural, de forma que a LPNMA seja fundamentalmente voltada para a preservação, melhoria e recuperação dos recursos naturais (artigo 2º, *caput*).

Considerando que o conceito biológico e legal de ambiente agrega a *interação* como seu elemento, sequer haveria razão para consagrar a expressão *meio ambiente ecologicamente equilibrado* (CF, artigo 225, *caput*) como direito fundamental. Contudo, considerando que a Ecologia está firmemente radicada na Biologia, embora venha cada vez mais se revelando como uma disciplina integradora, que une os processos físicos e biológicos, servindo de conexão entre as ciências

<sup>33</sup> LEFF, Enrique. Epistemologia ambiental. Trad. Sandra Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2001, p. 147-148.

naturais e as ciências sociais,<sup>34</sup> deu a Carta Constitucional mais um indicador de que o bem jurídico ambiente deve ficar circunscrito a seus componentes naturais quando empregou a palavra *ecologicamente* para referir-se ao ambiente.

Mas não é só a Constituição Federal e a LPNMA que revelam o acerto dessa concepção intermediária (ampla) e essencialmente natural de ambiente. O repúdio às outras concepções - globalizante e reducionista - decorre igualmente da articulação do Direito com outras ciências, em razão das variadas interfaces do objeto ora tratado. Uma das formas possíveis de viabilizar essa articulação é por meio da “importação de conceitos de outras ciências para serem trabalhados e transformados pelas necessidades internas do desenvolvimento do conhecimento da ciência importadora”.<sup>35</sup>

Enfim, o *núcleo central* da noção jurídica de ambiente deve ficar circunscrito aos seus elementos naturais (ar, água, solo, flora e fauna), não podendo ser admitida a ampliação do conceito para englobar componentes ambientais humanos, nem tampouco sua redução, com a exclusão de alguns componentes (solo, flora e fauna). Essa linha de pensamento evita desvios à lógica unitária do sistema jurídico, posto que a delimitação dos contornos do conceito está em conformidade com a Constituição Federal e a LPNMA, além de resultar da articulação do Direito com outras ciências.

Importa anotar ainda que a concepção de ambiente que melhor atende à função primordial do Direito Penal é a *intermediária*, sobretudo “diante da extrema *indeterminação* das concepções totalizadoras ou amplíssimas e do reduzido âmbito das teses restritas. A primeira dificulta sobremaneira a *individualização* da matéria proibida ou ordenada (e permitida), e a segunda impede uma tutela *efetiva* em consonância com o conteúdo e a relevância do bem jurídico e o mandato constitucional”.<sup>36</sup>

É preciso atentar que é inevitável o recurso a fontes extrajurídicas para precisar os contornos do injusto penal ecológico, e mais individualizada será a matéria proibida ou ordenada, com reflexos na efetividade da tutela do bem jurídico, se a concepção de ambiente estiver circunscrita a elementos naturais.

O ambiente, especialmente para o Direito Penal, deve ser um conceito fundamentalmente *biofísico*, compreendendo todos os elementos do mundo natural (bióticos e abióticos), deixando de lado outras concepções que relacionam esse conceito com o mundo artificial construído pelo homem, ainda que este tenha agregado valores culturais, porque absolutamente não diz respeito à manutenção do equilíbrio ecológico. O mundo natural e o mundo artificial são realidades diferentes, e, por isso mesmo, merecem tratamentos substancialmente diferentes.

<sup>34</sup> ODUM, Eugene P., op. cit., p. 2.

<sup>35</sup> LEFF, Enrique, op. cit., p. 32.

<sup>36</sup> PRADO, Luiz Regis. Direito penal do ambiente : meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 127-128.



# LA PRECARIEDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL FRENTE A LAS CONSECUENCIAS DEL CAMBIO CLIMÁTICO

PABLO ANTONIO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ  
Catedrático de Derecho Internacional Público Y Relaciones  
Internacionales UNIVERSIDAD DE SEVILLA

## 1. INTRODUCCIÓN

Las previsiones científicas para el año 2100 es que la temperatura de la tierra puede elevarse hasta 5,8 grados centígrados si se sigue evolucionando tal como lo hace en estos momentos. Los orígenes directos de estas consecuencias medioambientales están en la industrialización llevada a cabo desde hace más de 150 años y otras acciones humanas, como la combustión de carbón y petróleo, la tala masiva de árboles o la agricultura intensiva e indebida.

El exceso de dióxido de carbono, metano y óxido nitroso en la atmósfera está produciendo un efecto invernadero que hace que el calor acumulado de la tierra no sea devuelto al espacio. Esto provoca el deshielo de los glaciares y de los casquetes polares y, por tanto, un aumento del agua del mar.

Así las cosas, el calentamiento global de la tierra y el aumento del nivel del mar pueden llegar a producir consecuencias medioambientales que incidan en las modificaciones territoriales de los Estados, e incluso, si hablamos de los Estados-Islas, a su completa desaparición. La vulnerabilidad de estos Estados hace que tengan que estar muy presentes en las decisiones en estos temas.

Por otro lado, también afectan al Derecho Internacional las modificaciones territoriales que producen desertificación, que pueden generar conflictos por el agua y la disminución de los sumideros de espacios considerados *res communis omnius*, que a diferencia de los sumideros boscosos que son responsabilidad exclusiva de los Estados territoriales, la responsabilidad es mucho más dispersa.

Otra consecuencia que afecta al orden jurídico internacional es la dicotomía que se produce entre el Derecho al Desarrollo de los Estados emergentes y el consumo energético que necesitan para su propio desarrollo, aunque se haga dentro de un desarrollo sostenible.

Igualmente, el cambio climático está provocando que haya nuevas reclamaciones territoriales, de espacios, hasta ahora, considerados libres para la investigación o la exploración, como la Antártica o la apertura de nuevas vías internacionales de comunicación, donde hasta ahora era imposible por el hielo acumulado.

Por último, un nuevo tipo de desplazado, el desplazado por motivos medioambientales, emerge como un nuevo tipo de migrante que requiere tipificación y

para el que el Derecho Internacional tiene muy pocas respuestas, pero que debe afrontar para su definición y protección.

Pues bien, nosotros los internacionalistas, tenemos la responsabilidad de analizar esta problemática desde la perspectiva del Derecho Internacional. Y esa es la pretensión de este trabajo, animando a crear una tormenta de ideas que permita reflexionar sobre estas cuestiones tan importantes de nuestro tiempo.

## **2. MODIFICACIONES TERRITORIALES DE LOS ESTADOS**

### **2.1 La Alteración del Territorio Y la Adquisición O Pérdida de Nuevos Espacios**

Como es bien sabido, el territorio es el soporte material necesario para la existencia de un Estado, sobre el que se ejerce, en principio, con plenitud, exclusividad e inviolabilidad, la soberanía.

Este territorio físico se compone de una superficie terrestre, que incluye la propiedad privada y el dominio público, el territorio marítimo, que engloba las aguas interiores y el mar territorial, el espacio atmosférico y los ríos, lagunas y canales.

Pues bien, si hay una alteración, llamemos interna del territorio, aunque como luego veremos puede tener consecuencias en el exterior, en lo estrictamente territorial, no produce consecuencias jurídicas. Sin embargo, si hablamos de una modificación en la frontera, o en los posibles usos de un río internacional sí podemos hablar de consecuencias jurídico-internacionales.

Dentro de las posibles modificaciones de las fronteras internacionales, podemos citar los ríos internacionales que sirven de fronteras. En efecto, la sequedad de un río puede generar nuevos problemas de delimitación, sobre todo, en los ríos internacionales que hacen frontera, como ya he dicho, porque, a veces, no basta con hacer la nueva delimitación terrestre por la mediana del antiguo cauce sino que surgen nuevos problemas en relación con la propia cuenca hidrográfica, e incluso, el propio dinamismo del río que puede dar lugar a acumulaciones, sedimentaciones o extracción involuntarias o existen islas fluviales, que podrían perder, incluso, su propio estatuto jurídico, como ahora veremos.

En relación con los posibles uso de las aguas de un río, Naciones Unidas ya ha previsto muchos de los problemas internacionales que se pueden encontrar, por lo que ya está en vigor la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, de 8 de julio de 1997, para la utilización, el aprovechamiento, la conservación, la ordenación y la protección de los cursos de agua internacionales, así como la promoción de la utilización óptima y sostenible de éstos para las generaciones presentes y futuras.

Es verdad que contra cualquier belicosidad de los Estados frente a estas alteraciones territoriales, por modificación de los cauces de los ríos internacionales o por aumento o disminución de las cuencas hidrográficas de interés internacional siempre cabe anteponer la aplicación del Derecho Internacional, que puede ser el convencional, tal como se ha señalado, que implicaría a los Estados partes, y se conducirían de conformidad con dicha Convención, el Derecho Internacional

consuetudinario, que, según SIRONNEAU, recoge la obligación de cooperar y negociar con la intención de concluir un acuerdo, la prohibición de realizar cambios susceptibles de tener consecuencias perjudiciales, apreciables y durables en detrimento de otros Estados, la obligación de consulta previa, la utilización equitativa de recursos compartidos, incluyendo las aguas subterráneas, además, por supuesto de los principios de utilizar los bienes de tal manera que no perjudique a otros, el principio de la buena fe y las reglas de buena vecindad<sup>1</sup>, aunque el hecho suponga una incomodidad mínima<sup>2</sup>.

Un problema más complejo sería cuando en un río internacional fronterizo hay enclaves insulares. En estos casos el problema puede complicarse porque, a veces, estos enclaves son condominios internacionales. Por ejemplo, el Río Bidasoa, frontera entre España y Francia, tiene una isla central, la Isla de los Faisanes o de La Conferencia, que fue testigo del Tratado de la Paz de los Pirineos, en 1659, entre Felipe IV y Luís XIV. Esta Isla, de acuerdo con el Tratado de Bayona de 2 de diciembre de 1856<sup>3</sup> es un condominio pro-indiviso de España y Francia, administrado seis meses al año por cada parte, según se acordó en el Tratado de 1901.

En caso de sequedad del río o de modificación de su cauce, esta Isla fluvial dejará de ser isla y, por lo tanto, debería de dejar de ser condominio hispano-francés, con las consecuencias de una nueva delimitación, lo que siempre levanta suspicacias entre los Estados.

Igualmente puede suceder si un Río Internacional, como el mismísimo Danubio, dejara de ser navegable por la reducción de su caudal, o dejara de servir a los usos internacionales distintos de la navegación, que generaría consecuencias jurídicas entre los Estados que lo utilizan bien para la navegación fluvial, bien para su aprovechamiento hidroeléctrico, o bien para su aprovechamiento hídrico. En estos casos, desde luego, el conflicto estaría servido, como más adelante veremos.

Otra consecuencia jurídico-internacional del cambio climático podría ser la derivada de la alteración del territorio terrestre, por aumento del agua del mar, con lo que habría la necesidad jurídica de volver a delimitar nuevamente los espacios marítimos, como consecuencia del recorte experimentado por la crecida de las aguas oceánicas, que, ahora, puedan cubrir parte de la corteza terrestre y tener que empezar a medir el mar territorial en un punto anterior al hasta ahora delimitado, con las consecuencias que pueda generar en los espacios contiguos y en los espacios en los que pudiera encontrarse costas enfrentadas o adyacentes de distintos Estados.

Respecto a las Islas y Archipiélagos, también pueden verse modificadas territorialmente, cambiando su régimen jurídico. La subida del mar como con-

<sup>1</sup> SIRONNEAU, Jacques : Le droit international de l'eau existe-t-il ? Évolution et perspectives pour la resolution des conflits d'usages, in [http://funredes.org/agua/spanish/fram\\_sp.htm](http://funredes.org/agua/spanish/fram_sp.htm)

<sup>2</sup> Sentencia arbitral de 16 de noviembre de 1957, en el Caso del Lago Lanus, entre Francia y España.

<sup>3</sup> JANER, Florencio: Documentos internacionales del Reinado de Doña Isabel II – Desde 1842 a 1868, Imprenta de Miguel Ginesta, Madrid, 1869, pp. 145 y ss. Véase también, Fernández de Casadevante, Carlos: La frontera hispano-francesa y las relaciones de vecindad, Etor, D.L. San Sebastián, 1989, pp.134-135 y 193.

secuencia de los deshielos puede provocar que dejen de ser islas que generen espacios marítimos, con las consecuencias que ello acarrearía.

Igualmente ocurriría con los Archipiélagos. Habría que distinguir entre Archipiélagos costeros (próximo a las costas) y Archipiélago oceánicos (alejados de la tierra firme continental).

Los cambios operados por el clima podrían modificar territorialmente estos elementos, con lo que las consecuencias jurídicas pueden ser apreciables. Para muestra vale simplemente un botón. Sylt, la mayor de las alemanas islas Frisias, en el mar del Norte, perdió por lo menos 800 mil metros cúbicos de arena de sus playas en los últimos dos meses a causa de las fuertes tormentas e inundaciones que han caracterizado al otoño e invierno boreales en 2006-2007.

Al otro lado del planeta, en el Pacífico sudoccidental, Tuvalu, un diminuto archipiélago de nueve atolones y arrecifes cuyo punto más alto apenas se eleva cinco metros sobre el nivel del mar, sufre una pérdida similar de territorio por las mismas razones. “Tuvalu se está ahogando”, es un grito de alarma típico de las autoridades de las islas desde hace años.

## **2.2 La Vulnerabilidad de los Estados Islas**

En el conjunto del mundo, muchos de los Estados Insulares (43 en total), menores de 15.000 millones de habitantes, se han unido para luchar contra las consecuencias del cambio climático, que a ellos, les afecta particularmente. Por ejemplo, Tuvalu, Estado independiente de la Micronesia del Pacífico, con unos 10.000 habitantes, ha sido descrita como la “cara del cambio climático” y algunos científicos predicen que quedará sumergida en 50 años. Por tanto, podrían desaparecer como Estados. Cuando menos, tienen problemas de desarrollo sostenible, que requerirá estrategias jurídicas muy diversas.

Por ello, reclaman nuevos acuerdos en materia de lucha contra el cambio climático, empezando por la urgente necesidad de que los Estados industrializados ratifiquen el Protocolo de Kyoto.

De hecho, los Estados insulares han presionado en la última Cumbre de Bali con el objetivo de que se incluya una financiación adecuada a la adaptación para el cambio climático en el nuevo acuerdo.

Los costos económicos para que los Estados en vías de desarrollo se adapten al cambio climático se estiman en unos 50.000 millones de dólares al año y aun más si las emisiones de dióxido de carbono no se recortan en todo el mundo.

La realidad, pues es que los estados insulares se sienten especialmente impotentes y frustrados porque emiten menos gases invernadero y, sin embargo, figuran entre los países más vulnerables a las consecuencias del cambio climático por su pequeño tamaño, gran población costera, enorme dependencia de los recursos naturales y bajo relieve.

En el fondo, no hay que olvidar que los 51 pequeños estados insulares, o territorios aledaños al mar, en África, el Caribe, Oceanía y el océano Índico, producen menos de 1% de las emisiones de gases de efecto invernadero.

### **3. MODIFICACIONES DEL USO DEL TERRITORIO Y DE LOS MARES QUE TIENEN CONSECUENCIAS JURÍDICO-INTERNACIONALES:**

#### **3.1 Desertificación Y los Nuevos Conflictos por El Agua**

Se entiende por desertificación, aridización o desertización el proceso por el que un territorio que no posee las condiciones climáticas de los desiertos, principalmente una zona árida, semiárida ó subhúmeda seca, termina adquiriendo las características de éstos. Esto sucede como resultado de la destrucción de su cubierta vegetal, de la erosión del suelo y de la falta de agua.

Una de las primeras etapas de la desertificación es la destrucción de la cubierta vegetal, pero no es necesariamente la única como “disparador” del fenómeno. Puede ser causa o efecto del proceso de aridización. Originalmente estas zonas eran fértiles, donde se practicaba una agricultura secuencial. El aumento de la población obligó a una explotación intensiva del terreno hasta que se produjo su agotamiento. La segunda etapa comienza cuando la tierra deja de ser fértil y se encuentra despojada de su cubierta vegetal, el agua y el viento lo erosionan más rápido hasta llegar a la roca.

Es verdad que la desertificación no es estrictamente lo que los científicos llaman Cambio Climático, pero que duda cabe que este fenómeno participa activamente en el mismo, entre otras cosas porque es consecuencia de la pérdida del manto vegetal, uno de los principales generadores de oxígeno y uno de los principales sumideros de CO<sub>2</sub>.

En efecto, la desertificación reduce la diversidad biológica, que contribuye a muchos de los servicios que los ecosistemas de las tierras secas proporcionan al hombre. La flora y su diversidad son elementos clave para la conservación del suelo y para la regulación de las aguas superficiales y el clima local.

Además, el impacto del cambio climático mundial sobre la desertificación es complejo y los conocimientos sobre la materia son todavía insuficientes. Por un lado, el incremento de las temperaturas, provocado por un aumento del nivel de dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>), puede tener efectos negativos al aumentar la evaporación del suelo y reducir las precipitaciones en las tierras secas. Por otro lado, un incremento del dióxido de carbono en la atmósfera puede potenciar el crecimiento de algunas especies de plantas.

Con esto quiero decir que los esfuerzos de gestión medioambiental dirigidos a luchar contra la desertificación, conservar la biodiversidad y atenuar el cambio climático están relacionados en muchos sentidos. Por lo tanto, una aplicación conjunta de las convenciones de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación, sobre Diversidad Biológica y sobre Cambio Climático puede proporcionar múltiples beneficios, porque está demostrado que la desertificación también tiene efectos muy perjudiciales fuera de las tierras secas; por ejemplo, puede provocar un aumento en la frecuencia de las tormentas de polvo que afectan a zonas situadas a miles de kilómetros de las tierras desertificadas y problemas políticos y sociales a causa de las migraciones humanas, como luego veremos.

Consciente de ello, la ONU se ha ocupado de este problema y ha elaborado la Convención Internacional de Lucha Contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África, de 17 de junio de 1994, que cuenta con 172 Estados partes, que tiene como objetivo principal el promover una acción efectiva a través de programas locales innovadores y cooperación internacional de apoyo, estableciendo las pautas para luchar contra la desertificación y mitigar los efectos de la sequía en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África, a través del mejoramiento de la productividad del suelo, su rehabilitación y la conservación y ordenación de los recursos de las tierras y los recursos hídricos, en el marco de un enfoque integral, para contribuir al logro del desarrollo sostenible en las zonas afectadas.

La propia Convención reconoce que la batalla para proteger las tierras áridas será muy larga, ya que las causas de la desertificación son muchas y complejas, por lo que se tendrán que hacer cambios reales y difíciles, tanto a nivel internacional como local.

Esto nos lleva a otro problema, también muy emparentado con la desertificación y con el cambio climático: la falta de agua. No le faltaba razón al presidente norteamericano John F. Kennedy cuando afirmaba que quien fuera capaz de resolver los problemas del agua sería merecedor de dos premios Nobel: uno por la Paz y otro por la Ciencia. El acceso al agua se ha convertido desde la más remota antigüedad en una fuente de poder y de conflicto, aunque el único caso conocido de guerra por este preciado líquido se remonta a 4.500 años, cuando el uso de los ríos Tigris y Eufrates enfrentó a dos ciudades del actual Irak. Desde entonces, el agua ha estado estrechamente ligada a las áreas clásicas de conflictos políticos, pero el aumento de su escasez apunala las advertencias de los expertos sobre el papel de los ríos en las futuras disputas internacionales.

Los analistas señalan que cincuenta países de todas las regiones del mundo están en riesgo de afrontar conflictos por el agua durante el próximo decenio. Un total de 158 cuencas fluviales de las más de 260 existentes en el mundo son compartidas por más o dos naciones y son explotadas sin acuerdo de cooperación, lo que las convierte en fuentes potenciales de conflicto. De ellas, 18 están bajo observación del Programa de Medioambiente de las Naciones Unidas (UNEP) por ser consideradas zonas de problema latente, como el entorno del río Ganges o la cuenca del Mekong. Hoy día, cerca del 50 por ciento de la población mundial depende para su consumo de agua e irrigación de sistemas fluviales que comparten al menos dos estados, lo que exige cada vez mayores esfuerzos de cooperación. Los especialistas reunidos en el Foro Mundial del Agua han señalado que en los últimos siglos se han firmado casi 3.000 tratados y acuerdos transfronterizos para el desarrollo conjunto de 100 cuencas fluviales.

Para la resolución de estos conflictos, el Derecho Internacional se ofrece como garantía. Aaron Wolf, director de la base de datos Conflictos Transfronterizos sobre el Agua de la ONU, ha dicho que «el hombre tiene la capacidad de aumentar la cooperación incluso cuando las condiciones naturales empeoran dramáticamente» y considera que existe una tendencia a la cooperación en la búsqueda de soluciones, como lo confirma el hecho de que algunos países resuelven

sus conflictos por el agua, al tiempo que luchan sin tregua en otros terrenos. A pesar de que no todos comparten la posibilidad de un enfrentamiento mundial por la conquista del agua, pocos dudan de que la pugna por los limitados recursos hídricos puede agravar los de por sí frágiles vínculos entre los países de algunas regiones, y provocar un clima de agitación sin precedentes.

Pero, hay que hacer muchos esfuerzos porque los expertos también vaticinan una crisis del agua en el mundo árabe, por ejemplo, en donde es consumida con mayor rapidez de lo que la lluvia repone los depósitos del subsuelo. Esto provoca que el agua del mar se filtre en los suministros subterráneos de agua potable, de manera que en países como Irak, cerca del 30 por ciento de la tierra ha sido abandonada debido a la salinización. A pesar de los intentos por parte de la ONU de establecer una serie de principios para prevenir los conflictos asociados a los recursos hídricos, lo cierto es que cada cuenca tiene una personalidad propia y tanto las condiciones como los intereses de los países que la rodean son muy diferentes. Por ello, los líderes políticos han de ser conscientes de la necesidad de la creación de normas internacionales para administrar los bienes comunes del planeta y lograr que el agua sea un derecho de todos y para todos.

Obviamente, ningún Estado, individualmente hablando, puede modificar el curso de un río o transformar o aumentar el caudal, o derivar sus aguas, ni siquiera las de los afluentes<sup>4</sup>

### 3.2 Sumideros Marinos

El dióxido de carbono constantemente se elimina de la atmósfera como parte del ciclo del carbono. Si esto no sucediera, el mundo se calentaría y sería tan caliente como Venus. Los mecanismos que retiran el carbono de la atmósfera se llaman “sumideros de carbono”. Pues bien, los océanos y los bosques absorben más o menos la mitad del CO<sub>2</sub> que se emite a la atmósfera, en el llamado ciclo del carbono.

El fitoplancton en el océano usa la fotosíntesis como los árboles: obtiene carbono base de CO<sub>2</sub>. El fitoplancton es el comienzo de la cadena alimentaria marina. El plancton y otros organismos marinos extraen CO<sub>2</sub> del agua marina para construir sus esqueletos y conchas con el mineral calcita (carbono cálcico). Este proceso retira CO<sub>2</sub> del agua, y permite que el océano absorba más CO<sub>2</sub> de la atmósfera.

Sin embargo, el efecto invernadero ha permitido descubrir que el inmenso Océano del Sur, que es el mayor sumidero de la tierra, (un 15% de la absorción potencial) está saturado de CO<sub>2</sub>.

El nivel de gas que absorbe no ha variado desde 1981- pero en ese tiempo la cantidad emitida ha aumentado un 40%, por lo que ha bajado el rendimiento y una cantidad mucho mayor de CO<sub>2</sub> deja de ser absorbida aumentando el efecto invernadero. El efecto- revelado tras comprobar las observaciones de CO<sub>2</sub> atmosférico en 40 estaciones por todo el mundo, se piensa que ha sido causado por un aumen-

---

<sup>4</sup> C.P.J.I., Sentencia de 28 de junio de 1937, Caso de la Utilización de las Aguas del Río Mosa.

to en la velocidad del viento en los océanos. Más tormentas y olas más potentes están agitando el mar y llevando hacia la superficie CO<sub>2</sub> almacenado en el fondo marino- lo que reduce la habilidad de la superficie para absorber gas desde el aire.

Y ¿por qué precisamente este océano helado? Voy a poner un ejemplo. El dióxido de carbono es el gas que generalmente se usa para lograr la efervescencia en las bebidas gaseosas. Es más soluble a alta presión y baja temperatura, es por eso que las gaseosas se sirven generalmente frías. Una parte del CO<sub>2</sub> va a permanecer disuelto en la lata o botella abierta y a temperatura ambiente. Esta es también la razón por la cual los océanos más fríos pueden absorber más CO<sub>2</sub> que las aguas más cálidas.

Y ¿cuáles serían las consecuencias jurídicas de la alteración de estos sumideros marinos? Pues teniendo en cuenta que existe un Tratado Internacional sobre la Antártica, para establecer la responsabilidad de los Estados Partes para investigaciones y exploraciones, así como para posponer las reclamaciones territoriales y que el Derecho del Mar no tiene previsto un régimen específico para evitar estas consecuencias medioambientales, o buscar soluciones, más allá de lo establecido en algunos Convenios específicos sobre contaminación marina, etc. el Derecho Internacional se tendría que aplicar muchísimo para encontrar soluciones a estos problemas complejos.

### **3.3 Dicotomía Entre el Derecho Al Desarrollo Y El Consumo de Energía de los Estados Emergentes**

Como es bien sabido, una de las señas de identidad del Derecho Internacional Público del mundo contemporáneo es precisamente la exaltación del Derecho al desarrollo, incluso calificado por algunos como un derecho humano fundamental. Sin embargo, para que ese desarrollo pueda producirse, se hace necesario el consumo de energía (de las conocidas hasta ahora) y la transformación de los sistemas productivos, sobre todo agrícolas e industriales. Es verdad que siempre debe ser de forma sostenible, pero esta sostenibilidad, hasta ahora era entendida en relación con el medio ambiente circundante, no con el global.

La irrupción de China y La India, como Estados emergentes, ha supuesto un nuevo escollo en estos problemas.

Como es bien sabido,

China e India sumaron casi el 20% del consumo mundial de energía en 2005.

China e India supondrán el 45% del aumento del consumo mundial de energía primaria entre 2005 y 2030.

China se convertirá en el primer consumidor mundial de energía, por delante de EEUU, en los primeros años del próximo decenio (entre 2010 y 2012).

China se ha convertido en importador neto de carbón en 2007; en 2030 China efectuará casi la mitad del consumo mundial de carbón.

China cuadruplicará sus importaciones de petróleo entre 2006 y 2030, mientras que la India triplicará las suyas; la India se convertirá en el tercer mayor importador de petróleo antes de 2025.

Las emisiones mundiales de CO<sub>2</sub> (dióxido de carbono) podrían aumentar el 57% entre 2005 y 2030, lo que conllevaría un incremento de la temperatura media de 6 grados. China e India podrían ser responsables del 60% de ese aumento de emisiones. Además, las emisiones de China superarán a las de EEUU en 2008, mientras que la India se convertirá en el tercer emisor mundial en 2015.

¿Se le podría exigir a China e India que abandonen su propio desarrollo a favor de un criterio ecológico global, mientras los países industrializados han alcanzado sus mayores logros de desarrollo, provocando las consecuencias o tendríamos que aplicarle el principio de responsabilidad común pero diferenciada? En todo caso, tendrá que hacer un enorme esfuerzo en los próximos años, antes de que en 2012 se pueda sustituir el Protocolo de Kyoto para estos menesteres.

No hay que olvidar, en todo caso, como nos sugiere Pablo Bustelo que es preciso tener en cuenta lo siguiente: siendo cierto que el consumo de energía de China e India supone la quinta parte del total mundial (frente al 14% en 1990), el consumo de energía primaria de EEUU prácticamente triplica al de China y el de Japón supera con creces al de la India; por su parte, el consumo de petróleo de EEUU triplica al de China, mientras que el de Alemania es superior al de la India. Si China e India van a suponer el 45% del aumento del consumo de energía en el mundo entre 2005 y 2030, eso no es realmente una novedad, ya que supusieron el 41% del aumento entre 1990 y 2005 (tabla 1). Además, en 2005 China e India sumaron el 38% de la población mundial. El PIB de China, en paridad de poder adquisitivo, superará al de EEUU antes de 2020, utilizando incluso la nueva estimación del PIB chino publicada recientemente el Banco Mundial y que la hace disminuir un 40% respecto de la estimación anterior; además, en la actualidad, la población china es casi cinco veces mayor que la de EEUU. China supondrá el 62% del aumento del consumo mundial de carbón entre 2005 y 2030, pero fue responsable de una proporción superior (el 70%) entre 1990 y 2005. Las importaciones de petróleo de China en 2030 (que serán de 13,1 millones de barriles al día) serán similares a las importaciones de petróleo de EEUU o de la UE en 2006 (13,6 y 13,5 millones, respectivamente). En 2030 las emisiones conjuntas de CO<sub>2</sub> de China e India seguirán siendo inferiores a las de la OCDE. En 2005 las emisiones *per cápita* de China fueron de 3,9 toneladas, frente a las 11,0 de la OCDE. En 2015, las emisiones *per cápita* de la India serán de apenas 1,4 toneladas, frente a las 11,4 de la OCDE. En 2030, serán de 7,9 toneladas en China y de 2,3 toneladas en la India, frente a 19,0 toneladas en EEUU y a 11,6 toneladas de media en la OCDE.

Es verdad que la Cumbre de Bali ha tenido resultados decepcionantes para los intereses de China e India, al no incluir recortes obligatorios de emisiones de CO<sub>2</sub> para los países desarrollados y no excluir que los pueda haber para los países en desarrollo. Es cierto que ambas cosas podrían corregirse en las reuniones de 2008 y 2009, pero un inicio tan poco satisfactorio no deja de ser preocupante. China e India consideran que los principios de responsabilidad común pero diferenciada y de capacidades respectivas implican que hay que reconocer, de una vez por todas, que los países desarrollados son los principales responsables del efecto invernadero, que los países en desarrollo sufrirán los efectos del cambio climático en mayor medida que los países ricos y que los países pobres tienen derecho a

desarrollarse, especialmente cuando todavía hay 1.500 millones de personas sin electricidad en el mundo.

En suma, los países desarrollados no deberían descargar sus responsabilidades en las principales naciones en desarrollo, por muy grandes consumidoras de energía y emisoras de CO<sub>2</sub> que sean y, sobre todo, vayan a ser.

#### **4. Nuevas Reclamaciones Territoriales Y Nuevas Vías Internacionales de Comunicación (Ártico Y Antártico)**

Como se ha dicho ya hasta la saciedad y se seguirá diciendo, una de las consecuencias del llamado cambio climático es el deshielo de los polos.

Esto ha empezado ya a generar problemas de carácter jurídico. Para ello, hay que diferenciar el Polo Norte del Polo Sur, es decir, el Ártico y el Antártico.

El Ártico es un espacio helado, de gran espesor, generado en el Océano Ártico y que está rodeado de continentes terrestres, que forman territorios estatales de cinco Estados polares.

Históricamente estos espacios árticos no han padecido la acción depredadora del hombre por las dificultades de llevar a cabo actividades comerciales, más allá de las científicas o de investigación. Por ello, salvo la zona de Groenlandia Oriental, que fue otorgada a Dinamarca por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en 1933, no ha sido objeto de apropiación estatal.

Ahora bien, como consecuencia de los deshielos, se están abriendo nuevas rutas marítimas que hacen navegable el polo norte, lo que supone, primero, una reclamación territorial donde antes no la había y, segundo, la apertura de nuevos espacios para la creación de rutas marítimas, amenazando las rutas comerciales del Canal de Panamá o del Canal de Suez.

Canadá, Rusia y Dinamarca tienen, pues, nuevos intereses que les pueden resultar tan rentables como destructivos. Junto a las rutas interoceánicas, los fabulosos yacimientos de gas y petróleo, quedan ahora ante la acción depredadora del hombre.

Rusia acaba de hacer una acción simbólica. Ha plantado en un bidón de titanio, la bandera rusa, a 4000 metros de profundidad en los fondos marinos. Es verdad que ha sido sólo un gesto, pero muy significativo. De hecho, este gesto ha sido criticado y contestado por Noruega, quien también reivindica la zona, por cierto rica en hidrocarburos -se estima que puede albergar la cuarta parte de las reservas mundiales-, gas y minerales preciosos como oro, platino y diamantes.

A estos gestos de naturaleza simbólica, se le han unido otros de otros Gobiernos. Por ejemplo, “el primer ministro Stephen Harper se ha embarcado en una gira por las posesiones árticas de su país, insistiendo en que “Canadá tiene una elección en lo que se refiere a la defensa de nuestra soberanía sobre el Ártico: o la ejercemos o la perdemos. Y que nadie se llame a engaño porque este gobierno tiene la intención de ejercerla”. Entre estimaciones que atribuyen al Ártico hasta un 25 por ciento de los yacimientos de petróleo y gas no descubiertos en el mundo, cuya explotación empezaría a ser viable por la demanda disparada de combustibles fósiles.

Para hacer valer sus derechos, el gobierno canadiense ha decidido invertir más de dos millones de euros en la construcción de una flota de guardacostas capaces de operar en el hielo ártico. También se espera que el gobierno de Ottawa ultime el proyecto para construir un puerto en la región, además de reclamar la soberanía sobre el disputado islote de Hans, a la entrada del paso del noroeste<sup>5</sup>.

Ahora bien, no sólo interesan los recursos naturales de la zona. También son muy importantes las comunicaciones. El deshielo ha provocado la apertura de una nueva ruta que supondría un atajo por el que se podrían ahorrar las rutas comerciales, más de 6500 kms. entre América y Asia, sin necesidad de tener que utilizar los Canales Internacionales de Panamá o de Suez. Esta ruta podría quedar abierta a la navegación en quince años. Sería una ruta que acorta un 23% el trayecto entre Tokio y Nueva York.

Es verdad que los intereses de España en el Ártico han sido escasos. Sin embargo esto de lo que vengo hablando, ha permitido, de repente, mostrar el interés de España en el Ártico, a cuya Organización Internacional que regula el seguimiento de sus problemas, el Consejo Ártico, ha pedido entrar como Observadora. Lo principal para España, ahora, es que el Paso del Noroeste sea considerado como un espacio internacional, sin embargo, este interés de España no es por la navegabilidad sino por la pesca. La presencia de Iberdrola, de Repsol o los nuevos barcos de pesca para el fletán azul acantonados en la zona ártica de Noruega, vigilan estrechamente lo que allí sucede.

El Antártico es un problema diferente. Primero porque geológicamente es un continente, aunque esté helado. Podríamos considerarlo como *terra nullius* pero sin posibilidades de apropiación individual.

Trataré de explicarme. La primera vez que aparece la noción de Patrimonio Común de la Humanidad en el Derecho Internacional fue en 1.959, en el Tratado sobre la Antártida, hecho en Washington, el 1 de diciembre de dicho año.

En él se reconoce que la Antártida es de interés de toda la humanidad. Piénsese en el año en que estamos (1.959). Aun los adelantos de la técnica están muy distantes, y los conceptos demasiado arraigados. Y esto es difícil de solucionar.

Ese tratado, a pesar de hablar del “interés de toda la humanidad”, fue firmado por Estados, los mismos Estados cuyas estructuras se basan en la población, el territorio y la organización política. Por eso, aquel Tratado de la Antártida, a pesar de hablar del “interés de toda la humanidad” no suponía, como he dicho, la consideración de *res nullius* de la Antártida. Eso es inconcebible en nuestras estructuras mentales. Por eso, supone solo un aplazamiento a las reclamaciones territoriales y no una renuncia.

De esta manera el año 1.992, no sólo fue el año de la Capitalidad Cultural Europea de Madrid, el de las Olimpiadas o el de la celebración del V aniversario del Descubrimiento de un Continente: América, sino el año en que se decidió posponer el reparto territorial del continente antártico.

Reivindican desde España hasta la Rusia, desde África del Sur a Chile. Quizás en este entorno, puede comprenderse (sólo en parte) la auténtica problemática del Caso de las Malvinas.

<sup>5</sup> <http://participacion.abc.es/fiebredelipotomac/post/2007/08/11/polo-norte-simplemente-increible->

Pues bien, las consecuencias del deshielo en la Antártica también ha planteado ya sus primeras consecuencias jurídicas. El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, desafiando al Tratado de la Antártica de 1959, por el que todos los Estados signatarios se comprometen a no hacer reclamaciones territoriales hacia el continente antártico del Polo Sur, ya ha presentado un plan para reclamar la soberanía de Londres sobre un millón de kilómetros cuadrados de aguas antárticas, donde los yacimientos de minerales, las bolsas de gas y petróleo, las impresionantes riquezas pesqueras de la zona, la aseguran como una de las zonas de mayor interés económico del mundo.

España está allí presente, sin ser ribereño, por ser parte en el Tratado del Antártico. Por eso, nuestro país tiene allí de forma permanente un campamento de investigación y un buque oceanográfico que merodea las zonas, para que siga considerándose un santuario ecológico antes que una *terra nullius*, objeto de apropiación individual.

## 5. Nuevo Tipo de Desplazados

Sin lugar a dudas una de las causas más relevantes de los desplazamientos humanos masivos es, sin género de duda, la degradación medioambiental. Las catástrofes que pueden dar lugar a estos desplazamientos son tanto naturales como industriales. Dentro de las naturales pueden ser por causas imprevisibles o incontrolables (por ejemplo, un terremoto), provocada por la conducta indirecta del hombre (huracanes como consecuencia del calentamiento global) o por procesos históricos (por ejemplo, la deforestación).

El problema jurídico, con respecto a este colectivo humano es su indefinición jurídica. No es *strictu sensu* clasificables en cualquier categoría elemental de extranjeros con regímenes jurídicos de protección. Sin embargo, su volumen (se habla de 50 millones de desplazados por causas climáticas). Naciones Unidas, en el marco de su Programa para el Medio Ambiente (PNUMA) señaló en 1985 la expresión de refugiados medioambientales para designar a este colectivo.

Ahora bien, esta expresión si bien sirve a los efectos sociológicos para caracterizar a un grupo humano, a efectos jurídicos es una expresión inadecuada porque realmente no puede hacerse referencia jurídica a “refugiados medioambientales”, con el contenido actual que tiene el término de “refugiado”. Para el Derecho Internacional sólo se puede ser refugiado si se tienen fundados temores de ser perseguido por razones de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas y esté fuera de su país<sup>6</sup>.

Por tanto, a nivel universal, no existe un grado de protección para estas personas. Ningún instrumento jurídico internacional reconoce protección a estos grupos humanos que huyen por las insostenibles condiciones ecológicas de su lugar de residencia, muchas de ellas provocadas por el cambio climático.

<sup>6</sup> Véase en este sentido el artículo 1-A.2 del Convenio de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951.

A nivel regional tampoco ha sido regulado un sistema de protección. La Unión Europea, en su Directiva 2004/83 CE por la que se dictan normas mínimas para una armonización a nivel europeo del concepto de refugiado<sup>7</sup>, tampoco se ha preocupado de mencionar los desastres ecológicos como motivo para ser beneficiario de una protección similar a la que se otorga a los refugiados.

Ni siquiera en la normativa europea de protección temporal se ha recogido, pese al empeño del Comité Económico y Social de la Unión Europea<sup>8</sup> y de diferentes ONGs. De esta forma, la Directiva 2001/55/CE<sup>9</sup>, para casos de afluencia masiva de personas desplazadas, no reconoce protección específica para este tipo de personas. Tampoco en la normativa europea respecto a protección subsidiaria, la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida<sup>10</sup> se plantea esta cuestión.

En otros marcos regionales como América o África, tampoco se hacen referencias jurídicas a la protección debida a los desplazados medioambientales. De esta forma ni siquiera la Declaración de Cartagena<sup>11</sup> ni la Convención de la OUA relativa a Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África, de 10 de septiembre de 1969, que son instrumentos de protección frente a las afluencias masivas, lo hacen.

Es verdad que algunos Estados, individualmente hablando, han regulado la posibilidad de ofrecer la protección temporal (que no el refugio) a las personas que huyen de los desastres ecológicos. Por ejemplo, Suecia lo ha hecho en su Ley de Extranjería<sup>12</sup>.

Consecuentemente no puede considerarse que la actual normativa en esta materia prevea una protección internacional para estos desplazados, cada vez mas frecuentes, y que tanto necesitan de la protección internacional.

---

<sup>7</sup> Directiva 2004/83 CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida: DOUE L 304, 30.09.2004.

<sup>8</sup> En el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Directiva 2001/55/CE se dice: "observa y comprende que la Directiva que se examina limite su ámbito de aplicación a las personas desplazadas como consecuencia de situaciones políticas, pero sugiere la conveniencia de una directiva que prevea mecanismos de protección y acogida temporal también para las personas desplazadas como consecuencia de desastres naturales" (COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL. Dictamen del Comité Económico y Social sobre la "Propuesta de Directiva del Consejo relativa a unas normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a estas personas y asumir las consecuencias de dicha acogida", DOCE, n° C 155, de 29/05/2001, pp. 21-25, para. 2.3).

<sup>9</sup> Directiva 2001/55/CE, del Consejo, de 2° de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, DOCE L 212, 07.08.2001.

<sup>10</sup> DOCE L 304 de 30 de septiembre de 2004, pp. 12 y ss.

<sup>11</sup> Ver el texto de dicha Declaración en el libro *La protección internacional de los refugiados en América Central, México y Panamá: problemas jurídicos y humanitarios*, Empresa Editorial Universidad Nacional, Bogotá, 1986.

<sup>12</sup> Aliens Act, Capítulo 2, sección 4°, Government Bill 1993/1994: "seekers fleeing war, internal conflict or other serious disturbances in public order, as well as, environmental or ecological catastrophes", citada por DACYL, Janina W: *Protection Seekers from Bosnia and Herzegovina and the Shaping of the Swedish Model of Time-Limited Protection*, en *International Journal of Refugee Law*, vol. 11, n° 1, 1999, p. 164.



# REGIME JURÍDICO DA LICENÇA AMBIENTAL<sup>1</sup>

RICARDO MARCONDES MARTINS

Doutorando em Direito Administrativo pela PUC-SP

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende apurar a natureza da licença ambiental e as consequências jurídicas dela decorrentes. Objetiva-se descobrir se possui a natureza de uma licença, tal como o nome indica, ou de uma autorização, apesar do nome atribuído, ou se se afasta dessas duas categorias. Efetuada a descoberta, pretende apontar seus desdobramentos e, a partir do exame da natureza jurídica, o regime jurídico desse instituto.

O jurista tende a ver o direito a partir de sua especialidade, daí a dificuldade encontrada pela doutrina no enfrentamento do tema: os administrativistas relutam em perceber as particularidades do Direito Ambiental; os ambientalistas não se aprofundam na compreensão dos institutos do Direito Administrativo. A compreensão das licenças ambientais exige um estudo interdisciplinar, exige a compreensão imparcial desses dois ramos da dogmática jurídica, daí a dificuldade: vislumbrá-las não a partir da visão própria de um administrativista ou de um ambientalista.

Eis a pretensão desta análise: examinar a licença ambiental a partir de uma visão desprovida dos preconceitos próprios de um especialista. Para tanto, dividiu-se a exposição em duas partes: na primeira tentou-se desmistificar a associação automática dos regimes jurídicos fixados pela doutrina para as categorias de licença e autorização às chamadas licenças ambientais. Na segunda parte, afastada a associação automática, buscou-se precisar o regime jurídico das licenças ambientais a partir do atento exame do contexto normativo.

O jurista, por mais que tente, jamais conseguirá uma análise absolutamente isenta, desvinculada de seus valores pessoais. Sem desprezar essa limitação, espera-se que a atitude inicial de examinar o tema sem os preconceitos naturais do especialista favoreça a obtenção do resultado almejado: não o regime jurídico desejado pelos administrativistas ou pelos ambientalistas, mas o regime jurídico ditado pelo direito positivo.

## 2. A LICENÇA AMBIENTAL E O CONCEITO DOUTRINÁRIO DE LICENÇA

### 2.1 O Artigo 225, §1º, IV, da Constituição Federal e a Licença Ambiental

Este estudo tem como ponto de partida um dispositivo da Constituição Federal de 1988: o inciso IV do §1º do artigo 225.<sup>2</sup> Da análise desse dispositivo

<sup>1</sup> Artigo originalmente publicado na Revista de direito ambiental, ano 10, v. 40, p. 186-216, out.-dez. 2005.

<sup>2</sup> "Para assegurar a efetividade desse direito [ao meio ambiente ecologicamente equilibrado], 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". (esclareceu-se).

extraem-se duas conseqüências importantes: pela primeira, há uma permissão constitucional de instalação de certas obras ou atividades causadoras de degradação ambiental. O constituinte não vedou todas as obras e atividades: as que não causem significativa degradação ambiental são plenamente permitidas, as potencialmente causadoras de significativo impacto ambiental foram submetidas a um estudo prévio. Conseqüência indiscutível: dependendo do resultado do estudo ou, em outras palavras, dependendo do grau de impacto causado, essas obras e atividades serão permitidas ou proibidas.

Portanto, do artigo 225, inciso IV, §1º, extrai-se que o constituinte não proibiu todas as obras e atividades causadoras de degradação ambiental, mas tão somente as que causem um grau de impacto considerado intolerável pelo ordenamento jurídico, grau esse apurado num estudo de impacto ambiental. Há, assim, um direito constitucional de realização de certas obras e atividades que causem degradação ambiental em um nível não considerado intolerável.

A segunda conseqüência que se extrai da simples análise da redação desse dispositivo é que, ao exigir a realização de um estudo prévio de impacto ambiental, o constituinte, *implicitamente*, exigiu a instauração de um *processo administrativo*, destinado a apurar se a atividade é permitida ou proibida. *Implicitamente*, portanto, há a previsão de um processo administrativo cujo ato final é uma decisão da Administração sobre a permissão ou a proibição da realização de uma obra ou de uma atividade causadora de degradação ambiental. Os operadores do direito têm chamado esse ato administrativo final de *licença ambiental*. É esse ato, *implicitamente* previsto nesse dispositivo da Constituição Federal, o objeto deste estudo: pretende-se aqui apurar os traços fundamentais de seu *regime jurídico*.

A Lei Federal 6.938/81, disciplinadora da Política Nacional do Meio Ambiente, recepcionada hoje como fruto do exercício da competência da União para editar normas gerais sobre a proteção do meio ambiente (artigo 24, VI e VIII, da Constituição), previu o licenciamento nos artigos 9º, inciso IV,<sup>3</sup> e 10.<sup>4</sup> Essas são, pois, as normas constitucionais e infraconstitucionais pertinentes ao presente estudo. Desprezam-se, aqui, as normas constantes da Resolução nº 237, de 19/12/1997, do CONAMA, consideradas quase todas inconstitucionais por flagrante violação ao princípio da legalidade, e, portanto, as três espécies de licença ambiental: a licença prévia (LAP), a licença de instalação (LAI) e a

<sup>3</sup> “São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras.”

<sup>4</sup> “A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores 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 Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis”.

licença de operação (LAO).<sup>5</sup> No sistema jurídico brasileiro, portanto, só existe uma licença ambiental, prevista implicitamente na Constituição e expressamente na Lei Federal, as licenças ambientais previstas nas Resoluções do CONAMA são inconstitucionais.

Em síntese: este estudo tem por objeto apurar os contornos essenciais do regime jurídico da *licença ambiental*, enquanto instituto jurídico extraído diretamente do inciso IV, do §1º, do art. 225, da CF/88 e expressamente previsto nos artigos 9º, inciso IV, e 10 da Lei Federal 6.938/81. Não visa examinar as espécies de licença ambiental instituídas pela Resolução do CONAMA, reputadas inconstitucionais.

## 2.2 Natureza Jurídica da Licença Ambiental: Duas Correntes Doutrinárias

Ao exame da natureza jurídica das licenças ambientais impõe-se a análise de duas *categorias* conceituais formuladas pela doutrina do Direito Administrativo: a licença e a autorização. Antes de examiná-las, porém, importante considerar que todo conceito formulado pela Ciência do Direito tem por fim refletir o direito positivo e, por isso, nenhum conceito jurídico pode ter pretensão de universalidade.<sup>6</sup> A doutrina comumente afasta-se desse importante postulado científico da Dogmática Jurídica: formula uma série de categorias conceituais e lhes dá o ar de universalidade e atemporalidade, considerando-as verdadeiras perante qualquer direito positivo e em qualquer época. Foi o que ocorreu tanto com a licença como com a autorização, enquanto espécies de atos administrativos: essas categorias não foram formuladas a partir do exame de determinado corpo de normas. A doutrina brasileira fixou-lhes contornos conceituais independentes do direito positivo, possivelmente inspirada na análise do direito alienígena ou de diplomas normativos há muito revogados.

Para os administrativistas licença é um ato administrativo vinculado e a autorização, um ato discricionário. Em certas hipóteses, o ordenamento jurídico atribui ao administrado determinado direito, mas condiciona o seu exercício a um prévio controle da Administração: o administrado tem o direito, mas só pode exercê-lo após prévia confirmação da Administração. O ato administrativo expedido por ela simplesmente verifica a configuração do direito e possibilita seu exercício: esse ato é denominado de licença. Em outras hipóteses, o ordenamento jurídico proíbe a prá-

<sup>5</sup> No Município de São Paulo essas licenças também foram previstas na Resolução n. 61 de 05/10/2001 do CADES – Conselho Municipal do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável. Ambos os diplomas, tanto a resolução do CONAMA, quanto a do CADES, ao estabelecerem direitos e obrigações, indiscutivelmente, violam o art. 5º, II, da CF/88, bem como a previsão expressa do inciso IV, do §1º, do art. 225, de que a licença será exigida nos termos da “lei”. Ambas são, assim, inconstitucionais. Sobre o tema, interessante a lição do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello: “Se o regulamento não pode criar direitos ou restrições à liberdade, propriedade e atividades dos indivíduos que já não estejam estabelecidos e restringidos na lei, menos ainda poderão fazê-lo instruções, portarias ou resoluções. Se o regulamento não pode ser instrumento para regular matéria que, por ser legislativa, é insuscetível de delegação, menos ainda poderão fazê-lo atos de estirpe inferior, quais instruções, portarias ou resoluções”. (Curso de direito administrativo, 18ª. ed., VI, 45, p. 341-342).

<sup>6</sup> Nesse sentido as lições de Agustín Gordillo, Tratado de derecho administrativo: parte general, 1ª. ed., v. I, p. 1-17; Celso Antônio Bandeira de Mello, Ato administrativo e direito dos administrados, item 11, p. 5. Trata-se de postulado importantíssimo: um conceito jurídico só é útil se retrata o direito positivo perante o qual é formulado.

tica de certos atos, mas possibilita que a Administração, dependendo das circunstâncias, constitua o direito de praticá-los. O administrado, nesses casos, sequer tem o direito, mas o adquire por força do ato administrativo expedido pela Administração: esse ato é denominado de autorização. A licença goza de perenidade, é irrevogável, podendo, caso o interesse público exija, ser desapropriada; a autorização goza de precariedade, é revogável a qualquer tempo, independentemente de indenização.<sup>7</sup>

Duas correntes formaram-se entre os ambientalistas, a partir dos conceitos formulados no Direito Administrativo: para alguns a licença ambiental é, tal como o nome indica, uma *licença*, possuindo todos os contornos conceituais desta; para outros a licença ambiental é, apesar do nome, uma *autorização*, possuindo todas as características desta. Dentre os partidários da primeira corrente, citam-se os ilustres Édis Milaré<sup>8</sup> e José Afonso da Silva<sup>9</sup>; dentre os da segunda, cita-se o insigne Paulo Affonso Leme Machado.<sup>10 11</sup>

Diante dessas duas correntes, resta apurar se a licença ambiental, aqui analisada, é, de fato, uma licença ou uma autorização, ou tem um regime jurídico diferente dos precisos contornos conceituais que os administrativistas fixaram para essas duas categorias.

### 2.3 As Palavras Utilizadas pelo Constituinte e a Denominação Dada pelo Legislador

Necessário enfrentar o argumento de Paulo Affonso Leme Machado e apurar se o ato implicitamente previsto no mencionado artigo 225, §1º, inciso IV, tem natureza jurídica de uma autorização, enquanto categoria conceitual formulada no Direito Administrativo, por força da utilização da palavra “autorização” no parágrafo único do artigo 170 da Constituição.

Se o constituinte utiliza uma palavra, mas fixa expressamente um significado para ela, prevalece o significado atribuído. Se não fixa um significado para a palavra utilizada, surge um problema hermenêutico: as palavras são signos lin-

<sup>7</sup> Esses traços gerais são encontrados em todos os doutrinadores, com poucas variações. Vide: Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Princípios gerais de direito administrativo, v. I, p. 493-494 e 508-509; Lúcia Valle Figueiredo, Curso de direito administrativo, 6ª. ed., p. 168; Hely Lopes Meirelles, Direito administrativo brasileiro, 8ª. ed., p. 163-164; Diogenes Gasparini, Direito administrativo, 9ª. ed., p. 83-84; Maria Sylvania Zanella Di Pietro, Direito administrativo, 11ª. ed., p. 210-212; Diogo Figueiredo Moreira Neto, Curso de direito administrativo, 13ª. ed., p. 153; Celso Antônio Bandeira de Mello, Ato Administrativo e direito dos administrados, p. 176.

<sup>8</sup> Direito do ambiente, 3ª. ed., p. 484-485. O autor assevera: “Não há que se falar, portanto, em equívoco do legislador na utilização do vocábulo licença, já que disse exatamente o que queria (lex tantum dixit quam voluit).” (Op. cit., p. 486).

<sup>9</sup> Apesar de não afirmar claramente seu entendimento, é a conclusão que se extrai da leitura de sua obra: após estabelecer a diferença entre a autorização e licença, o autor passa a discriminar as hipóteses normativas de autorização ambiental, não mencionando a licença ambiental; posteriormente, em item autônomo, examina-a sem efetuar nenhuma ressalva. (Direito ambiental constitucional, 4ª. ed., p. 278-284).

<sup>10</sup> O autor, após observar que o constituinte utilizou a palavra “autorização” no parágrafo único do art. 170, é enfático: “empregarei a expressão ‘licenciamento ambiental’ como equivalente à ‘autorização ambiental’, mesmo quando o termo utilizado seja simplesmente licença”. (Direito ambiental brasileiro, 9ª. ed., p. 250). E um pouco mais adiante: “Não há na ‘licença ambiental’ o caráter de ato administrativo definitivo; e, portanto, com tranqüilidade, pode-se afirmar que o conceito de ‘licença’, tal como o conhecemos no Direito Administrativo brasileiro, não está presente na expressão ‘licença ambiental’”. (Op. cit., p. 251).

<sup>11</sup> Geraldo Mario Rohde discorre sobre as duas correntes mencionadas, referindo-se, todavia, somente às licenças prévias. (“Licença Prévia – LP e Prática de Licenciamento Ambiental no Brasil”, Revista de Direito Ambiental, n. 18, p. 216-220). Observa-se, todavia, que eventual diferenciação jurídica entre as três espécies de licença instituídas pelas Resoluções do CONAMA e do CADES não é objeto deste estudo.

güísticos, sempre se reportam a um significado, não são uma forma oca, um “x” ou um “y” ao qual se possa atribuir qualquer conteúdo. Ao utilizar uma palavra, o constituinte reporta-se a um significado que se constitucionaliza junto com a palavra, ao menos no que tange ao núcleo essencial desse significado. Assim, se não fixou um significado para a palavra utilizada, deve o intérprete buscar esse significado no conjunto das disposições constitucionais.

Muitas vezes, porém, não encontrará nas disposições expressas uma delimitação significativa, mas, quando muito, só alguns contornos. Nesses casos, o significado constitucionalizado é o significado corrente quando da promulgação da Constituição. Se a palavra é própria da linguagem técnica e o constituinte não fixou um significado para ela, entende-se, sem desprezar eventuais contornos fixados pelas disposições expressas, que o significado atribuído pelos técnicos quando da promulgação da Constituição constitucionalizou-se. Daí a força do argumento do nobre ambientalista: o significado hoje atribuído pelos administrativistas à palavra “autorização”, fixado há pouco, já o era quando da entrada em vigor do texto constitucional. Eis o problema: saber se as chamadas licenças ambientais possuem o regime próprio das autorizações administrativas, por força da utilização pelo constituinte da palavra “autorização”.

Fortes razões afastam esse entendimento. Primeiramente, no parágrafo único do artigo 170 consta uma permissão ao legislador para condicionar o exercício da atividade econômica à prévia “autorização” do Poder Público. Nada indica, porém, tratar-se do mesmo ato previsto implicitamente no inciso IV do §1º do artigo 225. Razoável considerá-los atos diferentes: o primeiro para o exercício da atividade econômica, o segundo para o exercício de atividade toleravelmente poluidora. Bem possível que o legislador não exija a obtenção de autorização para o exercício de determinada atividade econômica, considerada em si mesma, mas exija a realização de estudo de impacto ambiental para seu exercício em determinado local. Se forem atos diferentes, a discussão não se põe: no art. 225, §1º, IV, o constituinte não se valeu da palavra “autorização”, o ato administrativo está implicitamente previsto. Ainda que se atribua à autorização prevista no art. 170, parágrafo único, o significado formulado pelos administrativistas, nada impede seja negado seu regime jurídico à licença ambiental.

Porém, se se tratarem do mesmo ato, o que, como já afirmado, parece inverídico, ainda assim, não parece correto extrair da mera utilização dessa palavra a imposição do regime próprio da autorização administrativa, enquanto categoria doutrinária, às licenças ambientais. Uma análise sistemática do texto constitucional revela que o constituinte, ao valer-se da palavra “autorização”, nem sempre visou à categoria conceitual formulada pelos administrativistas.<sup>12</sup> Em várias hipóteses parece óbvio que o verbo autorizar ou o substantivo autorização não se

<sup>12</sup> Foi mencionada em quarenta e oito dispositivos do texto permanente da Constituição: 5º, XVI, XVIII, XXI; 8º, I; 21, VI, XI, XII, XXIII, “b”; 22, parágrafo único; 37, IX, XX; 49, II, III, IV, XV, XVI; 51, I; 52, V; 55, III; 27, §6º, I; 72; 84, XIX, XX, 100, §2º; 128, §2º; 136, §3º, III; 137; 138, §2º; 165, §8º; 166, §8º; 167, III, V, VI, VIII, IX, §1º, §2º, 16, §1º, III; 174, §4º; 176, §1º, §3º, §4º; 181; 184, §2º; 190; 209, II; 223; 231, §3º; 241.

reportam ao conceito doutrinário e sim a uma simples permissão.<sup>13</sup> A cada menção dessas palavras no texto, por uma imposição sistemática, deve-se buscar o regime jurídico pertinente: eventualmente pode até ser o próprio das autorizações administrativas, não por força da mera utilização da palavra, mas por força da forma como foi positivada na Constituição e nas disposições legislativas. Da mera utilização das palavras pelo constituinte, conclui-se, não se extrai que o ato aqui analisado possui a natureza jurídica de autorização ou licença, enquanto categorias conceituais formuladas previamente pela doutrina.

Ainda na seara da mera utilização das palavras, é fato que o legislador federal, ao se referir ao ato ora analisado, denominou-o de “licença” (Lei federal 6.938/81, artigos 9, IV, e 10). A interpretação das normas infraconstitucionais segue regras muito próximas da interpretação das normas constitucionais: se o legislador utiliza uma palavra e define seu significado, prevalece o significado definido; se ele utiliza uma palavra e fixa um regime jurídico, prevalece o regime fixado. Se o significado não é extraível das disposições normativas, vigorará a regra mencionada: entende-se que o legislador reportou-se ao significado então corrente quando da promulgação da lei. Da mera utilização da palavra, portanto, não se pode, imediata e acriticamente, buscar o significado doutrinário atribuído a essa palavra: imperioso analisar o contexto normativo, enfim, o regime jurídico.<sup>14</sup>

Somente se o sistema jurídico não fixou um regime jurídico próprio para as licenças ambientais, vigorará o regime previamente estabelecido pela doutrina para elas. Enfim, a utilização da palavra “licença” pelo legislador federal só terá importância para fins de apuração do regime jurídico se do contexto normativo não se extraem contornos precisos. Em síntese: da utilização das palavras “autorização” pelo constituinte e “licença” pelo legislador não se extrai automaticamente o regime jurídico atribuído pela doutrina às respectivas categorias doutrinárias. Necessário examinar o contexto normativo.

## 2.4 A Desmistificação das Licenças e das Autorizações

A licença, enquanto categoria conceitual formulada pela doutrina, possui duas características básicas: pressupõe a prévia configuração de um direito subjetivo do administrado no ordenamento e, por isso, limita-se a declarar essa configuração; conseqüentemente, implica no exercício de competência administrativa vinculada, pois, existindo o direito, impõe-se sua prolação, inexistindo, impõe-se

<sup>13</sup> Autorizar na linguagem comum ou natural significa simplesmente “tornar lícito” ou “permitir”. Antônio Houaiss e Mauro de Salles Villar, *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, p. 352. Sobre os conceitos de linguagem natural, técnica e científica vide Paulo de Barros Carvalho, *Língua e linguagem*, p. 30 et seq.

<sup>14</sup> Nesse sentido, determina o artigo 4º, I, do CTN: “a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la: I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei”. Embora o legislador tenha denominado um ato de licença é possível que esse ato não consista numa licença, ou seja, não se refira à categoria conceitual previamente formulada pela doutrina: necessário examinar o regime jurídico aplicável. Somente se do sistema normativo não se extraem contornos para o instituto, deve-se buscar os contornos então atribuídos a ele pela doutrina, quando da promulgação da lei.

a denegação. A autorização, enquanto categoria doutrinária, também tem duas características: pressupõe a inexistência de um direito subjetivo do administrado previamente configurado e, por isso, constitui o direito; conseqüentemente, implica no exercício de competência discricionária, sendo privativo da Administração decidir se expede ou não o ato.

A denominação dada pelo legislador, quase sempre, pouca importância tem. O legislador, num regime democrático, não é, até por definição, um técnico do Direito: não é de se estranhar que o conteúdo que ele atribui às palavras não seja necessária e imperiosamente coincidente com o significado previamente atribuído a elas pelos doutrinadores.<sup>15</sup> O regime jurídico, como já afirmado, só é extraído da denominação se não puder ser extraído das disposições normativas que regem a matéria.

Carlos Ari Sundfeld, em importante artigo doutrinário,<sup>16</sup> tentou desmistificar a irrefletida atribuição do regime previamente definido pela doutrina para autorização e licença aos institutos assim denominados pelo legislador e propôs, em abandono dessa associação, uma nova classificação dos atos ampliativos de direito.<sup>17</sup>

O magno doutrinador divide os atos ampliativos de direito em quatro classes. Na primeira, vislumbra duas espécies de atos administrativos: atos que para serem expedidos dependam da análise pela Administração de elementos referentes tão somente ao requerente e ao objeto e atos que para serem expedidos dependam de análise pela Administração de elementos outros além dos referentes ao requerente e ao objeto. Na segunda, identifica atos em que se exige do particular contraprestação equivalente ao benefício por ele gerado e atos que independem de tal prestação.<sup>18</sup> Na terceira, identifica atos que se destinam a facultar operações específicas, como o corte de uma árvore, e atos que se destinam a autorizar o desenvolvimento de uma atividade de forma indefinida no tempo, como as autorizações (ou licenças) para funcionamento. Por fim, distingue os atos que consentem com o exercício de atividades privadas, verificando a regularidade do exercício, e atos que se limitam a conferir segurança e certeza jurídica a atos privados, desprezando o exercício do direito.<sup>19</sup>

Trata-se, como se afirmou, de uma tentativa, muito bem formulada, de desmistificar a automática associação do regime atribuído pela doutrina às licenças e autorizações aos institutos assim denominados pelo legislador. De fato, a análise do contexto normativo indica que, quase sempre, o regime dos atos denominados

<sup>15</sup> Nesse sentido precisa é a lição de Paulo de Barros Carvalho, Curso de direito tributário, 14ª. ed., p. 4-5.

<sup>16</sup> "Licenças e autorizações no direito administrativo", Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 3, p. 66-72.

<sup>17</sup> A influência da doutrina espanhola sobre o pensamento do autor é evidente, sobretudo de dois autores: Juan Alfonso Santamaría Pastor, Principios de derecho administrativo, 3ª ed., v. II, p. 263 et seq.; Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, Curso de derecho administrativo, v. II, p. 137 et seq.

<sup>18</sup> O autor baseia essa classe no instituto do solo criado, hoje expressamente previsto no art. 28 da Lei federal 10.257/2001. Como o proprietário tem que pagar para adquirir o direito, ainda que se trate de licença, conclui, o direito não preexiste no patrimônio do proprietário, já que ele tem que adquiri-lo mediante pagamento. Por outro lado não há autorização, tendo em vista a inexistência, segundo seu entendimento, de discricionariedade (RTDP 3:71). No mesmo sentido, entendendo tratar-se de ato vinculado: Diógenes Gasparini, O estatuto da cidade, p. 172.

<sup>19</sup> Essa última classe refere-se à atuação administrativa ligada aos registros públicos: o ato administrativo de registro não está ligado à fiscalização estatal do exercício do direito, ao contrário do que ocorre, comumente, nos casos de licença e autorização.

de licença e autorização não possui rigorosamente todos os contornos das respectivas categorias doutrinárias.<sup>20</sup>

Efetuada a desmistificação, duas das classes propostas por Carlos Ari são de extremada utilidade para este estudo: a primeira e a terceira. Aquela toma por base um exemplo elucidativo: a lei autoriza a instalação de um shopping em determinada região da cidade, desde que o local não tenha trânsito saturado. Segundo o raciocínio de Carlos Ari, haveria vinculação para a Administração: se o trânsito no local não estiver saturado, deve deferir a instalação do shopping, se estiver saturado, deve proibi-la. Não há que se falar, de fato, em conveniência e oportunidade administrativa. Porém, pondera o autor, também não há como afirmar a existência de um prévio direito para o administrado, pois somente após uma constatação fática realizada pela Administração, configurar-se-á o direito. E ironiza: “seria um curioso direito, que entra e sai do patrimônio do particular na dependência das condições do trânsito urbano” (RTDP 3:69). O próprio Carlos Ari reconhece a similitude com as licenças ambientais, pois, logo em seguida, afirma: “muitos outros exemplos desse tipo podem ser concebidos: o licenciamento de instalação de indústrias, condicionado ao nível de poluição existente na cidade...” (RTDP 3:69). Por ora, registra-se, a aplicação pura e simples da concepção doutrinária sobre licenças às chamadas licenças ambientais gera equívocos: examinando-se o sistema jurídico, algumas particularidades são identificadas.<sup>21</sup>

A outra classificação importante para esta exposição é a que distingue os atos ampliativos de direito entre aqueles que se destinam a uma operação específica e aqueles que se destinam a vários atos, o desenvolvimento de uma dada atividade. Os primeiros são, por natureza, irrevogáveis, ainda que decorrentes de competência discricionária, pois, realizada a operação, esgota-se o conteúdo do ato. Os últimos são revogáveis se decorrentes de exercício de competência discricionária e são, em regra, irrevogáveis, se decorrentes de exercício de competência vinculada. Mas, observa Carlos Ari, mesmo nesse último caso, o empreendedor não está imune contra eventuais alterações da lei, posto que se colocou numa *situação estatutária* (RTDP 3:71). As licenças ambientais, antecipa-se, autorizam uma atividade que não se esgota numa operação específica e, conforme se expôs, atos ampliativos dessa natureza instituem uma situação estatutária passível de ser alterada pela lei.

Em síntese: a utilização da palavra licença no texto legal pouco revela. O sistema jurídico, quase sempre, traça um regime diverso do previsto pela doutrina para as categorias por ela elaboradas. Afastada a imediata aplicação do regime jurídico fixado para as categorias doutrinárias da licença e da autorização às licenças ambientais, resta apurar, mediante um cuidadoso exame do sistema normativo, qual é, enfim, o regime destas.

<sup>20</sup> Certamente, por estar convencido da desmistificação que empreendeu em 1993, o autor, ao elaborar o Projeto que resultou na Lei 9.472/97, abandonou a categoria doutrinária de autorização: reza o artigo 163, §1º, que a autorização de uso de radiofrequência é ato administrativo vinculado.

<sup>21</sup> O tema será retomado a seguir, mas antecipa-se a discordância com o autor num aspecto: há sim um prévio direito configurado para o administrado, mas, conforme será explicado, esse direito é condicionado às circunstâncias.

### 3 REGIME JURÍDICO DA LICENÇA AMBIENTAL

#### 3.1 Um Direito Previamente Configurado

Afastou-se a aplicação automática do regime jurídico atribuído pela doutrina às categorias conceituais por ela formuladas. Impõe-se, pois, precisar o regime das licenças ambientais e o ponto de partida é a retomada da primeira conclusão desta exposição: há um direito assegurado constitucionalmente de construção de obras e exercício de atividades que não produzam poluição num nível considerado inaceitável pelo ordenamento.

Quase toda atividade humana consiste numa forma de poluição e, por isso, é equivocado afirmar que esta é proibida: o sistema normativo proíbe-a num grau de difícil precisão, permite-a desde que não ultrapasse esse grau.<sup>22</sup> Não há uma indicação precisa: é o conjunto das normas ambientais que indica o grau de poluição tolerado pelo ordenamento.

Esse é o alicerce que permitirá compreender todo o regime jurídico da licença ambiental: dos artigos 225, §1º, IV e 170, parágrafo único, mencionados, extrai-se um direito constitucional de construção de obras e exercício de atividades não causadores de uma poluição inaceitável pelo ordenamento ou, em outras palavras, se a atividade pretendida configurar-se não causadora da poluição proibida, o administrado tem um *direito subjetivo* de exercê-la, direito esse *reconhecido*, ao menos de forma implícita, *constitucionalmente*.

Diante da construção de uma obra ou do exercício de uma atividade econômica, previamente considerada, ou seja, antes de sua concretização efetiva, três hipóteses podem ocorrer. 1) Independente de qualquer estudo ou análise a construção ou atividade mostra-se geradora de uma poluição inaceitável pelo ordenamento: a atividade é constitucionalmente proibida, sendo dispensada sequer a realização do procedimento de licença. Trata-se de mera interpretação dos dispositivos constitucionais mencionados. 2) Ou então, independente de qualquer estudo ou análise, a construção ou atividade mostra-se não geradora de uma poluição inaceitável pelo ordenamento: a atividade é permitida, independente de qualquer estudo ou autorização do poder público (salvo disposição expressa em sentido contrário, possibilidade decorrente do parágrafo único do art. 170 da Constituição). 3) A terceira hipótese é a que interessa aqui: tomada em abstrato, a constru-

---

<sup>22</sup> Afirmou brilhantemente Hely Lopes Meirelles: “De um modo geral, as concentrações populacionais, as indústrias, o comércio, os veículos motorizados e até a agricultura e a pecuária produzem alterações no meio ambiente. Essas alterações, quando normais e toleráveis, não merecem contenção e repressão, só exigindo combate quando se tornam intoleráveis e prejudiciais à comunidade, caracterizando poluição reprimível. Para tanto há necessidade de prévia fixação técnica e legal dos índices de tolerabilidade, ou seja, dos padrões admissíveis de alterabilidade de cada ambiente, para cada atividade poluidora”. (Direito administrativo brasileiro, 8ª. ed., p. 553). Nesse sentido, o tipo penal previsto no artigo 54 da Lei 9.605/98: “Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora”. A contrario sensu, nem toda poluição constitui crime, existe poluição lícita. Existem vários conceitos doutrinários e normativos de poluição: vide José Afonso da Silva, Direito ambiental constitucional, 4ª. ed., p. 29-32; Paulo Afonso Leme Machado, Direito ambiental constitucional, 4ª. ed., p. 491-493. O exame desses conceitos não interessa aos fins desta exposição. Importa aqui deixar claro que quase toda atividade humana gera poluição e, conseqüentemente, há poluição lícita e poluição ilícita.

ção ou atividade mostra-se *possivelmente causadora de significativa degradação ambiental*, entenda-se: é possível, num plano abstrato, sem um exame acurado, que a construção ou a atividade causem uma poluição acima do nível tolerado pelo ordenamento. Sem um exame prévio, percebe-se, não há como saber se a atividade é permitida ou proibida: está-se no campo da mera possibilidade, é possível que ela seja proibida e é possível que ela seja permitida.

A Constituição, somente nessa terceira hipótese,<sup>23</sup> exige a instauração de um processo administrativo. Parece óbvio: somente quando haja dúvida se a atividade é permitida ou proibida impõe-se a instauração de um processo visando, justamente, elidir a dúvida, ou seja, apurar se há permissão ou proibição constitucional. Essa apuração dá-se pela realização de um estudo de impacto ambiental, cujo objetivo é apurar se a possibilidade era positiva ou negativa.<sup>24</sup> Efetuado o estudo, apurado o nível de poluição que a atividade ou a construção causará, o ato conclusivo desse processo é a expedição de um ato administrativo autorizando ou proibindo a realização dessa construção ou atividade. Se o ato for permissivo, consubstanciar-se-á na expedição da licença ambiental. Disso se extrai: ela consiste no ato administrativo conclusivo de um processo administrativo, seu conteúdo é a permissão de realização de uma obra ou atividade não causadora de poluição inaceitável pelo direito, tem por requisito procedimental de validade a realização de um estudo de impacto ambiental e por pressuposto a possibilidade de causação de uma poluição proibida.

A licença ambiental, conclui-se, possui uma das características fundamentais da categoria doutrinária das licenças: consiste na declaração de um direito previamente configurado no ordenamento, a Administração restringe-se a apurar e declarar se o direito existe ou não. Nada impede, todavia, o acolhimento da ressalva de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: o direito existe mas não pode ser exercido, só torna-se passível de ser exercitado após o proferimento da licença. Por isso, o aclamado jurista, apesar de arrolar a licença entre os atos declaratórios de direito, considera-a constitutiva, não quanto ao gozo do direito, mas quanto ao seu exercício, ou seja, constitutiva sob o aspecto *formal*.<sup>25</sup>

Discorda-se, assim, da conclusão de Carlos Ari Sundfeld: nas hipóteses em que a Administração deve analisar fatores outros, além dos concernentes ao próprio objeto e à pessoa do administrado, primeira hipótese da classificação exposta no final do capítulo anterior, há sim um direito previamente instituído pelo ordenamento em favor do administrado. No exemplo mencionado: se o trânsito no local não estiver saturado, o administrado tem efetivo direito à construção do shopping. Não há como negar que há um prévio direito configurado no ordenamento, não um direito de construir o shopping, mas o direito de construir o shop-

<sup>23</sup> Se houver dúvida, mínima que seja, impõe-se a configuração da terceira hipótese por força dos princípios da prevenção e da precaução. Sobre eles vide Marcelo Abelha Rodrigues, *Instituições de direito ambiental*, p. 148-152.

<sup>24</sup> Se não houver como elidir a possibilidade, transformando-a em certeza positiva ou negativa, uma ponderação de interesses, em que o princípio de proteção ao meio ambiente tem grande peso em abstrato, é que indicará se a atividade será permitida ou proibida.

<sup>25</sup> *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, v. 1, p. 509

ping se não estiver saturado o trânsito no local.<sup>26</sup> A hipótese é bem diversa de um direito de portar arma de fogo, que inexistente. O fator acrescido pelo ordenamento “o trânsito não estiver saturado” impõe a análise das circunstâncias, mas não desfigura a existência de um prévio direito subjetivo.<sup>27</sup> Tudo é similar com a licença ambiental: o ordenamento atribui ao administrado o direito de construir uma obra ou exercer uma atividade não significativamente poluidora. Esse fator, “não significativamente poluidora”, também impõe a análise das circunstâncias, mas não desfigura a existência de um prévio direito.

### 3.2 O Exercício de Competência Vinculada e suas Consequências

A discricionariedade é considerada por muitos a *quaestio diabolica* do Direito Administrativo.<sup>28</sup> Enfrentá-la, por óbvio, vai além dos limites desta análise, mas um exame perfunctório faz-se necessário. Efetuando-se uma acentuada simplificação, pode-se afirmar que a discricionariedade só existe quando houver uma dúvida insolúvel sobre qual a melhor forma de atender o interesse público. Por força do pluralismo político, adotado no sistema brasileiro em seu grau máximo (artigo 1º, inciso V, da CF), as pessoas, por pressuposto, têm diferentes concepções sobre o bem. Por isso, em muitos casos, a melhor forma de atingir o interesse público dependerá da concepção individual de cada um. Nessas hipóteses o sistema jurídico determina que prepondera a concepção do bem do administrador, ou seja, a sua visão sobre a “melhor forma”. Somente nesses casos, de dúvida insolúvel, haverá discricionariedade. Num sistema baseado em princípios jurídicos, que demandam uma ponderação para ser aplicados, uma certa margem de discricionariedade estará comumente presente, em outras palavras, em muitas hipóteses é comum a configuração de dúvida insolúvel na apuração dos princípios preponderantes.

O tema é controvertido na doutrina. O afirmado no item anterior, no entanto, é suficiente para os propósitos da exposição: como regra geral, sempre que houver um direito do administrado configurado no ordenamento, não haverá discricionariedade por parte da Administração para reconhecer esse direito. O exemplo mais característico é a autorização para o porte de arma: portar arma é proibido pelo ordenamento jurídico, conduta, inclusive, tipificada como crime (artigo 14 da Lei

<sup>26</sup> E por força do princípio da igualdade, se houver mais de um possível interessado na construção do shopping, acrescenta-se a necessidade de o administrado vencer um processo licitatório. Ou seja, há um direito de, não estando saturado o trânsito no local e, caso haja mais de um possível interessado, vencendo um processo licitatório, construir o shopping.

<sup>27</sup> Carlo Ari argumenta que, se houvesse um prévio direito à construção, esse seria um direito adquirido e, por isso, seria despropositado reputar a construção da obra (ou o deferimento da licença) como marco de aquisição do direito. (RTDP 3:67). Nada mais equivocado: o direito subjetivo existe, mas não se encontra estabilizado, ou seja, enquanto o titular do direito subjetivo não o exerce, este é passível de ser atingido por uma norma superveniente. A falácia do raciocínio do nobre jurista parece evidente: ninguém nega que todos têm hoje o direito de casar nos termos da lei civil. Se esta for alterada, aqueles que não se casaram sob a égide da lei antiga sujeitam-se à nova disciplina. Possuíam direito subjetivo de casar, mas como não exercitaram esse direito, nenhuma situação jurídica se constituiu e, por isso, o direito está sujeito à nova disciplina. Conclui-se: o fato de que antes da construção da obra (ou do deferimento da licença) o administrado está sujeito à nova legislação não descaracteriza a existência de um prévio direito, pois este só se estabiliza quando efetivamente exercido.

<sup>28</sup> Nesse sentido, Afonso Rodrigues Queiró, “A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo”, Revista de Direito Administrativo, v. VI, p. 44.

10.826/03). Não há, assim, um direito assegurado ao cidadão de portar arma. A lei, porém, (artigo 10 da Lei 10.826/03), possibilita à Administração, diante das circunstâncias, autorizar alguém a portar arma ou não. O legislador entendeu que saber se o interesse público permite a alguém portar arma de fogo é um caso de dúvida insolúvel: é o administrador e somente ele o competente para dizer se é ou não o caso de deferir o porte, trata-se de nítido exemplo de *discricionariedade*. Nessas hipóteses, *não* pode o Poder Judiciário *substituir* a Administração: violaria a separação dos poderes a decisão judicial que autorizasse o porte de arma de fogo, pois, decidir se o porte de arma, diante das circunstâncias, atende ou não atende ao interesse público é privativo do administrador, é o valor dele que pondera, é a sua concepção.<sup>29</sup>

Tudo difere nos casos em que o administrado tem um direito subjetivo previsto no ordenamento. Nesses casos, não compete a Administração decidir, segundo sua concepção de bem, se é o caso de constituir o direito ou não, mas sim reconhecer a existência ou inexistência do direito. Ao reconhecer o direito de propriedade (artigo 5o., XXII, da CF/88), o sistema jurídico estabelece para os administrados o direito subjetivo de construir. Esse direito deve ser exercido, nos termos da lei, ou seja, devem ser, por exemplo, respeitadas as limitações urbanísticas. Porém, comprovado que o administrado atende todas as exigências previstas no ordenamento, impõe-se à Administração o *dever* de reconhecer o direito e, assim, de deferir a licença. Nesses casos não há discricionariedade, mas mera interpretação do ordenamento.

Do exercício de competência vinculada extraem-se duas conseqüências importantíssimas. Pela primeira, nessas hipóteses o Judiciário pode sempre *substituir* a Administração: se o direito existe e a Administração não o reconheceu, pode o Judiciário, se provocado, fazê-lo, determinando a expedição da licença. Eis mais uma característica da licença ambiental: havendo um direito de construir ou de exercer atividades não causadoras de significativo impacto ambiental, direito este que não decorre de um juízo da Administração, mas do próprio sistema jurídico, a atividade exercida pela Administração restringe-se a apurar se o direito configurou-se ou não, ou seja, trata-se de atividade vinculada. Por força disso, se o direito existe e a Administração negou-se a proferir a licença ambiental, nada obsta o administrado de recorrer ao Judiciário para que este, em substituição à Administração, apreciando o sistema jurídico, apure se se configurou ou não o direito e, caso se tenha configurado, determine a expedição da licença.

A segunda conseqüência do exercício do poder vinculado é a impossibilidade de *revogação*. Pacífico o entendimento de que só são passíveis de revogação atos decorrentes do exercício de competência discricionária. Quando o sistema

---

<sup>29</sup> Não se nega aqui a possibilidade de o Judiciário examinar se houve razoabilidade e proporcionalidade no exercício de competência discricionária, bem como se foram obedecidas todas as imposições legais. Sobre o controle da discricionariedade pelo Poder Judiciário vide Figueiredo, Lúcia Valle (Curso de direito administrativo, 6ª. ed., Cap. VI, item 13, p. 211). Parece indiscutível, porém, que, diante de real discricionariedade, ou seja, de uma situação em que haja mais de uma forma razoável de atender o interesse público e a escolha da melhor forma não for fixada pelo ordenamento, mas dependa única e exclusivamente das concepções de cada um, é ilegítima a substituição da Administração pelo Judiciário. Nesse sentido a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 18ª. ed., Cap. VII, item 61, p. 384.

deixa ao encargo do administrador decidir qual a melhor forma de atingir o interesse público e este opta pela edição de um ato administrativo, atribui-lhe, em regra, a competência para decidir pela manutenção ou não do ato editado.<sup>30</sup> Se o sistema institui um direito subjetivo em favor do administrado, configurado este, não pode, por óbvio, a Administração, em face de um juízo de “conveniência e oportunidade”, decidir retirar-lhe esse direito e a razão é evidente: não foi ela quem constituiu o direito e sim o próprio ordenamento. Eis, portanto, mais uma característica das licenças ambientais: não são passíveis de revogação.

As licenças ambientais, pelo que se expôs até aqui, possuem as características atribuídas pela doutrina do Direito Administrativo à categoria doutrinária das licenças: tendo em vista a configuração de um direito subjetivo do administrado de construção de obras e realização de atividades não causadoras de significativo impacto ambiental, decorrem do exercício de competência vinculada; conseqüentemente, configurado o direito, se a Administração não reconhecer sua existência, compete ao Judiciário, se provocado, substituir a Administração e reconhecê-lo, determinando seja expedida a regular licença; como o direito decorre do ordenamento e não de ato da Administração, além disso, a licença ambiental que o reconhece jamais pode ser revogada.

As licenças ambientais, conclui-se, possuem todos os traços fixados pela doutrina para as licenças: são atos declarativos de direito (ou constitutivos sob o aspecto formal), decorrentes do exercício de competência vinculada. Pode-se afirmar, assim, que a licença ambiental possui a natureza jurídica de uma licença administrativa, tal qual concebida pela doutrina. Resta apurar, porém, se possui ou não alguma peculiaridade: é o próximo passo.

### **3.3 Diretrizes Constitucionais sobre a Propriedade e o Meio Ambiente**

Considerada a licença ambiental uma licença administrativa, resta apurar a existência de eventual particularidade. Parte-se de um importante pressuposto metodológico da compreensão do direito: num sistema de Constituição rígida nenhum instituto jurídico pode ser analisado com desprezo às disposições constitucionais. A Constituição brasileira de 1988 possui um vasto repertório de princípios condicionadores da compreensão de todas as normas jurídicas do ordenamento. De todo o sistema constitucional, porém, para os fins desta exposição, duas diretrizes possuem fundamental importância.

A primeira diretriz é o princípio da função social da propriedade. Na Constituição de 1969 (decorrente da Emenda Constitucional nº 1 à Constituição de 1967) esse princípio estava consagrado no inciso IV do artigo 160, dentre os princípios da ordem econômica. A Constituição de 1988, além de considerá-lo princípio da ordem econômica, no inciso III do artigo 170, possui inovação importantíssima: arrolou-o juntamente com os direitos e deveres individuais e coletivos,

<sup>30</sup> Sobre a revogação vide, por todos, Daniele Coutinho Talamini, Revogação do ato administrativo. Afirma expressamente a autora: “a competência revogatória tem por objeto e por resultado um ‘ato discricionário’”. (Op. cit., p. 134).

logo após a previsão do direito individual de propriedade, no inciso XXIII do art. 5o. Por força disso, a função social, no ordenamento jurídico brasileiro, não é, hoje, apenas um princípio da ordem econômica, mas um condicionante de toda propriedade individual.

A segunda diretriz é a existência de um capítulo inteiro dedicado ao meio ambiente (Capítulo VI, do Título VIII), inovação da Constituição de 1988 não vislumbrada nas sete Constituições brasileiras anteriores. Esse fato revela especial importância atribuída pelo constituinte ao meio ambiente e, conseqüentemente, numa ponderação de interesses em que esteja envolvido o valor ambiental, este terá um considerável peso em abstrato.<sup>31</sup>

Já se afirmou, nesta exposição, que há um direito constitucional implícito de construção de obras e realização de atividades não causadoras de poluição considerada intolerável pelo ordenamento. As duas diretrizes fixadas fundamentam uma importante conclusão: o direito declarado pela licença ambiental, em regra, jamais se estabiliza, ou seja, é sempre condicionado ao grau de poluição permitido pelo direito. O adequado entendimento dessa conclusão será objeto das próximas considerações.

### 3.4 As Licenças Ambientais e a Cláusula *Rebus Sic Stantibus*

No sistema jurídico brasileiro o direito declarado pela licença ambiental está constantemente subordinado a uma cláusula de não poluição proibida e, por isso, pode, em regra, ser sempre revisto. A Profa. Lúcia Valle Figueiredo, vislumbrando essa peculiaridade ditada pelas normas ambientais, considerou a relação jurídica formada pela licença ambiental “*rebus sic stantibus*”.<sup>32</sup> Impõe-se o exame desta cláusula, ainda que de forma perfunctória.

Ela foi inicialmente formulada por Neratius, no *Digesto: contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur* (“contratos que têm trato sucessivo ou dependem do futuro devem conservar sua base de contratação inicial”). Em outra passagem do *Digesto* afirma Neratius: *omnis pacto intelligentur rebus sic stantibus et in eodem statu manentibus*. (“tudo se entende no contrato, desde que permaneçam as mesmas condições e circunstâncias”).<sup>33</sup> Reduzidas essas formulações à sua essência, extraiu-se a chamada cláusula *rebus sic stantibus*, cujo significado é “permanecendo inalterados os fatos” ou “estando assim as coisas”, ou, ainda, “subordinando-se os fatos, a todo tempo, ao mesmo estado de sua criação”.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> É o chamado por Alexy de caráter *prima facie* do princípio: a forma como um princípio é positivado pode indicar um peso maior em abstrato que deve ser considerado quando de ponderação em concreto. Por força do caráter *prima facie*, nem todos os princípios possuem em abstrato o mesmo peso: uns são, previamente, considerados mais pesados do que os outros. (Teoría de los derechos fundamentales, p. 98-103). A existência de um capítulo autônomo dedicado ao meio ambiente na Constituição Brasileira de 1988 dá ao valor ambiental um peso maior.

<sup>32</sup> Lúcia Valle Figueiredo, Curso de direito administrativo, 6ª. ed., Cap. V, item 3.5.3, p. 168.

<sup>33</sup> As passagens do *Digesto* e respectivas traduções foram retiradas de Nelson Borges, A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil, p. 94. Trata-se, sem dúvida, da obra mais completa editada no Brasil sobre a teoria da imprevisão, versão moderna da cláusula *rebus sic stantibus*.

<sup>34</sup> Nelson Borges, A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil, p. 94.

Portanto, segundo esse entendimento, a relação jurídica instituída pela licença ambiental só vale se permanecerem inalterados os fatos ou, em outras palavras, se mantido o estado de coisas quando de sua expedição. A conclusão está correta, mas depende de algumas explicações adicionais: a peculiaridade não está na licença, em si, mas no direito substantivo por ela declarado. Não é a licença que é *rebus sic stantibus*, mas o próprio direito subjetivo. O ordenamento jurídico autoriza a exploração de uma dada atividade econômica se e enquanto não causar poluição acima de um nível proibido. Esse nível não é estanque, depende da legislação vigente: o meio ambiente é dinâmico, a legislação ambiental é constantemente modificada em face da alteração das circunstâncias fáticas. Perceba-se: o direito à exploração da atividade econômica é cambiante, depende da legislação em vigor e é alterado constantemente por ela, isso porque o sistema não permite a exploração da atividade econômica, mas, sim, a exploração da atividade que “não cause poluição ambiental proibida”.

Essa cláusula não se aplica somente quando da análise do pedido do interessado ou quando do deferimento da licença, mas incide constantemente. Assim, se a atividade não for significativamente poluidora na data da expedição da licença, mas, pouco tempo depois, tornar-se significativamente poluidora em face da alteração das circunstâncias fáticas ou da própria legislação, passará a ser proibida pelo ordenamento. O próprio direito substantivo é *rebus sic stantibus*. Daí a afirmação: não existe direito adquirido de poluir de forma intolerável o meio ambiente.<sup>35</sup>

Existem, portanto, duas categorias de direitos: há direitos que são passíveis de aquisição de forma definitiva, são os mais comuns, e há direitos que não são passíveis de aquisição definitiva, são excepcionais. Dentre os últimos, na maioria das vezes, o sistema não prevê o direito, mas permite à Administração decidir se o institui ou não, hipóteses em que o ato administrativo instituidor recebe doutrinariamente o nome de autorização. Em raros casos, o próprio sistema prevê direitos não passíveis de aquisição definitiva. Um exemplo é o direito de guarda dos filhos (artigos 1.583 e seguintes do Código Civil): ele é constantemente subordinado aos interesses da criança. Não se pode afirmar que o genitor tenha uma simples autorização judicial para ter a guarda de seu filho: revelando possuir as melhores condições para exercê-la, é o próprio ordenamento que lhe atribui esse direito, o magistrado simplesmente reconhece sua configuração. Porém, obtida a guarda da criança, seu direito fica sujeito às circunstâncias, ou seja, pode a qualquer momento ser revisto, pois subordinado constantemente ao melhor atendimento dos interesses do incapaz. Outro exemplo é o direito reconhecido pela licença ambiental, subordinado constantemente à proibição de poluição não tolerada. São, enfim, direitos *rebus sic stantibus*.

### 3.5 O Direito de Construir e a Licença Ambiental

O direito de propriedade, porém, não é um direito *rebus sic stantibus*. Ao ser exercido, o proprietário deve obediências às limitações administrativas existentes,

<sup>35</sup> Cf. Edis Milaré, *Direito do ambiente*, 3ª. ed., p. 501.

às exigências do princípio da função social. Porém, respeitados todos os condicionamentos impostos pelo ordenamento e exercido o direito, este se estabiliza. Uma vez construída uma obra, incorporada a acessão ao patrimônio do proprietário, não há que se falar em demolição ou adaptação da construção por força de legislação superveniente ou alteração de circunstâncias fáticas. O direito incorpora-se definitivamente ao patrimônio do proprietário e só pode dele ser retirado mediante prévia e justa indenização (é o que se extrai do inciso XXIV do artigo 5o da Constituição). Dessa constatação decorrem conseqüências fundamentais.

A licença restringe-se sempre a declarar o direito, não a constitui-lo.<sup>36</sup> Por isso, sendo o regime do direito material de construção diverso do regime do direito material de exercício de atividade, não se pode equiparar o regime jurídico da licença ambiental para construção de uma obra com o regime jurídico da licença ambiental para exercício de uma atividade (duas espécies extraídas do inciso IV do §1º do art. 225 da CF). A primeira aproxima-se muito da licença urbanística, a segunda dela se distancia radicalmente.

A doutrina, sem grandes divergências, fixou o seguinte regime para as licenças urbanísticas de construção: 1) tratando-se de licença, impossível a revogação, ou seja, a extinção por motivo de conveniência e oportunidade da Administração; 2) se foi deferida em desconformidade com a ordem jurídica, ou seja, se inexistia o direito que declarou existir, passível de invalidação, mas é devida uma indenização ao administrado se este não concorreu para o vício;<sup>37</sup> 3) se não houve vício, mas alteração legislativa incompatível com a licença expedida ou se o interesse público exigir e se ainda não iniciada a obra, possível a extinção da licença, mediante o pagamento de uma indenização ao administrado;<sup>38</sup> 4) ainda se não houve vício, mas alteração legislativa incompatível com a licença expedida ou se o interesse público exigir e se já foi iniciada a obra, prevalece na doutrina que a extinção da licença deve dar-se por *desapropriação*.<sup>39</sup> Na terceira hipótese, a extinção se dá pela chamada *revogação-expropriação* (indenização concomitante ou ulterior, não havendo que se falar em imissão na posse), na última pela *desapropriação* (indenização prévia, necessitando-se da imissão na

<sup>36</sup> Clara, nesse sentido, a lição de Celso A. Bandeira de Mello: "a licença é ato que remove obstáculo ao exercício de um poder jurídico preexistente e que descende diretamente da lei, mas cuja atuação está condicionada a uma conferência administrativa. Ante um pedido de licença, ao Executivo nada mais cabe além de conferir se existe ou não o direito alegado e, se existente, proclamar tal fato, liberando o administrado para exercitá-lo". (Ato administrativo e direito dos administrados, Cap. VI, item 3, p. 173).

<sup>37</sup> Por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello: "o Poder Público responde por danos patrimoniais causados pela anulação de licenças ilegítimamente concedidas se o lesado não concorreu para a produção do vício." (Ato administrativo e direito dos administrados, Cap. VI, item 19, p. 184).

<sup>38</sup> As divergências doutrinárias são apenas aparentes. Aqueles que reputam relevante o início da construção da obra não negam que, antes desse momento, se deferida a licença, todos os prejuízos que o administrado teve devem ser indenizados pela Administração, tais como, por exemplo, as despesas com o projeto. Vide, por todos, Celso A. Bandeira de Mello, Ato administrativo e direito dos administrados, Cap. VI, item 22, p. 186.

<sup>39</sup> Trata-se de hipótese de desapropriação típica, em que há necessidade de pagamento de justa e prévia indenização em dinheiro. Aplica-se, aqui, o procedimento de desapropriação previsto na lei: para que a Administração obtenha a demolição da obra, por exemplo, necessário imitir-se na posse do direito. Diz Celso A. Bandeira de Mello: "não nos parece correto tal solução (revogação com indenização), pois não é o mesmo ter que buscar em juízo uma indenização por danos e ser buscado no Judiciário, com indenização prévia. São caminhos diferentes. Desassiste ao Poder Público através de comportamento abusivo lançar o administrado em via menos conveniente para este último" (Ato administrativo e direito dos administrados, Cap. VI, item 15, p. 181, esclareceu-se). Não se trata, nessa hipótese, da chamada revogação-expropriação mencionada por Lúcia Valle Figueiredo (Curso de direito administrativo, 6ª. ed., Cap. IX, item 4.3, p. 253; Extinção dos contratos administrativos, 2ª. ed., p. 46).

posse); naquela, a indenização decorre do princípio da responsabilidade objetiva da administração, nesta, com o ingresso da construção no patrimônio do proprietário pela acessão, do direito a desapropriar das entidades públicas.<sup>40</sup> Esses, enfim, são os traços gerais do regime jurídico da extinção das licenças urbanísticas de construção.<sup>41</sup>

### 3.6 Regime Jurídico de Extinção da Licença Ambiental de Instalação de Obra

Interessa aqui apurar em que medida esse regime das licenças urbanísticas aplica-se à primeira espécie de licença ambiental: a licença ambiental para construção de obra. Primeiramente, relembra-se este importante axioma: a licença não constitui nenhum direito, apenas declara se o direito existe ou não existe. Em outras palavras: se o direito inexistiu e a licença declarou-o existente, nem por isso ele passa a existir. Assim, se houve violação ao direito, a Administração expediu uma licença urbanística afirmando existir o direito de construção e este não existia, o direito à indenização, preconizado pela doutrina, não decorre da perda do direito, que nunca existiu, mas dos prejuízos gerados pela conduta da Administração.<sup>42</sup>

Essa solução, plenamente adequada no Direito Urbanístico, não se aplica ao Direito Ambiental. O sistema jurídico institui o administrado numa situação de *dever* de não causar a poluição proibida, sujeitando-o, inclusive, à integral responsabilização caso viole esse dever.<sup>43</sup> No processo de licença, o administrado afirma que sua atividade não produz poluição proibida e traz elementos comprobatórios do afirmado. Se a licença, ao final do processo, é indevidamente deferida, não há como afirmar que o administrado não concorreu para o vício. No sistema jurídico vigente, a atuação da Administração no processo de licença, não se dá em prol dos interesses do requerente,<sup>44</sup> mas tão somente em prol da proteção ambiental. Assim, se se apurar que, ao contrário do afirmado pelo administrado, não havia direito de construir a obra, posto que a poluição por ela causada é proibida pelo direito, a invalidação da licença se impõe e não gera, nunca, direito à indenização.<sup>45</sup> A Administração,

<sup>40</sup> Iniciada a obra, impõe-se a extinção da licença pela desapropriação por força da acessão: foi a conclusão do Ministro Moreira Alves em clássica decisão do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário 85.002, j. 01.01.1976).

<sup>41</sup> Sobre as licenças urbanísticas duas excelentes monografias encontram-se editadas: José Marcelo Ferreira Costa, *Licenças urbanísticas*; Márcia Walquiria Batista dos Santos, *Licenças urbanísticas*.

<sup>42</sup> Entende-se que, como os atos da Administração gozam de presunção de legitimidade, o administrado tem o direito de acreditar que possui um direito se a Administração assim declarar. Perceba-se: a indenização devida não decorre da perda do direito, que nunca existiu, mas da conduta administrativa regida pelo princípio da responsabilização objetiva.

<sup>43</sup> Pacífico que a responsabilidade civil por violação às normas ambientais é objetiva. Difícil, além disso, encontrar uma conduta causadora de poluição proibida que não esteja tipificada no ordenamento como criminosa. Esses dados são importantes para o correto entendimento do sistema: a conduta do particular causadora de poluição ambiental é, em regra, criminosa e sujeita à responsabilidade civil objetiva.

<sup>44</sup> Ao contrário do que ocorre no processo de licença urbanística em que a atuação da Administração tem uma dupla finalidade: zelar pela obediência da legislação urbanística e resguardar os direitos do proprietário. De fato, o sistema, ao mesmo tempo em que protege a comunidade de obras ilícitas, protege o proprietário de uma situação de insegurança. No processo de licença ambiental, ao contrário, a atuação da Administração dá-se exclusivamente para assegurar a obediência à legislação ambiental.

<sup>45</sup> Essa solução é perfeitamente compreensível em casos fáceis: imagine-se que foi expedida uma licença ambiental para instalação de uma indústria, supondo-se que a atividade não fosse proibida. Alguns meses após iniciada as atividades, apura-se que a poluição gerada está causando a morte dos moradores da região. Parece inviável sustentar um direito à indenização. Trata-se de um caso fácil, pois, em face dos valores envolvidos, a solução é intuitiva por todos. Nada difere, porém, nos casos difíceis: o administrado tem o dever de zelar pela legislação ambiental, independentemente de qualquer manifestação administrativa. Esta remove o obstáculo para o exercício da atividade, não lhe confere licitude, nem garante uma indenização.

ao expedir uma licença contrária ao direito, será responsável, não pelos prejuízos do licenciado, mas pelos danos causados ao meio ambiente: é a sociedade e não o licenciado a legitimada a exigir uma indenização da Administração.

Algumas conclusões podem ser fixadas: a licença ambiental para construção de obra, por ser licença, jamais será passível de revogação, de extinção sob o fundamento de “conveniência e oportunidade administrativa”. Se a licença for expedida em desconformidade com a ordem jurídica, declarando um direito inexistente, será sempre passível de invalidação, sem direito de indenização ao licenciado. Nesses casos, porém, a Administração será responsável, solidariamente com o requerente da licença, pelos danos causados ao meio ambiente.

A segunda hipótese a ser analisada é a extinção da licença, não por força de um vício quando de sua expedição, mas em decorrência de legislação superveniente ao deferimento da licença com ela incompatível ou por alteração das circunstâncias fáticas (o meio ambiente é dinâmico: alterando-se as circunstâncias é bem possível que uma poluição antes tolerável passe a ser intolerável). Nesses dois casos, deve-se distinguir: se houve o início da obra ou não. Se não houve o início da obra, aplica-se a solução dada para a hipótese anterior: é possível a extinção da licença sem nenhuma indenização ao licenciado. Trata-se de risco do empreendimento.<sup>46</sup> Como afirmado anteriormente, vigora no direito ambiental a cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, o agente econômico tem constantemente sobre si uma espada de Dâmocles, incide sempre a cláusula de vedação da poluição proibida: alteradas as circunstâncias, alterada a legislação, desfigura-se o direito de construção, independentemente de indenização.

Agora, se a alteração da legislação ou das circunstâncias fáticas for posterior ao início da obra, a solução se altera. Numa ponderação de interesses, entre a propriedade e a proteção ambiental, àquela prepondera a esta se a obra foi iniciada. Com sua realização, a poluição proibida já foi efetuada, de nada adiantando sua demolição: construído um edifício, uma ponte, uma estrada, uma casa, ninguém cogitará em demolição, porque houve violação de uma norma ambiental superveniente ou alteração das circunstâncias fáticas. O início da obra gera a *estabilização* do direito, ficando o proprietário imune à cláusula *rebus sic stantibus*. A partir daí, a obra ingressa no patrimônio do proprietário e dele só pode ser retirado mediante regular desapropriação. É nesse ponto que a licença ambiental de instalação de obra aproxima-se da licença urbanística de construção.

Observa-se, porém, que, dependendo da fase da obra, possível a caducidade da licença<sup>47</sup> por força de lei superveniente ou alteração das circunstâncias fáticas.

<sup>46</sup> Alguns casos fáceis podem ser mencionados: suponha-se que uma atividade industrial não era nociva à humanidade, porém, por força de alterações genéticas, passou a ser nociva às novas gerações. Comprovado esse fato, ninguém cogitaria em indenização para a interrupção da atividade.

<sup>47</sup> A extinção da licença por força de legislação superveniente com ela incompatível é chamada pela doutrina de caducidade. Eis o conceito de Celso A. Bandeira de Mello: “retirada porque sobreveio norma jurídica que tornou inadmissível a situação dantes permitida pelo Direito e outorgada pelo ato precedente”. (Curso de direito administrativo, 18ª. ed., p. 414). Estendeu-se essa denominação à hipótese de retirada por força das circunstâncias fáticas. Não se trata de “conveniência e oportunidade”, mas de incompatibilidade do ato com as novas circunstâncias fáticas, tendo em vista as exigências normativas. A licença só se extingue pela produção de poluição não tolerada pelo ordenamento, jamais por critérios de conveniência ou oportunidade, em outras palavras: é passível de invalidação ou caducidade, não de revogação.

cas, aplicando-se a chamada revogação-expropriação, ou seja, dispensando-se a desapropriação. Impõe-se uma ponderação entre os princípios envolvidos: de um lado o direito à propriedade e de outro à proteção ao meio ambiente. Um exemplo facilitará o entendimento: após o início da construção de uma obra de grandes proporções, início esse ocorrido há poucas semanas, por força de alteração das circunstâncias constata-se que a obra, se concluída, implicará num gravíssimo impacto ambiental, causando, por exemplo, a extinção de várias espécies em extinção. O princípio de proteção ao meio ambiente, no caso concreto, pode apresentar um peso que justifique o afastamento parcial do direito de propriedade. Em abstrato, independente das particularidades do caso ou, em outras palavras, independente do peso que o princípio de proteção ao meio ambiente venha a ter, jamais se vislumbrará o afastamento, uma vez iniciada a obra, do direito à indenização: as circunstâncias somente poderão afastar o dever de desapropriar. Percebe-se, com absoluta clareza, que esse afastamento, porém, dá-se em hipóteses raríssimas, possivelmente só configuradas em teoria: para o princípio de proteção ao direito de propriedade<sup>48</sup> ter pouco peso, suficiente para afastar o dever de desapropriar, caso iniciada a obra, necessário que esta esteja no seu início; se concluída ou praticamente concluída jamais terá peso suficiente para afastar a necessidade de desapropriação. Se a obra está no seu início, provavelmente a licença foi expedida recentemente e, assim, nesse interregno, dificilmente haverá tempo para edição de nova legislação ambiental e, mais ainda, para a alteração das circunstâncias fáticas. Do ponto de vista teórico, todavia, a observação se impõe, posto plenamente possível.

Pode-se sintetizar o regime jurídico da extinção das licenças ambientais para instalação de obra nos seguintes termos: 1) jamais são passíveis de revogação, ou seja, de extinção por conveniência ou oportunidade administrativa; 2) se expedidas em desconformidade ao direito, reconhecendo direito que inexistia, poderão ser sempre invalidadas, independente de qualquer indenização ao licenciado, este, porém, e a Administração são solidariamente responsáveis pelos danos causados ao meio ambiente; 3) se não houve nenhum vício na sua expedição, mas, antes do início da obra, alteração das circunstâncias fáticas que a tornem incompatível com os limites de poluição tolerados pelo ordenamento ou edição de nova legislação ambiental incompatível com a obra licenciada, possível a sua extinção, por caducidade, sem, também, nenhum direito à indenização; 4) se, apesar da inexistência de vício, mas após o início da construção da obra, dar-se a alteração das circunstâncias fáticas ou a superveniência de legislação incompatível, haverá, por regra, não só direito à indenização, mas necessidade de que esta seja prévia e justa, ou seja, impor-se-á a desapropriação; 5) por fim, se nessas últimas hipóteses

---

<sup>48</sup> Filia-se aqui integralmente à concepção de que por trás de todo direito fundamental e de todo bem coletivo encontra-se um princípio jurídico. Nesse sentido: Robert Alexy, "Derechos individuales y bienes colectivos", in: *El concepto y la validez del derecho*, 2ª. ed., p. 178-208. Daí a proteção ao meio ambiente e o direito de propriedade serem aqui tomados aqui como princípios. Discorda-se, todavia, de Alexy quando este afirma que há uma precedência prima facie em favor dos direitos individuais em face dos bens coletivos (Op. cit., p. 207-208). Em face do princípio da supremacia do interesse público dá-se exatamente o contrário: há uma precedência prima facie em favor dos bens coletivos em face dos direitos individuais.

a obra estiver no começo e o princípio de proteção ambiental mostrar-se muito pesado no caso concreto, é possível que, após uma ponderação entre os princípios envolvidos, seja afastado o dever de desapropriar, subsistindo a revogação-expropriação.

### 3.7 Regime Jurídico de Extinção da Licença Ambiental de Instalação De Atividade

A segunda espécie de licença ambiental, extraída da redação do mencionado inciso IV do §1º do artigo 225 da Constituição, é a licença ambiental para instalação de atividade. Primeiramente cumpre distinguir obra de atividade e para tanto útil a distinção feita por Celso Antônio Bandeira de Mello entre obra e serviço público: o autor propõe critérios de diferenciação úteis não só para diferenciar serviço de obra pública, mas para diferenciar obra de atividade cuja instalação dependa de licenciamento ambiental.<sup>49</sup> A obra é, em si mesma, um produto estático, enquanto a atividade é algo dinâmico; a obra é uma coisa, um produto cristalizado de uma operação humana, a atividade é a própria operação; a obra, para ser executada, não presume a prévia existência de uma atividade, ao contrário desta que, normalmente, pressupõe uma obra que lhe constitui o suporte material. Se a distinção é difícil de ser efetuada teoricamente, na prática não oferece problemas: a construção de uma fábrica é uma obra; construída a obra, a fábrica passa a produzir os respectivos produtos, é a atividade.

Feita a distinção, possível apurar o regime de extinção dessas licenças. Já se afirmou que, ao contrário das licenças para instalação de obra, que se aproximam das licenças urbanísticas para construção, as licenças ambientais para instalação de atividade delas se afastam radicalmente. Tudo que se afirmou para as licenças de instalação de obra, no item anterior, aplica-se às licenças ora analisadas, salvo um ponto: o direito declarado por estas jamais se estabiliza, a cláusula *rebus sic stantibus* tem sobre ele aplicação integral.

Se para as licenças de instalação de obra o início desta torna impossível a caducidade da licença, nas licenças para instalação de atividade o início desta não impede a caducidade da licença: se a poluição produzida ultrapassar os limites permitidos pelo ordenamento, a atividade deve cessar imediatamente, sem nenhum direito à indenização. Trata-se de opção radical do ordenamento jurídico brasileiro pela proteção ao meio ambiente em detrimento dos interesses econômicos. Se a atividade industrial, por exemplo, tornou-se proibida por legislação superveniente ou pela alteração das circunstâncias fáticas, não há que se exigir uma prévia indenização pela Administração para a interrupção da atividade.<sup>50</sup>

Com esse esclarecimento, torna-se fácil fixar o regime de extinção dessas licenças: jamais são passíveis de revogação, de extinção por conveniência ou oportunidade; sempre poderão ser invalidadas, sem nenhum direito à indenização

<sup>49</sup> Curso de direito administrativo, 18ª. ed., Cap. XI, item 9, p. 639.

<sup>50</sup> Os casos fáceis já mencionados referem-se a hipóteses de licença para instalação de atividade em que a continuidade desta é inviável.

do licenciado, se expedidas em desconformidade com o direito ou se declararam direito que inexistente, hipóteses em que haverá responsabilidade solidária do licenciado e da Administração pelos danos causados ao meio ambiente; sempre podem ser extintas por caducidade se a alteração das circunstâncias fáticas fizer com que a poluição produzida ultrapasse os limites permitidos ou se for editada nova legislação ambiental com elas incompatível.

Pende sob o agente econômico, como afirmado, constantemente uma espada de Dâmocles: se a poluição gerada por sua atividade ultrapassar o nível permitido pelo ordenamento, deve cessar imediatamente e sem direito à indenização. O direito positivo brasileiro vigente, indiscutivelmente, entre os interesses econômicos e a proteção do meio ambiente, optou por este.<sup>51</sup>

### 3.8 A Licença Ambiental e o Prazo de Validade

Da análise do inciso IV do §1º do artigo 225 da Constituição extraiu-se que a instalação de obra ou atividade potencialmente poluidora deve ser precedida da expedição de um ato administrativo final, conclusivo, de um processo administrativo. Esse ato final foi chamado pelo legislador federal, no uso de sua competência para editar normas gerais, de *licença ambiental* – artigo 10 da Lei 6.938/91. Examinou-se até aqui o regime jurídico dessa licença. Resta o enfrentamento de um ponto não menos problemático: no §1º do referido artigo 10<sup>52</sup> o legislador federal possibilitou a sujeição da licença ambiental a um prazo de validade: é a conclusão que se extrai, *a contrario sensu*, da previsão de renovação da licença.

Indaga-se, primeiramente, se essa sujeição é constitucional. Após tudo que se expôs, a resposta é facilmente intuível: se o direito declarado pela licença ambiental é *rebus sic stantibus*, se ela pode ser revista a todo tempo em face da impossibilidade de se produzir poluição acima do nível permitido pelo ordenamento, nada impede que o legislador institua um prazo de validade e imponha ao licenciado, decorrido esse prazo, a submissão a uma nova verificação administrativa. A atividade continua sendo vinculada: se a Administração constatar que a poluição produzida não é proibida, deverá, necessariamente, renovar a licença; se concluir que a poluição ultrapassa os limites permitidos, deverá negar a renovação.

<sup>51</sup> A conclusão é, obviamente, contrária ao interesse de muitos. Segundo Maria Helena Diniz existe uma ideologia no direito positivo, à qual o jurista está vinculado, cujo papel é a neutralização de valores, ou seja, a ideologia posta no ordenamento seleciona os valores, sendo utilizada para valorar outros valores. (As lacunas no direito, 6ª. ed., p. 284). Uma análise dogmática, portanto, pressupõe a constatação da ideologia em vigor. O jurista não está livre para adotar qualquer valor: houve uma seleção de valores pelo constituinte e pelo legislador à qual o jurista não pode desprezar. Existe, de fato, uma ideologia no ordenamento, que limita a valoração do intérprete, mas essa ideologia não se revela de forma objetiva, clara e límpida: a compreensão da ideologia do ordenamento depende, infelizmente, da ideologia do jurista. Isso porque a ideologia é, não um obstáculo ao conhecimento humano, mas um pressuposto desse conhecimento: as verdades científicas dão-se a partir dos valores vigentes. Michel Foucault, como ninguém, percebeu-se dessa obviedade. (A verdade e as formas jurídicas, 3ª. ed., p. 26-27). Dito isso, resta esclarecer: visa-se aqui a obter uma descrição do ordenamento, apurar qual o regime jurídico aplicável às licenças ambientais tendo-se em vista o direito positivo. Buscou-se aqui, sem desconsiderar as limitações humanas e a impossibilidade de neutralização total da ideologia do intérprete, apurar a ideologia do ordenamento, independente das convicções pessoais.

<sup>52</sup> Cujas redação é a seguinte: “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 mencionar a renovação da licença, o legislador federal, implicitamente, admite a instituição de um prazo de validade, após o qual a licença deve ser renovada.

A segunda questão é se esse prazo de validade é passível de ser instituído para as duas espécies de licença ambiental analisadas: a licença para instalação de obra e a licença para instalação de atividade. A resposta, após todas as considerações aqui efetuadas, também facilmente se intui: se o direito de construir a obra estabiliza-se com a construção desta, parece óbvio que eventual prazo de validade só se aplica às licenças para instalação de atividade. Assim, não é possível submeter a licença para instalação de obra a um prazo de validade, ou seja, a necessidade de obtenção de renovação após certo lapso de tempo, pois, com o início da obra o direito se estabiliza, ingressa definitivamente no patrimônio do licenciado e dele só pode ser retirado, em regra, mediante desapropriação. Em suma: somente as licenças para instalação de atividade são sujeitas a prazo.

A terceira questão que se impõe é se, não renovada a licença pela Administração, o administrado tem direito a uma indenização. De tudo que se expôs, parece óbvio: a licença só não será renovada se a poluição produzida pela atividade ultrapassa o nível permitido e, conforme já apurado, nesses casos, ocorre a invalidação ou a caducidade da licença sem nenhum direito à indenização. Assim, decorrido o prazo, constatado pela Administração que a atividade não é mais permitida pelo ordenamento, a não renovação da licença impõe-se e não gera direito à indenização.

Por fim, resta apurar se há possibilidade de extinção da licença antes do decurso do prazo de validade. Também parece óbvio: evidente que sim, o prazo é instituído em prol do meio ambiente e não em prol do poluidor. Se sua atividade produz poluição acima do nível permitido, é ilícita, quase sempre criminosa: deve cessar imediatamente, sendo irrelevante o fato de que ainda não tenha se esgotado o prazo de validade da licença obtida. Esta caducou, se a ilegalidade decorre de legislação superveniente ou da alteração das circunstâncias fáticas, ou é inválida, se a ilegalidade já existia quando da expedição da licença.

Como o meio ambiente é muito dinâmico, as condições ambientais são constantemente mutáveis e uma atividade hoje permitida pode, tranquilamente, ser amanhã proibida, o legislador instituiu um importante mecanismo para facilitar a apuração da ilegalidade: a necessidade de submissão da atividade a controles periódicos da Administração. Esta, periodicamente, deverá apurar se subsiste a legalidade ou não, ou seja, se a poluição gerada restringe-se ao nível permitido ou o ultrapassa. Constatada a ilegalidade, nega a renovação da licença e mais: apura a responsabilização do licenciado pelos danos causados ao meio ambiente. Se a licença não foi renovada é porque a atividade era ilícita, ou seja, produzia poluição acima do nível permitido e, portanto, causou danos ao meio ambiente (relembra-se que só nesse caso a renovação será negada, inexistente extinção por conveniência ou oportunidade). Eis uma importante consequência jurídica da não renovação da licença: ela implica no automático dever de apuração da responsabilidade do administrado pelos danos causados ao meio ambiente.

Ante o exposto, possível, enfim, uma síntese do regime jurídico dos prazos aos quais as licenças ambientais são submetidas: esse prazo nada tem de inconstitucional e decorre do caráter *rebus sic stantibus* do direito por elas declarado; só se aplica às licenças ambientais para instalação de atividade, sendo inaplicável às licenças para instalação de obra; implica também o exercício de atividade vin-

culada, pois constatado que a atividade produz poluição abaixo do nível proibido, a licença deve, necessariamente, ser renovada e, no caso contrário, negada; o indeferimento da renovação não gera direito à indenização ao administrado, mas o dever de apurar sua responsabilidade pelos danos causados ao meio ambiente; e, finalmente, nada impede a caducidade ou invalidação da licença antes de decorrido o prazo fixado, se a atividade apresentar-se ilícita, ou seja, produtora de poluição em nível superior ao permitido.

#### **4. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**4.1** Inicialmente, precisou-se o objeto analisado: trata-se da licença ambiental, enquanto instituto jurídico extraído diretamente do inciso IV do §1º do art. 225 da CF/88 e expressamente previsto nos artigos 9º, inciso IV, e 10 da Lei Federal 6.938/81. Não foram examinadas as espécies de licença ambiental instituídas pelas Resoluções do CONAMA, consideradas inconstitucionais em face da violação ao princípio da legalidade e da determinação, no dispositivo constitucional mencionado, de que a licença ambiental será exigida “na forma da lei”.

**4.2** Apurou-se, em seguida, ter a doutrina fixado contornos conceituais para as categorias de licença e de autorização, independentemente do direito positivo em vigor: a licença goza de perenidade, é irrevogável, podendo, caso o interesse público exija, ser desapropriada; a autorização goza de precariedade, é revogável a qualquer tempo, independentemente de indenização. Duas correntes formaram-se, a partir desses conceitos, sobre a natureza jurídica das licenças ambientais: para alguns elas são licenças administrativas; para outros, são autorizações.

**4.3** Da utilização da palavra “autorização” no parágrafo único do artigo 170 da Constituição, concluiu-se não se extrair, automaticamente, o regime jurídico ditado pela doutrina às autorizações administrativas. Da denominação dada ao instituto pelo legislador federal também não se extraiu automaticamente o regime jurídico atribuído pela doutrinas às licenças. Tornou-se necessário examinar o contexto normativo.

**4.4** A partir da classificação dos atos ampliativos de direito, desmistificou-se a automática associação do regime jurídico atribuído pela doutrina às licenças e autorizações aos institutos assim denominados pelo legislador. A análise do contexto normativo indicou que, quase sempre, o regime dos atos denominados de licença e autorização não possui rigorosamente todos os contornos das respectivas categorias doutrinárias. Somente um cuidadoso exame do sistema normativo, concluiu-se, pode indicar qual é o regime aplicável.

**4.5** Afastada a aplicação automática do regime atribuído pela doutrina às categorias por ela formuladas, voltou-se ao exame do dispositivo constitucional inicialmente mencionado. De sua redação extraiu-se a existência de um direito assegurado constitucionalmente de construção de obras ou instalação de atividades que não produzam poluição acima de um nível fixado pelo ordenamento.

**4.6** Concluiu-se que, diante da construção de uma obra ou exercício de uma atividade econômica, três hipóteses podem ocorrer: pela primeira, independente de qualquer estudo ou análise, a construção ou atividade mostra-se geradora de poluição inaceitável; pela segunda, independente também de qualquer estudo ou análise, a construção ou atividade mostra-se não geradora de poluição inaceitável; pela terceira, a construção ou atividade mostra-se possivelmente causadora de poluição proibida. Concluiu-se que na primeira hipótese a atividade é proibida e na segunda permitida, independentemente de uma prévia verificação administrativa. Somente na terceira hipótese exige-se a instauração de um processo administrativo, cujo ato final, se permissivo da realização da obra ou atividade, é denominado de licença ambiental. Disso se extraiu: a licença ambiental consiste no ato administrativo conclusivo de um processo administrativo; seu conteúdo é a permissão de realização de uma obra ou atividade não causadora de poluição inaceitável pelo direito; tem por requisito procedimental de validade a realização de um estudo de impacto ambiental e por pressuposto a possibilidade de causação de uma poluição proibida.

**4.7** A licença ambiental, constatou-se, consiste na declaração de um direito previamente configurado no ordenamento: o sistema jurídico atribui ao administrado o direito de construir uma obra ou exercer uma atividade não significativamente poluidora. Esse fator, “não significativamente poluidora”, impõe a análise das circunstâncias, mas não desfigura a existência de um prévio direito. Admitiu-se a possibilidade de considerá-la constitutiva, não em relação ao gozo do direito, mas quanto ao seu exercício, ou seja, sob o aspecto formal.

**4.8** Desse direito subjetivo do administrado de construção de obras e realização de atividades não causadoras de significativo impacto ambiental extraiu-se o exercício de competência vinculada por parte da Administração na expedição ou não das licenças ambientais. Conseqüentemente, configurado o direito, se a Administração não reconhecer sua existência, compete ao Judiciário, se provocado, substituir a Administração e reconhecê-lo, determinando seja expedida a regular licença. Como o direito decorre do ordenamento e não de ato da Administração, além disso, a licença ambiental que o reconhece jamais pode ser revogada. Concluiu-se: as licenças ambientais possuem todos os traços fixados pela doutrina para as licenças, são atos declarativos de direito (ou constitutivos sob o aspecto formal), decorrentes do exercício de competência vinculada. Afirmou-se, por isso, que a licença ambiental possui a natureza jurídica de uma licença administrativa, tal qual concebida pela doutrina.

**4.9** Passou-se a examinar se, apesar de possuir a natureza de uma licença administrativa, seu regime possui alguma peculiaridade. Partiu-se de um pressuposto metodológico: num sistema de Constituição Rígida nenhum instituto jurídico pode ser analisado com desprezo às disposições constitucionais. Examinando o Texto Maior, duas diretrizes importantes foram identificadas: pela primeira, a função social, no ordenamento jurídico brasileiro, não é, hoje, apenas um princípio da ordem econômica, mas um condicionante de toda propriedade individual. Pela segunda, a existência de um capítulo inteiro dedicado ao meio ambiente (Capítulo VI, do Título

VIII) indica uma importância especial dada pelo constituinte a esse tema e, conseqüentemente, a proteção do meio ambiente, enquanto princípio, tem um considerável peso em abstrato. Dessas duas diretrizes extraiu-se uma importante conclusão: o direito declarado pela licença ambiental, em regra, jamais se estabiliza, ou seja, é sempre condicionado ao grau de poluição permitido pelo direito.

**4.10** Os direitos, em regra, são passíveis de aquisição definitiva, mas existem alguns que não o são. Dentre esses, na maioria das vezes, o sistema não prevê o direito, mas permite à Administração decidir se o institui ou não, hipóteses em que o ato administrativo instituidor recebe doutrinariamente o nome de autorização. Em raríssimos casos, o próprio sistema prevê direitos não passíveis de aquisição definitiva. O direito declarado pela licença ambiental, concluiu-se, é uma dessas hipóteses: está subordinado constantemente à proibição de poluição não tolerada, é um direito *rebus sic stantibus*.

**4.11** Classificou-se, a partir da redação do dispositivo constitucional mencionado, a licença ambiental em duas espécies: licença ambiental para instalação de obra e licença ambiental para instalação de atividade. Para diferenciar a obra da atividade utilizou-se dos critérios propostos pela doutrina para diferenciar serviço público de obra pública. Examinou-se, então, o regime jurídico da extinção de cada uma delas.

**4.12** As licenças ambientais para instalação de obra jamais são passíveis de revogação, ou seja, de extinção por conveniência ou oportunidade administrativa; se expedidas em desconformidade ao direito, reconhecendo direito que inexistia, poderão ser sempre invalidadas, independente de qualquer indenização ao licenciado, porém este e a Administração são solidariamente responsáveis pelos danos causados ao meio ambiente; se não houve nenhum vício na sua expedição, mas, antes do início da obra, alteração das circunstâncias fáticas que a tornem incompatível com os limites de poluição tolerados pelo ordenamento ou edição de nova legislação ambiental incompatível com a obra licenciada, possível a sua extinção, por caducidade, sem, também, nenhum direito à indenização; se, apesar da inexistência de vício, após o início da construção da obra, dar-se a alteração das circunstâncias fáticas ou a superveniência de legislação incompatível, haverá, por regra, não só direito à indenização, mas necessidade de que esta seja prévia e justa, ou seja, impor-se-á a desapropriação; por fim, se, nessas últimas hipóteses, a obra estiver no começo e o princípio de proteção ambiental mostrar-se muito pesado no caso concreto, é possível que, após uma ponderação entre os princípios envolvidos, seja afastado o dever de desapropriar, subsistindo a revogação-expropriação. O direito de construir a obra, declarado pela licença ambiental de instalação de obra, estabiliza-se com o início desta, ficando o proprietário imune à cláusula *rebus sic stantibus*. A partir daí, em regra, a obra ingressa no patrimônio do proprietário e dele só pode ser retirada mediante desapropriação. Nesse ponto, concluiu-se, o regime de extinção da licença ambiental para instalação de obra aproxima-se do regime da licença urbanística de construção.

**4.13** Passou-se ao exame das licenças ambientais para instalação de atividade e concluiu-se: tudo que se afirmou para as licenças de instalação de obra aplica-se a elas, salvo um ponto: o direito declarado pela licença para instalação de atividade jamais se estabiliza, a cláusula *rebus sic stantibus* tem sobre ele aplicação integral. Se para as licenças de instalação de obra o início desta torna impossível a caducidade da licença, nas licenças para instalação de atividade o início desta não impede a caducidade da licença: se a poluição produzida ultrapassar os limites permitidos pelo ordenamento, a atividade deve cessar imediatamente, sem nenhum direito à indenização.

**4.14** Passou-se, finalmente, a examinar a submissão das licenças ambientais a prazo de validade, possibilidade extraída da previsão, no §1º do artigo 10 da Lei federal 6.938/91, de renovação da licença. Concluiu-se que esse prazo nada tem de inconstitucional e decorre do caráter *rebus sic stantibus* do direito por elas declarado; só se aplica às licenças ambientais para instalação de atividade, sendo inaplicável às licenças para instalação de obra; implica também o exercício de atividade vinculada, pois constatado que a atividade produz poluição abaixo do nível proibido, a licença deve, necessariamente, ser renovada e, no caso contrário, negada; o indeferimento da renovação não gera direito à indenização ao administrado, mas o dever de apurar sua responsabilidade pelos danos causados ao meio ambiente; e, finalmente, nada impede a caducidade ou invalidação da licença antes de decorrido o prazo fixado, se a atividade apresentar-se ilícita, ou seja, produtora de poluição em nível superior ao permitido.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. 1. ed., 2. reimpr. Madri: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002.

\_\_\_\_\_. Derechos individuales y bienes colectivos. In: El concepto y la validez del derecho. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 178-208.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. Ato administrativo e direito dos administrados. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Princípios gerais de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1969, v. I.

BORGES, Nelson. A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. Língua e linguagem. (?). 43f. Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica. Não publicado.

- \_\_\_\_\_. Curso de direito tributário. 14. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- COSTA, José Marcelo Ferreira. Licenças urbanísticas. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. As lacunas no direito. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- FOUCAUL, Michel. A verdade e as formas jurídicas. 3. ed. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro; Nau, 2002.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo. Madrid: Civitas, 2002, v. II.
- GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. O Estatuto da cidade. São Paulo: NDJ, 2002.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.
- \_\_\_\_\_. Extinção dos contratos administrativos. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo: parte general. 1. ed. colombiana. Colombia: Fundación de Derecho Administrativo; Biblioteca Jurídica Diké, 1998, v. I.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Elaborado no Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental constitucional. 4. ed. rev. e atual., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 8. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- MILARÉ, Edis. Direito do ambiente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Curso de direito administrativo. 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. VI, p. 41-78, out. 1946.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Instituições de direito ambiental. São Paulo: Max Limonad, 2002.

- ROHDE, Geraldo Mario. Licença prévia – LP e prática de licenciamento ambiental no Brasil. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 18, ano 5, p. 216-220, abr.-jun., 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. rev. e atual., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo*. 3 ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, v. II.
- SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. *Licenças urbanísticas*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Licenças e autorizações no direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 3, p. 66-72, 1993.
- TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

# EFETIVIDADE DO TAC AMBIENTAL: DIAGNÓSTICO E PERSPECTIVAS

*ROCHELLE JELINEK*

Promotora de Justiça-Ministério Público do RS. Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Federal do RS. Mestre e Doutoranda em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do RS. Professora da disciplina de Processo Civil Coletivo nos cursos de pós-graduação em Direito Ambiental da Universidade Federal do RS e em Interesses Difusos e Coletivos na Escola Superior do Ministério Público do RS, e no curso de extensão em Direito Ambiental na Faculdade IDC

## **1. 20 ANOS DO TAC NO ORDENAMENTO JURÍDICO E NECESSIDADE DE SUA REAVALIAÇÃO**

Um instituto jurídico geralmente nasce para atender as exigências de uma realidade histórica específica. O compromisso de ajustamento de conduta surgiu na mesma ambiência que gerou a Constituição Federal de 1988, um momento de redemocratização das instituições e de adaptação do ordenamento jurídico à nova ordem. A sociedade brasileira já constituía verdadeira sociedade de massas sem que houvesse, no entanto, uma adequada proteção das relações que a caracterizavam. Percebendo que era preciso facilitar a defesa dos interesses transindividuais, atribuindo-a a determinados entes, para que não fosse mais necessário cada interessado individual buscar sozinho seus direitos, o que implicaria grandes dificuldades de acesso à justiça e proliferação de demandas similares, com prejuízo do bom andamento dos processos e risco de decisões conflitantes, o ordenamento jurídico, naquele determinado momento, reconhecendo a existência dos “novos direitos”<sup>1</sup>, criou mecanismos próprios para sua tutela coletiva, entre eles a ação civil pública e o compromisso de ajustamento de conduta, conferindo legitimidade a determinados órgãos e entidades.

O surgimento do compromisso de ajustamento de conduta se deveu principalmente às conciliações judiciais havidas em ações civis públicas. A negociação judicial dos direitos transindividuais, ainda que revestida de maior controle, abriu caminho para o instituto do ajuste de conduta, porquanto logrou compatibilizar a possibilidade de acordo com a indisponibilidade desses interesses.

---

<sup>1</sup> Sobre o tema dos direitos de primeira, segunda e terceira dimensão, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 50-53, 106. BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 517-524. BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

Somou-se a isso a necessidade de aperfeiçoamento da tutela dos direitos transindividuais, influenciado pela tendência de estímulo à solução extrajudicial de conflitos, quando esta se revelar adequada. Essa tendência surgiu a partir da insuficiência da resposta dada pelo Poder Judiciário às demandas de prestação jurisdicional no âmbito civil, como decorrência de uma crônica crise ocasionada por uma série de fatores, entre eles a insuficiência de estrutura de pessoal e de recursos materiais e a burocratização excessiva imposta por entraves representados pela norma processual.

Além disso, a atuação extrajudicial do Ministério Público, mais especificamente no inquérito civil previsto na Lei n.º 7.347/85, demonstrou a possibilidade de solucionarem-se conflitos sem a necessidade de provocar a máquina jurisdicional. Muitas vezes a mera instauração do inquérito civil resulta na solução do conflito, porque – incidindo a tutela preventiva – a conduta lesiva ao interesse transindividual sequer se inicia, ou porque seus efeitos danosos são integralmente reparados por disposição do responsável, tornando ausente o interesse jurídico para propositura da ação judicial. Dessa forma, o inquérito civil contribuiu para a conformação normativa do instituto do compromisso de ajustamento ao demonstrar a potencialidade da solução extrajudicial para a composição dos conflitos.

Conjugadas a previsão de eficácia executiva de acordos celebrados pelo Ministério Público, a experiência da prática administrativa em negociações, a possibilidade de composição de interesses transindividuais indisponíveis sem violação de sua essência e a adequação da tutela extrajudicial desses direitos, surgiu o instituto do termo de ajustamento de conduta, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro através do art. 211 da Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e do art. 113 da Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que acrescentou o §6º ao art. 5º da Lei n.º 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), *in verbis*: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

O compromisso de ajustamento, hoje de largo uso em todo o país pelos diversos órgãos públicos legitimados, especialmente pelo Ministério Público Federal e dos Estados, constitui título executivo extrajudicial, tal como consta expressamente no §6º do art. 5º da Lei n.º 7.347/85, podendo ensejar, em caso de descumprimento dos deveres e/ou obrigações nele previstos, ajuizamento de ações de execução de obrigações fazer, não fazer, entregar e por quantia certa, conforme se verá adiante.

O compromisso de ajustamento, como forma alternativa de resolução de controvérsias relativas a direitos transindividuais, enseja uma tutela mais breve, mais econômica e, em muitos casos, mais adequada do que a proporcionada pela via da ação de conhecimento. E não há dúvida que a utilização do TAC como instrumento de gestão de conflitos tem sido feito de maneira cada vez mais alargada.

Mas, passados quase 20 anos de sua aparição no cenário jurídico brasileiro, a experiência sugere que o TAC, especialmente na área ambiental, merece uma profunda avaliação visando ao seu aprimoramento. Os múltiplos atores que utilizam este instrumento em todos os níveis federativos, as implicações do instrumento em outras esferas do direito (administrativo, penal), a disparidade na quantitativa e qualitativa de compromissos feitos em várias partes do território nacional, e,

sobretudo, o efetivo monitoramento das medidas ajustadas tornam o debate sobre os rumos do TAC não só desejável como imprescindível.

Nesse diapasão, a avaliação da efetividade de um instituto jurídico é fundamental para o seu conhecimento. A dimensão concreta de uma categoria jurídica indica em que medida os pressupostos teóricos estão sendo aplicados na prática. Tanto a teoria pode receber novos influxos da atividade empírica como o contrário; pode advir dessa relação dialética tanto a necessidade de correção da doutrina quanto dos rumos da prática.

Numa visão pragmática, as idéias teóricas são instrumentos de ação que só têm sentido se possuem aplicação prática. Não basta, pois, afirmar o caráter instrumental do compromisso de ajustamento, sem saber-se a sua real efetividade. A partir da constatação de deficiências, pode-se contribuir para as mudanças de rumos necessárias.

## 2. DIAGNÓSTICO DA UTILIZAÇÃO DO TAC AMBIENTAL NO BRASIL

Em pesquisa – ainda em curso –, realizada através do Instituto “O Direito Por Um Planeta Verde”, sobre a utilização do compromisso de ajustamento ambiental e sua efetividade, foi abarcada a análise de TACs celebrados pelo Ministério Público Federal de 1992 a 1998 e de 2000 a 2008, e do Ministério Público dos Estados do Acre, do Pará e de São Paulo, de 2006 a 2008. Inicialmente, pretendia-se um levantamento mais amplo, procedendo ao levantamento de todos os compromissos de ajustamento firmados nesse período nos Estados de São Paulo, Acre, Pará e Amazonas, nas unidades do Ministério Público e pelos órgãos do SISNAMA<sup>2</sup>, para análise quantitativa e qualitativa dos termos. Mas houve, no curso da pesquisa, uma reorientação do seu rumo e de sua amplitude, devido à dificuldade de obtenção de dados.

A diversidade de órgãos do SISNAMA<sup>3</sup> e a falta de publicidade de seus atos, e, no âmbito do Ministério Público, o número total de Promotores de Justiça e

---

<sup>2</sup> Cumpre referir que o termo de compromisso ambiental (TCA) previsto no art. 79-A da Lei n.º 9.605/98, que pode ser firmado pelos órgãos do Sistema Nacional do Meio Ambiente-SISNAMA (relacionados no art. 6º da Lei n.º 6.938/81), não se confunde com o compromisso de ajustamento de conduta (TAC) previsto na Lei n.º 7.347/85, pois aquele trata de responsabilidade administrativa, enquanto este versa sobre responsabilidade civil. Há órgãos do SISNAMA que, além de poder celebrar termo de compromisso ambiental, podem tomar compromisso de ajustamento de conduta de infratores ambientais, isso porque possuem qualidade de legitimados pela Lei n.º 7.347/85, como por ex. os Municípios e as fundações públicas. No entanto, há outros órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, como os órgãos seccionais ou entidades estaduais ou municipais responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental, que, por não possuírem a legitimidade conferida pela Lei n.º 7.347/85, não podem tomar compromisso de ajustamento versando sobre responsabilidade civil, mas somente termo de compromisso ambiental visando à correção de ilícitos administrativos.

<sup>3</sup> O Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, foi instituído pela Lei 6.938/81, regulamentada pelo Decreto 99.274/90, sendo constituído pelos órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e pelas Fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, e tem a seguinte estrutura:

• Órgão Superior: Conselho de Governo

• Órgão Consultivo e Deliberativo: Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA

• Órgão Central: Ministério do Meio Ambiente - MMA

• Órgão Executor: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA

• Órgãos Seccionais: órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental;

• Órgãos Locais: órgãos ou entidades municipais, responsáveis pelo controle e fiscalização dessas atividades, nas suas respectivas jurisdições.

Procuradores da República com atuação na defesa do meio ambiente nos Estados pesquisados, foram fatores que inviabilizaram, na pesquisa, a coleta de dados completos e precisos junto a *todos* os órgãos de execução, por razões de ordem pragmática e do curto lapso temporal para o levantamento. A coleta de todos os TACs celebrados nesses Estados no período definido demandaria tempo inestimável para a pesquisa documental e de campo, sendo inviável no prazo proposto para o trabalho. Além disso, a dificuldade de obtenção de dados se deu pela falta de sistema de banco de dados ou deficiência nos sistemas existentes.

Um importante aspecto que pôde ser observado durante a pesquisa foi a ausência de uma organização uniforme e plenamente eficiente das informações pertinentes à atuação dos órgãos de execução na área ambiental – assim como em outras áreas de interesses transindividuais –, bem como de publicidade dos atos que dizem respeito a um direito que é de toda a coletividade.

Cada órgão se organiza de uma determinada forma e adota uma linha de atuação. Os registros ainda precisam ser aprimorados, pois não há estatística de produtividade e efetividade do trabalho nessa área, em especial extrajudicial. Os catálogos de dados, quando existentes, são apenas quantitativos, sem registro do andamento e resultado final dos procedimentos, e essa deficiência geral na organização dos dados das instituições, assim como na avaliação da efetividade da atuação, atingem, evidentemente, a prática, que poderia e deveria tomar novos rumos de acordo com falhas e eficácia constatadas a partir não só de dados quantitativos mas também e principalmente de dados qualitativos e de resultados.

Era objetivo inicial da pesquisa comparar o número de ajustes de conduta firmados em relação à quantidade de procedimentos administrativos instaurados, em relação ao número de ações civis públicas propostas e de outras medidas como a recomendação, além de verificar a evolução temporal (progressão ou regressão) da utilização do instrumento, a efetividade dos ajustes de conduta comparando o número de TACs cumpridos em relação aos descumpridos e executados, bem como verificar as condições e cláusulas especificadas nos termos de ajuste e a sua adequação para a tutela do meio ambiente. Mas ao constatar-se a falta de banco de dados com essas informações nos órgãos pesquisados, e considerando que não se obteve respostas completas de todos os interlocutores consultados, a pesquisa foi realizada pelo método de amostragem<sup>4</sup>.

Para obtenção de dados estatísticos, críticas e sugestões quanto ao instituto objeto do estudo, foi realizada, além de revisão bibliográfica, pesquisa de campo

---

<sup>4</sup> Amostragem é o processo pelo qual se obtém uma amostra representativa do universo em estudo. O 'universo' é um conjunto de elementos onde, cada um deles, apresenta características em comum. Quando se extrai um conjunto de observações desse universo, ou seja, toma-se parte deste para o estudo, tem-se a 'amostra'. A partir da amostra representativa, é possível fazer inferências e estimativas com alto índice de probabilidade em relação ao todo. Por uma questão de aplicabilidade dos resultados do estudo, muitas vezes o universo a ser estudado é formado por um conjunto de universos menores que são muito variáveis e seria quase impossível estudá-lo inteiramente, e se fosse possível, poderia ser muito dispendioso em tempo e dinheiro. Quando se estuda uma amostra, pode-se obter melhor resultado fazendo um trabalho mais cuidadoso do que seria feito em um universo inteiro. O estudo de uma amostra, desde que represente adequadamente o universo estudado, pode proporcionar resultados mais exatos, além da economia de tempo, trabalho e dinheiro. A pesquisa por amostragem tem, assim, algumas vantagens na realização do estudo: menor custo, resultados em menor tempo e objetivos mais amplos.

através de coleta de relatórios, análise de bancos de dados, realização de questionários, consultas e entrevistas, exame de documentos (compromissos de ajustamento), inquéritos civis e processos. As consultas e coletas de dados foram realizadas junto a representantes do setor privado, acadêmico, advocacia ambiental, ONGs, Poder Executivo, Ministério Público (em especial Corregedorias, Centros de Apoio Operacional de Defesa do Meio Ambiente e 4ª Câmara de Revisão do MPP) e Poder Judiciário.

Com base nas informações quantitativas e qualitativas das amostras representativas, mencionados os critérios de exclusão e inclusão dos participantes e dos dados obtidos, e organizados estes de forma estatística, a análise possibilitou identificar o alcance da adoção do instituto e extrair interessantes conclusões acerca da utilização do TAC.

*Regulamentação:* No plano legislativo primário, o compromisso de ajustamento de conduta está disciplinado apenas de forma genérica no art. 5º, §6º, da Lei n.º 7.347/85, *in verbis*: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”. Não há regulamentação quanto à sua forma, conteúdo, validade, eficácia. Essa lacuna tem sido colmatada por alguns órgãos públicos por meio de atos administrativos *interna corporis* (resoluções, provimentos ou instruções normativas), que procuram delinear alguns aspectos procedimentais e sobre o conteúdo dos compromissos.

No âmbito do Ministério Público, além da Resolução n.º 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público, que disciplina o inquérito civil e o compromisso de ajustamento para a instituição em todo o país, verificou-se a existência de atos administrativos próprios regulamentando a atuação do Ministério Público da União e dos Estados do Acre, Maranhão, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo.

Quanto aos integrantes do SISNAMA, dada a quantidade de órgãos que o compõe nos planos federal, estadual e municipal, torna-se impossível o rastreamento de toda a regulamentação existente. Mas o que se verifica, numa análise por amostragem, é que existe uma gama legislativa de proteção ambiental (leis, decretos, portarias, resoluções)<sup>5</sup>, mas não há disciplina sobre a celebração de compromisso de ajustamento de conduta (previsto no art. 5º, §6º, da Lei n.º 7.347/85, que não se confunde com o termo de compromisso ambiental (TCA) previsto no art. 79-A da Lei n.º 9.605/98) quanto à sua forma, conteúdo, validade, eficácia, publicidade, do que decorre a assinatura de compromissos de ajustamento de conduta deficitários, com reduzido grau de exigências, mal formulados, que tutelam de forma insuficiente o bem jurídico protegido (meio ambiente) e, ainda, a falta de publicização desses atos, seja para conhecimento da coletividade – titular do direito indisponível objeto da tutela –, seja para os demais órgãos com atuação na rede ambiental. Aliás, no que toca a esses órgãos, o que se nota é uma total falta de transparência da sua atuação. E aqui entra outro aspecto.

<sup>5</sup> Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legi.cfm>>

*Falta de coordenação entre os órgãos da rede de proteção ambiental:* Consta-se a falta orgânica ao sistema, não havendo uma forma efetiva de troca de informações entre os diversos órgãos envolvidos na fiscalização e na tríplice responsabilização dos infratores (nos âmbitos penal, civil e administrativo).

A comunicação dos TACs firmados pelos Ministérios Públicos aos demais órgãos de proteção é ocasional, geralmente para exigir, do órgão público comunicado, que fiscalize o cumprimento das obrigações assumidas pelo infrator. Nem todos os órgãos ministeriais de execução remetem, sempre, cópia dos compromissos de ajustamento de firmados aos demais órgãos de proteção.

Quando se tratam de TACs firmados pelos órgãos do SISNAMA, a falta de transparência e de organização salta aos olhos. Raramente há comunicação ao Ministério Público (seja para fins civis ou penais) pelos demais órgãos públicos co-legitimados acerca dos TACs celebrados por aqueles órgãos.

Percebe-se que, a par da falta de normatização obrigando a publicidade dos TACs celebrados, há um certo grau de voluntarismo que acaba fazendo com que decisões unilaterais sejam tomadas, sem a efetiva participação de outros possíveis co-legitimados, que poderiam, inclusive, complementar a exigência de obrigações, ampliando a proteção e a recuperação do bem ambiental protegido.

Além disso, a visão política dos órgãos administrativos, em contraposição à visão técnica do Ministério Público, foi apontada como uma das razões pelas quais não há a necessária inter-relação e atuação conjunta dos órgãos da rede de proteção.

*Quantidade de TACs e proporção em relação às ações civis públicas:* A progressão da quantidade de ajustes de conduta celebrados pelos Ministérios Públicos pôde ser constatada na já referida pesquisa, demonstrando o crescimento progressivo e constante da utilização desse mecanismo, desde a década de 90.

No âmbito do MPF, por exemplo, abarcando as medidas adotadas pelas Procuradorias da República de todos os Estados da federação<sup>6</sup>, ao longo de 8 anos, no período de 1992-1998, foram firmados 39 TACs ambientais, e, no período de 2000-2008, houve um acréscimo em números absolutos em comparação ao número de TACs celebrados nos anos 90, constatando-se a celebração de 473 termos de ajustamento de conduta de matéria ambiental, num período de 9 anos. Observando-se a linha de tendência evolutiva, é possível afirmar que a quantidade de TACs tende a continuar aumentando continuamente.

Ainda assim, analisando o número de investigações realizadas, a proporção de TACs firmados é baixa em relação ao número de procedimentos instaurados e também em relação à quantidade de ações civis públicas ajuizadas. Na década de 90, apenas em cerca de 2% do total de procedimentos foram celebrados TACs, enquanto cerca de 20% do total de procedimentos resultaram ajuizamento de ação civil pública. Na década de 2000, pode-se constatar que (a) o destino de

<sup>6</sup> Há unidades do Ministério Público Federal em todos as capitais de Estados da Federação e no Distrito Federal, e em todas elas pelo menos 1 Procurador da República tem atribuição ambiental. Além das capitais, existem 134 Procuradorias da República em municípios (nos locais em que a há unidades da Justiça Federal), todas com pelo menos 1 Procurador com atribuição ambiental.

significativa parcela (quase 70%) dos procedimentos investigatórios é o arquivamento (seja por cumprimento voluntário da reparação ambiental pelo infrator, sem necessidade de adoção de medidas; seja pela constatação de inocorrência de ilícito ou dano; ou insuficiência probatória quanto à materialidade ou autoria do dano); (b) a celebração de compromissos de ajustamento é baixa (menos de 10%) em relação ao número de investigações realizadas; e (c) o número de ações civis públicas ajuizadas (em cerca de 20% dos procedimentos investigativos) ainda é maior que o número de TACs celebrados, pois, nos procedimentos administrativos em que foi adotada alguma medida para buscar a resolução do ilícito ou dano ambiental constatado, a celebração de TACs representou a solução engendrada em apenas 35% dos casos, enquanto o ajuizamento de ações civis públicas foi a medida adotada em 65% das situações.

Os dados coletados demonstram a diferente cultura existente no Ministério Público dos Estados quando comparada à prática adotada no Ministério Público Federal: o número de TACs celebrados é muito maior que a quantidade de ações civis públicas ajuizadas.

Tomando-se como ex. os dados do Ministério Público de São Paulo, com base na análise da amostra representativa da quantidade de TACs celebrados mês a mês num período de 3 anos (2006 a 2008), pode-se constatar a celebração de aproximadamente cerca de 600 TACs ambientais/ano, e a tendência é a contínua progressão da quantidade de TACs, tendo em vista que, na análise de gráfico estatístico, a ascendência da linha evolutiva da utilização do instrumento evidencia um acréscimo de pelo menos 50% a mais nos próximos 3 anos.

Do universo total de investigações realizadas pelo Ministério Público de SP, pode-se estimar que cerca de 20% culminaram com a celebração de compromisso de ajustamento e cerca de 12% resultaram ajuizamento de ação civil pública. Nos procedimentos administrativos em que foi adotada alguma medida para buscar a resolução do ilícito ou dano ambiental constatado, a utilização de TACs representa a solução escolhida em 60,22% dos casos, enquanto o ajuizamento de ação civil pública foi a medida adotada em 39,77% das situações.

*Efetividade do TAC:* Apesar da inexistência de sistema de registro informatizado de andamento para acompanhamento de *cada* procedimento desde a abertura até o arquivamento, celebração de TAC ou ajuizamento de ação, para possibilitar o exame do resultado de cada investigação e da efetividade dos instrumentos utilizados, a partir das amostras representativas coletadas, foi possível fazer-se uma estimativa do índice de adimplemento das obrigações ajustadas nos TACs.

No estudo de avaliação da eficácia dos termos de ajustamento de conduta celebrados pelo MPF, constatou-se que os TACs já integralmente cumpridos representam 41% do total, enquanto 40% estão com prazo de cumprimento em curso, 14% em fase de verificação do adimplemento, e apenas 5% não foram cumpridos, tendo sido todos executados judicialmente. O alto percentual de TACs em cumprimento e em fase de avaliação do adimplemento relaciona-se ao fato de que os ajustes ambientais prevêem prazos prolongados para o cumprimento das obrigações, para que haja a reparação integral do dano ambiental. Além disso, em muitos casos houve prorrogação dos prazos para cumprimento, por meio de termos aditivos.

Na análise da amostra representativa de dados do MP/SP, segundo informações da Corregedoria-Geral do Ministério Público, relativa aos TACs firmados em todas as matérias de interesses difusos e coletivos, de um total de 4113 TACs celebrados nos últimos 3 anos, 2534 (61%) foram cumpridos. Quanto à matéria ambiental, diante do reduzido número de TACs executados nos últimos 3 anos (225 execuções de TACs), pode-se concluir que é baixo o índice de inadimplemento dos compromissos de ajustamento (estimado em torno de 10%), evidenciando a efetividade desse mecanismo para a prevenção e reparação de danos ambientais.

A partir dessas amostras é possível inferir-se que é alto o índice de cumprimento dos compromissos de ajustamento firmados, confirmando que a consensualidade traz ínsita maior probabilidade de cumprimento das obrigações e em tempo mais imediato, representando benefício maior ao bem jurídico tutelado. Mas tal constatação demonstra um paradoxo: apesar da efetividade do instrumento, no Ministério Público Federal ainda é muito maior o índice de ajuizamento de ações civis públicas do que de celebração de compromissos de ajustamento.

*Temática ambiental:* No âmbito do Ministério Público, que detém atribuições em todas as matérias de interesses difusos e coletivos (consumidor, patrimônio histórico e cultural, ordem econômica e economia popular, ordem urbanística, probidade administrativa e patrimônio público, portadores de deficiência, crianças e adolescentes, idosos, além de outros interesses *inominados*, com objeto de tutela amplo, como por exemplo, nas áreas da cidadania, da saúde pública, direitos sociais básicos, e até na área penal), e realiza compromissos de ajustamento de conduta em todas as searas, a temática ambiental representa mais de 50% do universo de ajustes firmados pela instituição.

Dentro da seara ambiental, o tema '*flora*' se destaca por ser aquele com o *maior* número de procedimentos investigatórios em *todas* as unidades do Ministério Público do país (Federal e dos Estados), em percentuais entre 30% e 40% do total de investigações instauradas.

No Ministério Público Federal, na década de 90, os TACs referentes à proteção da flora representaram 41% do total dos TACs ambientais celebrados, e, nos anos 2000 (dados obtidos até 2008), os ajustes sobre proteção à flora representaram 49% do total dos TACs sobre matéria ambiental. O objeto dos TACs se refere basicamente a áreas de preservação permanente, desmatamento, unidades de conservação e áreas protegidas.

Já no Ministério Público de São Paulo, por ex., apesar do tema '*flora*' representar a matéria ambiental com o maior número de procedimentos administrativos investigativos (1/3 do total), os TACs sobre esse tema representam apenas 2,7% do total dos ajustes ambientais firmados, evidenciando baixo índice de solução extrajudicial dos casos de danos à flora.

Nos Ministérios Públicos dos Estados, desmatamento e áreas de preservação permanente são os temas que representam o maior número de investigações realizadas e de TACs celebrados. Chama atenção o fato de que – salvo alguns compromissos de âmbito mais global, para gerenciamento de políticas ambientais – a maioria dos TACs sobre flora que foram celebrados se referem a danos de menor monta, como corte de árvores e extração de vegetação ou desmate de

pequenas áreas. Mas precisaríamos de um estudo mais profundo, em tempo mais estendido, levando em conta vários outros elementos, para identificar se os casos de danos de maior extensão não são fiscalizados ou não são autuados pelos órgãos ambientais competentes, se - pelas mais diversas razões - não são noticiados ao Ministério Público para fins de responsabilização civil e/ou penal, não chegando a gerar procedimento investigatório, ou se, embora investigados e comprovados, não é possível chegar a uma solução extrajudicial consensual.

Importante ressaltar que, apesar da conhecida problemática do desmatamento desenfreado na região da Amazônia<sup>7</sup>, no âmbito do MPF, em toda a década de 2000, num período de 8 anos, *somente 04 TACs* versando sobre esse tema foram celebrados na região Norte (todos no Pará), evidenciando o baixo índice de resolução extrajudicial e consensual de conflitos nessa seara. Pelo Ministério Público do Acre foram tomados 37 TACs versando sobre desmatamento nos últimos dois anos, e, pelo Ministério Público do Pará, não se obteve informação sobre qualquer TAC realizado com esse objeto.

De outra banda, cabe referir que, na seara ambiental, o tema '*fauna*' é o que representa o *menor número* de procedimentos investigatórios (entre 2% e 3% do total) e, proporcionalmente, também o *menor número de TACs* (menos de 1% do total de TACs ambientais) no âmbito dos Ministérios Públicos.

Chama atenção que não se obteve informação da celebração de qualquer TAC referente a tráfico de animais silvestres<sup>8</sup>, apesar de o Brasil ser um dos principais alvos dos traficantes da fauna silvestre devido à sua imensa biodiversidade e de o tráfico da vida selvagem ser hoje um dos principais fatores do desaparecimento da fauna brasileira. A devastação das florestas e a retirada de animais silvestres já causaram – e continuam causando - a extinção de inúmeras espécies e conseqüentemente um desequilíbrio ecológico, mas os instrumentos de proteção legal, inclusive o TAC, ainda se mostram inefetivos.

Por outro lado, tem-se notícia de vários procedimentos criminais relativos ao delito correspondente – sem a instauração do inquérito civil correlato para fins de responsabilização civil – o que indica que tem sido uma opção a responsabilização dos infratores somente na esfera penal, questão que talvez mereça melhor reflexão por parte da instituição do Ministério Público.

Não é difícil identificar as causas dessa insuficiência da proteção ambiental e da impunidade dos infratores. Além dos fatores acima mencionados, a visão política dos órgãos administrativos em contraposição à visão técnica do Ministério Público; os interesses meramente desenvolvimentistas de determinados setores privados, sem qualquer preocupação com a proteção do meio ambiente; e interes-

---

<sup>7</sup> Gize-se que o sistema de monitoramento da cobertura florestal da Amazônia, importante ferramenta para o controle do desmatamento, demonstra que o processo de desmatamento e degradação da cobertura florestal tem maior incidência no Estado do Pará (a título de exemplo, no ano de 2008, 42% de todo o desmatamento ocorrido na Amazônia se deu no Estado do Pará). Disponível em: <<http://www.obt.inpe.br/deter/index.html>>

<sup>8</sup> Isso não significa a celebração de nenhum TAC com tal objeto, pois, como já explicitado, os dados catalogados pelos setores da Administração Superior de cada Ministério Público não refletem a fidedignidade dos números, uma vez que muitos TACs firmados pelos órgãos de execução não são comunicados ou enviados àqueles, razão pela qual a pesquisa foi feita com uma estimativa do possível universo de compromissos de ajustamento pactuados.

ses escusos ou comprometidos de pessoas e órgãos integrantes do SISNAMA com empreendedores e com governantes foram apontadas como razões pelas quais não há a necessária atuação conjunta preventiva e repressiva dos órgãos da rede de proteção. A par disso, a competência material comum e concorrente<sup>9</sup>, apesar de ter a *mens legis* de alargar a rede de proteção, na prática acaba por enfraquecer e reduzir a proteção ambiental, pois o que se observa é que cada órgão ou ente se omite deixando para que outro faça o que tem de ser feito.

Dentro do Ministério Público – como principal ator no universo da celebração de compromissos de ajustamento de conduta ambientais – pode-se constatar dois aspectos que também contribuem para essa tutela insuficiente do ambiente: a ausência de uma organização uniforme e plenamente eficiente de registro de dados pertinentes à atuação na área ambiental (no âmbito de cada Ministério Público), e a falta de coordenação e de critérios de distribuição de atribuições entre Ministério Público Federal e Ministérios Públicos dos Estados.

*Tipo de compromissário:* Quanto ao tipo de celebrante/compromissário, é de extrema relevância a constatação obtida a partir do levantamento realizado.

No universo dos TACs firmados pelo Ministério Público Federal, por ex., as instituições ligadas ao Estado, seja da Administração direta ou indireta (incluindo todos aqueles que de alguma forma assumiram compromisso de alguma prestação positiva)<sup>10</sup>, representam a maioria dos pactuantes/compromissários presentes no pólo passivo dos TACs (na década de 90, em 60% dos TACs, e na década de 2000, em 52% dos ajustes), o que evidencia que o Estado, através das pessoas jurídicas que o representam – da Administração direta e indireta – tem sido grande responsável pela prática de condutas ou por omissão que resultam violações de direitos da sociedade garantidos pelo ordenamento jurídico. Além disso, esses entes públicos figuram na maioria dos ajustes frustrados/descumpridos. Aliás, nos questionários, consultas e entrevistas realizadas com vários interlocutores com atuação ambiental, o Poder Público foi apontado como o mais recalcitrante tanto para a celebração de compromisso de ajustamento, quanto no cumprimento das obrigações assumidas. E, saliente-se, na maioria das vezes, as cláusulas obrigacionais pactuadas retratam um dever jurídico já previsto expressamente em lei, que deveria ser cumprido rotineiramente pelo Poder Público como função típica da Administração.

<sup>9</sup> O art. 23 da CF estabelece que a competência material para exercer a polícia ambiental é concorrente entre os três entes da federação – União, Estados-membros e Municípios, cabendo-lhes proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (inc. VI) e preservar as florestas, a fauna e a flora (inc. VII), entre outras atribuições. Existe, assim, um sistema complexo de tutela do meio ambiente, em que cada Poder Público atua de forma autônoma com vistas à proteção dos interesses que lhe são atribuídos.

<sup>10</sup> Nos casos em que figuraram entes privados e entes públicos no pólo passivo, em muitos ajustes o órgão público foi denominado no termo como “interveniente”, mas como assumiu, de alguma forma, prestação positiva, para fins da pesquisa foi considerado compromissário em razão da natureza da obrigação assumida no ajuste. Nesse espeque, cumpre esclarecer que os doutrinadores costumam diferenciar ‘obrigações’, que são convencionadas pelas partes e têm um conteúdo específico destinado ao benefício de determinada(a) pessoa(s) ou bem, dos deveres jurídicos derivados de lei. Contudo, nos compromissos de ajustamento de conduta, muitas vezes, as cláusulas pactuadas retratam um dever jurídico já previsto expressamente em lei (seja para o Poder Público, seja para o particular). O que o compromisso de ajustamento faz é reforçar o dever jurídico, especificando a conduta omissiva devida, agregando prazos e cominações para pressionar a sua observância e sanções para caso de inadimplemento.

Chama atenção o fato de que, em grande parte dos TACs tomados pelo Ministério Público Federal, os órgãos licenciadores (IBAMA ou órgãos licenciadores dos Estados) são chamados para figurar nos pactos, restando expresso, em cláusulas do ajuste, seus deveres ou obrigações decorrentes do poder de polícia ambiental – o que não se observa nos TACs celebrados pelos Ministérios Públicos dos Estados.

Dito isso, pode-se concluir que, num interregno de duas décadas, apesar de toda a transformação ocorrida no Direito Público que orienta o agir administrativo<sup>11</sup>, não houve uma alteração na atuação dos órgãos e entidades ligados ao Estado, que, através das pessoas jurídicas que o representam – da Administração direta e indireta – continua sendo grande responsável pela prática de condutas ou por omissão lesivas ao meio ambiente.

Essa questão merece uma reflexão mais acurada. Pode-se apontar que há, basicamente, dois tipos de problemas na Administração Pública: os urgentes e os importantes. A tendência geral da Administração Pública no Brasil, seja no plano federal, estadual ou municipal, é atender as urgências, ocupar-se com o dia-a-dia, dar respostas pontuais, buscar resultados imediatos e, principalmente, fazer ações que tenham impacto na opinião pública – sempre de olho no voto do eleitor. Enquanto isso, as importâncias ficam para depois. O passivo de problemas estruturais e a indefinição em questões estratégicas são sempre empurrados para os governos futuros. Não se observa a elaboração de políticas públicas, planos de gerenciamento, estratégias de atuação globais. É preciso, pois, que haja mais planejamento do Estado brasileiro. Sem descuidar das questões imediatas e dos problemas do dia-a-dia, é necessária dedicação às questões estratégicas e às ações estruturantes para aperfeiçoar a política ambiental brasileira.

### 3. PERSPECTIVAS

A opção pelo compromisso de ajustamento de conduta tem se dado por vários fatores, em especial porque a consensualidade traz ínsita maior probabilidade de cumprimento das obrigações e a obtenção do resultado que seria pretendido em eventual ação civil pública, antes da propositura desta, representa benefício maior ao bem jurídico tutelado e àqueles que são seus titulares. Além disso, não se pode olvidar a morosidade das demandas judiciais para a solução de conflitos e para a efetivação de direitos, a preponderância da ótica privatista em detrimento de interesses transindividuais nas decisões judiciais, e as despesas excessivamente

---

<sup>11</sup> O agir administrativo está estreitamente ligado aos fins buscados pela ordem constitucional vigente (art. 225 da CF), 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, no desempenho de sua função fiscalizatória, evitar que a poluição seja levada a efeito por qualquer administrado. Cada vez mais é cobrado da Administração Pública o exercício do poder de polícia administrativa. Nesse esqueço, cumpre salientar que, em se tratando de prevenção de danos, há um poder-dever de polícia, com o atributo da auto-executoriedade.

<sup>Para</sup> não poluir e evitar a poluição por terceiros, visando à concreção da Ordem Sócio-ambiental Constitucional, deve a Administração Pública elaborar e implementar políticas públicas eficazes para assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

altas com os litígios judiciais.<sup>12</sup> E a análise de dados estatísticos demonstra a efetividade do instrumento na proteção do bem ambiental protegido, face ao elevado índice de adimplemento.

Em termos de futuro próximo, com fundamento da análise gráfica da linha tendencial – seja em escala linear, poligonal ou logarítmica da quantidade de TACs –, a perspectiva é a tendência de aumento da utilização desse mecanismo para solução extrajudicial de casos de ilícito ou danos ambientais. Mas não se pode olvidar que o aumento progressivo do número de TACs é paralelo ao número de procedimentos investigatórios de ilícitos e danos ao meio ambiente.

Contudo, numa análise documental de vários termos de ajustamento celebrados, pode-se verificar também uma tendência – bem recente – que vem se firmando de, cada vez mais, serem realizados TACs abarcando planejamentos e ações mais globais do que pontuais e mais preventivas do que meramente repressivas, o que representa um avanço na proteção ambiental.

A legislação ambiental brasileira está à frente do seu tempo e de todas as outras vigentes nos países de todos os continentes, adequada às necessidades de preservação e desenvolvimento sustentável. Mas, repisa-se, a degradação ambiental no Brasil vem ocorrendo mais por razões e fato que de direito. Em síntese, que a falta de fiscalização, a falta de critérios, a falta de uniformidade, a falta de transparência, a adoção de soluções imediatistas, TACs mal celebrados (falhas formais ou falta de uma visão sobre o tema), interesses escusos ou comprometidos de órgãos do SISNAMA com empreendedores, têm gerado um sério risco para o próprio instrumento do compromisso de ajustamento.

Para que ocorra uma mudança nos rumos da proteção ambiental no Brasil, é necessário repensar, portanto, não só a utilização do TAC, mas voltar os olhos para a falta de organização das instituições e órgãos públicos, para os interesses escusos de ocupantes de determinados cargos públicos, e para os interesses meramente desenvolvimentistas de determinados setores privados, sem qualquer preocupação com a proteção do meio ambiente seja para esta ou para as futuras gerações.

Possibilitar, também no âmbito civil, a responsabilização pessoal de representantes legais de pessoas jurídicas de direito público ou privado, eliminar os conflitos de competência para a fiscalização, estabelecer critérios de atribuições entre os legitimados, maior transparência acerca das medidas de reparação adotadas, maior especialização dos atores (sejam técnicos ou operadores do direito) no campo ambiental, são aspectos que contribuiriam para uma maior efetividade da fiscalização, da investigação de ilícitos e danos ambientais, da responsabilização seja através de TAC ou ACP, e, por conseguinte, para uma maior proteção do meio ambiente.

---

<sup>12</sup> Nessa ótica, Cappelletti aduz que a conciliação configura um dos mecanismos de acesso à justiça efetiva, por trazer vantagens óbvias tanto para as partes quanto para os sistemas jurídicos. “A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes soluções rápidas e mediatas”. E acrescenta, com propriedade, que as soluções obtidas sem necessidade de um julgamento são mais facilmente aceitas do que decretos judiciais unilaterais, uma vez que se fundam em acordo. (CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 83).

# **SANEAMENTO AMBIENTAL: A RESPONSABILIDADE DECORRENTE DO CONSUMO**

*O progresso material do mundo acicatóu minha sensibilidade moral, ampliou minha responsabilidade, aumentou minhas possibilidades, dramatizou minha impotência. Ao fazer-me mais difícil ser moral, faz com que eu, mais responsável que meus antepassados e mais consciente, seja mais imoral que eles, e minha moralidade consiste precisamente na consciência de minha incapacidade.*

*Umberto Eco*

## **SHEILA CAVALCANTE PITOMBEIRA**

Procuradora de Justiça e Professora de Direito Ambiental da Universidade de Fortaleza – UNIFOR (CE).  
Mestre em Direito, Mestre em Ciências Marinhas Tropicais, ambas pela Universidade Federal do Ceará – UFC

## **1. APRESENTAÇÃO**

A responsabilidade pós consumo vem sendo objeto de preocupação e discussões formais, em níveis institucionais, por muitas nações, nas duas últimas décadas do século XX. De qualquer forma, no campo das ideias, a partir de um passado relativamente recente, este assunto vem sendo tratado por pensadores preocupados com questões ambientais dispersas pelas múltiplas e complexas sociedades de países industrializados que verificavam o problema se instalando, crescendo e até já anteviam, pelo mundo, os maus resultados para um então futuro próximo, agora confirmados nos dias da atualidade.

Apesar disso, ainda é um assunto que deixa dúvidas, mal entendidos ou mesmo uma manifesta ignorância sobre seus propósitos, haja vista o pouco conhecimento entre as pessoas situadas no grupo dos cidadãos comuns, sobretudo aqueles identificados como meros consumidores.

Assim, é importante conhecer o significado e o que se pretende entender e o que seja Responsabilidade Pós Consumo. Com isso, numa compreensão simplista, significa o agente consumidor ter de completar, de terminar, aquilo que ele começou.

Quando a sociedade industrial se consolidou e assim firmou com bases sólidas o sistema capitalista, a grande meta que ficou estabelecida foi a de se produzir tudo, infinitamente. E tendo como o outro lado garantidor do modelo, o consumir, também infinitamente. No começo tudo ainda era relativamente limitado, tanto considerando os meios ainda empíricos de produção como a maneira ainda mo-

desta de consumir. Mas nesse jogo de sintonias entre produtor e consumidor eis que foi despertado um monstro perigoso e incontrolável que é a pulsão aquisitiva do ser humano. É nesta pulsão que se instala sorrateiramente a perigosa nuance existente entre consumo e consumismo.

Enquanto no primeiro têm-se as pessoas adquirindo tão somente aquilo que lhes é necessário para a sobrevivência física e espiritual, no consumismo os indivíduos gastam o que têm e o que não têm adquirindo bens que não lhes são indispensáveis, - as coisas supérfluas. Pessoas despendem compulsivamente dinheiro com objetos que sequer chegarão a usar. Apenas satisfazem a um desejo mórbido de adquirir, como vítimas incontroláveis de uma patologia comportamental. Credita-se esse tipo de anomalia aos mais sutis atrativos que os produtos exercem sobre o consumidor, como o desenho, as cores, os odores, à fama das marcas famosas e, sobretudo, à propaganda.

Numa observação rápida da história, constata-se que o primeiro grande passo foram as descobertas e as invenções de todos aqueles bens que atendessem às necessidades primárias do ser humano. Até então não havia vestimentas senão as costuradas a mão e destinadas a um usuário específico para as quais fossem encomendadas. O mesmo também poderia ter claramente acontecido com os calçados, etc.

Depois, com os produtos de higiene. Esses sempre muito precários e de resultados duvidosos, como o eram então os sabonetes, os cremes dentífricos, os aparelhos de barbear e seus correlatos bem como os produtos para atenderem aos apelos da higiene e da vaidade femininas. Também assim aconteceu com a indústria de alimentos, com grande ênfase nos processos de embalagem e conservação assim como os itens da manutenção e limpeza da casa, dos mais diversos ambientes de trabalho, dos ambientes públicos e das áreas urbanas.

Satisfeitos todos esses itens relativos ao suprimento das necessidades primárias do indivíduo surgiam, concomitantemente, itens para atender a necessidade de se transportar, dando lugar ao automóvel e tantos outros transportes terrestres, aos aviões, às modernas embarcações para cargas e passageiros etc. Também chegou a vez das comunicações que em pouco tempo experimentou tal evolução que nunca mais parou de acontecer.

Igualmente, os produtos farmacêuticos, hospitalares, os aparelhos cirúrgicos e mais uma miríade de equipamentos para subsidiar todas as atividades criativas e produtivas da sociedade humana dos tempos contemporâneos. Isto tudo ensejou uma vasta gama de benefícios, reconhecidos como verdadeiros prodígios para a humanidade, que foram a saúde, a qualidade de vida, o conforto, a qualificação e o enriquecimento do padrão alimentar, a habitação, a educação, o lazer, etc. resultando em algo que as grandes nações ainda não aprenderam a lidar: - a longevidade, o grande incremento na expectativa de vida e conseqüentemente, o aumento descontrolado da população. Este é o problema mais grave que a espécie humana até hoje terá de enfrentar e, mais surpreendente, ou não parece estar entendendo a gravidade do problema ou está fugindo dele, deixando-o para o porvir e entregando-o, inexoravelmente, para as gerações futuras.

Todos os problemas ambientais constatados e comensurados, no planeta, são debitados direta e exclusivamente ao ser humano pois quaisquer outros acidentes

ou incidentes acontecidos no ambiente diversos da atividade antrópica fazem parte dos fenômenos da natureza. E mesmo que apresentem características, aspectos ou efeitos formidáveis, pelas suas próprias peculiaridades, estão inclusos entre as causas e coisas naturais.

A ciência moderna há muito estabeleceu e quantificou todos os limites potenciais do planeta terra conhecendo e demonstrando numericamente os recursos vegetais, minerais, energéticos e os limites de viabilidade e de sustentabilidade de todas as suas regiões. Mas não fez ainda ponderações graves e definitivas sobre os limites que devem ser urgentemente impostos para refrear ou conter o crescimento vegetativo e o modelo comportamental da espécie humana. Toda essa problemática se reflete diretamente no meio ambiente e, conseqüentemente em todos os seres vivos, sobremaneira o homem.

Transcorridas todas as etapas fundamentais do progresso econômico e social das nações o modelo capitalista decorrente historicamente desses fatos ficou refém de sua própria filosofia, que é produzir sempre mais para, mais e mais, haver o consumo. O modelo vigente de economia produtiva induz a que se faça do ato de consumir um estilo de vida, ficando isso impregnado nas mais recônditas reentrâncias do espírito humano que passa a ver no consumo a fórmula mágica para a satisfação espiritual, para a integralização do ego. O *animus* consuntivo conduz o indivíduo a um tal afã aquisitivo que o ato de consumir passa a ser uma necessidade incontrolável de obter cada vez mais produtos disponíveis, mesmo que venham a ser mal utilizados, gastos irracionalmente ou destruídos precocemente para dar vez a uma imediata substituição por outros novos que ficarão no lugar daqueles que foram descartados. De modo que a satisfação está muito antes no ato de comprar do que de no de usufruir. A cada dia que passa esse fenômeno do comportamento humano adquire maior velocidade e um rumo ainda incerto.

E é assim que a atividade produtiva, integralmente destinada ao consumo, após cobrir industrialmente todas as demandas básicas do ser humano, atingiu um novo degrau que é o de ter de criar ou inventar novas necessidades.

No âmbito da concorrência de mercado surgiram itens apelativos que são totalmente dissociados do produto principal. Mas têm o efeito de exercer como que um atrativo hipnótico sobre o consumidor. Numa infinidade de produtos é possível constatar-se que eles são absurdamente mais baratos que suas próprias embalagens, tais como os perfumes, os barbeadores, os cremes dentais, as águas minerais, muitos tipos de bebidas e de alimentos que apresentam essa paradoxal distorção para melhor enfrentar os concorrentes ou simplesmente atrair os compradores.

Feita a aquisição do produto e iniciar-se o uso, de imediato surge o problema da disposição da embalagem que já não apresenta nenhuma utilidade e tampouco qualquer possibilidade de uso alternativo. Agora, imagine-se, em toneladas, o volume desses materiais de embalagens que diariamente são postos no lixo logo após o início do uso do produto principal!

E do mesmo modo que há embalagens pequenas como, por exemplo, as dos produtos de limpeza, também existem as grandes como aquelas de geladeiras, fogões, televisores e todos os outros tipos de eletro domésticos e, paralelamente, um incontável número de outros produtos cujas embalagens são oriundas das mais

complexas gamas de componentes tais como madeira maciça, madeira compensada, aglomerados de madeira, papel, papelão, isopor, plásticos, borracha, tecidos, fibras diversas, vidros, cerâmicas, betumes, argilas, metais ferrosos e não ferrosos, aglomerados de origem orgânica ou mineral, etc.

Este modelo, redundante no círculo produção e aquisição vem, no decorrer dos tempos hodiernos tomando dimensões que sem exageros e sem assertivas hiperbólicas, estão tomando dimensões apocalípticas.

Ainda não foi levada a sério a idéia de que tudo o que há na superfície da terra não é criado nem perdido. Tudo é simplesmente transformado. Entretanto o processo produtivo que transforma uma matéria natural em matéria prima, ou em insumo, até chegar ao produto final, vai deixando restos que por sua própria natureza são nocivos ao meio ambiente. Vejam-se os lixos químicos, os dejetos provenientes de materiais radiativos, os produtos não degradáveis ou cuja degradação depende de um tempo pelo qual perpassariam dezenas ou centenas de gerações.

E mais grave é que a demanda por este tipos de produtos aumenta, geometricamente, na medida em que a população aumenta e a oferta para o consumo se amplia cada vez mais, quando os custos e os métodos de produção são otimizados ou quando novas coortes galgam patamares econômicos que ensejam novas escalões sociais de poder aquisitivo.

Hoje, já se pensa em fazer um casamento entre a ideia de um consumo consciente preocupado com a geração de resíduos sólidos. Até agora aqui foi abordado o problema de resíduos sólidos oriundos de embalagens sem, todavia, ter sido dada uma vista sobre a grave problemática relacionada com os produtos retirados de uso.

De começo é interessante contemplar os multifários motivos pelos quais um produto sai de circulação. Primeiro, naturalmente, pela própria exaustão do uso, ou seja, ele já deu o que tinha de dar. Segundo, pela sua obsolescência em razão do surgimento de modelos que encerram mais qualidades que no todo redundam em maior satisfação para o consumidor. Terceiro, pela obsolescência planejada, na qual um tal produto já vem de fábrica concebido para durar um tempo menor com vista a ensejar a produção e a necessária aquisição de um novo. Nisto reside um grande problema, pois de uma linha industrial da qual sairiam produtos de maior duração vão sair produtos de duração bem menor que vão dar lugar a muitas repetições na linha produtiva e, conseqüentemente, toda uma gama de subprodutos ou dejetos que vão interferir, diretamente, na problemática da disposição final dos produtos inservíveis.

Igualmente, seguindo esta mesma linha de raciocínio, podem ser elencados aqueles produtos baratos, classificados como ordinários, os produtos descartáveis, e as futilidades, esses perigosos itens que antes de tudo deformam o comportamento das pessoas que ficam tomadas por mórbida mania de possuir, comprando coisas que não utilizam sequer no momento da aquisição.

Este tipo de pessoa, mesmo associando o seu aspecto animal relativo à pulsão aquisitiva, própria dos seres que concorrem naturalmente com seus semelhantes, são vítimas da exacerbação deste distúrbio psíquico provocado, deflagrado e intensificado pela propaganda, muitas vezes dirigida de forma perigosamente subliminal.

Em decorrência da preocupante situação a que chegou o consumo e os efeitos a ele correlativos, uma das tentativas de fazer o controle está na responsabilidade do pós consumo, procurando-se definir sobre quem e em que grau de intensidade ela vai recair e pesar sobre os dois principais atores do problema: - o produtor e o consumidor.

Assim, entender-se que a responsabilidade pós consumo tal como se pensa em fazê-la pesar sobre o consumidor, solidariamente com o produtor, eis que se feita uma análise mais acurada, conclui-se que o papel do produtor é bem mais deletério. Isto porque toda a escala de consumo inicia-se na produção, passando por estágios tão sutis que o consumidor, muitas vezes indefeso, em razão da ignorância, da alienação política ou do despreparo para a vida em sociedade, não chega a perceber. Ele não sabe, por exemplo, que nas reuniões com os vários segmentos que compõem formam as unidades produtivas de uma fábrica, estão grupos de inventores, engenheiros, psicólogos, publicitários, designers, etc. que, juntos, maquinam as mais inimagináveis formas de convencerem o consumidor a adquirir produtos sem conhecer plenamente, tantos os itens positivos como, também, aqueles elencados como supérfluos, desnecessários, inúteis, fúteis, voluptuários ou nocivos.

E, desta forma, trazem para o ambiente objetos que, se feita uma comparação mais apurada, logo chegar-se-ia à conclusão ululante de tratar-se de qualquer coisa reconhecidamente desnecessária. Para bem compreender o assunto, e de forma simplista, senão simplória, basta notar que uma quantidade incomensurável de itens ditos de uso pessoal, doméstico ou coletivo são verdadeiramente dispensáveis, haja vista que o fato de não serem adquiridos ou possuídos não levam, nem as pessoas nem as coletividades, a nenhum estado de degradação.

Como desde o início do presente ensaio a autora enveredou por um comentário histórico, mesmo que no decorrer do conteúdo vá abordar os aspectos atuais no âmbito do direito positivo regulando a problemática ambiental, oportuno observar que o trabalho pretende esboçar algumas considerações em torno da responsabilidade pós consumo na perspectiva do saneamento ambiental.

## **2. O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE HANS JONAS E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO**

Como visto, a civilização e a intervenção do homem na Natureza caminham juntas desde sempre. Contudo, a sociedade de consumo atual patrocina grandes desequilíbrios sociais e ambientais, promovendo transformações no comportamento humano e exorbitando as capacidades do planeta em absorver o que lhe é despejado como inservível, imprestável, cujos resultados podem ser fartamente comprovados nas imagens dos lixões espalhados nos vários cantos do mundo.

Se antes, a existência do homem ensejava indagações filosóficas, hoje é sua presença no mundo e sua ilimitada capacidade de invenção, desencadeando impactos ambientais de toda ordem (poluição, exploração à exaustão dos recursos naturais não renováveis, produção agrícola em prejuízo da biodiversidade, entre

outras), que impõe uma modificação na sua ética de agir. Com efeito, a tecnologia moderna introduziu avanços de tamanha grandeza descortinando ações humanas tão desrespeitosas em seu *habitat* que a moldura da ética antiga não consegue mais retratá-las. Há, pois, necessidade de outras correntes filosóficas, inspiradas por todas essas novas conjunturas e problemáticas que não eram, nem poderiam ser, previstas nos cânones da ética tradicional. O dever de proteger e defender o ambiente, tão óbvio no pensamento tradicional que dispensava elocções, impõe, assim, a revisão da conduta humana e a aplicação de nova postura comportamental diante da tecnologia, da produção e do consumo em massa.

Nessa perspectiva, tem-se o pensamento de Hans Jonas<sup>1</sup>, através da obra *O Princípio da Responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*<sup>2</sup>, onde cuida de discorrer sobre a necessidade de uma nova ética frente aos avanços tecnológicos da humanidade, considerando o dever de conservar o planeta para a sobrevivência física da humanidade a partir de um novo paradigma de responsabilidade. Ao seu entendimento, sendo o homem permanentemente confrontado com alternativas tecnológicas cujos efeitos e o raio de seu alcance desconhece, impõe-se que a prudência e a sabedoria, predicados muitas vezes ausentes (ou mesmo prejudicados por força da pressão dos variados interesses), sejam um guia de reflexão ética a orientar ações e deliberações que possam produzir efeitos ou incômodos à natureza, no futuro. Nessa dimensão de utopia desenvolve o princípio da responsabilidade:

*“Como tem a seu favor os sonhos mais antigos da humanidade, e agora parece também possuir na técnica os meios para transformar o sonho em empreendimento, o utopismo, outrora inócuo, tornou-se a mais perigosa das tentações – precisamente porque idealista – da humanidade em nossos dias. À imodéstia de seus objetivos, equivocada tanto em termos ecológicos como antropológicos, o Princípio Responsabilidade contrapõe a tarefa mais modesta que obriga ao temor e ao respeito: conservar incólume para o homem, na persistente dubiedade de sua liberdade que nenhuma mudança das circunstâncias poderá suprimir, seu mundo e sua essência contra os abusos de seu poder.”*<sup>3</sup>

Como se observa, algumas premissas que orientam o princípio da responsabilidade delineado pelo pensador alemão, como adotar como princípio ético absoluto o cuidado com as futuras gerações, a possibilidade de evitar novas tecnologias com potencialidades de comprometer o futuro da humanidade ou a incapacidade

<sup>1</sup> Hans Jonas (1903-1993) foi aluno de Martin Heidegger na Universidade de Freiburg na década de 1920. De origem judaica, deixou a Alemanha em 1934, pouco depois da ascensão do nazismo ao poder. Viveu na Inglaterra e nos Estados Unidos. Publicou a obra: *O Princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*, um dos mais importantes livros do final do século XX, segundo Cesar Benjamin, revisor da tradução par ao português.

<sup>2</sup> JONAS, Hans. *O Princípio da Responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio Janeiro: Contraponto/Editora PUC, 2006.

<sup>3</sup> op. cit. (p. 309).

das éticas clássicas de lidar com as modernas relações do homem com a natureza, se aproximam do princípio da precaução do Direito Ambiental Brasileiro.

Com efeito, consistindo o princípio da precaução na adoção de cautela antecipada, prudência, ante a perspectiva de dano ambiental grave ou irreversível ou na ausência de informações e/ou dúvidas consistentes em torno dessa possibilidade, como indicativo de proteção ao meio ambiente, evidencia-se o grau de responsabilidade que deve orientar a decisão do Poder Público por ocasião do licenciamento ambiental, ponto de partida das atividades e obras. Da mesma forma por ocasião do exercício do Poder de Polícia da Administração na ocorrência de embargo de obra ou interdição de atividade causadora de dano ambiental, indicativo de atuação no resguardo do interesse público. Aliás, oportuno observar que o princípio da precaução está presente no texto do Princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro, editada por ocasião da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento<sup>4</sup>, bem como Preâmbulo do texto da Convenção da Diversidade Biológica<sup>5</sup>:

*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.*

*“Preâmbulo: “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,”*

No mesmo sentido, mas com abrangência menor, tem-se o princípio da prevenção, que consiste na adoção de cautela ante a possibilidade de riscos prováveis, mas conhecidos, contras os quais existam e possam ser adotadas medidas preventivas contra os tais riscos ou danos ambientais. Mencionado princípio consta do Preâmbulo da Convenção da Diversidade Biológica ou Biodiversidade: “Ob-

<sup>4</sup> Conferência das Nações Unidas para o Meio ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), também denominada Cúpula da Terra ou ECO/92, acontecida no Brasil, no período de 03 a 14 de junho de 1992, na cidade do Rio de Janeiro, com o objetivo principal de buscar meios de conciliar o desenvolvimento sócio-econômico com a conservação e proteção dos ecossistemas da Terra. Nessa Conferência foi elaborado o documento denominado Agenda 21, aprovado e assinado por 175 Nações presentes no encontro, voltada para os problemas ambientais mais urgentes em todo o Planeta. Paralelamente, ocorreu, promovido por entidades da Sociedade Civil, o Fórum Global 92, do qual participaram Organizações Não-Governamentais. Também foi aprovada a Carta da Terra –equivalente à Declaração Universal dos Direitos Humanos para a área de Meio Ambiente. Ainda na Conferência do Rio/92, foi elaborada a Declaração de Princípios com Autoridade não Juridicamente Obrigatória para o Consenso Global na proteção do meio ambiente.

<sup>5</sup> A Convenção sobre a Biodiversidade foi aprovada por ocasião da ECO/92, cujos objetivos são a conservação da biodiversidade, o uso sustentável de seus componentes e a divisão equitativa e justa dos benefícios gerados com a utilização de recursos genéticos. Neste documento destaca-se o “Protocolo de Biossegurança”, que permite que países deixem de importar produtos que contenham organismos geneticamente modificados. Foi assinada por 156 países, tendo sido assinada pelo Brasil em 1992, posteriormente ratificada pelo Congresso Nacional (1993), e promulgada através do Decreto Federal Nº. 2.519 de 16 de março de 1998.

servando que é vital prever, prevenir e combater na origem as causas da sensível redução ou perda da diversidade biológica”.

A responsabilidade pós consumo, sob a ótica dos princípios da precaução e prevenção, implicará ao consumidor dar preferência a produtos de empresas e fornecedores que adotem políticas ambientais e atendam rigorosamente às condicionantes de seu licenciamento ambiental, considerando, naturalmente, que o Poder Público tenha adotado as cautelas necessárias no procedimento de licenciamento ambiental que viabilizou-lhes a operação. A par disso, no contexto do princípio da responsabilidade de Hans Jonas, cada pessoa deve escolher produtos e serviços que satisfaçam suas necessidades sem prejudicar o meio ambiente e o bem-estar da coletividade, além de colaborar na redução de lixo doméstico produzido, evitar desperdício dos recursos ambientais, evitar compra de produtos com embalagens inúteis ou que demorem a se decompor e preferir materiais reciclados, dentre outros comportamentos próprios do consumo consciente e responsável.

### 3. SANEAMENTO AMBIENTAL

Em revisão histórica em torno da questão do saneamento no Brasil, observa-se que somente a partir de meados do Século XIX até o início do Século XX, deu-se a estruturação das ações de saneamento, sendo realizado sob o paradigma do higienismo. Na década de trinta, a partir da promulgação do Código de Águas em 1934<sup>6</sup>, iniciou-se a coordenação das ações de saneamento básico cuja modernização foi ocorrer na década de 70, com a consolidação do Plano Nacional de Saneamento (PLANASA<sup>7</sup>), instituído através da Lei Federal 5318/67, com ênfase no incremento dos índices de abastecimento de água, saneamento básico, controle da poluição ambiental, incluindo lixo, e controle de inundações e erosões.

A partir da década de 90, ocorreu alteração na finalidade dos projetos de saneamento, que se afastaram da concepção sanitária clássica, recaindo em uma abordagem ambiental visando não só promover a saúde do homem mas a conservação do meio físico e biótico. Nessa dimensão a compreensão do conceito de saneamento ambiental veio englobar os sistemas de abastecimento de água e esgotamento sanitário, a coleta e disposição de resíduos sólidos, a drenagem urbana e o controle de vetores.

Na perspectiva do tema, oportuno observar que saneamento ambiental apresenta significação ampliada, se comparada à expressão saneamento básico. Saneamento ambiental constitui o conjunto de medidas e comportamento desenvolvidos no sentido de tornar um espaço sadio, habitável, em condições adequadas à vida em todas as suas formas. Com essa dimensão a responsabilidade por sua reali-

<sup>6</sup> Código de Águas – Decreto Federal Nº 24.643, de 10 de julho de 1934.

<sup>7</sup> Instituído em 1969 o PLANASA somente iniciou suas atuação dois anos depois, ocasião em que passou a destinar recursos para os Estados, viabilizando que criassem suas próprias companhias de saneamento. Para isso, instituiu o Sistema Financeiro de Saneamento (SFS), gerido pelo Banco Nacional da Habitação (BNH). Para obter o financiamento, cada Estado da federação deveria criar, com base em seus recursos orçamentários, um Fundo de Financiamento para Águas e Esgotos (FAE) e uma companhia estadual de saneamento.

zação deve comprometer a todos, o Poder Público e a coletividade, incluindo os segmentos produtivos e demais atores sociais, responsáveis que são pela defesa e proteção do meio ambiente para as gerações do presente e as do futuro, segundo as disposições do art. 225, *caput*, da Constituição Federal.

Importante observar que a ampliação da latitude dessa compreensão vai implicar a abrangência de uma série de comportamentos que não se restringem às questões específicas relacionadas ao saneamento, como coleta de resíduos, tratamento de esgotos etc. Está relacionada à qualidade ambiental, que poderá ser alterada por condições adversas, como também ao combate às variadas formas de poluição, água, do ar, solo, sonora, visual, incluindo-se nesse rol as hipóteses mencionadas nas alíneas do inciso III, do art. 3º da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei Federal Nº 6.938, de 31 de agosto de 1981)<sup>8</sup>.

Por sua vez, saneamento básico, na concepção legal da Lei Federal Nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007, constitui o conjunto de serviços, infra-estrutura e instalações operacionais relacionadas ao abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas, como se observa nas disposições do art. 3º, inciso I e alíneas, da citada lei<sup>9</sup>.

De acordo com referida lei, os entes da Federação, isoladamente ou reunidos em consórcios públicos, poderão instituir fundos, aos quais podem ser destinadas, entre outros recursos, parcelas das receitas dos serviços, com a finalidade de custear, na conformidade do disposto nos respectivos planos de saneamento básico, a universalização dos serviços públicos de saneamento básico (Art. 13). A par disso, o serviço regionalizado de saneamento básico poderá obedecer a plano de saneamento básico elaborado para o conjunto de Municípios atendidos (art. 17), que deverá abranger, além de outros aspectos relevantes, o diagnóstico da situação e de seus impactos nas condições de vida, utilizando sistema de indicadores sanitários, epidemiológicos, ambientais e socioeconômicos e apontando as causas das deficiências detectadas (art. 19, I).

Constata-se, portanto, a existência de princípios constitucionais e legislação infra-constitucional estabelecendo métodos e processos para intervir na defesa do

<sup>8</sup> Art. 3º para fins previstos nesta lei, entende-se por:

<sup>iii</sup> – poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

<sup>a)</sup> prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

<sup>b)</sup> criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;

<sup>c)</sup> afetem desfavoravelmente a biota;

<sup>d)</sup> afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

<sup>e)</sup> lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

<sup>9</sup> Art. 3º Para efeitos desta lei, considera-se :

<sup>1</sup> – saneamento básico: conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de:

<sup>a)</sup> abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição;

<sup>b)</sup> esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente;

<sup>c)</sup> limpeza urbana e manejo das águas pluviais urbanas: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas;

ambiente e sabe-se que produzem resultados quando aplicados. Todavia, eventuais embaraços na implementação das leis e execução dos planos de saneamento resulta a quebra na cadeia de intervenção estatal. Falha, aí, a responsabilidade da sua concretização e, conseqüentemente, tem-se uma série de problemas reais contrários aos resultados para os quais foram concebidos as normas e os recursos. Assim, a hipótese ou a possibilidade dessa ocorrência indica que a estrutura estatal deve perceber sua responsabilidade de promover a organização de planos e executar os programas nas instâncias das respectivas atribuições legais, com vistas à implementação do que está a seu cargo, sob pena de essa omissão implicar uma conduta de improbidade administrativa.

Por seu turno, o cidadão precisa assumir ativamente, de forma radical mesmo, a responsabilidade para consigo mesmo, que é indissociável daquela que deve prestar ao meio que o cerca, ao universo. O pensamento de Hans Jonas pode, portanto, ser a alavanca impulsionadora no sentido de reverter este ciclo de apatia, negligência, desarticulação e irresponsabilidade que domina a todos nós.

#### **4. SANEAMENTO AMBIENTAL E RESPONSABILIDADE DECORRENTE DO CONSUMO**

Como se observa da dimensão do saneamento ambiental, a participação do cidadão na adoção de nova postura comportamental no sentido de zelar para que os diversos espaços ambientais sejam saudáveis, em condições adequadas à vida em todas as suas formas, tomando-se de responsabilidade para com eles, vai implicar uma mudança de comportamento, sobretudo em suas relações de consumo, cujo processo exige, naturalmente, sensibilização e mobilização social. Ou seja, o consumidor deve ser incentivado a adotar postura responsável, discernindo sobre seu consumo e as opções que podem fazer a diferença no mundo em que quer viver e o que quer deixar para as futuras gerações. Enfim, a sedução tecnológica tornou o homem perigoso para o homem, e isso ocorre na medida em que ele põe em perigo os grandes equilíbrios cósmicos e biológicos que viabilizam a vida. Assim, o que caracteriza o imperativo da responsabilidade é a sua orientação para o futuro, mais precisamente para um futuro que ultrapassa o horizonte fechado no interior do qual o agente transformador pode reparar danos causados.

Nessa dimensão e com atenção ao princípio da responsabilidade, torna-se evidente que a educação ambiental é o primeiro dos passos para modificar o pensamento de que a natureza não deve ser considerada como domínio do homem e que sua relação com ela deve ser orientada por nova ética. Sem essa conversão consciente não haverá alternativa de vida como demonstram os acentuados sintomas de esgotamento, conforme diz (NALINI, 2001) <sup>10</sup>.

Oportuno observar que a Lei Federal Nº 9.795, de 27 de abril de 1999, que dispõe sobre a educação ambiental e institui a Política Nacional de Educação Ambiental, logo no artigo primeiro esclarece seu entendimento sobre a matéria,

<sup>10</sup> NALINI, José Renato. Ética Ambiental. Campinas: Millenium, São Paulo, 2001 (p.9).

compreendendo-a como sendo o processo pelo qual o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais e conhecimento, habilidades, atitudes e competências voltadas à conservação do meio ambiente e sua sustentabilidade.

No contexto atual, é certo que todos, mesmo que de maneira superficial, conhecem os possíveis cataclismos que ocorrerão em decorrência do superaquecimento do planeta, ou da progressiva destruição da camada de ozônio ou, ainda, do incontrolável desmatamento das já escassas reservas florestais do planeta. Já há, portanto, uma representação de um futuro que talvez não se realize ou apresente infortúnios em momento próximo, estimável pelas presentes gerações ante o testemunho de sua caracterização no presente. Assim, é muito provável que o conhecimento e a informação patrocinados pela educação ambiental produzam valores e ideologias, mostrando a necessidade de se instituir um novo estatuto de responsabilidade.

Ao lado da educação ambiental considera-se igualmente importante a participação ativa do consumidor no trato dos produtos inservíveis que utilizou, ou seja, sua contribuição financeira, juntamente com o produtor, no custeio do tratamento final a ser dispensado ao bem utilizado que não lhe atende mais as necessidades, viabilizando adequada decomposição junto à natureza.

Procurando definir o amparo ou substrato legal que poderia viabilizar essa participação, verifica-se a inexistência de disciplinamento legal específico em torno da matéria<sup>11</sup>. Todavia, não obstante essa omissão legislativa, entende-se que as disposições do inciso VII do art. 4º da Lei Federal Nº 6.938/81<sup>12</sup>, que apresenta a figura do usuário-pagador (imposição ao usuário da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos), enseja essa possibilidade que, aliás, já ocorre em relação ao usuário de recursos ambientais com fins econômicos, como se vê em relação aos fabricantes de pilhas<sup>13</sup>, baterias, pneus<sup>14</sup> e agrotóxicos<sup>15</sup>, ao comerciante que utiliza óleo lubrificante<sup>16</sup> bem como aos produtores de resíduos da construção civil<sup>17</sup> e dos serviços de saúde<sup>18</sup>.

De modo que, sendo o cidadão responsável pela defesa e proteção do meio ambiente, nos termos do art. 225 da Constituição Federal, sendo o descarte, a coleta, a disposição/tratamento final dos resíduos domésticos produzidos por ele próprio em decorrência de seu consumo, é razoável que participe do custo finan-

---

<sup>11</sup> Tramita no Congresso Nacional a proposta de lei instituindo a Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS, tendo sido registrado no sítio eletrônico um projeto no mesmo sentido constando a hipótese de o usuário contribuir financeiramente, juntamente com o produtor e o Poder Público, no tratamento final dos resíduos que ele produziu.

<sup>12</sup> Art. 4º A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

vii – à imposição, ao poluidor e ao predador da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

<sup>13</sup> Resolução CONAMA 257/99 estabelece que pilhas e baterias que contenham em suas composições chumbo, cádmio, mercúrio e seus compostos, tenham os procedimentos de reutilização, reciclagem, tratamento ou disposição final ambientalmente adequados.

<sup>14</sup> Resolução CONAMA 258/99 determina que as empresas fabricantes e as importadoras de pneumáticos ficam obrigadas a coletar e dar destinação final ambientalmente adequados aos pneus inservíveis.

<sup>15</sup> Resolução CONAMA 334/2003 dispõe sobre os procedimentos de licenciamento ambiental de estabelecimentos destinados ao recebimento de embalagens vazias de agrotóxicos.

<sup>16</sup> Resolução CONAMA 362/2005 dispõe sobre o recolhimento, coleta e destinação final de óleo lubrificante usado ou contaminado.

<sup>17</sup> Resolução CONAMA 307/2002 estabelece diretrizes, critérios e procedimento para a gestão dos resíduos da construção civil.

<sup>18</sup> Resolução CONAMA 358/2005 dispõe sobre o tratamento e a disposição dos resíduos dos serviços de saúde.

ceiro da coleta e a disposição/tratamento final. Evidente que essa participação deve ser significativamente inferior à do fabricante (produtor), haja vista a postura deste, como demonstrado inicialmente. Esse é o aspecto objetivo da responsabilidade, uma atitude concreta em resguardo à dignidade da natureza.

Ademais, custo assemelhado já é realizado na hipótese do tratamento do esgoto, quando o serviço de esgotamento sanitário é ofertado ao cidadão.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade pós consumo vem sendo objeto de preocupação e discussões formais, em níveis institucionais, por muitas nações, nas duas últimas décadas do século XX.

Há necessidade de que se abandone o modelo atual de consumo ou mesmo o de desenvolvimento que busca o crescimento no consumo irresponsável, substituindo-o por modelo que respeite a natureza, com uso racional dos recursos ambientais.

A preservação ambiental para as presentes e futuras gerações é dependente de uma consciência ecológica, da formação de nova consciência fundada na educação ambiental que deverá cultivar o consumo sustentável. O consumo consciente é a primeira manifestação de responsabilidade do cidadão, contribuindo para o equilíbrio social e a promoção da justiça e igualitária.

O saneamento ambiental deverá estar fundamentado em diagnóstico da situação atual do local, em especial no que se refere ao respectivo nível de perdas, objetivando o adequado dimensionamento dos investimentos efetivamente necessários.

O cidadão deverá participar do custo financeiro da coleta e a disposição/tratamento final dos resíduos que produzir como ocorre no tratamento do esgoto, nos locais onde a rede de esgotamento sanitário lhe atende.

A adoção do princípio da responsabilidade realiza uma ação concreta em resguardo à dignidade da natureza.

## BIBLIOGRAFIA

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 7.ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

FARIAS, Paulo José Leite. *Competência federativa e proteção ambiental*. Porto Alegre Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 6E, São Paulo: Saraiva, 2005.

JONAS, Hans. *O Princípio da Responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio Janeiro: Contraponto/Editora PUC, 2006.

LEITE, José Rubens Morato. BELLO FILHO, Ney Barros. *Direito Ambiental Contemporâneo*. Barueri: Manole, 2004.

- LOUBERT, Luciano Furtado. Contornos Jurídicos da Responsabilidade Pós-Consumo. In: FREITAS, Vladimir Passos (Coord.) Direito Ambiental em Evolução 5. Curitiba: Juruá, 2007.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 9.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MEDAUAR, Odete. O Ordenamento Ambiental Brasileiro in Desafios do Direito Ambiental no Século XXI estudos em homenagem a Paulo Afonso Leme Machado (Org. Kishi, Sandra Akemi shimada e alli), São Paulo: Malheiros, 2005.
- MUKAI, Toshio. Direito ambiental sistematizado. 3ed, Rio de Janeiro: forense Universitária, 1998.
- \_\_\_\_\_ et alli . Saneamento Básico Diretrizes Gerais Comentários à Lei 11.445 de 2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- NALINI, José Renato. Ética Ambiental. Campinas: Millenium, 2001.
- SILVA, José Afonso. Direito Ambiental Constitucional. 4. <sup>a</sup>Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- <http://www.senado.gov.Br>
- <http://www.planalto.gov.br>
- <http://www.camara.gov.br>
- <http://www.mma.gov.br>



# **MÍNIMO EXISTENCIAL ECOLÓGICO (OU SOCIOAMBIENTAL): O DIREITO FUNDAMENTAL ÀS PRESTAÇÕES MATERIAIS MÍNIMAS EM TERMOS DE QUALIDADE AMBIENTAL PARA O DESFRUTE DE UMA VIDA HUMANA DIGNA E SAUDÁVEL (DAS PRESENTES E FUTURAS GERAÇÕES)**

TIAGO FENSTERSEIFER

Defensor Público no Estado de São Paulo. Mestre em Direito  
Público pela PUC/RS (Bolsista do CNPq)

## **1. INTRODUÇÃO**

O presente ensaio aborda a temática da proteção ambiental a partir das lentes progressistas da *teoria dos direitos fundamentais*, identificando uma *dimensão ecológica* (juntamente com as dimensões social, histórico-cultural, etc.) que conforma o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana. A degradação ambiental e todos os demais riscos ecológicos (como, por exemplo, a contaminação química e o aquecimento global) que operam no âmbito das relações sociais (agora socioambientais!) contemporâneas comprometem significativamente o bem-estar individual e coletivo. De tal sorte, objetiva-se, ao longo do presente estudo, enfrentar tais questões, inserindo, de forma definitiva, a proteção do ambiente na teia normativa construída a partir dos direitos (e deveres) fundamentais e do princípio da dignidade humana. Para além de um bem-estar individual e social, as construções jurídico-constitucionais caminham hoje no sentido de garantir ao indivíduo e à comunidade como um todo o desfrute de um *bem-estar ambiental*, ou seja, de uma vida saudável com qualidade ambiental, o que se apresenta como indispensável ao pleno desenvolvimento da pessoa.

Na última quadra do século XX, várias Constituições pelo mundo afora, influenciadas pelo ordenamento internacional que formatou convenções e declarações sobre a proteção ambiental<sup>1</sup> e pela emergência da cultura ambientalista e dos valores ecológicos no espaço político-jurídico contemporâneo, consagraram o direito ao ambiente como direito fundamental da pessoa humana, reconhecendo

---

<sup>1</sup> Cfr., especialmente, a Declaração de Estocolmo das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano (1972), a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (1992), a Convenção sobre Diversidade Biológica (1992) e a Declaração e Programa de Ação de Viena, promulgada na 2ª Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (1993).

o caráter vital da qualidade ambiental para o desenvolvimento humano em níveis compatíveis com a dignidade que lhe é inerente. Dessa compreensão, pode-se conceber a indispensabilidade de um patamar mínimo de qualidade ambiental para a concretização da vida humana em níveis dignos, para quem do qual a dignidade humana estaria sendo violada no seu núcleo essencial. A *qualidade ambiental*, à luz da teoria constitucional dos direitos fundamentais, configura-se como elemento integrante do conteúdo normativo do princípio da dignidade humana, especialmente em razão da sua imprescindibilidade à manutenção e à existência da vida, sendo, portanto, fundamental ao desenvolvimento de todo o potencial humano num quadrante de completo *bem-estar existencial*.

Trata-se, em verdade, de agregar num mesmo projeto político-jurídico de desenvolvimento para a comunidade estatal tanto as conquistas do Estado Liberal (direitos liberais) e do Estado Social (direitos sociais) como os novos valores e direitos ecológicos que formatam o *Estado Socioambiental* de Direito contemporâneo. A adoção do *marco jurídico-constitucional socioambiental* resulta, como se verá ao longo do presente estudo, da convergência necessária das “agendas” social e ambiental num mesmo projeto jurídico-político para o desenvolvimento humano em padrões sustentáveis. O enfrentamento dos problemas ambientais e a opção por um *desenvolvimento sustentável* passam necessariamente pela correção do quadro alarmante de desigualdade social e da falta de acesso aos direitos sociais básicos, o que, é importante destacar, também é causa potencializadora da degradação ambiental. Em vista de tais considerações, é possível destacar o surgimento de um *constitucionalismo socioambiental* ou *ecológico*, assim como outrora se fez (e, em grande medida, ainda se faz!) presente a necessidade de um *constitucionalismo social* para corrigir o quadro de desigualdade e degradação humana em termos de acesso aos direitos sociais.

Na linha de um *constitucionalismo ecológico*, ajustado ao tratamento conferido pela nossa Lei Fundamental à proteção do ambiente, tem-se por objetivo traçar uma primeira reflexão sobre o direito fundamental ao *mínimo existencial ecológico* (ou *socioambiental*), demarcando as suas possibilidades conceituais e embasamento normativo, bem como a discussão em torno da sua “justiciabilidade”. Para tanto, a argumentação que se desenvolverá adiante terá como sua base reflexiva a teoria dos direitos fundamentais, buscando identificar os pontos de contato normativo entre os direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao ambiente, de modo a conformar uma nova feição ao já consagrado conceito de mínimo existencial (de cunho social). Para além dos direitos já identificados doutrinariamente como “possíveis” integrantes do seu conteúdo – moradia digna, saúde básica, saneamento básico, educação fundamental, renda mínima, assistência social, alimentação adequada, acesso à justiça, etc. -, procura-se enquadrar também em tal rol fundamental a *qualidade ambiental*, objetivando a concretização de uma *existência humana digna e saudável* ajustada aos novos valores e direitos constitucionais de matriz ecológica. Trata-se, nesse sentido, de construir a idéia de um bem-estar existencial que tome em conta também a qualidade ambiental.

## **2. FUNDAMENTOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MÍNIMO EXISTENCIAL ECOLÓGICO: A TUTELA INTEGRADA DO AMBIENTE E DOS DIREITOS SOCIAIS COMO PREMISSE AO ALCANCE DO MARCO NORMATIVO-CONSTITUCIONAL DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

Conforme referido na introdução deste artigo, é possível identificar uma *dimensão ecológica* incorporada ao conteúdo do princípio da dignidade humana. O reconhecimento da *jusfundamentalidade* do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, nesse quadrante, opera no sentido de conformar o conteúdo do mínimo existencial social, abrindo caminho para a compreensão do direito fundamental ao mínimo existencial ecológico no cenário jurídico-político armado pelo Estado *Socioambiental* de Direito<sup>2</sup>. A preocupação doutrinária de se conceituar e definir um padrão mínimo em termos ambientais para a concretização da dignidade humana justifica-se na importância essencial que a qualidade ambiental guarda para o desenvolvimento da vida humana em toda a sua potencialidade. Com efeito, para HÄBERLE, assim como o Estado de Direito se desenvolveu, a serviço da dignidade humana, na forma de Estado Social de Direito, é possível afirmar que a expressão cultural do Estado constitucional contemporâneo, também fundamentado na dignidade humana, projeta uma medida de proteção ambiental mínima.<sup>3</sup> No mundo contemporâneo, a pessoa encontra-se exposta a riscos existenciais provocados pela degradação ambiental, com relação aos quais a ordem jurídica deve estar aberta, disponibilizando mecanismos jurídicos capazes de salvaguardar a vida e a dignidade humana de tais ameaças existenciais. Nessa perspectiva, MOLINARO afirma que o “contrato político” formulado pela Lei Fundamental brasileira elege como “foco central” o direito fundamental à vida e a manutenção das bases materiais que a sustentam, o que só pode se dar no gozo de um ambiente equilibrado e saudável. Tal entendimento, como formula o autor com maestria, conduz à idéia de um “mínimo de bem-estar ecológico” como premissa à concretização de uma vida digna.<sup>4</sup>

Assim como há a imprescindibilidade de determinadas condições materiais em termos sociais (saúde, educação, alimentação, moradia, etc.), sem as quais o pleno desenvolvimento da personalidade humana e mesmo a inserção política do indivíduo em determinada comunidade estatal são inviabilizadas, também na seara ecológica há um conjunto mínimo de condições materiais em termos de qualidade ambiental, sem o qual o desenvolvimento da vida humana (e mesmo a integridade física do indivíduo em alguns casos) também se encontra fulminado, em descompasso com o comando constitucional que impõe ao Estado o dever de tutelar a vida (art. 5º, caput) e a dignidade humana (art. 1º, III) contra quaisquer

<sup>2</sup> Sobre os contornos normativos do Estado Socioambiental de Direito, cfr. Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 93-142.

<sup>3</sup> HÄBERLE, Peter. “A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 130.

<sup>4</sup> MOLINARO, Carlos Alberto. Direito ambiental: proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 113.

ameaças existenciais. Infelizmente, o “retrato” de degradação ambiental está presente de forma significativa nos grandes centros urbanos (e também, por vezes, nas áreas rurais), onde uma massa expressiva da população carente é comprimida a viver próxima a áreas poluídas e degradadas (ex. próximas a lixões, pólos industriais, rios e córregos poluídos, encostas de morros sujeitas a desabamentos, etc.). Diante desse quadro, a vinculação entre os direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao ambiente joga um papel central na composição de um quadro da condição humana que garanta uma existência digna, servindo, portanto, de fundamento normativo para a configuração do direito fundamental ao *mínimo existencial ecológico* (ou *socioambiental*).

O respeito e a proteção à dignidade humana, como acentua HÄBERLE, necessitam do engajamento material do Estado, na medida em que a garantia da dignidade humana pressupõe uma pretensão jurídica prestacional do indivíduo ao mínimo existencial material.<sup>5</sup> Pode-se dizer, inclusive, que tais condições materiais elementares constituem-se de premissas ao próprio exercício dos demais direitos (fundamentais ou não), resultando, em razão da sua essencialidade ao quadro existencial humano, em um “direito a ter e exercer os demais direitos”.<sup>6</sup> Sem o acesso a tais condições existenciais mínimas, o que inclui necessariamente um padrão mínimo de qualidade ambiental, não há que se falar em *liberdade real ou fática*, quanto menos em um padrão de vida compatível com a dignidade humana. A garantia do mínimo existencial ecológico constitui-se, em verdade, de uma premissa ao próprio exercício dos demais direitos fundamentais, sejam eles direitos de liberdade, direitos sociais ou mesmo direitos de solidariedade, como é o caso do próprio direito ao ambiente. Por trás da garantia constitucional do mínimo existencial ecológico, subjaz a idéia de respeito e consideração, por parte da sociedade e do Estado, pela vida de cada indivíduo, que, desde o imperativo categórico de KANT, deve ser sempre tomada como um *fim em si mesmo*, em sintonia com a dignidade (e sua *dimensão ecológica*) inerente a cada ser humano.

O conteúdo normativo do direito fundamental do mínimo existencial é modulado à luz das circunstâncias históricas concretas da comunidade estatal, tendo em conta sempre os novos valores que são incorporados constantemente ao conteúdo do princípio da dignidade humana a cada avanço civilizatório. Trata-se, em verdade, de considerar, para a conformação do conteúdo mínimo da dignidade humana, a própria idéia consubstanciada na abertura material do rol dos direitos fundamentais, a qual transporta o *princípio constitucional da historicidade dos direitos fundamentais*, ou seja, de que a humanidade caminha permanentemente na direção da ampliação do universo de direitos fundamentais, de modo a contemplar cada vez mais um maior bem-estar a todos os indivíduos, a ponto de concreti-

<sup>5</sup> HÄBERLE, “A dignidade humana como fundamento...”, p. 138.

<sup>6</sup> A corroborar com tal idéia, a comparação feita por TORRES entre a garantia constitucional do mínimo existencial e o estado de necessidade, tanto conceitualmente quanto em face das suas conseqüências jurídicas, uma vez que a própria sobrevivência do indivíduo, por vezes, está em jogo. TORRES, Ricardo Lobo Torres. Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário, Vol. II, Valores e princípios constitucionais tributários. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife, 2005, p. 144 e ss.

zar ao máximo todo potencial humano. E, conforme apontado no presente estudo, tal processo histórico de afirmação de direitos resultou na inserção da proteção ambiental no catálogo dos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, o conteúdo do direito fundamental ao mínimo existencial deve ser modulado em face da consagração de novos direitos fundamentais de terceira dimensão, como é o caso da proteção do ambiente, chegando-se, com base em tal raciocínio, na consagração do *mínimo existencial ecológico*.

Da mesma forma como ocorre com o conteúdo da dignidade humana, que não se limita ao direito à vida em sentido estrito, o conceito de mínimo existencial não pode ser limitado ao direito à mera sobrevivência na sua dimensão estritamente natural ou biológica, mas deve ser concebido de forma mais ampla, já que objetiva justamente a realização da vida em níveis compatíveis com a dignidade humana, considerando, nesse aspecto, a incorporação da qualidade ambiental como novo conteúdo do seu núcleo protetivo. Com tal premissa, o conteúdo do mínimo existencial não pode ser confundido com o que se poderia denominar de um “mínimo vital” ou “mínimo de sobrevivência”, na medida em que este último diz respeito à garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade. Não deixar alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é o suficiente para garantir uma existência digna<sup>7</sup>, ainda mais em vista dos novos riscos existenciais postos pela degradação ambiental e mesmo pelo uso de determinadas tecnologias.

Com o intuito de alcançar a fundamentação do mínimo existencial ecológico, adota-se uma compreensão ampliada do conceito de mínimo existencial (liberal, social e ecológico), a fim de abarcar a idéia de uma *vida com qualidade ambiental* (e, por óbvio, com dignidade), em que pese a sobrevivência humana (e, portanto, o mínimo vital) também se encontrar muitas vezes ameaçada pela degradação ambiental. Conforme destaca SARLET, a dignidade da pessoa humana somente estará assegurada – em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade – onde a todos e a qualquer um estiver assegurada nem mais nem menos do que uma vida saudável<sup>8</sup>, o que passa necessariamente pela qualidade e equilíbrio do ambiente onde a vida humana está sediada. A idéia motora do presente estudo, portanto, é ampliar o horizonte conceitual e material do direito fundamental ao mínimo existencial para além das suas feições liberal e social, situando o seu enquadramento diante das novas demandas e desafios existenciais de matriz ecológica.

O conteúdo conceitual e normativo do princípio da dignidade da pessoa humana está intrinsecamente relacionado à qualidade do ambiente (onde o ser humano vive, mora, trabalha, estuda, pratica lazer, bem como o que ele come,

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos fundamentais sociais, ‘mínimo existencial’ e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares”. In: GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel (Orgs.). Direitos Fundamentais – Estudos em homenagem a Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 567.

<sup>8</sup> Cfr. SARLET, “Direitos fundamentais sociais, ‘mínimo existencial’...”, p. 572.

veste, etc.). A vida e a saúde humanas<sup>9</sup> (ou como refere o caput do artigo 225 da Constituição Federal, conjugando tais valores, a *sadia qualidade de vida*) só são possíveis, dentro dos padrões mínimos exigidos constitucionalmente para o desenvolvimento pleno da existência humana, num ambiente natural com qualidade ambiental. O ambiente está presente nas questões mais vitais e elementares da condição humana, além de ser essencial à sobrevivência do ser humano como espécie animal natural. Nesse ponto, é oportuno referir a previsão normativa da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), que, no seu art. 2º, estabelece o objetivo de “preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, com o intuito de assegurar a proteção da dignidade da pessoa humana”. A consagração do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental acarreta, como referem BIRNIE e BOYLE, no reconhecimento do “caráter vital do ambiente como condição básica para a vida, indispensável à promoção da dignidade e do bem-estar humanos, e para a concretização do conteúdo de outros direitos humanos”.<sup>10</sup>

Com base na dimensão ambiental ou ecológica do mínimo existencial, STEIGLEDER salienta que o reconhecimento de tal garantia constitucional permite “lograr uma existência digna, ou seja, de um direito, por parte da sociedade, à obtenção de prestações públicas de condições mínimas de subsistência na seara ambiental, as quais, acaso desatendidas, venham a criar riscos graves para a vida e a saúde da população, ou riscos de dano irreparável”, tendo, como exemplo, a deposição de lixo urbano a céu aberto, a ponto de criar perigos para a saúde da população circundante e riscos ambientais de contaminação de corpos hídricos que sejam vitais para o abastecimento público; ou, ainda, a contaminação do ar com poluentes prejudiciais à saúde humana.<sup>11</sup> Os exemplos trazidos pela autora são bem contundentes no sentido de desnudar o vínculo elementar entre a degradação ou poluição ambiental e os direitos sociais (no caso referido, especialmente o direito à saúde<sup>12</sup>), tendo justamente na configuração do direito fundamental ao

<sup>9</sup> A Organização Mundial da Saúde estabelece como parâmetro para determinar uma vida saudável “um completo bem-estar físico, mental e social” (apud SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 62, nota 129), o que coloca indiretamente a qualidade ambiental como elemento fundamental para o “completo bem-estar” caracterizador de uma vida saudável. Seguindo tal orientação, a Lei n. 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, regulamentando o dispositivo constitucional, dispõe sobre o direito à saúde através da garantia a condições de bem-estar físico, mental e social (art. 3º, § Único), bem como registra o meio ambiente como fator determinante e condicionante à saúde (art. 3º, caput).

<sup>10</sup> BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan. *International law and the environment*. 2.ed. Oxford/New York: Oxford University Press, 2002, p. 255.

<sup>11</sup> STEIGLEDER, Annelise Monteiro. “Discrecionalidade administrativa e dever de proteção do ambiente”. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 48, 2002, p. 280. Não obstante a autora referir o termo “mínimo vital”, o qual, conforme referido anteriormente, se rejeita por remeter à idéia de tutela apenas de um mínimo de sobrevivência, é possível extrair do seu texto que tal conceito está colocado de forma mais ampla (e não limitada à mera sobrevivência física), indo na mesma linha da formulação conceitual que é defendida no presente estudo para o mínimo existencial (e não apenas vital) ecológico.

<sup>12</sup> Para certificar a conexão elementar entre saúde humana e proteção do ambiente, BENJAMIN pontua que “há aspectos da proteção ambiental que dizem respeito, de maneira direta, à proteção sanitária. Assim é com o controle de substâncias perigosas e tóxicas, como os agrotóxicos, e com a preocupação sobre a potabilidade da água e a respirabilidade do ar”. BENJAMIN, Antônio Herman. “Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira”. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 91.

mínimo existencial ecológico um mecanismo para contemplar ambas as demandas sociais básicas, sempre com o objetivo constitucional maior de assegurar uma existência humana digna (e saudável) a todos os integrantes da comunidade estatal, o que só é possível com a garantia de um padrão mínimo de qualidade ambiental. Com tal perspectiva, FIORILLO pontua que a Constituição, com base no seu art. 6º, estabelece um *piso mínimo vital* de direitos que deve ser assegurado pelo Estado a todos os indivíduos, dentre os quais se ressalta o direito à saúde, para cujo exercício é imprescindível um ambiente equilibrado e dotado de higidez.<sup>13</sup>

O diálogo normativo que se pretende traçar entre o direito fundamental ao ambiente e os direitos fundamentais sociais é extremamente importante para a conformação do conteúdo jurídico do princípio da dignidade humana, já que os direitos em questão são projeções materiais dos elementos mais vitais e básicos para uma existência humana digna e saudável. A comunicação entre os direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao ambiente também é um dos objetivos centrais do conceito de *desenvolvimento sustentável*<sup>14</sup> no horizonte constituído pelo *Estado Socioambiental de Direito*, na medida em que, de forma conjunta com a idéia de proteção do ambiente, também se encontra presente no seu objetivo central o atendimento às necessidades básicas dos pobres do mundo e a distribuição equânime dos recursos naturais (por exemplo, acesso à água<sup>15</sup>, alimentos, etc.). À luz do conceito de desenvolvimento sustentável, SILVA afirma que esse tem como seu requisito indispensável um crescimento econômico que envolva equitativa redistribuição dos resultados do processo produtivo e a erradicação da pobreza, de forma a reduzir as disparidades nos padrões de vida da população. O constitucionalista afirma ainda que se o desenvolvimento não elimina a pobreza absoluta, não propicia um nível de vida que satisfaça as necessidades essenciais da população em geral, conseqüentemente, não pode ser qualificado de sustentável.<sup>16</sup>

A proteção ambiental está diretamente relacionada à garantia dos direitos sociais, já que o gozo desses últimos em patamares desejáveis constitucional-

<sup>13</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 53.

<sup>14</sup> A Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas, em seu relatório Nosso Futuro Comum (Our common future), no ano de 1987, cunhou o conceito de desenvolvimento sustentável, que seria “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades. Ele contém dois conceitos-chave: o conceito de ‘necessidades’, sobretudo as necessidades essenciais dos pobres do mundo, que devem receber a máxima prioridade; a noção das limitações que o estágio da tecnologia e da organização social impõe ao meio ambiente, impedindo-o de atender às necessidades presentes e futuras”. Nosso Futuro Comum/Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1991, p. 43.

<sup>15</sup> Com efeito, PETRELLA registra que a saúde humana está intimamente ligada ao “acesso básico e seguro à água”, tendo em conta o fato de que os problemas relacionados com a quantidade ou a qualidade da água à base de 85% das doenças humanas nos países pobres. PETRELLA, Ricardo. O Manifesto da Água: argumentos para um contrato mundial. Petrópolis/RJ: Vozes, 2002, p. 88. A reforçar tal entendimento, o Desembargador COSTA TELLES do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgado que determinou o restabelecimento do fornecimento de água pela concessionária a consumidor devedor, que demonstrou carência econômica, no corpo do seu voto, afirmou que ao se entender “que os serviços essenciais são contínuos, independente de contraprestação, dá-se eficácia plena às disposições constitucionais que afirmam o direito do cidadão a uma vida sadia, com dignidade e meio ambiente equilibrado, situação impensável sem o fornecimento de água” (TJSP, Apel. Cível 7.127.196-4, Seção de Direito Privado, 15ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. José Araldo da Costa Telles, julgado em 06.11.2007).

<sup>16</sup> SILVA, José Afonso. Direito ambiental constitucional. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 26-27.

mente está necessariamente vinculado a condições ambientais favoráveis, como, por exemplo, o acesso à água potável (através de saneamento básico, que também é direito fundamental social integrante do conteúdo do mínimo existencial<sup>17</sup>), à alimentação sem contaminação química (por exemplo, de agrotóxicos e poluentes orgânicos persistentes<sup>18</sup>), a moradia em área que não apresente poluição atmosférica, hídrica ou contaminação do solo (como, por exemplo, na cercania de áreas industriais) ou mesmo riscos de desabamento (como ocorre no topo de morros desmatados e margens de rios assoreados). Nesse contexto, CHAGAS PINTO aponta para o saneamento ambiental como um campo de atuação adequado ao combate simultâneo da pobreza e da degradação do ambiente. A efetividade dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário integra, direta ou indiretamente, o âmbito normativo de diversos direitos fundamentais (mas especialmente dos direitos sociais), como o direito à saúde, o direito à habitação decente, o direito ao ambiente, o “emergente” direito à água (essencial à dignidade humana), bem como, em casos mais extremos, também o direito à vida.<sup>19</sup>

A hipótese do *saneamento básico* delinea uma ponte normativa entre o mínimo existencial social e a proteção ambiental. A partir de tal exemplo, é possível visualizar, de forma paradigmática, a convergência entre os direitos fundamentais sociais (especialmente saúde, alimentação, água potável e moradia) e o direito fundamental ao ambiente, conjugando seus conteúdos normativos para a realização de uma vida humana digna e saudável. O saneamento básico diz respeito ao serviço de água e saneamento prestado pelo Estado ou empresa concessionária do serviço público aos integrantes de determinada comunidade, especialmente no que tange ao “abastecimento de água potável”, ao “esgotamento sanitário”, à “limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos” e à “drenagem e manejo das águas pluviais urbanas”.<sup>20</sup> Sobre o tema, destaca-se a novel Lei 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico. O novo diploma legislativo traz, entre os princípios fundamentais dos serviços públicos de saneamento básico, a articulação das políticas públicas de habitação, de combate e erradicação da pobreza, de promoção da saúde e de proteção ambiental, re-

<sup>17</sup> Nesse sentido, cfr. BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2.ed. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008, p. 317-320.

<sup>18</sup> Cfr., sobre o tema da contaminação química, a obra de ALBUQUERQUE, Letícia. Poluentes orgânicos persistentes: uma análise da Convenção de Estocolmo. Curitiba: Juruá, 2006.

<sup>19</sup> CHAGAS PINTO, Bibiana Graeff. “Saneamento básico e direitos fundamentais: questões referentes aos serviços públicos de água e esgotamento sanitário no direito brasileiro e no direito francês”. In: BENJAMIN, Antonio Herman (Org.). Anais do 10º Congresso Internacional de Direito Ambiental (Direitos humanos e meio ambiente). São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006, p. 408.

<sup>20</sup> O novo marco regulatório do saneamento básico estabelecido na Lei 11.445/07 delinea o conceito de saneamento básico (art. 3º, I) como o conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de: a) abastecimento de água potável, constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de mediação; b) esgotamento sanitário, constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente; c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, como conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas; d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas, como conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas.

velando justamente uma visão integrada para a tutela dos direitos sociais básicos e da proteção ambiental. O Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01) também veicula o direito ao *saneamento ambiental*, quando estabelece o conteúdo do *direito à cidade sustentável*, que também inclui os direitos à moradia, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho, ao lazer, para as presentes e futuras gerações (art. 2º, I).

Com tal perspectiva, BARCELLOS<sup>21</sup> afirma que a prestação do serviço de saneamento (consubstanciada nos artigos 23, IX, 198, II, e 200, IV e VIII, da Lei Fundamental brasileira), como desmembramento do direito à saúde, integra a garantia do mínimo existencial, ou seja, do núcleo mínimo de prestações sociais a serem exigidas do Estado para a concretização da dignidade humana. Em relação ao saneamento básico, o comprometimento da saúde humana está diretamente associado à contaminação e poluição das águas que servem de abastecimento para as populações, o que ocorre, paradigmaticamente, nas regiões marginalizadas dos grandes centros urbanos brasileiros.<sup>22</sup> De tal sorte, é possível identificar o saneamento básico como um direito fundamental que apresenta tanto uma feição social como uma feição ecológica. Na mesma linha, CHAGAS PINTO afirma ser possível o reconhecimento, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, de um direito fundamental ao saneamento básico, através de uma interpretação extensiva do direito fundamental à saúde, mas, principalmente, do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado.<sup>23</sup> Após as linhas aqui vertidas, resulta evidente, à luz do exemplo do saneamento básico, a indivisibilidade entre os direitos sociais e a proteção ambiental na garantia de prestações materiais mínimas indispensáveis a uma vida digna.

A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), no seu Princípio 5, refere que “todos os Estados e todos os indivíduos, como requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável, irão cooperar na tarefa essencial de erradicar a pobreza, a fim de reduzir as disparidades de padrões de vida e melhor atender às necessidades da maioria da população do mundo”. Além de traçar o objetivo (também constitucional, vide art. 3º, I e III, da Lei Fundamental brasileira) de erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais e atender às necessidades (pode-se dizer, direitos sociais) da maioria da população mundial e colocar nas mãos conjuntamente da sociedade e do Estado tal missão, o diploma internacional, ao abordar o ideal de desenvolvimento sustentável, também evidencia a relação direta entre os direitos sociais e a proteção do ambiente (ou a qualidade ambiental), sendo um objetivo necessariamente comum, enquanto projeto político-jurídico para as comunidades nacionais e a humanidade como um todo.

<sup>21</sup> A autora aponta como desmembramentos do direito fundamental à saúde, além do serviço de saneamento (art. 23, IX, 198, II, e 200, IV, o atendimento materno-infantil (art. 227, I), as ações de medicina preventiva (art. 198, II) e as ações de prevenção epidemiológica (art. 200, II). BARCELLOS, “A eficácia jurídica dos princípios...”, p. 313.

<sup>22</sup> Nesse sentido, segue decisão judicial: Esgoto sanitário. Concessionária de serviço público que não operacionaliza um sistema adequado. Prejuízos ao meio ambiente, à cidadania e à saúde da coletividade. Concessão de liminar para suspender a tarifa de esgotos e impor multa cominatória. (Proc. 001.2001.019782-7 – 7ª Vara Cível – Recife/PE, j. 25.07.2001, Juiz de Direito Marcelo Russel Wanderley. In: Revista de Direito Ambiental, n. 23, Jul/Set, 2001, p. 374-380).

<sup>23</sup> CHAGAS PINTO, “Saneamento básico e direitos fundamentais...”, p. 406.

Outro aspecto que está consubstanciado no marco normativo do desenvolvimento sustentável é a questão da distribuição de riquezas (ou da justiça distributiva), o que passa necessariamente pela garantia dos direitos sociais e um nível de vida minimamente digna (e, portanto, com qualidade ambiental) para todos os membros da comunidade estatal (e mesmo mundial).

Da compreensão de *necessidades humanas* (das presentes e futuras gerações), pode-se pautar a reflexão acerca de um *patamar mínimo de qualidade ambiental*, sem o qual a dignidade humana estaria sendo violada no seu núcleo essencial. O âmbito de proteção da vida, diante do quadro de riscos ambientais referidos, para atingir o nível de dignidade e salubridade assegurado constitucionalmente, deve ser ampliado no sentido de abarcar a dimensão ambiental no seu quadrante normativo. Registra-se que a vida é condição elementar para o exercício da dignidade humana, embora essa não se limite àquela, uma vez que, como já apontado em passagem anterior, a dignidade não se resume a questões existenciais de natureza meramente biológica ou física, mas exige a proteção da existência humana de forma mais abrangente (física, psíquica, social, cultural, ecológica, etc.). De tal sorte, impõe-se constitucionalmente a conjugação dos *direitos sociais* e dos *direitos ambientais* na formatação do núcleo mínimo de tutela da dignidade humana, em vista, especialmente, de tal garantia constitucional envolver desde o desenvolvimento de todo o potencial da vida humana até a sua própria sobrevivência como espécie (em razão do potencial destrutivo de algumas tecnologias desenvolvidas pelo ser humano e mesmo do alto nível de poluição de determinadas áreas do Planeta).

A inclusão da proteção ambiental no rol dos direitos básicos (ou fundamentais) do ser humano está alinhada ao ideal constitucional da solidariedade, como marco jurídico-constitucional dos direitos fundamentais de terceira dimensão e do Estado Socioambiental de Direito. Ajustado a tal idéia, TORRES extrai da solidariedade (ou fraternidade), com base na natureza difusa e coletiva dos direitos fundamentais de terceira dimensão, o suporte axiológico para fundamentar o seu conceito de mínimo existencial ecológico. O autor identifica o princípio da solidariedade como “valor que penetra na temática da liberdade” através da sua *dimensão bilateral de direitos e deveres*, bem como que fundamenta os direitos difusos e ecológicos, que muitas vezes se definem como direito de solidariedade e dos quais se extrai o mínimo existencial ecológico.<sup>24</sup> Para o publicista, “a solidariedade informa também a justiça, ao criar o vínculo de apoio mútuo entre os que participam dos grupos beneficiários da redistribuição dos bens sociais”.<sup>25</sup> A redistribuição dos bens sociais referida também deve alcançar os recursos naturais e a qualidade ambiental do local onde a existência concreta do indivíduo toma forma.

Com efeito, como já abordado em linhas anteriores, o *princípio da solidariedade* aparece como o marco axiológico-normativo do Estado *Socioambiental* de Direito, tensionando a liberdade e a igualdade (substancial) no sentido de con-

<sup>24</sup> TORRES, “A metamorfose dos direitos sociais...”, p. 10.

<sup>25</sup> TORRES, “A metamorfose dos direitos sociais...”, p. 11.

cretizar a dignidade em (e com) todos os seres humanos. Diante de tal compromisso constitucional, os “deveres” (fundamentais) ressurgem com força nunca vista anteriormente, superando a hipertrofia dos “direitos” do Estado Liberal para vincularem Estado e particulares à realização de uma vida digna e saudável para todos os integrantes da comunidade política. Na mesma direção, MIRANDA afirma a natureza relacional e solidarista da dignidade humana, já que essa se realiza, para além da sua dimensão individualista, na dignidade de todos. O constitucionalista destaca que “cada pessoa tem, contudo, de ser compreendida em relação com as demais”, já que a dignidade de cada pessoa pressupõe a dignidade de todos<sup>26</sup>, caracterizando o princípio constitucional da solidariedade. No contexto das relações jurídicas que se tratam na abordagem ambiental, pode-se até mesmo alçar a dignidade das gerações futuras, que como refere o Mestre português é “composta por homens e mulheres com a mesma dignidade dos de hoje”.<sup>27</sup> Há também que se colocar em pauta a garantia de um mínimo em termos de qualidade ambiental na perspectiva das gerações humanas futuras, a partir da tutela constitucional que lhes foi conferida pelo art. 225, caput, da Lei Fundamental brasileira. Tal preservação de um patamar mínimo de qualidade ambiental deve ser atribuída, tanto na forma de deveres de proteção do Estado como na forma de deveres fundamentais dos atores privados, às gerações humanas presentes, de modo a preservar as bases naturais mínimas para o desenvolvimento da vida das gerações futuras.

Para além dos direitos liberais e sociais já clássicos, é chegado o momento histórico de tomarmos a sério também os direitos ambientais, reforçando o seu tratamento normativo, o que se dá com a consagração do *direito fundamental ao mínimo existencial ecológico*. É justamente a dignidade humana que assume o papel de delimitador da fronteira do patamar mínimo na esfera dos direitos sociais<sup>28</sup>, o que, à luz dos novos contornos constitucionais conferidos ao âmbito de proteção da dignidade humana e do reconhecimento da sua dimensão ecológica, especialmente em face das ameaças existenciais impostos pela degradação ambiental, determina a ampliação da fronteira do conteúdo da garantia do mínimo existencial para abarcar também a qualidade ambiental no seu núcleo normativo.

### **3. MÍNIMO EXISTENCIAL ECOLÓGICO E CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS: SUPERANDO A BARREIRA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA “RESERVA DO POSSÍVEL” EM PROL DE UMA VIDA DIGNA E SAUDÁVEL DO INDIVÍDUO E DA COMUNIDADE**

O mínimo existencial ecológico, na linha do que foi desenvolvido até aqui, caracteriza-se por ser direito fundamental originário (definitivo), identificável à luz do caso concreto e passível de ser postulado perante o Poder Judiciário, inde-

<sup>26</sup> MIRANDA, Jorge. “A Constituição portuguesa e a dignidade da pessoa humana”. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, Ano 11, Vol. 45, Out-Dez, 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 86.

<sup>27</sup> MIRANDA, “A Constituição portuguesa e a dignidade...”, p. 89.

<sup>28</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 353.

pendentemente de intermediação legislativa da norma constitucional e da viabilidade orçamentária, a confirmar a força normativa da Constituição e dos direitos fundamentais. Tal formulação está alicerçada justamente na sua caracterização como uma regra jurídico-constitucional extraída do princípio da dignidade humana a partir de um processo de ponderação com os demais princípios que lhe fazem frente, como, por exemplo, a separação dos poderes e o legislador democrático. De acordo com o modelo de ALEXY, que toma por base a ponderação dos princípios em colisão, o indivíduo tem um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática (no nosso entender, o princípio da dignidade da pessoa humana) tenha um peso maior do que os princípios formais e materiais tomados em seu conjunto (em especial, o *princípio democrático* e o *princípio da separação de poderes*), o que ocorre no caso dos direitos sociais mínimos (ou seja, do mínimo existencial)<sup>29</sup>, tornando o direito exigível ou “justiciável” em face do Estado. No caso do mínimo existencial ecológico, opera a mesma argumentação, já que por trás de ambos está a tutela da dignidade humana fazendo peso na balança. Assim, o mínimo existencial ecológico dá forma a *posições jurídicas originárias*, detentoras de jusfundamentalidade e sindicalidade, não dependendo de intermediação do legislador infraconstitucional para se tornar exigível.

A partir do reconhecimento da sua “justiciabilidade”, o mínimo existencial ecológico pode ser reivindicado em juízo, dando forma a uma *posição jurídica subjetiva*. No caso de omissão estatal em relação ao combate da degradação ambiental, como acentua STEIGLEDER, “com vistas a garantir o mínimo de qualidade ambiental necessária à dignidade da vida humana, parece-nos cabível a intervenção judicial, a fim de suprir as omissões estatais lesivas à qualidade ambiental”, não se caracterizando a invasão, por parte do Poder Judiciário, de competências exclusivas do Executivo, com violação do princípio da separação dos poderes.<sup>30</sup> A promotora de justiça gaúcha afirma ainda que, diante de tal situação, o Judiciário não estaria por criar “uma obrigação ou política pública ambiental”, mas apenas determinando o cumprimento e a execução de obrigações públicas já previstas na legislação ambiental, na medida em que, através do controle judicial, objetiva suprimir uma omissão estatal lesiva à garantia do mínimo existencial em matéria de salubridade ambiental.<sup>31</sup>

Ao se entender como exigíveis em face do Estado prestações básicas na área ambiental, especialmente em razão da conformação do direito fundamental ao mínimo existencial ecológico, um enfrentamento que se coloca diz respeito à *reserva do possível*, ou seja, as condições financeiras e previsão orçamentária do Estado para contemplar tais medidas, já que representam gasto de dinheiro público. Com entendimento diverso do sustentado no presente ensaio, STEIGLEDER destaca que, em que pese a aplicabilidade imediata do art. 225, por força

<sup>29</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001, p. 499.

<sup>30</sup> STEIGLEDER, Annelise Monteiro. “Discrecionariiedade administrativa e dever de proteção do ambiente”. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, n. 48, Jul-Set, 2002, p. 295.

<sup>31</sup> STEIGLEDER, “Discrecionariiedade administrativa e dever...”, p. 298.

da consagração do equilíbrio ambiental como direito fundamental e a possibilidade de exigir do Poder Público prestações efetivas para a proteção ambiental, há sempre que se considerar o limite da reserva do possível, sob pena de cair-se “no irrealismo de ignorar a dimensão economicamente relevante da incumbência do Poder Público” de proteção ambiental. A autora destaca que, quando o dever do Estado implica prestações específicas tais como investimento em saneamento básico, pavimentação de ruas, implantações de estações de tratamento de esgoto, etc., essas medidas tornam-se inviáveis na falta de recursos econômicos, o que as torna dependente, em última análise, da conjuntura econômica.<sup>32</sup>

No entanto, à luz da tese aqui defendida, no tocante aos direitos fundamentais (liberais, sociais e ecológicos) integrantes do conteúdo do mínimo existencial (social e ecológico), o óbice da reserva do possível não pode fazer frente, pois tal garantia mínima de direitos consubstancia o núcleo irreduzível da dignidade humana, e, sob nenhum pretexto, o Estado, e mesmo a sociedade (mas com menor intensidade), pode se abster de garantir o desfrute individual e coletivo de tal patamar existencial mínimo. No âmbito do mínimo existencial ecológico, da mesma forma como verificado no caso do mínimo existencial social, a previsão orçamentária não deve servir de barreira a impedir prestações (ou mesmo medidas de natureza defensiva) de natureza ambiental quando incluídas no conteúdo do direito fundamental em questão, possibilitando, dessa forma, a sua postulação (direta e imediata) em face do Poder Judiciário. Apenas as medidas prestacionais ambientais não incluídas no conteúdo do *mínimo existencial ecológico* ou do *núcleo essencial do direito fundamental ao ambiente* estarão subordinadas ao princípio orçamentário da reserva do possível. Caso contrário, tratando-se de medida necessária a salvaguardar o mínimo existencial ecológico ou o núcleo essencial do direito fundamental ao ambiente, a eficácia normativa da regra constitucional em questão é extraída de forma direta e imediata a partir do comando constitucional consubstanciado nos artigos 1º, III, 6º, caput, e 225, caput, o que autoriza o Poder Judiciário a fazer valer tais direitos desde logo, independentemente da viabilidade orçamentária e da mediação legislativa. Nesse sentido, KRELL destaca que, não obstante as atividades concretas da administração dependerem de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidas pelo governante, o argumento da reserva do possível não é capaz de obstruir a efetivação judicial de normas constitucionais<sup>33</sup>, ainda mais quando a norma constitucional conforma direito fundamental e conteúdo da dignidade humana, como é o caso do direito fundamental ao mínimo existencial ecológico.

Com base em tais considerações, o argumento da *reserva do possível* não tem peso constitucional suficiente para preponderar em face da garantia do mínimo existencial ecológico, o qual é veiculado mediante regras constitucionais extraídas diretamente do fundamento da República brasileira expresso pela dig-

<sup>32</sup> STEIGLEDER, “Discricionariedade administrativa e dever...”, p. 279.

<sup>33</sup> KRELL, Andrés J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 83.

nidade humana (art. 1º, III). Não se pode opor à efetivação de tal garantia existencial mínima limitações jurídicas (dependência de normas infraconstitucionais) ou fáticas (o argumento da reserva do possível). Tal consideração, à luz do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, também encontra suporte na *força normativa e eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais* que compõem o núcleo protetivo da dignidade humana, e que resultam especialmente representados nos direitos sociais básicos (saúde básica, educação fundamental, assistência social, moradia digna, acesso à justiça, etc.), e agora também no direito ao ambiente ecologicamente equilibrado.

Com relação à suposta “invasão” do Poder Judiciário no âmbito das funções constitucionais conferidas ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, em desrespeito ao princípio da separação dos poderes, é importante destacar que a atuação jurisdicional só deve se dar de maneira excepcional e subsidiária, já que cabe, precipuamente, ao legislador o mapeamento legislativo de políticas públicas e, posteriormente, ao administrador a execução dessas, tanto na seara social como na seara ecológica, ou mesmo em ambas integradas, como ocorre no caso do saneamento básico.<sup>34</sup> A discricionariedade administrativa e legislativa, assim como a jurisdicional, encontra-se sujeita sempre a controle com base nos princípios e regras constitucionais. Assim, diante da omissão e descaso do órgão legiferante ou do órgão administrativo em cumprir com o seu mister constitucional, há espaço legitimado constitucionalmente para a atuação do Poder Judiciário no intuito de coibir, à luz do caso concreto, violações àqueles direitos integrantes do conteúdo do mínimo existencial (social ou ecológico), já que haverá, no caso, o dever estatal de proteção do valor maior de todo o sistema constitucional, expresso na dignidade da pessoa humana. Na esteira da doutrina dominante, ao menos na esfera das condições existenciais mínimas encontramos um claro limite à liberdade de conformação do legislador.<sup>35</sup>

A intervenção do Poder Judiciário deve, por certo, ser sempre limitada e ajustada aos parâmetros delineados pelo sistema constitucional de freios e contrapesos que rege a relação entre os três poderes republicanos, sem que este princípio possa ser utilizado como fundamento para justificar a impossibilidade de intervenção por parte do Judiciário na esfera dos outros poderes, especialmente quando em causa a necessidade de tutela do mínimo existencial ecológico. Diante da falha perpetrada pela Administração no processo político de implementação de uma política pública, “o Judiciário tem não somente o poder, mas o *dever* de intervir”<sup>36</sup>, no intuito de arrostar a violação a direitos fundamentais. Há que se ter em conta o papel de “guardião” dos direitos fundamentais e da dignidade humana conferido ao Estado, distribuído de forma harmônica entre as funções estatais

<sup>34</sup> Nesse ponto, merece registro a “denúncia” feita por KRELL ao tratar do controle judicial de omissões administrativas na área do saneamento ambiental, no sentido de que, “especialmente na área do saneamento básico, o desempenho do Poder Público tem sido insuficiente, o que se deve aos altos custos das obras e a sua baixa visibilidade política”. KRELL, “Discricionariedade administrativa...”, p. 81.

<sup>35</sup> Cfr. SARLET, “A eficácia dos direitos fundamentais...”, pp. 352-353.

<sup>36</sup> KRELL, “Discricionariedade administrativa...”, p. 85.

executiva, legislativa e judiciária. Assim, quando um dos poderes do Estado deixar de atuar ou atuar de forma insuficiente (violando a proibição de insuficiência) para com a tutela dos direitos fundamentais, há legitimidade constitucional para um dos demais poderes atuar de modo a corrigir tal conduta e harmonizar o sistema constitucional. Deve-se considerar a análise dos deveres de proteção do Estado a partir das duas faces do princípio da proporcionalidade (proibição de excesso e proibição de insuficiência), resultando em medida inconstitucional o desrespeito a tal comando normativo. Com a violação ao princípio da proporcionalidade (por omissão ou restrição excessiva em relação a direitos fundamentais), surge a legitimidade constitucional do Poder Judiciário para operar a correção de tal quadro violador da dignidade humana. Acima de tudo, devem Juízes e Tribunais levar a sério os deveres de proteção em matéria de direitos socioambientais, exercendo um controle rigoroso também da legislação em matéria processual e zelando pelo aperfeiçoamento, ainda que isto ocorra por uma interpretação corretiva, dos procedimentos e das técnicas de tutela dos direitos fundamentais<sup>37</sup>.

O controle judicial de *políticas públicas ambientais* deve ser visto também como um mecanismo conferido ao cidadão, individual ou coletivamente considerado, de controle sobre a atividade do administrador e do legislador, bem como, na hipótese em que a ausência de legislação infraconstitucional impeça o desfrute do direito fundamental ao mínimo existencial ecológico, do legislador. Tal afirmação encontra fundamento constitucional no próprio caput do art. 225, já que tal dispositivo encarrega não apenas o poder público do dever de proteger o ambiente para as presentes e futuras gerações, mas também os atores privados, dando uma feição nitidamente democrático-participativa para o papel do indivíduo e da sociedade na consecução de tal objetivo constitucional. Tal se faz possível especialmente no caso da tutela ambiental, já que há instrumentos, como é o caso, por exemplo, da ação civil pública, da ação popular e das ações decorrentes dos direitos de vizinhança, conferidos ao indivíduo (nos dois últimos casos) e às associações civis de proteção ambiental (no primeiro caso), que se prestam perfeitamente para canalizar tal fiscalização.<sup>38</sup> Nesse aspecto, merece registro a lição de MARINONI que, a partir de uma leitura do processo civil com base na teoria dos direitos fundamentais, afirma que a participação através da ação judicial (e o mesmo raciocínio se aplica aos procedimentos administrativos) justifica-se também numa perspectiva democrática, já que essa “não mais se funda ou pode se fundar o sistema representativo tradicional”.<sup>39</sup> As ações judiciais conformam o *direito à participação in-*

<sup>37</sup> Cfr., sobre a vinculação dos tribunais e juízes aos direitos fundamentais, SARLET, “A eficácia dos direitos fundamentais...”, pp. 396-399.

<sup>38</sup> Alinhado à dimensão democrático-participativa do controle judicial de políticas públicas instrumentalizado pela ação civil pública, inclusive sob a ótica especificamente da proteção do ambiente, ROBERTO GOMES assevera que “a ação civil pública é o instrumento processual da cidadania com maior adequação e eficácia para o controle jurisdicional da omissão ilícita da Administração Pública, mediante a participação popular do titular do poder político, através do ente legitimado, na pretensão de exigir a concretização de prestações estatais positivas por meio do fazer ou do não-fazer, forte na efetividade do processo, no amplo acesso à ordem jurídica justa e na luta pela realização das aspirações sociais”. ROBERTO GOMES, Luís. O Ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão estatal no Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 265.

<sup>39</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 196.

rente aos direitos fundamentais, permitindo a democratização do poder através da participação popular, que, conforme pontua MARINONI, se dá, no caso da ação judicial, de forma direta.<sup>40</sup> Assim, a ação judicial deve ser vista também como um instrumento de atuação política, na esteira de uma democracia direta e participativa. As omissões ou ações violadoras dos direitos ecológicos impetradas pelo Poder Público não podem esquivar-se de tal controle do cidadão, perfeitamente legítimo no marco jurídico-constitucional de um Estado subordinado ao Direito.

Por trás da idéia de “poder” conferido ao Estado há que se ter em conta também um “dever” ou “poder-dever”<sup>41</sup>, que deve necessariamente ser compatível com os valores fundamentais do sistema constitucional, ainda mais quando se tem em vista os deveres de proteção dos direitos fundamentais conferidos ao Estado. Tal constatação tem em conta o enfrentamento de possíveis arbitrariedades estatais, bem como a redução da margem de discricionariedade do Executivo, amarrando a sua atuação à realização dos direitos fundamentais dos cidadãos, e não apenas ao interesse estatal. Nesse prisma, MIRRA assevera que o princípio da separação de poderes representa uma garantia destinada a assegurar a proteção dos direitos fundamentais contra o arbítrio do Estado, sendo, no mínimo, contraditório que tal princípio seja invocado pelo governante justamente para negar a concretização de um direito fundamental (no caso, do direito ao ambiente)<sup>42</sup> e impedir o controle judicial da omissão estatal no cumprimento de um dever constitucional de proteção. Na mesma direção, MORATO LEITE e AYALA assinalam o entendimento de que o controle judicial dos atos administrativos não se restringe apenas à avaliação da legalidade do ato impugnado, da sua conformação lei, mas precipuamente à sua conformação com os objetivos constitucionais, de modo a vincular a conduta do administrador público.<sup>43</sup> No entanto, como assevera KRELL, o controle judicial deve restringir-se à questão da escolha entre “agir ou não agir” (por exemplo, construir uma estação de tratamento), e não acerca do “como agir” (por exemplo, determinar a tecnologia a ser adotada, localização, etc.)<sup>44</sup>, o que deve permanecer na margem de discricionariedade da Administração. Há, portanto, limites ao controle judicial de políticas públicas.

No entanto, diante da ocorrência de omissão estatal para com o seu dever constitucional de assegurar o exercício do direito fundamental ao mínimo existencial ecológico, estará autorizado o Poder Judiciário a corrigir tal descumprimento do comando constitucional. Com tal premissa, poderá ser imposta à Administração a adoção de medidas negativas<sup>45</sup> ou mesmo prestacionais para garantir o exercício

<sup>40</sup> MARINONI, “Teoria geral do processo...”, p. 198.

<sup>41</sup> Cfr. BANDEIRA DE MELLO, “Discricionariedade e controle jurisdicional...”, p. 15.

<sup>42</sup> MIRRA, Álvaro Valery. Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 380.

<sup>43</sup> MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patryck de Araújo. Direito ambiental na sociedade de risco. São Paulo: Forense Universitária, 2002, p. 217.

<sup>44</sup> KRELL, “Discricionariedade administrativa...”, p. 84.

<sup>45</sup> Na doutrina brasileira, TORRES aponta para a dimensão negativa da garantia constitucional do mínimo existencial ecológico, a qual pode tomar a forma de imunidade tributária, inclusive, como denomina o autor, com a consagração do princípio da imunidade do mínimo existencial ecológico. TORRES, Ricardo Lobo. “Valores e princípios no direito tributário ambiental”. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). Direito tributário ambiental. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 25.

do direito fundamental ao mínimo existencial ecológico. Nesse sentido, STEIGLEDER acentua que, no caso de omissão estatal quanto ao combate da degradação ambiental, a fim de assegurar o patamar mínimo de qualidade ambiental exigido pela dignidade humana, parece cabível a intervenção judicial, sem que se caracterize a invasão por parte do Poder Judiciário de competências exclusivas do Executivo, com violação do princípio da separação de poderes.<sup>46</sup> Da mesma forma, MIRRA traduz entendimento de que sempre que a Administração não atuar de modo satisfatório na defesa do ambiente, na medida em que se omite no seu dever de agir para assegurar a proteção da qualidade ambiental, violando normas constitucionais e infraconstitucionais que lhe impuseram a obrigatoriedade de atuar, caberá à coletividade, por intermédio de seus representantes legitimados, provocar a intervenção do Poder Judiciário para instituir o estabelecimento da “boa gestão ambiental”.<sup>47</sup> Quanto aos entes estatais legitimados constitucionalmente para corrigir tais situações perante o Poder Judiciário, destaca-se o papel constitucional da Defensoria Pública<sup>48</sup> (além, é claro, do Ministério Público), já que, na grande maioria das vezes, quando da violação à garantia do mínimo existencial ecológico, as pessoas atingidas certamente comporão o quadro pobre e marginalizado da população brasileira.

#### 4. O MÍNIMO EXISTENCIAL ECOLÓGICO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A partir de agora, é oportuno lançar o olhar sobre a jurisprudência das nossas Cortes para tentar identificar a possível recepção da matéria versada no presente ensaio. O Superior Tribunal de Justiça, de modo a reformar entendimento mais restritivo do controle judicial dos atos administrativos em matéria ambiental esboçado em julgados anteriores<sup>49</sup>, tem sinalizado entendimento jurisdicional no sentido de admitir cada vez mais a “sindicalidade” da esfera de discricionariedade da Administração Pública em tais situações. Assim, no julgamento, em 11.11.2003, do Recurso Especial 429.570-GO, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, com relatoria da Ministra ELIANA CALMON, entendeu-se, em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, ser possível a imposição à Administração de obra de recuperação do solo imprescindível à proteção ambiental, destacando a possibilidade do controle judicial sobre a conveniência e oportunidade do ato administrativo discricionário, já que suas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade, além de guardarem sintonia com os parâmetros materiais estabelecidos pelos princípios e regras constitucionais.<sup>50</sup>

<sup>46</sup> STEIGLEDER, “Discricionariedade administrativa e dever...”, p. 295.

<sup>47</sup> MIRRA, “Ação civil pública e a reparação...”, p. 374.

<sup>48</sup> Sobre a atuação da Defensoria Pública, de forma individual e coletiva, na seara da proteção ambiental atrelada à saúde pública, inclusive em vista de uma abordagem social das questões ecológicas contemporâneas, cfr. o artigo de SEGUIN, Elida. “Defensoria Pública e tutela do meio ambiente”. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). A Defensoria Pública e os processos coletivos: comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 147-160.

<sup>49</sup> STJ, AGA 138901/GO, DJ de 17.11.97, p. 59456, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 15.09.97; e STJ, Resp 169876-SP, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, julgado em 16.06.98.

<sup>50</sup> STJ, Resp 88.776-GO, Rel. Min. Ari Pargendler, 2ª Turma, julgado em 19.05.1997.

No mesmo sentido, sob a perspectiva do saneamento ambiental, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento, em 07.10.2004, do RESP 575.998-MG, de relatoria do Ministro LUIZ FUX<sup>51</sup>, manifestou entendimento, em sede de ação civil pública, sobre a possibilidade de controle judicial em razão da prestação descontinuada de coleta de lixo (serviço essencial) levada a cabo pela Administração. No julgado, entendeu-se que tal omissão administrativa acarretou prejuízo ao direito fundamental à saúde, ao direito fundamental ao ambiente e à dignidade humana, bem como que “não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados constitucionalmente”, sendo, portanto, possível o controle judicial da discricionariedade administrativa em face do descumprimento de um dever de proteção do Estado estampado na Constituição. Conforme sugerido no julgado do STJ, há que se transpor os direitos fundamentais do plano das “promessas constitucionais” para o “mundo da vida”, considerando a dimensão normativa subjetiva dos direitos em questão, e não apenas a sua condição de normas programáticas. Assim, quando em jogo conteúdo do mínimo existencial ecológico, para onde parece indicar o caso do referido julgado, emerge uma posição jurídica subjetiva para os titulares do direito ou mesmo para as instituições privadas e estatais legitimadas a tutelar tais direitos (associações civis de defesa do ambiente, Defensoria Pública e Ministério Público) atuarem em sua defesa. Tal se dá em decorrência de uma carga normativa forte consubstanciada na garantia constitucional do mínimo existencial ecológico, perfeitamente “sindicável” em face do Estado, já que diz respeito ao núcleo material intangível da dignidade humana.

Seguindo o mesmo entendimento, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul aponta com clareza solar para a configuração de um núcleo protetivo mínimo comum entre os direitos sociais (no caso em questão, mais especificamente o direito à saúde) e a proteção do ambiente, em vista, é claro, como registra o julgado, da tutela da dignidade humana.<sup>52</sup> Mesmo sem que o julgador tenha apontado formalmente para o conceito de mínimo existencial ecológico, materialmente ele está consubstanciado na decisão. E, em vista de tal situação, há a obrigatoriedade de

<sup>51</sup> STJ, Resp. 575.998-MG, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 07.10.2004.

<sup>52</sup> DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO IRREGULAR. PARQUE PINHEIRO MACHADO. REDE DE ESGOTO. RESPONSABILIDADE. O dever de garantir infra-estrutura digna aos moradores do loteamento Parque Pinheiro Machado é do Município de Santa Maria, pois deixou de providenciar a rede de esgoto cloacal no local, circunstância que afetou o meio ambiente, comprometeu a saúde pública e violou a dignidade da pessoa humana. Implantação da rede de esgoto e recuperação ambiental corretamente impostas ao apelante, que teve prazo razoável – dois anos – para a execução da obra. Questões orçamentárias que não podem servir para eximir o Município de tarefa tão essencial à dignidade de seus habitantes. Prazo para conclusão da obra e fixação de multa bem dimensionados na origem. Precedentes desta Corte. Apelação improvida”. (TJRS, Ap. Cível 70011759842, 3ª Câm. Cível. Rel. Des. Nelson Antônio Monteiro Pacheco, julgado em 01.12.2005). Sobre o tema, cfr. decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “Ação civil pública. Rede de esgoto local a lançar efluentes em cursos d’água sem prévio tratamento. Ofensa ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (Constituição Federal, artigo 225, ‘caput’). Infração ao disposto na Constituição Estadual (artigo 208). Alegada ofensa à discricionariedade da Administração sem força para afastar a intervenção do Poder Judiciário, uma vez provocado (Constituição Federal, artigo 5º, n. XXXV). Condenação do Município a providenciar estação de tratamento mantida. Prazo considerado razoável, sobretudo ante desprezo da Administração para com longo tempo com que busca se subtrair ao cumprimento de um dever. Apelação não acolhida” (TJSP, Apel. Cível 363.851.5/0, Seção de Direito Público, Câmara Especial de Meio Ambiente, Rel. Des. José Geraldo de Jacobina Rabello, julgado em 12.07.2007).

tutela por parte do Estado, afastando tal situação violadora de direitos fundamentais, contra o que a cláusula da reserva do possível, em vista de previsão orçamentária e condições financeiras do ente público, não pode fazer frente.

Por fim, repudiando uma postura fundamentalista e afastando posicionamentos incompatíveis com a complexidade dos problemas enfrentados contemporaneamente, ainda mais quando se objetiva compatibilizar a tutela dos direitos sociais e dos direitos ambientais, assume destaque, como diretriz para a solução dos casos concretos, o princípio da proporcionalidade, o que, somado a uma interpretação adequada (proporcional e razoável) dos princípios e deveres de precaução e prevenção, se revela essencial para uma atuação correta do Poder Judiciário no campo da tutela do ambiente. Nessa perspectiva, há que partir da premissa de que deve prevalecer a proteção ambiental quando a ação degradadora combatida comprometa ou coloque em risco o âmbito de proteção da dignidade humana e as bases naturais indispensáveis para o equilíbrio ecológico em geral. Note-se que a proporcionalidade e a correlata noção de razoabilidade, devem ser consideradas tanto no que diz com a vedação de excessos na intervenção em bens fundamentais quando no que diz com a proibição de medidas de proteção e promoção manifestamente insuficientes (deficientes), tendo como norte a otimização da tutela ambiental no contexto mais amplo dos direitos fundamentais<sup>53</sup>. Neste contexto, é de suma importância que seja sempre considerada a responsabilidade para com as existências humanas (e mesmo não humanas!) futuras, conforme dispõe a Constituição Brasileira (artigo 225) e o sistema internacional dos direitos humanos,<sup>54</sup> razão pela qual com razão já se apontou para a importância de se “tomar a sério os interesses das futuras gerações”.<sup>55</sup>

## 5. CONCLUSÕES ARTICULADAS

**5.1** Com base na tese da indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais, somente uma articulação conjunta e integral dos direitos sociais e da proteção ambiental criará condições favoráveis à inserção político-comunitária das pessoas necessitadas, tornando acessível a elas o desfrute de uma vida digna e saudável.

<sup>53</sup> A respeito da importância do princípio da proporcionalidade nesta dupla via de proibição de exceções e de proibição de proteção insuficiente ou deficiente, v., no Brasil, especialmente SARLET, Ingo Wolfgang. “Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e proibição de insuficiência”. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 47, Mar-Abr, 2004, p. 60-122; e STRECK, Lênio Luiz. “A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico”. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, n. 53, Mai-Set, 2004, p. 223-251. No campo do direito ambiental, ver FREITAS, Juarez. “Princípio da precaução: vedação de excesso e de inoperância”. In: Separata Especial de Direito Ambiental da Revista Interesse Público, n. 35, 2006, p. 33-48.

<sup>54</sup> Nesse sentido, a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), de modo a reafirmar o ordem de princípios da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano (1972), consagra no seu Princípio 3 que o direito humano ao desenvolvimento “deverá ser exercido de modo a atender equitativamente às necessidades, em termos de desenvolvimento e proteção ambiental, das gerações atuais e futuras”.

<sup>55</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português”. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.). Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2.

**5.2** O Estado brasileiro, diante do seu papel constitucional de guardião dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, tem o dever de assegurar aos seus cidadãos, inclusive em termos prestacionais, condições mínimas de bem-estar existencial (individual, social e ecológico), compreendida a qualidade ambiental em tal contexto.

**5.3** Encontrando-se determinados indivíduos ou mesmo grupos sociais desprovidos das condições materiais indispensáveis ao desfrute de uma vida minimamente digna, poderão os mesmos pleitear em face do Estado a adoção de medidas prestacionais no sentido de suprir tais necessidades.

**5.4** O mínimo existencial ecológico (ou socioambiental) constitui-se do direito fundamental às prestações materiais mínimas, em termos de qualidade ambiental, indispensáveis ao desfrute de uma vida humana digna e saudável (das presentes e futuras gerações), sendo passível de controle judicial em face da omissão ou insuficiência dos Poderes Legislativo e Executivo em provê-lo.

# OMISSÃO LEGISLATIVA E O CONTROLE JUDICIAL NO ESTUDO DE IMPACTO DE VIZINHANÇA

*VLADIMIR PASSOS DE FREITAS<sup>1</sup>*

Consultor em Direito Ambiental. Ex-Promotor de Justiça nos Estados do Paraná e São Paulo, Desembargador Federal aposentado do Tribunal Regional Federal da 4<sup>ª</sup>. Região, onde foi Corregedor e Presidente. Mestre e doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Ambiental na graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Autor e co-autor de nove livros na área do Direito Ambiental, Diretor da Escola da Magistratura Federal do Paraná, "Chair" do Grupo de Especialistas em Judiciário da Comissão de Direito Ambiental da União Internacional para Conservação da Natureza – UICN,, com sede em Bonn, Alemanha. Sítio: [www.vladimirfreitas.com.br](http://www.vladimirfreitas.com.br)

## 1. INTRODUÇÃO

A população brasileira, a partir dos anos 1950, iniciou a migração campo-cidade. E nos últimos anos esta tendência agravou-se fazendo com que se considere que 80 % dos brasileiros estão vivendo nos centros urbanos.<sup>2</sup> A partir daí o município passou a ter um relevância cada vez maior na área ambiental e urbanística. E não só por razões de fato, como também pelo tratamento jurídico que a Constituição de 1988 deu à matéria. Tão expressiva foi a mudança que o Ministério Público de São Paulo uniu a Promotoria de Justiça do Meio ambiente à de Urbanismo, vez que as soluções tinham que ser tomadas em conjunto.

Consequência desta nova realidade, os municípios começaram a criar suas Secretarias do Meio Ambiente e a fornecer Licenciamento Ambiental. Por outro lado, surgiu uma grande quantidade de artigos e livros tratando da matéria, antes relegada quase ao abandono. Mencionam-se, entre outros, os estudos de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO<sup>3</sup>, VANÊSCA BUZELATO PRESTES<sup>4</sup> (organiza-

---

<sup>2</sup> CRUZ, Elaine Patrícia e RODRIGUES, Petterson. Em 2008, metade da população mundial estará vivendo em áreas urbanas, diz relatório da ONU. In: <http://www.agenciabrasil.gov.br>, acesso 2.5.2009.

<sup>3</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Comentários ao Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2009, p. 249.

<sup>4</sup> PRESTES, Vanêscas Buzelato. Temas de Direito Urbano-Ambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

dora), FRANCISCO CARRERA<sup>5</sup>, TOSHIO MUKAI<sup>6</sup>, RONALDO COUTINHO e ROGÉRIO ROCCO<sup>7</sup>, GUILHERME JOSÉ PURVIM DE FIGUEIREDO<sup>8</sup>, VANUSA MURTA AGRELLI e BRUNO CAMPOS SILVA<sup>9</sup> e ANDREAS J. KRELL<sup>10</sup>.

No entanto, a imprensa continua seguidamente dando notícias de ofensas ao meio ambiente urbano. A título exemplificativo citam-se: “Portelinha da vida real surge em Área de Proteção Ambiental em Umuarama”<sup>11</sup>, “Em guerra contra grafite, pichação destrói marcos de SP”<sup>12</sup>, “Cidades ignoram política ambiental”<sup>13</sup>.

## 2. NORMAS QUE REGEM A MATÉRIA

A Constituição Federal estabelece a política urbana dos municípios e a proteção do meio ambiente nos artigos seguintes:

Art. 30. Compete aos Municípios:

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

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.

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:

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;

Complementando os dispositivos constitucionais, unindo o comando de ordenamento do território urbano ao estudo de impacto de obra ou atividade potencialmente poluidora, em um conceito mais amplo de meio ambiente, a Lei 10.257, de 10.07.2001, conhecida como “Estatuto da Cidade”, no Capítulo II, Seção XII, que trata “Do Estudo do Impacto de Vizinhança”, dispõe que:

Art. 36. Lei municipal definirá os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração de estudo prévio de im-

<sup>5</sup> CARRERA, FRANCISCO. Cidade sustentável: utopia ou realidade? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>6</sup> MUKAI, Toshio. Direito urbano e ambiental. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

<sup>7</sup> COUTINHO, Ronaldo; ROCCO, Rogério (orgs.). O Direito Ambiental das Cidades. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

<sup>8</sup> FIGUEIREDO, Guilherme José Purvim (org.). Temas de Direito Ambiental e Urbanístico, nº 3. São Paulo: Max Limonad, 1998.

<sup>9</sup> AGRELLI, Vanusa Murta; SILVA, Bruno Campos (coords.). Direito Urbanístico e Ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

<sup>10</sup> KRELL, Andrés J. Municípios brasileiros e alemães na proteção do meio ambiente. In: Revista Trimestral de Direito Público, nº 6, abr/jun. São Paulo: Malheiros, 1994.

<sup>11</sup> Jornal Gazeta do Povo, Curitiba, 16.1.2008, p. 13.

<sup>12</sup> Jornal Folha de São Paulo, 28.10.2008, C4.

<sup>13</sup> Jornal O Estado de São Paulo, São Paulo, 13.12.2008, A24.

pacto de vizinhança (EIV) para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público municipal.

Ocorre que, a maioria dos municípios brasileiros, descumprindo o mandamento constitucional e o art. 36 do Estatuto da Cidade, omitem-se no dever de legislar, a respeito da matéria. O objetivo deste estudo é o de enfrentar se é ou não auto-aplicável o artigo 36 do Estatuto da Cidade, quando atribui à Lei Municipal a definição dos empreendimentos e atividades em área urbana que dependem do Estudo de Impacto Ambiental, doravante chamado de EIV.

### 3. HERMENÊUTICA E APLICAÇÃO DAS NORMAS

Para CARLOS MAXIMILIANO, que foi Ministro da Justiça e do Supremo Tribunal Federal, “a Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.”<sup>14</sup> Assim é porque a lei é sempre genérica e não alcança todos os fatos da vida. Por isso, ao intérprete cabe o estudo da relação entre o texto abstrato e o caso concreto.

A interpretação da lei suscitou e suscita dúvidas e discussões. Como relata HERMES LIMA, chegou-se a extremos, inclusive “códigos houve, como o da Baviera, de 1812, que proibia expressamente ao juiz a interpretação da lei”.<sup>15</sup> Da máxima dura lex sed lex até o chamado “Uso Alternativo do Direito”, muito se discutiu e se discute, sem que se chegue a uma conclusão definitiva.

No entanto, indiscutivelmente, métodos de interpretação foram criados e aperfeiçoados ao longo dos anos. O tempo se encarregou de mostrar que a lei, por si só, era incapaz de dar solução a todos os conflitos da sociedade. Ficou superada a visão da “Escola da Exegese”, lembrada pelo jus-filósofo MIGUEL REALE como “aquele grande movimento que, no transcurso do século XIX, sustentou que na lei positiva, e de maneira especial no Código Civil, já se encontra a possibilidade de uma solução para todos os eventuais casos ou ocorrências da vida social”.<sup>16</sup>

Para o jurista, político e professor do mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, ANDRÉ FRANCO MONTORO:

*“Contra o exagerado legalismo dos sistemas tradicionais – que consideravam o texto legal a única fonte do direito – surgiram críticas e reações em diversos países, dando origem aos chamados sistemas modernos de interpretação. Entre eles devem ser mencionados: o sistema da evolução histórica de Saleilles; o sistema de livre investigação de Geny; o sistema do direito livre de Kantorowicz; as novas correntes da lógica do concreto e da investigação semiológica ou lingüística.”<sup>17</sup>*

<sup>14</sup> MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 9. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981, p. 1.

<sup>15</sup> LIMA, Hermes. Introdução à Ciência do Direito. 19. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1970, p. 150.

<sup>16</sup> REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Ed. J. Bushatsky, 1973, p. 314.

<sup>17</sup> FRANCO MONTORO, André. Introdução à Ciência do Direito. 25. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 376.

PAULO BONAVIDES, da Universidade Federal do Ceará, classifica os modernos métodos de interpretação em: a) Método Lógico-Sistemático; b) Método Histórico-Teleológico; c) Método Voluntarista da Teoria Pura do Direito.<sup>18</sup> LUÍS ROBERTO BARROSO e ANA PAULA DE BARCELLOS, sintetizando com rara felicidade a interpretação tradicional (norma + fato), nem sempre suficiente para os complexos conflitos do mundo contemporâneo, observam com propriedade que:

*“II- A nova interpretação constitucional assenta-se em um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder a interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando a solução justa para o caso concreto. Nessa perspectiva pós-positivista do Direito, são idéias essenciais a normatividade dos princípios, a ponderação de valores e a teoria da argumentação.”<sup>19</sup>*

#### 4. MEIO AMBIENTE E URBANISMO

A Constituição Federal busca, indubitavelmente, a proteção do meio ambiente natural e artificial. Por isso mesmo, é a única do mundo que incluiu o Estudo de Impacto Ambiental em seu texto. Comentando o Estatuto da Cidade, MARCOS MAURÍCIO TOBA ensina que “de forma inovadora, dá-se atenção aos estudos e relatórios de impacto de vizinhança (EIV), instituto que há muito referido por arquitetos e que trás enormes semelhanças com os EIA-RIMA (estudo de impacto ambiental-relatório de impacto ambiental)”.<sup>20</sup>

Bem por isso, o Estatuto da Cidade dispõe no já mencionado artigo 36 que “lei municipal definirá os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV)”. Esta determinação legal está em perfeita consonância com o a norma constitucional que prevê o EIA (CF, art. 225, § 5º), já que ambos são indissociavelmente interligados. O EIV é o complemento (não a substituição) do EIA no perímetro urbano das cidades.

Tanto isto é certo que, na Argentina, a Lei 25.675, de 06.11.2002, conhecida como Lei Geral do Ambiente, exige no art. 11 estudo de impacto ambiental para todas as obras ou atividades que afetem o meio ambiente de forma significativa. E o EIA estende-se ao meio ambiente urbano, ou seja, não existe um estudo específico como o EIV. A jurisprudência argentina registra casos de construção de “shopping center” em que o Poder Judiciário determinou a realização de Estudo de Impacto Ambiental. Cita-se a título de exemplo o Centro Comercial Cinema

<sup>18</sup> BONAVIDES, Paulo. Direito Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1986, pp. 277-280.

<sup>19</sup> BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: A Nova Interpretação Constitucional. 2. ed., Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006, p. 376.

<sup>20</sup> TOBA, Marcos Maurício. In: MEDAUAR, Odete (coord.). Estatuto da Cidade. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 153.

Cariló, um complexo de dois cines e um “shopping” anexos, na cidade litorânea de La Plata. A Sociedad de Fomento de Cariló propôs Ação de Amparo contra o Município de Pinamar, perante o Juizado do Contencioso Administrativo de Dolores, proc. 1645, e obteve liminar do Juiz Antonio Escobar, que ordenou à construtora Cilene S.A. que parasse a obra. Houve apelação para a Câmara de Apelação do Contencioso Administrativo de La Plata e, em 29.11.2005, os Juízes Milanta, Spacarotel e De Santis negaram provimento ao recurso. Ficou, pois, mantida a ordem de realização do EIA.

Em nosso país, uma perfunctória pesquisa nos sítios dos municípios revela que a maioria absoluta não tem lei regulando o Estatuto do Impacto de Vizinhança, como ordena o art. 36 do Estatuto da Cidade. E mais, a maioria absoluta não tem, sequer, qualquer outra lei que, mesmo incidentalmente, faça alguma referência ao assunto.

Na verdade, a previsão do artigo 36 do Estatuto da Cidade é quase letra morta na realidade jurídica brasileira. Apesar de a lei ser de 2001, é ínfimo o número de municípios que cumpriram o mandamento legal, que é também constitucional, porque elaborado em obediência aos ditames da Carta Magna, artigos 30, inciso VIII e 225, § 1º, inciso V.

Sorocaba, SP, é uma exceção na regra geral da omissão. Assim, nesse município paulista, norma clara e específica, como quer o legislador nacional (Estatuto da Cidade, art. 36), fixa regras sobre a matéria na Lei 8.270, de 24 de setembro de 2007:

Art. 1º O licenciamento de empreendimentos e atividades econômicas promovidos por entidades públicas ou particulares, de significativo impacto urbano, deverá ser precedido de Estudo de Impacto de Vizinhança - EIV - e Relatório de Impacto de Vizinhança - RIVI - conforme o disposto nesta Lei. Parágrafo Único - Consideram-se empreendimentos de significativo impacto urbano aqueles que possam afetar:

- I - a saúde, a segurança e o bem estar da população;
- II - as relações de convivência e vizinhança;
- III - as atividades sociais e econômicas;
- IV - as propriedades químicas, físicas ou biológicas do meio ambiente;
- V - a infra-estrutura urbana e seus serviços (sistema viário, sistema de drenagem, saneamento básico, eletricidade e telecomunicações);
- VI - o patrimônio cultural, artístico, histórico, paisagístico e arqueológico do município;
- VII - a paisagem urbana.

Alguns municípios, em obediência ao comando constitucional e legal, editaram leis prevendo a elaboração do EIV no Plano Diretor. Não é o que ordena o Estatuto da Cidade, mas já é uma forma de atendê-lo. Outros fixam regras em leis esparsas. Vejamos alguns exemplos. Em Belo Horizonte, MG, a Lei 7.166, de 27.08.1996, estabelece normas e condições para parcelamento, ocupação e uso do solo urbano no município e, ainda que mesclando elementos de EIA com EIV, contém exigência relacionadas com o impacto da obra na vizinhança. No Rio de Janeiro, RJ, a Lei nº 2128, de 18.04.1994, que regula o instituto da operação interligada, fixa no artigo 9º, parágrafo único, a necessidade de Relatório de Im-

pacto de Vizinhança. No Recife, PE, a Lei 15.547, de 1991, que institui o Plano Diretor da cidade, estabelece no artigo 40 que nos empreendimentos de impacto o interessado deve apresentar um Memorial que considere o sistema de transportes, meio ambiente, infra-estrutura básica e os padrões funcionais e urbanísticos de vizinhança. Florianópolis, SC, editou a Lei 7.801, de 30.12.2008, que trata das normas gerais e critérios básicos para a prioridade de atendimento e a promoção da acessibilidade das pessoas que especifica e, no seu artigo 12, inciso III, faz referência a estudos prévios de impacto de vizinhança. Em Porto Alegre, RS, a Lei 9.725, de 01.02.2005, que regula as casas de jogo por computador, e o seu artigo 21, parágrafo único, fala que na regulamentação que sobrevier se disporá sobre o estudo de impacto de vizinhança.

Porém, a maior parte dos municípios brasileiros não possuem lei tratando do EIV e descumprem o comando constitucional e legal. Tal afirmação pode levar à seguinte pergunta: mas por que assumem esta posição? A resposta é difícil, porque não há como saber que interesses estão envolvidos quando há omissão legislativa. Mas é razoável supor que o objetivo, ou um dos objetivos, seja o de não tolher a atividade da administração ao licenciar as construções.

## 5. ESTUDO DE IMPACTO DE VIZINHANÇA: A DESNECESSIDADE DE LEI MUNICIPAL

À primeira vista, a simples leitura do artigo 36 do Estatuto da Cidade poderá levar à conclusão de que é obrigatória a existência de lei municipal precedendo a exigência do EIV. Afinal, nele está dito que “Lei municipal definirá os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança...”. No entanto, o raciocínio só aparentemente é correto. Na verdade, é totalmente equivocado. Vejamos.

Concluir pela necessidade de lei municipal seria adotar a interpretação gramatical, em prejuízo de todas as outras. Seria a interpretação do leigo e não a do jurista. Ensina FRANCO MONTORO que ‘interpretação gramatical ou filológica é a que toma por base o significado das palavras da lei e sua função gramatical’. E mais adiante, esclarece aquele jurista e respeitável político que “mas, por si só é insuficiente, porque não considera a unidade que constitui o ordenamento jurídico e sua adequação à realidade social. É necessário, por isso, colocar seus resultados em confronto com os elementos das outras espécies de interpretação”.<sup>21</sup>

CARLOS MAXIMILIANO, adverte que “nunca será demais insistir sobre a crescente desvalia do processo filológico, incomparavelmente inferior ao sistemático e ao que invoca os fatores sociais, ou o Direito Comparado”.<sup>22</sup> Outra não é a opinião de ALÍPIO SILVEIRA, que em quatro volumes escreveu a mais extensa e densa obra sobre o tema: “O método literal de interpretação é apenas um entre os vários métodos, e nem sequer é o principal”. E mais abaixo: “São, na verdade, poucos os casos em que o sentido literal se harmoniza, de modo satisfatório, com

<sup>21</sup> FRANCO MONTORO, op. cit., p. 373.

<sup>22</sup> MAXILIMIANO, Carlos, op. cit., p 122.

a interpretação lógica, teleológica, sistemática e histórico-evolutiva. Assim, mesmo que a letra da lei seja aparentemente clara, a norma deve ser submetida aos vários métodos de interpretação.”<sup>23</sup>

Fácil é, pois, concluir que o tema sob análise não pode ficar limitado à leitura do artigo 36 do Estatuto da Cidade e à conclusão de que, sem lei municipal, não pode ser exigido o EIV. De forma alguma. É preciso que o referido dispositivo seja visto no seu conjunto e em harmonia com os princípios constitucionais que protegem o meio ambiente natural e urbano. Ou como quer o Professor e Procurador da Justiça gaúcho Lenio Luiz Streck: “Consequentemente, a Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o topos hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico”.<sup>24</sup> A conclusão, portanto, só pode ser no sentido de que a norma legal (art. 36 do Estatuto da Cidade), lastreada que é em dispositivos constitucionais, prescinde de lei municipal para ser aplicada.

Vejamos, em concreto, o que se passa no município de Curitiba, sabidamente um dos mais adiantados em matéria de proteção ambiental. Nele, no já distante ano de 1991, foi editada uma excelente lei ambiental (Lei 7.833, de 19.12.91) e criada uma Secretaria Municipal do Meio Ambiente..

Todavia, em Curitiba a necessidade do Estudo de Impacto de Vizinhança sobreveio apenas com a Lei 11.266, de 16.12.2004, que dispõe sobre a adequação do plano diretor de Curitiba ao Estatuto da Cidade. Referido diploma legal, dispõe que:

Art. 3º. O Plano Diretor de Curitiba visa propiciar melhores condições para o desenvolvimento integrado e harmônico e o bem-estar social da comunidade de Curitiba, bem como da Região Metropolitana, e é o instrumento básico, global e estratégico da política de desenvolvimento urbano do Município, determinante para todos os agentes, públicos e privados, que atuam na cidade...

§ 3º. Além do Plano Diretor de Curitiba, no processo de planejamento municipal serão utilizados, entre outros instrumentos:

IV - estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV).

E depois, em outro capítulo, explicitamente dispõe a Lei 11.266/04, que:

Art. 78. Fica instituído o Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança - EIV como instrumento de análise para subsidiar o licenciamento de empreendimentos ou atividades, públicas ou privadas, que na sua instalação ou operação possam causar impactos ao meio ambiente, sistema viário, entorno ou à comunidade de forma geral, no âmbito do Município.

Art. 79. Os empreendimentos e atividades, privados ou públicos, que dependerão de elaboração de Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança - EIV - para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público Municipal, serão definidos em legislação. específica.

Art. 80. O EIV será elaborado de forma a contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da popu-

<sup>23</sup> SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Ed. Leia Livros, v. 1, p. 86.

<sup>24</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e (m) Crise*. 8. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009, p. 252.

lação residente na área e suas proximidades, incluindo para análise, no mínimo, os seguintes itens:

I - descrição detalhada do empreendimento;

II - delimitação das áreas de influência direta e indireta do empreendimento ou atividade, considerando entre outros aspectos:

a) o adensamento populacional;

b) equipamentos urbanos e comunitários;

c) uso e ocupação do solo;

d) valorização imobiliária;

e) geração de tráfego e demanda por transporte público;

f) ventilação e iluminação;

g) paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.

h) descrição detalhada das condições ambientais

III - identificação dos impactos a serem causados pelo empreendimento ou atividade, nas fases de planejamento, implantação, operação e desativação, se for o caso;

IV - medidas de controle ambiental, mitigadoras ou compensatórias adotadas nas diversas fases, para os impactos citados no inciso anterior, indicando as responsabilidades pela implantação das mesmas.

Parágrafo único. Dar-se-á publicidade aos documentos integrantes do EIV, que ficarão disponíveis para consulta, no órgão competente do Poder Público Municipal, por qualquer interessado.

Desta condição temporal pode originar-se dúvida sobre o início da vigência do EIV. A meu ver, o art. 36 do Estatuto da Cidade já deixava clara a intenção do legislador nacional, no sentido de que o EIV era obrigatório nas construções de impacto. E o art. 37 dispunha sobre o que, nele, deveria ser analisado (p. ex., adensamento populacional). Estamos, pois, diante de norma auto-aplicável. Com autoridade ensina PONTES DE MIRANDA que

*“Quando uma regra se basta, por si mesma, para sua incidência, diz-se bastante em si, self-executing, self-acting, self-enforcing. Quando, porém, precisam as regras jurídicas de regulamentação, porque, sem a criação de novas regras jurídicas, que as completem ou suplementem, não poderiam incidir e, pois, ser aplicadas, dizem-se não-bastantes em si.”<sup>25</sup>*

Analisando o tema com a segurança de quem domina a matéria, o Professor catarinense MARCELO BUZAGLO DANTAS afirma:

*“A disciplina normativa do novel instrumento veio regulada na Seção XII, do referido Estatuto, mais precisamente, em seus arts. 36 a 38. A primeira questão que exsurge diz respeito à necessidade, ou não, de regulamentação do EIV por lei municipal, para que o mesmo possa ser exigido.*

<sup>25</sup> PONTES DE MIRANDA, Comentários à Constituição de 1967. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973, tomo I, p. 126.

Entendemos que não. Com efeito, o Estatuto das Cidades, lei federal, que é, criou o instituto, que é exigível em todo o território nacional desde a edição do respectivo diploma. As leis municipais que hão de vir limitar-se-ão a definir quais as atividades que estarão sujeitas ao Estudo, observadas as peculiaridades locais. Não terão o condão, porém, de estabelecer a exigência, esta que decorre da lei federal.

Além disso, há de se atentar para o fato de que o EIV é uma espécie do gênero EIA, este último instituído pela Constituição da República (art. 225, §1º, IV, já referido), de modo que não há o que justifique a necessidade de se aguardar as leis municipais, para, somente então, torná-lo exigível.”

Neste sentido decidiu o Eg. Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

DIREITO CONSTITUCIONAL – LEI N. 001/97 (PLANO DIRETOR DO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS) – ARGÜIÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE FRENTE AO DISPOSTO NO ART. 25 DO ADCT DA CE – SUSPENSÃO DO ALVARÁ DE LICENÇA – AUSÊNCIA DE ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO DE VIZINHANÇA E DE ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL – FUMUS BONI JURIS E PERICULUM IN MORA PRESENTES – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Para a concessão de liminar visando à paralisação de obra, ao argumento de afronta às normas de urbanização, mister a demonstração do binômio fumus boni juris e periculum in mora. Presentes esses requisitos, prudente é que a liminar seja deferida, a fim de evitar que a continuidade da obra possa causar maiores danos às partes.

( )

Imprudente é a permissão de construção de estabelecimento comercial, do porte de um supermercado, em região que até pouco tempo era considerada exclusivamente residencial, sem a realização de estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV), como também estudo prévio de impacto ambiental (EIA) (TJSC. AI n. 2004.022236-0, da Capital, Rel. Des. Rui Fortes, in DJSC de 17-01-05).

E por que haveria de ser assim no caso do Estudo de Impacto de Vizinhança em Curitiba e em outras cidades em situação semelhante? É simples a resposta. Porque não há a mais remota dúvida de que a construção de uma obra de grande impacto, tal qual a de uma estação rodoviária, um shopping ou um aeroporto, causam impacto à vizinhança. Em poucas palavras, em casos que tais, o administrador, com ou sem lei específica, deve exigir o EIV. E se a lei que regula a matéria for nova, nem por isso ele se escusará de formular a exigência para empreendimentos cuja liberação foi requerida antes da exigência legal. Em realidade, o EIV deverá ser exigido da mesma forma. Como ensina Promotor paulista CLÁUDIO LUIS WATANABE ESCAVASSINI

*“No caso específico da proteção do meio ambiente construído, por ser uma macrorealidade, possuidora do valor essencial sadia qualidade de vida, todo e qualquer ato que não tenha por base proporcionar essa característica, muito mais do que contaminado pela ilegalidade, fere o texto da Carta Magna, tornando-se inconstitucional e passível de questionamento e desconfiguração.”<sup>26</sup>*

<sup>26</sup> ESCAVASSINI, Cláudio Luis Watanabe. Política Urbana e Direito à Vida. In: Temas de Direito Urbanístico. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado e MPSP, 2001, p. 167.

## 6. CONCLUSÕES

Após as considerações sobre a necessidade do Estudo de Impacto de Vizinhança, a análise das normas constitucionais e legais que regem a matéria, doutrina e jurisprudência, é possível, com segurança, chegar às seguintes conclusões:

O Estudo de Impacto de Vizinhança é modalidade do Estudo de Impacto Ambiental e, por isso mesmo, tem proteção constitucional e legal (Constituição, artigos. 30, VII e 225, § 1º, V e Lei 10.257, de 10.07.2001, art. 36);

A Lei 10.257, de 10.07.2001, conhecida como Estatuto da Cidade, é auto-aplicável ao exigir, no seu artigo 36, a realização de Estudo de Impacto de Vizinhança para a realização de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente;

A lei municipal a que se refere o mencionado art. 36 do Estatuto da Cidade, segundo a melhor hermenêutica, revela-se absolutamente desnecessária quando a obra for notoriamente causadora de impacto, como, por exemplo, a construção de estação rodoviária, estádio de futebol ou supermercado de grande porte.

Não justifica a negativa de realização do EIV o fato de ter sido realizado o Estudo de Impacto Ambiental – EIA ou o Relatório Ambiental Prévio – RAP, cujas finalidades, ainda que semelhantes, são diversas.

A ausência da realização de Estudo de Impacto de Vizinhança para a construção de obra que, notoriamente, cause impacto na vizinhança, pode ensejar a propositura de Ação Popular por qualquer cidadão, ou de Ação Civil Pública pelo Ministério Público Estadual, pela Defensoria Pública ou por Associação (ONG) voltada para a proteção do meio ambiente ou que tenha por finalidade, ainda que de forma genérica, a busca de qualidade de vida dos habitantes da cidade,<sup>27</sup> desde que constituída há pelo menos 1 ano, tudo na forma do art. 5º, inc. LXXIII, da Carta Magna, da Lei 4.717/75 e da Lei 7.347/85, art. 5º, incisos. I e V).

## BIBLIOGRAFIA

AGRELLI, Vanusa Murta; SILVA, Bruno Campos (coords.). *Direito Urbanístico e Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In: *A Nova Interpretação Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1986.

CARRERA, FRANCISCO. *Cidade sustentável: utopia ou realidade?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>27</sup> STJ, RESP. 31.150, SP, 2ª Turma, Rel. Ministro. Ari Pargendler, j. 20.05.1996.

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Comentários ao Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2009.
- COUTINHO, Ronaldo; ROCCO, Rogério (orgs.). O Direito Ambiental das Cidades. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.
- CRUZ, Elaine Patrícia e RODRIGUES, Petterson. Em 2008, metade da população mundial estará vivendo em áreas urbanas, diz relatório da ONU. In: <http://www.agenciabrasil.gov.br>, acesso 2.5.2009.
- DANTAS, Marcelo Buzaglo. Aspectos Polêmicos do Licenciamento Ambiental. In: MURAD, Samir Jorge; ACETI JÚNIOR, Luiz Carlos; GRAU NETO, Werner (coords.). I Congresso Brasileiro da Advocacia Ambiental. São Paulo: Fiúza, 2008.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin (org.). Temas de Direito Ambiental e Urbanístico, nº 3. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- FRANCO MONTORO, André. Introdução à Ciência do Direito. 25. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.
- KRELL, Andréas J. Municípios brasileiros e alemães na proteção do meio ambiente. In: Revista Trimestral de Direito Público, nº 6, abr/jun. São Paulo: Malheiros, 1994.
- LIMA, Hermes. Introdução à Ciência do Direito. 19. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1970.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 9. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981.
- MUKAI, Toshio. Direito urbano e ambiental. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- PONTES DE MIRANDA, Comentários à Constituição de 1967. 2. ed., tomo I. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973.
- PRESTES, Vanêsa Buzelato. Temas de Direito Urbano-Ambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Ed. J. Bushatsky, 1973.
- ESCAVASSINI, Cláudio Luis Watanabe. Política Urbana e Direito à Vida. In: Temas de Direito Urbanístico. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado e MPSP, 2001.
- SILVEIRA, Alípio. Hermenêutica Jurídica, v. 1. São Paulo: Ed. Leia Livros.
- STREK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e (m) Crise. 8. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009.
- TOBA, Marcos Maurício. Estatuto da Cidade, coord. Odete Medauar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> DANTAS, Marcelo Buzaglo. Aspectos Polêmicos do Licenciamento Ambiental. In: MURAD, Samir Jorge. ACETI JÚNIOR, Luiz Carlos. GRAU NETO, Werner (Coords.). I Congresso Brasileiro da Advocacia Ambiental. São Paulo: Fiúza, 2008, p. 192.



**Teses de Profissionais**



**Independent Papers**



# O USO DA AÇÃO POPULAR AMBIENTAL PARA A EFETIVIDADE DA TUTELA AMBIENTAL, COMO VIA DE CONSTRUÇÃO DA LIBERDADE SUSTENTÁVEL

ADAUTO JOSÉ DE OLIVEIRA

Unitoledo – Centro Universitário Toledo de Araçatuba - SP

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo a análise da liberdade da atual geração, dentro de um empreendimento pragmático, busca encontrar uma solução prática para a questão da implantação do Estatuto da cidade, para a preservação do meio ambiente artificial, com base em dados teóricos e filosóficos, numa perspectiva do desenvolvimento sustentável, visualizando a população das cidades, para garantir uma equidade a todos, onde possam alcançar uma sadia qualidade de vida.

Devemos preservar para as futuras gerações um ambiente ecologicamente equilibrado, mas como podemos viver plenamente e desenvolver nossas potencialidades para uma vida sustentável? Amartya Sen<sup>1</sup> afirma que “*desenvolver é potencializar as liberdades individuais*”. Então como garantir a 82% da população brasileira, tendo como uma de suas finalidades o desenvolvimento de cidades sustentáveis, que é urbana (pois a problemática ocorre nas cidades) a liberdade de se expandir e viver plenamente.

Provocar uma sinergia, pois o direito ambiental envolve vários ramos do direito, portanto seria uma nova forma de pensar e ver o mundo sob uma outra ótica. Construir alternativas para sua efetiva implementação, tendo como força o trabalho da Educação Ambiental.

Neste trabalho, realizo uma discussão sobre a sustentabilidade de maneira geral, enfocando a liberdade das pessoas no seu estilo de vida urbano. Em seguida, ressalto a organização das cidades manifestando minhas inquietações futuras relativas a essas aglomerações, que estarão fadadas ao caos, caso não seja pensado algo agora; alguma coisa prática e providencial para sanar alguns entraves de forma a garantir uma sobrevida ao planeta como um todo e à sociedade humana.

Na primeira parte, traço uma abordagem filosófica:- os grandes questionamentos a “respeito da liberdade individual e a liberdade dentro da sociedade que se deseja consciente e preocupada com o ambiente onde mora”<sup>2</sup>. Na segunda par-

---

<sup>1</sup> SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Marta Teixeira Motta São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

<sup>2</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago, Processo Constitucional e Direitos Fundamentais, 4 ed. São Paulo : RCS Editora, 2005.

te, abordo o território onde está esse indivíduo e a sociedade:- que é a cidade. A estrutura da cidade e a preservação desse ambiente passam a ser estudo do presente ensaio dentro da ótica do Estatuto da Cidade. Na terceira parte, verifico os mecanismos jurídicos aliados aos mecanismos socioambientais para a efetividade do direito ambiental, tendo como forma de conscientização para uma liberdade sustentável, a busca de uma cidadania ambiental.

Concluo tentando mostrar a ligação que se faz necessária, ou seja, o trabalho de conscientizar a pessoa de sua liberdade sustentável, para a formação de uma cidadania ambiental, procurando implantar o Estatuto da cidade, na criação de uma cidade sustentável, tendo como mecanismo para sua efetivação a educação ambiental.

## 2. DESENVOLVIMENTO DA LIBERDADE

Atualmente, qual o nosso conceito de liberdade? Sempre se pergunta qual o valor relativo das diversas liberdades quando entram em conflito? Quais agentes são livres? Quais as restrições ou limitações das quais eles estão livres? Daquilo que eles são livres ou não para fazer?

John Rawls<sup>3</sup> nos ensina que “*as liberdades públicas ou direitos fundamentais são alicerces do próprio Estado de Direito*”. Discutir a liberdade em ligação com as restrições constitucionais e legais, assim “*a liberdade é uma determinada estrutura institucional, um sistema de regras públicas que define direitos e deveres*”, afirma Rawls.

Não só deve ser permitido aos sujeitos fazer ou não algo, mas também o Estado e as outras pessoas têm o dever jurídico de não obstruir a sua ação. Rawls coloca que a liberdade deve ser igual para todos não privilegiando determinadas classes de pessoas. Ademais, a liberdade só pode ser limitada se tal (limitação/regulamentação) beneficiar a própria liberdade.

Uma crítica construtiva é feita por Amartya Sen. “*Uma teoria da justiça é uma proposta de equilíbrio entre as exigências de valores políticos como a liberdade*”. Como estimar o bem estar de uma pessoa? O cálculo de satisfação versus frustração de desejos e preferências, que são nossa única fonte de valor. O problema se apresenta nos contextos da desigualdade. Sen diz que nossa interpretação do que é possível em nossa situação e posição pode ser crucial para a intensidade de nossos desejos, e pode afetar até mesmo o que ousamos desejar. Os desejos refletem compromissos com a realidade, e a realidade é mais dura com uns do que com outros. Avaliar a vantagem individual de pessoas submetidas à destituição e a desigualdades profundas somente por seus desejos e preferências efetivos significa corroborar com a injustiça de que são vítimas. Sen aponta que teremos que recorrer a escolhas ou preferências “*contrafatuais*”. Pergunta-se: a pessoa escolheria viver se não estivesse submetida a certas circunstâncias arbitrárias?

<sup>3</sup> RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2000 (Coleção justiça e direito)

Sen destaca que a forma de igualdade com a qual devemos nos preocupar é a “*capacidade igual de funcionar*” de várias maneiras. Sen denomina aqui os “*functionings*”, pois o que realmente importa não são os bens e recursos em si, mas os estados e atividades aos quais esses bens e recursos possibilitam que as pessoas tenham acesso. E as “*functionings*” valiosas são a de estar adequadamente nutrido e vestido, estar livre de doenças facilmente curáveis, ser alfabetizado, poder aparecer em público sem sentir vergonha de si próprio, desenvolver um senso de auto respeito, ser capaz de participar de forma ativa da vida da própria comunidade. A noção normativa mais abrangente é a capacidade. As “*functionings*” constituem os ingredientes do bem-estar; e as *functionings* que uma pessoa consegue realizar (ou ter acesso) em sua vida definem o nível de bem estar efetivamente alcançado.

Não se valoriza um tipo específico de vida e sim a capacidade de escolher entre tipos de vida que as pessoas têm razões para valorizar. Depois a ênfase na capacidade de efetivar diferentes combinações de *functionings* distancia o enfoque de Sen de outras concepções tradicionais, pois em uma sociedade comprometida como igualdade de funcionar, o nível de bem estar que cada um efetivamente alcança, sempre dependerá das preferências, valores e escolhas de cada qual. Aí a responsabilidade será individual, portanto não podemos verificar somente as vantagens individuais, mas também, as oportunidades que cada pessoa tem. Outra razão reside na liberdade de escolha de cada um, pois a escolha entre tipos diferentes de vida tem um valor intrínseco individual.

Desta forma o cidadão não pode fazer os seus direitos á saúde, educação, salário justo, valer, pois as normas, mesmo que hospedadas na constituição, são meras aspirações, promessas. As intitulações de Sen são compostas justamente por estes pré-requisitos básicos da capacidade pessoal mínima para ter liberdade, pois não há liberdade na fome e ignorância. Sen sugere uma versão relativa de interdisciplinaridade e indica as relações de fertilização recíproca possíveis. Ele nos propõe uma visão dos propósitos humanos que não se detêm no espaço do “ter”, abrangendo o “fazer” e o “ser”, algo que corresponde à ideia de “funcionamentos” (*functionings*). Entretanto, teres, fazeres e seres são importantes não tanto em si mesmos, mas como indicadores da liberdade efetiva dos indivíduos, que corresponde à noção de “capacidades”.

Como distribuir a riqueza gerada de modo a se alcançar o objetivo de ampliação das liberdades efetivas? Como conciliar os imperativos da justiça (não apenas como equidade, mas como ampliação de liberdades) com os da eficiência econômica? Pluralismo de valores e um racionalismo formal mitigado são as ideias centrais que orientam as relações entre ética e racionalidade.

Rawls apresenta que a distribuição deve ser a mais igualitária possível. Sen rebate que assim fracassaria, pois não dá expressão ao déficit de liberdade efetiva dos indivíduos desfavorecidos. Sen persevera na busca de fundamentos éticos para a legitimação da ação do Estado via políticas públicas. Argumenta-se que a ambição em construir um sistema de filosofia moral baseado num único valor como o bem estar ou encontrar um procedimento equitativo para a distribuição de meios plurais para a realização de uma pluralidade de valores, não daria resultados significativos. Sen admite a existência de conflitos de valor e/ou dilemas morais.

Uma dimensão avaliatória representaria o grau de liberdade efetivamente gozado pelos indivíduos em uma sociedade, segundo a ética do desenvolvimento de Sen. No debate sobre desigualdade e pobreza, Sen registra que os fracassados e os oprimidos acabam por perder a coragem em desejar coisas que outros, mais favoravelmente tratados pela sociedade, desejam confiantemente. A ausência de desejo por coisas além dos meios de que uma pessoa dispõe pode refletir não uma valoração deficiente por parte dela, mas apenas uma ausência de esperança, e o medo da inevitável frustração. O fracassado enfrenta as desigualdades sociais ajustando seus desejos às suas possibilidades; a questão é a qualidade da vida que podemos levar.

### **3. CIDADES E SUSTENTABILIDADE**

Se a obra humana é resultado da interação social, do conhecimento de técnicas que permitem a manipulação de recursos naturais, da cultura em suas diversas manifestações, a cidade vai espelhar tudo isso. Ela será o resultado dessa teia de relações humanas. Na verdade, o ritmo de produção capitalista que também está no campo das cidades ocidentais obedece ao ciclo do capital e não respeita, por exemplo, a capacidade natural de reposição do solo, ou a depuração da água.

O uso intensivo de energia em cidades, cada vez mais crescente dado o acréscimo de produtos como telefones celulares, computadores, equipamentos eletrônicos em cozinhas, aparelhos de TV, de som, de DVD, entre outros, exige uma crescente produção energética. A dificuldade aqui é a força política das empresas de distribuição de energia, que desestimulam a adoção de modelos alternativos de geração de energia, mantendo a dependência energética de quem vive em cidades. A construção de prédios, de malha viária, de equipamentos de consumo coletivo, de espaços públicos e a prática sem cuidados ambientais leva ao esgotamento do recurso e a um cenário desolador, muitas vezes de difícil recuperação. Como resposta a essa formulação surgem inúmeros programas na década de 90, que em alguns países, dentre eles o Brasil, vem reunindo lideranças de vários segmentos para discutir alternativas para tornar a cidade sustentável. As atividades industrial, comercial e de prestação de serviços convertem as cidades em pólos de atração a novos residentes, vindos de áreas rurais ou de outras cidades. Além de concentrarem a manufatura, tornaram-se centros consumidores e de distribuição de bens e serviços. Como um dos resultados deste processo, a sustentabilidade urbana tem estado sob constante pressão. Inundações por transbordamento de cursos d'água ou por alagamento, soterramento de casa por desmoronamento de encostas, proliferação de vetores de transmissão de doenças, longos congestionamentos do tráfego de veículos, incremento nos índices de criminalidade, são alguns sintomas da perda de sustentabilidade. Até quando o Brasil e os países terceiro-mundistas, salvo raras exceções, permitirão a via de urbanização ambientalmente relapsa, socialmente excludente, de periferização das populações de baixa renda? A exclusão tem levado à crescente concentração populacional em assentamentos irregulares intensificando a depleção sócio-ambiental dos sítios urbanos. Aí já residem 4% da população brasileira.

Na segunda metade do século XX, o número de pessoas nos centros urbanos mais que duplicou e as demandas por infra-estrutura, moradia, transporte, também cresceram consideravelmente mais que a capacidade atual de as cidades atenderem. Esta situação deixou de ser uma prerrogativa das metrópoles, generalizando-se também nas cidades pequenas e médias que passaram a abrigar os “refugiados do campo” e migrantes provenientes de outras cidades menores ou em perda de função. Além de ampliar a malha urbana, tem deixado profundas marcas de degradação ambiental e cultural. Contribuiu para trazer o crescimento da preocupação pública para com os problemas da deterioração ambiental não somente de florestas, oceanos, mas daquilo que lhe é mais presente: o lugar onde vivem, as cidades. Um dos conceitos utilizados hoje para definir a sustentabilidade reside na questão da “resiliência” que se refere à habilidade dos ecossistemas retornarem aos seus níveis de sustentabilidade após terem sido perturbados. Outro conceito é a resistência que se traduz no potencial de um sistema em resistir a um determinado impacto de maneira que não haja estresse.

Qual seria a estabilidade de resistência das cidades? Estariam as cidades com capacidade de ainda manter-se no atual nível de estresse ao qual estão submetidas? Qual a elasticidade das cidades? O Estatuto da cidade é um mecanismo que deve ser buscado. Qual a capacidade de o meio ambiente urbano se recuperar mesmo quando desequilibrado por uma perturbação? Essas indagações partem do engenheiro Ulisses Franz Bremer<sup>4</sup>.

Partindo-se da compreensão das interações complexas entre as cidades e o ambiente natural, torna-se necessário considerar que elas próprias são recursos que necessitam de proteção. Daí a propriedade do uso do termo “desenvolvimento urbano sustentável” que desloca para o meio ambiente artificial a ênfase do debate sobre o desenvolvimento sustentável. O desenvolvimento de uma cidade não pode ter como legado a falta de planejamento, a degradação socioambiental, a dívida ecológica, etc. O desenvolvimento das cidades, ao longo da história, tem estado preferencialmente associado às questões de ordem econômica, enfatizando o lucro e a produção como prioridades. No Brasil, por exemplo, o aumento da concentração populacional nas áreas urbanas, em decorrência dos modelos socioeconômicos adotados, representa hoje um desafio para quem administra o processo para transformar grandes aglomerações urbanas em cidades bem estruturadas e comprometidas com a ideia de sustentabilidade.

O que deve ser sustentável não é a cidade, mas o estilo de vida urbano, que tem nas cidades mais uma forma de manifestação. A manutenção e conservação de áreas verdes, o uso de energia, os transportes, os serviços, a produção e o consumo, bem como a destinação de resíduos destes, pressupõem a aplicação de tecnologias apropriadas, a adequação dos assentamentos e a participação dos cidadãos, em seus mais diversos setores, nos mecanismos de administração para a realização do desenvolvimento urbano sustentável.

---

<sup>4</sup> BREMER, Ulisses Franz. Por nossas cidades sustentáveis. In: Anais do 5º CNP / 61ª SOEAA, CONFEA : Maranhão, 2004.

A sustentabilidade urbana é analisada no contexto de um país onde a desigualdade de sua cidadania pode ser bem traduzida pela desigualdade dos ambientes nas quais ela se (re) produz. A equidade social e econômica entre os cidadãos urbanos pode ser difícil de se atingir, mas é mais fácil de prever, assim como parece ser, a princípio clara, a ideia de certificar-se que as gerações futuras dos residentes não sejam fundamentalmente constringidas por ações tomadas no presente. O processo de gestão sustentável consiste em mudar o foco das atenções, procurando não mais satisfazer somente as necessidades econômicas, mas também as sociais e culturais de seus habitantes. Além de outras resultantes do complexo de necessidades biológicas, econômicas, sociais, culturais e ambientais da população, que cresce e se expande. Assim, numa reflexão do conceito de ecossistema, a cidade sustentável é vista como um sistema complexo caracterizado por um processo contínuo de transformação e desenvolvimento. Esse processo inclui aspectos físicos (energia, recursos naturais, produção de resíduos) e sociais (desenvolvimento de nichos, emprego, educação, lazer), encarados como fluxos ou cadeias. A manutenção, o restabelecimento, a promoção e o encerramento de fluxos ou cadeias contribuem para o desenvolvimento sustentável.

Outro aspecto está na sustentabilidade do sistema alimentar. A segurança alimentar depende não apenas da existência de um esquema que garanta a produção, distribuição e consumo de alimentos em quantidade e qualidade adequadas, mas, também, de um sistema que não venha a comprometer ou colocar em risco a segurança alimentar no futuro. É preciso promover uma reorientação nas estratégias de desenvolvimento em vigor na maioria dos países do Terceiro Mundo.

#### **4. ESTATUTO DA CIDADE**

Vamos verificar que após uma análise preliminar da Lei do Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257 de 2001, constata-se que esta versa sobre o ambiente urbano, mas contém uma visão holística de meio ambiente. Com relação ao equilíbrio ambiental (parágrafo único do art. 1º), esta expressão retrata a nova feição do conceito meio ambiente a partir da Constituição Federal, que envolve a ideia de uma inter-relação dinâmica entre os recursos. A garantia as cidades sustentáveis (art. 2º, inciso I), tem como base o desenvolvimento sustentado que é um dos alicerces do Direito Ambiental e está expresso na CF, artigo 225, como direito fundamental do homem.

O Estatuto da cidade, pela primeira vez, dá vida ao termo planejamento, antes contemplado apenas formalmente na CF em seu artigo 21, IX e XX; ao afirmar a competência exclusiva da União para definir suas diretrizes através de planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social. A aplicação do Estatuto da Cidade poderá trazer como consequência a diminuição do preço da moradia e obrigar a revisão de uma série de leis relacionadas ao espaço urbano: a lei do inquilinato, as leis municipais de parcelamento do solo, da legislação de zoneamento, parcelamento e código de obras e posturas. As alíquotas diferenciadas para taxação de vazios urbanos e a criação de zonas espe-

ciais de interesse social são outros “mecanismos que implicam custos de produção de unidades habitacionais, aumentam a oferta de moradias legais e democratizam o mercado residencial”, como defende o Engenheiro Ulisses Franz Bremer.

Neste momento histórico que estamos vivendo, onde os municípios devem elaborar ou renovar seus planos diretores, ou seja, montar um planejamento, refletir sobre o crescimento e organização das cidades, para os próximos anos. Os profissionais envolvidos têm o compromisso de alterar o paradigma dos governantes para a construção de um futuro melhor para as próximas gerações, realizando esforços para que o país atinja sua ecoeficiência. Dos 82% da população brasileira que vive em cidades, mais da metade se concentra em municípios com menos de 20 mil habitantes. Enquanto nos grandes centros o problema é o gerenciamento do lixo, nas pequenas cidades as dificuldades são financeiras e técnicas. E daí a criatividade pode ser a solução, pois a tecnologia mais avançada nem sempre é a mais adequada. As soluções devem ser buscadas localmente, levando em conta as características de cada município.

## 5. AÇÃO POPULAR AMBIENTAL

A maneira de um cidadão comum transformar sua inércia atual em uma atitude positiva pode tornar-se realidade pela aplicação do instituto da ação popular ambiental. A previsão de ação popular com pedido ambiental na Constituição de 1988 trouxe o efeito de “ampliar o conceito de cidadão que, antes da atual ordem jurídica, restringia-se à condição de eleitor da pessoa física”<sup>5</sup>. Hoje, o conceito de cidadão é visto de maneira ampla, de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana e com o dever exigido de todos protegerem o ambiente.

As novas mudanças são mutações interpretativas como nomeiam alguns autores, e atingem a Lei Federal nº 4.717/65, que deve passar pelo filtro da Constituição, nas palavras de Eros Roberto Grau<sup>6</sup>, a medida em que elevou a “defesa do meio ambiente” a “princípio constitucional impositivo” (Canotilho<sup>7</sup>), deu “vigorosa resposta às correntes que propõem a exploração predatória dos recursos naturais, abroqueladas sobre o argumento, obscurantista”, acerca “do qual as preocupações com a defesa do meio ambiente envolvem proposta do ‘retorno à barbárie’”<sup>8</sup>.

Luiz Guilherme Marinoni<sup>9</sup> critica o dogma de origem liberal e que a única tutela possível é a ressarcitória de dano, afirma que “os direitos difusos e coletivos não podem ser efetivamente tutelados por meio da via ressarcitória e, portanto, não basta a eles a sentença condenatória”.

<sup>5</sup> GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Ação Popular: aspectos polêmicos: lei de responsabilidade fiscal, improbidade administrativa, danos causados por liminares e outros pontos relevantes – Rio de Janeiro : Forense, 2004.

<sup>6</sup> GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica. 8 ed. São Paulo : Malheiros, 2003.

<sup>7</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato, Direito Constitucional Ambiental Brasileiro, São Paulo : Editora Saraiva, 2007.

<sup>8</sup> GRAU, ob. cit. p. 219.

<sup>9</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela específica: arts 461, CPC e 84, CDC. 2. ed. São Paulo : RT, 2001, p.32.

Na mesma linha de pensamento, encontramos: “É que os interesses difusos e coletivos veiculados na ação popular, em face de suas peculiaridades, necessitam na maioria das vezes, de uma tutela que possa inibir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito, tarefa que não pode ser cumprida pela sentença condenatória”<sup>10</sup>.

Desta forma, em face do dano que possa ser causado e para o adequado entendimento e contribuição para a efetividade da ação popular é importante que se saiba que a responsabilidade por dano ambiental independe de culpa. “Outra nuance é a de ser possível ação popular contra omissão do poder público, comprovada pela proximidade do nexos causal do dano provocado por poluidor particular, a ser aferido de acordo com o caso concreto. Também independe de culpa o dano ao patrimônio histórico e cultural por serem conexos, com o conceito de ambiente, que se desdobra em ambiente natural e artificial”<sup>11</sup>

Assim, não há discrepância por parte de Heraldo Garcia Vitta ao asseverar que se deve partir “da presunção de que ao agente causador do dano competirá excluir sua responsabilidade no evento”, ocorrendo “inversão do ônus da prova”, cabendo acrescer que além de se responsabilizar objetivamente o “causador do dano ambiental”, por intermédio da demanda popular, não se perquirindo sobre “a licitude ou ilicitude” da conduta vergastada, “estende-a a qualquer pessoa, física ou jurídica, particular ou não: o poluidor deverá ser sempre responsabilizado”<sup>12</sup>.

Temos que PIZZOL<sup>13</sup> afirma que “a ação popular foi o primeiro instrumento efetivo para defesa de direitos difusos no Brasil”.

Logo a Ação Popular foi ampliada e, “certamente com o exame da Ação Popular Ambiental se depreenderá claramente que o sistema positivo brasileiro institui uma democracia social ambiental, concedendo ao cidadão legitimidade, a título individual, de exercer a tutela jurisdicional ambiental”<sup>14</sup>. Pois, como adverte Norberto Bobbio, “hoje, o próprio conceito de democracia é inseparável do conceito de direito do homem”<sup>15</sup>.

A Ação Popular pode ser classificada como instrumento processual de participação do cidadão na vida política do Estado. Neste ponto, “não se deve olvidar que o direito processual por ser eminentemente instrumental serve para a concretização do direito material, tornando as ações coletivas opção mais célere e menos dispendiosa para a solução de determinadas demandas, além de representar um equilíbrio para as partes em juízo e garantir a efetividade do processo”<sup>16</sup>.

Negar proteção pética ao direito difuso meio ambiente é afrontar a Lei Maior com negativa de proteção aos demais direitos fundamentais, porquanto não há como cindir a íntima correlação do direito à vida, à saúde, de desenvolvimento sustentável, dentre outros, com a necessidade de ambiente sadio.

<sup>10</sup> ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Ação Popular: rumo à efetividade do processo coletivo, 2 ed. Porto Alegre : Nuria fabris ed. , 2008, p.107.

<sup>11</sup> ALENCAR, op.cit. p.208.

<sup>12</sup> VITTA, Heraldo Garcia. O meio ambiente e a ação popular. São Paulo : Saraiva, 2000, p.26.

<sup>13</sup> PIZZOL, Patrícia Miranda. A competência no Processo Civil. São Paulo : RT, 2003.

<sup>14</sup> LEITE, José Rubens Morato. Ação Popular : Um exercício da cidadania ambiental? Revista de Direito Ambiental. Ano 5 n. 17, janeiro-março de 2000, p.124.

<sup>15</sup> BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 13 tir. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de janeiro : Campus, 1992, p.101.

<sup>16</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo Socialmente Efetivo. Porto Alegre : Síntese, Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, v. 11 maio-junho de 2001, p.05

No preâmbulo da Lei Maior, é possível vislumbrar que nosso Estado Democrático será destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna. Nosso bem-estar é consequência de nossa qualidade de vida, sendo inadmissível juridicamente, em face do ordenamento implantado, dissociar o bem ambiental dos direitos consagrados como fundamentais, independentemente de não vê-lo expresso no catálogo utilizado pelo ordenamento legal no qual se relacionam tais direitos.

Portanto, antes mesmo de “perquirir da inserção do direito ao meio ambiente na classificação de direito fundamental pela via formal, com reconhecimento expresso, nos é, dado constatar que, diante de seu conteúdo, no aspecto material ele deve ser considerado como tal, pois essencial à sadia qualidade de vida, conforme prevê o artigo 225 da C.F., que concretiza normativamente este valor (ambiente sadio), com nítida e íntima ligação com outros direitos tão importantes quanto a dignidade humana, a vida, a cidadania e a saúde”<sup>17</sup>.

E arremata que, “nosso Estado Democrático de Direito também se funda nestes ícones democráticos com crescente e necessária dialética geradora de exercício de cidadania, podendo-se afirmar ser a participação popular um princípio de estruturação do Estado na gestão da coisa pública”<sup>18</sup>.

No plano nacional, toda a pessoa deverá ter acesso adequado à informação sobre o meio ambiente de que dispõem as autoridades públicas, bem como a oportunidade de participar dos processos de adoção de decisões. Os Estados deverão facilitar e fomentar a sensibilização e a participação do público, colocando a informação à disposição de todos. Deverá ser proporcionado acesso efetivo aos procedimentos judiciais e administrativos, entre os quais o ressarcimento dos danos e os recursos pertinentes. Deste princípio resulta, aliás, maior legitimidade e eficiência para o processo de escolha, cedendo espaço a imperatividade tradicional do direito administrativo. Temos a certeza de que, o processo administrativo é também processo político, estão na razão direta do amadurecimento da participação democrática dos cidadãos.

Para auxiliar as autoridades locais, haja visto que a ciência jurídica se completa, de alguma forma, pela consciência ética, então seria de bom tom os juízes auxiliarem nessa empreitada, pois “...o direito ambiental abre área inimaginável para o juiz moderno. Mais do que um solucionador de conflitos interindividuais. É um construtor da cidadania, um impulsionador da democracia participativa e estimulador do crescimento da dignidade humana até a plenitude possível”<sup>19</sup>. Assim, “vemos que o processo civil já não tutela novas realidades, o direito coletivo exige um juiz que se deve constituir em agente de transformação da realidade processual, capaz, também, de tornar o processo civil efetivo para a tutela do meio ambiente”, como ensina Andreza Cristina Stonoga<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> ALONSO JUNIOR, Hamilton. Direito Fundamental ao Meio Ambiente e Ações Coletivas, São Paulo : RT, 2006, p.41.

<sup>18</sup> ALONSO JUNIOR, Hamilton, ob cit. p. 229-230.

<sup>19</sup> NALINI, José Renato. Ética e justiça, São Paulo, Oliveira Mendes, 1998, p.86.

<sup>20</sup> STONOGA, Andreza Cristina. Tutela Inibitória Ambiental. Curitiba : Juruá Editora, 2003, p.77.

## 6. AÇÕES PELA LIBERDADE

Rawls pugna pela primazia das liberdades formais, este termo formal com acepção diversa que é dada pela doutrina jurídica, impende ressaltar. A noção de liberdade formal de Rawls relaciona-se com os direitos e garantias das oportunidades, a igualdade de condições. Não se preocupa em verificar a real satisfação dos desejos pessoais, importa-se apenas em garantir com um sistema normativo a paridade entre os cidadãos.

Ocorre a impossibilidade de se produzir ordenações completas de valores e das ações correspondentes. Daí busca construir ordenações parciais, que podem pragmaticamente funcionar. O pragmatismo da teoria normativa de Sen parece sugerir a recuperação da importância prática da teoria social no auxílio à solução de dilemas e conflitos.

A busca é por uma melhora. Como a maioria vive nas cidades, como pensar essa liberdade na cidade? Uma cidade sustentável pode ser, portanto, aquela que fornece um ambiente saudável, democrático e com possibilidades de trabalho para sua população, a partir do adequado gerenciamento de insumos bióticos, abióticos e antrópicos a ela necessários.

Para que uma cidade seja considerada sustentável, ela deve seguir uma trajetória de seu desenvolvimento em que seu progresso no presente não ocorra à custa dos recursos das gerações futuras.

O direito à cidadania pressupõe a participação dos habitantes das cidades, vilas, povoados nas decisões sobre a ordenação almejada. O direito à terra e aos meios de sustento, à moradia, ao abastecimento e ao saneamento, à educação e informação, à saúde, ao trabalho, ao transporte público de qualidade e ao tempo livre, são componentes da cidadania, juntamente com a liberdade de organização e manifestação e o acesso a um ambiente culturalmente diverso, sem distinções étnicas, linguísticas, religiosas, de gênero ou de nacionalidade. A participação popular deve ser crescentemente estimulada, assim como o fortalecimento da autonomia dos governos locais deve ser buscada.

Os cidadãos devem deixar de ser apenas pacientes, cujas demandas requerem atenção. Vejamos o que nos ensina o Prof. Amartya Sen, que pergunta? Qual papel a cidadania deveria desempenhar na política ambiental? E ele mesmo responde: ela precisa envolver a capacidade de pensar, avaliar e agir, isso requer que encaremos os seres humanos como agentes, e não só como pacientes, e dá como exemplo o a tendência consumista que existe em todos. Outra oportunidade que temos é a liberdade de participação, outro ponto é se os objetivos ambientais precisarem ser alcançados por meio de procedimentos intrusivos na vida privada das pessoas, a perda de liberdade consequente deveria contar como uma perda imediata. É o caso do planejamento familiar. E, por último, mesmo que não haja redução do padrão de vida em geral, é muito genérico dedicar atenção adequada à importância de liberdades específicas (portanto, de direitos humanos), aqui está a questão da ética geral, por exemplo, o cigarro, muitas vezes recriminamos os pobres para parar de fumar, enquanto que não chamamos a atenção de alguém que

tenha maiores condições financeiras a parar de fumar, até suportamos eles fumarem em locais proibidos e não reclamamos.

Bem como, “*deve-se buscar limites aos padrões de consumo, com estratégias de demanda e suficiência, políticas de redução, reutilização e reciclagem são fundamentais, pois, cria-se assim, a possibilidade de atacar o subconsumo das populações que vivem na faixa de pobreza e miséria*”, como registra o Engenheiro Ulisses Franz Bremer, e, ainda, complementa com a ordenação ou reordenação do espaço urbano a partir de princípios básicos sustentados no direito à cidadania, na administração democrática das cidades e na função social destas e da propriedade. O Habitat II aponta estrategicamente para o desenvolvimento urbano sustentável a adoção de parcerias entre o poder público e a sociedade civil.

O fornecimento de assessoria técnica e jurídica gratuita aos moradores de ocupações irregulares é imprescindível para a legalização dos imóveis e a promoção de justiça social na ocupação do solo, com distribuição de renda.

Um conjunto de medidas visando a por fim à combinação de fatores históricos e estruturais que têm levado ao incremento da pobreza e à urbanização excludente expulsando contingentes cada vez maiores de populações de baixa renda à periferia das cidades, ou para seus assentamentos irregulares, deve ser exigido dos tomadores de decisões no Brasil, com campanhas de esclarecimentos sobre riscos e problemas ambientais, associadas as medidas de elevação de nível educacional da população. Tais medidas tornam-se urgentes rumo a uma ação conjunta pelas cidades, entre governantes e cidadãos.

A Lei Federal nº 10.257/2001, o Estatuto da cidade, que entrou em vigor, obrigatoriamente em 2006, veio possibilitar aos municípios realizar a função social da cidade. A participação da classe jurídica na implementação dos instrumentos da política urbana se faz urgente nas diversas interfaces do Estatuto como a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico que consta do artigo 2º, inciso XII e a ordenação e controle do uso do solo de forma a evitar a poluição e a degradação ambiental, conforme artigo 2º, inciso VI, letra g. Também no mesmo artigo, inciso XIII, encontramos a questão de audiências públicas para a implementação de empreendimentos e atividades com efeitos potencialmente poluidores ao meio ambiente natural ou construído, relacionando-se como “*instrumentos urbanístico-ambientais os seguintes: plano diretor, zoneamento ambiental, tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano, instituição de unidades de conservação, direito de preempção, transferência do direito de construir, estudo prévio de impacto ambiental e estudo prévio de impacto de vizinhança*”, na lição do Grande Mestre Régis Fernandes de Oliveira<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Comentários ao estatuto da cidade. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

## **7. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**5.1** Assim torna-se essencial que o processo democrático seja envolto no debate, na transparência, na participação e no controle social do poder. A Carta magna viabiliza a participação direta popular, mediante vários mecanismos. Daí a atuação popular aumentar em importância;

**5.2** O exercício da ação popular ambiental visa proporcionar ao cidadão o direito de impugnar, preventiva ou repressivamente os atos que resultem em degradação ambiental, além de apurar e imputar a responsabilidade administrativa e criminal do agente causador do dano;

**5.3** A realidade leva a concluir que, para que sejam produzidas mudanças significativas no modelo de desenvolvimento vigente, é necessário ultrapassar as atitudes teóricas - críticas diante dos problemas brasileiros e mundiais, adotando práticas transformadoras com um engajamento em todas as esferas públicas e privadas da sociedade, e;

**5.4** Para a efetividade da tutela ambiental se faz premente lograrmos um empreendimento pragmático, ou seja, uma busca prática, para desenvolvermos a liberdade sustentável nas cidades, para que possamos ter uma cidadania sustentável;

**5.5** Assim, para termos um cidadão do mundo é preciso construir uma liberdade sustentável, que tenha garantido seus direitos, principalmente da tutela jurisdicional ambiental, efetivada de forma prática, através do instituto da Ação Popular Ambiental.

# TRATADOS INTERNACIONAIS E A PARTICIPAÇÃO DAS ONGS

*ALCINDO FERNANDES GONÇALVES*

Mestre e Doutor em Ciência Política pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, Professor e Vice-Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Santos

*MAURÍCIO DUARTE DOS SANTOS*

Mestrando em Direito Ambiental pela Universidade Católica de Santos/SP, Especialista em Direito do Estado pela Universidade Cândido Mendes RJ e Especialista em Direito Civil e Processo Civil Pela Universidade Gama Filho RJ

## 1. INTRODUÇÃO

O fenômeno da globalização vem provocando alterações significativas no mundo contemporâneo, trazendo muitas vezes consequências incertas e indeterminadas para a sociedade, além de modificar a relação entre os Estados Nacionais.

E quando falamos sobre este fato, não se deve deixar de lado a importância dos estudos científicos sobre a mutante posição que o homem expressa quando caminha em busca de um desenvolvimento sem fronteiras, agasalhado por esse fenômeno relativamente em nosso mundo contemporâneo, ou seja, a Globalização<sup>1</sup>.

Dentre as ciências como Antropologia, Sociologia, Biologia, Geologia etc., o Direito aparece com importância diferenciada quando falamos acerca de aglomeração de vontades e opiniões que vão ao encontro do crescimento e desenvolvimento de toda humanidade. Isso porque todas as atitudes em razão de diferentes culturas, costumes, línguas, conceitos morais ou mesmo não morais necessitam de uma base para que possam ser exercidos conforme os direitos estabelecidos em todas as espécies de comunidades existentes em nosso planeta. E como exercer isso de uma forma harmônica? Ou melhor, é possível realizar esta forma de integração entre os povos?

Questões como estas são as mais árduas enfrentadas pelas ciências atuais e como foi dito, às ciências jurídicas caberá encontrar formas para que este conjunto de comportamentos da humanidade ande em conformidade com normas em

---

<sup>1</sup> "... Mas o conceito de globalização denota muito mais do que a ampliação de relações e atividades sociais atravessando regiões e fronteiras. É que ele sugere uma magnitude ou intensidade crescente de fluxos globais, de tal monta que Estados e sociedade ficam cada vez mais enredados em sistemas mundiais e redes de interação". (grifo nosso) HELD, David; MC Grew, Anthony. Pros e contras da Globalização. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed., 2001, p. 12.

sentido amplo. Nossa intenção aqui não é afirmar que o Direito será a resposta para todos os problemas da humanidade, porém, a inércia quanto sua atuação certamente favorecerá o aparecimento de soluções inviáveis.

Para que seja estabelecida a comentada harmonia, nada mais óbvio que a existência de uma preocupação com a realização de “acordos”<sup>2</sup> entre os Estados e principalmente a existência ostensiva de respeito e cumprimento dos mesmos. Essas ações conjuntas surgem, portanto, da necessidade da articulação cada vez maior entre os Estados nacionais nos diferentes planos – econômico, social, político e cultural – cuja importância tem sido crescente com o processo da globalização.

A participação dos Estados na realização destas tratativas internacionais se reflete também no campo interno, provocando frequentemente mudanças nas políticas econômicas nacionais ou alterações na ordem jurídica interna. Ou seja, afetam a governabilidade interna. Mas a governabilidade não é suficiente por si só para que um Estado possa obter êxito em sua busca pelo desenvolvimento com sustentabilidade, pois é fundamental que atue o mesmo com critérios de governança<sup>3</sup>, sendo que esta certamente envolve aspectos correlacionados com aplicação das decisões em sentido amplo. Ou seja, não tem como fonte apenas uma ciência específica ou é subordinada a um só pensamento de governo, mas possui como objetivo a integração entre todos os conhecimentos adquiridos pelo homem no decorrer de sua história sempre buscando o equilíbrio, ou seja, o consenso entre os povos.

Governança é fundamentalmente a busca de soluções de problemas comuns, e envolve, na sua realização, variados atores: os Estados, as Organizações Internacionais, as Organizações Não Governamentais. Dessa forma, com a difusão desse conceito e a busca de sua aplicação em questões concretas, os Estados acabam se conscientizando (pelo menos teoricamente), que seus esforços solitários não são suficientes para seus anseios. Diante disso surge a dúvida: quem poderá, diante da necessidade de estabelecer acordos entre Estados, figurar como um dos personagens de cooperação para que os objetivos da sociedade mundial sejam alcançados?

Certamente as organizações não governamentais (ONGs) têm sido um dos atores que vêm exercendo este papel tanto em cenário nacional quanto internacional. O objetivo do presente estudo é apresentar as origens tanto desta forma de “acordo” que utilizam os Estados para pactuarem uns com os outros, ou seja, os Tratados, assim como as influências de algumas organizações não governamentais na elaboração destes. Todo este contexto baseado na ocorrência de alguns casos práticos.

<sup>2</sup> O termo “acordos” foi utilizado em sentido literal.

<sup>3</sup> “... a governança tem um caráter mais amplo. Pode englobar dimensões presentes na governabilidade, mas vai além... Dessa forma, a governança refere-se a ‘padrões de articulação e cooperação entre fatores sociais e políticos e arranjos institucionais que coordenam e regulam transações dentro e através das fronteiras do sistema econômico’, incluindo-se aí ‘não apenas mecanismos tradicionais de agregação e articulação de interesses, tais como os partidos políticos e grupos de pressão, como também redes sociais informais (de fornecedores, famílias, gerentes) hierarquias e associações de diversos tipos” (Santos, 1997, p.342). Ou seja, enquanto a governabilidade tem uma dimensão essencialmente estatal, vinculada ao sistema político-institucional, a governança opera num plano mais amplo, englobando a sociedade como um todo.” (in verbis) Cf. GONÇALVES, Alcindo. O conceito de governança. Texto apresentado no XIV Encontro do Compedi – Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito. 2005. pag.3.

## 2. O QUE É TRATADO?

Como visto, foi tomado cautela quando anteriormente usamos o termo “acordo”, pois o mesmo no sentido técnico-jurídico internacional possui significado específico e não poderia confundir o leitor sobre eventuais sinônimos estabelecidos com o termo técnico do Direito Internacional, ou seja, com o Tratado. Pode-se mencionar que Tratado aparece como uma espécie de acordo entre Nações, Estados etc., mas o que não se pode alegar é sua total similitude com o termo acordo. Na língua portuguesa este último termo possui uma gama de significados partindo do sentido de concordância, passando por um sentido de parceria, atenção a algo, e chegando até mesmo ao sentido de ordem<sup>4</sup>.

Já para o Direito Internacional o termo Tratado vem a ser definido na Convenção de Viena, documento internacional de 1969 que tem como objetivo estabelecer normas sobre tratados entre os Estados no âmbito internacional. O termo aparece já no início da Convenção, em seu artigo 2º, senão vejamos:

*“Artigo 2.º-Definições 1 - Para os fins da presente Convenção: Tratado designa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer esteja consignado num instrumento único, quer em dois ou mais instrumentos conexos, e qualquer que seja a sua denominação particular”<sup>5</sup>*

De acordo com essa definição, a República Federativa do Brasil coaduna com esta linha de esclarecimento sobre o assunto, senão vejamos:

*“A expressão Tratado foi escolhida pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, como termo para designar, genericamente, um acordo internacional. Denomina-se tratado o ato bilateral ou multilateral ao qual se deseja atribuir especial relevância política. Nessa categoria se destacam, por exemplo, os tratados de paz e amizade, o Tratado da Bacia do Prata, o Tratado de Cooperação Amazônica, o Tratado de Assunção, que criou o Mercosul, o Tratado de Proibição Completa dos Testes Nucleares.”<sup>6</sup>*

<sup>4</sup> 1 Harmonia de vistas; concordância, concórdia, conformidade. 2 Convenção, convênio, tratado, pacto. 3 Tino, reflexão. 4 Pint Acorde. 5 Dir Trab Junção, ajuste, combinação, concordância de vontades para determinado fim jurídico. Antôn (acepção 1): desacordo, desarmonia, divergência, controvérsia, irreflexão. Pl: acordos (ô). A. coletivo de trabalho, Dir Trab: acordo de caráter normativo, celebrado por sindicato da categoria profissional com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica (CLT, arts. 617 e 618). A. expresso, Dir Trab: aquele em que as partes manifestam verbalmente ou por escrito as vontades concordantes. A. tácito, Dir Trab: aquele em que os atos praticados pelas partes, por suas circunstâncias, autorizam a conclusão de que, embora não declaradas expressamente, as vontades se ajustam para um mesmo fim. Dar acordo de uma coisa: atentar nela. De comum acordo: com aprovação mútua. Não dar acordo de si: estar privado do uso dos sentidos. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=acordo>. Consulta realizada dia 23 de julho de 2008.

<sup>5</sup> Cf. [http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/Conv\\_Viena/Convencao\\_Viena\\_Dt\\_Tratados-1969-PT.htm](http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/Conv_Viena/Convencao_Viena_Dt_Tratados-1969-PT.htm); consulta realizada dia 19 de julho de 2008.

<sup>6</sup> Cf. <http://www2.mre.gov.br/dai/003.html> consulta realizada em 24 de julho de 2008.

É importante destacar que os Tratados, caracteristicamente, são fontes imediatas no cenário do Direito Internacional, pois a partir do momento que os Estados se colocam como signatários, ou seja, se subordinando ao pactuado, estes em caso de descumprimento poderão sofrer sanções, restrições ou atos que prejudiquem suas relações dentro do âmbito das relações internacionais.

Isso porque todos os Tratados devem ser pautados dentro da ratificação de princípios existentes no âmbito do Direito Internacional, pois não teria sentido a criação e existência dos mesmos sem arguição dos Estados para que os mesmos produzissem efeitos para toda coletividade mundial. Princípios como dignidade da pessoa humana, igualdade, autodeterminação dos povos, soberania, liberdade, etc., estão consagrados já no preâmbulo da anteriormente mencionada Convenção sobre Tratados<sup>7</sup>.

Outro aspecto relevante dentro de algumas características inerentes à Convenção mencionada é o de figurarem como fontes obrigatórias dos efeitos dos Tratados os princípios do livre convencimento e da boa fé. Ambos estão correlacionados com o instituto usualmente conhecido no Direito Civil como da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanta*) que tem como objetivo estabelecer uma obrigatoriedade nas tratativas realizadas, comprovando que estas são sempre realizadas com livre e espontânea vontade por parte de quaisquer que sejam os Estados envolvidos.

No âmbito da ONU<sup>8</sup> são produzidos vários documentos jurídicos, sobre os mais diversos temas, podendo estes ser relacionados com direitos políticos da mulher até trabalho escravo, de direito penal internacional à preservação da diversidade biológica, de proibição de armas químicas a direito das crianças, e esta Organização tem como instrumentos de integração de vontades dos Estados vários instrumentos, como Acordos, Tratados, Convenções, Protocolo, Resoluções e Estatutos.

Cabe a nós no presente estudo analisarmos, mesmo que de forma superficial, todos estes instrumentos, pois numa linguagem comum estes podem ser entendidos de forma igualitária quanto aos seus significados, fato este que pode ocasionar alguns equívocos se estivermos falando em linguagem do Direito.

O termo *acordo* é usado geralmente para caracterizar negociações bilaterais de natureza política, econômica, comercial, científica e técnica e podem ser firmados entre países ou mesmo entre um país e uma organização internacional. Ele aparece atualmente com certa frequência em nosso cenário, pois o Brasil, em razão do processo de globalização, seu crescimento e

<sup>7</sup> "Os Estados Partes na presente Convenção: ...Tendo presentes os princípios de direito internacional consignados na Carta das Nações Unidas, tais como os princípios respeitantes à igualdade dos direitos dos povos e ao seu direito à autodeterminação, à igualdade soberana e à independência de todos os Estados, à não ingerência nos assuntos internos dos Estados, à proibição da ameaça ou do emprego da força e ao respeito universal e efectivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais para todos..." Cf. <http://www2.mre.gov.br/dai/003.html> consulta realizada em 24 de julho de 2008.

<sup>8</sup> "A Organização das Nações Unidas é uma instituição internacional formada por 192 Estados soberanos, fundada após a 2ª Guerra Mundial para manter a paz e a segurança no mundo, fomentar relações cordiais entre as nações, promover progresso social, melhores padrões de vida e direitos humanos. Os membros são unidos em torno da Carta da ONU, um tratado internacional que enuncia os direitos e deveres dos membros da comunidade internacional." Cf. [http://www.onu-brasil.org.br/conheca\\_onu.php](http://www.onu-brasil.org.br/conheca_onu.php); consulta realizada em 24 de julho de 2008.

principalmente seu desenvolvimento, tem sido parte de acordos relativos a diversos assuntos.<sup>9</sup>

A palavra *convenção* costuma ser empregada para designar atos multilaterais, oriundos de conferências internacionais e que abordem assunto de interesse geral. O Ministério das Relações Exteriores do Brasil aborda o instrumento na sua definição, expressando a ideia de amplitude que este instrumento possui no momento em que os Estados busquem tratar algo entre os mesmos, sejam quais forem as tratativas. Este instrumento possui uma característica de generalizar os atos realizados entre os Estados, contudo só aparecerá com força obrigatória quando ratificado pelos mesmos.<sup>10</sup>

Outro termo que também possui sentido de acordo, atribuindo significado de aprovação ou mesmo homologação, mas que não figura como Acordo propriamente dito no cenário do Direito Internacional, é o chamado *Protocolo*. Este serve para designar acordos menos formais que os Tratados, assim como é utilizado para a designação das atas finais em conferências internacionais<sup>11</sup>.

Em último plano devem-se apresentar mais dois institutos que compõem esta gama de meios que possuem os Estados para realizar suas tratativas, sendo estes as *Resoluções* e os *Estatutos*. Os primeiros funcionam com o intuito de deliberação, seja no âmbito nacional ou internacional, enquanto os segundos funcionam com característica de normas positivadas que expressam os princípios que regem a organização de um Estado, sociedade ou associação.

Feitas essas definições e distinções, ainda que de forma superficial, é conveniente observar a participação de entes não-estatais na construção destes instrumentos e sua efetiva participação na elaboração dos Tratados. Não há dúvida que, partindo-se de um processo de Governança, a importância das organizações não governamentais (ONGs) cada vez mais ganha espaço no cenário nacional e internacional, pois as mesmas acabam se posicionando como ponte entre a sociedade e os Estados.

---

<sup>9</sup> “O Brasil tem feito amplo uso desse termo em suas negociações bilaterais de natureza política, econômica, comercial, cultural, científica e técnica. Acordo é expressão de uso livre e de alta incidência na prática internacional, embora alguns juristas entendam por acordo os atos internacionais com reduzido número de participantes e importância relativa. No entanto, um dos mais notórios e importantes tratados multilaterais foi assim denominado: Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT).” Cf. <http://www2.mre.gov.br/dai/003.html>; consulta realizada em 24 de julho de 2008.

<sup>10</sup> “Num nível similar de formalidade, costuma ser empregado o termo Convenção para designar atos multilaterais, oriundos de conferências internacionais e que versem assunto de interesse geral, como por exemplo, as convenções de Viena sobre relações diplomáticas, relações consulares e direito dos tratados; as convenções sobre aviação civil, sobre segurança no mar, sobre questões trabalhistas. É um tipo de instrumento internacional destinado em geral a estabelecer normas para o comportamento dos Estados em uma gama cada vez mais ampla de setores. No entanto, existem algumas, poucas é verdade, Convenções bilaterais, como a Convenção destinada a evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal celebrada com a Argentina (1980) e a Convenção sobre Assistência Judiciária Gratuita celebrada com a Bélgica (1955).” <http://www2.mre.gov.br/dai/003.html>; consulta realizada em 24 de julho de 2008.

<sup>11</sup> “Protocolo é um termo que tem sido usado nas mais diversas acepções, tanto para acordos bilaterais quanto para multilaterais. Aparece designando acordos menos formais que os tratados, ou acordos complementares ou interpretativos de tratados ou convenções anteriores. É utilizado ainda para designar a ata final de uma conferência internacional. Tem sido usado, na prática diplomática brasileira, muitas vezes sob a forma de “protocolo de intenções”, para sinalizar um início de compromisso.” <http://www2.mre.gov.br/dai/003.html>; consulta realizada em 24 de julho de 2008.

### 3. ORGANIZAÇÕES NÃO-GOVERNAMENTAIS

Estas entidades também conhecidas por ONGs possuem como ponto inicial de existência o fim da Primeira Grande Guerra Mundial. Desde então estão elas ganhando cada vez mais espaço no cenário global, pois através de suas atuações as mesmas vêm tendo influência em muitas das tratativas relacionadas a uma diversidade de temas atrelados ao processo de organização e de comunhão dos princípios do Direito Internacional com o cotidiano global.

Achar uma definição para este tipo de grupo representativo de alguma esfera da sociedade vem sendo tarefa continua nos estudos sobre o tema, pois quando falamos em ONGs as mesmas acabam sendo rotuladas não pelo que são, mas sim muitas vezes pelo que não são, ou seja, organizações que não fazem parte, ou mesmo que não representam o governo. O que se pode afirmar é que hoje, mais do que nunca, as ONGs possuem certa representatividade no cenário político mundial independentemente de sua nomenclatura, sempre ressaltando que isso se deve principalmente a tendência do mundo globalizado ser organizado dentro de um processo de governança global.

Logo após o período da Segunda Guerra Mundial assinou-se a Carta das Nações Unidas onde foi preceituada de forma inédita a participação das ONGs através de consulta realizada por órgão das Nações Unidas, o Conselho Econômico e Social, conhecido pela sigla inglesa ECOSOC. O artigo 71 do citado documento trata do assunto e nos cabe apresentar, senão vejamos:

#### *Artigo 71*

*O Conselho Econômico e Social poderá entrar nos entendimentos convenientes para a consulta com organizações não governamentais, encarregadas de questões que estiverem dentro da sua própria competência. Tais entendimentos poderão ser feitos com organizações internacionais e, quando for o caso, com organizações nacionais, depois de efetuadas consultas com o Membro das Nações Unidas no caso.<sup>12</sup>(grifo nosso)*

Vale ressaltar que, mesmo logo após a Segunda Grande Guerra, vigorou um período conhecido como “guerra fria”, que influenciou as ações das Nações Unidas até a queda do muro de Berlim, ocorrida em 1989. Nesse período – 1948 a 1989 – o mundo esteve dividido entre dois pólos, um liderado pelos Estados Unidos da América, representando as democracias liberais ocidentais, defensoras do livre mercado, e outro sob a hegemonia da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, representando os países comunistas, defensoras do socialismo de Estado.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Cf. <http://www.onu-brasil.org.br/doc5.php>; consulta realizada em 24 de julho de 2008.

<sup>13</sup> É necessário observar que durante a guerra fria, a partir de 1949, houve a imobilização da ONU em razão de vetos de um ou outro bloco. Somente a partir da queda do Muro de Berlim e, em consequência ao reposicionamento ideológico, a organização alcançou a força decisória necessária às suas propostas iniciais. Cf. [http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=28#\\_ftn1](http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=28#_ftn1); consulta realizada em 25 de julho de 2008.

Esse fato veio congelar na época o processo de desenvolvimento do cumprimento dos objetivos da ONU e conseqüentemente impôs barreiras à participação das organizações não-governamentais no processo de governança.

Mesmo diante destes obstáculos o crescimento das ONGs ficou evidente, pois sua possibilidade de atuação foi consideravelmente ampliada com o advento da norma que trata especificamente de suas respectivas participações. Seus números cresceram com o aumento de conferências realizadas pela ONU, já que estas despertaram a intenção de integração das organizações não governamentais em se cadastrar junto aquela organização (ONU) e com isso obter benefícios para atuações em diversas áreas, visando o estabelecimento do processo de governança global. Como norma declaratória deste cadastramento aparece a resolução 31/1996 do ECOSOC<sup>14</sup>.

Quanto ao crescimento mencionado, vale mencionar dados que estão na tabela abaixo, extraída de um artigo<sup>15</sup> publicado por Karin Kässmayer – doutoranda do curso de Meio Ambiente e Desenvolvimento da Universidade Federal do Paraná – UFPR:

Year	General	Special	Roster	Total
1948	13	26	1	40
1968	17	78	85	180
1992	18	297	409	724
1993	40	334	410	784
1994	40	334	410	784
1995	65	406	415	886
1996	76	468	497	1041
1997	85	582	517	1184
1998	100	742	663	1505
1999	111	918	909	1938
2000	122	1048	880	2050
2001	124	1132	895	2151
2002	131	1197	906	2234
2003	131	1316	903	2350
2004	134	1474	923	2531
2005	136	1639	944	2719
2006	137	1780	952	2869
2007	139	1956	955	3050

<sup>14</sup> “Resolution 1996/31. Consultative relationship between the United Nations and non-governmental organizations. The Economic and Social Council, Recalling Article 71 of the Charter of the United Nations, Recalling also its resolution 1993/80 of 30 July 1993, in which it requested a general review of arrangements for consultation with non-governmental organizations, with a view to updating, if necessary, Council resolution 1296 (XLIV) of 23 May 1968, as well as introducing coherence in the rules governing the participation of non-governmental organizations in international conferences convened by the United Nations, and also an examination of ways and means of improving practical arrangements for the work of the Committee on Non-Governmental Organizations and the Non-Governmental Organizations Section of the Secretariat...”

<sup>15</sup> Cf. [http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=28#\\_ftn1](http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=28#_ftn1); consulta realizada em 25 de julho de 2008.

Cumprе destacar a classificação dos elementos que figuram a tabela com o nome de *General*, *Special* e *Roster*, pois nada mais são que classificações dadas às ONGs por seus respectivos graus de participação na ONU. A primeira expressão faz menção àquelas organizações não governamentais que abrangem maior número de áreas de concentração distribuídas em diferentes partes do mundo e possuem suas atuações totalmente atreladas ao campo de atuação da ECOSOC. Sua participação acaba sendo maior em razão da possibilidade de apresentar propostas tanto oralmente quanto por escrito (até 2000 palavras) e atender reuniões do ECOSOC.<sup>16</sup>

Já a segunda expressão é relacionada às ONGs que têm sua atuação mais limitada em relação à categoria das Gerais (*General*), pois atuam somente em determinadas áreas do ECOSOC e de seus organismos subsidiários. Não possuem capacidade de apresentar suas declarações oralmente e detêm o direito de usar somente 500 palavras no Conselho Econômico e 1500 palavras junto aos subsidiários deste.

Para fechar esta espécie classificatória que abrange o Conselho, aparecem por último as ONGs classificadas como *Rosters*, que nada mais são do que aquelas que não se enquadram na primeira nem na segunda, pois apresentam particularidades quanto a suas atuações. Possuem seu campo de ação mais reduzido ou detêm característica simplesmente técnica. Estas últimas não terão direito a expressar suas declarações, sequer por escrito, pois devem as mesmas ser consultadas pelo Conselho. Também poderão, em caráter de exceção, apresentar suas respectivas declarações por escrito somente a pedido do próprio Secretário Geral da ONU em conjunto com o Conselho, seu Comitê de ONGs quando estes considerarem indispensável ou mesmo válido o trabalho desta mencionada espécie.<sup>17</sup>

#### 4. ALGUMAS EXPERIÊNCIAS E RESULTADOS ATRAVÉS DA PARTICIPAÇÃO DE ONGS

Diante do espaço alcançado pelas organizações não governamentais no cenário mundial, suas participações nos processos decisórios passaram a ser triviais em nosso cotidiano, pois determinadas áreas que sofrem com despreparo ou mesmo omissão do Estado acabam sendo ponto de referência para atuação destas organizações. A reunião de fatores como a chamada “expertise”<sup>18</sup> que possuem as ONGs figura como determinante da inclusão cada vez maior destas organizações no processo de governança.

Diante do grau de representatividade legal que cada uma delas apresenta perante a comunidade internacional, não restam dúvidas que a participação das mesmas é indispensável, pois acabam estabelecendo um liame entre Estado e sociedade. Contudo, cabe ressaltar que o aumento exorbitante dessas organizações não traz apenas experiências positivas, já que fatores sempre presentes na história

<sup>16</sup> MENEZES, Fabiano L. de. Como as ONGs influenciam nos processos de negociações de tratados multilaterais? Santos: UniSantos/Programa de Mestrado em Direito, 2006 (Dissertação de Mestrado). Cap.5.

<sup>17</sup> Cf. Resolução do Conselho Social e Econômico 31/1996, parágrafo 24.

<sup>18</sup> “Uma habilidade intelectual que uma pessoa tem em uma área do conhecimento; Experiência, Know-how, conhecimento apurado, especialista.”

Disponível em [www.dicionarioinformal.com.br/buscar.php?palavra=expertise](http://www.dicionarioinformal.com.br/buscar.php?palavra=expertise); consulta realizada em 19 de junho de 2008.

da humanidade como burocracia e corrupção surgem e são ostensivos. Infelizmente, o ser humano não é um ser incorruptível.<sup>19</sup>

No presente trabalho trataremos de forma resumida alguns casos que se referem à participação das ONGs no processo de decisões no âmbito do Direito Internacional e Ambiental. Nesses casos, as ONGs fizeram com que decisões, que no passado seriam tomadas de forma “irracional”, se tornassem decisões tomadas com fundamentos em estudos e apontamentos apresentados por elas.

Passamos então a apresentar alguns dos casos que marcaram os cenários nacional e internacional.

#### 4.1 Tratado de Erradicação de Minas Terrestres

Outro fator ostensivo que acompanha o homem desde seus primórdios é a guerra, e podemos afirmar que suas consequências são muitas vezes irreparáveis para a humanidade. Como exemplo pode ser mencionada a existência de minas terrestres que mutilam milhares de pessoas a cada ano e em muitos casos após anos do término das guerras continuam fazendo civis de vítimas.<sup>20</sup> Foi estabelecido em Ottawa no Canadá em 1999 um ordenamento internacional visando banir este tipo de artefato e tal ordenamento teve como fonte de esforços o trabalho de proveniente de Organizações Não-Governamentais.

Em 1991 diante de esforços para erradicação de minas terrestres algumas ONGs começaram a traçar planos para que fossem extintos estes objetos de guerra. Diante das reuniões, no ano de 1992, acabaram aquelas estabelecendo uma organização de nomenclatura inglesa chamada ICBL (*Internacional Campaign to Ban Land Mines*) formadas pelo grupo de ONGs relacionadas com os direitos humanos, veteranos de guerra, grupos consultivos de minas entre outras.<sup>21</sup>

Com sua sede na Bélgica, cumpre destacar que o papel exercido por esta organização se destacou ao ponto de obter como resultado de sua atuação o prêmio Nobel da Paz no ano de 1997 por sua efetiva participação e capacidade de flexibilizar assuntos relacionados com tema ora levantado.<sup>22</sup> Pode-se falar que, mesmo não tendo a ratificação de países como Estados Unidos, Rússia e China, as tratativas acerca do banimento das minas terrestres ficou marcado como o grande ponto de partida para a participação das ONGs na elaboração de normas internacionais, pois destas tratativas surgiu o Tratado de Banimento das Minas Terrestres.

<sup>19</sup> Cf. Platão apud DURANT, Will, *História da Filosofia* ed. Abril cultural (s/n) 1997.

<sup>20</sup> “... Das 15.000 a 20.000 pessoas que anualmente são vítimas de minas, mais de 80% são civis e, pelo menos, uma em cada cinco são crianças, segundo a Campanha Internacional para a Proibição das Minas Terrestres. O legado das minas permanece muito para além dos conflitos que estiveram na sua origem. Entre os países mais contaminados do mundo estão o Iraque, o Camboja, o Afeganistão, a Colômbia e Angola.” Disponível em <http://www.unicef.pt/artigo.php?mid=1810114&m=5&sid=1810111414&cid=1506>; consulta realizada em 20 de junho de 2008.

<sup>21</sup> “In the course of 1991, several non-governmental organizations and individuals began simultaneously to discuss the necessity of coordinating initiatives and calls for a ban on antipersonnel landmines.

<sup>22</sup> The ICBL's founding organizations: Handicap International, Human Rights Watch, Mines Advisory Group, Physicians for Human Rights, and Vietnam Veterans of America Foundation came together in October 1992 to formalize the International Campaign to Ban Landmines (ICBL)”. Disponível em <http://www.icbl.org/campaign/history>; consulta realizada em 18 de junho de 2008.

<sup>22</sup> Idem.

## 4.2 O Caso de Incineradores de Resíduos Tóxicos<sup>23</sup>

Vale a pena mencionar aqui um caso que ocorreu em solo nacional, porém necessitou de esforços por parte de uma ONG brasileira junto à comunidade internacional, pois a citada organização brasileira obteve sucesso em seu objetivo depois de ter figurado numa conferência realizada em Paris em dezembro de 1991.

O poder público do estado de Pernambuco já andava empolgado com o interesse de um grupo de empresas europeias que tinha intenção de instalar seus negócios no estado, porém não imaginava o quanto poderia ser prejudicial para a coletividade as mencionadas instalações. Isso porque a intenção das empresas europeias era implantar sua tecnologia de incineração de lixo no Estado de Pernambuco, mas em contrapartida a mesma destinaria seu lixo para ser incinerado em solo pernambucano. Nada anormal até a ONG de nome ASPAN<sup>24</sup> (Associação Pernambucana de Defesa da Natureza) apontar que o lixo que as empresas tinham intenção de depositar em solo brasileiro continha resíduos tóxicos, o que poderia trazer consequências indeterminadas a toda coletividade, em especial a daquele estado.

Com fundamento na Convenção da Basileia de Controle de Resíduos Perigosos de 1998, a ASPAN, através de uma seleção realizada pelo governo brasileiro e o Itamaraty, integrou uma lista de ONGs brasileiras encaminhada ao governo francês para que fizesse parte de uma conferência internacional<sup>25</sup>.

Esta conferência tinha como objetivo despertar a atenção da mídia nacional e internacional para que os representantes do governo tivessem real noção do descumprimento da Convenção de Basileia, assim como os efeitos negativos que o eventual depósito de lixo poderia trazer ao povo de seu estado.

Uma integrante da ONG, a bióloga, professora e pesquisadora Maria Adélia Oliveira, foi a Paris em dezembro de 1991 participar da Conferência Raízes do Futuro. Em função de interesses econômicos e políticos, todos os 13 municípios da Região Metropolitana do Recife, além do Governo do Estado, seriam “beneficiados” com a destinação final dos resíduos sólidos para incineração e um aporte financeiro do projeto para a compra de caminhões e equipamentos para a varrição e recolhimento do lixo. Por outro lado tanto a imprensa local quanto a nacional estavam “fechadas” às denúncias de contaminação com dioxinas, furanos e outros “subprodutos” do processo de incineração, e também os consequentes impactos no meio ambiente e na saúde da população.

Na conferência foi apresentada a mencionada situação. Não satisfeita, a professora pesquisadora convocou entrevista coletiva com toda a imprensa especializada para que não restassem dúvidas acerca dos resultados da sua participação. E a partir do êxito em alcançar a mídia internacional, as notícias chegaram à mídia regional e após a pressão exercida o projeto não foi concretizado. Em alguns me-

<sup>23</sup> STEINER, Andrea Quirino. As ONGs Brasileiras e sua influência na política ambiental internacional no âmbito da ONU: método de ação.

Disponível <http://seminariopolitica.t5.com.br/papers/andreasteiner.doc.>; consulta realizada em 16 de junho de 2008.

<sup>24</sup> Disponível em [www.aspan.org.br](http://www.aspan.org.br); consulta realizada em 05 de julho de 2008.

<sup>25</sup> Conferência Raízes do Futuro realizada em dezembro de 1991.

ses os propositores do projeto tinham desistido diante da resistência do Estado em conceder a Licença de Instalação (uma vez que a Licença Prévia já havia sido concedida) para o “empreendimento”.<sup>26</sup>

Caso similar e envolvendo a mesma organização em conjunto com uma organização baiana<sup>27</sup> ocorreu após terem sido apresentadas irregularidades numa empresa que constava numa lista contida na resolução nº 8/96 do CONAMA que autorizava a importação de sucata de baterias automotivas por nove empresas para a reutilização e reciclagem das mesmas. Mais uma vez com fundamento na Convenção da Basileia e forte articulação das ONGs a intenção dos agressores não perdurou, pois alguns dias depois foi revogada.<sup>28</sup>

### 4.3 A UICN<sup>29</sup> e sua Influência na Convenção sobre Diversidade Biológica

A Convenção Sobre Diversidade Biológica foi assinada por 175 países, dos quais 168 a ratificaram, incluindo o Brasil. Seu alcance vai além da conservação e utilização sustentável da diversidade biológica. Ela abrange, também, o acesso aos recursos genéticos, objetivando a repartição justa e equitativa dos benefícios gerados pelo seu uso, incluindo a biotecnologia. Esta estabelece objetivos a serem atingidos pelas Partes (países que a assinaram). Cabe às Partes determinar a programação para proteger e usar sua biodiversidade de uma maneira sustentável para não comprometer, hoje, a possibilidade de seu uso amanhã.<sup>30</sup>

A União Internacional para Conservação da Natureza (UICN)<sup>31</sup>, organização com sua sede em Gland, Suíça, abrange mais de uma centena de países e tem sua atuação totalmente voltada para aplicação de ideias relacionadas à proteção do meio ambiente e influenciou de forma concreta<sup>32</sup> o estabelecimento normativo da Convenção sobre Diversidade Biológica. Seu principal objetivo, de forma resumida, é alcançar metas estabelecidas para os próximos anos, sempre visando o desenvolvimento sustentável.

#### 4.3.1 Protocolo de Cartagena

Este figura como exemplo de insucesso entre as organizações ambientais que seguem rigorosamente o princípio da precaução<sup>33</sup>, pois no ano de 2007 foi

<sup>26</sup> Pesquisa realizada junto a ONG representada por seu Coordenador Executivo Alexandre Araújo dia 18/08/2008 através de [aspan@aspan.org.br](mailto:aspan@aspan.org.br)

<sup>27</sup> Grupo ambientalista-GAMBÁ

<sup>28</sup> “O Brasil já havia ratificado a Convenção da Basileia através do Decreto Legislativo n. 34 de 16/06/92, e com Resolução CONAMA n.23 de 12/12/96 estabeleceu os mesmos critérios da Convenção para importação e exportação de resíduos perigosos e para classificação destes resíduos” STEINER.ob.cit.

<sup>29</sup> “The International Union for Conservation of Nature”

<sup>30</sup> Cf. <http://www.mma.gov.br/port/sbf/chm/cdb/cdb.html>; consulta realizada em 05 de agosto de 2008.

<sup>31</sup> Cf. <http://cms.iucn.org/>; consulta realizada em 12 de agosto de 2008.

<sup>32</sup> LE PRESTRE, Philippe Ecológica Internacional trad. Jacob Gorender Ed. Senac, São Paulo, 2000, pag.141.

<sup>33</sup> “precaução é substantivo do verbo precaver-se (do latim prae = antes e cavere = tomar cuidado), e sugere cuidados antecipados, cautela para que uma atitude ou ação não venha resultar em efeitos indesejáveis”. MILARÉ, Edis. Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, prática, glossário. 3 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2004. pag. 144.

realizado em Curitiba um encontro onde se tentou, através do manifesto de movimentos sociais e organizações não governamentais, afastar a possibilidade do uso dos alimentos transgênicos. Devido à defesa de argumentos principalmente econômicos, os protestos acabaram esquecidos e até hoje seguem cada vez mais os negócios envolvendo esta espécie de alimentos.<sup>34</sup>

#### 4.4 Tribunal Penal Internacional

O Tratado de Roma, que prevê a criação do Tribunal Penal Internacional vinculado à Organização das Nações Unidas (ONU), foi aprovado em 17 de julho de 1998 por uma maioria de 120 votos a favor, 7 em contrário (da China, Estados Unidos, Filipinas, Índia, Israel, Sri Lanka e Turquia) e 21 abstenções. No dia 11 de abril de 2002, o Tratado alcançou 66 ratificações, ultrapassando o número de adesões exigido para sua entrada em vigor. O Brasil assinou o pacto em 12 de fevereiro de 2000, ratificando-o em 12 de junho de 2002, depois de aprovado pelo Congresso Nacional, tornando-se o 69º Estado a reconhecer a jurisdição do TPI.

A nova Corte, sediada em Haia, na Holanda, tem competência para julgar os chamados *crimes contra a humanidade*, assim como os *crimes de guerra*, *de genocídio* e *de agressão*. Sua criação constitui um avanço importante, pois esta é a primeira vez na história das relações entre Estados que se consegue obter o necessário consenso para levar a julgamento, por uma corte internacional permanente, políticos, chefes militares e mesmo pessoas comuns pela prática de delito da mais alta gravidade. Até agora, salvo raras exceções, estas pessoas têm ficado impunes, especialmente em razão do princípio da soberania<sup>35</sup>.

Vale salientar que o tratado supracitado foi criado pela junção de pretensões de organizações não governamentais internacionais como a Anistia Internacional, a *Humans Rights Watch*, e o *World Federalism Movement*; juntas formaram uma coalizão no ano de 1995 pela qual objetivavam o fim da impunidade àqueles que praticarem atrocidades, principalmente em guerras, caminhando ao contrário do que pressupõem os princípios do Direito Internacional.

Sediada em *New York*, mas com sedes distribuídas em quase todos os continentes, a Coalizão tem a participação efetiva de mais de 2000 ONGs, sendo estas de várias localizações no globo, assim como de diversos segmentos, entre eles os que defendem os direitos humanos, das mulheres, crianças, das vítimas em atrocidades decorrentes de efeitos naturais ou provocadas por humanos etc.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> STEINER. Ob.cit.

<sup>35</sup> LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ea/v16n45/v16n45a12.pdf>; consulta realizada em 15 de agosto de 2008.

<sup>36</sup> MENEZES. Ob cit.Cap.5

## **5. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**5.1** Está claro que a criação das ONGs é de total importância quando falamos na construção do processo tanto de governabilidade quanto principalmente no processo de governança. Elas trazem como novidade as características de flexibilidade e diálogo com os responsáveis pela elaboração das espécies normativas de caráter internacional. No caso da elaboração dos tratados, isso é especialmente importante uma vez que estes na sua essência preceituam na grande maioria das vezes direitos e garantias fundamentais da humanidade.

**5.2** Diante dos exemplos trazidos no presente estudo pode-se mostrar que a busca pela realização efetiva de princípios como da cidadania, dignidade da pessoa humana, entre outros previstos tanto em nossa Lei Maior quanto no ordenamento internacional público, é realçado pelo trabalho respeitável realizado por grande parte das organizações não governamentais. Como mencionado na introdução, as ONGs vêm para suprir, muitas das vezes, a omissão na prestação de serviços que o Estado acaba sendo sujeito ativo.

**5.3** Ficou evidente que o grande marco para a real efetivação da competência das ONGs ficou estabelecido com o advento do artigo 71 da carta das Nações Unidas, que proporcionou um enorme crescimento na aparição deste tipo de organizações, mas acabou dando margem a algumas dúvidas quanto a esta possibilidade.

**5.4** Tanto o Tratado de Erradicação de Minas Terrestres quanto o de Roma que instituiu o Tribunal Penal Internacional restarão na história da humanidade como atos que são frutos de um trabalho originado de algumas partes da sociedade que ao se reunirem conseguiram atingir seus objetivos visando o bem da coletividade.

**5.5** É preciso deixar claro que a atuação das ONGs deve ser analisada de forma muito cautelosa, pois as mesmas podem e têm poder de proporcionar resultados amplamente positivos assim como, se forem no sentido contrário de princípios éticos e morais, podem apresentar resultados com efeitos totalmente negativos à coletividade.



# CERTIFICAÇÃO AMBIENTAL DO ETANOL: IMPACTO PARA AS CIDADES

*ANA MARIA DE OLIVEIRA NUSDEO*

Professora Doutora da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo e da Universidade  
Católica de Santos

*LUIZ S.L.S. CARVALHO*

Mestrando da Pós-Graduação da Faculdade de  
Direito da Universidade de São Paulo

## 1. INTRODUÇÃO

Muito se discute sobre o desafio do desenvolvimento, nos mais diferenciados setores da sociedade. Após inúmeros anos de embates, chegamos ao chamado desenvolvimento sustentável, mas o termo traz mais perguntas do que respostas. Como conciliar o crescimento econômico com a preservação ambiental e desenvolvimento social?

O pensador indiano Amartya Sen<sup>1</sup> propõe que o desenvolvimento seja compreendido como liberdade, ou melhor, expansão das liberdades. As liberdades que enumera em seu conceito são econômicas e sociais, dentre elas a de qualquer cidadão, em sua vida social, gozar de respeito e dignidade. Isso muda radicalmente a perspectiva do que seja desenvolvimento. A economia deixa de ser fim para ser um dos meios. O fator humano é elevado ao grau mais alto na valoração dos critérios, e o desenvolvimento será então um *desenvolvimento humano*, tudo o mais será acessório nessa busca.

A mudança de concepção, a troca de indicadores positivos e instantâneos que insuflam o mercado de capitais por medidas de médio e longo prazo, é tarefa difícil, ainda mais no Brasil, onde a realidade institucional é tão precária. Mas não há como alterar a realidade física de maneira racional sem a alteração da realidade abstrata que a direciona. No entanto, uma mudança na racionalidade por si só não gera consequências palpáveis na realidade social, ao menos não em um espaço de tempo relativamente curto. Para que as racionalidades novas, presentes nos discursos atuais de preservação ambiental e dignidade social, sejam concretizadas, não há como fugir de uma seleção de ferramentas eficientes.

Um exemplo dessa dinâmica é a tentativa de garantir que a produção do etanol no Brasil seja sustentável. Este trabalho analisa essa dinâmica, desde a criação

---

<sup>1</sup> Amartya Sen. *Development as Freedom*. New York: Anchor Books, 2000.

do setor, com a elaboração do Programa Brasileiro do Álcool – PROALCOOL, passando pela formação de um mercado internacional para a *commodity*, até o início da certificação ambiental do etanol, ressaltando a dinâmica entre as partes interessadas, com destaque para o papel do Estado brasileiro, bem como os efeitos positivos da certificação que ultrapassam o local de produção, usando como exemplo a melhoria da qualidade do ar nas cidades.

## 2. ETANOL NO BRASIL

O etanol combustível, apesar de ser utilizado no Brasil desde a década de trinta, só se tornou um combustível consumido em larga escala na década de 1970. Foi em 1975 que, inspirado por algumas figuras chave do empresariado nacional, o presidente Ernesto Geisel fez gestar no seio do governo federal o Programa Brasileiro do Álcool – PROALCOOL. Anteriormente, a edição do Decreto 19.717/31, assinado por Getúlio Vargas, previa a utilização média de 7,5 % de álcool anidro na gasolina, o que foi feito até 1975, com a edição do Decreto 76.593/75. Para atingir essa meta, o governo, através de medidas interventivas, fomentaria o uso da capacidade ociosa da indústria açucareira nacional, fortemente afetada pela quebra na demanda internacional da *commodity* à época, para a produção de etanol.

Para coordenar o programa foi instituída a Comissão Nacional do Álcool - CNA, com a crucial tarefa de articular os produtores de um setor ainda nascedouro. A CNA, conforme o Decreto 76.593/75, deixava o comando do PROALCOOL nas mãos do governo federal, com pouca ingerência do setor produtivo, o que possibilitou a fixação de preços, de percentuais obrigatórios de etanol anidro na gasolina, bem como outros instrumentos de controle de um mercado em gestação e que não existiria por si só.

A primeira fase do programa, de 1975 a 1979, foi bem sucedida. A meta prevista para o período foi superada, e a produção nacional de etanol atingiu os 3,6 bilhões de litros no final daquela década, quase 600 milhões de litros acima da meta prevista. Os números eram positivos, mas um segundo choque do petróleo atingiu o país, fazendo com que os gastos com a importação de gasolina mais que quadruplicassem num espaço de 11 meses. Foram então adotadas medidas ainda mais audaciosas, com a edição do Decreto 83.700/79. A CNA foi substituída pelo Conselho Nacional do Álcool – CNAL e pela Comissão Executiva Nacional do Álcool - Cenal, com as respectivas missões de conduzir e implementar a nova fase do Programa.

A meta era atingir os 10 bilhões de litros anuais de etanol produzidos até o ano de 1985. O percentual de etanol anidro na gasolina subiu da faixa dos 7,5% para algo em torno de 20%, e o preço do combustível foi fixado abaixo do preço então praticado para a gasolina, mas os produtores receberam um subsídio de competitividade para que o preço do combustível fosse equiparado ao do açúcar, evitando que houvesse desvio de produção devido à demanda por aquele outro produto. Mais uma vez a meta de produção para o período foi batida.

O PROALCOOL, no entanto, sofreu no final da década de 1980 seu mais duro golpe, do qual nunca iria se recuperar. A partir de meados daquela década o preço do barril de petróleo voltou a recuar, despencando dos US\$ 90 em 1980 para US\$ 30 em 1985. A isso se somou o aumento do preço do açúcar no mercado internacional, o que tornou insuportável para o governo a manutenção dos subsídios para a equiparação de preços entre o açúcar e o etanol. A consequência foi a migração do consumo de carros movidos a álcool para aqueles movidos a gasolina, limitando o consumo do etanol; somada à migração da oferta de etanol para a oferta de açúcar no âmbito da indústria. A quebra no fornecimento de etanol aos consumidores, que chegaram representar 90% das vendas de carros novos, causou um sintoma altamente prejudicial – a desconfiança.

Embora a demanda por etanol tenha se mantido em um patamar razoável pela obrigatoriedade do uso de 25 % do combustível em sua forma não-hidratada na gasolina, houve um decréscimo ainda maior nas vendas de carros movidos a etanol. O consumo deste combustível no varejo só se recuperou com a chegada ao mercado de carros equipados com os novos motores “*flexfuel*”, no ano 2003, que possibilitam o uso indiscriminado de etanol hidratado e gasolina, em qualquer relação de porcentagem. Esse novo surto de demanda impulsionou também a produção de etanol, sendo um dos fatores para que a produção duplicasse em um período de sete anos.

A situação atual da produção de etanol no Brasil demonstra a existência de um mercado interno forte e maduro, viável sem que instrumentos de controle guiem fortemente cada passo do processo produtivo. O Estado deixou esta posição de incubador do setor produtivo em meados da década de 1990, praticando ainda tarifas diferenciadas para carros movidos a etanol, mas sem intervir nos preços praticados, que flutuam de acordo com a sazonalidade e proximidade dos centros produtivos. Mas, novamente, não devemos perder de vista que esse mercado não existiria sem a intervenção prolongada do Estado.<sup>2</sup> Foi ele o principal articulador do arranjo institucional que viabilizou o produto, bem como garantiu a demanda. Foram três décadas para a consolidação do etanol como combustível de massa para a frota de veículos leves. Foram criados institutos, redes de parceria, linhas de financiamento, dentre outras medidas, ao mesmo tempo em que foi editada uma legislação benéfica direcionada especificamente à produção de etanol combustível no país.

Com o novo cenário de crescimento projetado para os próximos anos, o Estado volta a figurar com destaque na dinâmica da produção do etanol. Se por um lado a cadeia produtiva esta formada e evoluindo, surgem questões mais delicadas, relacionadas aos efeitos reflexos da produção. O crescimento da demanda faz com que, apesar de avanços técnicos e melhorias na eficiência produtiva, haja necessidade de aumento na área cultivada de cana-de-açúcar, bem como os novos paradigmas ambientais exigem novos patamares de proteção e cuidados. A nova dinâmica de atores faz com que Estado, setor produtivo e mercado consumidor atuem conjuntamente para que a produção de etanol não seja apenas uma boa opção econômica, mas seja, sobretudo, um motor de desenvolvimento responsável para o país.

---

<sup>2</sup> A produção de etanol custava à época, década de 1980, três vezes o valor da gasolina. (J. GOLDEMBERG – entrevista)

### 3. CERTIFICAÇÃO SÓCIO-AMBIENTAL

Para que a produção de etanol possa cumprir sua função de promover uma forma de desenvolvimento responsável, a articulação dos atores envolvidos com o ciclo produtivo lançou mão de uma ferramenta de mercado, a certificação ambiental. Esta, como instrumento econômico/jurídico, representa uma ponte entre comandos normativos presentes em nosso ordenamento, tanto no que se refere à ordem econômica quanto à proteção ambiental<sup>3</sup>, e a realidade social. É ferramenta que prima pela flexibilidade da regulação e permeabilidade no mercado.

A viabilização do conceito de desenvolvimento sustentável passa pelo uso eficaz de ferramentas capazes de transplantar/concretizar valores presentes no discurso, político e normativo, em prática administrativa. A necessidade de conjugação entre elaboração teórica e atuação prática do conceito melhor acabado de desenvolvimento não prescinde desta ponte entre ser e dever ser. A certificação sócio-ambiental foi elencada entre os instrumentos desejáveis na tentativa de implementação do conceito de desenvolvimento sustentável pela *Agenda 21*. Seu *Capítulo 4*, que trata especificamente desse tipo de certificação, dispõe que os governos devem trabalhar na expansão dos sistemas de certificação ambiental, buscando a coordenação com as partes interessadas, já que este instrumento, por meio da promoção do consumo sustentável,<sup>4</sup> pauta um desenvolvimento mais responsável.

São vários os tipos de certificação existentes, havendo diferenças sensíveis entre cada um deles. A *ISO – International Standardization Organization*, que vem demonstrando um crescente comprometimento com a questão ambiental desde a elaboração da série 14000 em meados da década de 1990, iniciou em 1994 as discussões referentes à rotulagem ambiental, buscando clarear as discussões e nortear os parâmetros utilizados na elaboração das certificações. Estabeleceu três critérios diferenciando modalidades de programas, abarcando, porém, somente modalidades voluntárias. São classificados<sup>5</sup> como:

Tipo I – referente a certificações voluntárias, feitas por uma terceira parte com base em critérios múltiplos, avaliando todo o ciclo de vida do bem;

Tipo II – referente a auto-declarações do produtor a respeito do bem;

Tipo III – referente a declarações de dados quantitativos alcançados pelo bem, com base em critérios pré-estabelecidos feitas por uma terceira parte.

A maior parte dos programas existentes é do primeiro tipo enumerado, incluindo praticamente a totalidade dos rótulos provenientes de programas governamentais criados no final da década de 1980 e início da década de 1990<sup>6</sup>. São

<sup>3</sup> A enumeração normativa constitucional passa, exemplificativamente, pelo artigo 170, integrante do TÍTULO VII – DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA, que nos diz que a ordem econômica observará a: “VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processo de elaboração e prestação;”

<sup>4</sup> W. WILLIAMS. *Eco-Labeling: a socio-economic analysis*. Viena: Tese de Doutorado, 2004. p.166

<sup>5</sup> L.T. ALMEIDA. *As Interações entre Comércio e Meio Ambiente*. In *Comércio e Meio Ambiente – uma agenda positiva para o desenvolvimento sustentável*. MMA. Brasília, 2002. pp.35-36.

<sup>6</sup> L.B.C.G.A. CORRÊA. *Comércio e Meio Ambiente: atuação diplomática brasileira em relação ao selo verde*. pp. 44-45.

programas voluntários que certificam a compatibilidade do produto com critérios que abarcam todo o ciclo de vida do produto e que provém de uma terceira parte. Aprofundando sua política de regulamentação, a *ISO* procurou, através da enumeração de *Princípios Guia*, especificar ao máximo os critérios exigidos para essa modalidade. Dentre eles<sup>7</sup>, podemos citar a necessidade do programa ter natureza voluntária (*Princípio 1*) e a anuência do requerente com a legislação ambiental e outras que tenham relevo para sua produção (*Princípio 3*).

Para tentar uma aproximação gradual dos modelos de programa praticados, a *ISO* elaborou uma série de diretrizes que visam a criar uma base comum às várias iniciativas. A começar pela seleção objetiva de interesses legítimos, que tenham em vista a realidade do mercado consumidor e produtor, passando pela avaliação do produto por meio de critérios que permitam uma análise ampla de todo seu ciclo de vida, deve-se buscar a transparência dos procedimentos de gerência e implementação do programa. Isto para que não venhamos a presenciar algum tipo de tratamento injusto ao fluxo dos bens abrangidos pelas categorias certificadas.

Em um breve relato, é esse um dos instrumentos que podem ser utilizados para garantir que a produção de etanol no Brasil seja feita de forma a alinhar-se aos ditames de um desenvolvimento que se queria responsável. As iniciativas de certificação sócio-ambiental do etanol, bem como dos biocombustíveis em geral, são recentes e ainda estão em formação, mas abrangem um grande número de atores, na esfera nacional e internacional, além de discussões acaloradas. Quanto à dinâmica dos atores envolvidos na questão, temos a presença da sociedade civil falando por meio de ONGs, defendendo o lado do consumo; o setor produtivo representado pelos agricultores que cultivam a cana-de-açúcar e o empresariado que a transforma no combustível; as organizações internacionais representadas por aquelas que lidam com a questão ambiental de maneira direta ou indireta, como a FAO; por fim, temos os governos nacionais e locais, representados por seus órgãos ambientais, como, no Estado de São Paulo, sua Secretaria de Meio Ambiente.

Como fica patente, o processo de negociações é difícil. Não fosse a heterogeneidade dos atores, somente o seu número já seria causa de prejuízo para a celeridade das tratativas. Mas esse é o devido processo para a implantação de um esquema de certificação. É o chamado processo *multi-stakeholder*, onde os interessados são chamados a participar e opinar, por mais trabalhoso e demorado que seja o desenrolar da definição de parâmetros. É esse processo, transparente e com clareza de pontos de vista, que garante que não haja o perigo do mau uso da ferramenta. Ocorre que a certificação sócio-ambiental, apesar de excelente instrumento para proteção ambiental e cumprimento de parâmetros sociais, pode ter seu uso desvirtuado, passando a configurar uma forma de barreira não-tarifária ao comércio internacional, muito prejudicial às exportações de países em desenvolvimento. Ao invés de instrumento para o desenvolvimen-

---

<sup>7</sup> ISO 14024 – Guiding Principles (tradução livre).

to, a certificação serviria de barreira ao desenvolvimento.<sup>8</sup> Tendo esse ponto em mente, e trabalhando a implantação do programa com os cuidados enunciados, temos um ótimo instrumento em mãos.

#### 4. INICIATIVAS

Para que o processo de estruturação de um esquema de certificação ambiental para o etanol seja corretamente estruturado, utilizando-se de critérios justos, elaborados por meio de estudos balizados, algumas iniciativas de composição de partes foram experimentadas. Um exemplo, que se encontra em estágio avançado na esfera internacional, é a iniciativa desenvolvida pela Escola Politécnica Federal de Lausanne – Suíça, por meio da *Mesa Redonda sobre Biocombustíveis Sustentáveis*<sup>9</sup> (RSB, na sigla em inglês), cujo *slogan* é: “Assegurando que os biocombustíveis cumpram a sua promessa de sustentabilidade”.

A RSB iniciou suas atividades em 2007 e desenvolve seus trabalhos por meio de uma rede de interlocutores ao redor do mundo. Governos, produtores, academia e sociedade estão envolvidos no processo, que tem por meta a fixação de um conjunto de princípios e critérios legítimos, claros e justos. Não faz parte dos objetivos da RSB a pressão sobre os atores, buscando o acolhimento de maneira forçada dos parâmetros indicados pelo grupo. A iniciativa quer ser uma referência, discriminando parâmetros, orientando os rumos, mas não escolhendo as ferramentas de políticas internas de cada Estado ou região. Os atores são livres para a escolha da tecnologia desejada, que, no entanto, será julgada adequada ou não pela RSB.<sup>10</sup> O programa está estruturado por meio de grupos de trabalho, dentre os quais o Grupo de Trabalho sobre Meio Ambiente – ENV WG, todos submetidos aos princípios do programa, que consistem, dentre outros, em debruçar-se exclusivamente sobre os biocombustíveis produzidos a partir do fontes vegetais de uso no transporte, e diferenciar entre melhorias comparativas ditas *relativas* (quando comparadas aos combustíveis fósseis) e absolutas (quando avaliadas frente a todas as possibilidades energéticas disponíveis), dando-se prioridade a esta última.

Mas por mais avançadas que as negociações estejam, um documento acabado ainda não foi elaborado. A *Versão Zero* foi lançada em agosto de 2008, e representa já um estágio avançado na concretização do programa. Em seu prólogo está descrita a forma como foi buscada a ampla participação das partes interessadas para a elaboração da minuta em sua *Versão Zero*, um ano depois, reduzindo a parâmetros objetivos os princípios propostos como ponto de partida pelo Grupo de Trabalho Diretor (sendo estes mesmos também sujeitos a revisão pela partes interessadas).

<sup>8</sup> H. VERBRUGGEN et al. *Environmental Regulations as Trade Barriers for Developing Countries: eco-labelling and the Dutch cut flower industry*. Londres: Instituto Internacional para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, Amsterdã: Instituto de Estudos Ambientais, 1995

<sup>9</sup> Dados disponíveis em: <http://cgse.epfl.ch/page65660-en.html>

<sup>10</sup> RSB – Discussion on Draft Principles.

No Brasil já existe um esquema de certificação sócio-ambiental para o etanol, em funcionamento, no Estado de São Paulo. O programa de certificação do etanol foi elaborado em coordenação entre o governo e a iniciativa privada. O Projeto Etanol Verde é uma iniciativa coordenada pela Secretaria de Meio Ambiente do Estado de São Paulo – SMA, que primou pela publicidade, mantendo toda a legislação e informações relevantes sobre a matéria disponíveis em seu endereço na internet<sup>11</sup>. Para que a produção de etanol seja ambiental e socialmente adequada, por garantia escolhida foi Certificado de Conformidade Agro-Ambiental.

O Certificado de Conformidade Agro-Ambiental é fornecido àquele que adere, voluntariamente, ao programa. Não há qualquer forma de obrigação por parte do produtor, que não sofre qualquer forma de penalidade caso não adira. Caso queira aderir, o produtor deve passar por um processo de avaliação que, entre outros pontos, exige a elaboração de uma *Proposta de Enquadramento no Protocolo Agro-Ambiental do Setor Sucroalcooleiro Paulista*, a ser enviada à Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo. Nessa *Proposta de Enquadramento* o produtor deve disponibilizar dados precisos sobre o manejo da área de cultivo e produção, bem como dados sobre a quantificação e qualificação da mão-de-obra utilizada no ciclo produtivo, conforme *Roteiro Técnico* disponibilizado pela SMA.

Se o produtor deve cumprir com inúmeros quesitos, direcionados em especial para cuidados com o trabalhador rural, mata ciliar, queimadas e consumo de água; cabem ao governo, além da certificação da produção, medidas como o apoio à pesquisa para o aproveitamento da palha resultante do processo produtivo direcionada a geração de energia, conforme letra *a*, Cláusula Quarta do protocolo. Esta é a cláusula (*Apoio Governamental*) na qual estão presentes os deveres do governo, estabelecidos como contrapartida ao enquadramento do setor produtivo aos parâmetros impostos pelo protocolo, mais restritivos que os presentes na legislação estadual e federal.

Os parâmetros impostos pelo Protocolo foram discriminados em Regulamentos das diretivas contidas naquele documento. Cada diretiva foi explicada, descendo-se a minúcias. Exemplo é Diretiva *e*:

*Proteger as áreas de mata ciliar das propriedades canavieiras, devido à relevância de sua contribuição para a preservação ambiental e proteção à biodiversidade.*

O *Regulamento*<sup>12</sup> prevê que para esse caso, seja apresentado levantamento cartográfico das matas ciliares presentes nas áreas sob a responsabilidade do produtor, além de reforçar medidas já previstas na legislação estadual, como o dever de manter aceiro de 6 m para que a mata ciliar não seja afetada pela queimada, Decreto Estadual nº 47.700/03.

<sup>11</sup> <http://homologa.ambiente.sp.gov.br/etanolverde/portugues.asp>

<sup>12</sup> REGULAMENTO DAS DIRETIVAS TÉCNICAS DO PROTOCOLO DE COOPERAÇÃO QUE ESTABELECE AÇÕES DESTINADAS A CONSOLIDAR O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA INDÚSTRIA DA CANA-DE-AÇÚCAR NO ESTADO DE SÃO PAULO

O Estado brasileiro não atua na formulação de programa de certificação apenas em seu território. Outros programas de certificação, mesmo que internacionais, contam com a atuação do governo brasileiro. Em uma atuação bilateral iniciada durante o ano de 2007, a iniciativa privada sueca e brasileira, amparadas pelo governo brasileiro, lançaram a *Iniciativa para o Etanol Sustentável Verificado*<sup>13</sup>. O programa tem como foco a certificação do etanol brasileiro a ser comercializado nos países nórdicos, em especial na Suécia, e já se encontra em operação.

A iniciativa sueca foi motivada pela demora na formulação de um programa de certificação para biocombustíveis da União Europeia. A iniciativa da União Europeia, que encontra um terreno muito difícil nas discussões sobre a matéria, envolve ainda grande desconhecimento dos governos europeus. Esta foi a mesma razão pela qual governos da Alemanha, Reino Unido e Holanda buscam lançar seus próprios programas de certificação para os biocombustíveis. Nienke Smeets, ex-ministro de meio ambiente da Holanda, disse, em apresentação<sup>14</sup> feita à Comissão para o Desenvolvimento Sustentável do Departamento das Nações Unidas para Assuntos Econômicos e Sociais, que a Diretiva da União Europeia para a implantação de um programa de certificação e utilização de biocombustíveis não era suficiente. Por isso buscava a estruturação do programa holandês.

Mas se estes programas buscam uma estruturação mais rápida de critérios para a certificação do etanol, nem por isso são louváveis. Podemos citar o próprio programa holandês, coordenado pela atual Ministra de Meio Ambiente daquele país, Jacqueline Cramer. No relatório que coordenou, no ano de 2006, *Crterios para a Produção Sustentável de Biocombustíveis*, Cramer dá ênfase excessiva à questão da competição biocombustível/comida, sem que seja feita distinção mais acurada das condições específicas de cada país.

## 5. EFEITOS INDIRETOS

O etanol combustível tem impactos importantes sobre a vida nas cidades. A qualidade do ar nas cidades brasileiras sofreu acentuada melhora com a substituição de parte do consumo da gasolina por etanol como combustível na frota de veículos leves. Atualmente *a maior parte* da frota de veículos leves é composta por carros que utilizam etanol combustível<sup>15</sup>, e os demais veículos da frota leve utilizam etanol em certo grau, pois certa proporção de etanol na gasolina é fixada em lei.

Este é um efeito positivo do uso do etanol advindo de suas características físico-químicas. As propriedades do produto etanol são ambientalmente superiores àquelas da gasolina. No entanto, o ciclo produtivo do etanol afeta negativamente a qualidade do ar das cidades cuja zona rural é utilizada para a lavoura da cana de açúcar. Ocorre que a queima da palha da cana é utilizada como método de colheita, para facilitar o acesso aos talos para o seu corte. Nesse pro-

<sup>13</sup> <http://www.sustainableethanolinitiative.com>

<sup>14</sup> [http://www.un.org/esa/sustdev/csd/csd16/sideevents/presentations/7may\\_biomass.pdf](http://www.un.org/esa/sustdev/csd/csd16/sideevents/presentations/7may_biomass.pdf)

<sup>15</sup> Aqui são contados veículos flexfuel.

cesso, são lançadas ao ar desde substâncias tóxicas até particulados de carvão pela queima incompleta da palha. A situação é familiar àqueles que moram em cidades próximas a estas lavouras. As casas e ruas ficam cobertas de fuligem, os hospitais ficam repletos de crianças e idosos cujos problemas pulmonares se devem ao lançamento dessa forma de poluição.

A jurisprudência paulista, paulatinamente, tem reconhecido ao município competência para legislar de forma proibitiva à queima da cana. Ainda que o município não tenha competência para legislar em matéria ambiental, tem-se entendido que a queima da palha gera consequências graves à saúde e ao meio ambiente locais. Dessa forma, entende-se autorizado o município para legislar no sentido da proteção à saúde de seus municípios<sup>16</sup>. ( TJSP – ADI 147.007-0/5 – São José do Rio Preto)

O tribunal também tem se posicionado favoravelmente a ações civis públicas objetivando a cessação da prática da queima da cana e a indenização pelos danos gerados, chegando até mesmo a afirmar a desconformidade do Decreto paulista 42.056/97 à Constituição Federal<sup>17</sup>.

Longe dos fatos, os tribunais superiores tendem a julgar com base em parâmetros legais ambientais insuficientes. O STJ entende serem as queimadas práticas legais, desde que respeitados os limites legais que vieram a regulamentar o artigo 27 do Código Florestal autorizadas pelos órgãos integrantes do SISNAMA<sup>18</sup>.

Mas os órgãos ambientais acabam não pesando por completo os efeitos negativos das queimadas nas cidades. As licenças ambientais fornecidas para que a queima seja feita atentam principalmente para os efeitos no entorno silvestre das lavouras. A implantação de aceiros para que o fogo não venha a fugir ao controle são um exemplo das medidas adotadas para a concessão da licença. Ou seja, os parâmetros nos quais se fundam as licenças não oferecem a devida defesa social aos moradores urbanos de zonas próximas.

Com a morosidade característica da sedimentação da jurisprudência, a necessária evolução nos parâmetros ambientais utilizados como referência pelos órgãos do Sisnama e a premência pela mudança nos métodos de manejo da lavoura da cana de açúcar, a certificação ambiental surge como um instrumento muito bem vindo.

Influenciando a demanda e pautando a oferta de forma flexível, a certificação ambiental gera uma dinâmica de mudança de paradigma muita cara à realidade de um desenvolvimento que se queira responsável, e sua aplicação no ciclo produtivo do etanol acelera mudanças necessárias como a extinção da queima da palha da cana. No Estado de São Paulo, o Projeto Etanol Verde e seu Certificado de Conformidade Agro-Ambiental são exemplo de como as mudanças são catalisadas. Só recebe o certificado aquele que, dentre outras medidas, deixar de utilizar-se da queima da palha como ferramenta de manejo na colheita com antecipação de quase uma década em relação à legislação ordinária.

<sup>16</sup> TJSP – ADI 147.007-0/5 – São José do Rio Preto

<sup>17</sup> TJSP - Apelação cível 339.513-5/7 Santa Adélia

<sup>18</sup> STJ Resp.439456-SP.

A garantia de um ciclo produtivo ambientalmente responsável para o etanol passa pela atuação do Estado, que deve estabelecer princípios gerais que norteiem o processo, promover a edição de legislação específica, estruturar uma rede de instituições que auxiliem o produtor a atingir suas metas. Todavia, não deve o Estado atuar isoladamente e de forma convencional, mas também trabalhar com outros atores e instrumentos que não apenas os ditos de “comando e controle”. No caso da cana do Estado de São Paulo, o programa de certificação se enquadra em um projeto mais amplo, que busca a sustentabilidade da produção, já concretizado na assinatura do Protocolo Agro-Ambiental por grande parte dos produtores paulista. O Protocolo foi assinado entre o Governo do Estado de São Paulo, sua Secretaria do Meio Ambiente, sua Secretaria do Estado de Agricultura e Abastecimento, e a União da Agroindústria Canavieira de São Paulo, que representa 50% da produção de etanol no Brasil.

Conforme demonstra Lars Friberg<sup>19</sup>, extremamente ativo nas negociações da RSB, a dinâmica dos atores na elaboração de uma certificação sócio-ambiental do etanol é peça chave para o funcionamento de um bom programa. Baseado em uma metodologia que vê na certificação dos biocombustíveis uma forma de *Governança de Mercado não Dirigida pelo Estado (NSMD na sigla em inglês)*, ressalta a importância da presença das partes interessadas nas discussões do tema, no processo chamado *multi-stakeholder*. Essa realidade não afasta a importância do papel do Estado, apenas o relativiza. O Estado continua a ser figura primordial no processo, o que fica patente no número de iniciativas de programas provenientes dos governos nacionais.

## 6. CONCLUSÕES ARTICULADAS

**6.1** A produção de etanol sem a devida atenção a parâmetros de proteção ambiental tem gerado impactos danosos à saúde e ao meio ambiente dos municípios vizinhos à produção, o que tem levado diversos municípios a editarem leis proibindo essa prática.

**6.2** Embora a jurisprudência paulista tenha adotado posições progressistas no tocante à repressão à prática da queima da palha de açúcar, e à competência municipal para tanto, uma tal mudança não é vista na legislação federal, no entendimento dos órgãos do SISNAMA e nos julgados dos tribunais superiores.

**6.3** O uso da certificação ambiental do etanol, se bem implantada, com a participação do Estado e dos demais atores interessados, é um instrumento de fundamental importância para a aceleração do processo de melhoria do ar das cidades vizinhas às lavouras de cana de açúcar, pela restrição ao emprego das queimas da palha no manejo da cultura.

<sup>19</sup> 17 LARS FRIBERG, *Certified Good? International Biofuels Certification as a Form of Non State Driven Market Governance*. Potsdam: Potsdam University, 2007.

# **A CRISE AMBIENTAL FRENTE O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO – ESTUDO DIRIGIDO DO CASO DO RIO DOS SINOS**

*ANA PAULA FOLTZ*

Advogada Dativa da Justiça Federal da 4ª Região  
Especialista em Direito Ambiental pela UFRGS

## **1. DA MORTANDADE DE PEIXES NO RIO DOS SINOS**

### **1.1 Do Fato Gerador**

Nos dias 07 e 08 de outubro de 2006, ocorreu uma grande mortandade de peixes no Rio dos Sinos junto à Foz do Arroio Portão (Município de Portão), por conta da qual, de acordo com o Relatório de Atendimento de Emergência elaborado pela FEPAM, entre os dias 08 e 16 de outubro de 2006, foram retiradas mais de 86 toneladas de peixes mortos.

A mortandade do corpo hídrico, configurando-se o quadro de um dos maiores desastres ambientais do Brasil, sendo, inclusive, notícia internacional.

À vista de um quadro dantesco, o órgão ambiental principiou uma série de diligências, dentre elas, três que contemplaram a UTRESA, nomeadamente por revelar-se ela um empreendimento com potencial poluidor suficiente a produzir, ainda que fosse por sinergia com outras empresas, o grave crime ambiental mencionado.

O Órgão Ambiental observou, outrossim, em área localizada entre as novas valas implantadas para recebimento de resíduos (ainda não autorizadas para uso) e o Arroio Portão, uma caixa de passagem que recebia duas tubulações subterrâneas, as quais provavelmente tinham passagem por baixo das valas novas.

O que se revelou uma antiga drenagem de chorume da primeira vala de resíduos de curtume (classe I), a qual, pontue-se, deveria ter sido desativada dentro do plano de regularização da atividade.

Neste local, ficou perceptível, segundo a FEPAM, que o efluente na caixa de inspeção estava com baixa vazão, mas com odor característico, sendo passível de alteração de vazão conforme a precipitação pluvial, evidenciando-se, desta forma, em uma contribuição constante e com aporte de contaminantes importantes ao Arroio Portão.

Restou consignado, também, o impacto causado no Arroio Portão, com uma coloração escura coberta por iridiscência, característica de material oleoso e concentrado. A contaminação lançada no arroio Portão, já na segunda saída clandestina,

tina no Arroio Portão, mostrou-se de alto impacto, principalmente devido aos valores encontrados de DBO-5 e a DQO (730 mg/L e 2.440 mg/L, respectivamente).

O que revelou carga poluidora orgânica e química expressiva, capaz de consumir quantidades significativas de oxigênio dissolvido junto ao Rio dos Sinos.

## 1.2 O Laudo Técnico do Caso

Consoante os laudos de análises da água bruta do Rio dos Sinos feitos pelo Serviço Municipal de Águas e Esgotos de São Leopoldo, temos as seguintes conclusões<sup>1</sup>:

*2. Análise dos resultados dos exames nas amostras.*

*Com base nos resultados dos exames de laboratório realizados nas amostras coletadas na foz do Arroio Portão e na estação de captação de água bruta do SEMAE, indicam-se as seguintes conclusões:*

*O ponto de contaminação do Rio dos Sinos situa-se junto à foz do Arroio Portão.*

*Justificativa:*

- não houve ocorrência de morte de peixes a montante deste ponto;*
- as análises a montante, no ponto de captação de água bruta do SEMAE, não identificam alterações significativas nos índices de matéria orgânica, condições da água nos dias da catástrofe.*

*As análises na foz do Arroio Portão indicam a presença de alta carga poluidora na foz do Arroio Portão, provavelmente de origem industrial, bem acima da constatada no Rio dos Sinos a montante deste ponto.*

*A carga poluidora excepcional encontrada na foz do Arroio Portão é de origem orgânica, fundamentalmente industrial.*

*Justificativa:*

- Constata-se alto teor de matéria orgânica na foz do Arroio Portão, em índices muito superiores aos constatados a montante deste ponto.*
- O teor de fósforo total na foz do Arroio Portão não destoa, de maneira significativa, daquele encontrado a montante deste ponto, indicando que a matéria orgânica excedente não tem origem, primordialmente, em esgoto cloacal doméstico.*
- A condutividade na foz do Arroio Portão nas amostras coletadas, estava muito acima daquela constatada a montante deste ponto, reforçando a indicação da origem industrial da carga poluidora orgânica.*

*A carga poluidora indica que sua origem está ligada às indústrias que empregam cádmio, cromo hexavalente e bário em sua cadeia produtiva.*

*Justificativa:*

- Encontrada presença destes elementos na foz do Arroio Portão em concentrações acima daquelas presentes a montante deste ponto no Rio dos Sinos.*

*Estes elementos possuem propriedades e empregos:*

*B1. Bário: sais de bário são utilizados industrialmente na elaboração de cores, fogos de artifício, fabricação de vidro inseticidas, nos caleiros de indústria de curtume.*

<sup>1</sup> Dados extraídos do laudo técnico fornecido pelo SEMAE a requerimento da Promotoria de Justiça do Município de Estância Velha/RS.

*B2. Cromo hexavalente: pode ocorrer como contaminante das águas sujeitas à poluição de indústrias de cromatos e galvanoplastia, águas de refrigeração.*

*B3. Cádmiu: nas indústrias é utilizado em pinturas, galvanoplastia, baterias alcalinas, plásticos, cerâmica e fertilizantes”.*

*Esses elementos foram encontrados nos efluentes lançados pelas empresas da região em quantidades capazes de determinar a mortandade de peixes.*

O serviço de emergência da FEPAM indicou que a morte dos peixes foi causada por asfixia, decorrente da mineralização de material orgânico lançado em grande quantidade na água, reação que retiraria o oxigênio do meio líquido.

### **1.3 Os Fatores da Crise**

Primeiramente cumpre salientar que o presente incidente ambiental que resultou na morte de 86 toneladas de peixes de diversas espécies com potencial econômico foi submetido a uma valoração de custos ambientais.

Da qual, foi obtido um valor aplicável da ordem de R\$ 2.456.506,30 (dois milhões quatrocentos e cinquenta e seis reais e trinta centavos), conforme se depreende do anexo I deste trabalho.

Como principais fatores desencadeadores da crise, citamos a qualidade das águas, que constitui garantia para a recuperação ambiental. Tal garantia se daria envolvendo os seguintes aspectos:

1º) Uma efetiva proteção às áreas de preservação permanente, com a remoção de empreendimentos e construções instalados nas áreas de nascentes, banhados e margens de cursos d'água, a fim de ser possível o restabelecimento dos locais adequados para a reprodução dos peixes.

2º) Uma recomposição da vegetação ciliar ao longo dos recursos hídricos através de um programa para toda a bacia hidrográfica, especificamente nos locais em que apresentem remanescentes florestais nos arredores para fornecer sementes aos animais dispersores de semente.

## **2. ANÁLISE CONSTITUCIONAL E PRINCIPIOLÓGICA**

### **2.1 O Direito Ambiental à Luz da Constituição Federal Brasileira**

O ordenamento constitucional prevê que o meio ambiente equilibrado, direito de toda coletividade, é também dever, tanto desta quanto do Poder Público.

Neste sentido, Fernanda de Medeiros, *in* “Meio Ambiente. Direito e Dever Fundamental, 2004, página 102”:

*“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”.*

O nosso constituinte de 1988 elencou em seu artigo 225, caput, o meio ambiente equilibrado como um direito fundamental de 3ª geração, decorrente do próprio direito à vida, vedando qualquer utilização que venha a comprometer a integridade do bem protegido, consoante disposto no §1º, inciso 3º do já referido artigo

Tal dispositivo vem impor ao Poder Público condutas a fim de conferir-lhe efetividade. Com base no supramencionado artigo da Carta Constitucional vigente, temos a certeza de que a defesa do meio ambiente enquanto direito difuso, constitui um dever do Estado Democrático de direito,.

Que deve assumir a atividade dos órgãos e agentes na qualidade ambiental uma feição compulsória, que pode ser exigida do Poder Público quando do exercício das competências ambientais previstas em lei.

Ainda, neste sentido, segundo o artigo 170, da Carta Magna, temos a defesa do meio ambiente como princípio geral da ordem econômica e financeira ao lado dos princípios da função social da propriedade, da redução das desigualdades sociais e da busca do pleno emprego.

A proteção constitucional do meio ambiente como um todo é dever do Estado, sendo esta “sanidade ambiental” fonte de direitos da sociedade frente aos seus indivíduos e também frete ao próprio estado de direito.

A proteção prevista por nosso constituinte de 1988 não é a mesma que se dá para a proteção dos bens exercida pelo direito de propriedade. A proteção é difusa, pois abrange direitos e interesses de diversas pessoas e, portanto, não encartado na compreensão tradicional dos direitos patrimoniais.

Não são direitos ou interesses que podem ser atribuídos a uma parte da sociedade ou a pessoas individualizadas. Trata-se de uma proteção plural que possui sujeitos indefinidos no momento da produção legislativa, e sujeitos que somente se tornam definíveis após a aplicação das normas ao caso concreto.

Assim, a primeira constatação que surge do texto constitucional é que toda a sociedade torna-se sujeito de direitos ou de interesses referentes ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

Portanto, temos que o bem jurídico ambiente é de fundamental importância para a vida das pessoas. Se sistematicamente ele se torna importante para a conceituação do Estado pelo só fato de estar previsto constitucionalmente, ele também é reconhecido como essencial para a existência digna do Homem, tomada esta no seu conceito mais amplo possível.

Portanto, temos que o meio ambiente foi definido constitucionalmente como um bem jurídico e um valor jurídico que deve ser preservado e priorizado na questão do desenvolvimento econômico.

O ordenamento constitucional prevê que o meio ambiente equilibrado, direito de toda coletividade, é também dever, tanto desta quanto do Poder Público.

Sob a ótica constitucional vigente, temos que o meio ambiente passa de mero objeto a ser um valor em si mesmo, razão pela qual a sua preservação deve se dar mesmo que isto cause ofensas à propriedade.

## 2.2 O Bem Jurídico “Ambiente”

Neste sentido citamos a lição de Anelise Steingleder, in “Responsabilidade Ambiental:

O ambiente tornou-se um bem jurídico autônomo<sup>2</sup>, desvinculado de seu aspecto patrimonial, o que implica em dizer que um mesmo objeto ambiental pode se submeter a propriedade – no sentido do direito civil – e à propriedade – no sentido dos direitos difusos.” Na primeira hipótese trata-se da propriedade enquanto coisa móvel ou imóvel, e no segundo sentido, propriedade tomada como interesse na sua preservação

A crise ambiental instaurada em nosso Planeta já é por todos consabido, mas a preocupação com a herança que deixaremos às gerações futuras está cada vez mais voga.

Vivemos em uma sociedade de risco, onde constantemente vemos direitos perecerem em razão tanto da mão do homem, buscando cada vez mais e egoisticamente o crescimento econômico, como pelo Estado, que muitas vezes é omissivo, quando deveria resolver os conflitos buscando o interesse da coletividade como um todo e não só à parte mais interessante financeiramente.

Neste sentido, citamos a obra “Risk Society Toward a New Modernity” de Ulrich Beck, na qual o autor enfatiza que as incertezas são trazidas pela sociedade de risco (risk society) em fase de transição, advinda da sociedade industrial.

Beck vê uma dimensão perigosa para o desenvolvimento, especialmente considerando a função da ciência e do desenvolvimento científico e industrial são o perigo e o risco trazendo a possibilidade de catástrofes e resultados imprevisíveis na dimensão estruturante da sociedade.<sup>3</sup>

## 3. O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E CIENTÍFICO

Ao longo da nossa história, crescemos em número (somos hoje aproximadamente 6,7 bilhões de pessoas) e modificamos quase todo o Planeta.<sup>4</sup>

Graças aos avanços científicos, tomamos consciência de que nossa sobrevivência na Terra está fortemente ligada à sobrevivência das outras espécies e que nossos atos, relacionados às alterações no Planeta, podem colocar em risco nossa própria sobrevivência.

Contudo, aliado ao desenvolvimento científico, temos o crescimento econômico que nem sempre esteve preocupado com as questões ambientais.

A busca desenfreada de lucro muitas vezes deixava de herança a escassez de muitos recursos ambientais, tais como a água do Planeta.

De toda a água existente no mundo, 97% está nos oceanos. Dos 3% de água doce restantes, quase  $\frac{3}{4}$  estão em forma de geleiras. Assim, resta muito pouca

<sup>2</sup> MONTEIRO STEINGLEDER, Anelise. Responsabilidade civil ambiental – As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004. p. 96-101).

<sup>3</sup> BECK, Ulrich. Risk Society toward a new modernity. London:sage 1992, pg 2-8.

<sup>4</sup> Fonte site Portal do Meio Ambiente, [www.portaldomeioambiente.org.br](http://www.portaldomeioambiente.org.br), acesso em 24/09/2007.

água doce para atender às necessidades humanas, de matar a sede das populações até irrigar plantações e abastecer indústrias

Exemplos são muitos, como o desvio de cursos d'água para irrigação na agricultura, resíduos tóxicos das indústrias desaguando em nossos rios.

Tais condutas não afetam tão-somente nossos rios ou mares, como também as espécies presentes.

A perda de espécies vegetais e animais, causada poluição, pela sua exploração exagerada e pela invasão de habitats por outras espécies, foi agravada pela variação das temperaturas, chuvas e ventos.

A diversidade biológica brasileira representa um vasto tesouro ainda a ser descoberto, podendo tornar-se uma fonte expressiva de divisas para o país e uma alternativa de desenvolvimento para regiões remotas e comunidades isoladas.

### 3.1 O Dano Ambiental

O dano ambiental, conforme leciona *José Rubens Morato*, in *Dano Ambiental do individual ao coletivo extrapatrimonial*, “tem um perfil multidimensional, atingindo concomitantemente o bem jurídico ambiental e outros interesses jurídicos.”<sup>5</sup>

Ainda, neste mesmo sentido segue o autor supramencionado:

“O sistema jurídico brasileiro protege o bem jurídico ambiental com finalidade dúplice:

- a) No que diz respeito à proteção e a capacidade funcional do ecossistema e
- b) Visando conservar a sua capacidade de aproveitamento humano.

Analizando o caso do Rio dos Sinos, constatamos que não houve uma efetiva proteção ao seu ecossistema, posto que ficou comprovado tanto nas perícias como no inquérito civil, que as empresas da região jogavam seus dejetos através de um sistema de “by pass” diretamente no rio sem qualquer tipo de tratamento.

Com tais comportamentos por parte das empresas envolvidas, vislumbra-se não haver qualquer condição de conservação da capacidade de aproveitamento humano, culminando na morte de toneladas de peixes.

O Direito Fundamental ao ambiente é um direito difuso porque seu sujeito não pode ser individualizado *a priori*. Todos têm direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, o que desvincula este direito da noção clássica de direitos com sujeitos pré-definidos.

Como todo direito fundamental ele colide com outros direitos, essa colisão do direito ao ambiente se percebe nos casos em que o desenvolvimento possui um alto preço, que é a degradação ambiental. Há casos em que a liberdade do homem é limitada porque seu exercício acarreta em degradação ambiental agressora dos direitos fundamentais de outrem.

<sup>5</sup> Leite, José Rubens Morato, in *Dano Ambiental, do individual ao coletivo extrapatrimonial*. Editora RT, 2ª Edição. São Paulo, 2003

Em todos estes casos deverá haver uma compatibilização, garantindo-se a sobrevivência de todos os direitos fundamentais, preservando-se o núcleo essencial de cada um deles.

É preciso compatibilizar o direito fundamental ao ambiente com outros direitos constitucionais. Apenas assim pode-se ter um efetivo Estado de Direito Ambiental que possa gerar um Estado do Bem Estar Ambiental.

### 3.2 O Desenvolvimento Sustentável

Segundo a Teoria do Desenvolvimento sustentável, também conhecido como “eco-desenvolvimento”, a satisfação das necessidades do presente devem ser feitas sem colocar em risco a capacidade das futuras gerações de terem suas próprias necessidades satisfeitas.

O que se busca através desta teoria, são resultados mais visíveis, ou seja, que haja uma verdadeira “justiça intergeracional”, na qual uma geração não tem o direito de desperdiçar aquilo que recebeu e muito menos de degradar e comprometer o direito de gerações futuras, no que concerne aos recursos ambientais.

O que se almeja é o desenvolvimento sustentável que é aquele viável economicamente, justo socialmente e correto ambientalmente, levando em consideração não só as nossas necessidades atuais, mas também as das gerações futuras, tanto nas comunidades em que vivemos quanto no planeta como um todo.

O desenvolvimento econômico coloca em choque o ambiente e a economia, neste sentido, vem CONDESSO:

*“O ambiente e a economia têm vivido em tensão e até mesmo em antagonismo”.*<sup>6</sup>

Neste sentido, deve-se buscar um desenvolvimento econômico sustentável, baseado no eco-desenvolvimento, ou seja, deve se buscar a satisfação das necessidades do presente sem colocarmos em risco a capacidade das gerações futuras de terem as suas próprias necessidades satisfeitas.

Na ECO 92, foi dado um destaque especial para a conservação da biodiversidade - o que serviu para desencadear a consciência sobre a interação de todas as espécies (inclusive a nossa) e as consequências de possíveis desequilíbrios gerados pelas atividades humanas.

Cabe destacar o princípio nº 15 desta Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, que diz:

*“De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com as suas necessidades. 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 par prevenir a degradação ambiental”.*

<sup>6</sup> CONDESSO, Fernando dos Reis. Direito do Ambiente. Coimbra: Almedina, 2001. p. 72/73.

A degradação ambiental, que por vezes acompanha o crescimento econômico, principalmente em atividades de cunho empresarial passa a ser coibida pelo Direito, resultando em um princípio basilar do Direito Ambiental, o Princípio da Precaução.

Neste sentido, outra importante norma de proteção ao meio ambiente, devendo ser efetivada como um direito fundamental da sociedade como um todo é o previsto nos itens 2 e 3 da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente de 1972, conforme segue:

“A proteção e o melhoramento do meio ambiente é uma questão fundamental que afeta o bem-estar dos povos e o desenvolvimento econômico do mundo inteiro, um desejo urgente dos povos de todo o mundo e um dever de todos os governos.”

“O homem deve fazer constante avaliação de sua experiência e continuar descobrindo, inventando, criando e progredindo. Hoje em dia, a capacidade do homem de transformar o que o cerca, utilizada com discernimento, pode levar a todos os povos os benefícios do desenvolvimento e oferecer-lhes a oportunidade de enobrecer sua existência. Aplicando errônea e imprudentemente, o mesmo poder pode causar danos incalculáveis ao ser humano e a seu meio ambiente. Em nosso redor vemos multiplicar-se as provas do dano causado pelo homem em muitas regiões da terra, níveis perigosos de poluição da água, do ar, da terra e dos seres vivos, grandes transtornos de equilíbrio ecológico da biosfera; destruição e esgotamento de recursos insubstituíveis e graves deficiências.”

Portanto vemos que a proteção ao meio ambiente sadio é fundamental e protegida internacionalmente, não basta não querer gerar o dano em sua atividade econômica, o que se quer é a preocupação e a prevenção de danos à natureza, com políticas pró-ambiente, compatibilizando desenvolvimento e preservação.

Conforme José Rubens Morato Leite, uma “justiça intergeracional, em que uma geração não tem o direito de desperdiçar aquilo que recebeu e menos ainda de degradar e comprometer o direito de gerações futuras, no que concerne aos recursos ambientais.”<sup>7</sup>

Houve um crescimento da preocupação em aliar o desenvolvimento econômico à conservação do meio ambiente, devendo ser estabelecidos os critérios de e padrões de qualidade ambiental e normas relativas ao uso e manejo dos recursos ambientais, bem como incrementadas políticas públicas, aliadas a campanhas de conscientização da Sociedade atual, a fim de que os recursos naturais também estejam a disposição futuramente.

Neste sentido, cabe referir Antônio Hermann Benjamin:

*“(...) a participação pública reprime a tendência dos órgãos administrativos, quando ninguém mais participa do processo decisório, de favorecer as indústrias que fiscalizam. O administrador público, até de boa-fé agride o ambiente ou é conveniente com a degradação ambiental, em razão de não ter à sua disposição elementos informativos que contrariem os dados e os fatos unilateralmente trazidos pelos agentes econômicos”<sup>8</sup>.*

<sup>7</sup> LEITE, José Rubens Morato. Dano Ambiental do individual ao coletivo extrapatrimonial. RT Editora, 2003. pg 23/28.

<sup>8</sup> BEJAMIN, Antônio Hermann V. Objetivos do Direito Ambiental. Lusíada Revista de Ciência e Cultura. Actas do I Congresso Internacional do Direito do Meio Ambiente. Porto, 1996, p.32, número especial (série direito)

#### 4. O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS

É esse o entendimento dos Tribunais, no sentido de aliar o desenvolvimento econômico a política de sustentabilidade, conforme se depreende do aresto do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento da Apelação Civil nº 2000.70.08.001184-8, pela Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler:

*ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTRUÇÃO DE RODOVIA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. IBAMA. INTERESSE NA LIDE. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. PERÍCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA.*

*1. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado do Paraná, a fim de vedar a construção de rodovia entre a BR-277 e o Porto de Antonina.*

*2. A participação do IBAMA na lide pode se dar como simples interessado, na forma do art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 9.469/97, sendo possível, de ofício, determinar o correto posicionamento das partes na ação.*

*3. É desimportante a declaração judicial acerca da competência para licenciamento da obra, seja do órgão ambiental estadual, seja do federal, uma vez que a discussão foge aos limites da lide.*

*4. O desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente, sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades.*

*5. Manifesto potencial de poluição e degradação da obra impugnada, havendo indícios inclusive no sentido de que a rodovia pode ser construída sobre área de preservação permanente.*

*6. Imprescindibilidade da realização de prova pericial, de modo a instruir os autos com suporte probatório suficiente quanto ao real impacto da obra sobre a vegetação e os sítios arqueológicos da região, bem como no tocante à eficácia das medidas mitigadoras previstas no projeto.*

*7. Anulação da sentença, que indeferiu o pedido de prova pericial requerido pelas partes, julgando a lide antecipadamente, visto estar caracterizado o cerceamento de defesa.*

*8. Apelação do IBAMA parcialmente procedente. Prejudicada a apelação do Ministério Público Federal e do Ministério Público do Estado do Paraná.*

Para complementar o estudo proposto, passo a colacionar as ementas específicas do Tribunal de Justiça/RS sobre o desastre do Rio dos Sinos:

*“EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DESASTRE AMBIENTAL NO RIO DOS SINOS. PESCADORES PRIVADOS DO SEU MEIO DE SUSTENTO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. VERBA ALIMENTAR PROVISIONAL DEFERIDA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE.”*

*“EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. MORTANTE DE PEIXES NO VALE DO RIO DOS SINOS. DIVULGAÇÃO DE NOME DE EMPRESAS SUPOSTAMENTE ENVOLVIDAS. VÍCIOS FORMAIS NA ACUSAÇÃO VIOLANDO O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA QUE AFASTAM O DIREITO DE DIVULGAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOBRE DANO AMBIENTAL. SOPESAMENTO DE PRINCÍPIOS. EFEITO SUSPENSIVO INDEFERIDO. 1. Não tem a FEPAM, como Administração Pública responsável pelo meio ambiente no Estado do Rio Grande do Sul, legitimidade para divulgar os nomes de empresas supostamente envolvidas no desastre ambiental ocorrido no Vale do Rio dos Sinos com a mortandade de peixes por ferir o princípio do devido processo legal administrativo no qual se inserem os princípios do contraditório e da ampla defesa. 2. Isso porque o poder de polícia ambiental que a fundação detém não é absoluto e deve ser sopesado com tais princípios constitucionais garantistas, encimado ainda pelo princípio da inocência, que são limitadores do agir administrativo. A divulgação de dados sobre danos ambientais é salutar e merece divulgação, desde que não impute a alguém a responsabilização de forma viciada por sua prática. 3. AGRAVO DE INSTRUMENTO NEGADO.”(18)*

#### **4.1 Fatores Determinantes para a Ocorrência do Incidente no Rio dos Sinos**

A falta de oxigenação da água foi um dos fatores determinantes para a morte dos peixes, sendo que o fato de as empresas envolvidas jogarem diretamente seus efluentes sem qualquer tratamento no canal do Rio dos Sinos através de sistemas ilegais somente veio a agravar uma crise que há muito vinha calada.

Na bacia, é mínimo o percentual de esgotos domésticos urbanos submetidos a algum tipo de tratamento (menos de 10%) e, ainda assim, em maior parte com tratamento ao nível primário.

No que se refere à poluição das águas ocasionada pelas atividades industriais, a situação do Rio dos Sinos já foi, no passado, extremamente grave, uma vez que ocorria a descarga de efluentes industriais não tratados, especialmente de grandes curtumes.

Não somente a fauna fora prejudicada, a população também sofreu as consequências da mortandade de peixes. Segundo entrevistas feitas com a comunidade ribeirinha, o odor proveniente do rio era insuportável.

Quantas espécies de alto valor econômico, como, por exemplo, os peixes dourados pereceram?

No presente caso, temos a ocorrência não somente de um dano ecológico puro, o qual, conforme leciona Edis Milaré, refere a noção de dano ecológico puro, quando o dano incide sobre o meio ambiente em si mesmo considerado, na sua dimensão supra-individual e inapropriável, divorciado dos interesses individuais relativos.(20)

Mas, sim, ocorrera também uma lesão imposta aos bens individuais associados à degradação ambiental, já que o desastre do Rio dos Sinos não somente produziu a contaminação hídrica, com a conseqüente morte de diversas espécies

de peixes, como também causou lesão ao valor patrimonial ambiental que é protegido pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225.

Deve haver uma graduação inerente ao risco, pois alguns procedimentos feitos pelas empresas localizadas na região do Sinos possuem riscos tão elevados que a sua produção e a sua utilização deveriam ser proibidas.

Tal dever ambiental fundamental justifica-se pela obrigação que o Estado possui de tutelar o ambiente, protegendo-o não apenas das atividades dos próprios particulares, mas também, e às vezes principalmente, das atividades estatais.

O que ocasionou a redução dos níveis de oxigênio dissolvido nas águas, associando-se a esse fato a conjugação de outros fatores adversos, como período de baixa vazão natural do rio, ainda mais reduzida devido ao uso para irrigação.

Cabendo referir a existência de diversas captações para este uso nos trechos de montante, sem a devida outorga), agregado ao alto índice de poluição proveniente das indústrias da região.

Todas essas prováveis causas estão ligadas ao crescimento industrial da região. O desenvolvimento econômico deve também buscar proteger e preservar as espécies existentes, bem como o Poder Público deve formular políticas efetivas à proteção para que as gerações futuras efetivem seu direito ao meio ambiente protegido, tendo acesso a todos os recursos ambientais necessários para a manutenção da vida.

O investimento massivo na recuperação e na conservação ambiental, a adoção de tecnologias limpas, o estabelecimento de mecanismos financeiros de estímulo à proteção ambiental e o combate à exclusão social são alguns dos passos a serem dados na direção desse novo modelo de desenvolvimento.

A proteção da fauna e da flora é um dever ambiental fundamental. Obviamente é de toda a sociedade a atribuição de proteger e preservar a fauna e a flora, aos poderes públicos resta a incumbência não apenas de não realizar atos que agridam o patrimônio florístico e faunístico, mas também realizar condutas públicas que impeçam atos atentatórios praticados por particulares.

A fauna e a flora possuem natureza pública. São bens de uso comum do povo – segundo determinação constitucional – e, ainda que alguns espécimes estejam sob o domínio privado, eles possuem um valor que transcende aos limites patrimoniais, tornando-se, nesse sentido, patrimônio público.

O dano ambiental atinge a sociedade como um todo, isso porque atinge o meio ambiente enquanto bem de uso comum do povo, daí porque os operadores do direito possuem dificuldades quando da reparação do mesmo e quais instrumentos/formas serão aplicadas para o feito.

É esse o caráter multidisciplinar, dependente de prova técnica interdisciplinar, que deve ser empregado para fins de reparação, o que não é contemplado pelo sistema clássico, mas que se faz necessário para a apuração dos impactos sofridos e seus efeitos cumulativos, potenciais e futuros.

O uso racional de recursos naturais também deve ser contemplado nas nossas políticas públicas. Devemos agregar a conscientização da sociedade e a legislação ambiental, a fim de que também as empresas busquem uma relação mais sustentável com o meio ambiente.

## 5. CONCLUSÕES ARTICULADAS

Podemos depreender após a leitura do presente estudo, as seguintes conclusões:

**5.1** No que fora anteriormente analisado, temos a crise ambiental alicerçada na ocorrência do dano ambiental, consubstanciado na mortandade de oitenta e seis toneladas de peixes no Rio dos Sinos, em razão do despejo de efluentes químicos, resíduos líquidos e sólidos, em desacordo com as normas ambientais para o seu tratamento, cuja responsabilidade é imputada às empresas localizadas na região dos Sinos.

**5.2** O evento danoso provocou a instauração, pelo Ministério Público, de inquérito civil contra as demandadas, bem como o ajuizamento de ação civil pública, visando à reparação ambiental. No âmbito criminal, ainda não houve o julgamento final da ação para fins de imputação de autoria de crimes ambientais a tais empresas.

**5.3** É cediço que a reparação de danos ambientais, senão impossível, em muitos casos, encontra obstáculos de ordem natural e técnica, de custosa e demorada transposição. O Rio dos Sinos e seus formadores recebem, em quantidades crescentes e em nível de condicionamento inadequado, cargas poluidoras oriundas principalmente de despejos domésticos e resíduos sólidos urbanos, fato que vem acarretando a progressiva degradação da qualidade de suas águas.

**5.4** Entre as prováveis causas apontadas para a mortandade de peixes, podemos citar que a quantidade da matéria orgânica presente nas águas do rio apresenta valores elevados. A decomposição biológica dessa matéria orgânica contida nas águas tem como consequência uma drástica redução dos níveis de oxigênio dissolvido, com sérios prejuízos à vida aquática.. Seguramente o evento da mortandade de peixes ocorrida no período de 8 a 11 de outubro foi desencadeado a partir da situação de péssima qualidade das águas, decorrente principalmente do despejo de esgotos domésticos urbanos não tratados e da presença de detritos carreados pela drenagem pluvial urbana.

**5.5** A recuperação dos 20 quilômetros do Rio dos Sinos (RS) atingidos pelo desastre ambiental deve durar pelo menos três anos, segundo a Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca (Seap). É importante alertar que o fenômeno ocorrido, denominado como “acidente ambiental”, tende a se caracterizar como situação recorrente, perfeitamente previsível, se mantido o atual quadro de falta de saneamento, no que se refere à coleta e ao tratamento dos esgotos domésticos.

**5.6** Por fim, temos uma das mais belas biodiversidades do Planeta, culminando em um forte turismo ecológico e belos artesanatos produzidos, razão pela qual devem ser respeitadas as políticas nacionais de proteção ao meio ambiente, bem de uso comum do povo, direito fundamental da sociedade de hoje como das gerações futuras, a fim de não vermos a repetição de outra crise ambiental tal qual o desastre ocorrido no Rio dos Sinos/RS.

# **O PROCESSO DE AMBIENTALIZAÇÃO E A JURIDICIZAÇÃO DO RISCO: REFLEXÕES SOBRE A DIMENSÃO SIMBÓLICA DO DIREITO AMBIENTAL**

**ANA PAULA MARCANTE SOARES**

Mestre pelo Curso de Pós-Graduação em Direito da  
Universidade Federal de Santa Catarina. Membro do  
Instituto Anthropos. Bolsista ATPA do CNPq. Advogada

## **1. INTRODUÇÃO**

O presente estudo se propõe a refletir, situado num contexto de ambientalização dos conflitos sociais, a juridicização do risco ambiental, através do caráter instrumental e simbólico do direito ambiental como organizador dos argumentos gerados no âmbito das instituições públicas e na legitimação e fonte de argumentação dos conflitos no meio social.

A disposição dos elementos teóricos do trabalho se dá de modo que na parte inicial é apresentando o cenário em que se insere a construção do processo de ambientalização, no âmbito internacional. Após, situa-se a gênese do direito ambiental brasileiro neste processo, referindo, dentro dos limites deste estudo, o seu caráter instrumental e simbólico. Feito isso, passa-se a refletir sobre a construção de sentido de risco ambiental e a juridicização desta categoria, a partir do viés proposto.

À guisa de conclusão, configurado nos limites propostos, refere-se que a juridicização do risco, materializado no princípio da precaução, expresso em diversas normas ambientais, pode ser refletida a partir do caráter instrumental do direito ambiental como também a partir da sua dimensão simbólica como meio de legitimação e argumentação dos conflitos sociais de matéria ambiental.

## **2. O PROCESSO DE “AMBIENTALIZAÇÃO” DOS CONFLITOS SOCIAIS**

A sociedade contemporânea vive um período de intensas transformações técnico-científicas, as quais, da mesma forma que proporcionam mudanças e melhorias, implicam também danos potenciais ao ambiente. O desenvolvimento das sociedades industriais do século XX, caracterizado pela veiculação de novos processos e técnicas de produção associados à modificação das relações de apropriação econômica dos bens de produção e da utilização dos recursos naturais, resultaram em transformações na qualidade do ambiente. Trata-se de um processo de aplicação da ciência e da tecnologia à indústria na sua utili-

zação economicista, fazendo, segundo Lopes<sup>1</sup> crescer novos riscos e perigos: riscos sobre a natureza, o “meio ambiente”, a paisagem “natural” ou historicamente construída pelo homem.

A enunciação de situação de conflito se deu ao serem iniciados os debates sobre desenvolvimento e ambiente. No ano de 1972, pesquisadores do Clube de Roma publicaram o estudo “Limites do crescimento”<sup>2</sup> e, no mesmo ano, a ONU promoveu a Conferência sobre Meio Ambiente de Estocolmo. Ambos resultaram em debates sobre os riscos da degradação do ambiente, iniciados de forma esparsa, nos anos sessenta, e que ganharam mais intensidade nos anos setenta, culminando com a Conferência da ONU.<sup>3</sup>

A década de setenta, segundo Viola<sup>4</sup>, marca o despertar da consciência ecológica no mundo. É quando os problemas de degradação do ambiente provocados pelo crescimento econômico são percebidos como um problema global, superando amplamente diversas questões pontuais arroladas até então nos países desenvolvidos. Em meio a esse cenário, o referido autor atenta para a escala dos instrumentos de predação característicos do fim do século XX, cujo símbolo máximo são as armas nucleares.<sup>5</sup> A histórica catástrofe de Chernobyl, no final da década de oitenta, marca o término do século XX de forma trágica, materializando as consequências do poder científico e tecnológico fortemente desenvolvido nesse período.

Na década de oitenta, como resultado do trabalho da comissão da ONU, denominada *Commission on Environment and Development*, foi elaborado o Relatório Brundtland<sup>6</sup>, o qual parte de uma visão complexa das causas dos problemas socioeconômicos e ecológicos da sociedade, sublinhando a interligação entre economia, tecnologia, sociedade e política, além de apresentar uma série de medidas a serem tomadas pelos Estados.

Seguindo este processo de politização do debate em torno da questão ambiental em escala mundial, no ano de 1992, ocorre a Conferência da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em que é elaborado um documento<sup>7</sup> onde constam objetivos, atividades e meios de implementação de uma cooperação internacional e de ações locais, buscando integrar desenvolvimento socioeconômico e proteção do ambiente.

O debate político acerca da crise ambiental ilustra um processo histórico de “ambientalização”<sup>8</sup>, o qual implica transformações no Estado e na sociedade,

<sup>1</sup> LOPES, José Sérgio Leite. Sobre processos de “ambientalização” dos conflitos e sobre dilemas da participação. In: Horizontes Antropológicos. Porto Alegre: PPGAS, jan./jun. 2006, vol.12, n.º.25, p. 31-64. p. 36.

<sup>2</sup> Para saber mais, ver em Limites do crescimento - um relatório para o projeto do clube de Roma sobre o dilema da humanidade. São Paulo: Perspectiva, 1972.

<sup>3</sup> BRUSEKE, Franz Josef. Desestruturação e desenvolvimento. In: FERREIRA, Leila da Costa e VIOLA, Eduardo (Orgs.). Incertezas e sustentabilidade na globalização. Campinas: Editora do UNICAMP, 1996. p. 103-132, p. 105.

<sup>4</sup> VIOLA, Eduardo. O movimento ecológico no Brasil (1974-1986): Do ambientalismo a ecopolítica. In: PÁDUA, José Augusto. Ecologia & política no Brasil. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo- IUPERJ, 1987. p. 63-110 p. 68.

<sup>5</sup> Idem.Ibidem.

<sup>6</sup> BRUSEKE, op.cit. p. 107

<sup>7</sup> Para saber mais, ver em Agenda 21, disponível em <http://www.mma.gov.br/sitio/>. Acesso em: 10 de março de 2008.

<sup>8</sup> LOPES, José Sérgio Leite. Sobre processos de “ambientalização” dos conflitos e sobre dilemas da participação. In: Horizontes Antropológicos. Porto Alegre: PPGAS, jan./jun. 2006, vol.12, n.º.25, p. 31-64. p. 36.

determinadas, dentre outros fatores, pelo crescimento da importância da esfera institucional do ambiente entre os anos setenta e final do século XX. Segundo Lopes<sup>9</sup>, o processo histórico de ambientalização está relacionado a uma nova questão pública iniciada nos países desenvolvidos industriais, relativa à produção de poluição industrial ampliada e à sua internacionalização. Exemplifica, ao expor tal argumento, que a Conferência de Estocolmo, de 1972, teria sido proposta pela Suécia, afetada pela poluição no mar báltico, contaminado por chuva ácida, pesticidas e metais pesados. Essa poluição seria causada não somente por indústrias nacionais, mas também por países vizinhos, o que aponta para o caráter global dos problemas ambientais<sup>10</sup>.

Esse processo de ambientalização indica uma evolução histórica de construção de novos fenômenos associado à interiorização dos atores e grupos sociais das diferentes facetas da questão pública do ambiente, percebida pela transformação na linguagem e na forma dos conflitos sociais e sua institucionalização.<sup>11</sup>

O processo de ambientalização dos conflitos sociais, determinado, dentre outros fatores, pela institucionalização da questão ambiental, pode ser percebido na mudança das relações de poder na medida em que estes (novos) conflitos se potencializam. Sob tal perspectiva, há uma mudança na forma de organização das relações sociais, conforme a questão ambiental passa a ser uma nova fonte de legitimidade e de argumentação nos conflitos.<sup>12</sup> A noção de conflito socioambiental está aqui referida a um conjunto complexo de embates entre grupos sociais em função de seus distintos modos de inter-relacionamento com o meio ambiente.<sup>13</sup>

Às transformações implicadas neste processo alia-se à perspectiva de interdependência econômica e política que marca o processo de globalização contemporâneo como uma reordenação das relações de poder inter-regionais, sugerindo uma magnitude ou intensidade crescente de fluxos globais, de tal monta que os Estados e sociedades ficam cada vez mais enredados em sistemas mundiais e redes de interação.<sup>14</sup>

Em meio ao processo de “ambientalização”, sobretudo no início da década de noventa, tem-se a temática ambiental presente nas preocupações cotidianas e de longo prazo do cidadão, na linguagem do discurso político institucional, passando pelo proliferar de organizações cívicas, fundações, departamentos, institutos e pesquisas acadêmicas.<sup>1516</sup> Há, em meio a este processo, segundo Lopes<sup>17</sup>, a reconversão de profissionais às novas questões ambientais, assim como novos

<sup>9</sup> LOPES, op.cit. p. 36.

<sup>10</sup> LOPES, op. cit. p. 36.

<sup>11</sup> Idem.Ibidem. p. 34.

<sup>12</sup> Idem.Ibidem. p. 36

<sup>13</sup> LITTLE, Paul. Ecologia política como etnografia: um guia teórico e metodológico. In: Horizontes Antropológicos. Porto Alegre: PPGAS, jan./jun. 2006, vol.12, nº.25, p. 85-103, p. 85.

<sup>14</sup> HELD, David. McGREW, Anthony. Prós e contras da globalização. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. pp. 11 e 12

<sup>15</sup> SOROMENHO-MARQUES, Viriato. O Problema da Decisão em Política de Ambiente. In: Revista Crítica de Ciências Sociais, nº. 36, fevereiro. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 1993, pp. 27- 40 p. 27.

<sup>16</sup> Relacionando às ideias do autor, dentro do contexto apresentado neste estudo, cita-se a própria ocorrência deste evento, em sua 13ª edição, para fins de debate da problemática ambiental, a partir de um campo de conceitos da área jurídica.

<sup>17</sup> LOPES, op. cit. p. 36.

profissionais e mesmo a construção de uma justificativa empresarial, baseada na apropriação da crítica ambiental ao capitalismo, desembocando em “novas responsabilidades ambientais corporativas”.

Dentre os fatores implicados nas transformações sofridas pelo Estado e pela sociedade, ao longo da construção deste processo, internacionalmente referido, mas, em especial, para fins deste estudo, no âmbito nacional, tem-se, o crescimento da importância da esfera político institucional do meio ambiente manifestado através do desenvolvimento do Direito Ambiental.

## **2.1 A Formação do Direito Ambiental Brasileiro Inserido no Processo de Ambientalização: Notas sobre sua Dimensão Instrumental e Simbólica**

As transformações desencadeadas pelo processo de ambientalização estão inseridas sobremaneira no campo jurídico, na medida em que estas transformações políticas, econômicas e sociais determinam a necessidade de se estabelecer parâmetros de atuação do Estado e da sociedade em face das transformações que se apresentam. Assim, em meio ao crescimento da importância da esfera institucional do ambiente, entre os anos setenta e final do século XX, desencadeado pelos debates internacionais em torno da questão ambiental, impulsionados, sobretudo, pela Conferência de Estocolmo, ocorre a proliferação de diversas declarações e tratados internacionais dirigidos à matéria ambiental, os quais, influenciaram as legislações internas dos países.<sup>18</sup> A questão ambiental, portanto, passa a ser incorporada ao discurso jurídico, refletindo-se na elaboração legislativa e na formulação doutrinária, no plano nacional e internacional.

Nessa ordem de ideias, o processo histórico de ambientalização pode ser observado, no que concerne ao campo jurídico, no desenvolvimento do direito ambiental.<sup>19</sup> Desse modo, em meio às transformações de ordem estatal e social, implicadas no processo de ambientalização, o campo jurídico possui um importante potencial de intervenção nesse universo. Isso por que o direito ambiental pode ser refletido aqui, em meio ao processo histórico de ambientalização, sob dois aspectos: o seu caráter instrumental e a sua dimensão simbólica.

O seu caráter instrumental se dá na medida em que a proliferação de normas em matéria ambiental, sejam de direito material ou processual, constituam-se ferreamentas para a ação dos operadores do direito para intervirem em questões referentes ao ambiente.<sup>20</sup> Ao expor essa ideia, não se pretende simplificar um com-

<sup>18</sup> No Brasil, especialmente, como ilustrativo deste processo, cita-se a Lei n.º 6.938, de 1981, considerada o primeiro marco legal em matéria de ambiente instituindo a Política Nacional do Meio Ambiente e criando o Sistema Nacional de Meio Ambiente, criam-se, portanto, órgãos ambientais e distribuem-se competências, a partir desta norma. Poder-se-ia citar, ainda, a Lei da Ação Civil Pública n.º 7.347 de 1985 e o “status” jurídico reservado ao meio ambiente em sede constitucional, a partir de 1988, com o advento da Constituição Federal, na qual consta um capítulo inteiro sobre a tutela ambiental, e, num contexto mais recente de produção legislativa, a Lei n.º 9.605 de 1998 sobre infrações administrativas e crimes ambientais.

<sup>19</sup> LOPES, op.cit. p. 46

<sup>20</sup> Nesse sentido, refere-se aqui a Lei n.º 7.347/85 que disciplina a Ação Civil Pública e que será mencionada, ao longo deste trabalho, como exemplificativa do caráter instrumental das normas, em matéria ambiental, para a ação dos operadores do direito e, em última análise, para a intervenção desses operadores nos novos conflitos sociais que se potencializam.

plexo processo de formação doutrinária e jurisprudencial em matéria ambiental, advindas de mudanças de concepções jurídicas e incorporação de novos princípios, materializado na promulgação de leis, mas situá-las neste contexto.

No que se refere à dimensão simbólica do campo do direito ambiental como fonte de legitimidade e argumentação nos conflitos sociais, pode-se dizer que os recursos argumentativos que se encontram no sistema jurídico têm um papel especial na dinâmica que envolve a definição dos assuntos e problemas públicos, assim como a própria questão ambiental. Sob tal perspectiva, seguindo argumentação de Fuks<sup>21</sup>, tem-se que:

*“A lei, assim como a doutrina, veicula uma compreensão cuja legitimidade é automaticamente assegurada devido, não apenas à universalidade e à precisão conceituais características das formulações jurídicas e à referência em que se constitui para a organização do discurso dos diversos tipos de atores que se situam na esfera estatal, mas, também, de forma difusa, à sua ressonância com aquilo que é chamado de cultura pública.”<sup>22</sup>*

Nesse sentido, a dimensão simbólica da lei transita como criadora de significados em consonância com a cultura pública, tratando, portanto, segundo o autor<sup>23</sup>, da eficácia ideológica da lei que, em seu caráter eminentemente público, penetra no cotidiano da sociedade e constitui as relações sociais, da mesma forma como a relação de propriedade, por exemplo. A lei, como instância de expressão e consolidação de princípios que ascenderam à esfera pública, segundo essa argumentação, contribui para o processo de definição dos problemas sociais, tal como os ambientais, constituindo uma versão, ao mesmo tempo, pública e oficial da realidade.<sup>24</sup>

Desse modo, em meio às transformações de ordem estatal e social, implicadas no processo de ambientalização, o campo jurídico possui um importante potencial de intervenção nesse universo. Ao se refletir sobre a questão ambiental como uma nova fonte de legitimidade e argumentação nos conflitos, deve-se atentar também para o direito na sua dimensão instrumental e simbólica, nos seus princípios e valores, como organizador dos argumentos gerados no âmbito das instituições públicas.<sup>25</sup>

Nessa ordem de ideias, coloca-se o sistema jurídico como instrumento de controle e organização social e também como fonte argumentativa dos grupos sociais nos conflitos ambientais. Acrescente-se a isso, o modo como a dimensão simbólica do direito, nos seus princípios e valores usados como fonte de argumentação, é redefinida, a partir de conflitos específicos, num caráter de particularidade dos grupos sociais envolvidos.<sup>26</sup> Conforme já se disse os conflitos

<sup>21</sup> FUKS, Mario. Conflitos ambientais no Rio de Janeiro: ação e debates nas arenas públicas. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2001. p. 62.

<sup>22</sup> FUKS, op.cit. pp. 62 e 63. O autor refere Gusfield, Joseph R. The culture of public problems: drinking-driving and the symbolic order. Chicago: University of Chicago, 1981, para tratar da dimensão simbólica da lei, dizendo que este autor a define como os atributos culturais da mesma.

<sup>23</sup> FUKS, op.cit. p. 71.

<sup>24</sup> Idem.Ibidem. p. 71

<sup>25</sup> Idem.Ibidem. p. 64.

<sup>26</sup> FUKS, op.cit. p. 64

socioambientais referem-se a um conjunto complexo de embates entre grupos sociais em função de seus distintos modos de inter-relacionamento, portanto indo além de um foco restrito à embates políticos e econômicos para incorporar elementos rituais, identitários e morais.

### 3. A CONSTRUÇÃO DE SENTIDO DE RISCO AMBIENTAL: ALGUNS APONTAMENTOS

Ao mesmo tempo em que o sistema jurídico conforma e é conformado pelos processos sociais, esta retroalimentação remete à reflexão de como isso se opera, na sua dimensão instrumental e simbólica, no espaço de um conflito ambiental que implique risco.

Antes, no que se refere à discussão da conceituação em si, acredita-se que o risco, atualmente, pode ser discutido, tomando-se seu conceito como um elo entre o passado e o futuro.<sup>27</sup> A noção de risco como um vínculo com o futuro é a premissa básica nas discussões propostas por De Giorgi.<sup>28</sup>

Assim, partindo de uma visão sistêmica<sup>29</sup>, o autor aponta que a sociedade contemporânea está inserida num contexto em que as ações e as decisões estão implicadas na relação de probabilidade/improbabilidade dos acontecimentos sobre os quais é difícil construir uma cadeia de conexões imputando-lhes causalidade. Isso porque, para o autor, os acontecimentos assumem um caráter de normalidade, quando o seu “acontecer” é sustentado pelo consenso de regularidade.<sup>30</sup>

No contexto em que as ações e as decisões estão implicadas na relação de probabilidade/improbabilidade dos acontecimentos, De Giorgi entende que a sociedade contemporânea é caracterizada pela sua grande capacidade de controlar as indeterminações e, do mesmo modo, de produzi-las e que tal paradoxo traz a necessidade de proteção e de segurança.<sup>31</sup> Esta necessidade de segurança, todavia, está inserida num contexto de incerteza, ou seja, se uma decisão poderia ter sido tomada de forma diversa, o evento ao qual essa se refere e o momento em que o acontecimento e a decisão se fundam, se inserem neste contexto de incerteza.

Assim, trazendo a reflexão de De Giorgi sobre as representações de futuro da sociedade contemporânea e as implicações dessas para as decisões/acontecimentos, percebe-se que o autor aponta para a paradoxalidade que caracteriza essa mesma sociedade, quando diz que:

<sup>27</sup> LIEBER, Renato Rocha e ROMANO-LIEBER, Nicolina. O conceito de risco: Janus reinventado. In: MINAYO, Maria Cecília de Souza. (Org). Saúde e ambiente sustentável: estreitando nós. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002. pp. 69-113, p. 95.

<sup>28</sup> DE GIORGI, Raffaele. Direito, Democracia e o Risco. Vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. pp. 192-193.

<sup>29</sup> Como não pode ser objeto de estudo deste trabalho, a teoria dos sistemas, de Luhmann, no espaço de reflexão proposto, no intuito de se compreender o risco, na visão sistêmica de Raffaele De Giorgi, refere-se que os sistemas (como a política, a economia e o sistema jurídico), tais como descritos pela teoria sistêmica, buscam estabilidade e segurança por meio da redução da complexidade social. Ver em SERRANO, op.cit. pp. 57-77, CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema e decisão judicial. São Paulo: Max Limonad, 2002, pp. 19-21.

<sup>30</sup> DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. In: Revista Sequência – Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Ano 15, nº. 28, junho de 1994, pp. 45-54, p. 46.

<sup>31</sup> Idem. *Ibidem*. p. 46.

*“[...] na sociedade contemporânea reforçam-se simultaneamente segurança e insegurança, determinação e indeterminação, estabilidade e instabilidade. Ou pode-se mesmo dizer que nesta sociedade há simultaneamente mais igualdade e mais desigualdade, mais participação e menos participação, mais riqueza e, ao mesmo tempo, mais pobreza. Ou ainda: o futuro está mais próximo porque a possibilidade de agir e a sua complexidade desenvolveram-se simultaneamente; este futuro, porém, segue ignorado e sempre incerto e preocupante, porque o desvio da normalidade é, ao mesmo tempo, mais estável e mais contingente.” 32*

A compreensão do risco funda-se nas formas diferenciadas de representação do futuro pela sociedade contemporânea, no momento em que não há mais condições de representação com certeza e segurança. Sobre essas representações, Leite e Ayala<sup>33</sup> afirmam que qualquer esforço de representação de futuro, com certeza e segurança, seria dedutível em termos de uma descrição apenas simplificada de uma provável ou possível sociedade e não mais que isso.

O risco atravessa duas ordens centrais da contemporaneidade: as da tecnologia e da economia. Nessa perspectiva, o autor aponta que a discussão do tema do risco e as preocupações que advém dele são estimuladas, em particular, pelo problema relativo às consequências ecológicas das novas tecnologias, e, mais do que isso, pela utilização econômica de seus resultados, constituindo uma ameaça que a sociedade contemporânea procura para si mesma.

### **3.1 O Direito Ambiental como Fonte de Argumentação nos Conflitos: A Juridicização do Risco**

Nessa perspectiva, a dimensão política do risco, na vinculação com o futuro, associada à incerteza no âmbito relativo às decisões tomadas não está apartada da sua dimensão jurídica, pois o direito, como realidade normativa que é, pode estabelecer parâmetros de atuação para a tomada de decisão que envolva riscos.<sup>34</sup>

Tais parâmetros pode ser dado pelo princípio da precaução, o qual dirige-se às situações de incerteza, preconizando que, mesmo quando existam dúvidas científicas sobre os riscos provocados por atividade, empreendimento, processo ou produto, devem ser adotadas medidas destinadas a evitar a concretização de lesões ao ambiente ou à saúde pública.<sup>35</sup> Ao referi-lo, não se trata aqui de centrar-se no conteúdo e aplicabilidade jurídica do princípio em questão, mas colocar o foco sobre a juridicização do risco, sob a perspectiva da incorporação desta categoria em um princípio de direito ambiental.

Visando conceituá-lo, tem-se que o princípio da precaução é introduzido nos debates internacionais sobre ambiente e desenvolvimento, impulsionados pela

<sup>32</sup> DE GIORGI, Direito, Democracia e Risco. Vínculos com o futuro. p. 192.

<sup>33</sup> LEITE; AYALA, op.cit. pp. 14 e 15.

<sup>34</sup> BELLO FILHO, Ney de Barros. Teoria do Direito e Ecologia: Apontamentos para um Direito Ambiental no século XXI. In: Estado de Direito Ambiental: Tendências – aspectos constitucionais e diagnósticos. LEITE, José Rubens Morato, FERREIRA, Helene Silvini. (Orgs.). Rios de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 90.

<sup>35</sup> Idem.Ibidem. p.190.

Conferência de Estocolmo, de 1972, e, principalmente, pela Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, no ano de 1992, sendo incorporado à Declaração do Rio, como resultado dessa Conferência, no seu Princípio 15. A partir da recepção do princípio da precaução pelo ordenamento jurídico brasileiro<sup>36</sup> diversas normas ambientais passam a incorporá-lo, expressamente ou como “medidas de precaução” aos riscos, as quais, citam-se, exemplificadamente: o Decreto regulamentador da Lei de Crimes Ambientais, a própria Lei de Crimes Ambientais, a Lei de Biossegurança, Proteção ao patrimônio Genético, dentre outras.<sup>37</sup>

Neste aspecto, estar-se-ia diante do caráter instrumental do direito ambiental, a partir da referência ao conceito de risco juridicizado, através do princípio da precaução, precisamente, e das normas ambientais produzidas posterior a sua recepção, de forma generalizada. Para além do seu caráter instrumental, estas normas versando sobre risco, contendo princípios e valores, podem ser refletidas a partir da sua dimensão simbólica como organizadora dos argumentos gerados no âmbito das instituições públicas e na legitimação e fonte de argumentação dos conflitos no meio social.

Propõe-se refletir, através da análise do risco juridicizado, o direito ambiental, com seus princípios e valores (mais universalistas, como a noção de bem comum ou menos universalistas e mais afetos ao risco, “risco à saúde pública”, “incerteza científica”, etc) como fonte de legitimação e organização destes argumentos.

Evidentemente que fundado no conceito de conflito ambiental, anteriormente esboçado, mesmo dentro dos limites deste estudo, não está sendo afastado os sentidos particulares e localizados referidos a um conjunto complexo de embates entre grupos sociais em função de seus distintos modos de inter-relacionamento com o meio ambiente. A dimensão simbólica da norma ambiental, em especial o risco e o princípio da precaução, seus princípios e valores, faz parte do processo de construção dos sentidos particulares de risco de grupos sociais distintos num conflito ambiental.

Nessa ordem de ideias, propõe-se a refletir e problematizar o direito ambiental como instrumento de controle e organização social e também como fonte argumentativa dos grupos sociais nos conflitos ambientais, especialmente no âmbito das instituições públicas. Sob a perspectiva do risco, poder-se-ia pensar o argumento gerado pelo técnico, pela entidade ambientalista, pelo empreendedor, no âmbito de um conflito ambiental particularizado, acerca do que seja risco ou “risco aceitável”. A proposição teórica apresentada, dentro dos limites e possibi-

<sup>36</sup> Princípio 15: “Com a finalidade de proteger o meio ambiente, os Estados devem aplicar amplamente o critério da precaução conforme suas capacidades. Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de certeza absoluta não deverá ser utilizada para postergar-se a adoção de medidas eficazes para prevenir a degradação ambiental”. Sobre a recepção da Declaração do Rio de 1992, especialmente no que concerne ao princípio da precaução no ordenamento jurídico brasileiro, interessante referência feita ao parecer de Guido Soares, tomado como razão de decidir, no qual sustenta a recepção do princípio pela legislação brasileira como a obrigação de “não postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”. Ver em BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. BOITEUX, Fernando Netto. Poluição Eletromagnética e meio ambiente: o princípio da precaução. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008. p. 177

<sup>37</sup> Decreto Federal nº. 6.514/2008, Lei Federal nº. 9.605 de 1998, em seu artigo 54, parágrafo 3º, dentre outros; Lei Federal nº. 11.105/2005, em seu artigo 1º.

lidades deste estudo, pode estar referida à Jurisprudência pátria versando sobre a aplicabilidade do princípio da precaução e os argumentos gerados no âmbito dos diferentes grupos sociais, a partir da dimensão simbólica da estrutura das ideias, princípios e valores jurídicos acerca.<sup>38</sup>

#### **4. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**4.1** O debate político acerca da crise ambiental ilustra um processo histórico de ambientalização, o qual implica transformações no Estado e na sociedade, determinadas, dentre outros fatores, pelo crescimento da importância da esfera institucional do ambiente entre os anos setenta e final do século XX.

**4.2** Sob a perspectiva de formação do processo histórico de ambientalização, tem-se uma mudança na forma de organização das relações sociais, conforme a questão ambiental passa a ser uma nova fonte de legitimidade e de argumentação nos conflitos, manifestado através do desenvolvimento do direito ambiental.

**4.3** O caráter instrumental do direito ambiental pode ser expresso na produção de normas ambientais, enquanto que a sua dimensão simbólica no especial papel que desempenha como fonte de legitimação e argumentação nos conflitos sociais.

**4.4** A juridicção do risco, através das normas ambientais que o contemplaram, especialmente o princípio da precaução, contendo ideias, princípios e valores, podem ser refletidas a partir da dimensão simbólica do direito ambiental como organizador dos argumentos gerados no âmbito das instituições públicas e como legitimação e fonte de argumentação dos conflitos sociais.

---

<sup>38</sup> Ainda que não seja objeto deste trabalho a referência à dados empíricos, faze-se nota à pesquisa realizada pela autora, durante a realização de Mestrado no Curso de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, baseada em análise qualitativa de dados da Ação Civil Pública nº. 2005.72.00.002978-0 que tramita na Justiça Federal da Seção Judiciária de Santa Catarina, na Vara Federal Ambiental de Florianópolis, na qual, sob perspectiva teórica diversa e mais aprofundada, analisou questões afeitas aos argumentos gerados no âmbito dos diversos grupos sociais envolvidos neste conflito.



# **APONTAMENTOS SOBRE A POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE COMPENSAÇÃO AMBIENTAL NÓS LICENCIAMENTOS DE ATIVIDADES COM OGMs**

*AZOR EL ACHKAR*

Auditor Fiscal de Controle Externo do TCE/SC,  
Advogado de Direito Ambiental e Direito do Terceiro Setor,  
Mestre em Direito Ambiental CCJ/CPGD/UFSC

## **1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS**

Vive-se hoje um momento paradigmático considerando-se toda a história do planeta Terra e, mais precisamente, desde que o animal homem foi reconhecido como mais um dos habitantes deste imenso pedaço de existência cósmica. Em verdade, inseridos num magnífico sistema autoregulado e vivo, chamado carinhosamente de Gaia<sup>1</sup>.

Paradigmático, pois ao mesmo tempo em que se avança vertiginosamente em relação às conquistas tecnológicas, às modernas fórmulas científicas, ao rompimento e entendimento de conceitos antigos sob novas perspectivas, aumenta-se o perigo e risco de atingirmos seriamente e de modo irreversível o equilíbrio físico-natural que mantém vivos todos os seres que habitam Gaia.

Sem adentrar, neste momento, nos princípios e regras que norteiam a questão ambiental em nosso país, pode-se dizer que ao nível planetário, é senso comum a necessidade de preservação da natureza e de todos os recursos ambientais que a compõem, seja por uma inspiração intrínseca, por uma ideologia moral ou por questões legais. Para tanto, esta preservação nem sempre é possível pelo simples fato de declarar como protegida e inacessível do uso exploratório humano todas as áreas consideradas essenciais a manutenção da vida na Terra.

Em muitos casos é necessário o sacrifício de uma área natural para implantação de atividades humanas exploratórias em prol do desenvolvimento e do atingimento de princípios relacionados à ordem econômica, como a livre iniciativa. Mas, este prisma não pode jamais ser sopesado sem a conjugação do princípio em relação aos bens ambientais e sua completude.

A Lei Federal nº 11.105/05, instituiu regras gerais para manipulação e fiscalização de organismos geneticamente modificados (OGM) no ordenamento

---

<sup>1</sup> Para saber mais sobre o assunto ver: LOVELOCK, James. GAIA – uma teoria do conhecimento. Porto Alegre: Fundação Gaia, 2000.

pátrio. Além disso, reestruturou o Comitê Técnico Nacional de Biossegurança, atribuindo-lhe nova configuração e competência.

A questão central gira em torno da liberação dos OGMs na natureza, da necessidade de licenciamento ambiental e legalidade da exigência de compensação ambiental à luz da Convenção de Diversidade Biológica (CDB), do Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança (PCB), dos princípios do direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, estampados no art. 225 da Constituição Federal (CF/88) brasileira e da lei no Sistema Nacional de Unidades de Conservação, Lei Federal nº 9985/00 (SNUC).

## 2. BIODIVERSIDADE E BIOSSEGURANÇA: REGULAÇÃO NO BRASIL

A discussão deste tema teve início em tempo bastante recente, mais precisamente na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, encontro chamado de Rio ou ECO 92. Nesta reunião de líderes e atores mundiais foi estabelecida a CDB, a qual entrou no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto Legislativo nº 02/94 e definitivamente promulgada pelo Decreto Federal nº 2.519/98.

Foi a CDB que estabeleceu as linhas gerais para preservação da biodiversidade, utilização sustentável de seus elementos e repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos<sup>2</sup>.

Destaca-se alguns artigos da CDB norteadores das ideias propostas. No art. 8º, que trata da conservação *in situ*, a alínea 'g', diz: "Estabelecer ou manter meios para regulamentar, administrar ou controlar os riscos associados à utilização e liberação de organismos vivos modificados resultantes da biotecnologia que provavelmente provoquem impacto ambiental negativo que possa afetar a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica, levando também em contra os riscos para a saúde humana".

Ressalta-se ainda o art. 14, "Avaliação de Impacto e Minimização de Impactos Negativos", quanto o § 1º diz que "Cada Parte Contratante, na medida do possível e conforme o caso deve: a) Estabelecer procedimentos adequados que exijam a avaliação de impacto ambiental de seus projetos propostos que possam ter sensíveis efeitos negativos na diversidade biológica a fim de evitar ou minimizar tais efeitos e, conforme o caso, permitir a participação pública nesses procedimentos"<sup>3</sup>.

A CDB previu em seus desdobramentos outros tratados que pudessem concretizar de modo mais específico seus propósitos. Neste sentido, as partes contratantes da CDB, em 2000, assinaram o PCB<sup>4</sup>, que entrou em vigor em 2003. Seu objetivo é assegurar a proteção do uso seguro de OGMs, produto da biotecnologia, que possam ter efeitos adversos na conservação e no uso sustentável da diversidade biológica, em consideração aos riscos à saúde humana<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> CDB, art. 1º.

<sup>3</sup> WOLFF, Simone. Legislação ambiental brasileira: grau de adequação à Convenção sobre Diversidade Biológica. Brasília: MMA, 2000. p. 72, 73 e 78.

<sup>4</sup> Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança.

<sup>5</sup> PCB, art. 1º.

Relacionado diretamente à matéria, o PCB prevê expressamente no art. 27 que “A Conferência das Partes, atuando na qualidade de reunião das Partes do presente Protocolo adotará, em sua primeira reunião, um processo em relação à elaboração apropriada de normas e procedimentos internacionais no campo da responsabilidade e compensação por danos que resultem dos movimentos transfronteiriços de organismos vivos modificados, analisando e levando em devida consideração os processos em andamento no direito internacional sobre essas matérias e procurará concluir esse processo num prazo de quatro anos”.

De fato, é uma diretriz indicativa de meta a ser atingida pelos Estados-Partes do PCB. Não está em vigor ainda, mas traduz o espírito da normativa. Não há nem mesmo algum indicativo de qual será o modo de implementação deste mecanismo de controle e preservação, podendo inclusive ser prévio à realização do empreendimento com OGM. É como prevê o documento preparado para o Seminário Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança: Impactos para o Brasil: “Existe também a opção de criação de um fundo com contribuições da indústria de biotecnologia, que poderá ser criado antes da ocorrência do dano ou após a ocorrência do dano. Poderá ser também um fundo com contribuições públicas ou até mesmo um fundo misto, com contribuições públicas e privadas”<sup>6</sup>.

Entretanto, como os Estados-Partes não chegaram a um consenso definitivo na instituição deste normativa, estabeleceram um prazo até 2010, quando enfim deverá ser regulamentado, ao nível internacional, a regra de responsabilidade e compensação no âmbito do PCB.

No país as implicações diretas da CDB e do PCB foram materializadas na chamada Lei de Biossegurança, de nº 11.105/05, que ao entrar em vigor, revogou uma série de dispositivos, dentre eles a primeira Lei sobre o tema no país, nº 8.974/95, posteriormente acrescida e alterada pela Medida Provisória 2.191-9/01, também revogada pela recente Lei.

Os principais destaques da nova Lei de Biossegurança para o tema em debate é: a necessária observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente, expresso na parte final do art. 1º e a exigência de autorização da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) para realização de atividades previstas na Lei, nos termos do § 3º do art. 2º.

A CTNBio compete, conforme art. 14: estabelecer critérios de avaliação e monitoramento de risco de OGM e seus derivados (III), proceder à análise da avaliação de risco (IV), autorizar as atividades de pesquisa com OGM (VIII), identificar atividades e produtos decorrentes do uso de OGM e seus derivados potencialmente causadores de degradação do meio ambiente ou que possam causar riscos à saúde humana (XX). Ainda no tema, o art. 16, § 1º, inc. III esclarece que ao órgão competente do Ministério do Meio Ambiente a jurisdição do licenciamento, nos casos em que a CTNBio deliberar que o OGM é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente, reforçando o § 2º do mesmo artigo que somente se aplicam as disposições dos incisos I

<sup>6</sup> Disponível em: <<http://www.cib.org.br/cartagena.php>>. Acesso em: 20 jun 2008.

e II do art. 8º e do *caput* do art. 10 da Lei nº 6.938/81, nos casos em que a CTNBio deliberar que o OGM é potencialmente causador de significativa degradação ao meio ambiente<sup>7</sup>.

Alargadas foram as competências conferidas à “nova” CTNBio. Mesmo não sendo responsável pelo licenciamento, é quem decidirá se um empreendimento econômico a base de OGM deverá ou não se submeter aos processos de Avaliação de Impacto Ambiental e seus desdobramentos, como elaboração de Estudos de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental, realização de audiências públicas e pagamento de compensação ambiental prévia, todos condicionantes à expedição das licenças ambientais, seja prévia, de instalação e operação.

Busca-se no ordenamento jurídico brasileiro, alguns subsídios embaixadores da tese debate. Logo em seguida discutir-se-á a questão do licenciamento para atividades com OGM, defendendo a necessidade de sua exigência, sob o fundamento do princípio da precaução e a exigência de compensação ambiental, nos termos do SNUC.

### 3. A POLÊMICA EM TORNO DO LICENCIAMENTO DOS OGMs

Não há como abordar qualquer questão relacionada ao meio ambiente, ainda mais quando se busca fundamentos principiológicos de base para defender a preservação da natureza em seu sentido *latu*, sem adentrar e invocar o art. 225 da nossa Carta Magna e todos os seus desdobramentos.

É notório que a Constituição elevou a direito fundamental, com mesmo peso e valor daqueles elencados no art. 5º, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois esta é uma condição *sine qua non* à sadia qualidade de vida e à manutenção do seres no planeta Terra.

Para consecução desta meta/missão, alguns instrumentos são referenciados como deveres ao poder público para cumprimento da tarefa, destacando-se a exigência de estudo prévio de impacto ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente (IV) e o controle da produção, da comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente (V).

O legislador constitucional municiou o poder público e a coletividade de alguns recursos visando alcançar o objetivo maior, a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Da mesma forma, a legislação infraconstitucional forneceu mecanismos teóricos e práticos para a realização desta meta missão.

<sup>7</sup> Lei nº 6.938/81 – Art. 8º Compete ao CONAMA: I - estabelecer, mediante proposta da SEMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pela SEMA; II - determinar, quando julgar necessário, a realização de estudos das alternativas e das possíveis consequências ambientais de projetos públicos ou privados, requisitando aos órgãos federais, estaduais e municipais, bem assim a entidades privadas, as informações indispensáveis para apreciação dos estudos de impacto ambiental, e respectivos relatórios, no caso de obras ou atividades de significativa degradação ambiental, especialmente nas áreas consideradas patrimônio nacional. 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 Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

A Política Nacional da Biodiversidade, instituída pelo Decreto Federal nº 4.339/02 instituiu princípios e diretrizes para a sua implementação. Ao mencionar os princípios que regerão a Política Nacional da Biodiversidade (PNB) expressa que a internalização dos custos se fará tendo como referência o Princípio do Poluidor-Pagador, respeitando-se o interesse público e sem distorção do comércio e dos investimentos internacionais (Princípio IX)<sup>8</sup>. Ainda, nesta mesma linha, diz que nenhuma soberania, nenhuma utilização, nenhuma política pode prescindir do recurso às disciplinas científicas e aos conhecimentos tradicionais consagrados por experiências ancestrais (Princípio VI). “Da mesma forma, não poderá ser dispensado o EIA/RIMA em casos de instalações e obras potencialmente causadoras de significativos impactos ambientais e, em especial, à biodiversidade”<sup>9</sup>. O Decreto ainda relacionada, no seu item 6, os componentes da PNB, englobando diretrizes para fortalecer os sistemas de monitoramento, avaliação, prevenção e mitigação de impactos sobre a biodiversidade, bem como para promover a recuperação de ecossistemas degradados e de componentes da biodiversidade sobreexplotados<sup>10</sup>.

Sem adentrarmos em outros diplomas legais, é possível perceber que a legislação brasileira concede amparo legal para que sejam tomadas todas as medidas necessárias à minimização dos riscos e dos perigos resultantes das atividades realizadas com OGMs. A questão do licenciamento ambiental, inclusive, foi regulamentada pela Resolução CONAMA nº 305/02, ao disciplinar os critérios e procedimentos para a instalação de empreendimentos que façam uso de OGMs, visando garantir a salubridade ambiental, a saúde e a segurança da população em geral.

MILARÉ afirma que em face da novidade da matéria e do estágio ainda embrionário dos estudos científicos existentes, a aplicação da norma deve nortear-se fundamentalmente pelo princípio da precaução. A Resolução elenca de modo exemplificativo casos em que será necessária a elaboração de Avaliação de Impacto Ambiental. O citado autor, categoricamente afirma:

*“A discricionariedade do órgão ambiental competente só é afastada quando se tratar do licenciamento de atividades e empreendimentos em áreas com restrições previstas na legislação ou, quando disponível, no macrozoneamento ambiental, hipótese em que, desde logo, foi expressamente exigida a elaboração de EIA/RIMA, como a modalidade de AIA para o caso”*<sup>11</sup>.

Os critérios a serem considerados na decisão que dispensar ou exigir a realização de EIA/RIMA foram exemplificativamente listados no art. 7º da Resolução. Vale citar os seguintes: a) parecer técnico prévio da CTNBio; b) localização, porte e características da atividade; c) potencial de impacto ambiental e socioeconômico, de acordo com a descrição das áreas de influência direta e indireta”<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 656.

<sup>9</sup> Id. *ibid.*, p. 657.

<sup>10</sup> Id. *ibid.*, p. 661.

<sup>11</sup> Id. *ibid.*, p. 537.

<sup>12</sup> Id. *ibid.*, p. 539.

Em que pese a extrema atualidade do tema e a relevância da matéria, a considerável novidade das normas não conseguiu se fazer acompanhar ainda de uma doutrina de peso e concisa. São raros os autores que se apanharam em lidar com esta questão e em defender argumentos favoráveis ou contra a inevitabilidade do licenciamento ambiental com a consequente AIA para atividades de OGMs.

Batalhas já foram travadas entre a União e o estado do Paraná, pela liberação do plantio e comercialização de produtos com OGM<sup>13</sup> e no judiciário, com o famigerado processo envolvendo a Monsanto e a União Federal de um lado e o IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor) e Greenpeace de outro com respeito a liberação a soja transgênica no país. Depois de muitas idas e vindas, a mais recente decisão, consignada em autos de Apelação Cível nº 1998.34.00.027682-0, foi o acórdão proferido em de 28 de junho de 2004, exigindo a realização de EIA/RIMA para liberação de soja geneticamente modificada, com posicionamento pela aplicação do princípio da precaução<sup>14</sup>. Recentemente a lide teve embargos declaratórios rejeitados por unanimidade.

#### 4. CTNBIO: COMPETÊNCIA E A ADI 3526

A CDB define biotecnologia como “qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos, ou seus derivados, para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica”<sup>15</sup>. Os desenvolvimentos tecnológicos no ramo das Ciências Naturais, com aplicação direta na Agronomia inaugura a era da biotecnologia, mas também a era das incertezas. O poder da biotecnologia, com seus riscos e oportunidades, é incensurável e desafiador.

Conforme afirma MILARÉ:

*“Já se entrevê que começou a corrida tecnológica incentivada por interesses econômicos; e não tardará a ser declarada verdadeira guerra pela obtenção de resultados e lucros, uma vez que a era das técnicas convencionais e modernas vai se encerrando para dar espaço ao reinado das tecnologias de ponta”*<sup>16</sup>.

Os processos mais avançados e inovadores ainda permanecem sob suspeição, visto que muitos fenômenos ou resultados negativos começaram a aparecer, sem que se necessite esperar pelos efeitos retardados de alguns processos mais em evidência, como os OGMs.

Extraído da Folha de São Paulo, caderno especialmente escrito sobre o tema, a preocupação do risco de manipulação dessa tecnologia vem ilustrado:

<sup>13</sup> Disponível em: <[http://www.csalaw.com.br/pdf/info\\_amb/infoamb11.pdf](http://www.csalaw.com.br/pdf/info_amb/infoamb11.pdf)>. Acesso em: 20 jun 2008.

<sup>14</sup> Disponível em: <[http://www.trf1.gov.br/Processos/ProcessosTRF/ctrf1proc/ctrf1proc.asp?proc=1998340\\_00276820](http://www.trf1.gov.br/Processos/ProcessosTRF/ctrf1proc/ctrf1proc.asp?proc=1998340_00276820)>. Acesso em: 20 jun 2008.

<sup>15</sup> Art. 2º.

<sup>16</sup> MILARÉ, op. cit. p. 218.

*“Ambientalistas e alguns pesquisadores acreditam que os riscos de manipulação genética para a saúde e o ambiente não se encontram definitivamente afastados [...], as culturas transgênicas disponíveis, tais como a da soja e a do milho, beneficiam produtos de sementes e agrotóxicos, não o público em geral”<sup>17</sup>.*

A manipulação genética de organismos vivos e a posterior introdução desta nova combinação em exposição ao meio ambiente representa um dos maiores riscos atualmente aceitos pela sociedade. A evolução da ciência caminha lado a lado com o aumento da carga de perigo a que a comunidade como um todo é exposta. O princípio da precaução, implicitamente contido no art. 225 da CF/88 e expressamente mencionado no art. 1º da nova Lei de Biossegurança<sup>18</sup> parece estar sendo pouco aplicado pela CTNBio.

Dentro do seu quadro de competências, a CTNBio deve fazer a avaliação prévia do risco para liberação de atividades com OGMs, decidindo se é o caso ou não de submissão a licenciamento ambiental diante do órgão federal executor da Política Nacional do Meio Ambiente, o Ibama. Por toda atualidade e novidade do tema, não é possível analisar qual o posicionamento majoritário da CTNBio em relação à liberação de empreendimentos com OGM, porém já é possível fazer um diagnóstico preliminar a respeito das diversas culturas agrícolas liberadas sem exigência de licenciamento ambiental. Numa rápida visita ao sítio eletrônico da Comissão<sup>19</sup>, pode-se conferir o parecer técnico conclusivo em relação à liberação de importação e comercialização de milho geneticamente modificado para uso em ração animal.

Falar da competência da CTNBio atualmente é de certa forma relativo. O Supremo Tribunal Federal (STF) recebeu um pedido de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) contra mais de 20 dispositivos da Lei nº 11.105/05. A ação foi proposta pelo procurador-geral da República Cláudio Fonteles, contestando especificamente a atribuição dada à CNTBio, em relação aos transgênicos.

O fundamento da ADI é que a atribuição dada a CTNBio contradiz a Constituição, que determina à União, Estados, Distrito Federal e Municípios a proteção do meio ambiente e o combate à poluição em qualquer de suas formas. Fonteles acredita que não cabe aos municípios e estados pedir autorização à União para aplicar instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, que inclui o licenciamento ambiental.

A ADI alega que a Lei de Biossegurança esvazia o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) e o processo de licenciamento ambiental porque dispensa o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA), que fica sob responsabilidade da CNTBio, desvinculado do sistema, tirando do Ibama a autoridade para analisar as implicações da liberação do cultivo de sementes transgênicas, já que

<sup>17</sup> Edição especial sobre OGMs. Folha de São Paulo, São Paulo, 06 ago 1998. p. E03.

<sup>18</sup> Lei 11.105/05 - Art. 1º Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.

<sup>19</sup> Disponível em: <[http://www.ctnbio.gov.br/index.php?action=/content/view&cod\\_objeto=1299](http://www.ctnbio.gov.br/index.php?action=/content/view&cod_objeto=1299)>. Acesso em 20 jun 2008.

cabará a CNTBio emitir as licenças. Ocorrendo isto, haveria a suspensão da eficácia da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente e anulação de competência normativa do Conselho Nacional do Meio Ambiente, ao condicionar o licenciamento de organismos geneticamente modificados ao juízo prévio de valor da CNTBio.

A ADI nº 3526<sup>20</sup> teve aceita como *amicus curiae* o IDEC e as ONGs Greenpeace e Terra de Direitos. O Relator é o Ministro Celso de Mello já tendo se manifestado nos autos o Advogado Geral da União estando com vista ao Procurador Geral da República<sup>21</sup>.

## 5. A DEFESA DA NECESSIDADE DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL AOS OGMs

Há que se falar neste momento dos argumentos justificadores da necessidade de realização de licenciamento ambiental acompanhado de elaboração de AIA na modalidade EIA e RIMA. Mesmo considerando todas as normativas acima expostas, recomendativas das ações mitigadoras de efeitos negativos de atividades com OGMs; ainda que tendo presente a realidade da sociedade de risco que estamos imersos, da falta de certeza absoluta das consequências da introdução de espécies com genes alterados; e da máxima do princípio da precaução, são insuficientes para ensejar uma posição mais condizente com o princípio universal *in dubio pro ambiente*.

Um dos maiores defensores a aplicação do licenciamento ambiental para todo e qualquer empreendimento utilizador de OGM é o Procurador da República Aurélio Rios. Em diversas oportunidades foi possível confirmar seu vigoroso e consistente posicionamento em relação ao tema. São suas estas palavras:

*“Esses organismos transgênicos, ou seja, que tiveram genes de espécies diferentes incorporados ao seu genoma original, representam uma anomalia artificial criada pelo homem e pela ciência e, como tal, devem ser amplamente avaliados com relação às possíveis consequências de sua existência nos ecossistemas naturais. Essas medidas de avaliação e contenção de riscos, seja de que natureza for, para aferição dos impactos da introdução desses OGMs compõem a base legal da biossegurança”<sup>22</sup>.*

Em relação à aplicação do princípio da precaução, RIOS afirma:

*“Isso significa que os Estados devem aplicar o princípio da precaução, de acordo com suas respectivas capacidades, de modo a evitar sérios e irreversíveis danos ambientais, mesmo se não houver ainda uma definitiva evidência científica dos efeitos de certos produtos e substâncias ao meio ambiente. (...) os Estados devem tomar medidas urgentes e eficazes para antecipar, prevenir e combater, na origem, as causas de degradação ambiental”<sup>23</sup>.*

<sup>20</sup> Disponível em: <[http://www.pgr.mpf.gov.br/pgr/fonteles/manifestacoes/adi/documentos/adi3526\\_Biosseguranca.pdf](http://www.pgr.mpf.gov.br/pgr/fonteles/manifestacoes/adi/documentos/adi3526_Biosseguranca.pdf)>. Acesso em 20 jun 2008.

<sup>21</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 20 jun 2008.

<sup>22</sup> RIOS, Aurélio. Aspectos Jurídicos da Biossegurança no Brasil. In: Meio ambiente. Brasília: ESMPU, 2004. p. 87.

<sup>23</sup> Id. *ibid.*, p. 91.

Também o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança foi alvo de sua reflexão:

*“[...] representa um avanço significativo na tentativa de se fixar normas e padrões de biossegurança, servindo de documento internacional como referência legislativa básica para a proteção da diversidade biológica e da saúde humana em relação a eventuais danos que possam advir da liberação no meio de OGM ou da ingestão de produtos ou alimentos transgênicos.*

*[...] o ônus da prova de que os produtos transgênicos não produzem efeitos nocivos recairá sobre seus produtores, como um pressuposto lógico da aplicação do princípio da precaução.*

*[...] o PCB é um compromisso dos países soberanos, que são partes da CDB, com regras mínimas de biossegurança, ressaltando o direito de cada parte estabelecer normas mais rígidas ou critérios próprios para a aceitação e liberação de sementes, grãos ou produtos geneticamente modificados.*

*O Protocolo reconhece [...] que os produtos transgênicos [...] deverão ser avaliados através de Estudos de Impacto Ambiental, a exemplo do que determina a Constituição Brasileira, em seu art. 225, inciso IV<sup>24</sup>.*

Ao tratar do EIA/RIMA e a sua obrigatoriedade na execução ações com OGMs, RIOS faz um estudo apanhado das normas que regulam e tratam da matéria, tecendo as conclusões seguintes:

*“Ora, é incontestável que a manipulação de material genético, especialmente para plantio e posterior comercialização, como pretendido pelas empresas de biotecnologia, exige EPIA, pelos riscos que podem implicar ao meio ambiente e à saúde do homem. A questão do risco inerente a todo produto geneticamente modificado parece incontroversa. Mesmo os que defendem o plantio de grãos transgênicos [...] admitem que risco zero não existe. Não se quer certeza absoluta. Essa não existe na natureza, na ciência ou no direito. Mas não se pode aceitar que os riscos possíveis ou previsíveis da liberação de OGM no meio ambiente não sejam cuidadosamente examinados pelo poder público. [...] os riscos devem ser enfrentados em bases científicas e, se não houver certeza, melhor esperar prudentemente que ela ocorra, ainda que contrariando interesses econômicos imediatos, do que correr riscos ecológicos desnecessários<sup>25</sup>.*

MACHADO *apud* RIOS afirmou que somente a prova da inexistência de risco na introdução de soja geneticamente modificada poderia isentar o empreendedor a exigência de EIA, no célebre caso da soja *round up ready* envolvendo a gigante Monsanto<sup>26</sup>.

Corroborando a ideia, RIOS consolida seu juízo sobre a matéria: “O EIA não é uma formalidade de menos; uma faculdade, arbítrio ou capricho que pu-

<sup>24</sup> Id. *ibid.* p. 93.

<sup>25</sup> Id. *ibid.* p. 96.

<sup>26</sup> Id. *ibid.* p. 98.

desse ser dispensado no exame tão delicado das consequências do descarte de OGM no meio ambiente e a exigência constitucional não poderia ser limitada por uma Lei Ordinária”<sup>27</sup>.

Diante de tantos argumentos plausíveis, aceita-se e defende-se a necessária e obrigatória exigência de licenciamento ambiental seguido de EIA/RIMA diante do órgão competente, para toda e qualquer empreitada com OGMs. É preciso suplantar a pressa, a precipitação, a improvisação, a rapidez insensata e a vontade de resultado imediato. Tudo isso devido a busca de segurança do meio ambiente e da continuidade da vida. Em caso de dúvida, deve-se optar pela solução que proteja imediatamente o ser humano e conserve o meio ambiente<sup>28</sup>. Resta argumentar no sentido de justificar a aplicação de medida compensatória administrativa prévia para licenciamento com biotecnologia.

## 6. A OBRIGATORIEDADE DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL EM ATIVIDADES COM OGMs

A questão da compensação ecológica ou ambiental<sup>29</sup> foi muito pouco ou quase nada explorada doutrinariamente. O conhecimento pátrio sobre o tema está compilado em poucos artigos reunidos esparçadamente em periódicos<sup>30</sup>, geralmente relacionados à questão do dano ambiental, sua impossibilidade de restauração *in natura in situ* da poluição e sua substituição por medida compensatória, normalmente *ex situ*. Não é o caso em questão.

A fundamentação legal vem expressa em poucos, porém concisos, artigos de lei, decreto e, recentemente, numa Resolução do CONAMA<sup>31</sup>. A Lei que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) n° 9.985/00, previu pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, a cobrança de compensação ambiental prévia à instalação de empreendimento efetivamente degradador do meio ambiente, comprovado por meio de Ava-

<sup>27</sup> Id. *ibid.* p. 99.

<sup>28</sup> MELO, Melissa; RUSCHEL, Carolina. Biossegurança: instrumento para preservação da biodiversidade. In: Anais X Congresso Internacional de Direito Ambiental, 2006, São Paulo. Direitos Humanos e Meio Ambiente. São Paulo: Instituto “O Direito por um Planeta Verde”, 2006. v. I. p. 781-794. p. 786.

<sup>29</sup> Prefere-se usar a expressão compensação ambiental, pois comumente aceita na doutrina.

<sup>30</sup> Sobre o assunto ver: ANTUNES, Paulo de Bessa. Dano Ambiental: uma abordagem conceitual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.; FERREIRA, Heline Sivini. Compensação Ecológica: um dos modos de reparação do dano ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo. (Orgs.) Aspectos processuais do direito ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.; IRIGARAY, Carlos Teodoro José Hugueneu. Compensação ambiental: solução ou confusão. In: BENJAMIN, Antonio Herman. (Org.) Anais do Congresso Internacional de Direito Ambiental. São Paulo: Instituto por um Planeta Verde, 2005. p. 201-212.; LEITE, José Rubens Morato. Termo de Ajustamento de Conduta e Compensação Ecológica. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo. (Orgs.) Aspectos processuais do direito ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.; LEITE, José Rubens Morato; LIMA, Maíra Luísa Milani; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. Ação Civil Pública. Termo de Ajustamento de Conduta e Formas de Reparação do Dano Ambiental: reflexões para uma sistematização. I.: MILARÉ, Edis. (Coord.) A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.; MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.; SAMPALIO, Francisco José Marques. Responsabilidade Civil e Reparação de Danos ao Meio Ambiente. 2 ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.; SALLES, Carlos Alberto. Execução Judicial em Matéria Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.; SOARES, Carolina Chaves. A Compensação Ambiental Prevista na Lei do SNUC e as Reservas Particulares do Patrimônio Natural. In: BENJAMIN, Antonio Herman. (Org.) Anais do Congresso Internacional de Direito Ambiental. São Paulo: Instituto por um Planeta Verde, 2005. p. 571-579.

<sup>31</sup> Resolução CONAMA n° 371, de 05 de abril de 2006.

liação de Impacto Ambiental na modalidade EIA/RIMA, nos termos do art. 36 e seus parágrafos<sup>32</sup>.

A primeira regulamentação específica da matéria veio no bojo do Decreto nº 4.340/02 que regulamentou a questão da destinação dos recursos advindos da compensação ambiental, a obrigatoriedade de criação de Câmaras de Compensação de competência dos Estados e a definição do grau de impacto a partir dos estudos do EIA/RIMA, nos termos dos arts. 31 *usque* 34 do mencionado título regulamentador.

A doutra lição de MILARÉ faz uma análise estrita e centrada nos ditames da lei, sem se adentrar em questões de mérito, numa típica exegese *ispis literis*, asseverando que:

*“Não se pode perder de vista que o dever de apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação nasce, para o empreendedor, da potencialidade de dano significativo decorrente de seu empreendimento. Por conseguinte, os recursos que o empreendedor despende têm, em princípio, uma relação direta com a área em que os prejuízos ambientais possam ocorrer”*<sup>33</sup>.

Faz-se necessário interpretação alargada da normativa instituída pelo art. 36 da Lei do SNUC, ao criar a compensação ambiental. Fica perceptível a criação de um mecanismo eficiente e efetivo de controle e proteção do meio ambiente. Considerando que todo empreendimento, de um modo ou de outro, causa efeitos negativos ao ambiente e cada vez mais é exigido o licenciamento das atividades humanas, a compensação ambiental tende a se tornar praxe na regulamentação do desenvolvimento econômico social, devendo ser exigida e cobrada para a maior parte dos empreendimentos com significativo impacto ao meio ambiente.

De fato, não há uma ligação expressa entre o licenciamento de OGMs e a exigência de compensação ambiental, mas conforme leitura sob o pilar da organicidade sistêmica do sistema legal nacional, bem como aplicação prática do art. 27 do PCB mencionado acima, é possível que o aprovação das atividades com OGMs esteja condicionada ao pagamento de compensação para liberação das licenças ambientais.

Um caso concreto ilustra esta possibilidade. O Ministério Público Federal<sup>34</sup> ingressou com ação civil pública em defesa da Floresta Nacional de Passo Fundo (RS) contra a plantação de soja transgênica em propriedades lindeiras a unidade de conservação de uso sustentável. Neste caso, CTNBio ao liberar o cultivo, poderia exigir do empreendedor o pagamento de compensação ambiental, por todos os riscos que a atividade oferece a unidades mencionada.

<sup>32</sup> Lei nº 9.985/00 - 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.

<sup>33</sup> MILARÉ, op. cit. p. 268.

<sup>34</sup> Disponível em: <[http://www.ambientevital.com.br/noticia\\_ler.php?idnoticia=324](http://www.ambientevital.com.br/noticia_ler.php?idnoticia=324)>. Acesso em: 10 ago 2008.

A primeira jurisprudência coletada sobre o tema ajuda a solidificar a tese. Na ADI 3.378-6 do DF impetrada pela Confederação Nacional da Indústria em desfavor do citado art. 36 e seus parágrafos da Lei do SNUC, o pronunciamento prévio do Relator Ministro Carlos Ayres Britto, no sentido de indeferimento do pleito traz esperança para o meio ambiente brasileiro. São destaques do seu eminente voto:

*“[...] a Constituição Federal tem o meio ambiente em elevadíssima conta. [...] inspirado nessa decidida opção política [...] o legislador ordinário federal aprovou a Lei nº 9.985/00. [...] criou, no seu art. 36, uma forma de compartilhamento das despesas com as medidas oficiais de específica prevenção ante empreendimentos de significativo impacto ambiental. [...] à luz do art. 36, vê-se que todos os empreendimentos de relevante impacto ambiental estão sujeitos a compensação-compartilhamento e [...] densifica o princípio usuário-pagador; este a significar um mecanismo de assunção de responsabilidade social (partilhada, insista-se) pelos custos ambientais derivados da atividade econômica<sup>35</sup>.*

## 7. IDEIAS CONCLUSIVAS

Ao final de todo exposto a ideia desenvolvida nestas curtas anotações sobre o tema dos OGMs, licenciamento e compensação ambiental se mostraram bastante viáveis e plausíveis. A coletânea de regramentos trazida à baila não deixa dúvidas que amparo legal existe. Entretanto, a lógica mercadológica é pouco propensa a reflexões menos economicistas.

Contudo, área ainda pouco paupável, muito nebulosa e movediça ainda paira no ar em relação à competência conferida pela Lei nº 11.105/05 a CTNBio para liberação de OGMs e o estabelecimento de classificação aos empreendimentos que são ou não enquadrados como potencialmente ou de significativo impacto ambiental. O que permanece claro e inalterado é a competência do órgão ambiental integrante do SISNAMA para o licenciamento e exigência de pagamento de compensação ambiental.

Permanece-se, ante ao ineditismo do tema, preso as concepções legais e jurisprudenciais, sem um aprofundado estudo doutrinário que possa ser utilizado, inclusive pelo poder público, para subsidiar as ações em prol da conservação do ambiente. Considera-se que o pontapé inicial foi dado. A complexidade envolvendo a questão demandará esforço interdisciplinar com o diálogo de diversas áreas do conhecimento para um posicionamento mais claro e conciso, precipuamente do direito, da biologia e da economia.

Resta comprovado, em que pese a superficialidade com que foi tratado o tema, que o meio ambiente merece todo respeito e consideração. Sob à luz do princípio da precaução e da intolerabilidade dos riscos que a sociedade deve

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.378-6, Distrito Federal. Confederação Nacional da Indústria e Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Britto. Acórdão publicado no Diário da Justiça 20 jun. 2008.

suportar, faz-se legal e legítimo a exigência de compensação ambiental estabelecido no art. 36 do SNUC para liberação de empreendimentos regulados pela Lei nº 11.105/05, cabendo aos órgãos integrantes do SISNAMA a sua regulamentação e cobrança.

## **8. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**8.1** O Brasil é um dos grandes mercados para produção de OGMs, cuja produção será impulsionada com a promulgação da Lei Federal nº 11.105/05.

**8.2** À CTNBio foi conferida competência, ainda *sob judice*, para aprovar ou não os empreendimentos com OGMs, conferindo inclusive, potencial de causar alto impacto ambiental.

**8.3** Todo empreendimento com OGMs deve ser precedido de licenciamento ambiental, analisado e expedido pelo órgão ambiental competente.

**8.4** Aqueles empreendimentos com OGMs que forem considerados como atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente deve ser exigido o pagamento da compensação ambiental, nos termos do art. 36 do SNUC.



# O DIREITO À CULTURA E A SUSTENTABILIDADE DAS CIDADES

*BEATRIZ RUBIN*

Advogada Ambiental e Empresarial Graduada em Direito pela UFRGS Especialista em Direito Ambiental pela PUC/SP

## 1. INTRODUÇÃO

Os problemas urbanos contemporâneos aliados a políticas desastrosas, à má distribuição das riquezas e à falta de ordenamento jurídico compatível com a realidade das cidades vêm causando uma degradação, cada dia maior, do meio ambiente urbano.

Entretanto, as cidades oferecem grandes possibilidades para a realização de projetos socioculturais. As novas estratégias de desenvolvimento local que vêm sendo difundidas em diferentes países, com o papel das cidades redefinido, como locais de gestão de fluxos de capitais, mercadorias e informações, unidas à necessidade de criação de cidades sustentáveis com função social e, ainda, o advento da globalização, que forneceu as possibilidades de “visibilidade” das cidades, através de mídia eletrônica, tornam os municípios uma chave-mestra no desenvolvimento sustentável do país.

Por outro lado, a inércia dos governos federal e estadual em colocar em prática os preceitos constitucionais de direito à Cultura, mantém populações de grandes, médias e pequenas cidades sem o necessário incentivo e apoio às atividades culturais. Através de pesquisa bibliográfica e análise do momento de crise encontrada na área cultural do país, defendemos, nesta tese, a necessidade de descentralização da política pública ligada à cultura, com a criação de mecanismos e medidas que tornem viável a utilização de legislação específica voltada para a arte e cultura, em nível municipal, com o objetivo de preservação das culturas urbanas locais, utilizando o potencial criativo das comunidades como propulsor da sustentabilidade.

## 2. O DIREITO À CULTURA

Após mais de 20 anos da promulgação da Constituição Federal, cujo artigo 215 diz, textualmente: “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”, o IBGE divulga dados alarmantes sobre a realidade cultural brasileira: apenas 13% dos brasileiros frequentam cinema alguma vez por ano; 92% nunca frequentaram museus;

93,4% jamais frequentaram exposições de arte; 78% nunca assistiram a espetáculos de dança; 82% não possuem computador em casa, e destes, 70% não tem qualquer acesso à internet (nem no trabalho, nem na escola); mais de 90% dos municípios não possui salas de cinema, teatro, museus e espaços culturais multiuso; 73% dos livros estão concentrados nas mãos de apenas 16% da população; o preço médio do livro de leitura corrente é de R\$ 25,00, elevadíssimo comparado à renda do brasileiro nas classes C/D/E; cerca de 600 municípios brasileiros nunca receberam uma biblioteca, a grande maioria do Nordeste; 56,7% da população ocupada na área de cultura não têm carteira assinada ou trabalha por conta própria<sup>1</sup>.

Observa-se que, tanto em âmbito constitucional, quanto nas leis específicas, estão previstas diversas formas de proteção do patrimônio cultural material e imaterial, tangível e intangível, com a legislação pertinente determinando a promoção, apoio e incentivo à produção cultural e artística brasileira, através da angariação de fundos a serem destinados à produção de espetáculos culturais e artísticos, entre outros mecanismos de preservação do meio ambiente cultural. Assim, o estado deveria fomentar a produção cultural e artística, a preservação e difusão do patrimônio cultural, e também, estimular para o conhecimento dos bens e valores culturais.

Os incentivos fiscais, que pela legislação específica, poderiam contribuir para uma real instituição do preceito constitucional do direito à cultura, são fornecidos através de dedução parcial ou integral do valor investido, independentemente do resultado do projeto. Assim, o governo arca com todo o risco do negócio, devido ao descompromisso com o resultado, tanto do patrocinador quanto do produtor cultural. Embora estudos de casos internacionais demonstrem a eficácia dos incentivos fiscais em patrocínios de atividades artístico-culturais, no Brasil, até mesmo por suas características históricas, há um certo “favorecimento” das elites culturais, demonstrado pelo grande número de incentivos concentrados em projetos de grandes corporações, ou de artistas já consagrados. Por outro lado, há também maior concentração de projetos no eixo Rio-São Paulo, onde estão instaladas as maiores empresas ligadas à mídia.

O mau uso da legislação vigente, e a instabilidade da mesma, leva à dificuldade dos agentes culturais na obtenção dos benefícios auferidos pelos incentivos fiscais, além da malversação das verbas públicas, ligadas, principalmente à Lei Rouanet.

## 2.1 Os Desafios à Promoção do Direito à Cultura

Com a globalização, os problemas relativos à conservação do meio ambiente deixam de ser, unicamente, os aspectos de preservação da natureza. Passa a existir uma tendência mundial de preocupação com outros aspectos como saneamento,

<sup>1</sup> MINISTÉRIO DA CULTURA. Mais Cultura. “Indicadores da Exclusão Social, o Programa”. Disponível em: <<http://mais.cultura.gov.br/2009/02/10/434/>>. Acesso em: 25 fev 2009.

atividades industriais, transportes, habitação, urbanismo, turismo, lazer e, também, artes e cultura. Diversos desafios precisam ser vencidos para que se promova o Direito à Cultura.

### 2.1.1 Separação entre Patrimônio Natural e Cultural

Um grande desafio surge na separação nítida entre bens que integram o patrimônio natural e os que integram o patrimônio cultural, visto o entrelaçamento existente entre as duas categorias, promovido pelas próprias leis, como por exemplo, a Lei n. 3.924/61, que ao caracterizar os monumentos arqueológicos ou pré-históricos (bens culturais), incluiu os “*sítios nos quais se encontram vestígios positivos de ocupação pelos paleoameríndios*”, os “*locais de pouso prolongado ou de aldeamento*”, e outros que se confundem com as áreas naturais.

Assim, na tutela jurídica, exercida conjuntamente, passou-se a utilizar a expressão “*bens naturais e culturais*”, ou expressões equivalentes, como fez a Lei n. 6.513/77 ao criar as *áreas especiais* de interesse turístico como trechos do território nacional “*a serem preservados e valorizados no sentido cultural e natural, destinados à realização de planos e projetos de desenvolvimento turístico*”, e os *locais* de interesse turístico, como trechos que, por sua adequação ao desenvolvimento de atividades turísticas são destinados à realização de projetos específicos, considerando-se de interesse turístico *os bens de valor cultural e natural protegidos por legislação específica*, entre os quais enumera, no seu art. 1o., os bens de valor histórico, artístico, arqueológico ou pré-histórico, as manifestações culturais ou etnológicas nos locais onde ocorram, as paisagens notáveis, etc.<sup>2</sup>.

### 2.1.2 Desafios Socioculturais

O Mais Cultura, do próprio Ministério da Cultura, enumera diversos desafios socioculturais: a) em relação ao *acesso e cidadania*, há necessidade de potencializar as ações culturais das populações excluídas e vulneráveis e garantir o acesso ao lazer e ao consumo de bens e serviços culturais, imprescindíveis para uma cidadania plena; b) na área de *cultura e educação*, reincorporar a cultura como vetor de qualificação da educação; c) para a *infância e juventude*, garantir a produção e o acesso a conteúdos culturais adequados a essas faixas etárias; d) em relação a *livros e leitura*, desenvolver a prática da leitura como fator determinante para o acesso à cidadania; e) referindo-se à *cultura digital*, promover a interação qualificada com o mundo digital; f) para a *família e a comunidade*, promover a integração das gerações para o pleno convívio comunitário e familiar de crianças, jovens, adultos e idosos; g) qualificar o *ambiente social* das cidades brasileiras; h) referente à *cultura e trabalho*, capacitar e incorporar os jovens ao mundo do

<sup>2</sup> FERREIRA, Ivette Senise. “Proteção do Meio Ambiente Urbano e Cultural”. USP. Fundação Arcadas. Disponível em: <<http://www.fundacaoarcadas.org.br/artigo2.htm>>. Acesso em: 06 jan 2009.

trabalho cultural – técnico e artístico e tirar, da informalidade econômica, milhões de brasileiros que sobrevivem da cultura, em condições precárias; i) no que tange à *diversidade cultural*, fortalecer os valores, práticas e modos de vida sustentáveis e saudáveis e disseminar uma cultura democrática, solidária e de paz, promovendo a diversidade cultural e a igualdade racial<sup>3</sup>.

### 2.1.3 Desafio Econômico

O Ministério da Cultura não diz, com clareza, de onde virá o financiamento para o combate aos desafios existentes na área da cultura. O Ministério foi incapaz de incorporar a Lei Rouanet como política pública: sem uma regulamentação transparente e bem definida, com alterações casuísticas de diretrizes, e um aparente “totalitarismo” do governo, que interfere diretamente sobre quem aprova os projetos, além de criar burocracias limitadoras do acesso de grande parte das atividades culturais consideradas “*inconvenientes diante da atual política*”, a Lei Rouanet tende a ser extinta. O MINC pretende que existam melhorias com o recém aprovado projeto do PROFIC (Programa de Fomento e Incentivo à Cultura). Entretanto, o próprio Ministro da Cultura ainda não sabe qual o orçamento previsto para esse projeto<sup>4</sup>. Corre-se, assim, o risco de extinção da Lei Rouanet, sem que existam programas culturais estruturados e economicamente viáveis que a substituam, e que possam ser utilizados por todos, conforme manda nossa Carta Magna.

Para piorar, em meio à crise internacional atual, em 22 de dezembro de 2008, o governo federal, por meio da Lei Complementar número 128, penalizou as empresas culturais optantes pelo Simples. Empresas cinematográficas, de produção cultural, artes cênicas, escolas de dança, entre outras, foram reclassificadas do Anexo III para o Anexo V. Empresas que antes recolhiam entre 6% e 17,42% passarão a recolher entre 17,5% e 22,9% do faturamento<sup>5</sup>.

O chamado “ICMS ecológico”, que tem, como base, o artigo 158 da Constituição, beneficia, principalmente, municípios com grandes mananciais e reservas ecológicas, não tendo sido observado o auxílio ao meio ambiente cultural imaterial e intangível.

Em âmbito estadual, nem todos os estados possuem leis específicas de incentivo à cultura e, as dificuldades vêm sendo as mesmas da legislação federal.

### 2.1.4 O Gigantismo do País e a Cultura da Corrupção

O desafio de sermos um país de proporções continentais carrega consigo a também proporcional diversidade de manifestações culturais, sobre as quais incidem, ainda, os problemas econômicos regionais. Esta característica torna gi-

<sup>3</sup> MINISTÉRIO DA CULTURA. Mais Cultura. “Desafios socioculturais, o programa”. Vídeo. Disponível em: <<http://mais.cultura.gov.br/2009/02/10/440/>>. Acesso em: 03 fev 2009.

<sup>4</sup> ALVES, Ceci. Juca Ferreira: “O Estado tem responsabilidade de financiamento da cultura”. ATARDE online, 2009. Disponível em: <<http://www.atarde.com.br/cultura/noticia.jsf?id=1104897>>. Acesso em: 28 mar 2009.

<sup>5</sup> BRANT, Leonardo. “Mais impostos para empresas culturais”. 2009. Disponível em: <<http://www.culturaemercado.com.br/post/mais-impostos-para-empresas-culturais/>>. Acesso em: 02 fev 2009.

gantesca, a ação de preservação do patrimônio cultural das regiões mais pobres do país. Por outro lado, o Nordeste, considerado uma das regiões mais pobres, celebra-se como local de maior concentração de práticas corruptas e clientelísticas. Certamente, a corrupção é um desafio dos mais complexos, não existindo consenso sobre se esta prática faz ou não parte da cultura brasileira.

Segundo VIEIRA:

*“A literatura aponta inúmeras razões para os altos índices de corrupção, desde instabilidade política, níveis baixo de renda, governança falha, regulamentação excessiva, burocracia, inércia, etc”<sup>6</sup>.*

A corrupção é influenciada por diversas variáveis, sendo, a cultura, apenas uma fonte de influência, ao lado da instabilidade política e legislativa, as estruturas de mercado, a burocracia que dificulta as ações legais, a baixa renda e escolaridade da população, a inércia das comunidades e dos cidadãos no combate a essa prática, a aceitação do fenômeno como inerente à prática política.

Seria lugar comum dizer que a corrupção diminui as possibilidades de desenvolvimento cultural e de preservação da identidade cultural de um povo.

### **2.1.5 O Desafio da Imprevisibilidade**

Um dos grandes problemas da demanda cultural é a sua imprevisibilidade, característica de trabalhos artísticos sem fins lucrativos, de trabalhos criativos, e da imensa cultura popular. As indústrias que produzem bens protegidos por direitos autorais, como a indústria do disco, editoras de livros, produtoras de filmes, entre outras, buscam explorar o potencial financeiro dos autores.

Para diminuir os riscos, derivados da imprevisibilidade dos atores culturais, essas empresas reduzem a diversidade de expressões disponíveis. Assim, forma-se a cultura de massa, meramente comercial, que privilegia o trabalho cultural gerador de lucro, com público consumidor garantido. Nesse sentido, formam-se celebridades efêmeras, justamente pela falta de conteúdo técnico, artístico e/ou de raiz cultural.

### **2.1.6 A Falta de Visibilidade**

Tudo o que não pertence à grande escala tem grande dificuldade para alcançar visibilidade, que facilita encontrar canais de distribuição e chegar ao mercado. A mídia prefere produtos dos grandes conglomerados midiáticos porque quer garantias de grandes números de consumidores para seus produtos. Assim, embora 93% das empresas que operam no setor cultural sejam micro, pequenas ou mé-

<sup>6</sup> VIEIRA, Fabiano Mourão. “Cultura Brasileira e Corrupção”. Universidade Positivo. Palestra, set 2007. Disponível em: <<http://economia.fabiano.googlepages.com/CulturaBrasileiraeCorrupo.doc>>. Acesso em: 09 fev 2009.

dias<sup>7</sup>, seus produtos dificilmente aparecem na televisão ou no rádio. Em geral, as micro, pequenas, médias empresas culturais não têm os recursos para conseguir visibilidade. Nesse contexto, temos ainda os trabalhos informais: “quem faz a roupa ou cozinha para uma festa local faz parte de uma unidade econômica, mas em geral não é uma micro empresa formal.”<sup>8</sup> Certamente, esse tipo de atividade cultural não tem visibilidade.

### 3. SUSTENTABILIDADE DAS CIDADES

Entende-se por sustentabilidade as ações que *atendem às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas próprias necessidades*.<sup>9</sup> Entretanto, há várias interpretações para o termo “sustentabilidade” e “desenvolvimento sustentável”. Do ponto de vista das cidades, há necessidade de adequação do desenvolvimento à manutenção da sustentabilidade nas dimensões social, econômica, geográfica, ecológica e cultural<sup>10</sup>. Se, por um lado, as cidades necessitam de desenvolvimento em várias áreas, como indústria, comércio, turismo, educação, economia, por outro, há a realidade de recursos limitados, e a divergência de projetos com o discurso ecológico, por muitos governantes, considerado limitador do desenvolvimento econômico das cidades.

No Brasil, os problemas e a precariedade materiais referentes às necessidades do cidadão são, de tal forma extensos e complexos, que parte dos municípios se encontra próximo à falência. Enquanto nas grandes cidades, as superpopulações vivem os dramas da falta de programação urbanística, com perda dos centros históricos, verticalização das construções, transporte urbano deteriorado ou insuficiente, diminuição do verde, poluição, congestionamentos, enchentes, violência exacerbada, entre outras, as pequenas cidades encontram-se quase que marginalizadas, com falta de hospitais, escolas, meios de comunicação, meios de subsistência digna. Diante desse contexto, a preocupação com artes e cultura parece um anacronismo utópico.

Considerando-se, porém, que a expressão de maior riqueza de uma população seja a de afirmar sua pluralidade e diversidade, através da criação artística e cultural, as possibilidades de transformação social não serão desenvolvidas se não forem criadas condições materiais e imateriais para isso. Isto é, o patrimônio cultural das cidades não se constitui, apenas, do acervo já existente (a ser preservado para as gerações futuras), mas de toda a criação existente nas diferentes modalidades de expressão da cultura, de uso comum do povo, como sua música, religião, culinária, folclore, artes representativas individuais e coletivas, literatura, sotaques regionais, estórias, etc.

<sup>7</sup> IBGE. “Sistema de Informações e Indicadores Culturais 2003-2005”. 2008. Disponível em: [http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/04/indic\\_culturais2005.pdf](http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/04/indic_culturais2005.pdf). Acesso em: 09 jan 2009.

<sup>8</sup> YÚDICE, George. “Economia da Cultura no Marco da Proteção e Promoção da Diversidade Cultural”. New York University. Disponível em: <[http://oglobo.globo.com/blogs/arquivos\\_upload/2007/06/110\\_2931-George%20Yudice%20Economia%20da%20cultura.doc](http://oglobo.globo.com/blogs/arquivos_upload/2007/06/110_2931-George%20Yudice%20Economia%20da%20cultura.doc)>. Acesso em: 06 jan 2009.

<sup>9</sup> LAYRARGUES, Philippe P. “A cortina de Fumaça: o discurso empresarial verde e a ideologia da racionalidade econômica”. São Paulo: Annablume, novembro de 1998, 234p.

<sup>10</sup> SACHS, I. “Estratégias de transição para o século XXI: desenvolvimento e meio ambiente”. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Studio Nobel e Fundap, 1993.

Voltando, todavia, ao desafio das proporções continentais do país que gera proporcional diversidade cultural, o que se percebe, de imediato, é a quase impossibilidade de gerenciamento cultural centralizado. Nossa hipótese é de que a cultura necessita de projetos em nível municipal, visto que em cada município se encontram as condições de reconhecimento, amplo e profundo, das características das manifestações da cultura locais. Para aprofundar nosso pressuposto, precisamos, entretanto, discorrer sobre os diversos aspectos da sustentabilidade das cidades.

### 3.1 Leis Municipais

Com o direcionamento federal, os municípios passaram a legislar dentro do âmbito de suas competências tributárias. O ISS tem como hipótese de incidência tributária a prestação de serviços de qualquer natureza, excluídos os serviços de transporte intermunicipal e interestadual e de comunicação (art. 156, III, da CF/88). Pode, dessa forma, ser adequado à proteção ambiental, dando incentivos fiscais ou isentando-os<sup>11</sup>.

Como exemplo, no município de São Paulo, a Lei Mendonça (lei Municipal no 10.923, de 30 de dezembro de 1990) estabelece abatimento de até 20% do valor devido relativamente ao IPTU ou ao ISS para o contribuinte incentivador que tenha transferido recursos para realização de projetos culturais, mediante doações, patrocínios ou incentivos<sup>12</sup>. Outro exemplo é a Lei 1.940 de 31 de Dezembro de 1992, do município do Rio de Janeiro, que permite aos contribuintes patrocinadores o abatimento no ISS do valor integral investido, em projetos previamente aprovados pela Comissão Carioca de Cultura (CCC), até o limite de 20% do imposto devido. Esta lei funciona por meio de editais que regulam a sua utilização. Se por um lado os investidores têm o benefício de isenção integral de tributos, os proponentes, responsáveis pela realização dos projetos, sofrem uma “taxação” direta na fonte. Do total captado através desse mecanismo, apenas 70% são efetivamente repassados para a sua realização, uma vez que o a Secretaria de Cultura fica com 30% para patrocínios segundo seu interesse próprio<sup>13</sup>.

### 3.2 A Vida Cultural das Cidades

A partir da Constituição de 1988, a cidade passa a ter natureza jurídica de bem ambiental<sup>14</sup>. Portanto, a cidade sustentável com função social tem, como conceito, o local onde o cidadão exerce sua cidadania ambiental, com qualidade de vida e dignidade, tendo reconhecidos os direitos fundamentais consagrados na Constituição.

<sup>11</sup> AMARAL, Paulo Henrique do. “Direito Tributário Ambiental”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 192.

<sup>12</sup> FIORILLO, C. A. P. “Curso de Direito Ambiental Brasileiro”. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

<sup>13</sup> CAVALCANTI, Gabriel Estellita Lins. “Análise econômica das políticas de incentivo à cultura no Brasil”. Rio de Janeiro: FGV, 2006. Disponível em: <http://virtualbib.fgv.br/dspace/handle/123456789/343>. Acesso em: 01 set 2008.

<sup>14</sup> AHMED, Flávio. “A Cultura e o Lazer na Perspectiva da Sustentabilidade das Cidades”. In: PEREIRA NETO, Aloísio et al. Cidades sustentáveis no Brasil e sua tutela jurídica. Ahmed, Flávio; Coutinho, Ronaldo (Coordenadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris editora, 2009.

O plano diretor dos municípios pode ser um instrumento fundamental na execução da política cultural das cidades, criando ambiências destinadas ao fomento das atividades culturais.

Sendo o convívio humano fundamental para que a cultura floresça (um dos Atos Institucionais do período da ditadura militar cerceou os encontros públicos, já que são expressão não apenas de convívio social, mas força motriz da cidadania cultural e da transformação social), com os espaços populares garantindo um fluxo simbólico propício à ebulição cultural, sem o obstáculo da massificação<sup>15</sup>, o plano diretor dos municípios deve buscar as obras necessárias para esse convívio. Por outro lado, deve o município propiciar agendas de eventos característicos e criar espaços para as manifestações culturais, não apenas as já existentes, mas as que estão em plena criação, de acordo com a vocação cultural local.

Dessa forma, o cidadão, assessorado pelas políticas públicas, passa a se desenvolver como artífice da própria cultura, e a constituir a matéria prima que leva à sustentabilidade da própria cidade.

#### 4. CIDADES CULTURALMENTE SUSTENTÁVEIS

Um dos maiores exemplos de desenvolvimento cultural sustentável encontra-se em Paris. Cidade pioneira neste aspecto, em Paris, especificamente em *Montmartre*, situa-se a praça do “*Tertre*”, praça símbolo dos artistas plásticos de todo o mundo. *Montmartre* é conhecida como o “Quartier des Artistes”. Sua história está ligada a de muitas celebridades do mundo da arte. *Montmartre* norteou o Impressionismo e a Arte Moderna. Desde o século XIX, mais de 4000 artistas criaram seus estúdios na colina, incluindo Monet, Renoir, Picasso, Van Gogh, Lautrec. Paris é uma das cidades mais visitadas do mundo e *Montmartre* é o ponto alto para os que querem, realmente, conhecer a cidade. Cerca de 300 artistas tem permissão de exhibir seus trabalhos na Praça do *Tertre*. Os desenhos e pinturas são feitos diante dos visitantes, um dos maiores atrativos da praça. Frequentemente, os visitantes, seduzidos pelos trabalhos, compram pinturas, desenhos e retratos. Os artistas que trabalham na praça foram, oficialmente, reconhecidos pelas autoridades culturais, tendo, como uma das poucas exigências, a exposição de trabalhos originais. Pelo número de artistas que trabalham e expõem seus quadros nessa área, pode-se dizer que *Montmartre* é a maior exposição de arte permanente de Paris, e talvez da Europa<sup>16</sup>. Além de estúdios, o quartier tem, ainda, museus, a basílica do *Sacre-Coeur*, diversas cafeterias entre outras atrações desenvolvidas através do movimento cultural. *Montmartre* foi “cantada” por Charles Aznavour em “*La Boheme*”.

Ainda na Europa, surgem programas de incentivo às “cidades criativas”, como o *European Programme for Urban Sustainable Development*, dirigido a áreas de baixa densidade. Participam do projeto as cidades de Óbidos (Portugal), Barnsley (Reino Unido), Catanzaro (Itália), Enguera (Espanha), Hódmező-

<sup>15</sup> AHMED, op. cit. p. 20-21.

<sup>16</sup> ART-MONTMARTRE. Disponível em: <<http://www.art-montmartre.com/montmartre/histoire>>. Acesso em: 22 fev 2009.

vásárhely (Hungria), Mizil (Romênia), Reggio Emilia (Itália), Viareggio (Itália) e o centro de pesquisas INTELI (Portugal). Durante a fase de implementação do programa, previsto para 2009-2001, cinco subtemas foram consideradas como chaves: a) diversificar a base econômica local e dar oportunidade para os jovens, através da instituição de *clusters* criativos; b) atenuar os limites entre as políticas culturais e econômicas, utilizando-se de eventos e agendas culturais como catalisadores; c) adaptação de espaços públicos e centros das cidades a atividades criativas, criando um novo conjunto de instalações e infraestrutura; d) atrair e fixar empreendedores criativos e pessoas com talento; e) estabelecer os princípios de educação criativa a nível local<sup>17</sup>.

Londres, Barcelona, São Francisco, entre outras, constituem-se em modelos metropolitanos de cidades criativas. Na maioria das cidades criativas se dá o fenômeno da melhoria da infraestrutura e do espaço urbano e a dispersão das populações pobres, que são expulsas. Com a sua expulsão o valor dos imóveis cresce, sendo que, em muitos casos, isso se consegue mediante o desenvolvimento cultural. Entretanto, o desenvolvimento urbano com justiça se dá em algumas poucas cidades, como é o caso da pequena cidade de Peekskill, há uma hora ao norte de Nova York: ali, uma coalizão de vários grupos do setor público, privado e do terceiro setor criou um plano, não apenas para atrair artistas, mas para criar empregos e integrar as minorias empobrecidas. Para a atração de artistas, uma corporação público-privada ofereceu *lofts* por 1/5 do preço de Nova York, com empréstimos até 80% garantidos, através de transformação de antigas fábricas em *lofts* e em um grande museu, que geraria muita atividade artística. Para obter a multiplicação de empregos, deram empréstimos e créditos para que os moradores abrissem negócios para vender materiais artísticos e integraram a população mais pobre com o oferecimento de incentivos especiais para minorias que quisessem abrir negócios relacionados às artes. Finalmente, impulsionaram o turismo, estabelecendo uma rota de visitas desde Nova York, com venda de pacotes de visita a uma série de museus locais nas cidades vizinhas. Este é um modelo de plano integral, sustentável não só no sentido econômico, mas também social e cultural<sup>18</sup>.

Outras cidades ao redor do mundo, e mesmo, no Brasil, encontraram na arte e na cultura, alternativas para sua sustentabilidade. Alguns exemplos são encontrados abaixo.

#### 4.1 Vancouver (CAN)

O governo municipal de Vancouver, reconhecendo a importância do setor criativo para a saúde e o bem estar dos cidadãos, para a sustentabilidade da cidade e para seu futuro econômico, valorizou a diversidade, a profundidade e a liberdade das artes, da cultura e do lazer, que contribuem para a essência da cidade e de sua qualidade de vida.

<sup>17</sup> URBACT. "Clusters Criativos em áreas de baixa densidade". Disponível em: < [http://urbact.eu/fileadmin/damwithcat/crea\\_clusters/brochura\\_final\\_web.pdf](http://urbact.eu/fileadmin/damwithcat/crea_clusters/brochura_final_web.pdf).> Acesso em: 06 jan 2009.

<sup>18</sup> YÚDICE, op. cit. p. 12.

Uma comunidade artística e cultural saudável ajuda a cidade a atrair negócios baseados no conhecimento, trabalhadores e turistas, tudo isso, ampliando a economia regional e local. O conselho da cidade forneceu um processo de criação de três anos, através da publicação do novo Plano Cultural, com concomitante e significativo aumento do apoio à comunidade ligada às artes e à cultura. Agora que o plano está adotado, o conselho endossou a implementação de várias políticas e estratégias novas para o setor das artes e da cultura: a) novo quadro na política da cidade em programas de bolsas de estudo e programas de apoio cultural; novo quadro na política para os programas de arte populares; plano prioritário de infraestrutura cultural. A cidade continuará, nos próximos anos, a engajar cidadãos para os processos de planejamento focado em parcerias econômicas, de conscientização e participação, planos de vizinhança cultural, e de “cidade do aprendizado”, além de outras iniciativas criativas da cidade<sup>19</sup>.

#### 4.2 Marion (AUS)

A cidade de Marion possui um Conselho de Desenvolvimento Artístico e Cultural que apoia o desenvolvimento cultural da comunidade. A cidade possui um festival comunitário bianual, chamado “*Marion Celebrates*”. No Festival de 2005, o projeto artístico comunitário intercultural foi o grande destaque. Suas instalações, ainda temporárias, são usadas para explorar a arte do *design* de espaços públicos, com o tema da sustentabilidade como forte de inspiração. Além de encorajar as pessoas a cuidar do meio ambiente, os eventos tem promovido a sustentabilidade cultural, com a participação de todos na criação da própria cultura. O conselho também vem promovendo a sustentabilidade nas comunidades com vários projetos. No projeto *Footprints* (pegadas), uma equipe de artistas e músicos usa materiais reciclados para criar arte junto com grupos da comunidade e de escolares. Os *workshops* estimulam a população a explorar algumas questões como: o que “sustentabilidade” significa em diferentes culturas? Como sustentar nossa própria cultura? Como a cultura indígena nos ensina a respeito de nossa terra?<sup>20</sup>

#### 4.3 Santos (SP)

A cidade do litoral de São Paulo, além de recuperar o centro histórico e refazer antiga linha de bonde, hoje bonde turístico, já foi locação de diversas produções da mídia, dadas as características históricas do período cafeeiro e por ter sido o ponto de partida de D. Pedro I, para a proclamação da Independência, incentivado pelos santistas irmãos Andradas.

<sup>19</sup> CITY OF VANCOUVER, SUSTAINABILITY GROUP. “Cultural Legacies”. Disponível em: <[http://vancouver.ca/sustainability/building\\_culture.htm](http://vancouver.ca/sustainability/building_culture.htm)>. Acesso em: 10 jan 2009.

<sup>20</sup> CITY OF MARION. Community. “Cultural Sustainability”. Disponível em: <<http://marion.dcw.lga.sa.gov.au/site/page.cfm?u=142>>. Acesso em: 06 jan 2009.

*“Não há modo mais pitoresco de conhecer o centro histórico do que de bonde, um elétrico original, de 1920, que circula pelas ruas entre histórias de motorneiros e cobradores.”*<sup>21</sup>

Ainda nessa cidade, a Secretaria de Cultura possui dois cursos com mais de 35 anos de funcionamento, um de violão erudito e outro de balé clássico. O curso de violão tornou-se famoso por apresentações na mídia, incluindo os programas “Fantástico” e “Programa do Jô”. O curso formou o primeiro conjunto oficial de violão do país (a Camerata “Heitor Villa-Lobos”, 1º Corpo Estável do Teatro Municipal de Santos. Foi criada pelo decreto lei nº 6.167 de 21 de setembro de 1982. Parainfando o evento de estreia, esteve presente, Mindinha Villa-Lobos, viúva do compositor brasileiro e patrono do grupo). A ação do curso e do grupo tornou a cidade de Santos um centro de bons músicos e, essa iniciativa da Prefeitura Municipal foi copiada pelas demais cidades da Baixada Santista<sup>22</sup>.

#### **4.4 Cuiabá (MT)**

Com base no conceito de economia solidária, a Cooperativa Cubo, de Cuiabá, criou um novo modelo de gestão, o cubo-cards, uma espécie de moeda para o mundo da música. Com isso, conseguiram projeção e estão desenvolvendo diversas atividades de destaque no cenário musical brasileiro. Devido à diversidade cultural do nosso país, o Brasil é um ótimo lugar para testar novos formatos, devido à abertura histórica que temos para o novo, e para incorporar transformações de maneira muito mais rápida que outros países, dizem os autores do projeto<sup>23</sup>.

#### **4.5 Parati**

A cidade possui, reconhecidamente, o maior evento literário da América Latina: a Festa Literária Internacional de Parati (FLIP). Realizada pela Oscip Casa Azul, a FLIP envolve propostas de desenvolvimento sustentável de regiões ou municípios brasileiros, principalmente da região de Parati. Essa festa, segundo seus organizadores, faz parte de um projeto maior, envolvendo ações nos espaços públicos com o objetivo principal de preservar e revitalizar o patrimônio histórico da cidade<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> VIVA SANTOS. “Centro Histórico de Santos”. Disponível em: <<http://www.vivasantos.com.br/centrohistorico/pag/06.htm>> Acesso em: 03 fev 2009.

<sup>22</sup> SILVESTRE, Jefferson. “Curso de violão é o mais procurado na Secult”. Foca - Jornal-laboratório do Curso de Jornalismo da Faculdade de Comunicação Social e Artes do Centro Universitário Monte Serrat, Ano VII, Nov 2005. Disponível em: <http://jornalismo.unimonte.br/downloads/foca.pdf>. Acesso em: 16 out 2008.

<sup>23</sup> CURADORES DA TERRA. “Cultura e Sustentabilidade”. 2006. Disponível em: <<http://www.curadoresdaterra.com.br/arquivos/pdf/votorantim.pdf>> Acesso em: 06 jan 2009.

<sup>24</sup> CURADORES DA TERRA, op. cit.

## 4.6 Passira (PE)

Um sexto da população de Passira (correspondente a cerca de 5.000 pessoas) dedica-se ao bordado manual, atividade que estimula o comércio, o turismo e o setor produtivo local. Embora sendo um trabalho de produção simples, a produção com bordados permite o envolvimento de diversos profissionais em atividades como lavagem, engomagem, criação, o próprio bordado e o comércio. Esse trabalho artesanal é vital para os diversos conhecimentos produtivos, bem como para o desenvolvimento sustentável econômico e da manutenção da cultura local. Com objetivo de potencializar o setor produtivo dos artesãos da cidade, uma equipe de *design*, ligada à noção de sustentabilidade cultural, renovou, com projeto específico, a qualidade de produtos. Os resultados práticos foram sentidos com a produção de cerca de mais de 15 novos produtos com temas de bordados com imagens de referência da cultura local, com perspectiva de que os produtos sejam adequados ao comércio e ao turismo<sup>25</sup>.

## 5. A VISIBILIDADE: O MARKETING DAS CIDADES

A estratégia da promoção das cidades, tanto no Brasil, quanto no exterior, apoia-se na existência de um bom produto que possa ser ofertado aos investidores nacionais e estrangeiros e que atenda suas exigências. O produto a ser vendido é complexo, visto que esbarra na barreira de uma boa infraestrutura material e bons serviços urbanos. Entretanto, é a competência dos trabalhadores e os valores culturais e sociais, inerentes ao lugar, que podem ser vantajosas.

Assim, para a construção da imagem da cidade, devem-se pesquisar as potencialidades econômicas, sociais e culturais. Evidentemente, este tipo de pesquisa, com a participação da comunidade, é muito mais fácil de ser feito através da administração municipal, conhecedora dos agentes, espaços, organizações de moradores, associações, artistas, grupos étnicos, etc. A “marca” da cidade será conhecida, somente, após a definição dos aspectos socioculturais positivos e negativos, com destaque para os positivos, e modificação dos negativos.

A criação de leis municipais que propiciem o amparo às artes e à cultura e de um setor administrativo municipal (Secretaria, Comissão, Conselho...) que, juntamente com a população possa verificar as necessidades locais são estratégias de política pública fundamentais para o desenvolvimento cultural sustentável.

A partir dessa série de eventos, campanhas publicitárias, eventos culturais e esportivos, a realização de feiras e exposições, a ordenação e promoção de áreas comerciais, a recuperação de centros históricos e áreas portuárias, melhorias das infra-estruturas de acessibilidade e comunicações, bem como reserva de áreas para implantação de novos negócios poderá gerar a tão sonhada sustentabilidade.

<sup>25</sup> SANTOS, Geni Pereira. “Acordar Suave: Ação do Design e Sustentabilidade Cultural. Universidade Federal de Pernambuco”. 2007. Disponível em: <http://www.ensus.com.br/tematica1/Acordar%20Suave%20-%20A%E7%E3o%20do%20Design%20e%20Sustentabilidade%20Cultural.pdf>. Acesso em: 06 jan 2009.

## 6. CONCLUSÕES ARTICULADAS

**6.1** O direito à cultura, consagrado na Constituição de 1988 não recebeu, dos diferentes governos, em todos os níveis, federal, estadual e municipal, um ordenamento jurídico eficaz, e ao mesmo tempo, útil para a grande maioria da população brasileira.

**6.2** Para um desenvolvimento sustentável do país, como um todo, há necessidade de adequação do desenvolvimento à manutenção da sustentabilidade das cidades, nas dimensões social, econômica, geográfica, ecológica e cultural, sendo o plano diretor das cidades um dos mecanismos fundamentais na criação e fomento da cultura local.

**6.3** Diversas cidades encontraram formas alternativas de sustentabilidade, através de incentivo às artes e à vocação cultural inata de seus habitantes, através da iniciativa de seus dirigentes ou da própria população.

**6.4** A visibilidade pode incrementar o turismo cultural, criar oportunidades de emprego para artistas, artesãos, produtores e diversos profissionais ligados, direta ou indiretamente à indústria cultural e adequar o desenvolvimento socioeconômico às necessidades da população, alavancando, de forma sustentável a cultura da cidade.

## 7. CONCLUSÃO FINAL

Observando a inexistência de qualquer país integralmente sustentável, mas de iniciativas originais e corajosas de algumas cidades pontuais, em diversas regiões do mundo, que apresentam modelos demonstrativos de que a descentralização do gerenciamento da cultura, tanto de “cidades globais”, como Paris, quanto de pequenos municípios, pode refletir em condições sócio-econômico-culturais justas, pode-se supor que com algumas mudanças de paradigma de gestão, municípios e, mesmo, pequenas vilas, podem se transformar em cidades criativas, com desenvolvimento sustentável.

Assim, seguindo a linha de nossa pesquisa, sugerimos alguns passos, concebidos para a transformação de uma cidade brasileira em cidade culturalmente sustentável: a) criação e/ou aperfeiçoamento de infraestrutura e serviços urbanos; b) pesquisa entre os habitantes, com o objetivo de cadastrar artistas e definir a principal vocação cultural da cidade; c) criação de legislação apropriada para o trabalho com cultura; d) criação de plano diretor adequado às necessidades da vocação cultural da cidade; e) criação de secretarias, conselhos, comitês, associações e, eventualmente, fundações, que possam, legalmente, planejar, implementar projetos e incentivar as manifestações artísticas e culturais; f) promover a cidade através de marketing nacional e, se possível, internacional, em mídia eletrônica ou, havendo disponibilidade financeira, na mídia escrita, falada e televisada.

Concluimos, finalmente, pela existência de maior facilidade dos municípios, tanto pela proximidade com a população, quanto pelo conhecimento da cultura local, em construir uma imagem “vendável” da cidade, transformando a cultura em um produto que promova o desenvolvimento sustentável das populações, e como consequência, auxiliando na preservação da diversidade cultural do país.



# O COMÉRCIO INTERNACIONAL DE EMISSÕES: PONTOS CONTROVERSOS DA UTILIZAÇÃO DE MECANISMOS DE MERCADO PARA FINS AMBIENTAIS

BERNARDO BECKER FONTANA  
Advogado. Formado em Direito pela UFRGS

## 1. INTRODUÇÃO

O Comércio de Emissões é um dos três Mecanismos de Flexibilização previstos pelo Protocolo de Quioto<sup>1</sup>, com o intuito de reduzir os custos envolvidos em alcançar as metas obrigatórias de redução de emissões dos gases causadores do efeito estufa, conforme seu Artigo 3º.<sup>2</sup> Às Partes listadas no Anexo B do Protocolo – países desenvolvidos e países em processo de transição para uma economia de mercado – é facultada a cooperação através da negociação do excedente de redução de gases.<sup>3</sup> Em outras palavras, tais nações podem comprar e vender unidades de carbono, como uma maneira economicamente eficiente de atingir sua meta individual de redução, de maneira conjunta.<sup>4</sup>

Tal arranjo representa a utilização de um mecanismo de mercado para tratar do problema das mudanças climáticas. Em teoria, parte-se da assunção de que se deve incentivar aqueles países que detém maior facilidade em reduzir suas emissões, a um custo mais baixo, através de uma recompensa mercadológica. Pela própria natureza do problema da poluição atmosférica, a localização das medidas de redução de emissões é irrelevante, de modo que ações empreendidas por um país serão sensíveis por toda comunidade internacional.

Com o início do primeiro Período de Compromisso do Protocolo<sup>5</sup>, e com a aproximação da Conferência de Copenhague<sup>6</sup>, são cabíveis algumas consi-

---

<sup>1</sup> Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro da ONU sobre Mudança do Clima (UNFCCC).

<sup>2</sup> Os três mecanismos de flexibilização são: Implementação Conjunta (Art. 6º), Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (Art. 12) e Comércio de Emissões (Art. 17). Assim dispõe o Art. 17: A Conferência das Partes deve definir os princípios, as modalidades, regras e diretrizes apropriados, em particular para verificação, elaboração de relatórios e prestação de contas do comércio de emissões. As Partes incluídas no Anexo B podem participar do comércio de emissões com o objetivo de cumprir os compromissos assumidos sob o Artigo 3. Tal comércio deve ser suplementar às ações domésticas com vistas a atender os compromissos quantificados de limitação e redução de emissões, assumidos sob esse Artigo (grifei).

<sup>3</sup> Art. 4, II, UNFCCC, c/c Art. 3, I, Protocolo de Quioto.

<sup>4</sup> No caso do comércio de emissões, tais unidades são chamadas de “Unidades de Quantidades Atribuídas” (Assigned Amount Units – AAU’s).

<sup>5</sup> O primeiro Período de Compromisso vai de 2008 até 2012.

<sup>6</sup> United Nations Climate Change Conference in Copenhagen, de 07 a 18 de Dezembro de 2009. A conferência de Copenhague irá definir as medidas internacionais no combate ao aquecimento global para o período posterior a 2012. Informações disponíveis em: <http://unfccc.int/2860.php>.

derações quanto ao funcionamento do comércio internacional de emissões, o mais polêmico e inovador dos mecanismos de flexibilização.<sup>7</sup> O objetivo do presente estudo é discorrer sobre seus pontos cruciais, sem descuidar de propor soluções ou visões conciliatórias a determinadas polêmicas, apresentadas pela doutrina internacionalista.

## 2. A “VENDA” DO DIREITO DE POLUIR

A criação de licenças ou créditos em nível internacional, sobretudo no que se refere à sua distribuição e atribuição a partes com obrigações legais expressamente diferenciadas, traz à tona diversas questões morais, equitativas e ambientais.<sup>8</sup> Acredita-se que a utilização dos mecanismos de flexibilização, como um todo, servirá aos países ricos para que simplesmente comprem créditos, sem tomar medidas domésticas efetivas de redução.<sup>9</sup>

Parte da doutrina enfatiza que os mecanismos de mercado, especificamente o comércio de emissões, significam perpetuar as desigualdades existentes, na medida em que se estará “endossando” o direito de poluir (*the right to emit*) àqueles historicamente responsáveis pela maior fatia de gases causadores do efeito estufa, cristalizando iniquidades no cenário mundial e ocultando as implicações morais de um comportamento que denigre o meio ambiente, além de, ao mesmo tempo, transferir o verdadeiro ônus do controle de poluição àqueles que contribuíram menos – os países em desenvolvimento –, indo contra o princípio do poluidor pagador.<sup>10</sup>

## 3. A NECESSIDADE DE UM SISTEMA EFICAZ DE MONITORAMENTO E VERIFICAÇÃO

Diferentemente de esquemas domésticos de comércio de emissões – os quais prevêem altas penalidades e medidas de coerção para impedir o descumprimento –, o monitoramento, rastreamento e verificação de emissões de gases do efeito estufa, em nível internacional, é sobremaneira complexa. Neste sentido, reportagens precisas e dentro do prazo, pelos próprios governos dos Estados envolvidos, na ausência de uma autoridade internacional a impor o cumprimento das obrigações assumidas pelos atores envolvidos, não tem um bom histórico. Sob a UNFCCC, diversos dos países do Anexo B falharam em

<sup>7</sup> Michael A. Mehling, *The Flexible Mechanisms of the Kyoto Protocol*, in: RODI, Michael (ed.). *Implementing the Kyoto Protocol: chances and challenges for transition countries*; proceedings of the Summer Academy “Energy and the Environment”, Irkutsk, 21 - 27 August 2005. Berlin : Lexxion, Der Jur. Verl., 2007, p. 52.

<sup>8</sup> YAMIN, Farhana; DEPLEDGE, Joanna. *The international climate change regime: a guide to rules, institutions and procedures*. Cambridge, UK; New York, NY, USA: Cambridge University Press, 2004, p. 139.

<sup>9</sup> YAMIN, Farhana; DEPLEDGE, Joanna. *The international climate change regime: a guide to rules, institutions and procedures*. Cambridge, UK; New York, NY, USA: Cambridge University Press, 2004, pp. 139-140.

<sup>10</sup> Michael A. Mehling, *The Flexible Mechanisms of the Kyoto Protocol*, in: RODI, Michael (ed.). *Implementing the Kyoto Protocol: chances and challenges for transition countries*; proceedings of the Summer Academy “Energy and the Environment”, Irkutsk, 21 - 27 August 2005. Berlin : Lexxion, Der Jur. Verl., 2007, p. 50; YAMIN, Farhana; DEPLEDGE, Joanna. *The international climate change regime: a guide to rules, institutions and procedures*. Cambridge, UK; New York, NY, USA: Cambridge University Press, 2004, p. 140.

cumprir com seus compromissos, fazendo com que viessem à tona preocupações quanto ao fato de que mecanismos de comércio que exigissem dos governos que monitorassem milhares de fontes de emissões fossem muito onerosos e, assim, redundassem em transações fraudulentas.<sup>11</sup>

Nessa esteira, uma questão problemática do comércio de emissões diz respeito a como estabelecer um sistema eficaz de verificação, de modo que países possam comercializar sem medo de adquirir créditos sem “valor ambiental”, ou seja, que não resultaram de verdadeiras reduções. Desenvolver tal sistema apresenta dificuldades técnicas, tendo em vista a incerteza inerente ao processo de verificação de emissão de gases do efeito estufa. Dada tal incerteza, a necessidade de desenvolver um sistema de responsabilização para lidar com as chamadas *bad trades* também foi discutida por ocasião de Quioto. Sob o sistema de comércio de dióxido de enxofre, nos EUA, o vendedor é responsável (*liable*) por créditos vendidos em excesso ou sem valor. Sob um sistema internacional de comércio de emissões, alguns advogaram por responsabilização solidária de vendedor e comprador.<sup>12</sup>

#### 4. HOT AIR TRADING

Talvez o ponto mais polêmico das previsões legais quanto à utilização dos mecanismos de mercado em Quioto diga respeito ao chamado *hot air trading*.<sup>13</sup> O problema do *hot air*, principalmente levantado em relação ao comércio de emissões, porém aplicável a outros mecanismos flexíveis em termos da linha de base dos projetos, pode ser definido como “o grau em que as quantidades atribuídas de um país excedem aquilo que seriam suas emissões na ausência de qualquer medida de abatimento”<sup>14</sup>. Nesse caso, países com *hot air* podem lucrar com a venda dessas reduções excedentes ou “superavitárias” sem criar qualquer redução real de emissões, frustrando os objetivos do Protocolo.<sup>15</sup> O aumento da oferta de créditos tem um efeito prejudicial sobre os preços no mercado, acabando por ameaçar o desejado “efeito de internalização” de todo o mercado de carbono.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> YAMIN, Farhana; DEPLEDGE, Joanna. The international climate change regime: a guide to rules, institutions and procedures. Cambridge, UK; New York, NY, USA: Cambridge University Press, 2004, p. 140; Michael A. Mehling, The Flexible Mechanisms of the Kyoto Protocol, in: RODI, Michael (ed.). Implementing the Kyoto Protocol: chances and challenges for transition countries; proceedings of the Summer Academy “Energy and the Environment”, Irkutsk, 21 - 27 August 2005. Berlin: Lexxion, Der Jur. Verl., 2007, p. 50.

<sup>12</sup> GURUSWAMY, Lakshman et al. International environmental law and world order: a problem-oriented coursebook. 2. ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999, p. 1108: os proponentes da ideia da responsabilização solidária argumentaram que, em muitos casos, o comprador pode estar em melhor posição para julgar a integridade do crédito de carbono; os que se opuseram à ideia, por outro lado, arguíram que o comprador não está em tal condição e não deve ser punido pela irresponsabilidade do vendedor.

<sup>13</sup> Sobre o hot air trading ver LOUKA, Elli. International environmental law: fairness, effectiveness and world order. Cambridge [England]; New York: Cambridge University Press, 2006, p. 367.

<sup>14</sup> ANTON, Donald K. et al. International Environmental Law: Cases, Materials, Problems. Newark, NJ: LexisNexis, 2007, p. 1313.

<sup>15</sup> ANTON, Donald K. et al. International Environmental Law: Cases, Materials, Problems. Newark, NJ: LexisNexis, 2007, p. 1313.

<sup>16</sup> RODI, Michael (ed.). Implementing the Kyoto Protocol: chances and challenges for transition countries; proceedings of the Summer Academy “Energy and the Environment”, Irkutsk, 21 - 27 August 2005. Berlin: Lexxion, Der Jur. Verl., 2007, p. 7.

Em relação a Quioto, alguns Estados em estágios de transição econômica relativamente recentes, como os países do Leste Europeu e da antiga União Soviética, sofreram um forte decréscimo nos níveis de emissão de gases do efeito estufa, como resultado da recessão econômica que iniciou na década de 90.<sup>17</sup> Tais nações – sobretudo Rússia e Ucrânia –, na ausência de metas de redução estritas, poderiam vender suas unidades em excesso, que na verdade não guardam qualquer relação com medidas domésticas de mitigação climática. Tais papéis, conhecidos como “*hot air*” ou “*paper tonnes*”, poderiam ser adquiridos por países mais ricos com dificuldades de atingir suas metas de redução, que, dessa maneira, evitariam tomar medidas efetivas domésticas que seriam politicamente impopulares.<sup>18</sup> Como resultado final, o nível de gases do efeito estufa suportado pela atmosfera, ao contrário de diminuir, aumenta, restando maior do que seria caso não fosse permitido o comércio de emissões, o qual acaba se tornando vazio de benefícios ambientais. Sem qualquer redução nas emissões de gases do efeito estufa, um arranjo economicamente eficiente para implementar metas de redução termina por não fazer qualquer sentido.<sup>19</sup>

Em termos numéricos, estimativas dão conta de que, em um cenário “*business-as-usual*”, as emissões de países como a Rússia e a Ucrânia aumentarão até 10% abaixo do nível de 1990 durante o primeiro período de compromisso. Isso sugere que tais nações terão 305,7 trilhões de toneladas de CO<sub>2</sub> para vender a países do Anexo B, o que representa 1,7% de suas metas de redução.<sup>20</sup>

O problema do *hot air* foi o estopim de um debate sobre a justificabilidade do próprio mecanismo do comércio de emissões, favorecendo o argumento dos países que põem em cheque a racionalidade econômica do esquema, afirmando que se trata, simplesmente, da outorga do direito de poluir.<sup>21</sup> Assim, crescem as ramificações políticas da questão. Um esquema de comércio de emissões que permite às nações mais ricas beneficiarem-se de “falsas” reduções atribuíveis a alocações defeituosas ou imprecisas, baseadas em projeções errôneas, será visto por países em desenvolvimento como fraudulento e como uma violação ao espírito do Protocolo de Quioto. Como resultado, a reputação do tratado internacional como um esforço global genuíno de redução dos gases será profundamente manchada. Ainda, no caso de certos países do Anexo B puderem lucrar com a venda de *hot air*, seria politicamente difícil impedir que novos países, em especial os em desenvolvimento, juntassem-se ao esquema, utilizando seus excedentes de redução e,

<sup>17</sup> ANTON, Donald K. et al. *International Environmental Law: Cases, Materials, Problems*. Newark, NJ: LexisNexis, 2007, p. 1313; KREUTER-KIRCHHOF, Charlotte. *Neue Kooperationsformen im Umweltvölkerrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005, p. 566.

<sup>18</sup> YAMIN, Farhana; DEPLEDGE, Joanna. *The international climate change regime: a guide to rules, institutions and procedures*. Cambridge, UK; New York, NY, USA: Cambridge University Press, 2004, p. 140.

<sup>19</sup> ANTON, Donald K. et al. *International Environmental Law: Cases, Materials, Problems*. Newark, NJ: LexisNexis, 2007, p. 1313.

<sup>20</sup> HUNTER, David; SALZMAN, James; ZAELKE, Durwood. *International environmental law and policy*. 2. ed. New York, N.Y.: Foundation Press, 2002, p. 637

<sup>21</sup> ANTON, Donald K. et al. *International Environmental Law: Cases, Materials, Problems*. Newark, NJ: LexisNexis, 2007, p. 1313.

assim, expandindo o volume de *hot air*, diminuindo os incentivos para ações coletivas verdadeiramente significativas.<sup>22</sup>

Em resposta ao problema, pesquisadores desenvolveram esquemas com o objetivo de assegurar os benefícios ambientais do comércio internacional de emissões. A meta é que o produto da venda dos créditos, em países como Rússia e Ucrânia, seja inevitavelmente investido em projetos benéficos ao meio ambiente.<sup>23</sup>

Edwin Woerdman defende a tese de que o fato de *hot air* ser ou não um problema ambiental, depende da perspectiva tomada pelo intérprete. De uma perspectiva jurídico-institucional e econômica, haveria distinção entre interpretações *formal* e *informal* (ética) de *efetividade ambiental*, bem como entre as perspectivas *ex ante* e *ex post* do comércio de *hot air*. Formalmente, o comércio de *hot air* alcança a efetividade formal, uma vez que os limites de emissão serão respeitados; diferente, porém, é a perspectiva ética, em que o *hot air* redundaria em emissões mais elevadas do que na ausência do mecanismo de mercado. O autor conclui, assim, que *hot air trading* é um problema ambiental somente do ponto de vista ético. Quanto à segunda diferenciação, Woerdman argumenta que, de uma perspectiva *ex ante* das negociações, o nível de flexibilidade dado às partes seria diretamente proporcional ao nível dos compromissos assumidos, de modo que, sem *hot air*, as metas assumidas pelos países industrializados poderiam ter sido ainda mais modestas.<sup>24</sup>

## 5. EXPANSÃO DE REMOÇÕES POR SUMIDOUROS (SINKS)

Como complemento a medidas ativas de redução de gases do efeito estufa, o Protocolo de Quioto, em seu Art. 6º, contempla o uso de sumidouros (*sinks*) como outra forma de os países do Anexo B atingirem suas metas nacionais de redução.<sup>25</sup> Assim, países podem receber crédito, na forma de unidades de remoção (*Removal Units*, RMUs) através de plantio de vegetação, manejo florestal, reflorestamento, e outras atividades que criam os assim chamados sumidouros, para absorver os gases causadores do efeito estufa e, desse modo, contribuir para a redução global de emissões.<sup>26</sup> A tarefa da Conferência das Partes de decidir sobre as modalidades, regras e diretrizes para elaboração de relatórios (*reporting*) e verificação do uso de sumidouros culminou na decisão da COP-6, endossando a posição norte-

<sup>22</sup> ANTON, Donald K. et al. *International Environmental Law: Cases, Materials, Problems*. Newark, NJ: LexisNexis, 2007, pp. 1313-4.

<sup>23</sup> RODI, Michael (ed.). *Implementing the Kyoto Protocol: chances and challenges for transition countries ; proceedings of the Summer Academy "Energy and the Environment"*, Irkutsk, 21 - 27 August 2005. Berlin : Lexxion, Der Jur. Verl., 2007, p. 7-8.

<sup>24</sup> WOERDMAN, Edwin (2005). 'Hot Air Trading under the Kyoto Protocol: An Environmental Problem or Not?', *European Environmental Law Review* 14 (3), pp. 76-77.

<sup>25</sup> Sobre a potencialidade de atingir outros benefícios ambientais através dos sumidouros, levando em conta o plano doméstico canadense para o combate ao aquecimento global, ver MASCHER, Sharon. *Harnessing Self-Interest to Realize a Double-Dividend? Achieving Other Environmental Benefits through Carbon Credits*. in: *Journal of Environmental Law and Practice*. v. 16. Calgary, Alta.: Carswell, 2006. p. 99-129.

<sup>26</sup> GURUSWAMY, Lakshman et al. *International environmental law and world order : a problem-oriented coursebook*. 2. ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999, p. 1105. Sobre a viabilidade de implementação de mecanismos de sequestro de carbono, utilizando tecnologia da indústria petrolífera mundial ver BRYANT, Steven. *Geologic CO<sub>2</sub> Storage – can the Oil and Gas Industry help save the Planet?* in: *Distinguished Author Series*. Austin: Society of Petroleum Engineers, 2007, p. 98-105.

americana a respeito e fazendo concessões aos países cuja ratificação do Protocolo tornou-se condição essencial para assegurar que o acordo entrasse em vigor mesmo sem a participação dos EUA.<sup>27</sup>

Tais desenvolvimentos tendem a afetar os mecanismos de flexibilização através de deslocamentos na oferta e demanda das emissões negociáveis. Primeiro, porque países como a Rússia tem meios adicionais de reduzir emissões e o volume permitido de reduções é bastante grande, fazendo com que tais nações possam atingir excedentes adicionais de redução pela combinação do uso ativo de tecnologia de redução de emissões com a conservação e aumento de sumidouros através de atividades de manejo florestal. Isso deve acarretar uma oferta excessiva (*oversupply*) de créditos, depreciando seu valor de mercado. Sob tais circunstâncias, empresas teriam pouco incentivo em participar do mercado de carbono, e o desenvolvimento do mercado seria incipiente no futuro próximo.<sup>28</sup>

Ainda mais sério é o efeito ocasionado na demanda pelos créditos. A expansão das reduções através do uso de sumidouros significa que os países desenvolvidos podem atingir seus percentuais de redução sem ter que comprar reduções excedentes de outras nações, em qualquer forma. A demanda reduzida pelos créditos impactaria seriamente os mecanismos flexíveis, uma vez que tornaria difícil que os países “fornecedores” dos créditos encontrassem compradores no mercado. Tal contradição na demanda tornaria o mercado de carbono severamente não-lucrativo, uma vez que aumentariam os custos de transação envolvidos em encontrar parceiros comerciais e, através disso, diminuiriam os incentivos ao setor privado para participar do mercado.<sup>29</sup>

Uma possível via para atenuar o impacto do uso de sumidouros sobre o preço dos créditos seria a possibilidade de *banking* (creditamento) prevista pelo Protocolo de Quioto. Apesar de recentes decisões sobre as modalidades de crédito estabelecerem que RMUs adquiridas pelo uso de sumidouros não podem ser transferidas para períodos de compromisso subsequentes<sup>30</sup>, elas podem ser facilmente convertidas em outros créditos passíveis de *banking*, como ERUs e CERs<sup>31</sup>, que não se submetem a tais restrições. Isso poderia aliviar a pressão negativa sobre o preço dos créditos em geral.

Contudo, a decisão quanto ao número de *surplus reductions* que serão colocados no mercado cabe a cada governo nacional, de modo que não se pode garantir em que montante a operação de *banking* seria feita. Países como os da

<sup>27</sup> Ao Japão, por exemplo, foi conferido um crédito máximo de treze milhões de toneladas de carbono por ano (Mt C/yr), que poderia ser adquirido através do manejo de florestas. De forma similar, o Canadá foi contemplado com 12 milhões de toneladas; a Alemanha, com 1,24 milhões. A cifra mais notável é a da Rússia, que na COP-6 bis obteve um crédito máximo de 17,63 milhões de toneladas, número que aumentado para 33 milhões na COP-7. A respeito ver ANTON, Donald K. et al. *International Environmental Law: Cases, Materials, Problems*. Newark, NJ: LexisNexis, 2007, p. 1316.

<sup>28</sup> ANTON, Donald K. et al. *International Environmental Law: Cases, Materials, Problems*. Newark, NJ: LexisNexis, 2007, p. 1316.

<sup>29</sup> ANTON, Donald K. et al. *International Environmental Law: Cases, Materials, Problems*. Newark, NJ: LexisNexis, 2007, p. 1316.

<sup>30</sup> THOMPSON, Andrew; CAMPBELL-WATT, Rob. Carbon Rights – Development of the Legal Framework for a Trading Market. in: *Journal of Energy & Natural Resources Law*, v. 22, n. 4. London: Sweet & Maxwell, 2004, p. 468.

<sup>31</sup> Unidades de Redução de Emissões (Emissions Reduction Units – ERU's) é a “moeda” da Implementação Conjunta. Reduções Certificadas de Emissões (Certified Emission Reduction Units – CER's) por sua vez, é a unidade de comercialização gerada pelo Mecanismo de Desenvolvimento Limpo.

antiga União Soviética tendem a vender todas suas unidades de redução, até por um preço de mercado reduzido, já que eles adquirem tais oportunidades de redução como frutos do acaso, i.e., através do processo econômico já referido quanto ao fenômeno do *hot air*. Uma vez que tais países têm, atualmente, necessidade de recursos financeiros, ainda que escassos, a fim de reavivar sua economia, eles tendem a vender seus créditos o mais cedo possível. Sob tal perspectiva, o *banking* de créditos provenientes do uso de sumidouros não será uma opção praticável para tais países, ao menos neste primeiro período de compromisso.<sup>32</sup>

## 6. A AUSÊNCIA DE UM COMPROMISSO QUANTIFICADO DE REDUÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS

Os EUA sempre advogaram por uma abordagem ampla que permitisse aos países o controle das emissões do modo como considerassem conveniente, em vez de estabelecer reduções mandatórias para cada gás do efeito estufa.<sup>33</sup> Por ocasião das negociações do Protocolo de Quioto, Os Estados Unidos falharam em alcançar consenso quanto ao detalhamento do mecanismo do comércio de emissões da maneira como desejavam, sobretudo pelo fato de a União Europeia ter-se oposto fortemente a afrouxar seus requisitos de utilização.<sup>34</sup> A decisão final dos EUA de não ratificar o Protocolo afetou fortemente os mecanismos de flexibilização, sobretudo o comércio de emissões.<sup>35</sup>

A lógica econômica dos mecanismos de flexibilização é impactada adversamente pela decisão norte-americana, através do deslocamento da demanda pelas emissões negociáveis. Uma vez que as metas de redução de Quioto não são obrigatórias para os EUA, não é provável que o governo e as empresas norte-americanas participem ativamente do mercado de emissões. A ausência dos EUA como comprador de créditos redundará em níveis modestos de demanda pelos papéis, diminuindo seu preço.<sup>36</sup> O baixo preço dos créditos

<sup>32</sup> ANTON, Donald K. et al. *International Environmental Law: Cases, Materials, Problems*. Newark, NJ: LexisNexis, 2007, p. 1316.

<sup>33</sup> WEISS, Edith Brown et al. *International Environmental Law and Policy*. 2. ed. Austin: Wolters Kluwer Law and Business, 2007, p. 623. Assim, dado país poderia reduzir suas emissões totais concentrando-se em reduzir suas emissões de CO<sub>2</sub> – poderia incentivar maior eficiência energética nos setores de transporte e energia e conduzir esforços de reflorestamento, aumentando a taxa de sumidouros de dióxido de carbono. Ou, se preferido, poderia concentrar-se na redução de emissões de metano advindas das transmissões de gás natural e de reservas de carvão.

<sup>34</sup> ANTON, Donald K. et al. *International Environmental Law: Cases, Materials, Problems*. Newark, NJ: LexisNexis, 2007, p. 1315.

<sup>35</sup> George A. Gonzalez argumenta que as políticas domésticas norte-americanas concernentes à poluição do ar sempre foram configuradas de um modo pró-mercado (*market enhancing*). Assim, não seria surpreendente que o governo dos EUA tenha-se absteído de esforços no sentido de cumprir com as metas do Protocolo, que teria requerido uma significante reforma nos setores agrário, energético e de transportes norte-americanos, sem haver qualquer efeito econômico positivo imediato. O autor advoga pela necessidade de um movimento social de confrontação com as posições dominantes de coalizões locais, indústria e setor energético, a ser empreendido por grupos ambientalistas e ativistas, mobilizando a opinião popular. GONZALEZ, George A. *The politics of air pollution: urban growth, ecological modernization, and symbolic inclusion*. Albany : State University of New York Press, 2005, p. 107.

<sup>36</sup> Luke Brander, *The Kyoto mechanisms and the economics of their design*. in: FAURE, Michael; GUPTA, Joyeeta; NENTJES, Andries (ed.). *Climate change and the Kyoto protocol : the role of institutions and instruments to control global change*. Cheltenham, UK ; Northampton, MA, USA : Edward Elgar, 2003, p. 41: „Non-ratification of the Kyoto Protocol by the US represents a fall in demand for GHG emission reductions of between 60 and 74 percent. The price of emission credits can be expected to fall dramatically as a result. The relative roles of the Kyoto mechanisms will also be affected and in the absence of supplementarity requirements and/or restrictions on the use of hot air, ET may crowd out CDM and JI in the first commitment period.”

desencorajará empresas prospectivas dos países do Anexo B a despenderem recursos em pesquisa e desenvolvimento de tecnologias de redução de emissões, efetivamente eliminando a possibilidade de que o fornecimento (venda) de créditos cresça em um futuro próximo.<sup>37</sup>

A proposta doméstica norte-americana de política climática lançada em Fevereiro de 2002 trouxe ainda menos esperança ao cenário internacional. Trata-se da redução de gases do efeito estufa na meta de 18% até 2012, com um sistema de créditos para companhias que reduzirem voluntariamente suas emissões, e um fundo no valor de US\$ 4,6 bilhões para pesquisa e desenvolvimento de tecnologias energéticas limpas. Por tal anúncio, os EUA deixaram claro que seus esforços contra o aquecimento global serão unilaterais<sup>38</sup>, pelo menos até 2012, data antes da qual o país não mostra qualquer reação no sentido de retornar ao Protocolo de Quioto.<sup>39, 40</sup>

O autor norte-americano David G. Victor afirma enfaticamente que a visão de Quioto não funcionou. No caso dos EUA, os limites de emissão teriam sido estabelecidos em um momento em que os diplomatas norte-americanos não estavam a par de quão rápido aumentariam as emissões de seu país e de quão custoso seria para diminuí-las. Os arquitetos de Quioto, segundo o autor, imaginaram que todas as nações participariam do sistema em consonância, respeitando as mesmas regras de comércio. Para Victor, essa visão “*top-down*” é problemática na medida em que não deixa claro como estabelecer as melhores regras, em que todos os desacordos quanto às políticas a serem adotadas devem ser resolvidos antes de o sistema de comércio de emissões estar efetivamente funcionando, havendo pouca experiência prática para guiar o seu design.<sup>41</sup>

Victor advoga pela arquitetura de um esquema de comércio de emissões que inicie em nível nacional ou regional. O autor argumenta que a História demonstra que as instituições internacionais mais eficientes começaram através de esforços de um pequeno grupo com ideais em comum. A OMC – “atualmente o mais

<sup>37</sup> ANTON, Donald K. et al. *International Environmental Law: Cases, Materials, Problems*. Newark, NJ: LexisNexis, 2007, p. 1315.

<sup>38</sup> Os Estados Unidos gastavam, até pelo menos o ano de 2004, uma média de US\$ 2 bilhões anuais em ciência climática. VICTOR, David G. *Climate change : debating America's policy options*. New York, N.Y. : Council on Foreign Relations ; [Washington, D.C.] : Distributed by Brookings Institution Press, 2004, p. 90

<sup>39</sup> ANTON, Donald K. et al. *International Environmental Law: Cases, Materials, Problems*. Newark, NJ: LexisNexis, 2007, p. 1315. A respeito ver também KRÄMER, Ludwig. *EC environmental law*. 6. ed. London : Sweet & Maxwell, 2007, p. 348: “No global successful climate change policy can be made without the United States participating; this country is too big, too influential and too often imitated by other countries to be left aside. Furthermore, it will not be possible to ask countries such as China or India to reduce their greenhouse gas emissions when the United States do not do the same. The European Union is not a political player and does not have the weight to lead the world into a successful policy on climate change”.

<sup>40</sup> Há autores que argumentam no sentido de que a negativa dos EUA em aceitar as obrigações de Quioto possa resultar em futuras demandas contra aquele país, fundadas no pedido de compensação por prejuízos causados pela não-ratificação. Uma corte internacional teria jurisdição para julgar demanda relativa a responsabilidade estatal nesse sentido. Ainda, argumenta-se que os EUA, na condição de free rider no regime climático, teria vantagem competitiva em relação a outras nações, uma vez que não arcará com os custos que oneram outros países industrializados que ratificaram o Protocolo, abrindo caminho para a imposição de restrições ao comércio como forma de compensar desvantagens competitivas em foros como a OMC. A respeito, ver DENTERS, Erik. *Free riders, claims and countermeasures in combating climate change*. in: SCHRIJVER, Nico; WEISS, Friedl (ed.). *International law and sustainable development : principles and practice*. Leiden; Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 231-250.

<sup>41</sup> VICTOR, David G. *Climate change : debating America's policy options*. New York, N.Y. : Council on Foreign Relations ; [Washington, D.C.] : Distributed by Brookings Institution Press, 2004, pp. 108-09.

efetivo e exitoso exemplo de regime internacional” – não iniciara sob uma visão vertical de comércio internacional (*a top-down vision for international trade*). Em vez disso, a OMC fora construída a partir de uma série de acordos bilaterais que, com o passar do tempo, foram agrupados em um verdadeiro esquema multilateral. Teria sido impossível impor tais obrigações sofisticadas e entrelaçadas aos membros da OMC – argumenta Victor – caso o regime de comércio não tivesse primeiro adquirido experiência e confiança com regras menos intrusivas e mais descentralizadas. A ideia do autor é que o comércio de emissões seja construído pelos EUA, Europa, Japão, Canadá e outras nações comprometidas em garantir que os créditos de carbono tenham valor real, ao mesmo tempo em que é assegurada uma abstenção governamental quanto à regulação do mercado, o qual achará seus próprios preços.<sup>42</sup>

## 7. CONCLUSÕES ARTICULADAS

**7.1** A previsão legal dos mecanismos de flexibilização no Protocolo de Quioto, sobretudo do comércio de emissões, representa a utilização de ferramentas de mercado para alcançar objetivos ambientais. Tendo em vista as negociações em curso para o acordo de maiores reduções para o período subsequente ao ano de 2012, cabe questionar-se se tal arranjo, na forma atual, é capaz de cumprir com suas promessas potenciais.

**7.2** A questão do custo é um dos maiores fatores inibidores das negociações para a era pós-Quioto. O apetite das nações no sentido de comprometerem-se a maiores reduções em gases do efeito estufa será maior no caso de haver ferramentas efetivas para baixar os custos de mitigação. Levando em conta que o comércio de emissões é a principal ferramenta de corte de custos em Quioto, seu sucesso condiciona o sucesso dos esforços globais contra o aquecimento global.

**7.3** Nesse contexto, eficientes mecanismos de verificação quanto ao “valor real” das unidades objeto do comércio de emissões mostram-se deveras importantes. Com efeito, somente através de um esquema confiável de rastreamento das transações é possível ter a certeza de que o surgimento de um crédito de carbono adveio de uma real redução nos níveis de emissão dos gases do efeito estufa. Uma vez que a normatização do mecanismo remete ao Protocolo de Quioto, sua utilização deve contribuir efetivamente à persecução dos fins do acordo internacional.

---

<sup>42</sup> VICTOR, David G. *Climate change : debating America's policy options*. New York, N.Y. : Council on Foreign Relations ; [Washington, D.C.] : Distributed by Brookings Institution Press, 2004, pp. 109-10: “The real nature of our Challenge is little different from inventing a new form of Money – a carbon currency. Eventually, when the carbon market takes hold, everyone will examine the carbon consequences of their actions, just as everyone today thinks about the capital requirements of their behavior, whether it is building a new factory, buying a car, or constructing a home. In creating a strong carbon currency we must get the rules right at home. And we must work with nations that are committed to ensure that carbon emission credits have real value. All the while, we must ensure that government does its best to stay out of the way as markets find their prices.” Ver também VICTOR, David G. *Fragmented carbon markets and reluctant nations: implications for the design of effective architectures*, in: ALDY, Joseph E.; STAVINS, Robert N (eds.). *Architectures for Agreement: Addressing Global Climate Change in the Post-Kyoto World*. New York: Cambridge University Press, 2007, pp. 133-160.

**7.4** Questões como o *hot air trading* põem em cheque a racionalidade do comércio internacional de emissões, na medida em que redundam em emissões mais elevadas do que na ausência do mecanismo de mercado. Ao mesmo tempo, parece convincente o argumento de que, sem *hot air*, os compromissos quantificados de redução assumidos poderiam ter sido ainda menores.

**7.5** Por fim, uma vez que é crucial a inclusão definitiva dos Estados Unidos – bem como de países em rápido desenvolvimento como China e Índia – nos esforços internacionais de proteção do clima, necessário ponderar quanto aos caminhos para a real consecução de tal objetivo. Dessa forma, não se pode refutar, *a priori*, argumentos favoráveis a uma arquitetura mais horizontal do comércio internacional, a qual se mostrou exitosa em outras searas.

# INSTRUMENTOS TRIBUTÁRIOS NA ORDEM URBANÍSTICA

*CANDIDA SILVEIRA SAIBERT*

Procuradora do Município de Porto Alegre  
Especialista em Direito Público Municipal pela PUCRS

## 1. INTRODUÇÃO

No final do século XIX apenas 10% da população brasileira vivia nas cidades. Na virada do século e nas primeiras décadas do século XX o processo de urbanização começou a se consolidar no Brasil e desde então as cidades passaram por intensos processos de modificação, demandando empenho do Poder Público para ordenação da atividade urbanística, pois a par do crescimento econômico que o processo de urbanização desordenado trouxe, ocorreu o crescimento das desigualdades sociais e a concentração espacial da pobreza em prejuízo da qualidade de vida e do meio ambiente.

A aceleração do processo de urbanização a partir de 1950 expõe os problemas decorrentes do crescimento populacional e do desenvolvimento econômico. A cidade formal construída dentro dos regulamentos e planos urbanísticos é acessível apenas à parte da população. Em contrapartida a cidade ilegal, produzida à margem da legislação, aumenta progressiva e continuamente<sup>1</sup>. Premida pela necessidade de ter uma moradia, e em decorrência dos índices de desemprego significativos e políticas de baixos salários da indústria, que pautaram a evolução sócio-econômica brasileira desde a emergência do trabalho livre em 1888, a população pobre começa a ocupar cada vez mais as áreas desprezadas pelo mercado formal, grande parte à custa de desmatamento e degradação ambiental<sup>2</sup>.

Não obstante a edição de leis esparsa, expressas em leis federais e planos diretores municipais, que tentaram frear a ocupação desordenada do solo urbano, os problemas decorrentes da urbanização continuaram crescendo no Brasil. Como exemplo dessas leis tem-se a Lei 4.380/64, que criou o BNH e o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo, e a Lei nº. 6.766/79, que disciplinou o parcelamento do solo urbano.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a questão urbana foi erigida à esfera constitucional pela inserção de um capítulo sobre a política urbana, consubstanciada nos artigos 182 e 183, que lidos em consonância com as

---

<sup>1</sup> SOUZA, Marcelo Lopes de; RODRIGUES, Glauco Bruce. Planejamento urbano e ativismos sociais. São Paulo: UNESP, 2004, p. 36/51.

<sup>2</sup> MARICATO, Ermínia. Brasil, cidades: alternativas para a crise urbana. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 37/45.

normas que dispõem sobre a repartição de competências, vão disciplinar o regime jurídico do ordenamento urbanístico brasileiro.

O regime federativo brasileiro prevê um sistema de repartição de competências entre a União, Estados e Municípios, de ordem exclusiva, privativa, concorrente e comum. Em matéria urbanística a União, Estados e Distrito Federal poderão exercer a competência legislativa (art. 24, I), limitando-se a União a edição de normas gerais. À União compete exclusivamente elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social (art. 21, IX) e instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano (art. 21, XX). Os Estados podem suplementar a legislação federal, dispondo sobre plano estadual, planos regionais e normas urbanísticas regionais. O Município, com fundamento no artigo 30, incisos I e VIII, deverá promover o adequado ordenamento do seu território, mediante o planejamento, o controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. O exercício dessa competência está abrigado na autonomia legislativa para edição das normas de interesse local, portanto, competência própria<sup>3</sup>.

A política urbana vem explicitada nas normas urbanísticas editadas pelo Poder Público, que devem observar os princípios fundamentais inscritos no Título I da Magna Carta e, especificamente, os preceitos informadores do Direito Urbanístico. A execução da política de desenvolvimento urbano no Estado brasileiro é atribuída ao Município pelo *caput* do artigo 182 da Constituição Federal. Esse dispositivo constitucional traz em seu bojo a noção de direito à cidade como corolário da efetivação dos direitos e garantias fundamentais<sup>4</sup>.

O texto constitucional abrigado no artigo 182, "*caput*" e § 2º, adota uma concepção de propriedade e de cidade com caráter social, para as quais o cumprimento de suas funções exige do Poder Público a adoção de políticas de desenvolvimento urbano que guardem consonância com os princípios e garantias fundamentais, especialmente pela proteção da dignidade da pessoa humana, a promoção da justiça social e da cidadania<sup>5</sup>.

A execução da política urbana pelo Município nos termos constitucionais atrelou-se à edição de diretrizes gerais fixadas em lei federal. O § 4º do artigo 182 remete também à lei federal a aplicação dos instrumentos ali previstos para a promoção do adequado aproveitamento do solo urbano. Nesse sentido, após mais de dez anos de tramitação no Congresso Nacional, foi editada a Lei nº. 10.257/2001, que regulamentou os artigos 182 e 183 da Constituição Federal e disciplinou os instrumentos da política urbana. Dentre os instrumentos previstos na norma geral, cumpre-nos tratar dos institutos jurídico-tributários, especialmente o IPTU progressivo no tempo, previsto no artigo 7º do Estatuto da Cidade.

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

<sup>4</sup> LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998.

<sup>5</sup> PEREIRA, Luís Portella. *A função social da propriedade urbana*. Porto Alegre: Síntese, 2003.

## 2. POLÍTICA URBANA E SEUS INSTRUMENTOS

A política de desenvolvimento urbano insere-se no conjunto de políticas públicas atribuídas ao Poder Executivo, que abarcam as funções de coordenação e fiscalização das atividades públicas e das ações privadas para a realização das finalidades coletivas necessárias à concretização dos direitos fundamentais.

As políticas públicas pressupõem o planejamento das atividades estatais e assumem a forma de programas de ação organizados por meio de normas e atos dirigidos para a realização de objetivos determinados. O ordenamento jurídico urbanístico dispunha esparsamente de uma série de instrumentos expressos nas legislações locais. Exemplo disso foi a adoção por alguns Municípios, antes da edição do Estatuto da Cidade, de instrumentos como a transferência do potencial construtivo, do solo criado e até mesmo do IPTU progressivo<sup>6</sup>.

O Estatuto da Cidade constituiu um marco paradigmático no tratamento jurídico do ordenamento do espaço urbano. As normas gerais abrigadas no Estatuto da Cidade vieram compor o arcabouço necessário para aparelhar as municipalidades na realização dos programas de ação para a implementação da política urbana, fornecendo aos Municípios os parâmetros para a elaboração dos planos diretores e legislação urbanística. A Lei 10.257/2001 tem por objetivo precípuo o cumprimento das normas constitucionais que estabelecem os princípios da função social da propriedade e da cidade<sup>7</sup>.

O Estatuto da Cidade arrolou no seu artigo 4º diversos mecanismos que podem ser utilizados pelos Municípios na ordenação da cidade. Estão previstos instrumentos de planejamento, instrumentos jurídicos, orçamentários, financeiros, tributários e ambientais. O dispositivo legal desempenha uma função didática aos Chefes dos Executivos Municipais, na medida em que possibilita a identificação dos mecanismos dispostos para aplicação e execução das normas constitucionais mediante a intervenção do Poder Público sobre a propriedade privada.

O rol contido no artigo 4º da Lei nº. 10.257/01 é exemplificativo e, ao lado daqueles instrumentos tradicionalmente utilizados na ordenação urbanística, tais como servidão, desapropriação, limitações administrativas, tombamento etc., contém novos institutos que têm o objetivo de buscar a concretização da eliminação da pobreza, a qualidade de vida e a justiça social, quais sejam: zonas especiais de interesse social, concessão de uso especial para fins de moradia, usucapião especial de imóvel urbano e outros.

Não nos cabe aqui examinar uma a um desses institutos, entretanto cumpre ressaltar que o Estatuto da Cidade evidencia a necessidade de integração entre planejamento e gestão. A implementação de seus instrumentos pelos Municípios deve ser feita de forma combinada e sistematizada, com o objetivo não só de regular o processo de urbanização, como para induzir cidades mais justas, ambientalmente equilibradas e auto-sustentáveis.

<sup>6</sup> SAULE JR., Nelson. Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do Plano Diretor. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

<sup>7</sup> LEAL, Rogério Gesta. Direito Urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

### 3. INSTRUMENTOS TRIBUTÁRIOS NA ORDEM URBANÍSTICA

A Carta Constitucional de 1988, em decorrência da autonomia política, legislativa e financeira, atribuiu aos entes federativos a competência para instituir e arrecadar seus próprios tributos, listados no artigo 145, I, II e III, da Constituição Federal: impostos, taxas e contribuições de melhoria. O § 1º do artigo citado determina que, sempre que possível, os impostos deverão obedecer ao princípio da capacidade contributiva do contribuinte. Esse princípio deriva do princípio da isonomia e busca dar concretude à justiça tributária.

A repartição de competências constitucionais outorga aos Municípios a capacidade de auto-organização, autogoverno, normatização e auto-administração. Tais atributos de nada valeriam se os Municípios não pudessem instituir e arrecadar tributos e aplicar suas rendas para garantir a realização e manutenção de seus fins. Ao Município compete instituir os impostos previstos no artigo 156 da Constituição Federal, dentro os quais, o imposto sobre a propriedade territorial e predial urbana que tem grande vocação para disciplina da função social da propriedade, pois guarda relação direta com o uso e ocupação do solo urbano.

O Estatuto da Cidade arrola entre os instrumentos tributários o IPTU progressivo no tempo, a contribuição de melhoria e incentivos e benefícios fiscais e financeiros. Esse último instrumento quando aplicado deverá pautar-se pela diretriz prevista nos incisos IX e X do art. 2º do mesmo diploma legal<sup>8</sup>. Ademais, a concessão de isenções e renúncia fiscal merece criteriosa aplicação em decorrência do disposto no art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

As contribuições de melhoria têm como base impositiva a valorização imobiliária decorrente da implementação de obras públicas. Guarda relação com a diretriz estabelecida no inciso IX do Estatuto da Cidade. Sua aplicação, contudo, encontra obstáculos, tendo em vista que a dificuldade de mesurar a valorização imobiliária em decorrência direta da obra pública, bem como de identificar o âmbito de seu impacto. A forma de instituição e arrecadação deste tributo está totalmente regulada no CTN.

O primeiro instrumento tributário arrolado pelo Estatuto da Cidade no art. 4º, IV, *a*, é o IPTU progressivo no tempo. Os esforços de alguns Municípios para instituir e arrecadar o IPTU progressivo antes da edição do Estatuto da cidade foram fulminados pelas decisões judiciais que decretaram a inconstitucionalidade das leis municipais em decorrência da ausência de lei federal. Nesse sentido trazemos as ementas dos julgados do TJRS:

*“DIREITO TRIBUTÁRIO. IPTU PROGRESSIVO NO TEMPO PELO NÃO-ATENDIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. IMPOSSIBILIDADE DE SUA INSTITUIÇÃO, PELO MUNICÍPIO, SEM PRÉVIA LEI FEDERAL A RESPEITO. AÇÃO DE NULIDADE DE LANÇAMENTO. HONORÁRIOS*

<sup>8</sup> IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;

<sup>x</sup> – adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais;

*DE ADVOGADO, SUA FIXAÇÃO EM VALOR DE ALÇADA OU INESTIMÁVEL. 1. Não é aplicável a regra do art. 156, § 1º, da CF/88, no tocante à tributação do imóvel por desatendimento da função social da propriedade, enquanto não for editada a lei federal a que se refere o art. 182, § 4º, da mesma Carta, à qual compete normatizar e padronizar o procedimento a ser adotado pelos Municípios brasileiros em relação à matéria, inclusive para evitar-se violação ao princípio constitucional do não-confisco. 2. Os honorários a que faz jus o patrono do autor devem ser, preferentemente, fixados sobre o valor final da condenação, e não sobre o valor atribuído à causa, este quase sempre provisório pelo fato de ser inestimável o valor perseguido. Decisão: À unanimidade, confirmaram a sentença em reexame necessário e deram provimento ao apelo”. (Apelação e Reexame Necessário Nº 598458248, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roque Joaquim Volkweiss, Julgado em 06/06/2001).*

*“TRIBUTÁRIO. IPTU PROGRESSIVO NO TEMPO. INCONSTITUCIONALIDADE. VERBA HONORARIA. Visando, a autora, a anular notificação e lançamento atinentes a incidência do IPTU progressivo no tempo e não a declaração direta de inconstitucionalidade de lei municipal ou a nulidade de lei em tese, não há que se cogitar de carência da ação. Possibilidade do controle difuso da constitucionalidade de lei por via de exceção e no caso concreto. A instituição do IPTU progressivo no tempo, envolvendo progressividade extrafiscal, a luz do art. 182, § 4º, II, da constituição federal, depende de previa lei federal, sem a qual, não pode o município legislar a respeito. Verba honorária elevada, por aplicação do art. 20, § 4º, do CPC. Agravo retido e apelação do réu desprovidos, sendo provido o apelo da autora”. (Apelação Cível Nº. 598242022, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leo Lima, Julgado em 24/11/1999).*

A necessidade da Lei Federal foi o entendimento que se consolidou no STF, como se vislumbra no voto proferido pelo Ministro Celso Mello, no recurso Extraordinário 153771-0-MG, no qual sustenta:

*“Existe, pois, a condicionar a atuação normativa do legislador municipal, em tema de progressividade fiscal do IPTU, um parâmetro constitucional, que, previsto no art. 156, § 1º, e reiterado no art. 182, §§ 2º e 4º, da Carta Política, delimita e restringe o poder dos Municípios.*

*Vê-se, portanto, a partir das considerações expostas, que a adoção do critério da progressividade do IPTU – embora inquestionavelmente justa e socialmente legítima – está adstrita, por efeito de explícita determinação constitucional, a determinadas limitações de ordem jurídica, notadamente aquelas cujo fundamento reside no art. 182, § 4º, da Carta Política.*

*A ausência da lei federal a que se refere expressamente o art. 182, § 4º, da Constituição – lei federal que ainda não foi editada, atua, em tema de progressividade do IPTU, como fator inibitório da instituição, por qualquer Município do imposto predial e territorial, com alíquotas progressivas”.*

O Estatuto da Cidade veio então suprir a lacuna identificada pela jurisprudência pátria, viabilizando a aplicação do instrumento constitucional previsto no inciso II do § 4º do art. 182 da Carta Constitucional. Há de se diferenciá-lo do

imposto previsto no art. 156, § 1º, I e II, da Constituição Federal. Neste caso está-se diante da progressividade e seletividade fiscal. A EC 29/00 possibilitou aos Municípios a instituição do IPTU progressivo em razão do valor, da localização ou do uso do imóvel, sem prejuízo da progressividade no tempo<sup>9</sup>.

De imediato ressalta da redação dada ao dispositivo constitucional pela ementa a íntima relação da progressividade fiscal com a função social da propriedade, porquanto a instituição do imposto progressivo poderá estimular ou inibir determinados usos, reduzir ou ampliar o adensamento populacional etc<sup>10</sup>. Vejamos o exemplo de imóvel destinado ao uso industrial aprovado sob a égide de legislação revogada, situado em zona residencial de acordo com a lei de zoneamento vigente. O § 1º do art. 5º do Estatuto da Cidade não arrola o uso desconforme dentre as hipóteses de imóvel subutilizado. Nesse caso, o imposto poderá ter a alíquota majorada em função do uso, com fundamento no art. 156, § 1º, II, da Constituição Federal, sem que precise atender aos requisitos previstos no Estatuto da Cidade, e, além da finalidade arrecadatória, visará o desestímulo à permanência da atividade naquele local.

Não obstante esse fim indireto, que pode ser alcançado pela adequada aplicação do dispositivo constitucional abrigado no art. 156, § 1º, I e II, a finalidade precípua do imposto é a arrecadação, o abastecimento dos cofres públicos, e nesse sentido não se confunde com o instrumento de intervenção urbanística preconizado no § 4º do artigo 182. Tem como limites os princípios da capacidade contributiva e a vedação de confisco.

Na previsão do inciso I, do § 1º do artigo 156, deve-se distinguir a progressividade da proporcionalidade, uma vez que em ambos os casos o valor do imposto varia de acordo com o valor venal do imóvel. A proporcionalidade atende aos critérios de gradualidade decorrente do princípio da capacidade tributária, entretanto a progressividade presta-se mais à concretização do princípio da função social da propriedade e justiça fiscal.

O Município poderá, portanto, estabelecer alíquotas gradativamente maiores na medida em que o valor venal do imóvel for maior, situação que caracteriza a progressividade. No caso de adoção de alíquota única, o imposto será proporcional ao valor venal do imóvel. Em qualquer hipótese, o proprietário de imóvel de maior valor pagará imposto mais elevado, ajustando-se ao princípio da capacidade contributiva.

O IPTU progressivo no tempo é tributo cujo fundamento reside na sanção do proprietário que violou a obrigação constitucional de cumprimento da função social da propriedade e tem a finalidade extrafiscal aludida no inciso II do § 4º do art. 182 da Constituição Federal. Os dispositivos que disciplinam o IPTU progressivo no tempo deverão ser lidos em consonância com os artigos 5º e 6º da Lei nº. 10.257/01, que dispõem sobre o instituto jurídico-urbanístico de parcelamento, edificação e utilização compulsórios.

<sup>9</sup> FURLAN, Valéria. Imposto Predial e Territorial Urbano. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

<sup>10</sup> MATTOS, Liana Portilho (Org.). Estatuto da Cidade comentado: Lei nº 10.257, de 10 de julho e 2001. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

É requisito primordial para a incidência do IPTU progressivo no tempo o descumprimento pelo proprietário da obrigação de dar o adequado aproveitamento ao seu imóvel, de acordo com as normas do plano diretor, explicitadoras, na forma estatuída pela Carta Constitucional, da função social da propriedade. Assim, é pressuposto para a instituição do IPTU progressivo no tempo a existência de plano diretor que identifique as áreas sujeitas ao parcelamento, edificação ou utilização compulsórios. A identificação dessas áreas terá como critérios, dentre outros estabelecidos pelo Município, a existência de infra-estrutura à qual pretenda dar pleno uso, a retenção imobiliária de terrenos ociosos, a necessidade de implantação de infra-estrutura e a localização da gleba em zona especial de interesse social.

Como exemplo, trazemos a hipótese em que o Município, promovendo a regularização fundiária em determinada zona urbana, necessite estender a rede de infra-estrutura básica (água, esgotamento pluvial e sanitário, energia elétrica, abertura de vias, iluminação pública). Contudo a existência de glebas ociosas entre a infra-estrutura existente e o local da regularização impede a expansão das redes e vias, a menos que o Município também beneficie as glebas objeto da especulação imobiliária. A par disso, verifica-se um déficit de imóveis destinados para habitação de interesse social na região, evidenciado pela autoprodução de moradias em locais impróprios. As glebas ociosas neste entremeio poderão ser identificadas no Plano Diretor como áreas não utilizadas, sujeitas ao parcelamento compulsório, permitindo que o Município dote de infra-estrutura a área objeto da regularização fundiária sem que faça investimento de verbas públicas nas glebas retidas para especulação imobiliária.

Lei municipal específica deverá identificar os imóveis e prever a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar, estabelecendo também os prazos para atendimento de cada etapa do procedimento administrativo de aprovação e licenciamento dos projetos, início e conclusão das obras, que não poderão ser inferiores àqueles arrolados nos incisos I e II do  $^{\circ}$  4 $^{\circ}$  do art. 5 $^{\circ}$  da Lei n $^{\circ}$ . 10.257/01.

O Município notificará o proprietário na forma dos §§ 2 $^{\circ}$  e 3 $^{\circ}$  do art. 5 $^{\circ}$ ; o proprietário deverá adotar as medidas para cumprimento da obrigação de promover adequado aproveitamento do imóvel no prazo legal. Infringida a obrigação pelo particular, passa a incidir o IPTU progressivo no tempo. As formalidades para constatação da inadimplência, as alíquotas e os percentuais de aumento anuais deverão estar disciplinados na lei específica, respeitados os limites previstos no § 1 $^{\circ}$  do art. 7 $^{\circ}$ .

Observado todo o procedimento do art. 5 $^{\circ}$ , o Município irá lançar o tributo no ano subsequente ao término daquele em que o proprietário deveria ter cumprido a obrigação, majorando a alíquota progressivamente a cada ano, até o máximo de 15%. Caso o proprietário venha a cumprir a obrigação, a alíquota irá retornar ao patamar normal no exercício seguinte. Não promovendo o adequado aproveitamento do imóvel no prazo de cinco anos do descumprimento da obrigação, durante os quais a alíquota foi majorada, o Município irá manter o patamar máximo alcançado até que o proprietário cumpra a obrigação<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> GUIMARÃES, Natália Arruda. Os Municípios e o Estatuto da Cidade de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Tramas e Ideias, 2004.

Os institutos o parcelamento, edificação e utilização compulsórios e do IPTU progressivo, além de divergências doutrinárias sobre as aplicação, encontram críticas na doutrina quanto às dificuldades que apresentam para solução imediata dos problemas urbanos. Nessa seara, trazemos à colação o posicionamento de Ermínia Maricato<sup>12</sup>:

*“O Estatuto da Cidade fixa prazos e forma de aplicação de cada um dos instrumentos. A alíquota do IPTU progressivo no tempo (máximo de 15%) deverá ser majorada (até no máximo duas vezes o valor do ano anterior) a cada ano, durante cinco anos.*

*Dadas as exigências burocráticas e os prazos para que esses instrumentos possam ser implementados e considerando ainda que um PD e lei complementar devem proceder e orientar sua aplicação, podemos concluir que as medidas, tais como estão previstas na lei (decorrente do texto da Constituição Federal), não permitem respostas rápidas aos problemas urbanos atuais. Os conflitos decorrentes da aplicação da função social da propriedade tiveram sua resolução remetida à esfera municipal, quando da definição do PD. Não é difícil prever a dimensão dos obstáculos que surgirão para aprovar, em qualquer Câmara Municipal, a submissão de propriedades pertencentes a importantes figuras da política local, à função social da propriedade no PD. Essa constatação não anula os prováveis resultados positivos para os casos nos quais a aprovação de um PD seja imediatamente seguida da compulsoriedade na edificação, parcelamento ou utilização compulsórios de imóveis ociosos e do IPTU progressivo no tempo. Mas para tanto esses imóveis devem estar discriminados no PD. Vencidas essas dificuldades, a lei pode ser eficaz e até mesmo causar um impacto nos preços do mercado imobiliário, o que seria o grande objetivo da função social da propriedade, ou seja, diminuir a importância dos imóveis como reserva patrimonial”.*

Outras questões controvertidas são levantadas pela doutrina pátria sobre a aplicabilidade do IPTU extrafiscal. Uma delas refere-se à possibilidade de cumulação com a cobrança geral do IPTU. Fernando Dias Menezes de Almeida<sup>13</sup> sustenta que, como o IPTU progressivo no tempo é uma sanção ao proprietário, sua cobrança deve cumular-se com a cobrança geral do IPTU, pois, caso contrário, importaria em benefício indevido. Havendo o aumento do imposto para todos os contribuintes, pela revisão dos valores venais dos imóveis ou pela majoração da alíquota base, o proprietário sancionado também será atingido, independentemente da majoração da alíquota no tempo.

Outra discussão diz respeito ao princípio de vedação de confisco diante do preceito do § 2º do art. 7º da Lei nº. 10.257/01, que possibilita a cobrança pela alíquota máxima indefinidamente. Sobre isso lembra o insigne professor Sacha Calmon Navarro Coelho<sup>14</sup> que a progressividade pode ser exercitada até a exaustão se o proprietário mantiver-se recalcitrante em promover o adequado

<sup>12</sup> MARICATO, Ermínia. Brasil, cidades: alternativas para a crise urbana. Petrópolis: Vozes, 2001, p 107.

<sup>13</sup> MEDAUAR, Odete e ALMEIDA, Fernando Dias Menezes (Coord.). Estatuto da Cidade: Lei nº 10.257, de 10.07.01, comentários. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 89.

<sup>14</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário. Rio de Janeiro: forense, 2005, p. 602-603.

aproveitamento do imóvel, pois o princípio do não-confisco não abrange a extrafiscalidade, caso contrário não haveria razão para adoção da progressividade como técnica extrafiscal.

O IPTU progressivo no tempo é o instrumento tributário mais importante dentre os erigidos pela Constituição Federal e regulamentados pelo Estatuto da Cidade para implementação da política de desenvolvimento urbano pelo Município.

#### **4. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**4.1** Vislumbra-se da exposição acima que a execução da política de desenvolvimento urbano pelo Município, a partir da edição do Estatuto da Cidade, conta com diversos instrumentos inovadores que, bem empregados, poderão mudar o atual panorama das cidades brasileiras. Esses instrumentos, entretanto, devem ser utilizados mediante ações planejadas, de forma coordenada e sistematizada, para que alcancem a finalidade a que se propõem.

**4.2** Dos instrumentos tributários previstos no do Estatuto da Cidade, o IPTU é por excelência o tributo com maior aptidão pra o ordenamento do solo urbano. A utilização dos institutos constitucionais da progressividade e seletividade fiscal, ainda que tenha por finalidade a arrecadação ao erário, poderá auxiliar a política de desenvolvimento urbano.

**4.3** Como se trata de progressividade fiscal, o IPTU previsto no § 1º do art. 156 está adstrito à observância de todos os princípios constitucionais da matéria tributária, especialmente o princípio de vedação de confisco e da capacidade contributiva.

**4.4** O IPTU progressivo no tempo, na forma disciplinada pelo Estatuto da Cidade, é o instrumento tributário com nítida função extrafiscal de intervenção na propriedade privada, cujo caráter sancionador busca compelir o proprietário de imóvel urbano ao cumprimento da função social da propriedade.

**4.5** Em decorrência disso, a progressividade estabelecida no inciso II do § 4º do art. 182 da Constituição Federal não está limitado pelo princípio da vedação de confisco e mune o Administrador Municipal com mecanismo mais efetivo para a concretização das políticas públicas de desenvolvimento urbano e do direito fundamental à ordem urbanística.



# LIMITES À TITULAÇÃO DE TERRAS NA AMAZÔNIA

*CARLOS TEODORO JOSÉ HUGUENEY IRIGARAY*

Procurador do Estado de Mato Grosso  
e Professor Adjunto da UFMT

*GISELLE FERREIRA VIEIRA*

Professora da UFMT. Coordenadora do Escritório  
Modelo de Advocacia Ambiental-EMA

*LYGIA MARA ROSA DA SILVA*

Acadêmica do Curso de Direito da UFMT.  
Estagiou no EMA

## 1. INTRODUÇÃO

É sabido que a ausência de regularização fundiária na região amazônica constitui uma das principais fontes dos inúmeros conflitos enfrentados pelas populações locais, constituindo-se em um dos grandes desafios a serem superados.

A ocupação ilegal de terras devolutas - grilagem – agravada pela inexistência de um plano de ordenamento territorial para a Amazônia são reconhecidamente fatores de instabilidade, violência e degradação ambiental.

No bojo das políticas voltadas para conter o desmatamento o governo deu início a um projeto de “privatização” da Amazônia, a partir da titulação das áreas já ocupadas, sendo que nesse processo de titulação não estão sendo consideradas as deficiências estruturais dos órgãos fundiários e principalmente a importância ambiental de extensas áreas que serão tituladas, e que, por força de mandamento constitucional, são inalienáveis.

Essa dinâmica de titulação cartorária da região amazônica, que envolve grandes interesses, ou interesses de grandes latifundiários, está se viabilizando por meio da titulação, em regra, precedida de imensuráveis degradações ambientais, haja vista os critérios historicamente utilizados pelos órgãos fundiários no processo de comprovação de posse, geralmente amparado na conversão ilegal de áreas para pecuária extensiva o que demonstra a total falta de sincronia entre as políticas agrárias e as políticas ambientais.

A legislação prevê duas formas de titulação, quais sejam: emissão de título definitivo ou a constituição do contrato de direito real de uso. No que tange as

áreas da União, geridas pelo INCRA<sup>1</sup>, a regularização tem sido feita através da concessão do título definitivo de propriedade. Dessa forma, o processo de “regularização fundiária” que caracterizou a ocupação do Centro-sul do país avança sobre a Amazônia, desafiando princípios constitucionais e reproduzindo um modelo concentrador que premia a violência e a degradação de um patrimônio nacional.

Esta tese aborda aspectos da conturbada questão fundiária na Amazônia, enfocando os limites constitucionais e legais relacionados ao processo de “regularização”, conduzido pelos governos federal e estaduais, apontando alternativas para que a utilização dessas áreas ocorra dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente.

## 2. DESMATAMENTO E QUESTÃO FUNDIÁRIA NA AMAZÔNIA

O bioma amazônico estende por nove países (Brasil, Bolívia, Equador, Guiana, Guiana Francesa, Peru, Suriname e Venezuela) sendo que metade dessa floresta tropical (cerca de 3,64 milhões de km<sup>2</sup>) localiza-se em território brasileiro (o que equivale aos territórios da França e Itália juntos) constituindo-se num mosaico com significativas diferenças naturais e socioeconômicas, mega-diversidade e mega-problemas, dentre os quais se destaca a elevada taxa de desmatamento.

Da área de floresta existente no território brasileiro, 20% já foi desmatado, o que corresponde a 67 milhões de hectares. Apesar das ações governamentais direcionadas para reverter o avanço da fronteira agropecuária sobre a floresta as taxas de desmatamento seguem elevadas. Segundo o Instituto Espacial Brasileiro-INPE<sup>2</sup>, no período de 2007/2008 a área desmatada equivale a 11.968 km<sup>2</sup>.

Não bastassem os danos imediatos causados pelo desmatamento como a perda da biodiversidade, a conversão da floresta tem repercussão econômica e implica adicionalmente em alteração do ciclo hidrológico e mudança climática, acarretando a diminuição da qualidade de vida, caracterizada pela pobreza e devastação associadas às derrubadas e queimadas na floresta.

Quanto à influência do desmatamento no clima local e global, cabe ressaltar que, de acordo com estudos realizados pela Escola Eletrotécnica e Energia da Universidade de São Paulo (USP), o Brasil está entre os cinco maiores emissores de CO<sub>2</sub>, tendo emitido cerca de 1, 140 bilhão de toneladas de CO<sub>2</sub> em 2006, sendo que 75% destas emissões é resultado da queima e derrubada da floresta.<sup>3</sup>

Esse ranking brasileiro vem fomentando discussões também em âmbito global, pois, como dito, indelével é a influência da Floresta Amazônica no clima e no ciclo hídrico, em razão dos reflexos advindos da emissão ou retenção de gases de efeito estufa e da evapotranspiração, respectivamente.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> A grilagem de terras públicas na Amazônia brasileira (Série Estudos, 8)/ Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia – IPAM. Brasília: MMA, 2006, p.71

<sup>2</sup> Dados disponíveis no site: [http://www.obt.inpe.br/prodes/prodes\\_1988\\_2007.htm](http://www.obt.inpe.br/prodes/prodes_1988_2007.htm).

<sup>3</sup> Disponível em: Radioagência Notícias do Planalto - Queima e corte da floresta são maiores responsáveis por emissão de CO<sub>2</sub> no país.htm.

<sup>4</sup> Conforme texto citado, do Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia, sobre a relação entre desmatamento e clima, demonstra-se que além de influencia no clima a no fluxo de chuvas nas demais regiões do País, a própria floresta sofrerá esses efeitos.

No que tange a sua influência no efeito estufa, explica-se que, mesmo diante da dificuldade de se aferir quanto de CO<sub>2</sub> é liberado na atmosfera pela queima da sua biomassa, constata-se que, atualmente, os gases produzidos pela queimada superam o que vem sendo absorvido pelas plantas no seu estágio de crescimento; o que vem colocando a queimada em posição de destaque no combate ao aquecimento global, pois, como destaca o relatório intitulado: *Mudança do Clima 2007: a Base das Ciências Físicas*, elaborado pelo Painel Intergovernamental para Mudanças Climáticas – IPCC, as queimadas oriundas da destruição das florestas significam 75% das emissões brasileiras<sup>5</sup>.

Diretamente relacionado ao desmatamento também está o processo de evapotranspiração, nome dado ao processo de transpiração das plantas e da evaporação da água retida nas folhas, caules e na serrapilheira (material vegetal descartado), pois com a diminuição das florestas o ciclo hídrico da região também é afetado, visto que cerca de 50% das chuvas que a floresta recebe advém da própria floresta.<sup>6</sup> Ou seja, é incontestável o impacto do desmatamento da Amazônia no aquecimento global e também na manutenção do equilíbrio do ecossistema local.

Esse quadro de degradação da floresta amazônica, impulsionado principalmente pela pecuária extensiva e pela atividade madeireira, é agravado quando analisado sob a ótica biológica, pois, conforme pesquisa elaborada pelo Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazônia (Imazon), em parceria com o Banco Mundial, a Amazônia possui algumas peculiaridades, tais como: solos pobres, chuvas em excesso em cerca de 80% da região, atributos suficientes para tornar, do ponto de vista puramente econômico, qualquer empreendimento agropecuário tradicional inviável<sup>7</sup>.

Como visto, o desmate na Amazônia capitaneia um processo de danos ao meio ambiente de proporções globais, caracterizando uma imensurável ofensa ao princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana.

A essa realidade soma-se a postura adotada por órgãos fundiários que, contrariando qualquer lógica de uso sustentável da floresta, premiam desmatamentos ilegais com a concessão de título de domínio de áreas localizadas na Amazônia, agravando com isso, não só problemas ambientais, mas também sociais.

Na verdade, o cerne de muitos dos problemas socio-ambientais atinentes à Amazônia reside na questão fundiária, como consequência da omissão estatal no monitoramento e fiscalização da imensa faixa de terras devolutas existente na região. Negligência esta que vem propiciando o atual comércio imobiliário dessas áreas que, em grande parte, por suas particularidade ambientais, deveria ser mantida sob integral proteção.

<sup>5</sup> “IPCC: Não há mais tempo a perder, é preciso combater as mudanças climáticas agora”. Disponível em [http://www.wwf.org.br/natureza\\_brasileira/meio\\_ambiente\\_brasil/clima/painel\\_intergovernamental\\_de\\_mudancas\\_climaticas/blog\\_do\\_clima2/?7340](http://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/meio_ambiente_brasil/clima/painel_intergovernamental_de_mudancas_climaticas/blog_do_clima2/?7340). Acesso em 30/03/09.

<sup>6</sup> Disponível em: <http://www.conciencia.br>. Acesso em 10/02/09.

<sup>7</sup> Relatório: “Manejo Florestal Sustentável, Mudanças Econômicas no Uso do Solo e Implicações para Políticas Públicas na Amazônia”, segundo Folha de S. Paulo, 22 de outubro de 2000

O esquema que associa desmatamento ilegal e grilagem de terras penetrou na região com muita força quando os antigos seringalistas, e mesmo vários ribeirinhos que migraram em busca de melhores condições de vida, começaram a vender o direito do uso de suas terras, no final dos anos 1980. Várias dessas áreas passaram a ser desmatadas por empresas madeireiras como uma forma de comprovar sua posse, já que este constituía um dos parâmetros considerados pelos órgãos fundiários para a concessão de títulos de domínio.

Esse abandono estatal fez das terras devolutas na Amazônia ‘terras de ninguém’, tornando-as alvos fáceis de diversos ilícitos imobiliários, que visam transformar simples documentos de posse (contratos de arrendamento ou de concessão de uso de áreas) em latifúndios gigantescos. Dentre os vários expedientes usados pelos grileiros para a obtenção dos títulos de domínio estão: Registros sem títulos de domínio ou sem comprovação de registros anteriores; duplicação de matrículas com novas matrículas ou com matrícula da mesma terra em comarcas diferentes e registros efetuados com base em sentenças de partilhas de bens, sem prova de domínio ou sem matrícula anterior.

Esse problema fundiário enfrentado na Amazônia, capitaneado pelo esquema da grilagem, contribui para agravar o quadro de violência na região além de ofender alguns princípios constitucionais em nosso país, como o princípio da função social e ambiental da propriedade, que “autoriza que se imponha ao proprietário comportamentos positivos, no exercício de seu direito, para que a sua propriedade concretamente se adeque à preservação do meio ambiente”<sup>8</sup>.

Nesse mesmo sentido Cristiane Derani assinala que tal princípio constitui-se em norma impositiva que impõe aos proprietários novos deveres e responsabilidades; equiparando-se a um “ônus do proprietário, consistente em um conjunto de deveres e responsabilidades que permeia toda a relação de propriedade, e não apenas limita seu exercício.”<sup>9</sup>

Enfatizando a importância do tema na seara ambiental, Milaré destaca que, sob a égide da Constituição Federal, o direito de propriedade só fica reconhecido “quando cumprida a função social ambiental, como seu pressuposto e elemento integrante, sob pena de impedimento ao livre exercício e até a perda desse direito.”<sup>10</sup>

Com efeito, nos termos do art. 186 da Constituição Federal a dita função social da propriedade só é cumprida quando se atende simultaneamente os requisitos econômicos, sociais e ambientais, que incluem a “utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente”. O preceito constitucional se harmoniza com o entendimento doutrinário e o posicionamento dos tribunais, que consideram que o direito de propriedade “deve atender e observar a conjugação indissociável dos princípios da propriedade privada, da função social da propriedade e da defesa do meio ambiente”<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Apud MILARÉ, Édis. Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário - 2ª ed. rev. atual e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 121

<sup>9</sup> DERANI, Cristiane. A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da “Função Social”. Revista de Direito Ambiental n°27. São Paulo: RT, 2002, p. 59.

<sup>10</sup> MILARÉ, Édis. Op. Cit. p. 121

<sup>11</sup> Cita-se como exemplo a decisão do TJ-MG no Processo n. 1.0702.03.084697-7/001(1). Rel. Des. Geraldo Augusto. Julgamento em 27/02/2007.

A chamada função socioambiental das propriedades localizadas na Amazônia envolve aspectos peculiares, dada a importância ecológica do bioma e sua proteção constitucionalmente assegurada, o que inclui a indisponibilidade das terras arrecadadas necessária à proteção dos ecossistemas naturais. O item seguinte enfoca aspectos da especial proteção jurídica conferida à floresta amazônica.

### **3. A AMAZÔNIA ENQUANTO ESPAÇO TERRITORIAL ESPECIALMENTE PROTEGIDO**

A importância ecológica dos diversos ecossistemas que compõe o bioma amazônico está registrada em vasto material bibliográfico produzido a partir de exaustivas pesquisas que comprovam a mega-diversidade da região.

O Governo brasileiro, através de seu órgão ambiental reconhece a grande variedade de ecossistemas que caracterizam a Amazônia (matas de terra firme, florestas inundadas, várzeas, igapós, campos abertos e cerrados) e a sua riqueza em biodiversidade (1,5 milhões de espécies vegetais catalogadas; três mil espécies de peixes; 950 tipos de pássaros; e ainda insetos, répteis, anfíbios, mamíferos, etc.). Em nota divulgada pelo IBAMA, descreve a floresta Amazônica como “um ecossistema auto-sustentável. Ou seja, é um sistema que se mantém com seus próprios nutrientes num ciclo permanente. Os ecossistemas amazônicos são sorvedouros de carbono, contribuindo para o equilíbrio climático global. Existe um delicado equilíbrio nas relações das populações biológicas que são sensíveis a interferências antrópicas”, demonstrando assim a sua importância particular frente aos demais biomas.<sup>12</sup>

Destaque especial cabe à área de floresta que cobre 70% da região, cerca de 385 milhões de hectares, responsáveis por mais de 30% das reservas mundiais de florestas e do estoque genético mundial. Associados a esses recursos a região abriga também a maior bacia hidrográfica do mundo com 1.100 afluentes que se estende por seis milhões de km<sup>2</sup>.

Outro fator que vem estabelecendo o seu espaço nos debates sobre a desmatamento da floresta amazônica é a sua influência, como já dito, nas mudanças climáticas, fenômeno que caracteriza claramente a amplitude transfronteiriça das questões ambientais. Pois como introduzimos no capítulo anterior a influência da Floresta amazônica na questão climática é tamanha que pesquisas recentes do IPAM, através do Programa Cenários para a Amazônia, “mostram que, se continuarmos nesse ritmo, em 2050 mais de 40% da Floresta Amazônica terá desaparecido e 36 bilhões de toneladas de carbono terão sido emitidas, agravando o aquecimento do planeta”<sup>13</sup>.

Tais atributos justificam a sua definição constitucional como um patrimônio nacional (CF: art. 225, § 4º), categoria jurídica que não tem merecido dos doutrinadores um estudo mais aprofundado.

<sup>12</sup> Disponível em <<http://www.ibama.gov.br/ecossistemas/amazonia.htm>> Acesso em 02/02/09.

<sup>13</sup> Texto: Clima e desmatamento, disponível em <http://www.climaedesmatamento.org.br/clima>>. Acesso 09/03/2009.

Certamente que o nacionalismo e o difundido temor da internacionalização dos grandes santuários ecológicos localizados em nosso país, contribuíram para que os Constituintes definissem essas áreas como patrimônio nacional; contudo, qualquer que tenha sido a motivação política, é razoável deduzir que os Constituintes buscaram, fundamentalmente, assegurar maior proteção para essas áreas tidas como “hot spots”, de notável biodiversidade, confiando ao legislador comum a tarefa de regulamentar o preceito constitucional, estabelecendo maiores restrições à exploração dos recursos naturais nelas existentes.

Por outro lado, a proteção genérica prevista no texto constitucional confere a essas áreas a condição de espaços territoriais especialmente protegidos, também referenciados na Constituição Federal (art. 225 § 1º, III). Nesse sentido, oportuno ressaltar que essa “referência constitucional aos espaços territoriais protegidos abrange inúmeras categorias de proteção legal e limitações administrativas que não se cingem apenas às conhecidas unidades de conservação. Dentre os espaços territoriais protegidos, apenas na esfera federal, inserem-se, além das já mencionadas, as áreas de patrimônio nacional, terras indígenas, áreas de preservação permanente, áreas de reserva legal, paralelogramo de cobertura vegetal, terrenos de Marinha, e terrenos marginais, entre outros”.<sup>14</sup>

Assim sendo, a definição da Floresta Amazônica brasileira como patrimônio nacional implica no reconhecimento de sua importância social e ambiental, em virtude de seus incomparáveis atributos naturais, pressupondo adicionalmente a necessidade de adequação e limitação ao uso dos recursos naturais do uso de modo a assegurar a preservação do meio ambiente. Nesse sentido, Bessa Antunes assinala que “eventualmente, em matéria ambiental, o sentido de patrimônio nacional implica que há restrições à livre utilização dos recursos naturais, na medida em que esta utilização possa vir a ser gravosa para a natureza e a sociedade, independentemente da titularidade dos bens considerados isoladamente”.<sup>15</sup>

Cabe assinalar que tais restrições não implicam na preservação integral da Amazônia, mas na sua conservação mediante uso, disciplinando o monitorado de forma eficaz pelo poder público.

Sobretudo por essas razões o mundo observa com atenção e interesse as ações do Governo brasileiro para conter o desmatamento na Amazônia no patamar a que se comprometeu, durante a realização da COP14 (Conferência das partes de nº 14)<sup>16</sup> que ocorreu em dezembro de 2008, em Poznan.

De acordo com o Plano Nacional sobre Mudanças do Clima elaborado por 17 Ministérios com participação popular, o governo brasileiro propõe reduzir o desmatamento da Amazônia em 70% até 2017, evitando a emissão de 4,8 bilhões de toneladas de carbono, mais do que o esforço total previsto em Kyoto. Salienta,

<sup>14</sup> IRIGARAY, Carlos Teodoro J. H. Aspectos constitucionais da proteção de unidades de conservação. In: FIGUEIREDO, Guilherme J. Purvin (Org.). *Direito Ambiental em Debate*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004, p. 81/91.

<sup>15</sup> Antunes, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 6ª ed., 2002, p. 58

<sup>16</sup> A conferência das partes (COP) é o braço executivo da Convenção das Nações Unidas sobre o clima e tem como responsabilidade decidir sobre aplicação e funcionamento das diretrizes da Convenção, a implementação dos mecanismos e o cumprimento das metas estabelecidas.

porém, o Ministério do Meio Ambiente, que “sem o apoio significativo de recursos financeiros dos países desenvolvidos é impossível reorientar o desmatamento ilegal para uma economia sustentável e que a responsabilidade pela redução nas emissões seja diferenciada, proporcional e acompanhada de aporte financeiro e tecnológico dos países mais ricos”.<sup>17</sup>

Para tanto se faz necessário superar a visão de que a Amazônica é um mero espaço de expansão da sociedade e da economia nacional, passando a concebê-la sob um prisma mais global, no qual se considere as características peculiares dessa região, principalmente no que tange a questão ambiental. Superação que conduzirá à conclusão de que inconcebível é qualquer tentativa de adaptação dos velhos sistemas de ocupação e titulação de terras, esses caracterizados pelo esquema invasão-desmatamento-grilagem.

Ressalta-se que, mesmo se desconsiderássemos todos esses fatores de pressão internacional, a tutela da floresta amazônica é um imperativo constitucional e, sendo assim, um dever do Estado, que deve assumir uma postura atuante frente ao monitoramento e fiscalização da área, implantando e executando programas que assegurem a melhora das condições de vida dos habitantes daquela região, incentivando a pesquisa para desenvolver o conhecimento de seus atributos.<sup>18</sup>

Em virtude de sua extensão e riqueza de seu patrimônio natural e cultural, a Amazônia não é mais apenas uma questão regional e, sim, uma questão nacional e também internacional. Visto que acresce sua importância estratégica em fóruns globais referentes ao clima, à diversidade biológica e à água. O que vem fomentando uma maior produção de conhecimentos a respeito da floresta e o seu uso de forma sustentável<sup>19</sup>.

É por essa razão que a fruição dos benefícios oriundos dos bens ambientais, que é de toda coletividade, não pode ser limitada pelo direito de propriedade de alguns privados. Justificando-se então a exclusão do rol de terras alienáveis as áreas essenciais à manutenção e preservação da função ecológica, conforme estabelece a própria Constituição Federal.

Tais condicionantes criam limites à pretendida titulação de terras devolutas na Amazônia, que seguem analisados no item subsequente.

#### **4. INDISPONIBILIDADE DA FLORESTA AMAZÔNICA ENQUANTO ÁREA DE INTERESSE PARA A CONSERVAÇÃO**

O governo federal admite que, aproximadamente 45% da Amazônia, são terras públicas devolutas, o que representa, cerca de 235 milhões de hectares na Amazônia Legal, restando 24% que estão sob apropriação privada e 31% são

<sup>17</sup> Conforme declarações do Ministro do Meio Ambiente divulgadas através do Informe 42 do MMA. Disponível em <[www.mma.gov.br](http://www.mma.gov.br)>. Acesso em 23/03/09.

<sup>18</sup> Amazônia: Patrimônio Nacional. Disponível em: [http://www.amazonianet.org.br/index.php?system=news&news\\_id=447&action=read](http://www.amazonianet.org.br/index.php?system=news&news_id=447&action=read). Acesso em: 30/03/2008

<sup>19</sup> Programa Nacional para conhecimento e uso da biodiversidade amazônica, publicado por Bertha K. Becker. Disponível em: [www.cgee.org.br/atividades/redirect.php?idProduto=2076](http://www.cgee.org.br/atividades/redirect.php?idProduto=2076). Acesso em 30/03/2008

áreas públicas protegidas (sendo que 21% são áreas indígenas e 10% são compostas por unidades de conservação).<sup>20</sup>

Lei Imperial n.º. 601, de 1850, em seu artigo 3º, conceituou terras devolutas como aquelas: “que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal (§ 1º); as que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em comisso por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura (§ 2º); as que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por esta Lei (§ 3º); as que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta Lei (§ 4º).

Luis Stefanini entende as terras devolutas como sendo “aquelas espécies de terras públicas (sentido lato) não integradas ao patrimônio particular, nem formalmente arrecadadas ao patrimônio público, que se acham indiscriminadas no rol dos bens públicos por devir histórico-político”.<sup>21</sup>

Desse modo, as terras devolutas são terras públicas às quais não tenha sido dada nenhuma utilização pública específica e que, por não se encontrarem legalmente integradas ao patrimônio privado, sejam arredadas pelo Estado via ação discriminatória. Desde o advento da primeira Constituição Republicana, essas terras pertencem aos Estados-membros, salvo àquelas que expressamente a Constituição destina à União.

Como descrito, grande parte da Amazônia é constituída de terras devolutas, que são áreas pertencentes ao Poder Público, que não possui titulação, isto é, são aquelas que não estão destinadas a qualquer uso público e nem estão legitimamente integradas ao patrimônio particular.

Nenhum país do Mundo possui uma área tão extensa e rica sob o domínio público. Trata-se de um número expressivo que certamente justifica uma ação governamental para sanar os problemas associados a esse quadro, que envolvem, notoriamente, grilagem de terras, violência rural, trabalho escravo, concentração fundiária (latifúndios) entre outros.

Historicamente as terras devolutas sempre foram entregues gratuitamente ou a preço simbólico a seus ocupantes. Esse processo remonta ao Império quando a Lei de Terras de 1850 (autoria do Senador Vergueiro) autorizava o registro das posses e sesmarias quaisquer que fossem suas dimensões, fortalecendo as elites agrárias no país e propiciando a consolidação de extensos latifúndios. Em que pese a interdição da ocupação de terras públicas (o que passou a ser criminalizado), a lei criou um precedente que vigora até hoje, legitimando a ocupação (caracterizada pela “abertura” da área) como forma de possibilitar a posterior regularização. Desde então o processo segue sendo reproduzido como se essa

<sup>20</sup> A grilagem de terras públicas na Amazônia brasileira (Série Estudos, 8)/ Instituto de Pesquisa Ambiental da Ambiental da Amazônia – IPAM. Brasília: MMA, 2006, p.58

<sup>21</sup> STEFANINI, Luis de Lima. A Propriedade no Direito Agrário. Ed. Revista dos Tribunais, 1978, SP.

fosse a única maneira de enfrentar a questão fundiária no Brasil. Na década de 70 os Militares “venderam” a preço simbólico, milhares de hectares na Amazônia para incentivar uma desastrosa ocupação a um custo socioambiental ainda não dimensionado.

Recentemente o Congresso converteu em lei a Medida Provisória n. 422 de 25 de março (Lei Nº 11.763 de 1º de agosto de 2008), que dispensa licitação e autorização legislativa para regularização fundiária de terras públicas em áreas de até 1500 hectares. A medida saudada pelo Greenpeace como “Programa de Aceleração da Grilagem,”<sup>22</sup> foi aperfeiçoado com a edição de outra controversa Medida Provisória (MP 458, de 10/02/09), simplificando o procedimento para titular cerca de 50% da Amazônia que permanece devoluta, o que levou o Governo federal a cogitar a criação de uma agência especial para implementar esse ambicioso projeto político, diante da notória deficiência estrutural do órgão fundiário federal.

Contudo caberá ao INCRA levar adiante, sabe-se como, a tarefa de emitir títulos para quem ocupa terras públicas ainda que tal ocupação tenha se dado de forma criminosa, como freqüentemente ocorre.

Na leitura do prof. Ariovaldo Umbelino, geógrafo da USP, A MP 458/2009 tenta buscar a equivalência entre o posseiro e o grileiro, criando uma confusão jurídica. “A grilagem é um ato criminoso, enquanto a posse é a tentativa de encontrar um pedaço de chão para a sobrevivência da família. A posse é garantida pela Constituição; o grilo não. Porém, a MP torna o grileiro um falso posseiro”.<sup>23</sup>

Acresça-se que com a discussão da MP 458 no Congresso Nacional 249 emendas foram apresentadas e há um fundado receio de que a iniciativa consolide o modelo de ocupação desordenada e grilagem de terras públicas na Amazônia, com alto custo ambiental. Em nota técnica o Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazônia alerta para a necessidade de um debate mais amplo e aponta entre os riscos do projeto de lei a ser votado no Congresso, a legalização da grilagem, a manutenção de incentivos ao desmatamento e da facilidades para obter terra pública; alerta também para o fato de que a ampliação do prazo para regularização cria expectativas de validar futuras ocupações, e de que a exigência de conclusão de Zoneamento Ecológico-Econômico (ZEE) é insuficiente, sendo necessárias medidas que assegurem a transparência em todo o processo de regularização.<sup>24</sup>

Também a Senadora Marina Silva ressaltou entre os riscos da referida MP, “o de legalizar condutas criminosas, como a grilagem de terras públicas, e o de favorecer novo ciclo de expansão da fronteira predatória”. Segundo Marina Silva:

<sup>22</sup> Para o diretor de Políticas Públicas da entidade, Sérgio Leitão, o ato governista enfraquece o combate ao desmatamento, perdoa quem tomou ilegalmente terras públicas e sinaliza que novas ocupações e derrubadas serão legalizadas no futuro. “O texto atende à bancada ruralista e revela os interesses reais do governo sobre a floresta tropical. O governo lançou o PAG – Programa de Aceleração da Grilagem”, diz. In: “Posseiros ilegais”, disponível em <http://www.landaction.org/spip/spip.php?article296>

<sup>23</sup> <http://www.portaldomeioambiente.org.br/noticias/2009/marco/04/4.asp> Acesso em 4/3/2009

<sup>24</sup> BRITO, Brenda e BARRETO, Paulo. Os perigos da privatização generosa de terras na Amazônia: Análise sobre o Relatório da Medida Provisória nº 458/2009. Disponível em: <[http://www.imazon.org.br/novo2008/arquivosdb/151210nota\\_mp\\_458\\_final.pdf](http://www.imazon.org.br/novo2008/arquivosdb/151210nota_mp_458_final.pdf)>. Acesso em 27/03/09.

*“O maior problema está na possibilidade de, ao largo do princípio constitucional do interesse público e da função social da terra, privatizar grandes áreas. Até 2004, só era possível vender terras públicas de até 100 hectares na Amazônia. Em 2005, esse limite passou para até 500 hectares. Em 2008, outra medida provisória permitiu a venda de até 1.500 hectares, sem licitação. Agora, a nova MP permite regularizar essas grandes ocupações, na maioria fruto de grilagem de terras públicas, associada à violência e expansão do desmatamento”.*<sup>25</sup>

De fato, na prática a regularização não vai distinguir posseiro de grileiro e os maiores beneficiados serão justamente os que grilaram terra pública e desmataram ilegalmente acima do percentual permitido na região e que poderão ter suas áreas regularizadas sem licitação. Com efeito, não há nenhuma justificativa razoável para dispensar de licitação a regularização de propriedades com 1.500 ha. Essa medida não tem cunho social e atende interesses de agropecuaristas que causaram severos danos ambientais ao bioma amazônico. Desse modo, medidas acautelatórias devem ser inseridas na legislação para vedar a regularização de grilagem e, sobretudo para remover quaisquer incentivos ao desmatamento e ocupação ilegal de terras públicas com expectativa de posterior regularização.

Não se ignora que a referida MP contempla regras para limitar a concentração de terras na Amazônia, ao estabelecer, por exemplo, que a titulação dos grandes latifúndios será apenas parcial (observado o limite de 1500 ha), condicionada à desocupação da área excedente (art. 13 § 2o), ou ainda de que serão revertidas ao patrimônio público os imóveis nos quais não tenham sido cumpridas as condições resolutivas pelo titulado (art. 17) ou que não puderem ser regularizados na forma da mencionada Medida Provisória (art. 19 § 3o). Porém, é notória a incapacidade do Estado de fazer cumprir essas regras.

Um estudo superficial da regularização fundiária permitirá constatar que inúmeras áreas de 1.499 ha contíguas aguardam regularização em nomes de pessoas de uma mesma família, quando não em nome de laranjas, numa fraude evidente que tem passado “despercebida” pelos órgãos fundiários e tornaram o Brasil um recordista mundial em concentração de terras.

Por isso mesmo, o discurso de que é melhor legalizar para fiscalizar não procede<sup>26</sup>. Não existe uma política fiscalizatória consistente por parte do governo. Falta Estado na Amazônia e, sobretudo vontade política para fazer cumprir a lei. A fiscalização pode e deve ocorrer independentemente de titulação já que o posseiro responde pelos danos causados ao meio ambiente na área que ocupa. Ademais, existe ainda, o risco de que essa iniciativa, em ano eleitoral, quando, historicamente as taxas de desmatamento crescem na Amazônia, seja interpretada como um aval para novas ocupações.

<sup>25</sup> Marina Silva. “Ainda tem pés de barro”. Artigo publicado no Jornal Folha de São Paulo. 16/02/2009.

<sup>26</sup> O exemplo do Estado de Mato Grosso é emblemático: Mesmo tendo boa parte de sua área com título de domínio privado, persiste a dificuldade do Estado em monitorar e fiscalizar os danos ambientais ocorridos na região que figura entre os Estados com as maiores taxas de desmatamento na Amazônia.

Finalmente, a maior limitação e deficiência ao projeto de executar um amplo programa de regularização fundiária na Amazônia está no próprio texto constitucional que estabelece:

“Art. 225 (...)

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais”.

A relevância ambiental das terras devolutas existentes na Amazônia está justificada não apenas pelos atributos ecológicos mencionados ao longo desta tese, dentre os quais se destaca a megadiversidade e a importância da floresta tropical na modelagem do clima e do ciclo hidrológico, mas também no potencial econômico que está sendo dilapidado por um modelo de ocupação que privilegia o lucro rápido obtido com a conversão das áreas ocupadas em pastagens, em detrimento de uma utilização sustentável que assegure a conservação da floresta.

Infelizmente, a regularização fundiária não será suficiente para compelir a obediência às áreas de reserva legal, que continuam sendo degradadas, em desrespeito ao Código Florestal, pelos beneficiários da titulação.

Assim sendo, à vista da limitação constitucional para alienação de terras devolutas necessárias à proteção dos ecossistemas naturais, e considerando que a floresta amazônica reveste-se dessa importância constitucionalmente reconhecida, enquanto patrimônio nacional, sem contar as restrições de uso, específicas para o bioma amazônico, fixadas pelo Código Florestal e inúmeras outras normas federais, resta evidente que a alienação dessas áreas, na forma contemplada na MP 258/2009, esbarra em impedimento constitucional, sendo certo que milita em favor da floresta amazônica uma presunção relativa de interesse para a conservação, somente removível com a prévia manifestação dos órgãos de meio ambiente atestando inexistir restrição de ordem ambiental à pretendida alienação de determinada área.

Tal é a proteção dada as áreas consideradas de relevante importância ambiental que, leciona Milare<sup>27</sup>, essa inalienabilidade deve ser aplicada até mesmo àquelas áreas que ainda não foram incorporadas ao patrimônio público em razão de ação discriminatória.

Alegar-se-á em detrimento dessa tese, que a regularização fundiária proposta visa tão somente consolidar uma ocupação que já existe de fato, propiciando maior controle por parte dos órgãos governamentais. Ainda, assim, nos casos em que essa ocupação tenha se efetivado, a regularização deve se dar em harmonia com os princípios constitucionais apontados e também com a legislação que orienta a utilização sustentável dos recursos florestais, especialmente na Amazônia, conforme analisado no item seguinte.

<sup>27</sup> MILARÉ, Édis. Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário - 2ª ed. rev. atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 257.

## 5. ALTERNATIVAS PARA A REGULARIZAÇÃO AGROAMBIENTAL NA AMAZÔNIA

Como ressaltado a questão fundiária na Amazônia permanece cercada de indefinições e engendra problemas complexos e diferenciados.

São 235 milhões de hectares, grande parte de interesse ambiental para a conservação, o que macula de inconstitucionalidade qualquer iniciativa de “privatização” açodada, porquanto se trata de área indisponível por força do art. 225 § 5º da Constituição Federal.

Por outro lado, não se ignora que parte dessas terras devolutas estão ocupadas, por pequenos posseiros, grileiros e grandes latifúndios, inexistindo um cadastramento confiável que permita um gerenciamento eficaz do patrimônio florestal e, sobretudo a implementação de políticas públicas consistentes para favorecer o uso sustentável dos recursos florestais.

No caso das florestas públicas, estimadas em 210,7 milhões de hectares, segundo dados do Cadastro Nacional de Florestas Públicas<sup>28</sup>, a alternativa considerada para promover sua utilização de forma sustentável, contendo o avanço da pecuária sobre áreas florestadas, foi o estabelecimento de um sistema de concessões através do qual o poder público poderá transferir particulares os direitos de exploração e a responsabilidade pela conservação desse patrimônio da União.

Para tanto foi editada a Lei n. 11.284/06, que contempla três formas de gestão das florestas públicas, compatíveis com seu uso sustentado:

- a) Criação de unidades de conservação que permitem a produção florestal sustentável (ex. florestas nacionais);
- b) Destinação para uso comunitário, como assentamentos florestais, reservas extrativistas, áreas quilombolas, PDS (Projetos de Desenvolvimento Sustentável)
- c) Concessões Florestais pagas, baseadas em processo de licitação pública.

Nas três alternativas contempladas o uso sustentável dos recursos ambientais nessa áreas públicas, pode ser efetivado sem que isso resulte em transferência do domínio. Todavia, a iniciativa sofreu inúmeros questionamentos quanto à sua operacionalidade, a despeito de seu objetivo conservacionista porquanto pretende incentivar a substituição de uma economia gerida pelo desmatamento por uma economia do uso sustentável da floresta. Certamente que o maior empecilho à implementação de qualquer iniciativa que implique em exploração florestal, sobretudo em terras públicas, reside na necessidade de se definir previamente quais são essas terras pública.

Nesse sentido, a utilização dos instrumentos de comando-e-controle ou mesmo a responsabilização por danos causados ao patrimônio florestal pressupõe a identificação de quem é realmente o proprietário, ocupante ou concessionário da área eventualmente degradada. Assim não se ignora a relevância do processo de regularização, como medida complementar para a contenção do desmatamento desde que respeitados alguns princípios alicerçados na supremacia do interesse público sobre o interesse

<sup>28</sup> Dados divulgado pelo Serviço Florestal Brasileiro.

privado, o que implica em transparência e sobretudo respeito às necessárias condicionantes ambientais. Nessa mesma linha, Brito e Barreto<sup>29</sup> destacam quatro princípios para uma regularização fundiária eficaz e justa na Amazônia: “o respeito a outros direitos e interesses, a eliminação de subsídios perversos, a transparência e a coordenação institucional”. Para tanto, recomendam que as políticas de regularização fundiária na Amazônia envolvam as seguintes ações a seguir sumariadas:

a) “Blindagem” das terras públicas ainda não ocupadas ilegalmente, evitando estimular nova corrida para a grilagem de zonas esparsamente ocupadas por populações indígenas e tradicionais, com a expectativa de que futuras regularizações seriam possíveis. Nesse sentido a blindagem pressupõe a criação de unidades de conservação entre as quais as florestas nacionais e a demarcação de terras indígenas e de populações tradicionais.

b) Conclusão do Zoneamento Ecológico-Econômico para facilitar a regularização. É necessário que todos os Estados amazônicos tenham seus ZEE e principalmente que o mesmo seja efetivamente empregado para orientar políticas públicas e sobretudo a regularização fundiária;

c) Criação de um consenso sobre direitos de posses não regularizáveis. As regras atuais desconsideram posseiros de imóveis maiores que 1.500 hectares, mas ainda não existe um consenso jurídico sobre o destino dessas posses, principalmente em relação ao direito de indenização de benfeitorias feitas pelos posseiros.

d) Adoção de regras estáveis, discutidas definidas pelo Congresso Nacional e precedidas por ampla divulgação e oportunidade de debates com a sociedade civil, evitando alterações legais por meio de medidas provisórias.

Merece referência a experiência de regularização fundiária iniciada pelo Estado do Pará, através de uma ação governamental que envolve diversos órgãos, entre os quais o Instituto de Terras (INTERPA), a Secretaria de Meio Ambiente e a Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural do Pará.

De acordo com essa metodologia os processos de regularização de posse deverão ser acompanhados de planta e memorial descritivo georreferenciado. Os títulos de domínio expedidos pelo órgão fundiário contém cláusulas que obrigam o beneficiário a manter, conservar e, se for o caso, restaurar, as áreas de preservação permanente e de reserva legal que deverá ser averbada à margem do registro do imóvel, junto ao cartório competente. Com isso o Estado deu início à organização de um laboratório de informação próprio das propriedades rurais que será compartilhado por instituições públicas (Federais, Estaduais e Municipais) e registros imobiliários. Dessa forma, cumpridas as obrigações estabelecidas (administrativas, sociais e ambientais) o ocupante de terra pública receberá título de domínio, inegociável pelo prazo de dez anos (art.189 CF) e junto com a titulação é realizado o Licenciamento da Atividade Rural (LAR), sob a responsabilidade da Secretaria de Meio Ambiente.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> In: Brito, B. & Barreto, P. Os riscos e os princípios para a regularização fundiária na Amazônia.

<sup>30</sup> Estado da Amazônia, nº10. Belém: Imazon. 2008”, disponível em: <[http://www.imazon.org.br/novo2008/publicacoes\\_ler.php?idpub=3557](http://www.imazon.org.br/novo2008/publicacoes_ler.php?idpub=3557)> . Acesso em 27/03/09.

<sup>30</sup> Informações disponíveis no site do INTERPA: <http://www.iterpa.pa.gov.br>

Seguramente o aspecto mais relevante no processo de regularização de terras na Amazônia e que deve preceder qualquer iniciativa de titulação ou concessões de uso passa pelo zoneamento econômico-ecológico e pela delimitação das áreas de interesse para a conservação ambiental, ou seja, nenhuma titulação pode ser considerada juridicamente válida, mormente na Amazônia, sem que os órgãos ambientais tenham se manifestado previamente acerca da eventual relevância ecológica da área a ser disponibilizada pelo Poder Público. Vale dizer, a titulação de terras devolutas ocupadas na Amazônia somente pode se efetivar após prévia manifestação dos órgãos ambientais quanto à necessidade das mesmas para a proteção dos ecossistemas naturais, em observância ao art. 225 § 5º da Constituição Federal.

Com efeito, o princípio constitucional de que são indisponíveis as terras arrecadas necessárias à proteção dos ecossistemas naturais justifica-se para evitar sejam privatizadas áreas de importância ecológica que devem ser especialmente protegidas, afinal, já aconteceu inúmeras vezes do poder público vender a preços aviltantes áreas que, posteriormente, por razões ambientais, se viu obrigado a desapropriar pagando preço de mercado.

Dessa forma, além dos aspectos que devem ser ponderados na regularização fundiária, especialmente na Amazônia, mencionados neste artigo, destaca-se a prévia manifestação quanto ao interesse na conservação da área objeto de titulação ou concessão, a cargo dos órgãos ambientais, aos quais compete integrar-se a esse processo para que nenhuma titulação ocorra sem a prévia regularização de passivos ambientais eventualmente existentes.

## **6. CONCLUSÕES**

**6.1** Enquanto patrimônio nacional, dotado de mega-diversidade, a floresta amazônica brasileira presume-se de interesse para a conservação;

**6.2** Reconhecida a relevância do processo de regularização fundiária na Amazônia como medida complementar para a contenção do desmatamento, tal regularização deve se dar com ampla transparência e respeito às necessárias condicionantes ambientais.

**6.3** Medidas acautelatórias devem ser inseridas na legislação para impedir a regularização de grilagem e sobretudo para remover quaisquer incentivos ao desmatamento e ocupação ilegal de terras públicas, por posseiros com expectativa de posterior regularização.

**6.4** A titulação de terras devolutas ocupadas na Amazônia somente pode se efetivar após prévia manifestação dos órgãos ambientais quanto a necessidade das mesmas para a proteção dos ecossistemas naturais, em observância ao art. 225 § 5º da Constituição Federal.

**6.5** A regularização fundiária deve ser promovida envolvendo os órgãos de meio ambiente, para que nenhuma titulação ocorra sem a prévia regularização de passivos ambientais eventualmente existentes.

# UNIDADES DE CONSERVAÇÃO EM ÁREA URBANA O (DES) CASO DE PALMAS – TO

**CAROLINE PIRES CORIOLANO**

Assessora Jurídica do Instituto Natureza do Tocantins,  
Mestre e Doutoranda em Derecho Ambiental y de  
La Sostenibilidad - Universidad de Alicante, Espanha

**RENATO TORRES PINHEIRO**

Professor Adjunto da Fundação Universidade Federal  
do Tocantins – Uft, Doutor em Biologia/Ecologia –  
Universidad de Alicante, Espanha

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CF, acompanhando a preocupação mundial com a preservação do meio ambiente, proclamou um artigo exclusivo à sua proteção, preconizando 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.”*<sup>1</sup>

Acrescentando ainda ser incumbência do Poder Público *“preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas, preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; 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; (...) proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.”*<sup>2</sup>

Subtrai-se da norma constitucional que a sadia qualidade de vida é indissociável ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, não podendo existir sem este.

Meio ambiente, por sua vez, pode ser definido à luz da Lei Federal n.º 6.938, de 31.08.1981, que institui a 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”*.

---

<sup>1</sup> Art. 225, da CF

<sup>2</sup> § 1º, art. 225, da CF

A Constituição ao estabelecer ser obrigação, e não direito, do Poder Público, como um todo, definir nas unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, criou para a União, os Estados e os Municípios a obrigação de instituir estes espaços.

A Lei, 9.985, de 18 de julho de 2000 regulamentou o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, criando o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC. Esta norma definiu Unidade de Conservação como “*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.*”<sup>3</sup> Determinando ainda, que todos os entes da federação poderão criar suas Unidades de Conservação, ressaltando que se esta for criada pela União, denominar-se-á nacional, se pelos Estados, estadual, e finalmente, se criada pelos Municípios.

Esta tese pretende analisar a criação das Unidades de Conservação, pelo Poder Público Municipal, observando-se o estabelecido no Estatuto das Cidades e especialmente a criação destes espaços em conformidade com o Plano Diretor do município de Palmas, no Estado do Tocantins.

## 2. COMPETÊNCIA MUNICIPAL PARA LEGISLAR SOBRE O MEIO AMBIENTE

Os Municípios foram elevados à categoria de ente político a partir da Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988<sup>4</sup>, neste contexto, passaram a possuir competências e atribuições próprias.

Esta carta determinou ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou seja, um dever de todos que integram a estrutura federativa brasileira<sup>5</sup>; proteger as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos, proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas. Portanto, cabe a todos os entes da federação, a implantação e execução da política ambiental, sendo todos responsáveis pela fiscalização de seu cumprimento.

Quanto aos poderes para legislar sobre a questão ambiental, a CF estabeleceu ser competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal expedir normas sobre a proteção ao meio ambiente, o controle da poluição, o patrimônio paisagístico, a responsabilidade por dano ao meio ambiente e a direitos turísticos e paisagísticos.<sup>6</sup> Em relação a estas matérias, a União limitar-se-á a estabelecer normas gerais, em caso de sua inércia, caberá aos Estados e ao Distrito Federal suplementá-la e legislar; observando-se que, caso futuramente seja expedida norma geral pela União, as normas elaboradas terão a sua eficácia suspensa no que contrariarem a lei federal. Em todos os casos caberá aos Estados suplementar a norma geral.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Art. 2º, I da Lei 9.985, de 18 de julho de 2000

<sup>4</sup> Arts 1º, e 18 da CF

<sup>5</sup> Art. 23, incisos da CF

<sup>6</sup> Art. 24, da CF

<sup>7</sup> LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. São Paulo: Método. 2007. p. 288.

Aos Municípios restou configurada ser competência exclusiva as elencadas no Art. 30 da CF: “I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber(...); VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”

Diante da divisão espacial da organização político administrativa da República Federativa do Brasil, estabelecida pela CF, caberá ao Município, havendo normas da União e dos Estados disciplinado uma matéria, suplementar, em seu âmbito (no interesse local), o que ainda não foi determinado por estas, devendo, desta forma, adequar-se às normas vigentes, podendo, todavia, estabelecer regras mais restritivas. Por exemplo, o Município é competente para legislar, determinando as regras que utilizará para autorizar e/ou licenciar a construção de prédios residenciais, não podendo o Estado manifestar-se sobre este tema, contudo, se é interesse municipal construir uma avenida que interfira em uma Área de Preservação Permanente evidentemente não se aplicará somente à legislação municipal, deverá o município observar a legislação federal e estadual sobre o tema.

### 3. ESPAÇOS TERRITORIALMENTE PROTEGIDOS NO BRASIL

A legislação pátria estabelece três espécies de espaços territorialmente protegidos, na aceção do art. 225§ 1º, III, da Constituição Federal; as Áreas de Preservação Permanente, a Área de Reserva Legal e as Unidades de Conservação.

As Áreas de Preservação Permanente e a Área de Reserva Legal (florestal) estão disciplinadas pelo Código Florestal, Lei nº 4.771, de 15/09/65, diante das alterações advindas da Lei 7.803, de 18/07/1989, sendo seus escopos a conservação da fauna e da flora original de uma determinada região, no intuito de que esta cumpra a sua função ambiental.

As Áreas de Preservação Permanente – APP são áreas protegidas, cobertas ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo genético de fauna e de flora, proteger o solo e assegurar o bem estar das populações humanas.<sup>8</sup> Estas áreas também poderão situar-se nas cidades, (§ único, do art. 2º, do Código Florestal, acrescido pela Lei nº 7.803/89), compreendidas nos perímetros urbanos,

<sup>8</sup> Código Florestal, Artigos 2º e 3º:

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 será(...); 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 (cinquenta) metros de largura; (...)

Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo.

Art. 3º Consideram-se, ainda, de preservação permanentes, quando assim declaradas por ato do Poder Público, as 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; h) a assegurar condições de bem-estar público.(...)

nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas e deverão estar disciplinadas nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo. Ressalta-se que estas normas deverão respeitar os princípios e limites mencionados na norma geral, ou seja, o município poderá legislar sobre a fixação destas áreas, todavia nunca em limite inferior ao estabelecido no Código Florestal.

Subtrai-se da norma, que na maioria dos casos a intenção do legislador, ao criar as Áreas de Preservação Permanente, não é de tutelar especificamente a vegetação, mais sim outros recursos naturais. Neste contexto, estas áreas são espaços territoriais especialmente protegidos, de proteção integral, que não podem ser exploradas, que somente podem ser alteradas ou suprimidas por uma lei e quando for necessária a execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social.<sup>9</sup>

O Código Florestal criou duas formas de APP, seu art. 2º fixa quais espaços territoriais são obrigatoriamente protegidos, e o art. 3º as APPs administrativas, ou seja, que serão criadas por atos administrativos.<sup>10</sup>

Resta claro, que o art. 2º, da norma mencionada, tem por objetivo a mediata proteção da água e da qualidade do solo, visando garantir os recursos hídricos e evitar a erosão que pode ocorrer, caso a vegetação localizada em determinadas áreas seja retirada. Já as APPs administrativas são aquelas que serão delimitadas, demarcadas e declaradas de proteção pela administração pública, por ato específico, quando se julgar necessário.

A Área de Reserva Legal – ARL, segundo conceituado pelo Código Florestal, com as alterações advindas da MP 2166-67, é a “*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.*”<sup>11</sup>

Este instrumento prevê a proteção de amostras/fragmentos territoriais visando à conservação da fauna e da flora local. A porcentagem da propriedade a ser

<sup>9</sup> Art. 4º A supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto. (...)

§ 2º A supressão de vegetação em área de preservação permanente situada em área urbana, dependerá de autorização do órgão ambiental competente, desde que o município possua conselho de meio ambiente com caráter deliberativo e plano diretor, mediante anuência prévia do órgão ambiental estadual competente fundamentada em parecer técnico.

§ 3º O órgão ambiental competente poderá autorizar a supressão eventual e de baixo impacto ambiental, assim definido em regulamento, da vegetação em área de preservação permanente.

§ 4º O órgão ambiental competente indicará, previamente à emissão da autorização para a supressão de vegetação em área de preservação permanente, as medidas mitigadoras e compensatórias que deverão ser adotadas pelo empreendedor.

§ 5º A supressão de vegetação nativa protetora de nascentes, ou de dunas e mangues, de que tratam, respectivamente, as alíneas “c” e “f” do art. 2º deste Código, somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública.

§ 6º Na implantação de reservatório artificial é obrigatória a desapropriação ou aquisição, pelo empreendedor, das Áreas de Preservação Permanente criadas no seu entorno, cujos parâmetros e regime de uso serão definidos por resolução do CONAMA.

§ 7º É permitido o acesso de pessoas e animais às Áreas de Preservação Permanente, para obtenção de água, desde que não exija a supressão e não comprometa a regeneração e a manutenção a longo prazo da vegetação nativa.”

<sup>10</sup> Art. 3º do Código Florestal

<sup>11</sup> GOMES DA SILVA, Vicente. Legislação Ambiental Comentada. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 72

destinada à fixação de ARL dependerá do local onde se encontra o imóvel rural, podendo variar de 20 a 80% de toda área.

A terceira categoria de áreas protegidas são as Unidades de Conservação, disciplinadas pelo Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC, Lei 9.985, de 18 de julho de 2000. Estas são divididas em unidades de conservação de proteção integral e de uso sustentável.

## 4. OS SISTEMAS DE UNIDADE DE CONSERVAÇÃO DA NATUREZA

A Lei nº 9.985/00 regulamentou os incisos I, II e III, art. 225, parágrafo 1º da CF, instituindo o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza - SNUC.

Conceitua-se Unidade de Conservação - UC, como área a ser instituída em propriedade pública ou particular, protegida de “*forma permanente, em caráter de perpetuidade ou perenidade absoluta, sendo vedada qualquer alteração de seus objetivos, princípios limites ou finalidades, por parte de proprietários ou de seus sucessores a qualquer título, em razão do vínculo juridicamente perenizado de sua função ecológica indispensável ao equilíbrio ecológico dos ecossistemas ali integrantes justificador da contínua proteção constitucional e legalmente assegurada no interesse das presentes e futuras gerações.*”<sup>12</sup>

### 4.1 O Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza - SNUC

O SNUC estabelece os critérios e as normas para a criação, implantação e gestão das Unidades de Conservação, dividindo-as em dois tipos: as de proteção integral:<sup>13</sup> Estação Ecológica, Reserva Biológica, Parque Nacional, Monumento Natural e Refúgio da Vida Silvestre e as de uso sustentável:<sup>14</sup> Área de Proteção Ambiental – APA, Área de Relevante Interesse Ecológico – ARIE, Floresta Nacional – FLONA, Reserva Extrativista – RESEX, Reserva de Fauna, Reserva de Desenvolvimento Sustentável e Reserva Particular do Patrimônio Natural – RPPN.<sup>15</sup>

Este Sistema é constituído por todas as UCs independentemente do ente que a tenha criado (podendo ser federais, estaduais ou municipais), e tem por objetivo:

- I- contribuir para a manutenção da diversidade biológica e dos recursos genéticos no território nacional e nas águas jurisdicionais;*
- II- proteger as espécies ameaçadas de extinção no âmbito regional e nacional;*
- III- contribuir para a preservação e a restauração da diversidade de ecossistemas naturais;*

<sup>12</sup> CUSTÓDIO, Héliana Barreira. Direito Ambiental e Questões Jurídicas Relevantes, Ed Millennium p. 53

<sup>13</sup> Art. 2º, VI, Lei nº 9.985/2000 – Proteção Integral: manutenção dos ecossistemas livres de alterações causadas por interferência humana, admitindo apenas o uso indireto de seus atributos naturais.

<sup>14</sup> Art. 2º, XI, Lei nº 9.985/2000 – Uso Sustentável: exploração do ambiente de maneira a garantir a perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo a biodiversidade e os demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável.

<sup>15</sup> Alguns tipos de Unidades de Conservação já haviam sido instituídos por leis anteriores.

*IV- promover o desenvolvimento sustentável a partir dos recursos naturais;*  
*V- promover a utilização dos princípios e das práticas de conservação da natureza no processo de desenvolvimento;*  
*VI- proteger paisagens naturais ou pouco alteradas de notável beleza cênica;*  
*VII- proteger as características relevantes de natureza geológica, geomorfológica, espeleológica, arqueológica, paleontológica e cultural;*  
*VIII- proteger e recuperar recursos hídricos e edáficos;*  
*IX- recuperar ou restaurar ecossistemas degradados;*  
*X- proporcionar meios e incentivos para atividades de pesquisa científica, estudos e monitoramento ambiental;*  
*XI- valorizar econômica e socialmente a diversidade biológica;*  
*XII- favorecer condições e promover a educação e interpretação ambiental, a recreação em contato com a natureza e o turismo ecológico;*  
*XIII- proteger os recursos naturais necessários à subsistência de populações tradicionais, respeitando e valorizando seu conhecimento e sua cultura e promovedoras social e economicamente.”<sup>16</sup>*

Enquanto instrumento de intervenção ambiental, as unidades de conservação, se instituídas como determinam as normas ambientais, podem muito contribuir na redução progressiva dos abusos na exploração dos recursos naturais e do meio ambiente como um todo.

O SNUC prevê em seu art. 6º, parágrafo único, que poderão integrá-lo às “*unidades de conservação estaduais e municipais que, concebidas para atender a peculiaridades regionais ou locais, possuam objetivos de manejo que não possam ser satisfatoriamente atendidos por nenhuma categoria prevista nesta Lei e cujas características permitam, em relação a estas, uma clara distinção.*” Assim, após a realização de estudos específicos, os Estados e/ou os Municípios poderão criar outras Unidades de Conservação, além das definidas no SNUC, no intuito de atender especificidades locais.

## **4.2 O Sistema Estadual de Unidades de Conservação da Natureza - SEUC**

Os Estados poderão elaborar seus próprios Sistemas de Unidades de Conservação. No Estado do Tocantins, o Sistema Estadual de Unidades de Conservação da Natureza - SEUC, foi instituído pela Lei nº 1.560, de 5 de abril de 2005, que estabeleceu os critérios e normas para a criação, implantação e gestão das unidades que o constituem, no âmbito do Estado e dos Municípios que o compõe. Acrescendo, ainda, que antes da criação de uma UC é necessária, além da consulta pública, a realização de estudos técnicos, científicos e socioeconômicos que identifiquem a localização, a dimensão e os limites mais adequados para a unidade,<sup>17</sup> instrumentos estes que embasarão o ato de criação da UC, que conterà a categoria de manejo, o órgão executor, os objetivos da Unidade e o memorial

<sup>16</sup> Art. 4º e incisos, da Lei nº 9.985/2000.

<sup>17</sup> Art. 33 da Lei 1.560, de 5 de abril de 2005 do Estado do Tocantins.

descritivo indicando os limites georeferenciados de acordo com o Sistema Geodésico Brasileiro.

O SEUC, seguindo a norma geral, classifica as UCs em Unidades de Proteção Integral e em Unidades de Uso Sustentável. O Sistema tocantinense diferencia-se do nacional, no âmbito das UCs de proteção integral, ao não prever a criação de Reservas Biológicas; e no âmbito das UCs de uso sustentável, ao não prever a criação de floresta nacional, e ao criar as categorias: Rio Cênico e Estrada Parque, atendendo às peculiaridades locais.<sup>18</sup>

Esta norma determina como áreas prioritárias, para fins de criação das unidades de conservação, aquelas: *“I- previstas pela Constituição Estadual; II- que contiverem ecossistemas ainda não satisfatoriamente representados no SEUC; III- onde se constatar situação de iminente perigo de eliminação ou degradação dos ecossistemas; IV- onde ocorrem espécies endêmicas, raras, vulneráveis ou ameaçadas de extinção; V- necessárias à proteção de recursos hídricos e à formação de corredores ecológicos.”*<sup>19</sup>

#### **4.3 O Sistema Municipal de Unidades de Conservação da Natureza - SMUC**

No âmbito Municipal poderá ser criado o Sistema Municipal de Unidades de Conservação da Natureza - SMUC, esta norma disciplinará a criação de UCs nos Municípios, devendo buscar seus fundamentos no SNUC e no SEUC, podendo, todavia, diante de características e necessidades locais criar outras modalidades de UCs.

### **5. ESTATUTO DA CIDADE E O PLANO DIRETOR MUNICIPAL**

Os impactos decorrentes da degradação ambiental vêm crescendo de forma significativa, conseqüentemente os desastres naturais estão cada vez mais freqüentes. Na zona urbana, o crescimento demográfico em grande escala, decorrente da ocupação migratória populacional desorganizada, originada pela busca de melhores condições de vida, moradia, saúde e emprego, têm agravado estes impactos, ocasionando a ocupação irracional do solo, o que eleva expressivamente, os custos sociais, econômicos e ambientais dos Municípios.

Neste contexto o Poder Público, preocupado em reverter, ou pelo menos conter este quadro, expediu a Lei nº 10.257, em 10/07/2001, denominada Estatuto da Cidade. Em vigor desde o dia 10 de outubro de 2001, o Estatuto regulamenta o

<sup>18</sup> Lei nº 1.560/2005:

Art. 12. A Unidade de Proteção Integral compõe-se de:

I - Estação Ecológica Estadual; II - Parque; III - Monumento Natural; IV - Refúgio de Vida Silvestre. (...)

Art. 18. A Unidade de Uso Sustentável compõem-se de:

I - Área de Proteção Ambiental; II - Reserva de Fauna Estadual; III - Reserva de Desenvolvimento Sustentável; IV - Rio Cênico; V - Estrada Parque; VI - Reserva Particular do Patrimônio Natural; VII - Área de Relevante Interesse Ecológico; VIII - Reserva Extrativista.

<sup>19</sup> Art. 33 § 3º e incisos da Lei 1.560, de 5 de abril de 2005 do Estado do Tocantins.

art. 182 da Constituição Federal de 1988, fixando importantes princípios básicos<sup>20</sup> que passaram a nortear as ações da política urbana, sendo um dos mais relevantes a função social da cidade.

O instrumento fundamental para a organização municipal, previsto no Estatuto da Cidade, é o Plano Diretor. Este Plano foi criado pelo art. 182 da CF, que determinou suas diretrizes mínimas e estabeleceu sua obrigatoriedade para as cidades com população superior a 20.000 habitantes. Posteriormente, ao regulamentar o texto constitucional, o Estatuto da Cidade preconizou as demais diretrizes necessárias à sua consecução, tendo inclusive ampliado o rol de cidades que são obrigadas a implementá-lo.

O Plano Diretor<sup>21</sup> é, portanto, 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 ou jurídicas, de Direito Privado ou Público, a serem levados a efeito no território municipal, são diretrizes técnicas para o desenvolvimento global do espaço territorial municipal, que atuará como instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana,

O Estatuto da Cidade relaciona, ainda, dentre os instrumentos de indução de desenvolvimento urbano, a instituição de UCs no âmbito municipal. Assim, por esta norma, deverá o município criar Unidades de Conservação locais, obedecendo, contudo, para a criação, implantação e gestão destas áreas, o determinado pelo Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC e pelo Sistema Estadual de Unidades de Conservação da Natureza – SEUC. Para se tornarem unidades de conservação, as áreas protegidas pelos municípios necessitam ser criadas por lei ou decreto próprio, procedimento este posterior à realização de estudos para definir se a área apresenta relevante interesse ambiental.

Ao determinar a observância do equilíbrio ambiental na aplicação de todos seus instrumentos, restou aos Municípios, no momento de elaboração de toda e qualquer política urbana, a obrigatoriedade da observância das normas ambientais, tanto de vedação ou minoração de efeitos negativos sobre o meio ambiente, quanto da proteção, preservação e recuperação deste.<sup>22</sup>

Assim, caberá ao Plano Diretor regulamentar a política urbana municipal, observando-se, que ao suplementar a legislação federal e estadual, ou regulamentar assuntos de interesses locais, os Municípios não podem contrariá-las, pois são estas que concedem o próprio fundamento de validade das leis municipais.<sup>23</sup> Desta forma, o fundamento de validade do Plano Diretor é o Estatuto da Cidade, o qual impõe a compatibilidade vertical entre os planos nacionais, regionais e municipais de ordenamento do solo e de desenvolvimento econômico e social.<sup>24</sup> Os

<sup>20</sup> Art. 2º, IV, Lei 10.257/2001

<sup>21</sup> §1º, do art. 182, da CF

<sup>22</sup> O Estatuto da Cidade e o Meio Ambiente. Élisson Cesar Prieto. IV Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico SP/2006, disponível em <http://www.ibdu.org.br/imagens/OEstatutodaCidadeoMeioAmbiente.pdf>. Acessado em 16 de março de 2009.

<sup>23</sup> MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais 2007, p. 536.

<sup>24</sup> Art. 4º, Lei 10.257/2001

“interesses locais” municipais não podem, portanto, contradizer o determinado pela Constituição, que garante como direito difuso, transgeracional, o acesso a um ambiente sadio e de qualA elaboração do Plano Diretor deve levar em conta todos os objetos previstos no art. 2º do Estatuto da Cidade, devendo o município observar o ecossistema no qual está inserido e principalmente a bacia e sub-bacia hidrográfica de que faz parte. Esta norma é obrigatória para as cidades: com mais de vinte mil habitantes; que integram regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da CF; integrantes de áreas de especial interesse turístico e nas que estão inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.<sup>25</sup>

Na esfera ambiental, este instrumento está obrigado a observar a legislação ambiental federal e a estadual, principalmente; o Código Florestal, a Política Nacional do Meio Ambiente e o SNUC.<sup>26</sup>

A propriedade urbana e a cidade têm funções sociais, e estas funções serão cumpridas pela política urbana, quando, no que diz respeito ao meio ambiente, se observarem as diretrizes gerais de:<sup>27</sup> 1) garantir o direito ao saneamento ambiental; 2) realizar o planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população das atividades econômicas do Município de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente; 3) ordenar e controlar-se o uso do solo, de forma a evitar a poluição e a degradação ambiental; 4) adotar padrões de produção e consumo de bens e serviços compatíveis com os limites de sustentabilidade ambiental do Município; 5) proteger, preservar e recuperar o meio ambiente natural e o construído, e ainda, o patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico.<sup>28</sup>

A cidade, para cumprir suas funções sociais, deverá, portanto, garantir a todos os cidadãos, indistintamente, o direito e a garantia ao meio ambiente equilibrado, à moradia, à terra urbana, ao saneamento e infra-estrutura, ao transporte e serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, tanto para as gerações presentes, quanto para as futuras gerações.

## 6. CRITÉRIOS PARA SELEÇÃO DE ÁREAS PRIORITÁRIAS PARA A CONSERVAÇÃO

Grande parte da biodiversidade tropical é intolerante às atividades e exploração humana, e incapaz de persistir fora de áreas efetivamente protegidas, neste contexto, as unidades de conservação se qualificam como um dos principais instrumentos para conservação da diversidade biológica e manutenção dos serviços ambientais proporcionados pela natureza.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> Art. 41, da Lei nº 10.257/2001

<sup>26</sup> FONTENELLE, Miriam. O Plano Diretor como instrumento de implementação da Política Urbana. Disponível em: [http://www.compedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/novos\\_desafios\\_miriam\\_fontenelle.pdf](http://www.compedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/novos_desafios_miriam_fontenelle.pdf). Acessado em 16 de março de 2009.

<sup>27</sup> art. 2º I, IV, VI VIII e XII, da Lei nº 10.257/2001

<sup>28</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme, ob. Cit. P. 371

<sup>29</sup> BRUNNER, A.G., R.E. GULLISON, R.E., RICE E G.A.B. DA FONSECA (2001) Effectiveness of parks in protecting tropical biodiversity. *Science* 5501:125-128.

Biodiversidade ou diversidade biológica é aqui reconhecida como a variabilidade dos organismos vivos e dos sistemas ecológicos dos quais elas são parte; e serviços ambientais como todos os benefícios outorgados aos ecossistemas, os quais podem ser fornecidos em uma escala global, como a manutenção da qualidade da atmosfera e sua relação com a estabilidade climática, a reciclagem natural dos produtos utilizados pelo ser humano, e em escala regional ou local, conexos à purificação da água, fertilidade do solo, polinização, entre outros.

O processo de seleção de áreas prioritárias para conservação é complexo e tem sido constantemente debatido, portanto, vem evoluindo e se aprimorando, incorporando elementos mais objetivos no procedimento de análise, incluindo aspectos sociais e econômicos, além dos ambientais. Destarte, passaram a ser considerados como um instrumento de gestão socioeconômica do território e não apenas um mero apelo ou necessidade conservacionista.

As primeiras unidades de conservação (ou áreas naturais protegidas) foram criadas tomando por base critérios cênicos e de disponibilidade de áreas, entretanto, percebeu-se que por meio do uso destes critérios nem sempre eram selecionadas áreas de maior diversidade biológica, invalidando-os desde um ponto de vista científico/ecológico.

Somente a partir da década de 70 foram propostas metodologias para seleção de áreas prioritárias para conservação. Dentre as questões debatidas, discutia-se, por exemplo, sobre a vantagem de se proteger uma área grande ou muitas pequenas. Entretanto, as idéias precursoras para sanar algumas das muitas dúvidas, originaram-se da Teoria do Equilíbrio<sup>30</sup>, onde: a) áreas de maior tamanho oferecem mais benefícios comparados às pequenas; b) ilhas de habitat possuem maiores taxas de extinção e podem manter menos espécies a longo prazo; c) áreas pequenas mantêm populações menores que estariam mais susceptíveis à endogamia e aos efeitos estocásticos, demográficos e ambientais; d) o risco de extinção é inversamente proporcional ao tamanho populacional; e) as consequências negativas do efeito de borda são mais pronunciadas em áreas menores devido a maior proporção de borda em relação à área central.

Avanços conceituais e metodológicos foram incorporados ao processo de seleção de áreas protegidas, alguns passando a considerar a distribuição das espécies e outros a distribuição dos ecossistemas. Métodos baseados na distribuição das espécies priorizam diferentes aspectos, entre eles, áreas de ocorrência de espécies emblemáticas ou espécies “bandeira”, áreas com elevada riqueza de espécies, áreas com elevado número de espécies endêmicas, ou seja, com restrições quanto à sua distribuição geográfica e áreas onde se concentra o maior número de espécies ameaçadas de extinção. Métodos baseados na distribuição dos ecossistemas são utilizados em menor escala e preconizam que, por meio da conservação de toda a variação de condições ecológicas encontradas em uma determinada área, conserva-se também a maioria das espécies e suas complexas interações. Entretanto, o conhecimento sobre as espécies em ambientes de elevada

<sup>30</sup> MAC ARTHUR R.H e E.O. WILSON (1963) An equilibrium theory of insular biogeography. *Evolution* 17:373-387.

biodiversidade, como a encontrada nos trópicos, é ainda incipiente, e o método baseado na distribuição dos ecossistemas tem sido o mais indicado para a seleção de áreas prioritárias para conservação.

O próximo passo consiste em avaliar *in loco* as condições da área e sua viabilidade para a criação de uma unidade de conservação. Para tanto, uma série de atributos devem ser considerados: a) disponibilidade e estado de conservação da área, priorizando aquelas com elevada proporção de vegetação natural e baixa interferência antrópica; b) presença de espécies, endêmicas, raras ou ameaçadas de extinção; c) representatividade dos ambientes contemplados na unidade de conservação com relação à região ecológica; d) complementariedade ao sistema de unidades de conservação, ou seja, a contribuição da área proposta na conservação de paisagens e ecossistemas ainda não protegidos em uma região ecológica; e) diversidade de espécies e ecossistemas; f) valor histórico, cultural e antropológico e; g) situação fundiária.

Visando reduzir a subjetividade no processo de seleção de áreas prioritárias para conservação o Ministério do Meio Ambiente recomenda a metodologia baseada no Planejamento Sistemático de Conservação (PSC)<sup>31</sup> o qual prioriza a definição de áreas em função da sua importância. Seus métodos se assemelham ao conjunto de informações descrito anteriormente, objetivando a identificação de alvos de conservação que incluem: “a) alvos de biodiversidade (*endemismos, espécies raras, ameaçadas, etc.*), b) unidades fitogeomorfológicas (*considerado como um indicador de biodiversidade*), c) alvos de uso sustentável (*áreas de beleza cênica, que forneçam serviços ecológicos, que contenham espécies de uso comercial ou cultural*) e d) alvos de persistência e processos (*áreas importantes para serviços ambientais*)”.

A importância da definição de critérios e métodos aplicados à seleção de áreas prioritárias para conservação tem promovido um avanço significativo na qualidade das ferramentas, incluindo o uso de modelos matemáticos. Em geral estes modelos tem se baseado no conceito de complementaridade<sup>32</sup>, que é definida como uma medida do quanto uma área contribui para a representação de espécies não representadas previamente, sendo dependente da composição de qualquer área previamente selecionada. Os algoritmos baseados em complementaridade procuram por locais onde todas as espécies de interesse estão representadas na menor área possível.

Avanços posteriores destes modelos propuseram uma alternativa, por meio do mapeamento de um atributo contínuo chamado insubstituíbilidade,<sup>33</sup> que é uma medida da importância de uma área com relação ao objetivo de proteger todas as espécies. Áreas totalmente insubstituíveis contêm espécies não encontradas em

<sup>31</sup> Planejamento Sistemático de Conservação.

[www.wwf.org.br/natureza\\_brasileira/meio\\_ambiente\\_brasil/](http://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/meio_ambiente_brasil/)

[lep/lep\\_acoes\\_resultados/psc](http://lep/lep_acoes_resultados/psc). Acessado em 15 de março de 2009.

<sup>32</sup> MARGULES, C. R.; NICHOLLS, A. O. e PRESSEY, R. L. 1988. Selecting networks of reserves to maximize biological diversity. *Biological Conservation* 43:63-76.

<sup>33</sup> PRESSEY, R. L., I.R. JOHNSON, e P.D. WILSON. 1994. Shades of irreplaceability: towards a measure of the contribution of sites to a reservation goal. *Biodiversity and Conservation* 3:242-262.

outros locais. Esta abordagem permite verificar o padrão espacial das opções de áreas numa região e a possível substituição de qualquer área, dadas as restrições na alocação de reservas.

Independente do método proposto é imperativo a realização de estudos prévios. Informações básicas, sobre a ocorrência de espécies em uma determinada área, são o ponto de partida fundamental e necessário para o delineamento de ações visando a seleção e definição de áreas prioritárias para conservação.

## **7. O PLANO DIRETOR DE PALMAS E A CRIAÇÃO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO NA ÁREA URBANA**

Foram criadas pelo Plano Diretor de Palmas,<sup>34</sup> 12 (doze) Unidades de Conservação, todavia, estranhamente, restou estipulado que estas áreas seriam “*enquadradas em até 2 anos, a partir da aprovação*” daquela Lei. Ou seja, o Município de Palmas criou UCs inominadas, nitidamente sem a realização de estudos específicos, porque se diferente fosse, saber-se-ia exatamente o que se pretende proteger. Este Plano prevê, ainda, em seu art. 28, que as UCs criadas, constituirão o Sistema Municipal de Unidades de Conservação-SMUC.

A criação de Unidades de Conservação na cidade de Palmas e a previsão de criação do SMUC, já estavam estabelecidas na Lei municipal nº 1.011 de 04 de junho de 2001, que dispõe sobre a Política Ambiental, o equilíbrio ecológico, a preservação e recuperação do meio ambiente, do município de Palmas. Esta norma definiu que as UCs criadas no município seriam “*definidas dentre outras, segundo as seguintes categorias: I- estação ecológica; II- reserva biológica; III- parque natural; IV- monumento natural; V- área de refúgio da vida silvestre*”.<sup>35</sup>

Atualmente Palmas possui treze UCs municipais, 12 (doze) criadas pela Lei Complementar nº 155 e uma, pela Lei Complementar nº 165. Sete encontram-se dentro do perímetro urbano: UC Suçupara, UC Brejo Comprido, UC Prata, UC Tiúba, UC Machado, UC do entorno do lago do Lajeado e UC das ARNOs, quatro em bairros periféricos: UC Água Fria, UC Taquari, UC Santa Barbara e UC Santa Fé 2ª etapa, uma no distrito de Taquaruçu: UC Taquaruçuzinho e uma Parque Municipal Serra do Lajeado (única na qual se definiu o tipo de Unidade, ainda que, sem critérios técnicos) na área rural.

Verifica-se que a maioria das UCs criadas, sobrepõe-se às áreas de preservação permanente situadas ao longo dos cursos d'água, portanto, áreas já protegidas pelo Código Florestal. Desta maneira não se percebe nenhum avanço significativo na ampliação dos espaços protegidos em Palmas.

As áreas atribuídas como unidades de conservação, especialmente aquelas localizadas na área urbana, possuem ainda, amostras representativas da vegetação do cerrado e rica biodiversidade, mas devido ao descaso do Poder Público, e da falta de uma definição do que se pretende proteger, têm sofrido impactos

<sup>34</sup> Lei Complementar nº 155, de 28 de Dezembro de 2007.

<sup>35</sup> Arts. 21 e 22.

de diversas ordens. Para mensurar os impactos sofridos nas UCs “inominadas”, utilizou-se como referência a Avifauna encontrada na capital, uma vez que este grupo zoológico é considerado excelente indicador da qualidade do ambiente. Estudos realizados em Palmas constataram uma redução na riqueza de espécies deste grupo<sup>36</sup>. Presume-se que o mesmo esteja ocorrendo em toda a biodiversidade encontrada na cidade, havendo, portanto, um empobrecimento no número de espécies, na qualidade dos ambientes e dos processos ecológicos na área urbana.

Neste contexto, é importante avaliar a situação atual de algumas destas “áreas protegidas”:

1) UC Brejo Comprido - O córrego Brejo Comprido nasce na APA Estadual da Serra do Lajeado e segue seu curso em direção ao lago do Lajeado (APP do reservatório da Usina Hidroelétrica Luis Eduardo Magalhães). Neste trajeto, atravessa a área rural e adentra-se à zona urbana a partir da rodovia TO 050, quando então passa a ser considerada uma unidade de conservação. Diversos impactos são evidenciados ao longo do seu curso; na zona rural constata-se a retirada da vegetação ripária, uso indiscriminado da água para irrigação, barramento para formação de piscinas naturais, erosão das margens e assoreamento, entretanto, é no perímetro urbano, quando então se torna uma área protegida, que os impactos proliferam, dentre eles: é cortado por diversas, ruas, avenidas e uma rodovia estadual; barramento e formação de um lago artificial; uma estação de tratamento de esgotos que libera seus resíduos diretamente no leito do córrego; diversos pontos de captação de água para rega dos canteiros e jardins públicos; supressão da mata de galeria para construções diversas, incluindo um shopping center; deposição de resíduos sólidos em sua margem; trilhas para caça e pesca furtiva; queimadas recorrentes e recepção de galerias pluviais. Uma das conseqüências destes impactos, diz respeito à significativa redução na vazão do córrego e o comprometimento da qualidade da água. O ribeirão Brejo Comprido, apresenta características extremamente importantes do ponto de vista ecológico ao formar um corredor biológico natural,<sup>37</sup> conectando a área de proteção permanente do lago do Lajeado com a área de proteção ambiental da serra do Lajeado. Apresenta ainda uma elevada diversidade biológica, tendo sido inventariadas mais de 150 espécies de aves. Portanto, esta unidade de conservação linear poderia exercer um importante papel na manutenção dos processos ecológicos dentro do centro urbano de Palmas, ao permitir o fluxo gênico, promover o restabelecimento de populações locais e aumentar a diversidade de espécies. Entretanto, as barreiras artificiais criadas ao longo do seu curso têm restringido a circulação das espécies conforme comprovado por estudos realizados ao longo de todo o seu curso, usando o método de captura/recaptura de aves.<sup>38</sup> Percebe-se, portanto, que o conjunto de impactos a

<sup>36</sup> PINHEIRO, R.T., T. DORNAS, E.S. REIS, M.O. BARBOSA e D. RODELLO. (2009). Birds of the urban área of Palmas-TO: composition and conservation. *Revista Brasileira de Ornitologia* (no prelo).

<sup>37</sup> HOBBS, R.J. 1992. The role of corridors in conservation: solution or bandwagon? *Trends in Ecology and Evolution* 7:389-392.

<sup>38</sup> PINHEIRO, R.T., E.S. REIS, e D. RODELLO. (2005). Diversidade de aves em um corredor de biodiversidade urbano. *Resumos do XIII Congresso Brasileiro de Ornitologia, Belém-PA*. R.155.

esta UC, tendem a comprometer a biota local, ocasionando a perda de diversidade biológica e o empobrecimento dos processos ecológicos.

2) UC Suçupara – inclui o ribeirão Suçupara e suas matas ripárias. Este curso d'água está situado inteiramente no centro urbano de Palmas, próximo a uma das áreas mais densamente habitadas da cidade. Dentre os principais impactos detectados nesta unidade de conservação, destacam-se: a presença de ruas e avenidas que o atravessam; a deposição de resíduos sólidos urbanos; as queimadas recorrentes; o pastoreio pelo gado nas bordas que são dominadas por gramíneas exóticas; trilhas para pesca e caça furtiva; captação de água; remoção da cobertura vegetal; recepção de galerias pluviais; uso para fins recreativos e domésticos para lavagem de roupa e remoção de solo umidificado. Apesar dos inúmeros impactos sofridos por este curso d'água, a biota local é bastante rica, sendo encontradas mais de 120 espécies de aves. Outra característica muito importante diz respeito à sua conexão com a área de proteção ambiental do lago do Lajeado e com o córrego Brejo Comprido. Juntos poderiam formar um grande complexo natural extremamente importante para a manutenção dos processos biológicos, incremento da biodiversidade local e da qualidade de vida da população na área urbana de Palmas.

3) UC Prata – localizada ao longo do córrego Prata, esta unidade de conservação é formada por um gradiente de vegetação, incluindo campos úmidos e bunitizais típicos das veredas, e cerrado típico em transição com exuberante mata de galeria. É uma formação vegetal singular e atualmente muito rara de se encontrar em áreas urbanas. Destaca-se ainda pela elevada diversidade biológica, representada por mais de 210 espécies de aves e mamíferos arborícolas como o bugio, *Alouatta* sp.<sup>39</sup> Assim como as unidades de conservação municipais citadas anteriormente, existem inúmeros impactos de ordem antrópica que vem comprometendo a qualidade do ambiente no córrego Prata, destacando-se: queimadas recorrentes; remoção da cobertura vegetal; presença de trilhas para pesca e caça furtiva; captura de aves silvestres, e presença de uma avenida que corta o córrego. Entretanto, o problema mais grave desta área é a presença de uma estação de tratamento de esgotos que libera seus resíduos diretamente no leito do córrego, o que, juntamente com os outros impactos, como o fogo, tem provocado uma redução significativa da cobertura vegetal e da biodiversidade local. A região do córrego Prata apresenta uma série de atributos singulares para a realização de atividades de educação ambiental além de exercer um papel importantíssimo na manutenção da biodiversidade local, uma vez que, algumas das 324 espécies de aves existentes em Palmas<sup>40</sup>, foram encontradas apenas nesta localidade.

A inexistência de estudos prévios e critérios para a seleção de áreas prioritárias para conservação na cidade de Palmas têm feito com que diversos ambientes e suas respectivas espécies, não contemplados no sistema municipal de unidades

<sup>39</sup> BARBOSA, M.O., T. DORNAS. (2008). Avifauna da área verde do Prata e sua contribuição à conservação de ambientes naturais no Plano Diretor de Palmas, Tocantins. Resumos XVI Congresso Brasileiro de Ornitologia, Palmas-TO. R.304.

<sup>40</sup> PINHEIRO, R.T., T. DORNAS, E.S. REIS, M.O. BARBOSA e D. RODELLO. (2009). Birds of the urban area of Palmas-TO: composition and conservation. Revista Brasileira de Ornitologia (no prelo).

de conservação, sejam fragmentados e destruídos indiscriminadamente. Neste contexto, inserem-se as áreas de vegetação de cerrado típico, contempladas apenas na unidade de conservação das ARNOs, a qual, a exemplo daquelas descritas anteriormente, apresenta inúmeros impactos de ordem antrópica. A preservação de áreas de Cerrado é extremamente importante, já que esta é a formação vegetal mais representativa localmente e, portanto, composta por uma série de espécies animais e vegetais singulares. Estudos realizados na área urbana de Palmas, em áreas de cerrado típico, mostraram haver uma perda de até 70% das espécies de aves nas quadras residenciais urbanizadas quando comparadas às não urbanizadas. Outro agravante diz respeito ao processo de homogeneização biótica, onde as espécies encontradas nestes ambientes modificados são em sua maioria sinatrópicas, ou seja, adaptadas ao meio urbano.

Ainda que existam estudos realizados por instituições de pesquisa sobre a biodiversidade de Palmas, estes não foram sequer observados pelo Poder Público no momento de escolher as áreas prioritárias para conservação, contrariando as determinações do SNUC, SEUC e do próprio SMUC, que prevêem a realização de estudos técnicos específicos, prévios, à criação de UCs.

Um dos instrumentos previstos no Plano Diretor, que poderia, ou melhor, deveria, ser utilizado para a criação das UCs, é o Zoneamento Ambiental, previsto no art. 4º, III, “c”, do Estatuto da Cidade, já que este é *“um procedimento por meio do qual se institui zonas de atuação especial com vistas à preservação, melhora e recuperação da qualidade ambiental.”*<sup>41</sup>

No Plano Diretor de Palmas, a implementação do Zoneamento Ambiental, de forma Ecológico-Econômica, está prevista no §1º, do art. 18, que determina a observância do estipulado no art. 17 da Lei nº 1.011/01 e deverá ser realizado no prazo máximo de 2 (dois) anos da promulgação da Lei, sendo o controle deste prazo incumbência do órgão municipal de planejamento territorial.<sup>42</sup>

A Lei Municipal nº 1.011/01, anterior a elaboração do Plano Diretor, definiu que o Zoneamento Ambiental, consiste *“na identificação de zonas do território do Município, de modo a subsidiar a implantação de atividades bem como indicar ações para a proteção e melhoria da qualidade de vida e do ambiente, considerando as características e/ou atributos dessas Zonas”* acrescentando que as zonas de uso e ocupação do solo urbano e rural, serão definidas em conformidade com os estudos realizados para este fim, de acordo com a destinação predominante da área, devendo ser levado em consideração, além da predominância de uso, os aspectos físicos, biológicos, econômicos e culturais.<sup>43</sup>

O Município de Palmas determinou, no §3º, do art. 29 de seu Plano Diretor, que nas áreas onde foram criadas as UCs “inominadas”, ficariam *“suspensas todas as licenças para parcelamento do solo, regularização fundiária, abertura de vias, instalação de equipamentos de qualquer natureza e concessões até que*

<sup>41</sup> DA SILVA, José Afonso. Direito Ambiental Constitucional. São Paulo: 2007. p 274.

<sup>42</sup> Art. 40

<sup>43</sup> Arts. 16 e 17, da Lei nº 1.011 de 04 de junho de 2001, do município de Palmas.

*sejam definidos os parâmetros de uso e ocupação, plano de manejo e delimitação da área, a fim de enquadramento em Unidade de Proteção Integral ou Unidade de Uso Sustentável, conforme o caso.*” Contudo, o que se percebe, é que estas áreas, licenciadas, ou não, estão ocupadas, tendo sido, inclusive, autorizado em uma delas a construção de um shopping center.

Ressalta-se que o poder público pode ser responsabilizado por efeitos negativos ao meio ambiente, não só por suas ações, mas principalmente por suas omissões. No caso de Palmas, percebemos a omissão do Município ao deixar de aplicar o disposto na Constituição Federal, quanto à criação de espaços protegidos, mostrando-se nitidamente relapso, no momento de criar unidades para posteriormente “enquadrá-las”, sem sequer ter definido se seriam de Proteção Integral ou Uso Sustentável e ao deixar de exercer o necessário papel de fiscalizador do cumprimento das normas ambientais, o que tem permitido a exploração dos recursos naturais da zona urbana de forma degradante.

Palmas, por ser uma cidade com apenas dezenove anos de criação, ainda possui amostras representativas das diversas fitofisionomias do cerrado, com sua rica fauna associada, ou seja, uma riqueza natural raramente encontrada em ambientes urbanos. Portanto, a conservação e o uso sustentado deste patrimônio, por meio da criação de UCs, é fundamental para manutenção da biodiversidade, dos serviços ambientais e da qualidade de vida da população.

## **8. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**8.1** É obrigação constitucional do Poder Público Municipal, observando-se o Estatuto da Cidade e o Plano Diretor, criar Unidades de Conservação, bem como, proteger e monitorar as criadas pelos demais entes dentro do seu território.

**8.2** A criação de Unidades de Conservação em área urbana deverá observar principalmente, a presença de espécies ameaçadas, raras ou endêmicas, a conectividade entre UCs (permitindo o fluxo gênico e o incremento da biodiversidade), a representatividade de cada ecossistema e o estado de conservação da área a ser protegida.

**8.3** A existência de Unidades de Conservação em área urbana contribui para manutenção dos serviços ambientais (qualidade da água, ar, ...), conservação das espécies, e como instrumento de educação ambiental.

**8.4** O Município de Palmas-TO, por ter apenas dezenove anos, ainda possui uma rica biodiversidade, que necessita ser urgentemente conhecida e protegida.

**8.5** A realização prévia de estudos específicos, como o Zoneamento Ambiental, é indispensável ao ordenamento municipal, principalmente no que concerne à criação de Unidades de Conservação em zona urbana.

# QUESTÕES POLÊMICAS SOBRE A INSTITUIÇÃO DA ÁREA DE RESERVA LEGAL FLORESTAL

**CAROLINE PIRES CORIOLANO**

Assessora Jurídica do Instituto Natureza do Tocantins – Naturatins, Mestre e Doutoranda em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad-Universidad de Alicante – Es

**ANA CLAUDIA DILIO VITORINO**

Assessora Jurídica do Instituto Natureza do Tocantins – Naturatins, Especialista em Direito Civil e Processo Civil

**SANTIAGO PAIXÃO GAMA**

Advogado e Assessor Jurídico do Instituto Natureza do Tocantins – Naturatins

## 1. INTRODUÇÃO

A proteção das matas brasileiras vem de tempos longínquos, tendo, contudo escopos diversos aos que atualmente regem a legislação pátria. O primeiro instrumento jurídico visando a proteção da fauna deu-se na época do Brasil colônia, a escassez de madeira adequada para a construção das embarcações da frota, levou a Coroa a expedir normas visando o controle da exploração destas madeiras. Desde o Século XVI, as Ordenações Manuelinas e Filipinas estabeleceram regras e limites para exploração de terras, águas e vegetação. Havia listas de árvores reais, protegidas por lei, o que deu origem à expressão *madeira-de-lei*.<sup>1</sup>

Em 1605 surgiu o Regimento do Pau-brasil, norma que estabelecia diversas regras para a utilização do pau-brasil, dentre elas: a concessão de licença especial para o seu corte, o registro dessas licenças em livro próprio, a quantidade máxima permitida para exploração e as penalidades para quem descumprisse as normas. Estas licenças eram concedidas pelo Rei D. Felipe II ou o Provedor-Mór da Fazenda da capitania.<sup>2</sup> As áreas consideradas reservas florestais da Coroa, não podiam ser destinadas à agricultura.

---

<sup>1</sup> MIRANDA, Evaristo Eduardo. CAMPEÕES DE DESMATAMENTO. Disponível em: >[http://www.desmatamento.cnpm.embrapa.br/artigo/miranda\\_campeoesdodesmantamento.pdf](http://www.desmatamento.cnpm.embrapa.br/artigo/miranda_campeoesdodesmantamento.pdf)<

<sup>2</sup> FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. A Propriedade no Direito Ambiental. A Dimensão Ambiental da Função Social da Propriedade. Rio de Janeiro. ADCOAS – Informações Jurídicas e Empresariais. 2005. P.151

Percebe-se que a preocupação não era necessariamente a de preservar o meio ambiente, e sim de garantir matéria prima para a construção das embarcações, ou seja, as primeiras legislações brasileiras de proteção florestal, tinha um intuito meramente econômico.

Em 1760, “um alvará real de Dom José I protegeu os manguezais. Em 1797, uma série de cartas régias consolidou as leis ambientais: pertencia à Coroa toda mata à borda da costa, de rio que desembocasse no mar ou que permitisse a passagem de jangadas transportadoras de madeiras.”<sup>3</sup>

Os primeiros governos da República emitiram sucessivas mensagens com a intenção de proteger as florestas. Entretanto, a iniciativa de criação de um Código Florestal só surgiu por volta de 1920, e se consolidou em 1934, com o Decreto n.º 23.793. Esta norma, visando a proteção das florestas brasileiras institucionalizou a Reserva Florestal Legal, também chamada de a “quarta parte”. Encontrava-se descrita no art. 23, que determinava que 25% da área da propriedade coberta por florestas não poderia ser derrubada, a menos que fosse para a transformação de florestas heterogêneas em homogêneas, destinadas à exploração florestal.<sup>4</sup>

Desde a sua edição, a medida foi considerada pelos fazendeiros e madeireiros como um sacrifício e uma restrição grave ao direito de propriedade e ao uso economicamente viável do imóvel rural.

Em 1961, foi determinada a criação de um grupo de trabalho com a função de revisar o Código Florestal de 1934, tendo em vista a insatisfação reinante quanto a “quarta parte”, assim, em 1965 foi promulgada a Lei n.º 4.771/65, que instituiu o novo Código Florestal. Embora não tenha a norma “retirado” o instrumento jurídico da Reserva Legal, como pretendiam os que se insurgiam contra ela, determinou a redução do percentual obrigatório de cobertura vegetal nativa de cada propriedade para 20% (vinte por cento) nas regiões Leste Meridional, Sul e Centro-Oeste, mas, em contrapartida, estabeleceu a elevação do percentual para 50% (cinquenta por cento) na Região Norte.

A redução da porcentagem da propriedade rural a ser conservada como área de Reserva Legal - ARL, certamente não era benéfica à nossa vegetação. Esta nova determinação, foi estipulada sem nenhum estudo específico de cada região, afinal até os dias de hoje foi realizado o Zoneamento Ecológico e Econômico de apenas pequena parcela do território nacional. Novamente o poder público elaborou uma lei sem fundamentos técnicos específicos, gerando grande preocupação nos ambientalistas e estudiosos do tema, quanto à proteção de nossas florestas. Esta lei, diante de sua imposição, não fundamentada tecnicamente, gerou debates ainda mais calorosos entre os Ruralistas e as Organizações não Governamentais.

<sup>3</sup> MIRANDA, Evaristo Eduardo. Campeões de Desmatamento. Disponível em: >[http://www.desmatamento.cnpm.embrapa.br/artigo/miranda\\_campeoesdodesmatamento.pdf](http://www.desmatamento.cnpm.embrapa.br/artigo/miranda_campeoesdodesmatamento.pdf)<

<sup>4</sup> O Decreto 23.793-34, determina em seu Art. 23, que “Nenhum proprietário de terras cobertas de matas poderá abater mais de três quartas partes da vegetação existente, salvo o disposto nos Arts. 24, 31 e 52. § 1º O dispositivo do artigo não se aplica, a juízo das autoridades florestais competentes, às pequenas propriedades isoladas que estejam próximas de florestas ou situadas em zona urbana. § 2º Antes de iniciar a derrubada, com a antecedência mínima de 30 dias, o proprietário dará ciências de sua intenção á autoridade competente, afim de que esta determine a parte das matas que será conservada.”

Posteriormente foi editada a Lei 7.803, de 18 de julho de 1989 que introduziu a exigência de averbação ou registro da reserva legal à margem da inscrição da matrícula *do* imóvel, sendo vedada “a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou desmembramento da área” (Art. 16 § 2º).<sup>5</sup>

Com esta norma, avançou-se na questão ambiental, pois a obrigatoriedade de que não se pode alterar a Reserva Legal averbada, transformou-a em instrumento “vitalício”, ou seja, mesmo que haja a venda do imóvel, a mudança de proprietário ou até seu parcelamento a ARL deverá ser mantida.

Para resguardar nossas florestas, depois de uma grande mobilização social, foi elaborada a Medida Provisória 1.511, em 25 de julho de 1996, que após várias reedições é hoje a Medida-Provisória nº 2.166-67/2001. Esta norma trouxe alterações relevantes ao Código Florestal, dentre elas, a modificação dos Arts. 16 e 44, que versam sobre a porcentagem da propriedade a ser conservada como Reserva Legal, a possibilidade do Zoneamento Ecológico e Econômico reduzir ou aumentar esta porcentagem, para fins de recomposição, a previsão da recomposição, regeneração e compensação para os proprietários que não possuam mais em sua propriedade esta quantidade de vegetação nativa, além de continuar determinando a obrigatoriedade da averbação desta área à margem da inscrição de matrícula do imóvel.

Posteriormente alterou-se novamente o Código Florestal com o advento da Lei nº 11.428 de 22 de dezembro de 2006, Lei da Mata Atlântica que estipulou que a doação de áreas localizadas no interior de unidades de conservação de domínio público pendente de regularização fundiária a Órgão Ambiental competente, desobriga o proprietário rural a recompor, conduzir a regeneração natural ou compensar a reserva legal por área equivalente em outro imóvel, quando sua propriedade rural não atinja o percentual de reserva estipulado pelo Código Florestal.

## 2. A POLÍTICA FLORESTAL BRASILEIRA

O Código Florestal Brasileiro divide a propriedade rural em três formas de destinação, as Áreas de Preservação Permanente – APP, a Reserva Legal (de 20 a 80 por cento da propriedade rural) e as áreas destinadas ao uso alternativo do solo, ou seja, áreas que o proprietário pode solicitar autorização do órgão ambiental para exploração/desmatamento do solo.

Existe ainda uma quarta forma de destinação da propriedade rural, que são as Unidades de Conservação, considerada como forma de proteção ambiental, encontram-se disciplinadas no Sistema Nacional de Unidades de Conservação o SNUC, Lei nº 9.985 de 18 de julho de 2000, que disciplina a criação de unidades de conservação. A criação destas áreas tem por objetivo manter a diversidade biológica e os recursos genéticos no país, proteger as espécies ameaçadas de ex-

---

<sup>5</sup> JOELS, Liliane Miranda. Reserva Legal e gestão ambiental da propriedade rural: um estudo comparativo da atitude e comportamento de agricultores orgânicos e convencionais do Distrito Federal. Disponível em <http://www.planetaorganico.com.br> p.1-13

tinção, preservar e restaurar a diversidade de ecossistemas naturais e promover a sustentabilidade do uso dos recursos naturais. Também estimulam o desenvolvimento regional, protegem as paisagens naturais, incentivam atividades de pesquisa científica e favorecem condições para a educação. Além disso, possibilitam a recreação em contato com a natureza, o que ultimamente passou a ser conhecido por turismo ecológico.

As Unidades de Conservação são organizadas e divididas de acordo com seus objetivos e tipo de uso em: de Proteção Integral e de Uso Sustentável.

O Art. 1º, § 2º III, do Código Florestal, incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001, conceitua a ARL como uma “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.”

Desta forma, a Reserva Florestal Legal e as Áreas de Preservação Permanente são instrumentos criados pelo Código Florestal, (Lei nº 4.771, de 15/09/65) diante das alterações advindas da Lei 7.803, de 18/07/1989, para conservar a fauna e a flora original de uma determinada região, objetivando que esta cumpra a sua função ambiental. Todavia, estes instrumentos, fundamentados na função ambiental da propriedade, são também espaços territorialmente protegidos, na acepção do art. 225 § 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CF, com a finalidade de assegurar o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

A Reserva Legal é, portanto, determinação imposta por lei da obrigatoriedade de que uma porcentagem mínima de área útil da propriedade rural deva permanecer com a vegetação nativa. Ou seja, é uma obrigação ao proprietário de não fazer, não destruir a vegetação nativa, que pode ser transformada em uma obrigação de fazer, se o proprietário tiver que reconstituir, regenerar ou mesmo compensar esta área por outra. Logo, o bem maior protegido pela Reserva Legal é o meio ambiente ecologicamente equilibrado, que se trata de direito coletivo, de natureza indivisível e cujos titulares são indeterminados e interligados. Então, ainda que o espaço onde se estabeleça a Reserva Legal tenha um proprietário, o ecossistema e a biodiversidade protegidos por esta, pertencem a todos.

As Áreas de Preservação Permanente – APP, constituídas pelo Código Florestal, são áreas protegidas, cobertas ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo genético de fauna e de flora, proteger o solo e assegurar o bem estar das populações humanas.<sup>6</sup>

Na maioria dos casos a intenção do legislador, ao criar as Áreas de Preservação Permanente, não é de tutelar especificamente a vegetação, mais sim outros recursos naturais. Neste contexto, estas áreas são espaços territoriais especialmente

<sup>6</sup> Código Florestal, Artigos 1º e 2º:

protegidos, de proteção integral, que não podem ser exploradas, que somente podem ser alteradas ou suprimidas por uma lei e quando for necessário a execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social<sup>7</sup>.

A Reserva Legal, juntamente com as APPs, configura-se como modalidade de regulação das áreas vegetadas, que conforme BENJAMIN, “encontra, de um lado, como fundamento constitucional, a função sócio-ambiental da propriedade e do outro, como motor subjetivo preponderante, as gerações futuras; no plano ecológico (sua razão material), se justifica pela proteção da biodiversidade, que a toda evidencia, não está assegurada com as APPs, diante de sua configuração geográfica irregular e descontínua.”<sup>8</sup>

A destinação de uma área em uma propriedade rural para fins de conservação, encontra fundamentos na necessidade de se evitar o desencademaneto de uma série de danos ambientais, oriundos do mau uso do solo.

Dentre os danos a serem evitados encontram-se o favorecimento de processos erosivos, (decorrentes da supressão da vegetação do solo, possibilitando o carreamento de partículas sólidas, as quais ficarão depositadas nas áreas mais rasas ou obstáculos naturais do rio, causando seu assoreamento, o que compromete a sustentação do leito do rio e facilita a ocorrência de inundações, já que ausente a vegetação responsável pelo equilíbrio hídrico da região) e a destruição da fauna, em razão da supressão do substrato vegetal da qual esta depende, o que afetaria de forma radical espécies silvestres.

A perda, em termos ambientais, no que diz respeito à biodiversidade, é muito superior a eventuais ganhos econômicos que a exploração de área de Reserva Legal e de preservação permanente possa acarretar. O quadro é do clássico confronto entre o interesse econômico particular e o interesse público e coletivo na preservação ambiental.

Desde a sua criação, apesar de estar clara sua importância, se contesta a legalidade desta medida, sob o pretexto de que limita o uso da propriedade, e sendo assim contrariaria ao direito de propriedade. Os agraristas, acusam a Reserva Legal de ser uma desapropriação indireta e assim julgam-se merecedores de indenização. Esta corrente entende ser a Reserva Legal uma restrição a propriedade, pois alegam que ocasiona a inviabilidade econômica do bem, e desta forma lhes caberia recomposição patrimonial. O que de fato não acontece. Todavia, a obediência desta determinação legal não proíbe o aproveitamento econômico das florestas, apenas se exige que este seja realizado de forma técnica, obedecendo a um manejo florestal, para que haja a compatibilidade de explorar a madeira sem extirpar a vegetação. Assim, é permitido, por exemplo, atividades de ecoturismo, a extração de produtos florestais, a silvicultura, e a bioprospecção. O que de fato é proibido, é somente o corte raso da cobertura arbórea, sendo este corte o resultado imediato da retirada e do perecimento das árvores, podendo ser realizado com o

<sup>7</sup> Art. 4º do Código Florestal

<sup>8</sup> BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. Desapropriação, reserva florestal legal e Áreas de Preservação Permanente. BDJur, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8691>>. Acesso em: 12 fev. 2007.

corte de fato, ou a aplicação de agrotóxicos que gerem efeito semelhante a esse, portanto, todo o aproveitamento da Reserva Legal, que não implique o corte raso está permitido.<sup>9</sup>

### 3. A ARL E A OBRIGATORIEDADE DE SUA FIXAÇÃO

O proprietário, para a fixação de sua reserva, deve procurar o órgão ambiental competente, com a localização da área que pretende averbar, e somente após a análise e aprovação deste, poderá inscrever no Registro de imóveis, junto a matrícula da propriedade, sua Reserva Legal.

O § 4º, do art. 16, apresenta critérios segundo os quais a autoridade ambiental competente deve fundamentar-se no momento de análise e posterior aprovação da localização da Reserva Legal na propriedade rural. Por tanto, deve ser observado além da “a função social da propriedade”, os seguintes requisitos e instrumentos, quando houver:

- I - o plano de bacia hidrográfica;
- II - o plano diretor municipal;
- III - o zoneamento ecológico-econômico;
- IV - outras categorias de zoneamento ambiental; e
- V - a proximidade com outra Reserva Legal, Área de Preservação Permanente, unidade de conservação ou outra área legalmente protegida.”

O proprietário, obrigado a implementar sua Reserva Legal, tem o dever de fazê-lo, todavia, também tem o direito de ser atendido pelo órgão ambiental competente, para o fim de ver aceita, caso esta atenda aos critérios e condições estabelecidos em lei, a área que indicou para cumprimento da Reserva Legal.

É necessário ressaltar que na porcentagem destinada à Reserva Legal, não pode ser computada a área destinada a APP, quando a finalidade desta seja a conversão de novas áreas para o uso alternativo do solo, o que ocorre com o desmatamento. Ou seja, as áreas das APP somente poderão ser utilizadas no cálculo da área de Reserva Legal, quando não tenha o proprietário a intenção de explorá-la e ainda quando a soma dos dois ultrapassar os percentuais da Reserva Legal.<sup>10</sup>

A Reserva Legal, além de ser obrigatória, não pode ser alterada, conforme definiu a Lei 7.803/89, desta forma nem o Poder Executivo, nem o proprietário rural podem diminuir ou suprimir a área de Reserva Legal a não ser que este consentimento seja dado expressamente por Lei Federal, (pois o art. 24, caput, c/c inciso VI, da CF estabelece que é competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar sobre as florestas, é permitido aos Estados suplementar a legislação federal, todavia somente restringindo mais esta norma, que é uma norma geral).<sup>11</sup>

<sup>9</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme, em seu livro *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 721, com apoio na Portaria P/1986 –IBDF), define corte raso como um “tipo de corte em que é feita a derrubada de todas as árvores, de parte ou de todo um povoamento florestal, deixando o terreno momentaneamente livre de cobertura arbórea.

<sup>10</sup> Art. 16, § 6º do Código Florestal.

<sup>11</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo. Malheiros Editores. 2003.p. 718.

#### 4. FORMAS DE INSTITUIÇÃO E DE COMPENSAÇÃO DE ÁREA DE RESERVA LEGAL

A ARL deverá, preferencialmente ser averbada no próprio imóvel rural, atentando-se o objetivo de se preservar amostras locais da fauna e da flora, todavia, nem sempre isto é possível, pois a realidade nacional em muito se difere do ideal proposto pelo Código Florestal.

Quando verificamos a obrigatoriedade de fixação de ARL de 80 % (oitenta por cento) em biomas florestais na Amazônia Legal, encontramos um grande impasse, esta porcentagem de vegetação nativa é quase impossível de ser encontrada nos imóveis rurais.

Diante deste impasse, o Código apresenta outras alternativas para a sua instituição. Uma destas é a possibilidade do proprietário fixar sua ARL por meio de condomínio em outra propriedade (quando vários proprietários se reúnem e adquirem uma área para averbação de suas ARLs, ou quando um proprietário tem mais de uma propriedade e quer averbar a reserva legal de todas, somente em um dos imóveis), ou por meio de doação em área de Unidade de Conservação de domínio público pendente de regularização fundiária, sendo-lhe oportunizado, ainda, caso não possua mais ARL e não tenha desmatado antes de 1998, compensá-la, caso tenha desmatado após esta data poderá apenas regenerar ou recompor.

Estes mecanismos, que otimizam os procedimentos de regularização do passivo existente nas propriedades em relação a obrigatoriedade da existência da Reserva Legal foram trazidos pela Medida Provisória nº 2.166-67/2001, que criou a figura das Reservas Legais em condomínio, em compensação, em regime de servidão florestal e em unidades de conservação, associado a uma série de princípios técnicos, nem sempre claros, que novamente dificultaram a compreensão e aplicação do dispositivo legal, por parte do Poder Público.

Para quem não possui vegetação suficiente para a fixação de ARL em sua propriedade, o Código Florestal, deu prioridade a recomposição e a regeneração destas áreas, todavia, analisando-se ecologicamente o tema, para a proteção da biodiversidade e da fauna, é mais importante a compensação ou a doação de áreas localizadas em unidades de conservação do que a recomposição ou a regeneração. Pois, com o desmatamento, a flora e a fauna são direta e indiretamente comprometidas. Assim, inscrever a Reserva Legal em uma área onde se conserva a vegetação nativa é uma alternativa para a proteção de todo o ecossistema, impossibilitando que aquela área possa vir a ser desmatada um dia.

A recomposição da vegetação nativa destruída consiste no plantio preferencialmente, de espécies nativas, sendo permitido o plantio temporário de espécies exóticas como pioneiras, visando à restauração do ecossistema original. Devendo ser plantado um mínimo de um décimo a cada três anos.

A regeneração da vegetação consiste em não explorar mais a região, permitindo que a própria natureza se recomponha. Ainda que este instrumento possa parecer uma saída simples e barata, esta alternativa é um pouco complexa, pois para a vegetação se regenerar é necessário que exista um banco de sementes em área que permita a regeneração. Desta forma, este instrumento, não é adequado para qualquer propriedade rural. Diante disto, somente será permitida a eleição desta

alternativa, depois da realização de estudos pelo órgão ambiental competente que comprove a possibilidade de que isto ocorra naturalmente.

#### 4.1 A Compensação de Área de Reserva Legal

Outra alternativa trazida pela política florestal, para as propriedades que não possuem vegetação nativa suficiente para a fixação da Reserva Legal, nem mesmo viabilidade ambiental de recomposição ou regeneração florestal, e também para que proprietários rurais não tenham de abrir mão de suas áreas de plantio e, conseqüentemente, de parte de sua renda para se adequarem à lei, foram criadas formas de compensação da reserva legal, que deverão ser realizadas dentro da mesma bacia, no mesmo tipo de ecossistema e com importância ecológica equivalente.

A compensação foi criada com a finalidade de flexibilizar as regras do Código Florestal sobre a Reserva Legal, justamente para permitir maior efetividade em seu cumprimento. As modalidades de compensação poderão ser utilizadas em conjunto ou isoladamente, sendo assim definidas:

O mecanismo de Compensação da Reserva Legal propriamente dito, é a possibilidade concedida pela lei de que o proprietário do terreno rural, que não possua vegetação nativa suficiente para fixar a sua Reserva Legal, possa compensar com a aquisição de outra área localizada na mesma bacia hidrográfica, por meio de Servidão Florestal ou ainda da aquisição de Cotas de Reserva Florestal-CRF.

A Servidão Florestal permite ao proprietário, que não possui área em sua propriedade, (por estar, por exemplo, explorando-a economicamente em sua totalidade), de constituir sua Área de Reserva Legal no imóvel de um terceiro. É uma forma de compensação que consiste na possibilidade do proprietário rural arrendar uma área para compensar a ausência de sua reserva legal.<sup>12</sup>

Já as Cotas de Reserva Florestal - CRF<sup>13</sup> são títulos representativos de vegetação nativa, que poderão ser emitidos em favor do proprietário de área de floresta excedente da Reserva Legal e de preservação permanente sob o regime de Servidão Florestal de Reserva Particular do Patrimônio Natural - RPPN, consoante o art.44-B.

<sup>12</sup> “Art. 44-A. O proprietário rural poderá instituir servidão florestal, mediante a qual voluntariamente renuncia, em caráter permanente ou temporário, a direitos de supressão ou exploração da vegetação nativa, localizada fora da Reserva Legal e da área com vegetação de preservação permanente.

§ 1º A limitação ao uso da vegetação da área sob regime de servidão florestal deve ser, no mínimo, a mesma estabelecida para a Reserva Legal.

§ 2º A servidão florestal deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, após anuência do órgão ambiental estadual competente, sendo vedada, durante o prazo de sua vigência, a alteração da destinação da área, nos casos de transmissão a qualquer título, de desmembramento ou de retificação dos limites da propriedade.”

<sup>13</sup> Art. 44-B. Fica instituída a Cota de Reserva Florestal - CRF, título representativo de vegetação nativa sob regime de servidão florestal, de Reserva Particular do Patrimônio Natural ou Reserva Legal instituída voluntariamente sobre a vegetação que exceder os percentuais estabelecidos no art. 16 deste Código.

Parágrafo único. A regulamentação deste Código disporá sobre as características, natureza e prazo de validade do título de que trata este artigo, assim como os mecanismos que assegurem ao seu adquirente a existência e a conservação da vegetação objeto do título.”

A compensação propriamente dita, e a servidão florestal podem ser realizadas em forma de condomínio, entre mais de uma propriedade, desde que seja respeitado o percentual legal em relação a cada imóvel e que seja aprovado pelo órgão ambiental estadual competente.

Todavia, visando garantir que não se destrua a vegetação nativa de uma propriedade, com a desculpa de posteriormente compensá-la pela de outra, a legislação permite o uso da Compensação somente se a supressão da vegetação ocorreu com autorização legal, e anteriormente a edição da MP 1.736-98 (14-12-1998). Assim, tendo sido devastada a vegetação nativa após a data mencionada, não será possível ao proprietário utilizar-se do instituto da compensação, terá ele que recompor a sua Reserva Legal ou conduzir a sua regeneração natural.<sup>14</sup>

Estas alternativas, que poderão ser utilizadas em conjunto ou isoladamente, são disponibilizadas pelo legislador, com o intuito de trazer à legalidade, os proprietários rurais, cujas propriedades não mais possuam vegetação nativa suficiente.<sup>15</sup>

#### **4.2 Da Instituição de ARL em Condomínio ou por meio de Doação de Áreas em Unidades de Conservação**

A legislação permite que a instituição de ARL possa ser realizada em regime de condomínio, entre mais de uma propriedade, desde que seja respeitado o percentual legal em relação a cada imóvel e que seja aprovado pelo órgão ambiental estadual competente.

Esta instituição está prevista no art. 16, §11, do Código Florestal, ou seja, não está dentre as formas de compensação elencadas pelo art. 44 e incisos, da

---

<sup>14</sup> Art. 44-C. O proprietário ou possuidor que, a partir da vigência da Medida Provisória nº 1.736-31, de 14 de dezembro de 1998, suprimiu, total ou parcialmente florestas ou demais formas de vegetação nativa, situadas no interior de sua propriedade ou posse, sem as devidas autorizações exigidas por Lei, não pode fazer uso dos benefícios previstos no inciso III do art. 44.

<sup>15</sup> Art. 44. O proprietário ou possuidor de imóvel rural com área de floresta nativa, natural, primitiva ou regenerada ou outra forma de vegetação nativa em extensão inferior ao estabelecido nos incisos I, II, III e IV do art. 16, ressalvado o disposto nos seus §§ 5º e 6º, deve adotar as seguintes alternativas, isoladas ou conjuntamente:

I - recompor a Reserva Legal de sua propriedade mediante o plantio (...);

II - conduzir a regeneração natural da Reserva Legal; e

III - compensar a Reserva Legal por outra área equivalente em importância ecológica e extensão, desde que pertença ao mesmo ecossistema e esteja localizada na mesma microbacia, conforme critérios estabelecidos em regulamento.

§ 1º Na recomposição de que trata o inciso I, o órgão ambiental estadual competente deve apoiar tecnicamente a pequena propriedade ou posse rural familiar.

§ 2º A recomposição de que trata o inciso I pode ser realizada mediante o plantio temporário de espécies exóticas como pioneiras, visando a restauração do ecossistema original, de acordo com critérios técnicos gerais estabelecidos pelo CONAMA.

§ 3º A regeneração de que trata o inciso II será autorizada, pelo órgão ambiental estadual competente, quando sua viabilidade for comprovada por laudo técnico, podendo ser exigido o isolamento da área. (...)

§ 5º A compensação de que trata o inciso III deste artigo, deverá ser submetida à aprovação pelo órgão ambiental estadual competente, e pode ser implementada mediante o arrendamento de área sob regime de servidão florestal ou Reserva Legal, ou aquisição de cotas de que trata o art. 44-B.

§ 6º O proprietário rural poderá ser desonerado das obrigações previstas neste artigo, mediante a doação ao órgão ambiental competente de área localizada no interior de unidade de conservação de domínio público, pendente e regularização fundiária, respeitados os critérios previstos no inciso III do caput deste artigo.”(redação alterada pela Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006.)

mesma norma, sendo nitidamente uma forma de instituição de reserva legal propriamente dita.

A instituição da Reserva legal em condomínio é amplamente mais benéfica para a fauna e a flora da propriedade onde for constituída, pois é fator de grande relevância ambiental. A união entre áreas de reserva legal, formando corredores ecológicos, tem como conseqüência o aumento da biodiversidade, auxiliando a regeneração natural e a sustentabilidade das áreas que estão conexas, causando à interligação de diferentes ambientes ou fragmentos florestais, permitindo, assim, o fluxo gênico entre as populações silvestres, proporcionando vias de intercâmbio e incrementando as possibilidades de movimentos de indivíduos de populações isoladas e, conseqüentemente a possibilidade de sobrevivência, na meta populacional, tanto da fauna quanto da flora.

A respeito da modalidade de averbação em condomínio, Vicente Gomes da Silva, preconiza<sup>16</sup> que a *“possibilidade de constituição da reserva legal em bloco ou em regime de condomínio oferece duas vantagens: a primeira, e mais importante, é pelo fato de que sendo a área preservada de maior extensão territorial, aumenta de forma considerável a probabilidade da mesma atingir seus objetivos conforme preconizado no conceito de reserva legal, isto é, necessária à conservação e à reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção da fauna e flora nativas; a segunda, porque o custo em termos de constituição da mesma será menor, além, é claro de facilitar o processo de fiscalização.”*

Outra forma de Instituição de Reserva Legal, prevista na legislação florestal é por meio de doação de área localizada no interior de uma das Unidades de Conservação que estejam pendentes de regularização fundiária.

A Medida Provisória 2166/67, havia trazido a possibilidade do proprietário rural ser desobrigado, pelo período de 30 (trinta) anos, da constituição da Reserva Legal de sua propriedade, se doasse ao órgão ambiental uma área localizada no interior de uma das Unidades de Conservação (Parque Nacional, Estadual ou Municipal, Floresta nacional, Reserva Extrativista, Reserva Biológica ou Estação Ecológica) que estejam pendentes de regularização fundiária. Todavia, a Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006, alterou a matéria, hoje o proprietário que fizer esta doação fica desobrigado a inscrever sua Reserva Legal.

Percebe-se que a doação, disciplinada no § 6º, do art. 44 do Código Florestal, também não se enquadra como uma forma de compensação e sim de própria instituição da Reserva Legal, pois se diferente fosse, esta opção estaria dentre as formas de compensação, estipuladas no § 5º, do Art. 44, que é claramente taxativo.

Verifica-se que o artigo que disciplina a doação, remete à observância do inciso III do art. 44, todavia, isto se deve a preocupação de que se é obrigatório

<sup>16</sup> SILVA, Vicente Gomes, Legislação Ambiental Comentada, 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p 217

que a área a ser doada esteja na mesma micro-bacia, e não por estar enquadrando esta modalidade como uma forma de compensação.

Deverá ser prioritária a instituição de Reserva Legal no próprio imóvel rural, mas a doação de áreas resolve um grande problema encontrado no Brasil, a falta de destinação de recursos para a regularização de Unidades de Conservação.

Várias unidades de conservação são criadas, em observância ao art. 225 da Constituição Federal, visando à preservação/conservação da biodiversidade, mas ficam pendentes de regularização, não tendo o poder público recursos para desapropriar estas áreas, além de muitas vezes ter que enfrentar demandas por proprietários insatisfeitos com os valores das indenizações.

Destarte, por não se enquadrarem como formas de compensação, (tanto a doação de áreas em unidades de conservação, como a instituição de ARL em condomínio), a sua utilização não se encontra vinculada às proibições impostas para a compensação. Desta forma, a proibição contida no Art. 44-C do Código Florestal, que determina que o proprietário ou possuidor que desmatar total ou parcialmente floresta ou outra forma de vegetação nativa situada no interior de seu imóvel rural, sem as autorizações exigidas por Lei, a partir da entrada em vigor da MP nº 1736-31 de 14/12/1998, não será aplicável a estas modalidades.

Importante ressaltar que os artigos que tratam da instituição, regeneração, recomposição e compensação da Reserva Legal, ainda não foram regulamentados pelo Governo Federal, todavia, alguns Estados brasileiros, já elaboraram seus próprios regulamentos, como é o caso do Estado do Tocantins.

No Tocantins, com relação ao tema, foi expedida a Lei nº 1.445 de 02 de abril de 2004, que instituiu os instrumentos de compensação e modos de recomposição de área de reserva legal, e dentre as formas estipuladas para tanto, não elenca a reserva em bloco ou em condomínio, como forma de compensação. Observa-se que corroborando com o texto do Código Florestal, o Tocantins determinou que a reserva legal em condomínio não se mistura com a figura de compensação, tendo estas, conceitos diferentes. Já quanto a doação de áreas em unidades de conservação, a norma estadual, preconizou que esta está dentre o rol de compensações de Área de Reserva Legal, estando, portanto, submetida as mesmas restrições daquelas.

Levando-se em conta o ideal do Código Florestal de recompor e regenerar áreas desmatadas irregularmente, a norma tocantinense no que se refere a doação de unidades de conservação, é mais restritiva do que a lei federal, não ferindo, desta forma, a hierarquia das normas, sendo somente suplementar a norma geral.

### **4.3 Da Instituição de Área de Reserva Legal em Área Urbana**

A existência de reserva legal em propriedades rurais, cujo conceito encontra-se definido no Art. 1º §2º III do Código Florestal, é de inegável importância para a melhoria da qualidade de vida dos seres humanos e conservação da biodi-

versidade, recebendo, portanto, uma especial proteção por parte do nosso ordenamento jurídico.<sup>17</sup>

Surge, entretanto, uma grande celeuma quando se trata de reserva legal não em área rural, mas em áreas urbanas. Como se observa pela redação do Código Florestal, a Reserva Legal consiste em área localizada em imóvel rural, não havendo na lei qualquer menção sobre a sua existência em área urbana.

Todavia, a lida constante com o Direito Ambiental têm nos revelado, com certa frequência, uma hipótese permissiva á existência de reserva legal em áreas urbanas. Esta hipótese, que a nosso ver é a única, ocorre quando áreas que originalmente faziam parte da zona rural de um Município são incorporadas ao perímetro urbano da cidade por lei Municipal.

A Constituição Federal em seu artigo 30<sup>18</sup> dá aos Municípios autonomia para legislar sobre assuntos de interesse local, além de promover o seu ordenamento territorial, de forma que estes são providos de competência para estabelecer quais áreas são consideradas como urbanas ou rurais.

O questionamento que gera grandes divergências, e que deve ser feito neste caso é o seguinte: “a reserva legal existente no imóvel rural, deve ser mantida quando da incorporação deste imóvel ao perímetro urbano?”

Sob a nossa ótica, a resposta é sim. Não obstante a aparente incongruência que pode surgir ao se cogitar a destinação de uma porcentagem de imóveis urbanos como reserva legal, os princípios que regem o direito ambiental têm nos mostrado que esta é a melhor alternativa. A justificativa para tal argumento encontra-se no próprio código florestal, que em seu artigo 16 § 8º veda qualquer prática tendente a descaracterizar a reserva legal.<sup>19</sup>

Outro importante fator a ser considerado a fim de justificar a manutenção da reserva legal, seria evitar que o poder público municipal no intuito atender a interesses meramente particulares de latifundiários, queira transformar áreas rurais em urbanas, visando unicamente a supressão da reserva legal para um maior aproveitamento do potencial produtivo das terras.

A expansão dos centros urbanos tem ocorrido em ritmo acelerado, e quase sempre de maneira desorganizada. Assim, é de suma importância que os Municípios, no exercício de sua competência de se auto organizar quanto ao ordenamento do solo, respeitem os preceitos estabelecidos no Código Florestal, e dêem a devida importância às reservas legais já existentes, no sentido de mantê-las inalteradas, independentemente da mudança na denominação ou qualificação do imóvel a que as mesmas pertençam.

<sup>17</sup> III - Reserva Legal: 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

<sup>18</sup> Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

<sup>19</sup> § 8º A área de reserva legal deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área, com as exceções previstas neste Código.

## **5. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**5.1** A área de Reserva Legal pode ser instituída em forma de Condomínio ou por meio de Doação de área em Unidade de Conservação, não se enquadrando estas modalidades na previsão legal de compensação de Área de Reserva Legal.

**5.2** A proibição contida no Art. 44-C, do Código Florestal, não é aplicável nos casos de instituição de Reserva Legal em Condomínio ou por meio de Doação de áreas em Unidades de Conservação, pendentes de regularização fundiária.

**5.3** A única possibilidade de ocorrência de reserva legal em área urbana é quando a propriedade rural, com reserva já averbada, passa a integrar o perímetro urbano do município.



# **O SISTEMA BRASILEIRO DE CRIAÇÃO INTENSIVA DE ANIMAIS DESTINADOS À ALIMENTAÇÃO HUMANA À LUZ DA CONVENÇÃO EUROPÉIA SOBRE PROTEÇÃO DE ANIMAIS DE CRIAÇÃO<sup>1</sup>**

*CÉLIA REGINA FERRARI FAGANELLO NOIRTIN*

Pós-Doutora em Direito Ambiental e Professora Visitante da Université Du Sud Toulon-Var, Centre de Droit Et de Politique Comparés

*SÍLVIA MARIA GUERRA MOLINA*

Prof. Dra. do Departamento de Genética da ESALQ/USP, Atuando Nas Áreas de Ecologia Humana, Genética e Biotecnologia Ambiental

*VALERIE BOUCHARD-CHAPELLE*

Prof. Dra. da Université Du Sud Toulon-Var, Centre de Droit Et de Politique Compares

*MARIE PIERRE ELIE*

Prof. Dra. da Université Du Sud Toulon-Var, Centre de Droit Et de Politique Compares

## **1. INTRODUÇÃO**

As infrações ambientais e seus efeitos ultrapassam, muitas vezes, as fronteiras dos Estados exigindo em um mundo globalizado, além da implementação da clássica idéia de cooperação internacional, a adaptação do direito a este fenômeno através de

---

<sup>1</sup> Este Trabalho é parte da monografia apresentada pela primeira autora ao Centro de Direito e Políticas Comparadas da Université du Sud Toulon-Var, para obtenção do título de Pós-Doutora em Direito Ambiental. Foi realizado com a colaboração da Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Sílvia Maria Guerra Molina da ESALQ/USP e sob a supervisão das Prof.<sup>as</sup> Dr.<sup>as</sup> Valerie Bouchard-Chapelle e Marie Pierre Elie da Université du Sud Toulon-Var. Agradecimentos ao Prof. Dr. Yves Lucas, vice-reitor da Université du Sud Toulon-Var, pelos recursos financeiros captados para a elaboração deste estudo e ao Prof. Dr. Antônio Augusto Domingos Coelho, do Departamento de Genética da ESALQ/USP, pelas informações prestadas.

um processo de harmonização das legislações nacionais nesta seara<sup>2</sup>. Um exemplo disso é a restrição à importação de carne bovina brasileira, imposta pela União Européia, que deveria vigor a partir de 31 de janeiro de 2008. No dia 30 de janeiro de 2008, a União Européia decidiu suspender indefinidamente, a importação da carne bovina brasileira. Cabe ressaltar que o bloco econômico é responsável por 38,5% de toda a exportação da carne brasileira, o que, em 2006, correspondeu a US\$ 1,5 bilhão, sendo que o total exportado foi de US\$ 3,9 bilhões. O Brasil é líder do mercado internacional de carne bovina, exportando para 182 mercados e com uma participação de 32% no total das exportações de carne<sup>3</sup>. Os principais problemas apontados pelo bloco econômico foram as deficiências no sistema de saúde animal e a rastreabilidade. Sem a garantia desta última, não pode ser assegurado que a carne enviada à Europa não provém de áreas onde a venda para o bloco é proibida<sup>4</sup>. Além disso, a União Européia emprega normas de bem-estar animal que estão sendo paulatinamente violadas por produtores brasileiros<sup>5</sup>. O recente embargo da União Européia à carne brasileira, aponta a tendência da necessidade da harmonização da legislação ambiental, para atender, em um mundo globalizado, à crescente demanda da sociedade pela responsabilidade social das empresas. É então, necessário, colocar em prática procedimentos ambientalmente corretos e socialmente justos que garantam o respeito aos direitos dos animais de consumo. Todavia, embora sejam crescentes as preocupações ético-ambientais dos consumidores, o embargo à carne brasileira foi fundamentado em problemas de higiene e rastreabilidade e não fez menção à desobediência das normas do bloco econômico em relação ao bem-estar animal, que devem ser empregadas desde a criação até o abate. Nesse sentido, a presente pesquisa pretende discutir a adequação dos métodos de criação e abate empregados no Brasil à Convenção Européia sobre Proteção de Animais de Criação, bem como ao seu protocolo de alteração.

## 2. A CONVENÇÃO EUROPÉIA SOBRE PROTEÇÃO DE ANIMAIS DE CRIAÇÃO

Embora o recente embargo da União Européia à carne brasileira não tenha feito menção às regras de bem-estar animal, é crescente a exigência dos consumidores do bloco econômico com o tratamento que é dado aos animais destinados ao consumo humano.

<sup>2</sup> SILVA, Solange Teles; MELE, João Leonardo. Segurança ambiental na região amazônica. In: XV COMPENDI – Congresso Nacional da Pós-Graduação em Direito, 2006, Manaus. Anais do XV Congresso Nacional do COMPENDI: Direito, Sociobiodiversidade e Soberania na Amazônia. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2006. p.1-19.

<sup>3</sup> ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INDÚSTRIAS EXPORTADORAS DE CARNE. Comunicado: decisão da comissão européia com relação à importação de carne bovina do Brasil. Disponível em: <[http://www.abiec.com.br/imprensa.asp?id\\_news=594](http://www.abiec.com.br/imprensa.asp?id_news=594)>. Acessado em: 20 jan. 2008.

<sup>4</sup> UNIÃO EUROPÉIA adota medidas contra a carne brasileira a partir de 2008. Folhaonline, São Paulo, 21 jan. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u356568.shtml>>. Acessado em : 21 jan. 2008.

<sup>5</sup> LEVAI, Laerte Fernando. Atividade dos Matadouros e proteção dos animais. In: Manual Prático da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2005, v. 1. p.447-481; LEVAI, Laerte Fernando. Crueldade consentida: a violência humana contra os animais e o papel do ministério público no combate à tortura institucionalizada. Disponível em: <[www.svb.org.br/cvb/laerte-levai.htm](http://www.svb.org.br/cvb/laerte-levai.htm)>. Acessado em: 19 set. 2007; WORLD SOCIETY FOR THE PROTECTION OF ANIMALS. Alternativas práticas à pecuária industrial na América Latina. Estudo de Casos: Argentina, Brasil, Colômbia e Costa Rica. Relatório da WSPA Brasil. 2007. Rio de Janeiro. 12p; A CARNE É FRACA. [s. 1]: Instituto Nina Rosa, 2005. 1 DVD (54 min.), son. color.

Isso vem ocorrendo em parte, segundo CARFANTAN & BRUM<sup>6</sup>, devido às sucessivas crises sanitárias que assolaram a Europa nos últimos anos, como o “mal da vaca louca”, as contaminações por dioxina, a febre aftosa e a gripe aviária, as quais abalaram a confiança dos consumidores. Tais crises ocasionaram uma postura mais restritiva quanto ao consumo alimentar relacionada a três exigências.

A primeira delas é a segurança alimentar sob o enfoque qualitativo (“food safety”), o que levou ao aumento do consumo de alimentos “orgânicos” e à preocupação com a rastreabilidade e tornou um fenômeno dominante na Europa a inclusão de selos e etiquetas de garantia nos produtos.

A segunda exigência é a busca de valores como região de origem (valorização do *terroir*), autenticidade e familiaridade do produto, o que levou à harmonização das legislações dos países da União Européia e a definição dos seguintes certificados de qualidade: “Denominação de Origem Protegida” – atribuída a um produto de certa região cuja qualidade depende das condições humanas e naturais dessa região; “Indicação Geográfica Protegida” – atribuída a produto cuja reputação está ligada à região de origem, mas cujas matérias-primas não provêm necessariamente dessa região; “Atestado de Especificidade” – atribuído a produtos sem ligação com regiões de origem, mas que possuem características específicas devido à matéria-prima empregada ou ao processo de transformação.

A terceira exigência, relacionada com o objeto deste estudo, é a preocupação crescente com o meio-ambiente.

Segundo CARFANTAN & BRUM<sup>7</sup>, o fato de o produto possuir “garantias ecológicas” é um fator decisivo de compra para a maioria dos consumidores europeus.

Essas mudanças no comportamento dos consumidores levaram as autoridades do bloco econômico a unirem esforços para reforçar a legislação vigente sobre segurança alimentar. Em 2002 a União Européia adotou uma lei sobre segurança alimentar, baseada no Princípio da Precaução, a qual prevê que seja assegurada em todas as fases da produção, transformação e distribuição a rastreabilidade dos alimentos para consumo humano. Tal lei passou a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2005, se incorporou às leis e regulamentações já praticadas pela União Européia, atualizando-as devido às exigências do mercado. Assim, a desobediência a tais normas, por parte dos produtores brasileiros, levou ao embargo à carne bovina, sob argumento de falta de rastreabilidade.

Na Europa do Norte, criadores e abatedores são obrigados a seguir normas rígidas de bem-estar animal para garantir a venda do produto. Para produzir a chamada “carne ética”, os animais não podem sofrer dor ou injúria desnecessária, nem estresse por períodos prolongados durante sua criação e abate. Na França, 75% das pessoas questionadas citaram o bem-estar animal como um fator que levam em conta ao comprar ovos; Irlanda, 34% dos estudantes adolescentes entrevistados declaram evitar consumir carne, sendo que 53% destes apontaram bem-estar como a

<sup>6</sup> CARFANTAN, Jean Yves; BRUM, Argemiro Luís. O agronegócio brasileiro e as novas regras de Acesso ao mercado da União Européia. Desenvolvimento em questão, ano 04, nº 08, p.119-157 jul./dez., 2006.

<sup>7</sup> CARFANTAN & BRUM. Op. cit.

principal causa da escolha<sup>8</sup> Além do apelo ético e moral do tema bem-estar animal, há que se ressaltarem estudos que demonstram aumento de produtividade com a prática de técnicas que garantam o bem-estar dos animais para consumo humano.

SILVA et. al<sup>9</sup> avaliaram o comportamento e o bem-estar de aves em um sistema de criação em cama<sup>10</sup> e ninho<sup>11</sup>, em comparação a um sistema de criação convencional (bateria de gaiolas), e estudaram a influência das condições ambientais (estresse e conforto) no comportamento de poedeiras. Verificou-se que o sistema de criação em cama propiciou a expressão de todos os comportamentos naturais e de conforto das aves, fornecendo melhores condições de bem-estar e que, no sistema de criação convencional (gaiolas), mesmo sem nenhuma condição, as aves tentaram executar seus hábitos naturais e, certamente, a impossibilidade de expressarem esses comportamentos agravou o estresse provocado por este sistema de criação. PEREIRA et. al<sup>12</sup> ressaltam que conhecer e garantir o bem-estar das aves no sistema de criação sempre foi importante, pois esse afeta diretamente a produção das aves. SILVA et. al<sup>13</sup> comparando a influência do sistema de criação intensivo e semi-intensivo sobre o desempenho, condição fisiológica e comportamento de linhagens de frangos para corte, concluíram que a criação semi-intensiva proporcionou condições que aumentaram o bem-estar das aves, tendo influenciado positivamente o desempenho e a condição fisiológica das linhagens avaliadas, mesmo sob condições de estresse térmico.

Vacas sob tratamento aversivo na sala de ordenha defecaram seis vezes mais que aquelas tratadas gentilmente, sugerindo ativação do sistema nervoso simpático<sup>14</sup>. Breuer et. al citado por HOTZEL et. al<sup>15</sup> verificaram que vacas que receberam maus tratos ao entrarem na sala de ordenha, algo que freqüentemente ocorre na prática, apresentaram redução na produção de leite em relação àquelas tratadas gentilmente.

<sup>8</sup> Ouedraogo; Broom apud HOTZEL, Maria José. Bem-estar de animais zootécnicos: aspectos éticos, científicos e regulatórios. Trabalho apresentado para concursos público de títulos e provas para professor adjunto do Departamento de Zootecnia e Desenvolvimento Rural do Centro de Ciências Agrárias da Universidade Federal de Santa Catarina, 2005. 15p.

<sup>9</sup> SILVA, Iran José Oliveira da; BARBOSA FILHO, José Antonio Delfino; SILVA, Marco Aurélio Neves da; PIEDADE, Sônia Maria Stefano. Influência do sistema de criação nos parâmetros comportamentais de duas linhagens de poedeiras submetidas a duas condições ambientais. Revista Brasileira de Zootecnia, Viçosa, v. 35, n. 4, 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1516-35982006000500025&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-35982006000500025&lng=pt&nrm=iso)>. Acessado em: 10 Set 2008.

<sup>10</sup> O piso dos ambientes (galpões) onde as aves para engorda/abate são criadas recebe uma forração apropriada denominada de "cama", a qual é constituída por materiais com capacidade de absorver o excesso de umidade das fezes, mantendo o ambiente mais confortável para as aves. Esse modelo de criação também pode ser usado alternativamente para galinhas poedeiras, em substituição à criação em gaiolas (COELHO, Antônio Augusto Domingos. Informação enviada pelo autor, através de correio eletrônico).

<sup>11</sup> Sistema de ninhos são conjuntos de baterias de ninhos metálicos ou de madeira utilizados para postura dos ovos de galinhas criadas em cama. Esses sistemas não são utilizados para galinhas criadas em gaiolas (Idem).

<sup>12</sup> PEREIRA, Danilo; SALGADO, Douglas; NÁÁS, Irenilza; PENHA, N rima; BIGHI, Camila. Efeitos da temperatura do ar, linhagem e período do dia nas freqüências de ocorrências e tempos de expressão comportamental de matrizes pesadas. Engenharia Agrícola, Jaboticabal, v. 27, n. 3, p.596-610, set./dez. 2007.

<sup>13</sup> SILVA, Marco Aurélio Neves da; HELLMMEISTER FILHO, Paulo; ROSARIO, Millor Fernandes; COELHO, Antônio Augusto Domingos; SAVINO, Vicente José Maria; GARCIA, Antônio Augusto Franco; SILVA, Iran José Oliveira da; MENTEN, José Fernando Machado. Influência do sistema de criação sobre o desempenho, a condição fisiológica e o comportamento de linhagens de frangos para corte. Revista Brasileira de Zootecnia, Viçosa, v. 32, n. 1, p.208-213, 2003.

<sup>14</sup> Segundo Seabrook citado por HOTZEL, Maria José; MACHADO FILHO, Luís Carlos Pinheiro; Yunes, Maria Cristina; SILVEIRA, Marcela Cristina da. Influência de um ordenhador aversivo sobre a produção leiteira de vacas da raça Holandesa. Revista Brasileira de Zootecnia, Viçosa, v. 34, n. 4, 2005, p.1278-1284, jul./ago. 2005.

<sup>15</sup> Breuer et. al apud HOTZEL. Op. cit.

SILVA, PANDORFI & PIEDADE<sup>16</sup> ressaltam que a suinocultura exige muita dedicação do criador para alcançar bons índices de produtividade e, em consequência, resultados econômicos satisfatórios. Segundo os autores, fatores ambientais externos e o micro clima dentro das instalações exercem efeitos diretos e indiretos sobre a produção de suínos, acarretando a redução da produtividade, com conseqüentes prejuízos econômicos à exploração.

A crescente atribuição de valores subjetivos aos alimentos, de cunho político e moral, pelo consumidor europeu, segundo HOTZEL<sup>17</sup>, possui grande relevância devido à Europa ser importante formador de opinião internacionalmente, influenciando organismos regulatórios internacionais. As mudanças éticas da sociedade em relação aos animais levaram às alterações na legislação da União Européia, a qual passou a estender a proteção legal aos animais de criação situados nos países com os quais mantém relações comerciais.

O bem-estar animal é “o estado físico e psicológico de um animal em suas tentativas de se adaptar a seu ambiente”. Para Hughes citado por BROOM<sup>18</sup>, é “um estado de completa saúde física e mental, em que o animal está em harmonia com o ambiente que o rodeia”. Deve ser definido de forma que permita pronta relação com outros conceitos, tais como: necessidades, liberdades, felicidade, adaptação, controle, capacidade de previsão, sentimentos, sofrimento, dor, ansiedade, medo, tédio, estresse e saúde<sup>19</sup>. Os autores afirmam que “é claramente desejável que as pessoas sejam informadas a respeito da importância do bem-estar animal de forma científica e em que áreas se encontram os problemas mais severos”. Enumeram os problemas de bem-estar mais críticos como os problemas de patas em frangos de corte e os conseqüentes do confinamento de galinhas poedeiras em gaiolas industriais; os problemas de confinamento de porcas em baias e amarras e de bezerros em gaiolas pequenas; doenças em bezerros jovens e leitões; doenças em tanques de trutas; mastite e claducicação em vacas de leite; problemas de patas em perus e ovinos; procedimentos em animais de produção como castração, corte de cauda e descorna, assim como corte de cauda e outras mutilações em cães, os quais provocam efeitos severos. Citam ainda os autores a negligência e a crueldade deliberada para com os animais domésticos, as condições de manutenção de animais em circos e zoológicos e as conseqüências de métodos agressivos de treinamento de animais.

Há cinco necessidades básicas dos animais que devem ser respeitadas para garantir o bem-estar dentro das criações: ausência de fome, de sede, ou de desnutrição; ausência de stress ligado ao ambiente psíquico e às condições ambientais desconfortáveis; ausência de dores, ferimentos e doenças; a possibilidade de exprimir o comportamento normal, próprio a cada espécie; ausência de medo e aflição<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> SILVA, Iran José Oliveira da; PANDORFI, Héilton; PIEDADE, Sônia Maria Stefano. Uso da zootecnia de precisão na avaliação do comportamento de leitões lactentes submetidos a diferentes sistemas de aquecimento. Revista Brasileira de Zootecnia, Viçosa, v. 34, n. 1, p.220-229, 2005

<sup>17</sup> HOTZEL. Op. cit.

<sup>18</sup> Hughes apud BROOM, Donald. Indicators of poor welfare. British Veterinary Journal, London, v.142, p.524-526, 1986.

<sup>19</sup> BROOM, Donald; MOLENTO, Carla Forte Maiolino. Animal welfare: concept and related issues: review. Archives of Veterinary Science, v. 9, n. 2, p. 1-11, 2004.

<sup>20</sup> Farm Animal Welfare Council apud JANET, Christian. Le bien-être de animaux d'élevage. In : Mieux comprendre l'actualité : notes de synthèse. INRA : Département sciences sociales, agriculture et alimentation, espace et environnement, 2007. p.9. Disponível em: < <http://www.inra.fr/Internet/Departements/ESR/comprendre> > Acessado em 11 out. 2008.

A União Européia reconhece que os animais são seres sensíveis que merecem proteção e estabelece exigências mínimas para poupar os animais de qualquer sofrimento inútil durante a criação, o transporte e o abate. A Convenção Européia sobre Proteção de Animais de Criação adotada em de 10 de março 1976, em Strasbourg<sup>21</sup>, foi a primeira norma do bloco econômico visando a proteção dos animais de consumo, e, por isso, foi escolhida para este estudo. Entrou em vigor em 10 de setembro de 1978. Ela é aplicada aos animais para fins de criação, principalmente nos sistemas de produção intensiva, ou seja, animais criados para a produção de gêneros alimentares, lã, peles, couros e outros fins agrícolas. Todavia, o objeto deste trabalho são os animais destinados à alimentação humana. A Convenção impõe às partes o dever de inspecionar a condição e o estado de saúde os animais, bem como as instalações técnicas usadas no sistema de criação intensiva.

Há um Comitê permanente para fazer valer a aplicação da Convenção. Ele é competente para elaborar e adotar recomendações às partes, podendo elaborar pareceres consultivos, contribuir para atingir um acordo amigável quando houver qualquer dificuldade advinda da aplicação da Convenção e apresentar regularmente ao Comitê dos Ministros um relatório sobre os seus trabalhos e sobre o funcionamento da Convenção.

Em 1992 foi editado o protocolo de alteração da respectiva Convenção<sup>22</sup>, aumentando seu campo de aplicação a aspectos relativos ao desenvolvimento de novas tecnologias no domínio da pecuária, especialmente à biotecnologia e ao abate dos animais. O protocolo de alteração adaptou ainda, certas disposições da Convenção às inovações em matéria de criação de animais.

Após a elaboração da Convenção Européia sobre Proteção de Animais de Criação, a União Européia formulou diversas normas em complementação a tal Convenção: Diretiva 86/113/CEE, de 25.03.1986, que estabeleceu normas mínimas para a proteção de galinhas poedeiras em sistemas de baterias. Decisão 88/166/CE, de 07.03.1988, que anulou a diretiva 86/113/CEE; Diretiva 91/628/CEE, de 19.11.1991, que dispõe sobre proteção dos animais durante o transporte; Diretiva 91/629/CEE, de 19.11.1991, dispõe sobre normas mínimas de proteção dos bezerros; Diretiva 91/630/CEE, 19.11.1991, dispõe sobre normas mínimas de proteção dos suínos; Diretiva 93/119/CE, de 22.12.1993, dispõe sobre proteção dos animais no abate e/ou ocisão. Diretiva 97/02/CE de 20.01.1997, altera a Diretiva 91/629/CEE, de 19.11.1991 - relativa às normas mínimas de proteção dos bezerros; Decisão 97/182/CE de 24.02.1997, altera o anexo da Diretiva 91/629/CEE, de 19.11.1991 - relativa às normas mínimas de proteção dos bezerros; Regulamento 1255/97, de 25.06.1997, dispõe sobre critérios comunitários exigidos nos pontos de parada - adapta a guia de marcha prevista no Anexo da Diretiva 91/682/CEE; Em 02.10.1997 a União Européia assinou um protocolo de proteção e bem

<sup>21</sup> CONVENTION EUROPÉENNE SUR LA PROTECTION DES ANIMAUX DANS LES ÉLEVAGES. Strasbourg: Conseil de L'Europe, 1976. Disponível em: < <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/087.htm>>. Acessado em: 21 jan. 2007.

<sup>22</sup> PROTOCOLE D'AMENDEMENT À LA CONVENTION EUROPÉENNE SUR LA PROTECTION DES ANIMAUX DANS LES ÉLEVAGES. Strasbourg: Conseil de L'Europe, 1992. Disponível em: < <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/145.htm>>. Acessado em: 21 jan. 2007.

estar animal, reconhecendo que animais são seres sensíveis, capazes de sofrimento, conhecido como Tratado de Amsterdã; Regulamento 411/98, de 16.02.1998, que dispõe sobre normas complementares de proteção dos animais, aplicáveis aos veículos para transporte de animais vivos em viagens superiores a oito horas; Diretiva 98/58/CE, de 20.07.1998, dispõe sobre proteção dos animais nas explorações pecuárias; Diretiva 1999/74/CE de 19.07.1999, relativa a normas mínimas para a proteção das galinhas poedeiras; Decisão 2000/50/CE de 17.12.1999, relativa a requisitos mínimos para inspeção das explorações pecuárias; Diretiva 2001/88/CE de 23.10.2001, altera a Diretiva 91/630/CEE, de 19.11.1991 - relativa às normas mínimas de proteção dos suínos; Diretiva 2001/93/CE de 09.11.2001 que altera a Diretiva 91/630/CEE, de 19.11.1991 - relativa às normas mínimas de proteção dos suínos; Diretiva 2002/04/CE de 30.01.2002, relativa à Registro de estabelecimentos de criação de galinhas poedeiras abrangidos pela Diretiva 1999/74/CE, do Conselho; Regulamento 639/2003 de 09.04.2003, relativo a normas específicas associadas ao bem-estar de bovinos durante o transporte - Conforme Regulamento 1254/1999; Regulamento 01/2005 de 22.12.2004 dispõe sobre proteção dos animais durante o transporte e operações afins<sup>23</sup>.

A seguir são apresentados e analisados os artigos da Convenção que dispõe sobre a proteção dos animais de consumo com as respectivas alterações<sup>24</sup>.

Convenção Européia sobre Proteção de Animais de Criação	Protocolo de Alteração da Convenção
<p>Les Etats membres du Conseil de l'Europe, signataires de la présente Convention,            Considérant qu'il est souhaitable d'adopter des dispositions communes pour protéger les animaux dans les élevages, en particulier dans les systèmes modernes d'élevage intensif, Sont convenus de ce qui suit :</p>	<p>Les Etats membres du Conseil de l'Europe et la Communauté économique européenne, signataires du présent Protocole d'amendement,            Vu la Convention européenne sur la protection des animaux dans les élevages, du 10 mars 1976, ci-après dénommée «la Convention»;            Considérant qu'il est souhaitable d'élargir explicitement le champ d'application de la Convention à certains aspects des développements dans les méthodes d'élevage des animaux, en particulier en matière de biotechnologie, et au sacrifice des animaux à la ferme, et en même temps d'adapter certaines dispositions de la Convention à la situation évolutive en matière d'élevage d'animaux,            Sont convenus de ce qui sui:</p>

<sup>23</sup> Informações disponíveis em: <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/v3DefaultFRE.asp>

<sup>24</sup> Quadro elaborado a partir do Relatório Explicativo da Convenção, disponível no site do Conselho da Europa: <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/087.htm>. Acessado em 16 set. de 2008.

Convenção Europeia sobre Proteção de Animais de Criação	Protocolo de Alteração da Convenção
<p>Article 1er: La présente Convention s'applique à l'alimentation, aux soins et au logement des animaux, en particulier dans les systèmes modernes d'élevage intensif. Au sens de la présente Convention, on entend par «animaux» ceux qui sont élevés ou gardés pour la production de denrées alimentaires, de laine, de peaux, de fourrures ou à d'autres fins agricoles et par «systèmes modernes d'élevage intensif» ceux qui utilisent surtout des installations techniques exploitées principalement à l'aide de dispositifs automatiques.</p>	<p>Article 1er: L'article 1er de la Convention est amendé comme suit:  Article 1er: La présente Convention s'applique à l'élevage, à la détention, aux soins et au logement des animaux, en particulier dans les systèmes d'élevage intensif. Au sens de la présente Convention, on entend par «animaux» ceux qui sont élevés ou gardés pour la production de denrées alimentaires, de laine, de peaux ou fourrures, ou à d'autres fins agricoles, y compris les animaux résultant de modifications génétiques ou de nouvelles combinaisons génétiques. On entend par «systèmes d'élevage intensif» les méthodes d'élevage dans lesquelles les animaux sont détenus en tel nombre, ou en telle densité, ou dans de telles conditions, ou en vue de tels taux de production que leur santé et leur bien-être dépendent des fréquentes attentions de l'homme.</p>
<p>Article 2: Chaque Partie contractante donne effet aux principes de protection des animaux fixés dans la présente Convention aux articles 3 à 7 .</p>	<p>Article 2: Un nouvel article 3 est inséré dans la Convention, libellé comme suit”:  Article 3: L'élevage naturel ou artificiel, ou les procédures d'élevage qui causent ou sont susceptibles de causer des souffrances ou des dommages à tout animal en cause ne doivent pas être pratiqués; aucun animal ne doit être gardé à des fins d'élevage à moins que l'on puisse raisonnablement s'attendre, sur la base de son phénotype ou de son génotype, à ce que cet animal puisse être gardé sans qu'il puisse y avoir d'effets néfastes sur sa santé ou son bien-être.</p>
<p>Article 3: Tout animal doit bénéficier d'un logement, d'une alimentation et des soins qui – compte tenu de son espèce, de son degré de développement, d'adaptation et de domestication – sont appropriés à ses besoins physiologiques et éthologiques, conformément à l'expérience acquise et aux connaissances scientifiques.</p>	<p>Article 3: L'article 3 de la Convention est Renuméroté article 3 bis.</p>

Convenção Europeia sobre Proteção de Animais de Criação	Protocolo de Alteração da Convenção
<p>Article 4: 1. La liberté de mouvement propre à l'animal, compte tenu de son espèce et conformément à l'expérience acquise et aux connaissances scientifiques, ne doit pas être entravée de manière à lui causer des souffrances ou des dommages inutiles. 2. Lorsqu'un animal est continuellement ou habituellement attaché, enchaîné ou maintenu, il doit lui être laissé un espace approprié à ses besoins physiologiques et éthologiques, conformément à l'expérience acquise et aux connaissances scientifiques.</p>	<p>Article 4: L'article 6 de la Convention est amendé comme suit: Aucun animal ne doit être alimenté de telle sorte qu'il en résulte des souffrances ou des dommages inutiles et son alimentation ne doit pas contenir de substances qui puissent lui causer des souffrances ou des dommages inutiles. Aucune autre substance, à l'exception des substances administrées à des fins thérapeutiques ou prophylactiques, ne doit être administrée à un animal à moins qu'il n'ait été démontré par des études scientifiques du bien-être des animaux ou sur la base d'une expérience établie que l'effet de la substance n'est pas contraire à sa santé ou à son bien-être.</p>
<p>Article 5: L'éclairage, la température, le degré d'humidité, la circulation d'air, l'aération du logement de l'animal et les autres conditions ambiantes telles que la concentration des gaz ou l'intensité du bruit doivent – compte tenu de son espèce, de son degré de développement, d'adaptation et de domestication – être appropriés à ses besoins physiologiques et éthologiques, conformément à l'expérience acquise et aux connaissances scientifiques.</p>	<p>Article 5: L'article 7 de la Convention est amendé comme suit: La condition et l'état de santé et de bien-être de l'animal doivent faire l'objet d'une inspection approfondie à des intervalles suffisants pour éviter des souffrances inutiles, soit au moins une fois par jour dans le cas d'animaux gardés dans des systèmes d'élevage intensif. - Lorsqu'un animal doit être sacrifié à la ferme, le sacrifice doit être fait avec compétence et, dans tous les cas, sans causer de souffrances ou de détresse inutiles à l'animal ou aux autres animaux. - Les installations techniques dans les systèmes d'élevage intensif doivent faire l'objet, au moins une fois par jour, d'une inspection approfondie et tout défaut constaté doit être éliminé dans les délais les plus courts. Lorsqu'un défaut ne peut être éliminé sur-le-champ, toutes les mesures temporaires nécessaires pour préserver la santé et le bien-être des animaux doivent être prises immédiatement.</p>

Convenção Europeia sobre Proteção de Animais de Criação	Protocolo de Alteração da Convenção
<p>Article 6: Aucun animal ne doit être alimenté de telle sorte qu'il en résulte des souffrances ou des dommages inutiles et son alimentation ne doit pas contenir de substances qui puissent lui causer des souffrances ou des dommages inutiles.</p>	
<p>Article 7:</p> <p>1. La condition et l'état de santé de l'animal doivent faire l'objet d'une inspection approfondie à des intervalles suffisants pour éviter des souffrances inutiles, soit au moins une fois par jour dans le cas d'animaux gardés dans des systèmes modernes d'élevage intensif.</p> <p>2. Les installations techniques dans les systèmes modernes d'élevage intensif doivent faire l'objet, au moins une fois par jour, d'une inspection approfondie et tout défaut constaté doit être éliminé dans les délais les plus courts. Lorsqu'un défaut ne peut être éliminé sur le champ, toutes les mesures temporaires nécessaires pour préserver le bien-être des animaux doivent être prises immédiatement ».</p>	

O artigo 1º dispõe que a Convenção se aplica à alimentação, aos cuidados e ao alojamento de animais, particularmente dentro dos sistemas modernos de criação intensiva. Estabelece ainda, que “animais” são aqueles criados ou mantidos para a produção de gêneros alimentícios, de lã, de pele, de couro ou para outros fins agrícolas e por “sistemas modernos de criação intensiva” os quais utilizem, sobretudo instalações técnicas exploradas principalmente com ajuda de dispositivos automáticos. O artigo primeiro da Convenção delimita seu alcance. As disposições da Convenção e as recomendações formuladas no artigo 9º não se aplicam aos animais previstos no artigo 1º. O termo «sistemas modernos de criação intensiva» (para qual a única disposição especial contida na Convenção figura no artigo 7º), foi definido no artigo 1º porque esta definição será aplicável sempre que esta expressão for utilizada nas recomendações do Comitê Permanente.

O artigo 1º do Protocolo de alteração, traduzido para o idioma português estabelece que a Convenção se aplica à criação, à manutenção, aos cuidados e ao alojamento dos animais, em especial nos sistemas de criação intensiva. Ele reformulou o artigo 1º da Convenção e referiu-se ao termo “élevage” (criação) para estabelecer que a proteção abrange tanto a pecuária natural quanto a artificial, referindo-se aos animais produzidos pela criação convencional e aos animais produzidos por modificações ou novas combinações de material genético: “na aceção da presente Convenção, entende-se por “animais” os que são criados ou

mantidos para a produção de gêneros alimentícios, de lã, de peles ou de couro, ou para outros fins agrícolas, incluindo os animais que resultam de modificações genéticas ou de novas combinações genéticas”. O artigo 1º do protocolo retificou, ainda, o termo “sistemas modernos de criação intensiva” com o objeto de considerar os métodos de criação intensivos que não dependem necessariamente de equipamentos técnicos ou de confinamento. Assim, todos os animais criados em sistemas cuja densidade de povoamento ou nível de produção são elevados e que, por consequência, dependem de cuidados freqüentes, estão tutelados pela Convenção. Dispõe a última parte do artigo: “entende-se por “sistemas de criação intensiva” os métodos de criação nos quais os animais são mantidos em tal número, ou em tal densidade, ou em tais condições, ou com o propósito de tais taxas de produção que a sua saúde e o seu bem-estar dependem de freqüentes cuidados do homem”.

O artigo 2º da Convenção estabelece que cada parte contratante deve se engajar para colocar em prática os princípios de proteção aos animais, os quais estão descritos nos artigos 3º a 7º.

Já o artigo 2º do Protocolo de Alteração insere um novo artigo 3º na Convenção, com a intenção de assegurar que a nova disposição sobre animais de criação é da competência do campo de aplicação do atual artigo 2º da Convenção. Tendo em vista a alteração do artigo 1º da Convenção, o novo artigo 3º não se aplica aos animais de laboratórios. O dispositivo legal visa que os métodos de criação sejam feitos de maneira a evitar sofrimento ou dano previsível aos animais, como parto difícil e mal-formações. Todavia, os procedimentos passíveis de causar sofrimentos ou prejuízos mínimos ou momentâneos, como, por exemplo, transplante de embrião, parto natural ou cesariana, são aceitos, desde que não causem mal duradouro. O artigo 3º do protocolo de alteração exclui do campo de sua aplicação às práticas decorrentes da criação de animais em sistemas desfavoráveis, até que soluções alternativas satisfatórias sejam desenvolvidas. O artigo dispõe ainda que nenhum criador deve utilizar animais alterados geneticamente a menos que, a luz dos conhecimentos científicos disponíveis e/ou da experiência adquirida quanto à saúde e bem-estar animal, seja possível garantir que esses animais ou que os animais produzidos por estes animais, não sofrerem consequências negativas. Aplica-se aos animais resultantes de transplantes de embriões ou de procedimentos de modificações genéticas.

Os artigos 3º, 4º e 5º da Convenção estabelecem os princípios relativos a aspectos particularmente importantes da proteção dos animais. O relatório explicativo da Convenção afirma que houve um esforço do Comitê no sentido de elaborar princípios suficientemente precisos para impedir uma interpretação completamente livre, porém bastante gerais para responder a diferentes necessidades.

As idéias principais dos artigos é que qualquer sofrimento ou prejuízo inútil devem ser evitados e que as condições de existência devem ser adequadas às necessidades fisiológicas e etológicas de cada espécie. Estas disposições são os princípios norteadores utilizados para elaborar as medidas detalhadas sob a forma de recomendações do Comitê Permanente, referidas no título II da Convenção (quando estabelece que cada parte contratante deve se engajar para colocar em prática os princípios de proteção aos animais).

O artigo 4º do Protocolo de Alteração dispõe que a administração de substâncias com fins terapêuticos ou profiláticos de acordo com as necessidades ligadas ao bem-estar ou saúde dos animais estão regulamentadas, de maneira suficiente, por outros regulamentos de medicina veterinária, não sendo necessário incluir salvaguardas complementares na Convenção. Quando esta disposição foi elaborada, o Comitê estava ciente da possibilidade de administrar aos animais não somente substâncias terapêuticas, mas também, substâncias não terapêuticas para diagnóstico, melhorar sua saúde ou produtividade, facilitar sua identificação ou outros fins. Todavia, foi considerado que tais substâncias deveriam ser objeto de recomendação a ser elaborada com base do princípio geral do artigo 4º do Protocolo de alteração. Consequentemente, o artigo 6º da Convenção foi redigido de maneira flexível como o texto existente no artigo 4º do protocolo. Este último determinou ainda, que a administração de novas substâncias a um animal deveria ser precedida de estudos científicos sobre bem-estar ou, conforme a experiência adquirida capaz de demonstrar que a substância em questão não prejudique a saúde ou bem-estar do animal. Ficou estipulado ainda, que esta disposição deve permitir a administração de medicamentos veterinários e substâncias que permitam a “morte humanitária” do animal. O artigo 5º do Protocolo alterou o primeiro parágrafo do artigo 7º da Convenção, estendendo a necessidade de inspeção para o bem-estar animal.

O artigo 6º da Convenção dispõe que nenhum animal deve ser alimentado de tal forma que lhe cause sofrimentos ou prejuízos inúteis e a sua alimentação não deve conter substâncias que possam causar-lhe sofrimentos ou prejuízos inúteis.

O artigo 7º da Convenção considera que em sistemas de criação extensiva, quando, por exemplo, os animais encontram-se em pastagens nas regiões de montanha, não se pode exigir uma inspeção diária. Portanto, foram formuladas exigências diferentes para os animais em geral e para os animais em sistemas modernos de criação intensiva.

Os artigos 8º a 18 da Convenção, bem como os artigos 6º a 10º do Protocolo de alteração não dispõem sobre a proteção dos animais, não sendo, portanto, objeto deste estudo. O texto integral da Convenção bem como seu Protocolo de alteração podem ser consultados diretamente no site: <http://conventions.coe.int/>.

É importante destacar que, no que se refere às condições de existência dos animais, existe uma diferença de ponto de vista entre os que desejam abolir toda a forma de exploração animal (abolicionistas) e os que desejam melhorar as condições de vida dos animais, sem deixar de explorá-los (reformistas). Os primeiros não admitem a posição dos segundos. Portanto, se as coisas evoluem lentamente e, não da mesma maneira para todos os animais, as diversas regulamentações têm contribuído para melhorar a vida dos animais destinados a consumo humano.

Na França, a legitimidade moral e econômica dos sistemas industriais e intensivos de produção animal, implantados a partir da década de 60, é hoje con-

testada, por várias razões. A influência negativa dos sistemas intensivos, do ponto de vista da saúde dos animais, e, portanto, de seu desempenho, é enfatizada por veterinários, mas também por economistas sociólogos e psico-sociólogos, sendo que estes últimos evidenciam os limites econômicos do processo de industrialização e os estragos provocados na saúde mental dos pecuaristas<sup>25</sup>.

### 3. O SISTEMA DE PRODUÇÃO INTENSIVA DE ANIMAIS DE CONSUMO NO BRASIL

As galinhas poedeiras vivem confinadas em baterias de gaiolas empilhadas, privadas de seus movimentos naturais<sup>26</sup>, sob luz intensa para produzirem mais ovos, o que lhes provoca inquietação, neuroses e ansiedade, além de terem patas e bicos mutilados para que não ataquem umas às outras<sup>27</sup>. Os pintinhos machos, descartados em granjas de ovos, são esmagados vivos por tratores ou triturados vivos para serem transformados em ração. Os frangos de corte são abatidos aos 42 dias de vida. Da chegada ao abatedouro até a morte, os animais passam por um verdadeiro suplício. Das caixas empilhadas, centenas de frangos se debatem ao verem os outros animais sendo pendurados pelos pés em ganchos, eletrocutados na cabeça e degolados. Alguns deles não desmaiam com a descarga elétrica e são sangrados pelo pescoço ainda conscientes<sup>28</sup>.

Os suínos, com apenas três semanas de vida, sofrem corte de rabo, castração e extração de dentes, sem insensibilização prévia. Aos cinco meses de idade são abatidos por métodos nada humanitários. As porcas matrizes são criadas em baias estreitas, deitadas de lado, tolhidas de movimentos, para garantir a amamentação constante dos filhotes, o que lhes causa vários problemas de saúde como dores crônicas, doenças respiratórias, infecções urinárias, fraqueza óssea e muscular<sup>29</sup>.

Os bovinos de corte são separados precocemente das mães, confinados em baias apertadas, submetidos a práticas zootécnicas dolorosas como descorna, castração e marcação a ferro. Cerca de 50% da carne consumida no Brasil é proveniente de abatedouros clandestinos, onde os animais são mortos a marretadas e, mesmo nos estabelecimentos oficiais, as normas sanitárias não são obedecidas, ocorrendo “uma matança igualmente violenta, capaz de provocar uma quantidade incomensurável de dor aos bichos que são abatidos”<sup>30</sup>. As vacas leiteiras vivem em função da ordenha mecânica, sendo, para tanto, constantemente emprenhadas, sofrendo de mastites crônicas e sendo enviadas aos matadouros no final de suas vidas produtivas<sup>31</sup>. Os novilhos destinados à produção de carne de vitela, o famoso *baby-beef*, logo após o nascimento, são separados das mães e colocados em baias estreitas, amarrados pelo pescoço de forma que não possam se movimentar,

<sup>25</sup> PORCHER, Jocelyne. Você liga demais para os sentimentos: bem estar animal, repressão da afetividade, sofrimento dos pecuaristas. Revista Produção, v.14, n.3, p.35-44, set./dez. 2004.

<sup>26</sup> WSPA. Op. cit.

<sup>27</sup> LEVAL. Op. cit.

<sup>28</sup> WSPA. Op. cit.

<sup>29</sup> WSPA. Op. cit.

<sup>30</sup> LEVAL. Op. cit.

<sup>31</sup> Idem.

para impedir a formação de músculos. São alimentados somente com leite, para que fiquem anêmicos e, conseqüentemente, a carne fique branca, como demonstrado no documentário “A carne é fraca”<sup>32</sup>.

NEVES, CARRIJO & ALMEIDA<sup>33</sup> avaliaram o manejo de pré-abate de bovinos de um frigorífico sob inspeção municipal de Uberlândia-MG (Brasil), levando em conta as normas de bem-estar animal, através de observação “in loco”. Verificaram que nos currais a utilização do choque foi em 100% dos animais, 85% dos animais vocalizaram no caminho até o Box de atordoamento, 22% apresentaram escoriações nas patas e nas traseiras, 34% caíram no caminho ao Box, 23% escorregaram e 4 % dos animais estavam contundidos até o final da seringa<sup>34</sup>. Na seringa e no Box de atordoamento observaram que a seringa era utilizada em sua máxima capacidade e os animais caíam e eram pisoteados pelos demais constantemente, houve um índice de vocalização de 29% e a utilização do choque elétrico foi grande nessa área. No Box de atordoamento observaram que dois animais eram colocados juntos, houve um erro de atordoamento de 16,3% e muitas vezes o tiro era dado no occipital, os animais eram prensados na parede do Box pelo choque elétrico e 5,4% dos animais tentaram se levantar após serem liberados para a sangria.

Outros animais de criadouros comerciais tais como coelhos, avestruzes, queixadas, catetos, capivaras, jacarés, emas, chinchilas, tartarugas, javalis, peixes em tanques superlotados, rãs, também são submetidos a maus-tratos assim como os gansos na Hungria e França para a produção de *foie gras*<sup>35</sup>. De acordo com a European Vegetarian and Animal News Agency<sup>36</sup>, a produção deste último, pela crueldade infligida aos gansos, foi banida em 15 países, inclusive na Grã-Bretanha, onde o consumo começa a ser proibido - o município de York aprovou uma lei em outubro proibindo a venda do patê de fígado de ganso.

Embora não sejam objeto deste estudo, não se pode deixar de citar os milhares de animais utilizados como cobaias, submetidos a torturas indescritíveis, com a justificativa de serem necessárias tais práticas para benefício da humanidade. Há que se lembrar ainda, dos animais utilizados em manifestações folclóricas e culturais como rodeios, farras-do-boi e vaquejadas, bem como dos utilizados para exibição em zoológicos e em espetáculos públicos como circos. Todos, indubitavelmente, submetidos a atos de crueldade e desrespeito.

<sup>32</sup> A CARNE É FRACA. Op. cit.

<sup>33</sup> NEVES, Julia Eumira Gomes; CARRIJO, Kênia de Fatiam.; ALMEIDA, Laerte Pereira de. Frigorífico e Bem Estar Animal - Uma Análise do Manejo. In: 58ª Reunião Anual da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, 2006, Florianópolis - SC. Anais da 58ª Reunião da SBPC. São Paulo, 2006. Disponível em: <[www.sbpnet.org.br/livro/58ra/JNIC/RESUMOS/resumo\\_1527.html](http://www.sbpnet.org.br/livro/58ra/JNIC/RESUMOS/resumo_1527.html)> Acessado em: 10 set. 2008.

<sup>34</sup> Para serem conduzidos ao box de atordoamento, os animais passam por uma rampa na qual existe um afunilamento para permitir a passagem de apenas um animal por vez. Esse afunilamento é chamado de “seringa”.

<sup>35</sup> LEVAI. Op. cit.

<sup>36</sup> EUROPEAN VEGETARIAN AND ANIMAL NEWS AGENCY. Reino Unido: York torna-se a primeira cidade do país a banir o foie gras. Disponível em: <<http://www.evana.org/index.php?id=26234&lang=pt>>. Acessado em: 12 set. 2007.

## **4. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**4.1.** A ciência do bem-estar animal ampara-se na visão ética de que cada animal possui seu valor intrínseco, instintos e são capazes de sentir e sofrer, devendo, portanto ser poupado de sofrimento, o que é reconhecido pela União Européia.

**4.2** O sistema brasileiro de criação intensiva de animais para consumo humano, ignora o reconhecimento dos animais como seres sencientes, o que é reconhecido pela União Européia. Além disso, submete os animais à maus-tratos, sevícias, mutilações e outras práticas moralmente reprováveis e ambientalmente não-sustentáveis.

**4.3** Como exportador de carne para o mercado europeu, o Brasil deve obedecer às normas de bem-estar animal impostas pela União Européia. Sem dúvida, esta condição é fundamental para o país possa fornecer carne ao bloco econômico europeu.

**4.4** Além disso, o homem deve aceitar e aplicar não somente os fundamentos do bem-estar animal para atender às exigências de mercado, mas, acima de tudo porque os animais possuem direitos, e, por isso, devem ser tratados com respeito e dignidade.

**4.5** Infelizmente, a humanidade não atingiu valores éticos e morais capazes de mudar hábitos alimentares. Todavia, embora os animais destinados à alimentação humana possuam seu curto e triste destino inexoravelmente traçado em direção à morte, temos a obrigação de poupá-los de todo o sofrimento, pelo menos até enquanto não ocorrer a derrota do especismo.



# **MEIO AMBIENTE ARTIFICIAL: O PLANO DIRETOR COMO INSTRUMENTO PARA A PROPOSTA DE SUSTENTABILIDADE URBANA SOLIDÁRIA**

*CLARISSA MARQUES*

Coordenadora de Pesquisa/Extensão e  
Professora em Direito Ambiental da Asces

## **1. INTRODUÇÃO**

A liberdade de empreender sem sofrer interferências por parte do Estado, exercendo, assim, a autonomia da vontade, constitui um direito fundamental tendo em vista a identificação deste direito com os ideais liberais que terminaram por consagrar os primeiros direitos fundamentais. Tal fato impôs ao Estado uma postura de abstenção, em nome do respeito à liberdade de uma forma geral.

O referido direito representa uma das faces da liberdade, mais especificamente por buscar crescimento e expansão de forma livre, sem que ocorram ingerências estatais. Sendo assim, a Constituição Federal o previu sob a denominação de liberdade de iniciativa, consagrando o ideal de desenvolvimento econômico e elegendo-o como fundamento da Ordem Econômica, retratando, dessa forma, a adoção do direito fundamental à livre iniciativa.

Todavia a consagração do referido direito na qualidade de fundamental não exclui o dever que possui o titular deste de compatibilizá-lo com a preservação do meio ambiente, também prevista na Ordem Econômica da Constituição. Assim, exercer a liberdade econômica no Estado de Direito brasileiro representa harmonizar desenvolvimento e proteção ambiental.

## **2. A PROPOSTA DE SUSTENTABILIDADE**

Seguindo o entendimento de que a livre iniciativa não permite interferências, este direito vem sendo exercido sem que haja uma preocupação de limitação, ou até mesmo de uma possível reestruturação de seu âmbito de proteção. Entretanto, o direito fundamental em questão não comporta mais uma análise apenas no que diz respeito à liberdade deste direito, mas impõe a necessidade da observação de seus limites, no intuito de promover uma harmonia constitucional. Ou seja, a proposta liberal em torno da liberdade não condiz com as propostas de um Estado Social e Democrático de Direito, no qual o exercício de uma simples liberdade exige um comprometimento para com os outros direitos.

Essa abertura conceitual em torno da liberdade parece, expressamente, ter sido adotada pela Constituição de 1988, na medida em que a liberdade de iniciativa é fundamento da Ordem Econômica, desde que respeitados alguns princípios. Sendo assim, a Constituição brasileira demonstra uma preocupação em impor certos limites ao exercício da referida liberdade, evitando, dessa forma, que outros direitos ou valores sofram as conseqüências de uma postura absoluta e ilimitada, o que para alguns recebe a denominação de *Empreendedorismo Social*.

A razão reside no fato de que a defesa do meio ambiente e os demais princípios da Ordem Econômica previstos no art. 170 da Constituição integram a estrutura do direito à liberdade de iniciativa, em decorrência da previsão constitucional acerca da Ordem Econômica<sup>1</sup>. Ou seja, a Constituição de 1988 prevê os referidos princípios como requisitos para o exercício da liberdade de iniciativa e até mesmo para que esta cumpra sua função de fundamentar aquela Ordem. E, tendo em vista que para a consecução da *defesa* ambiental, no âmbito da liberdade de iniciativa, é preciso o reconhecimento do dever imposto pelo *direito* ao meio ambiente, é preciso perceber que a idéia de oposição entre desenvolvimento econômico e preservação ambiental deve ser superada pela proposta de sustentabilidade, ou seja, o equilíbrio entre as duas forças.

Assim, a exigência de um comportamento ambientalmente aceito - o que para alguns autores consiste em uma obrigação/dever - baseia-se na necessidade de uma postura sustentável, o que implica dizer que desenvolvimento econômico e meio ambiente devem ser conciliados<sup>2</sup>, representando um fundamento razoável para a limitação ora proposta.

O objetivo seria desfrutar dos recursos sem exauri-los, conservando, assim, o direito de todos de também utilizá-los<sup>3</sup>. Portanto, a capacidade econômica passa a ser limitada em nome da prevenção e da precaução ambiental. Isto porque,

*“o adjetivo sustentável, relaciona-se com o uso não destrutivo dos recursos naturais e com a preservação do planeta para as gerações futuras, assim, sendo a necessidade de uma ação não violenta para essa nova abordagem do desenvolvimento”*<sup>4</sup>.

Nesse contexto de sustentabilidade encontra-se a preocupação de reconhecer os limites<sup>5</sup> imanentes ao direito à liberdade de iniciativa impostos pela Constituição, o que permite ser observado a partir da interpretação dos artigos 170 e

<sup>1</sup> Esta preocupação aparece também em Cristiane Derani ao afirmar que “a concretização de uma qualidade de vida satisfatória, capaz de atingir toda sociedade, está intrinsecamente relacionada ao modo de como esta sociedade dispõe da apreensão e transformação de seus recursos, ou seja, de como desenvolve sua atividade econômica. Esta assertiva conduz necessariamente à indagação de qual o conteúdo daquilo que se resume como desenvolvimento econômico, e de que maneira seus elementos constitutivos estão presentes no texto constitucional”. Direito ambiental econômico. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 236.

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 26.

<sup>3</sup> 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, p. 195.

<sup>4</sup> ALMEIDA, Guilherme Assis de, CHRISTMANN, Martha Ochsenhofer. Ética e direito. Uma perspectiva integrada. São Paulo: Atlas, 2004, p. 72.

<sup>5</sup> Paul Hawken parece não temer ser radical ao afirmar não haver forma educada de dizer que os negócios (business) estão destruindo o planeta. The ecology of commerce. Nova York: Harper business, 1993, p. 03.

225. Portanto, o intuito de equilibrar o desenvolvimento e o meio ambiente impõe a percepção do direito à livre iniciativa dotado de um contorno ambiental, ou seja, seu âmbito de aplicação conduz ao cumprimento da preservação ambiental. O intuito não é conter ou evitar o crescimento, e sim torná-lo sustentável<sup>6</sup>.

Seguindo a linha do desenvolvimento sustentável, Canotilho propõe um Estado Ambiental cuja exigência de ser um Estado de Direito não foi ignorada, que teria como propósito, entre outros, conformar as políticas e estruturas organizatórias dos Estados e comunidades a uma forma ecologicamente sustentada. O autor confirma o “dever de adoção de comportamentos públicos e privados amigos do ambiente de forma a dar expressão concreta a assumpção da responsabilidade dos poderes públicos perante as gerações futuras”<sup>7</sup>.

O compromisso público e privado com relação ao patrimônio ambiental deve ser seguido pela estrutura do Estado Social e Democrático de Direito, não sendo necessário para tanto, a adoção de um Estado Ambiental. Este parece representar uma das faces daquele, mais especificamente quanto à exigência de solidariedade presente no art. 3º da Constituição Federal.

No que diz respeito ao referido dispositivo constitucional, Lênio Streck o identifica como norte para a construção de um Estado Social, identificando como algumas condições para esta empreitada a garantia dos direitos sociais, a intervenção do Estado na economia e a função social da propriedade<sup>8</sup>.

### 3. MEIO AMBIENTE ARTIFICIAL E POLÍTICA DE DESENVOLVIMENTO URBANO

Como forma de promover o controle do meio ambiente artificial, a Constituição Federal trouxe no art. 182 a previsão da Política de Desenvolvimento Urbano como uma atribuição municipal, a partir de diretrizes gerais fixadas em lei, em nome do desenvolvimento das funções sociais da cidade e da garantia do bem-estar dos habitantes. Nesse sentido, ganha destaque o Plano diretor como instrumento da Política Urbana para a promoção da qualidade de vida no meio urbano, o que será aqui abordado à luz da experiência do município de Caruaru no estado de Pernambuco.

Ressalta-se que a previsão constitucional acerca da política urbana ocorreu de forma breve, porém complexa. Isto porque, em poucos dispositivos a Constituição trouxe: a previsão da política de desenvolvimento urbano de competência municipal, subordinada às diretrizes gerais estabelecidas pela União conforme prevê o art. 21, XX; a obrigatoriedade do plano diretor como *instrumento básico da política de desenvolvimento urbano*; a previsão da função social da propriedade urbana; a possibilidade de desapropriação da propriedade urbana e por fim a usucapião urbana.

<sup>6</sup> Fala-se em incentivos para a promoção dos valores ambientais, em razão de que sucesso econômico e qualidade ambiental não são incompatíveis quando somados à democracia. FIORINO, Daniel. Making environmental policy. Berkeley: University of California, 1995, p. 205.

<sup>7</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Estado de Direito. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 44.

<sup>8</sup> Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 75.

Entretanto, apesar da brevidade constitucional o meio ambiente artificial sofreu a regulação necessária para demonstrar a necessidade de intervenção e limitação jurídica na vida urbana a fim de promover o bem-estar e a qualidade de vida, os quais são objetos do núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente, previsto no art. 225 da CF. Destaque-se que em 2001 foi promulgada a Lei 10.257 que trouxe o chamado Estatuto da cidade, regulamentando, assim, o art. 182 da Constituição o qual indica que a competência municipal para a política urbana subordina-se às diretrizes gerais fixadas em lei.

Quando o art. 225 afirma 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”, não indica que a qualidade de vida limita-se à preservação do direito ao meio ambiente natural, responsável pela regulação dos recursos naturais. Exige-se, assim, dos intérpretes que o discurso para a efetivação do direito fundamental ao meio ambiente inclua também o meio ambiente artificial.

Para tanto a interpretação do próprio direito fundamental ao meio ambiente e de seus princípios constitucionais deve voltar-se para a dimensão urbana de meio ambiente que, assim como a dimensão natural também está envolvida pela proposta de solidariedade. Ou seja, quando a doutrina e jurisprudência promovem a efetivação do meio ambiente à luz da fraternidade por ter como titular um sujeito difuso que envolve inclusive gerações futuras deverão, também, fazer uso deste mesmo argumento para promover o bem-estar na vida urbana.

No momento em que o texto constitucional regulou a política urbana promoveu-se, em parte, a efetivação de uma sociedade solidária como objetivo da República previsto no art. 3º da Constituição Federal.

Tal conclusão é possível a partir da interpretação dos objetos jurídicos tutelados pela política urbana constitucional, percebe-se: a política de desenvolvimento urbano ao promover o bem-estar dos habitantes fará em nome das presentes e futuras gerações; a exigência da propriedade urbana cumprir uma função social reflete o ideal fraterno consagrado ao direito de propriedade privada a partir desta limitação; a desapropriação da propriedade urbana, inclusive por ausência de função social reforça a proposta de que o exercício do direito à propriedade não se limita a possuir uma propriedade, mas demanda uma destinação para a mesma e a usucapião urbana apesar de favorecer diretamente pessoa(s) determinada(s) ocorre em razão de uma finalidade solidária que é conceder a propriedade de alguém não zeloso a alguém que necessita da mesma e faz uso dela.

O parágrafo único do art. 1º da Lei 10.257/2001, chamada de Estatuto da cidade afirma o interesse social envolvido na promoção da política urbana: “Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, 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 o equilíbrio ambiental”. A partir desta previsão legal torna-se clara a inclusão da política urbana no âmbito do direito ambiental, como confirma Toshio Mukai: “Sublinhe-se aí que a lei é denominada oficialmente ‘Estatuto da Cidade’, e que

suas diretrizes e normas se destinam não apenas ao direito urbanístico, mas também ao direito ambiental”<sup>9</sup>.

Ainda nas diretrizes gerais do Estatuto da Cidade é possível identificar a aplicação de alguns princípios constitucionais do direito ambiental no que diz respeito à política de desenvolvimento urbano. Vejamos: o art. 2º da Lei prevê diretrizes gerais como por exemplo “I- 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”, permitindo a identificação do princípio do desenvolvimento sustentável ao afirmar a garantia do direito a cidades sustentáveis e ao final confirma o posicionamento aqui exposto que o direito ao meio ambiente artificial consagra o ideal de solidariedade quando prevê as presentes e futuras gerações como sujeitos de direito.

Todavia, encontra-se aqui a necessidade de interpretar o princípio do desenvolvimento sustentável como uma norma que exige, também, o equilíbrio entre desenvolvimento econômico e exploração das áreas urbanas. Assim, o conceito de desenvolvimento sustentável como uma “política que não bloqueie o desenvolvimento econômico, porém com uma gestão racional e equilibrada dos recursos naturais, de forma que sua exploração atenda à necessidade presente sem exauri-los, ou comprometê-los, para as gerações futuras”<sup>10</sup> deve ser interpretado de forma a incluir não apenas a exploração racional dos recursos naturais, mas também a utilização racional do espaço urbano.

O inciso II do mesmo artigo vem reafirmar a aplicação do princípio constitucional-ambiental da participação<sup>11</sup> ao estabelecer como diretriz a “gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano”. Tais princípios passam a ser trabalhados com maior propriedade no capítulo seguinte.

#### **4. PRINCÍPIOS NORMATIVOS AMBIENTAIS E SUA APLICABILIDADE NO MEIO URBANO**

Comumente, o tratamento dado pela doutrina aos princípios considerava-os auxiliares, instrumentos de aplicação subsidiária do direito, tendo em vista que a atuação dependeria da ocorrência de lacunas<sup>12</sup>. Nesse sentido, os princípios atuariam na integração das normas tidas como insuficiente ou incompletas, tendo sido chamados ao longo do tempo de princípios gerais do direito<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> MUKAI, Toshio. O Estatuto da Cidade. Anotações à Lei 10.257, de 10-7-2001. São Paulo: Saraiva, 2001, p.05.

<sup>10</sup> 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, p. 195.

<sup>11</sup> Segundo Luís Roberto Gomes, “todos os esforços possíveis devem ser envidados para garantir a preservação ambiental e o Poder Público não conseguiria sem contar com a participação da coletividade”. O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa. O Controle da Omissão Estatal no Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 213.

<sup>12</sup> É válido lembrar o disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”, ressaltando, ainda, que os princípios aparecem como a última opção de integração.

<sup>13</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Limites e Possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004, p. 07.

No entanto, parece que a postura diante dos princípios sofreu uma modificação<sup>14</sup>, pois estes começaram a abandonar a função exclusiva de fonte subsidiária e passaram a ser considerados como espécie do gênero norma e, sobretudo, como uma imposição a ser seguida e respeitada, cuja integração e interpretação possuem algumas nuances próprias. Assim, os princípios começam a deixar de ter a juridicidade negada passando a integrar, de fato, o contexto constitucional.

A maior vitória dos princípios ao adquirirem o reconhecimento de sua juridicidade, foi sair do plano estritamente privado<sup>15</sup>, no qual eram reconhecidos apenas subsidiariamente, passando a exercer papel fundamental no direito público. Ou seja, elemento constitucional disponível para concretização da justiça, no caso ora em análise a justiça ambiental.

Nesse contexto de normatividade, o presente trabalho visa apresentar alguns dos princípios ambientais, os quais constituem normas, e, portanto, impõem um dever-ser<sup>16</sup> no que tange a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente. Sendo assim, os princípios a serem apresentados neste capítulo diferenciam-se daqueles intitulados princípios gerais do meio ambiente, em virtude de que não visam, apenas, instituir as diretrizes de atuação em torno do meio ambiente, mas sim obrigar determinados comportamentos.

Ressalta-se que os princípios a serem abordados a seguir são, comumente, utilizados no âmbito do direito ao meio ambiente natural, razão pela qual optou-se por analisar aqui sua aplicabilidade no âmbito do direito ao meio ambiente artificial, no intuito de demonstrar a obrigatoriedade destes dispositivos no que concerne à política urbana constitucionalmente adotada.

O primeiro desses princípios normativos é o do *acesso equitativo aos recursos naturais*, tendo em vista que a própria Constituição declara o meio ambiente como *bem de uso comum do povo*<sup>17</sup>, que representa, na verdade, a obrigação do direito ambiental de regular a utilização dos recursos naturais. Ou seja, o princípio do acesso equitativo consagra o direito à igualdade na utilização dos recursos, porém impõe ao direito ambiental o dever de regulamentar a referida utilização no intuito de evitar agressões ambientais desnecessárias e/ou inadmissíveis<sup>18</sup>. Portanto, tal princípio não permite a exploração ambiental desmedida<sup>19</sup>, o que seria de uma absoluta incoerência, tendo em vista que todo princípio tem por finalidade guiar determinada atuação, a qual jamais poderia ser, nesse caso, a degradação.

Todavia, a nomenclatura utilizada pela doutrina exclui, a primeira vista, a inclusão do meio ambiente artificial do âmbito de eficácia do referido princípio, o

<sup>14</sup> Daniel Sarmento identifica na crise do positivismo jurídico, uma das razões para a ascensão dos princípios. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004, p.78.

<sup>15</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004, p. 81.

<sup>16</sup> “A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser”. HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 15.

<sup>17</sup> Expressão utilizada no artigo 225 da Constituição Federal de 1988.

<sup>18</sup> Segundo Paulo Leme Machado “é preciso estabelecer a razoabilidade dessa utilização, devendo-se, quando a utilização não seja razoável ou necessária, negar o uso, mesmo que os bens não sejam atualmente escassos”. Direito ambiental brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 44.

<sup>19</sup> Nesse sentido, a Declaração de Estocolmo de 1972, em seu princípio 5, afirmou que “os recursos não renováveis do globo devem ser explorados de tal modo que não haja riscos de serem exauridos e que as vantagens extraídas de sua utilização sejam partilhadas a toda a humanidade”.

que pode ser solucionado a partir da interpretação que provoque a necessidade do dispositivo proteger também o acesso equitativo aos centros urbanos. Isto porque, quando a Constituição declara que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo não determina que o referido bem representa apenas sua vertente natural.

Assim, a doutrina poderia passar a utilizar a expressão acesso equitativo aos centros urbanos de forma que, o mesmo fundamento de igualdade presente na utilização dos recursos naturais deve permear a utilização e exploração das áreas urbanas. Ou seja, exige-se o compromisso de solidariedade para com as futuras gerações tanto no que diz respeito aos recursos naturais como também no que diz respeito à utilização dos espaços urbanos.

Ressalta-se, entretanto, que o acesso equitativo proposto por este primeiro princípio pretende uma utilização igualitária em longo prazo, ou seja, o acesso deve permitir a utilização dos recursos, naturais e artificiais, pelas futuras gerações<sup>20</sup>, o que também foi previsto pelo art. 225 da Constituição. Sendo assim, a utilização deve ser sustentável, permitindo a defesa do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado das gerações que ainda estão por vir<sup>21</sup>.

Para Luís Roberto Gomes, a sustentabilidade constitui um princípio, que foi por ele chamado de *princípio do desenvolvimento sustentável*<sup>22</sup>. Segundo o autor, o referido princípio foi consagrado pela Constituição quando esta previu o dever do Poder Público e da coletividade, de preservação ambiental em nome das presentes e futuras gerações. Mais uma vez é preciso destacar que o dever imposto pelo texto constitucional à coletividade e ao Poder Público refere-se a todas as formas de meio ambiente, inclusive o meio ambiente artificial.

Quanto ao *princípio da precaução*, o presente trabalho pretende defender sua dupla perspectiva, considerando-o tanto um princípio geral do direito ambiental, como também um princípio constitucional implícito<sup>23</sup>. Isto porque, diante do dever imposto à coletividade e ao Poder Público, de defender e preservar o meio ambiente (art. 225, *caput*, da CF), deduz-se o dever de agir com precaução<sup>24</sup>.

Assim como diante do dever de preservar os processos ecológicos essenciais, de preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país, de definir os espaços territoriais a serem especialmente protegidos, de exigir, diante de obra ou atividade potencialmente degradadora, estudo prévio de impacto ambiental, de controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco, de promover a educação ambiental e de proteger a

<sup>20</sup> MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito ambiental brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 45.

<sup>21</sup> A preocupação com o futuro envolve inclusive o problema da produtividade, pois "há a consciência, hoje, de que a degradação ambiental, além de seus reflexos ecológicos, interfere na produtividade e, até mesmo, em alguns casos, na própria viabilidade do empreendimento". BATISTA, Rosângela Pofahl. Água: perspectivas ambiental e agrária. In: LARANJEIRA, Raimundo. Direito agrário brasileiro. São paulo: LTr, 1999, p. 197.

<sup>22</sup> Princípios constitucionais de proteção ao meio ambiente. Revista de direito ambiental, ano IV, vol. 16, out./dez. 1999, p. 179.

<sup>23</sup> Nesse sentido, v. 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, p. 188.

<sup>24</sup> Esse dever de agir com precaução representa uma postura ética do Estado, diante do meio ambiente, na medida em que a decisão baseia-se em uma incerteza. HAMMERSCHMIDT, Denise. O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no direito ambiental. Revista de direito ambiental, ano VIII, nº. 31, jul./set. 2003, p. 145.

fauna e a flora<sup>25</sup>, como foi previsto nos incisos do parágrafo primeiro do art. 225, fica, também, posto o dever de precaução, mesmo que de forma implícita.

Cabe salientar que a definição de espaços territoriais a serem especialmente protegidos, como foi citado acima, pode destinar-se, também, a proteção de espaços urbanos, configurando mais uma forma de aplicabilidade dos princípios do meio ambiente à esfera ambiental urbana.

Entretanto, é sabido que mesmo diante de princípios como o da *precaução* e o da *prevenção*, os danos ambientais ocorrem, restando apenas, portanto, medidas de reparação. Sendo assim, o direito ambiental, amparado pela Constituição<sup>26</sup>, utiliza-se do *princípio da reparação* para exigir do poluidor que cumpra sua responsabilidade e repare os danos provocados, sejam eles danos causados ao patrimônio natural ou artificial. Ressalta-se, por fim, que o direito brasileiro prevê a responsabilidade objetiva para os danos ambientais, o que implica dizer que não é necessária a culpa<sup>27</sup> para estabelecer a responsabilidade.

Ainda no que concerne à normatividade dos princípios constitucionais e à aplicabilidade dos princípios ambientais à dimensão urbana do meio ambiente, convém ressaltar que, apesar da Constituição incluir o direito à propriedade dentre os direitos individuais, inclui também, dentre os mesmos direitos, a consagração do dever social daquele direito, sob a denominação de função social da propriedade. Isto posto, é possível perceber que o discurso da Constituição brasileira de 1988 não comporta ou não favorece o exercício de direitos sob a ótica estritamente individual, tendo em vista que ressaltou a quebra do paradigma individual-subjetivo presente em um dos mais fortes direitos liberais: a propriedade.

A propriedade privada e função social da propriedade<sup>28</sup> representam a união de duas normas constitucionais - ou representam um princípio constitucional que seria a propriedade voltada para a sua função social – em busca da consecução de uma finalidade. Esta seria o exercício do direito de propriedade de acordo com o que Vieira de Andrade denomina de dever de responsabilidade comunitária, em razão da solidariedade<sup>29</sup> estar atribuída aos direitos fundamentais<sup>30</sup> como um todo e não apenas a denominada terceira dimensão. Fala-se na construção de um direito constitucional altruísta, o que pode ser aqui aplicado sob a ótica da responsabilidade comunitária no âmbito da liberdade, a liberdade para o exercício do direito à propriedade. Assim, “a responsabilidade para com os outros é parte integrante

<sup>25</sup> Ressalta-se que as referidas incumbências do Poder Público representam, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 225 da Constituição, instrumentos para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente.

<sup>26</sup> Constituição Federal, art. 225, § 3º: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

<sup>27</sup> Lei 6938/81, art. 14 § 1º: “Sem obstar as penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”.

<sup>28</sup> Segundo Perez Luño, a função social da propriedade é um critério delimitador do conteúdo do direito à propriedade privada. V. Derechos humanos, estado de derecho y constitucion. Madri: Tecnos, 1999, p. 434.

<sup>29</sup> “Garante-se o direito de propriedade privada, vinculado a uma função social, cuja consequência importa na consecução de formas mais solidárias de participação dos cidadãos”. ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Direito de propriedade e meio ambiente. Curitiba: Juruá, 1999, p. 78.

<sup>30</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1998, p. 146.

da própria definição de liberdade, pelo fato de que não existe ação humana que não seja contemporaneamente um ‘responder’ a si mesmos, aos outros e a lei<sup>31</sup>.

Sendo assim, a idéia de propriedade como direito fundamental de primeira dimensão, oposto, portanto, às interferências do Estado e consagrador de liberdades individuais<sup>32</sup>, cede lugar a um direito também de propriedade, porém, envolvido pela perspectiva do dever e da solidariedade.

Entretanto, se entendida como direito liberal, de cunho exclusivamente individual, a propriedade afasta a possibilidade de uma limitação, estabelecendo-se, assim, um conflito de interesses. Porém, a Constituição ao apresentar no art. 3º, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil *a construção de uma sociedade livre, justa e solidária*, parece propor o comprometimento com o Estado Social e Democrático de Direito, permitindo, assim, uma visão também solidária<sup>33</sup> da propriedade. Ou seja, mais uma vez se afirma que o dever de solidariedade refere-se a todos os direitos fundamentais, independentemente de sua origem histórica ou dimensão, como preferem alguns.

Alguns autores chegam a identificar a necessidade da propriedade ser exercida em harmonia com o meio ambiente, como um princípio constitucional denominado de *função socioambiental da propriedade*. Seu enunciado seria que a propriedade “somente possa ser compreendida e cumprida quando, respeitado o interesse coletivo, estiver em consonância com a preservação do meio ambiente, em prol das presentes e futuras gerações”<sup>34</sup>.

Portanto, não cabe identificar a exigência de uma função social apenas em referência a produtividade desta propriedade ou de sua utilização efetiva, pois o exercício voltado para a defesa ambiental, inclusive em sua dimensão urbana, também representa o cumprimento constitucional da função social. Representa, também, o exercício do dever de solidariedade.

Ressalta-se que o Estatuto da Cidade no parágrafo único do art. 1º “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” e o Código Civil, em seu art. 1228, § 1º, afirma que

*“(...) o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com 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”.*

<sup>31</sup> CARDUCCI, Michele. Por um direito constitucional altruísta. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 51.

<sup>32</sup> “Os direitos individuais não devem mais ser entendidos como pertencentes ao indivíduo em seu exclusivo interesse, mas como instrumentos para a construção de algo coletivo. Hoje não é mais possível a individualização de um interesse particular completamente autônomo, isolado ou independente do interesse público”. BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a função social da propriedade. Revista de direito privado, vol. 7, jul./set. 2001, p. 73.

<sup>33</sup> Para Peces-Barba, apesar de a solidariedade ter feito parte dos ideais modernos propostos pela revolução francesa, ela parece não ter se desenvolvido de forma expressiva, pois foi congelada pela concepção individualista e egoísta. V. Curso de derechos fundamentales. Teoría general. Madri: Universidad Carlos III/Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 278.

<sup>34</sup> GOMES, Luís Roberto. O ministério público e o controle da omissão administrativa. O controle da omissão estatal no direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2003, p. 203.

Fica assim demonstrado que a interpretação sistemática<sup>35</sup> dos dispositivos acima referidos impõe também à propriedade urbana o dever de preservação ambiental. Portanto, no que diz respeito ao direito de propriedade, é preciso enxergar o velho com os novos olhos do Estado Social e Democrático de Direito.

## 6. ESTUDO DE CASO: SUSTENTABILIDADE URBANA SOLIDÁRIA NO PLANO DIRETOR DE CARUARU

O Plano diretor do município de Caruaru/PE promovido em Novembro de 2002 pelo Governo do Estado de Pernambuco, por meio da Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Social traz, logo em sua apresentação, as seguintes informações:

*“Este documento contempla um conjunto de diretrizes que balizarão o desenvolvimento urbano do município nas dimensões sócio-cultural, ambiental, econômica e urbana. São definidos e espacializados o Zoneamento Ambiental, as áreas de preservação, o Zoneamento do Núcleo Urbano e a estrutura viária”*<sup>36</sup>.

Percebe-se, assim, o intuito de promoção do desenvolvimento urbano planejado possibilitando a sustentabilidade do meio ambiente artificial a partir do controle das dimensões sócio-cultural, ambiental, econômica e urbana. Nesse sentido, o mesmo instrumento apresenta o referencial de dimensão urbana utilizada ao longo do Plano.

Relevante destacar também as diretrizes para a dimensão urbana apresentadas no Plano Diretor de Caruaru, são elas:

- Assegurar a preservação das peculiaridades locais, em especial o seu patrimônio histórico-cultural e ambiental;
- Promover a diversificação e equilíbrio de usos – residencial, comercial e de serviços – de forma a reduzir o deslocamento das pessoas, aproximando os locais de moradia, trabalho e atividades essenciais;
- Adotar padrões de expansão urbana compatíveis com os limites de sustentabilidade ambiental e com a capacidade de suporte da infra-estrutura básica;
- Reduzir os custos de urbanização, através da otimização dos investimentos e da orientação da ocupação urbana em áreas com infra-estrutura sub-utilizada;
- Implantar um processo de planejamento urbano flexível e de fácil percepção, apoiado em modelo urbanístico que responda às demandas e expectativas da população<sup>37</sup>.

Após apresentar as diretrizes para a dimensão urbana o Plano ressalta a importância de estabelecer-se “um sistema de gestão democrática do planejamento urbano articulado com a comunidade caruaruense, através da cooperação, da participação popular, e do compartilhamento de responsabilidades”<sup>38</sup>. Ou seja, ressal-

<sup>35</sup> “O Código Civil precisa ser estudado à luz da Constituição Federal”. GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo. Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 399.

<sup>36</sup> PLANO DIRETOR DE CARUARU. Governo do Estado de Pernambuco. 2002, p. 02.

<sup>37</sup> PLANO DIRETOR DE CARUARU. Governo do Estado de Pernambuco. 2002, pp. 17-18.

<sup>38</sup> PLANO DIRETOR DE CARUARU. Governo do Estado de Pernambuco. 2002, pp. 17-18.

ta o princípio constitucional-ambiental da participação inserindo-o na abordagem do meio ambiente artificial.

Por fim, cabe a este trabalho apresentar as recomendações realizadas pelo estudo do Plano Diretor do município de Caruaru no que diz respeito à dimensão urbana, mais especificamente no “território municipal”:

a) Promover melhorias no Sistema Viário Principal, visando maior integração das diversas áreas do município e a otimização do escoamento da produção e da circulação de mercadorias, bem como dos transportes coletivos;

b) Elaborar Plano de Desenvolvimento Sócio-econômico para o município visando a identificação e o incentivo ao crescimento de novas nucleações vinculadas à atividade econômica, em especial à produção de confecções;

c) Desenvolver traçado alternativo da Ferrovia Transnordestina, liberando o trecho urbano para uso por transporte coletivo<sup>39</sup>.

Em seguida foram apresentadas as recomendações para o “núcleo urbano”:

a) Elaborar normas urbanísticas básicas – parcelamento; uso e ocupação do solo; edificações; posturas e estética urbana – de modo a assegurar um referencial atualizado e integrado, em termos de contexto urbano para nortear a intervenção sobre o espaço por parte dos agentes privados e públicos;

b) Desenvolver ações articuladas visando o atendimento e a cobertura da área urbana por serviços de infra-estrutura (saneamento básico, pavimentação e iluminação pública);

c) Regulamentar as áreas especiais de interesse social, para normatização e gestão específica de áreas de favelas e loteamentos irregulares consolidados;

d) Elaborar Plano Setorial de Circulação e Transportes, tomando como premissa a utilização do trecho ferroviário urbano como corredor exclusivo de transporte coletivo;

e) Implantar plano de intervenções e melhoria no sistema viário;

f) Elaborar projeto de pesquisa e identificação de edifícios isolados de reconhecido valor histórico e cultural, visando a elaboração de legislação específica de preservação;

g) Elaborar planos e projetos específicos para as Zonas de Proteção Cultural, Ambiental, ZEIS e Zonas de Restrição do Aeroporto<sup>40</sup>.

Se bem analisadas as recomendações aqui transcritas perceber-se-á o envolvimento do ideal solidário em todas as propostas apresentadas. Isto porque, como já foi ressaltado anteriormente, a preservação ambiental propõe-se a resguardar o direito de gerações que ainda surgirão, incluindo-se nesta proposta o objetivo de, também, promover-se um ambiente urbano saudável para os que existem e para os que ainda não existem. Assim, a sustentabilidade, seja natural ou urbana, representa, no direito ambiental, a melhor forma de identificação da solidariedade na medida em que exige o compromisso individual para com um sujeito metaindividual: a humanidade, presente e futura.

<sup>39</sup> PLANO DIRETOR DE CARUARU. Governo do Estado de Pernambuco. 2002, p. 65.

<sup>40</sup> PLANO DIRETOR DE CARUARU. Governo do Estado de Pernambuco. 2002, p. 66.

## **7. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**7.1** A dimensão Social do Estado de Direito, fundamentado na igualdade material e aqui entendido também como um Estado de fundamento solidário, parece justificar uma atuação em nome da preservação ambiental, mesmo que para isso seja preciso estabelecer alguns limites e contornos no ordenamento jurídico;

**7.2** Tais limites possuem um âmbito de proteção que ultrapassam a preservação do meio ambiente natural, alcançando, também, o que comumente chama-se de meio ambiente artificial ou meio ambiente construído;

**7.3** A aplicabilidade dos princípios ambientais no âmbito do direito ao meio ambiente artificial carece de um fortalecimento, doutrinário e jurisprudencial, no intuito de efetivar a obrigatoriedade destes dispositivos no que concerne à política urbana constitucionalmente adotada;

**7.4** Tendo em vista a natureza difusa do direito ao meio ambiente, justificam-se as restrições sofridas pelo direito à propriedade, na medida em que esta assumiu, com a Constituição, um “caráter pluralizante”, devendo, assim, ser analisada não apenas sob a ótica de um direito subjetivo individual, mas também, sob o ponto de vista ambiental e por fim solidário.

# SÍTIOS E ESPAÇOS COMO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL: ANÁLISE A PARTIR DA LEI 14.406/2007 DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

*DAISY RAFAELA DA SILVA*

Mestre em Direitos Difusos e Coletivos - Unimes.  
Professora de Direito Ambiental Unisal/ Lorena-SP  
e Facic-Cruzeiro-SP. Professora Assistente da  
Pós-Graduação em Direito Ambiental Pucsp COGEAE

## 1. INTRODUÇÃO

O patrimônio cultural no século XX passou a ser tratado também sob seus aspectos imateriais por existirem bens portadores de referência à memória e identidade cultural, porém, intangíveis.

No plano internacional, com a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial<sup>1</sup> de 2003, a UNESCO passou a tratar da tutela dos bens intangíveis dotados de valores e caracterizadores da diversidade cultural da humanidade.

O Brasil foi pioneiro na tutela dos bens culturais imateriais, pois, três anos antes da sobredita convenção instituiu, com o Decreto 3.551/2000, o procedimento administrativo de registro e criou o Programa Nacional do Patrimônio Cultural Imaterial<sup>2</sup>.

Sob âmbito federal, até o presente momento catorze bens intangíveis foram registrados como Patrimônio Cultural Imaterial do Brasil pelo IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional)<sup>3</sup>. Dentre estes destacamos a Cachoeira do Iauaretê e a Feira de Caruaru inscritos no livro de registro de Lugares, considerados por tratarem-se de ambiente de manifestação ou vínculos imateriais.

A cidade de São Paulo é multicultural, sendo imprescindível a proteção do patrimônio cultural além do material. Neste sentido, o bairro do Bom Retiro é considerado como a “maior faceta” de “multiculturalismo em situação

---

<sup>1</sup> Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Imaterial. UNESCO. Documento MISC/2003/CLT/CH/14. Paris, 17 out. 2003. Disponível em: < [www.unesco.org](http://www.unesco.org) >

<sup>2</sup> IPHAN. Programa Nacional do Patrimônio Imaterial. Departamento do Patrimônio Imaterial. s./d.

<sup>3</sup> São eles: Ofício das Paneleiras de Goiabeiras, Arte Kusiwa Pintura Corporal e Arte Gráfica Wajãpi, Círio de Nossa Senhora de Nazaré, Samba de Roda do Recôncavo Baiano, Modo de Fazer Viola-de-cocho, Ofício das Baianas de Acarajé, Jongo no Sudeste, Cachoeira de Iauaretê Lugar sagrado dos povos indígenas dos Rios Uaupés e Papuri, Feira de Caruaru, Frevo, Tambor de Crioula, Matrizes do Samba no Rio de Janeiro: Partido Alto, Samba de Terreiro e Samba-Enredo, Modo artesanal de fazer Queijo de Minas, nas regiões do Serro e das serras da Canastra e do Salitre, Roda de Capoeira e Ofício dos Mestres de Capoeira.

urbana” pelo IPHAN cujo inventário foi cadastrado e até 2010 será registrado como Patrimônio Cultural Imaterial do Brasil<sup>4</sup>.

A presente tese trata da tutela do patrimônio cultural imaterial na cidade de São Paulo que instituiu, em 21 de maio de 2007, o Programa Permanente de Proteção e Conservação do Patrimônio Imaterial, pela lei municipal n. 14.406, com a finalidade de proteger e conservar o bem cultural imaterial que integra a identidade e a memória dos habitantes da cidade e a análise do lugar (sítios e espaços) por seus aspectos imateriais<sup>5</sup>.

Com fundamento no direito à memória, à cultura e o acesso ao patrimônio cultural imaterial o município de São Paulo passou a reconhecer bens culturais imateriais de valor à memória e identidade cultural da população, que tem origens dos diversos estados brasileiros e países.

## 2. PATRIMÔNIO CULTURAL E DIREITO URBANÍSTICO

Sobre a relação entre Direito do Patrimônio Cultural e Direito Urbanístico, CASALTA NABAIS (2004, p. 55) considerou:

*“o direito do patrimônio cultural tem importantes relações com o direito do urbanismo (...). Nomeadamente, as exigências da proteção do patrimônio cultural não podem deixar de ser tomadas em consideração pelo direito urbanístico, sobretudo o direito de construção quando se trate do patrimônio imobiliário ou patrimônio arquitectónico que tenha sido contemplado com medidas de proteção, particularmente quando tenha sido objeto de classificação.”*<sup>6</sup>

Neste sentido, o Brasil com o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), trouxe normas de ordem pública e interesse social, a fim de regular o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, assim como do equilíbrio ambiental, e, em seu artigo 2º ao tratar das diretrizes gerais para ordenar o pleno desenvolvimento da propriedade urbana, apresenta no inciso I a “garantia do direito às cidades sustentáveis, entendido como o 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” e no inciso XII a “proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico”

<sup>4</sup> Foi realizado o inventário, de cerimônias, lugares, equipamentos e formas de agir e pensar que fazem do bairro exemplo de miscigenação e variedade étnica. Desde 2004 os técnicos do IPHAN fizeram tal levantamento que inclui a Lembrança do Genocídio Armênio, a feira boliviana da Kantuta, e as procissões de Páscoa da Igreja Ortodoxa Grega. Conforme notícia veiculada pelo Jornal O Estado de São Paulo em 26/08/08. BRANDALISE, Vitor Hugo. Bom Retiro pode virar bem nacional. O Estado de São Paulo, São Paulo, 26, agosto, 2008. Disponível em : < [http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20080826/not\\_imp230715.0.php](http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20080826/not_imp230715.0.php)> Acesso em: 20 nov.2008

<sup>5</sup> Tratamos da tutela no âmbito federal na dissertação de mestrado intitulada “A tutela do Patrimônio Cultural Imaterial no Direito Ambiental Brasileiro”, defendida em 2007, sob orientação da Prof.ª Dra. Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida.

<sup>6</sup> NABAIS, José Casalta. Introdução ao Direito do Patrimônio Cultural. Coimbra: Almedina, 2004.

Como se observa, sob aspectos urbanísticos há implicações quanto à conservação e defesa dos bens culturais. Há, portanto, estreita relação entre a gestão urbana e cultural da cidade. Neste sentido, CASALTA NABAIS infere sobre a prevalência dos interesses culturais expressos nos vínculos impostos pelo direito do patrimônio cultural sobre os urbanísticos, quando os dois tipos de interesses aparentemente se apresentem em conflito, assim,

*“considerando que os interesses urbanísticos não constituem algo em si mesmo, mas um instrumento de concretização da disciplina integral do território, na qual não se podem deixar de estar compreendidos os valores ou bens ambientais e culturais, então impõe-se concluir que os interesses urbanísticos estão ao serviço dos interesses culturais, de modo que, em rigor, não estamos perante um verdadeiro conflito, perante um conflito real, entre interesses culturais e urbanísticos.” (Idem, p. 58)*

Para SAULE JR. (2007, p. 54) a função social da cidade “*compreende o acesso de todos ao direito à cidade para os atuais e futuros habitantes das cidades, considerando os componentes deste direito como a moradia, os equipamentos e serviços urbanos, transporte público, o saneamento básico, a cultura e o lazer*”<sup>7</sup>.

A cidade é o ambiente onde se concentram as práticas culturais coletivas, e na gestão da cidade inclui-se também proporcionar o acesso à sua produção, fruição, integração da população, destinação de espaços para a sua prática, reconhecimento dos espaços de referência à continuidade histórica do bem imaterial e sua relevância para a memória, à identidade e à formação da cultura, enfim, a autodeterminação cultural local.

O Município de São Paulo, com o Programa Permanente de Proteção e Conservação do Patrimônio Imaterial terá condições de proteger e conservar o bem cultural imaterial que integra a identidade e a memória dos habitantes da cidade. Fundando-se no direito acima exposto, a cidade de São Paulo, com a lei 14.406/2007, passa a reconhecer bens culturais imateriais dotados de valor à população que tem origens dos diversos Estados brasileiros e países.

## **2.1 Patrimônio Cultural Imaterial**

De acordo com o artigo 216 da Constituição Federal, compete ao Poder Público e à coletividade promovê-lo e preservá-lo pelos meios e formas de acautelamento, como se vê:

*§ 1.º 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.*

<sup>7</sup> SAULE JR., Nelson (org.). Direito Urbanístico: vias jurídicas das políticas urbanas. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2007.

Depreende-se com o exposto que o patrimônio cultural imaterial deve ser tutelado a fim de assegurar o acesso aos seus titulares, de modo a fazer permanecer e/ou fazer gerar o sentido do pertencimento no espaço no qual se vive, no reconhecimento da diversidade cultural local, no desenvolvimento da cidadania, no comprometimento do habitante no papel de munícipe e co-gestor da cidade. Daí a responsabilidade dos munícipes com as gerações futuras como princípio fundamental para a proteção deste bem, devendo-se assegurar a equidade de acesso e fruição entre as gerações aos bens culturais imateriais.

## **2.2 Proteção e Conservação do Patrimônio Cultural Imaterial: Manutenção e Continuidade da Sociodiversidade**

O patrimônio cultural imaterial é fonte de diversidade cultural, e sua existência é fator fundamental para o desenvolvimento sustentável da cidade<sup>8</sup>. Isto porque

*“O Patrimônio Imaterial é transmitido de geração em geração e constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade, contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana.”<sup>9</sup>*

Os bens culturais são fundamentais para a continuidade da sociodiversidade. Há, portanto, o denominado direito socioambiental às fontes de cultura.

Para Carlos Marés Souza Filho<sup>10</sup>,

*“os bens ambientais são todos aqueles que adquirem essencialidade para a manutenção da vida de todas as espécies (biodiversidade) e de todas as culturas humanas (sociodiversidade). Os bens ambientais podem ser naturais ou culturais, ou, se melhor podemos dizer, a razão da preservação há de ser predominantemente natural ou cultural, se tem como finalidade a bio ou sociodiversidade.” (2004, p. 68)*

Para Guimarães (2004, p. 57),

*“Afirmar que os seres humanos constituem o centro e a razão de ser do processo de desenvolvimento que seja ambientalmente sustentável no acesso e no uso de recursos naturais e na preservação da biodiversidade; socialmente sustentável na redução da pobreza e das desigualdades sociais e promotor da justiça e da equidade; culturalmente sustentável na conservação do sistema de valores, práticas dos símbo-*

<sup>8</sup> Conforme a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial.

<sup>9</sup> Conforme apresentação do IPHAN apresentado no site institucional ( [www.iphan.gov.br](http://www.iphan.gov.br)).

<sup>10</sup> O dano socioambiental e sua reparação. In FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (coord.). Direito Ambiental em Debate. v. 1. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004. p. 67-76.

*los de identidade que, apesar de sua evolução e de sua reatualização permanentes, determinam a integração nacional através dos tempos; politicamente sustentável ao aprofundar a democracia e garantir o acesso e a participação de todos nas decisões de ordem pública”<sup>11</sup>.*

Acerca dos bens que integram os bens socioambientais, Souza Filho (2002, p. 39) identifica-os como “*todos aqueles bens necessários à manutenção da biodiversidade e sociodiversidade, que compõem o meio ambiente ecologicamente equilibrado ou que sejam evocativos, representativos ou portadores de referência à memória de culturas e o conhecimento coletivo.*” Neste caso, o patrimônio cultural imaterial compõe os bens socioambientais por serem referência à memória e cultura coletiva, imprescindíveis à identidade cultural.

Em se tratando de São Paulo, uma cidade com tantas origens, é complexo tratar de sua identidade cultural<sup>12</sup>. Para Eduardo Bueno (2004, p. 20), a cidade enfrenta periódicas crises de identidade, e sobre a diversidade escreveu:

*“São Paulo foi e continua sendo resultado de um cruzamento e de uma colisão. Cruzamento de povos, cruzamento de culturas, colisão de idéias. Bem como, é claro, um cruzamento e uma colisão de caminhos. Justamente porque a permanente transitoriedade é o principal ponto de referência de São Paulo, a cidade que enfrenta periódicas crises de identidade.”<sup>13</sup>*

Diante destes cruzamentos e colisões, a lei n. 14.406/2007 apresenta a preocupação do Poder Público pela proteção e preservação para “além da pedra e do cal”. Traz o foco sobre a cultura imaterial paulistana e o a reconhece como riqueza. Com isto, há possibilidades de identificar, proteger e conservar os bens culturais imateriais, promovendo-se assim a gestão urbanística e cultural da metrópole.

### **3. O PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL DA CIDADE DE SÃO PAULO À LUZ DA LEI 14.406/2007**

O Registro é um instrumento de natureza preventiva que reconhece um bem cultural imaterial como patrimônio cultural imaterial previsto no §1.º do artigo 216 da Constituição Federal de 1988 regulamentado pelo decreto 3.551/2000<sup>14</sup> no âmbito federal e adotado pelo Município de São Paulo em 2007.

<sup>11</sup> Introdução ao Direito Socioambiental. In LIMA, André. O Direito para o Brasil Socioambiental. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 21-48.

<sup>12</sup> A exemplo, há uma confusão etnográfica sobre os primeiros habitantes da região de Piratininga. Segundo Benedito Prezia, “há influência indígena na formação da sociedade paulista que nem sempre é destacada”, e prossegue: “verificamos que os desregramentos dos paulistas não foram consequência apenas da miscigenação como indígena, mas sobretudo resultado da quebra dos padrões culturais desses povos e a implantação de uma sociedade onde a lei era o poder do mais forte” (grifamos). In Os nascimentos de São Paulo, p. 76.

<sup>13</sup> Os nascimentos de São Paulo. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

<sup>14</sup> PATRIMÔNIO IMATERIAL: O Registro do Patrimônio Imaterial: Dossiê final das atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial. Brasília: Ministério da Cultura/Instituto Nacional do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, 2003. 2 ed.

Registrar é uma “forma de reconhecimento das expressões de natureza imaterial que devem ser parte integrante do patrimônio cultural brasileiro, busca a valorização desses bens. E mais: estabelece o compromisso do Estado em documentar, produzir conhecimento e apoiar a continuidade dessas práticas sócio-culturais.”<sup>15</sup>

Com a Lei 14.406/2007, serão reconhecidos bens culturais como “Bem do Patrimônio de Natureza Imaterial da Cidade de São Paulo”.

Assim, com o reconhecimento desses bens, poderão ser implementadas as políticas públicas adequadas ao seu fomento, manutenção e continuidade. Fazendo-se a partir daí a sua proteção conforme o Programa Permanente de Proteção e Conservação instituído pelo artigo 1º da lei municipal em anexo.

Na esteira do conceituado no decreto federal 3.551/2000 o artigo 2º da lei municipal de São Paulo apresenta o patrimônio cultural imaterial como “constituído por bens de natureza imaterial tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade, de acordo com o art. 216 da Constituição Federal, nos quais se incluem: as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas”.

De acordo com o parágrafo 1º do artigo 3º da lei municipal a inscrição de bem cultural num dos Livros de Registro terá sempre como referência a continuidade histórica e sua relevância à memória, a identidade dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

As expressões culturais da cidade de São Paulo serão registradas de acordo com suas características num dos quatro livros previstos nos incisos I a IV do parágrafo 1º do artigo 3º do decreto, sendo eles:

*I - Livro de Registro dos Saberes, no qual serão inscritos conhecimentos e modos de fazer, enraizados no cotidiano das comunidades;*

Neste serão assentadas as práticas de determinados habitantes detentores de conhecimento de técnicas e de matérias-primas marcantes e identificadoras de determinado grupo social<sup>16</sup>.

*II - Livro de Registro das Celebrações, no qual serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, o entretenimento e outras práticas da vida social da cidade;*

As celebrações entendem-se como os ritos e festejos relacionados, em geral, à religiosidade, ao espírito cívico e calendário municipal que estão integrados à produção de sentidos específicos de lugar e de território na Cidade, a exemplo a Festa de São Genaro.

<sup>15</sup> IPHAN. Os sambas, as rodas, os bumbas, os meus e os bois: A trajetória da salvaguarda do patrimônio cultural imaterial no Brasil 1936/2006. Brasília: Departamento do Patrimônio Imaterial, 2006., p. 22.

<sup>16</sup> Ibid.mesma página.

*III - Livro de Registro das Formas de Expressão, no qual serão inscritas manifestações literárias, musicais, artísticas, cênicas e lúdicas;*

As Formas de Expressão entendem-se as formas não-linguísticas de comunicação associadas a determinado grupo social ou região da cidade. No momento destacamos as trovas do Largo São Francisco (Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo).

*IV - Livro de Registro de Sítios e Espaços, no qual serão concentrados e reproduzidas as práticas culturais coletivas.*

Quanto a este livro, entendemos que há a conexão entre o material e o imaterial, tratando-se dos espaços e sítios onde ocorrem práticas manifestações culturais, tanto cotidianas quanto excepcionais, que constituem referência para coletividade local. Nele serão inscritos os espaços de concentração e reprodução de práticas culturais coletivas, como “mercados, feiras, praças e santuários” são, por exemplo: espaços físicos portadores de referência coletiva nos quais se realizam celebrações ou praticam-se as mais variadas formas de expressão, onde se transmitem saberes ou se exercem diversos modos de fazer.<sup>17</sup>

Tem-se com este livro o olhar sobre os aspectos intangíveis que envolvem determinado lugar (espaço ou sítio) que são fundamentais para manifestações culturais coletivas. Deve-se preservar e conservar seus aspectos físicos não por seus atributos estritamente materiais, mas por ser base do que podemos designar como “sentido imaterial”.

Em se tratando de lugar (espaços ou sítios) reconhecido como patrimônio de natureza imaterial, não pode-se afirmar que o registro tem caráter meramente honorífico e não implica em maiores intervenções na propriedade privada..

Entendemos que há limitação ao direito de propriedade a partir do registro, para a manutenção e a continuidade de práticas culturais coletivas e defendemos o entendimento que, a partir do registro, o imóvel passa a ser especialmente protegido por ato administrativo e diante de quaisquer destruição, inutilização, deterioração ou degradação, é passível de se enquadrar as condutas humanas de acordo com os artigos 62, 63, 64 e 65 da lei de Crimes Ambientais( 9.605/98).

### **3.1 Procedimento de Registro em São Paulo**

O bem cultural imaterial, após decisão do Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo - CONPRESP, será inscrito num dos livros correspondentes e receberá o título de “Bem do Patrimônio de Natureza Imaterial da Cidade de São Paulo”.

<sup>17</sup> Conforme expusemos em “Patrimônio Cultural Imaterial – A tutela em face do Direito Ambiental Brasileiro”. In: MARQUES, José Roberto (org.). Leituras Complementares de Direito Ambiental. Salvador, BA: JusPODIVM, 2008. p. 76.

O pedido de abertura do processo de registro de acordo com a lei deverá ser sempre coletivo, como se observa em seu artigo 5<sup>o</sup><sup>18</sup>:

*São partes legítimas para provocar a instauração do processo de registro:*

*I - a Administração Municipal, por seus órgãos e colegiados;*

*II - as associações civis regularmente constituídas;*

*III - a população por subscrição mínima de 10.000 (dez mil) signatários.*

A parte interessada apresenta a proposta, com fins de Registro, instruída com documentação técnica (conforme artigo 7º da lei), que é encaminhada ao Presidente do Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo – CONPRESP para deliberação.

Outros bens que podem vir a compor o patrimônio cultural imaterial da cidade de São Paulo são: festas tradicionais, como a Nossa Senhora Achiropita, realizada no bairro do “Bixiga” e o Bauru, sanduíche criado em 1934.<sup>19</sup>

O artigo 1º e incisos II a VI da lei municipal trata das incumbências do poder público quanto ao bem registrado devendo-se apoiar e fomentar os Bens do Patrimônio de Natureza Imaterial registrados; criar condições para a transmissão dos conhecimentos a eles relacionados no âmbito do Município; criar incentivos para a promoção de uma rede de parceiros que possam contribuir para a realização dos objetivos do Programa; apoiar e fomentar a salvaguarda, o tratamento e o acesso aos acervos documentais e etnográficos, franqueando quando possível sua consulta a quantos dela necessitem; apoiar a realização de estudos e pesquisas relacionados ao tema do Patrimônio de Natureza Imaterial; desenvolver programas de educação patrimonial visando a valorização e difusão do Patrimônio de Natureza Imaterial.

O patrimônio de natureza imaterial registrado num dos livros, de acordo com o art. 6º da lei 14.406/2007, será reexaminado e relacionado em rol próprio a cada 10 (dez) anos, e, de acordo com seu parágrafo único, se negada sua reavaliação, mantém-se o registro do bem como “referência cultural de seu tempo”.

É fundamental a integração das ações do Poder Público para a defesa e valorização do patrimônio cultural imaterial da cidade e, mais, dar condições socioeconômicas aos habitantes para a continuidade da cultura.

A exemplo, a degradação dos lugares portadores de referência à identidade e memória traz o perecimento de um bem cultural imaterial imprescindível à cidadania cultural do munícipe. Isto ocorrendo, demonstrará o não atendimento da função social da cidade, de sua sustentabilidade e do não reconhecimento da pluralidade cultural como imprescindível à formação e existência da cidade.

<sup>18</sup> Reiteramos, conforme exposto em outros trabalhos, que, embora o Ministério Público não esteja elencado dentre aqueles que têm legitimidade para tal, não é afastada tal possibilidade em virtude de suas atribuições apresentadas na Constituição Federal de 1988.

<sup>19</sup> Fonte: <http://www.estadao.com.br/ultimas/cidades/noticias/2007/jun20/381.htm?RSS>. Acesso em 01.11.2007.

A degradação e perda altera o presente e impede o exercício do direito de acesso e fruição (material e intelectual)<sup>20</sup> aos bens culturais imateriais às gerações futuras, demonstrando-se aí a irresponsabilidade do Poder Público Municipal na Gestão Cultural da Cidade.

Assim, a característica dinâmica do bem cultural imaterial não pode ser confundida como fugaz, deve-se promovê-lo e evitar riscos de sua deterioração, destruição e desaparecimento.

Além disso, a perda do título implicará no encerramento do apoio, fomento, financiamentos de projetos e programas de desenvolvimento social, culturais e econômicos com fins de organizar a comunidade detentora do bem e dar-lhe condições de sustentabilidade; programas educativos, formação e capacitação, dentre outras medidas que podem decorrer a partir do registro.

#### **4. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**4.1** A lei municipal em análise tem por fim o respeito à memória coletiva e identidade local e são imprescindíveis, para assegurar às presentes gerações o direito de manifestar-se e acessar o Patrimônio Cultural Imaterial, dando-se possibilidades de se identificar, proteger e conservar os bens culturais imateriais, promovendo-se assim a gestão urbanística e cultural da metrópole.

**4.2** Os Sítios e Espaços registrados devem ser preservados e conservados não por seus atributos estritamente materiais (arquitetônico, estético ou paisagístico), mas por serem base do que designamos “sentido imaterial”, por suas estruturas imprescindíveis para a continuidade das práticas e atividades que abrigam.

**4.3** A partir do registro de sítios e espaços há limitações ao direito de propriedade, para a manutenção e a continuidade de práticas culturais coletivas.

**4.4** Defendemos o entendimento que, a partir do registro de sítios e espaços, o imóvel passa a ser especialmente protegido e diante de quaisquer deterioração ou degradação, enquadra-se nas as condutas tipificadas nos artigos 62, 63, 64 e 65 da lei n. 9.605/98.

**4.5** A degradação dos lugares (sítios e espaços) traz o perecimento de um bem cultural imaterial imprescindível à cidadania cultural do munícipe. Não há o cumprimento da função social da cidade, e não se reconhece pluralidade cultural como imprescindível à formação e existência da cidade.

---

<sup>20</sup> CASALTA NABAIS apresenta o direito de acesso à fruição sob dois aspectos: material e intelectual. O primeiro subdivide-se em direito de visita e direito de visibilidade, enquanto o segundo em direito ao conhecimento, à informação e à utilização do conteúdo cultural dos bens culturais. Op. Cit. p. 10, nota 3.



# **O IMPACTO URBANO-AMBIENTAL DO BIOCOMBUSTÍVEL NAS CIDADES DE PEQUENAS DIMENSÕES**

*EDSON RICARDO SALEME*

Doutor em Direito do Estado pela USP, Professor  
do Curso de Mestrado da Unisantos e da UEA

*MARDÔNIO DA SILVA GIRÃO*

Professor da Universidade Metodista de São Paulo,  
Mestrando em Direito Ambiental (Bolsista Capes)  
pela Universidade Católica de Santos

## **1. INTRODUÇÃO**

Na busca de novas soluções, a idéia de energias renováveis, como os biocombustíveis, é um dos caminhos que podem levar a alternativas sustentáveis. Contudo, há repercussões na sua produção geradoras de impacto urbanístico e ambiental, especialmente nas cidades de pequeno porte, que merecem reflexões a fim de viabilizar uma inserção da produção com cautela ambiental e respeito aos agentes e elementos envolvidos.

Por constituir-se em um fato relativamente novo no cenário mundial e de interesses governamentais das mais diversas espécies, os biocombustíveis tornaram-se populares nas discussões acadêmicas e empresariais. No Brasil, o incentivo para a utilização de biocombustíveis, com exceção do etanol (Proálcool), ainda é recente e paulatinamente são desenvolvidas e descobertas novas formas de produção de energia renovável.

Apesar de se considerar meios de diversas naturezas para a substituição eventual do petróleo, o tema mais focado é o biodiesel, extraído de óleos vegetais, como o dendê, mamona, entre outros, resultando em um combustível renovável, cujos fatores de poluição são relativamente baixos, se comparados ao diesel de origem mineral.

A expansão da demanda por combustíveis vegetais, principalmente o álcool, produzido a partir da cana-de-açúcar, trouxe a tona uma infinidade de argumentos polêmicos quanto ao desenvolvimento de sua produção. Independentemente de estudos científicos ou acadêmicos, as áreas reservadas à produção do biodiesel crescem e a área plantada vem aumentando nas áreas rurais dos diversos municípios brasileiros.

A expansão do agronegócio sucro-alcooleiro se consolida nas regiões sudeste e centro-oeste do país; graças à combinação de recursos naturais e tecno-

lógicos empregados na produção industrial, em escalas diferentes, porém, com retornos satisfatórios e atraentes para novos investidores promoverem a expansão das áreas plantadas. É uma forma diferenciada de desenvolvimento econômico gerando lucratividade atraente, motivo de preocupação de muitos estudiosos que imaginam a preferência de investimento neste setor àquele dirigido ao setor alimentício.

Neste diapasão, municípios localizados nas zonas produtoras, cujas terras se mostram interessantes aos negócios diretos e indiretos das atividades correlatas à cultura de vegetais componentes do biodiesel sofrem impactos das mais diversas naturezas. Isso sem contar com repercussões geradas a partir de seu processamento e transporte nas áreas envolvidas. Apesar de se mostrar, em um primeiro momento, benéficas às cidades em que se situam, há, por outro lado, externalidades negativas do processo, principalmente as relacionadas às questões ambientais e sociais.

As cidades pequenas, diferentemente das maiores, adequadas à presença de indústrias e atividades degradantes ao meio ambiente e à sociedade, ainda tornam-se reféns de poucas indústrias e detém um padrão de desenvolvimento insustentável comprometendo a qualidade de vida e a sustentabilidade urbana. Deixa para a população um legado de falta de perspectivas comprometendo a qualidade de vida, o que poderia ser o diferencial de tais cidades.

Este artigo pretende abordar algumas das principais conseqüências do *agro-business* geradoras de impacto nos municípios. A questão dos ganhos e perdas nesse negócio devem ser analisadas sob o aspecto humano e ambiental (sustentabilidade urbano-ambiental). O estudo se centrará não somente na produção e impacto local como também nas atividades acessórias de transformação, processamento e transporte, inclusive a questão das políticas públicas de incentivo e desenvolvimento dos biocombustíveis.

A abordagem aqui efetivada busca uma reflexão acerca de eventuais soluções ou atitudes a serem tomadas por autoridades públicas em geral, bem como pela própria sociedade civil organizada, a fim de promoverem um desenvolvimento adequado para suas respectivas cidades.

## 2. A CONTEXTUALIZAÇÃO

O Brasil tem contribuído no contexto internacional como colaborador no sentido de pesquisar saídas alternativas possíveis para a substituição de elementos poluentes, exatamente no momento em que a preocupação global volta-se na busca de soluções para o aquecimento global e substituição de combustíveis fósseis. Isso sem contar que possui tecnologias avançadas de produção que, apesar de envolver uma grande área agricultável, conta com baixo custo de produção e da propriedade (quando comparadas com as dos demais países), isso sem contar com o potencial energético aqui disponível.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> MELLO, E. B., et al. Visões Ambientais para o Financiamento de Biocombustíveis no Brasil. In: A Expansão da Agro-energia e seus Impactos sobre os Ecossistemas Naturais Brasileiros, 2007, Anais. Rio de Janeiro: BNDES, 26/05/2008.

O aumento de área plantada nas principais regiões produtoras do país reflete a euforia com a expansão do interesse internacional pelos biocombustíveis e, sobretudo o etanol produzido da cana de açúcar no Brasil. E é por isso que o país apresenta-se ao mundo como o destino para estes novos investimentos, a cana-de-açúcar ou outras culturas (soja, mamona, girassol, dendê, etc.), todas de natureza agro-energéticas.<sup>2</sup>

Já as cidades onde se instalam as respectivas usinas e unidades de processamento não são beneficiadas no mesmo ritmo que a atividade econômica contabiliza seus ganhos e avanços, arcando (as cidades) com os elevados custos sociais, ambientais e econômicos das externalidades negativas decorrente deste processo.

### 3. OS BIOCOMBUSTÍVEIS, O MEIO AMBIENTE E AS CIDADES

O que são os biocombustíveis? São consideradas fontes de energias renováveis, derivadas de produtos agrícolas como, por exemplo, a cana-de-açúcar, as plantas oleaginosas, a biomassa florestal e outras fontes de matéria orgânica. Os biocombustíveis, em alguns casos, podem ser usados isoladamente ou adicionados aos combustíveis convencionais já existentes. Como exemplos: o biodiesel, o etanol, o metanol e o carvão vegetal<sup>3</sup>.

O Biodiesel já ocupa lugar de destaca importância na agenda das políticas públicas nacionais, recebendo especial atenção.

Ainda que a primeira patente do biodiesel no mundo tenha sido registrada em 1980, por um professor da Universidade Federal do Ceará (UFC), somente em 2004 é que foi lançado oficialmente, pelo governo brasileiro, através do Programa Nacional de Produção e Uso do Biodiesel – PNPB<sup>4</sup>.

Sua introdução na matriz energética brasileira se deu com a Lei nº. 11.097/2005, que determinava a adição voluntária de 2% de biodiesel ao óleo diesel comercializado ao consumidor final até 2007. Já a partir deste ano (2008), essa adição de 2% passou a ser obrigatória. A mistura de 5% de biodiesel ao óleo diesel será voluntária no período de 2009 até 2012, passando a ser compulsória a partir de 2013.

Com todas as usinas em funcionamento o País deve cumprir as metas estabelecidas, segundo projeções oficiais, adicionando o biodiesel ao diesel comum<sup>5</sup>.

O uso de biodiesel em maior escala pode ser encontrado na Comunidade Européia. Desde a década de 70, seus Estados componentes estudam alternativas sustentáveis em máquinas agrícolas e no transporte rodoviário público e de cargas. A produção é oriunda de plantações específicas para fins energéticos. A

<sup>2</sup> ALVES, E., et al. Transformações da agricultura brasileira e pesquisa agropecuária. Cadernos de Ciência & Tecnologia, v. 22, n.1.

<sup>3</sup> LEITE, Rogério Cezar de Cerqueira; LEAL, Manoel Régis L. V. O biocombustível no Brasil. Novos estudos - CEBRAP N. 78, São Paulo, Julho de 2007.

<sup>4</sup> Programa lançado oficialmente no Brasil em 06 de dezembro de 2004, regulamentado pela Lei nº. 11.097/05, estabelecendo a obrigatoriedade do uso de biodiesel misturado ao diesel a partir de 2008.

<sup>5</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO. [www.anp.gov.br](http://www.anp.gov.br) Acesso em: 02 junho 2008.

Alemanha é a maior consumidora dessa forma alternativa de combustível; possui frota significativa de veículos leves, coletivos e de cargas e atualmente a oferta de biodiesel ultrapassa a marca de 1000 postos de abastecimento.

As vantagens do uso deste biocombustível são incontáveis, desde a redução dos gases de efeito estufa, e de outros poluentes atmosféricos, tais como o enxofre, além da redução do consumo de combustíveis fósseis.

O Biodiesel é biodegradável e atualmente tem sido alternativo ao diesel, criado a partir de fontes renováveis de energia, livre de enxofre em sua composição. Pode ser utilizado em motores diesel sem a necessidade de qualquer tipo de adaptação (caso o biodiesel esteja de acordo com normas de técnicas de qualidade)<sup>6</sup>, sem perda de desempenho e contribui para o aumento da vida útil do motor (pelo fato de ser um lubrificante melhor que o diesel de petróleo). É bem menos poluente que o diesel tradicional. Numa comparação, apesar de também não deixar de emitir CO<sup>2</sup> (e somente esse resíduo nocivo ao meio-ambiente), estudos apontam índices de emissão de CO<sup>2</sup> menores em até 80% em relação ao diesel tradicional. Essa talvez seja a maior vantagem apresentada por essa alternativa de combustível.

Por ser proveniente de matérias-primas renováveis (basicamente álcool e óleo vegetal ou gordura animal) e possuir queima limpa, a combustão do biodiesel gera menos poluentes que a combustão do diesel petrolífero.

O processo mais comum da produção de biodiesel faz-se por meio da reação de óleo vegetal ou gordura animal com um álcool. No Brasil, prefere-se o etanol; na Europa, a preferência recai sobre o metanol. Esse processo é conhecido na indústria por transesterificação. Ele pode ser feito com o óleo de diversas oleaginosas, como por exemplo, a soja, o pinhão-manso, o amendoim, o nabo forrageiro, o milho, o girassol e a canola.

Comprovou-se que a utilização de combustíveis fósseis influencia negativamente a qualidade e o equilíbrio do meio-ambiente. Duas situações ilustram esse problema: os altíssimos índices de poluição nas cidades, principalmente nos grandes centros urbanos, e o derramamento de petróleo nos oceanos. Ambos causam impacto significativo nos ecossistemas local e regional.

As altas emissões de monóxido de carbono (CO), óxidos de nitrogênio (NOX) e dióxido de enxofre (SO<sup>2</sup>), são apontadas como as principais causadoras das chuvas ácidas, comprovadamente prejudiciais às florestas, animais e lavouras. Além disso, tais combustíveis fósseis têm uma taxa extremamente alta de emissão de CO<sup>2</sup>, cujo fator está diretamente relacionado com o problema do efeito estufa e suas conseqüências, tais como, o aumento da temperatura global, o já falado derretimento das calotas polares, causando, também, o desequilíbrio ecológico, entre outros.

O que torna o biodiesel um combustível renovável é o fato de que todo o CO<sup>2</sup> emitido na queima no motor é capturado pelas próprias plantas e passa a ser utilizado por elas (as plantas) durante o seu crescimento e existência. Tais plantas

---

<sup>6</sup> No Brasil a Agência Nacional de Petróleo fixa as regras para o emprego e utilização do biodiesel.

podem ser utilizadas mais tarde como fonte para a produção de novos biocombustíveis. Por esse motivo, são chamados de energias renováveis.

O Brasil é reconhecido mundialmente pelo pioneirismo na introdução do etanol em sua matriz energética. Em 2003, os veículos bicombustíveis (Flex Fuel) foram lançados no mercado brasileiro e depois de cinco anos de existência, chegam atualmente a representar mais da metade das vendas de veículos novos.<sup>7</sup> Desde então, nota-se um aumento na demanda por etanol no mercado interno, o qual responde por quase a totalidade do consumo do produto fabricado no país. Tal aumento decorre principalmente do menor custo do álcool ao consumidor, quando comparado à gasolina, cujo preço está sujeito à instabilidade da oferta de petróleo no mercado internacional.

O Brasil, além de maior produtor e consumidor de etanol, é também o maior exportador no cenário global. Aliado ao crescimento das exportações brasileiras de açúcar, o cenário atual demonstra significativa expansão do setor sucroalcooleiro nacional nos últimos anos e as perspectivas promissoras do mercado interno e externo para esse biocombustível num futuro bastante próximo.

Sem dúvida, a necessidade de fornecer etanol para o mercado interno em expansão e para o mercado internacional, que anseia por fontes renováveis de energia, traz excelentes oportunidades para incrementos ainda maiores no crescimento do setor. Nos anos recentes, nota-se o aumento da produção de cana-de-açúcar e de seus produtos derivados, açúcar e etanol, tanto nas tradicionais regiões produtoras como em estados que representam novas fronteiras agrícolas para a cultura canavieira no Brasil.

Ambientalistas e organizações sociais alertam para o fato de que o biocombustível produzido em larga escala incentiva a monocultura, principalmente de soja e cana-de-açúcar; isso aumenta a dependência de agricultores a multinacionais do setor. Esse seja, talvez, o elemento introdutor de impacto ambiental, sobretudo nos municípios de pequenas dimensões empregados para a produção de biodiesel.

Para as cidades em crescimento o biocombustível apresenta-se não como uma ameaça, mas como um meio de alavancar sua economia e produção, evitando a evasão de munícipes para centros urbanos maiores e propiciando o aumento de renda sonhado para transformarem-se em um local economicamente significativo.

Essa situação gera a necessidade de se instituir políticas públicas voltadas aos interesses sociais, econômicos e ambientais mais relevantes frente a esta nova oportunidade que pode, de outra forma, apresentar-se como negativa sob o ponto de vista urbanístico ambiental.

A institucionalização de políticas públicas no âmbito nacional deve partir da União, nos termos preconizados pelo inciso IX do artigo 21 da Constituição Federal. Deve existir uma força tarefa ministerial envolvendo os Ministérios de Minas e Energia, das Cidades, da Agricultura entre outros, de forma a garantir que o setor do biocombustível não se torne concentrado e destruidor, como outros cultivos agrícolas.

---

<sup>7</sup> Dados apresentados pela Associação Nacional de Fabricantes de Veículos Automotores (ANFAVEA).

Partindo, em um segundo plano, para a iniciativa dos Estados, é certo a manifestação do órgão do Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA) capaz de opinar acerca da melhor situação das fazendas produtoras de vegetais a serem empregados para tal finalidade. Equipes técnicas devem ser destacadas com a finalidade de estudar os problemas da monocultura e do respectivo esgotamento do solo. Isso sem contar com problemas urbanos originários de uma eventual concentração de produtores. Será que essa situação já foi aventada pelas autoridades públicas?

#### **4. PROBLEMAS PROVENIENTES DA FALTA DE PLANEJAMENTO**

A falta de planejamento é a causa indubitável das invasões permanentes sofridas pelos principais centros urbanos e capitais neste País. A tardia promulgação do Estatuto da Cidade e criação de um Ministério, como o das Cidades, capaz de proporcionar suporte técnico adequado para cidades em crescimento, fez com que o Brasil apresentasse os problemas urbanos atuais e tenha que, em futuro breve, buscar novas formas de reurbanização.

Países com maior grau de maturidade social há muito se preocuparam com as permanentes agressões sofridas pelo meio ambiente decorrente do uso (queima) de combustíveis fósseis, cujo processo contribui significativamente para o aquecimento global e para a poluição nas cidades, principalmente nos grandes centros urbanos (capitais, com alto índice demográfico ou regiões metropolitanas). Isso não poderia passar incólume por nossas autoridades públicas. Certamente, o impacto dessas atividades deve marcar profundamente os municípios não equipados adequadamente para suportar o impacto das mesmas.

Devido à maioria das pessoas viverem em cidades, é necessário o aperfeiçoamento das políticas públicas, com o uso de instrumentos legais a fim de se equiparem de um instrumental técnico e humana capaz de avaliarem a questão do impacto ambiental do desenvolvimento dessas monoculturas em seus territórios. Em um primeiro momento, certamente, os municípios se regozijarão por serem os escolhidos a ingressarem no grupo de componentes que abrigará os agricultores e industriais voltados a indústria do biodiesel. Porém, não imaginam, em contrapartida, no esgotamento do solo, no aumento populacional sem planejamento e outros problemas relacionados ao incremento da atividade.

#### **5. IMPACTO DA PRODUÇÃO NO AMBIENTE CIDADINO**

A questão do planejamento tornou-se crucial para o pleno desenvolvimento da cidade e, sobretudo de seu desenvolvimento sustentável. Quanto a primeira vertente, ou seja, a de que o planejamento deveria ser a mola mestra para o desenvolvimento das cidades, não é novidade. Desde a década de 20, a experiência americana, firmada a partir dos anos 30, influenciou deveras nosso desenvolvimento urbano. O Plano Agache, no Rio de Janeiro e as idéias de Le Corbusier, a cidade passou a ser concebida entre algo que se situava entre a filosofia social e

a racionalidade técnica. Portanto, formas arcaicas de ocupação do solo cederiam lugar às reais necessidades urbanas. Nesse compasso, também foi importante a figura de Lucio Costa, o qual propôs a modernização da cidade em face de suas necessidades e peculiaridades.<sup>8</sup>

O crescimento da atividade de cultivo de cana-de-açúcar aquece o debate sobre as ameaças ao meio ambiente. Diversos setores sociais (autoridades, ambientalistas, estudiosos, Ministério Público e sociedade organizada) declinam e pregam a necessidade de medidas mais concretas para assegurar a expansão do negócio sem prejudicar ainda mais os recursos naturais e os ecossistemas.

A expansão do agronegócio, mais precisamente a atividade canavieira, é política pública que atropela a existência do Cerrado<sup>9</sup>. Os governos estaduais em consonância com as diretrizes nacionais favorecem o crescimento das atividades agrícolas orientadas para o mercado externo, argumentando emprego e renda em detrimento da sustentabilidade ambiental.

Com a interiorização das agroindústrias, a cidade sofre por ser suporte da atividade, e com isso, incha com o aumento populacional e fragiliza sua rede de micro-empresas que não tem poder de negociação com a potência econômica que se instala. Nesse sentido, o benefício pode estar perdendo (sendo menor) para o custo.

Como ficam as implicações desta expansão sobre as cidades, as quais, se reconfiguram como cidades de fronteiras que “nascem velhas”, reproduzindo modelos urbanos já conhecidos, revelando desde já os problemas da sociedade capitalista globalizada, presentes em regiões em que o direito à vida e à propriedade tem poucas garantias?

Nestas cidades, a existência da agroindústria é tida pela população como o motor econômico e dinamizador local. Não raro, as suas externalidades negativas são menosprezadas em detrimento do potencial benefício que sua presença garante.

Parece que o assunto, ainda, sem conclusões e pouco consensual no tocante aos benefícios e externalidades produzidas pelas monoculturas bioenergéticas, ainda deve incorporar mais uma variável, talvez mais importante que todas as outras, pois resulta destas. A questão da sóciobiodiversidade, extremante complexa, cuja dimensão é a inter-relação de questões ambientais, econômicas, sociais, biológicas, culturais, religiosas entre tantas outras.

A expansão da monocultura aumenta a demanda por energia, água e terra, por conseguinte, diminui espaços já conquistados pela agricultura familiar; isso redundando na diminuição dos serviços relacionados ao agronegócio, tais como, a topografia, os projetos, os veterinários etc., bem como, reduz o comércio local de verduras, de produtos da agropecuária etc.

---

<sup>8</sup> QUEIROZ RIBEIRO, Luiz César de e CARDOSO, Adauto Lucio (organizadores e autores). Plano diretor e gestão democrática da cidade. In Reforma Urbana e gestão democrática: promessas e desafios do Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro: REVAN: FASE, 2003, p. 103-105.

<sup>9</sup> O Cerrado é um dos biomas do Brasil, presente, predominantemente, nos estados de Minas Gerais, Goiás, Tocantins, São Paulo, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Piauí, Bahia, Maranhão, dentre outros, com atividade de cultura intensiva de cana.

A cidade, por sua vez, não tem como deixar de impactar-se negativamente em termos sociais e ambientais; isso pode ir desde a diminuição da arrecadação de impostos, perda da capacidade de investimento, aumento da violência entre outros relacionados à própria perda da identidade cultural.

Nessa dinâmica, as posturas tomadas pelos países europeus devem servir de modelo no que tange à questão sócio-ambiental, sobretudo no que se refere ao aumento das indústrias no meio ambiente urbano e rural e do impacto sofridos pelas comunidades (sociedade) que convivem com esta atividade.

Se por um lado, a presença das agroindústrias pode ser considerada benéfica, devido ao crescimento econômico, por outro, as cidades podem perceber tardiamente que não houve planejamento adequado capaz de salvaguardar os interesses mais básicos da população residente. Nesse sentido, há trabalhos e pesquisas demonstrando que a modernização da agricultura teve efeito negativo sobre a oferta de trabalho, as cidades e, também, sobre o meio ambiente.

Percebe-se exatamente em pequenas cidades uma ambição desmesurada por parte de seus dirigentes, incapazes sequer de buscar uma opinião técnica capaz de descortinar as conseqüências daquela atividade em um futuro próximo. Isso sem contar com a conseqüente submissão dos dirigentes e comunidade local à potência econômica que ali se instala.

O Município tem a responsabilidade de produzir um zoneamento ambiental de maneira metodológica e íntegra de forma a resultar na confecção de uma lei de ocupação do solo que venha a prever os possíveis empreendimentos a serem instalados sob seu território. As características ambientais do município devem ser discriminadas em relatório preliminar de forma a discriminar áreas próprias aos diversos usos que se quer efetivar. Áreas destinadas aos grandes empreendimentos agrícolas ou mesmo mantidos como preservação permanente, aos loteamentos residenciais são alguns que devem estar plenamente identificados por meio do zoneamento municipal.

O planejamento tornou-se instrumento de vital importância para a ação planejada de autoridades públicas, sobretudo as municipais. O prefeito deve possuir um plano de ação que se coadune com o planejamento local (plano diretor), a leis orçamentárias e o plano plurianual. Deve igualmente considerar a lei orgânica local. E, como bem afirmou José Afonso da Silva, “esses instrumentos, coordenados com o plano diretor, na verdade, funcionam, também, como instrumentos de execução deste.”<sup>10</sup>

A destinação em determinada região municipal como área reservada à instalação de empreendimentos agropecuários ou mesmo indústrias deve levar em conta o maior ou menos grau de impacto ambiental que aquela atividade pode produzir na região demarcada.

As zonas podem ser diferenciadas de acordo com os potenciais de adensamento e levando em consideração a preocupação com preservação e proteção

<sup>10</sup> SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 148.

ambiental, histórica, paisagística ou mesmo arquitetônica. Assim, devem-se demarcar áreas de:

*Preservação Ambiental* – sempre com vistas à preservação e recuperação de ecossistemas afetados, com o objetivo de mantê-los como espaços necessários ao refúgio da fauna e flora, isso sem contar com a proteção aos mananciais e nascentes.

*Adensamento restrito* – área reservada pelo município devido à falta de equipamentos urbanos capazes de suportar um adensamento populacional. Portanto, desestimula-se a ampliação de espaços urbanos nesses locais

*Proteção* - ocupação restrita a fim de manter a proteção a algum aspecto ambiental, paisagístico, arqueológico.

Não há dúvidas de que a lei de zoneamento ambiental deve ser lavrada com base no plano diretor, cuja existência seria indispensável para os municípios que desejam abrigar empreendimentos vultuosos em seu território.

Aqui surge uma questão: até que ponto, então, o desenvolvimento da industrialização agropecuária enquanto movimento de interiorização da riqueza, está contribuindo positivamente para o crescimento dessas regiões? Crescimento no que concerne ao acesso à educação, cultura ou como manifestação da cidadania?

O município que abriga empreendimentos de porte considerável deve estar apoiado em planejamento capaz de prever o impacto dos mesmos ao longo dos anos. Não deve ser algo imediatista, de forma a opinar em curto prazo acerca dos resultados operacionais em termos de crescimento sustentável. As autoridades públicas não podem se afastar do bom senso e do critério do bom administrador, sobretudo obedecendo aos preceitos do Estatuto da Cidade, cuja inobservância pode lhes acarretar uma responsabilização por improbidade.

## 5. A SUSTENTABILIDADE MUNICIPAL

A sustentabilidade municipal é alcançada na medida que o município é capaz de gerar uma sustentabilidade adequada em seu território, minorar a degradação e o impacto antrópico, reduzir a desigualdade social e prover os habitantes de condições básicas de vida, bem como de um ambiente construído saudável e seguro, e ainda de construir pactos políticos que permitam enfrentar desafios presentes e futuros.

Sobre essa questão, destaca-se que, para ser considerada sustentável, não é suficiente que confira a seus habitantes condições ambientais equilibradas, mas que o faça mantendo baixos níveis de externalidades negativas sobre outras regiões e sobre o futuro<sup>11</sup>. Isso implica atentar não apenas para a escala local da sustentabilidade, mas, também, para a escala regional, constituída pelas relações com o entorno, e a escala global, constituída pelos impactos sobre questões globais como efeito estufa e por questões relativas aos impactos agregados sobre o planeta.

<sup>11</sup> BRAGA, T. M., et al. Índices de sustentabilidade municipal: o desafio de mensurar. Nova Economia, Belo Horizonte, v.14, 2004, p. 33.

Os municípios que têm recebido e que irão receber usinas são pequenos, e possuem nas atividades industriais e na prestação de serviços suas maiores fontes de emprego e parcela considerável de suas economias oriundas do setor de serviços.

Importante sublinhar que o índice de pressão antrópica é uma combinação de dois fatores que se associam para promover a degradação ambiental: pessoas e atividades agropecuárias. Dessas duas, a que mais concorre para a elevação do índice é a variável agropecuária que vem aumentando significativamente nos últimos anos.

Não se pode afirmar que apenas a presença do agronegócio sucro-alcooleiro ou da pecuária nas cidades sejam as variáveis que contribuem decisivamente para que estas sejam (in) sustentáveis ou caminhem para tal situação. Porém, tanto no tocante a atender os direitos (ambientais e humanos) básicos da população, quanto na questão social é importante que haja um esforço dos governantes no sentido de promover condições de minimizar os impactos das constatações do estudo.

Correto está Bernardes ao expor que o detalhamento dos planos é importante para os que devam implementar as políticas de desenvolvimento urbano nas cidades, “pois devem entender de maneira correta os dispositivos e objetivos inseridos na lei e formatar adequadamente os instrumentos passíveis de implantação em seus municípios.”<sup>12</sup>

## **6. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**6.1** Para uma boa governabilidade deve haver necessariamente o envolvimento da sociedade como um todo, isso sem contar com a civil organizada (governança local e regional); esses são fatores indissociáveis na gestão ambiental municipal bem sucedida.

**6.2** Há ações simples e possíveis de serem efetivadas pelos governantes e pela sociedade civil, que podem exigir das agroindústrias, como o respeito pela legislação ambiental, mormente ao respeito ao zoneamento ambiental do município que deve, de qualquer forma, ser implementado.

**6.3** É possível minimizar o impacto urbano-ambiental com medidas relacionadas ao princípio da precaução como o uso de defensivos e recursos hídricos, o monitoramento e comunicação de níveis de contaminação de córregos e rios, a limpeza urbana e a instalação de filtros anti-poluição em suas chaminés.

**6.4** O planejamento e desenvolvimento urbano-ambiental, com aplicação do Plano Diretor respectivo, as cidades alcançam ganhos sócio-econômico-ambientais

<sup>12</sup> BERNARDES, Cláudio. Plano diretor estratégico, lei de zoneamento e atividade imobiliária em São Paulo. São Paulo: O Nome da Rosa, 2005, p. 17.

<sup>13</sup> Governança constitui-se no processo em que as sociedades buscam solucionar seus problemas.

a partir do compromisso em reduzir as emissões de gases lançados na atmosfera, a eliminação da queima da cana, o compromisso em priorizar o comércio local, a população local e os serviços locais, ainda que, para isso, se tenha que fazer investimentos em capacitação e treinamento.

**6.5** Outras ações de natureza corretivas, com o objetivo de minimizar o impacto urbano-ambiental com o desenvolvimento dos biocombustíveis, devem ser implementadas em parceria entre os governos e as empresas, desde o reflorestamento e revitalização de nascentes e matas ciliares, passando pela instituição de um complexo sistema de monitoramento ambiental que permita mensurar os avanços e os fracassos.

**6.6** Para se concretizar algumas das ações aqui apontadas será necessário o esforço conjunto envolvendo Executivo e Legislativo, criando ou mesmo recriando as leis de uso do solo, a lei orgânica e o plano diretor, os conselhos que tratem de meio ambiente, bem como, o aparelhamento da fiscalização e controle das atividades agropecuárias existentes.

**6.7** Na condição de processos de construção, é muito viável a criação de grupos de estudos e de pesquisas, bem como a instituição de organizações de desenvolvimento locais ou mesmo parcerias com unidades escolares e universidades locais com capacidade de identificar e construir juntos soluções para as demandas da população e para o mercado.

**6.8** Como ferramenta essencial, é importante a instalação de um fundo de projetos sociais e ambientais a serem geridos por instituições consideradas idôneas, para se obter pequenas soluções para grandes problemas.

**6.9** As pequenas cidades não devem tornar-se celeiros das grandes negócios; devem proteger seu território de maneira a encontrar a solução que alcance de forma mais ajustada os referenciais de desenvolvimento sustentável. Esse referencial deve ser proposto por equipe técnica especializada, capaz de prever em longo prazo os efeitos da política sem precaução ou prevenção das atividades poluidoras ou potencialmente nefastas ao meio ambiente.



# **AVALIAÇÃO AMBIENTAL INTEGRADA COMO SUBSÍDIO À ELABORAÇÃO DOS PLANOS DIRETORES DOS MUNICÍPIOS: O CASO DE EMBU, SÃO PAULO<sup>1</sup>**

*MSC. ELAINE RODRIGUES*

Administradora, Pqç. Instituto Florestal, SMA/SP

*DR. ALEXSANDER ZAMORANO ANTUNES*

Biólogo, Pqç. Instituto Florestal, SMA/SP. E-Mail

*MSC. ISABEL FERNANDES DE AGUIR MATTOS*

Geógrafa, Pqç. Instituto Florestal, SMA/SP

*ESP. MARIA APARECIDA SALLES RESENDE*

Especialista Dir. Amb., Analista Ambiental.

Fundação Florestal, SMA/

## **1. INTRODUÇÃO**

Os Planos Diretores dos municípios constituem imposição legal<sup>2</sup>, com prazo definido para sua elaboração, embora o corpo técnico de especialistas em questões ambientais seja ainda insuficiente. Com a rápida urbanização e o crescimento desordenado, em especial nas grandes cidades, ampliam-se os impactos significativos e até mesmo irreversíveis no ambiente natural, cuja conservação da função ecológica constitui um dever constitucional do poder público<sup>3</sup>, em todas as esferas.

A avaliação integrada dos aspectos ambientais locais, considerando seus componentes bióticos, abióticos e antrópicos é indispensável para o ordenamento territorial no âmbito da elaboração do Plano Diretor Municipal. As alterações provocadas pelo homem no ambiente devem ser avaliadas, assim como é necessário conhecer a capacidade dos ecossistemas em absorver estas alterações, a carga das atividades econômicas e sua relevância na organização do espaço.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Relatório Técnico "Avaliação Integrada de Remanescentes Florestais de Embu-SP", IF, 02/2006.

<sup>2</sup> BRASIL. Lei Federal n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 11 jul. 2001. Seção 1.

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Emenda Constitucional n. 52, de 08 de março de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, 09 de mar. de 2006. Art. 225, 1988.

<sup>4</sup> LOMBARDO, M. A., Qualidade ambiental e planejamento urbano. In: Ribeiro, W. C. (org.) Patrimônio Ambiental Brasileiro. São Paulo: Ed. USP: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004.

O processo de crescimento urbano realizado de forma caótica na região metropolitana de São Paulo, teve como resultado a supressão da maior parte de sua vegetação. Estando os maiores e mais numerosos remanescentes localizados principalmente nas áreas de encosta da Serra do Mar.<sup>5</sup> Fragmentos significativos também são encontrados nas regiões periféricas, principalmente nas cabeceiras e áreas de proteção aos mananciais.<sup>6</sup> Esse processo trouxe implicações importantes a diversas características ambientais, como a piora da qualidade do ar e da água, a má utilização e conservação dos mananciais e a grande redução das áreas verdes.<sup>7</sup>

O município de Embu situa-se a oeste da região metropolitana de São Paulo e faz parte da Reserva da Biosfera do Cinturão Verde da Cidade de São Paulo (RBCV). 59% da área do município encontram-se em Áreas de Proteção aos Mananciais, mais especificamente na sub-bacia do rio Embu-Mirim, um dos principais contribuintes da Represa Guarapiranga, que abastece cerca de três milhões de habitantes. Abrangendo ainda, as sub-bacias dos rios Cotia e Pirajussara, todos pertencentes à bacia do Alto-Tietê<sup>8</sup>. No contexto regional, o município de Embu faz parte do entorno da Reserva Florestal do Morro Grande<sup>9</sup> ressaltando a importância da vegetação nativa nessa região.

A área estudada situa-se na divisa com Cotia e Itapeverica da Serra onde é encontrada a maior parte da vegetação nativa do município de Embu e faz parte da Zona de Desenvolvimento Urbano (ZDR) do Plano Diretor Municipal, na qual a combinação de usos rurais e urbanos é definida pela baixa densidade populacional, distribuída em grandes propriedades, chácaras e condomínios residenciais horizontais<sup>10</sup>.

Para a ZDR são estimuladas as atividades ligadas ao turismo, serviços de baixo impacto ambiental e vilas agrícolas em áreas adequadas para o cultivo. No entanto, no ano de 2006, houve pressão para alterar o Plano Diretor do município (projeto de lei complementar nº 01/2006) de forma a permitir a ocupação de glebas nessa região, com estímulo às atividades industriais, de armazenamento e de comércio e serviços, pondo em risco a manutenção dos fragmentos florestais remanescentes.

Em muitos municípios brasileiros o processo de conversão do ambiente rural em urbano ocorre de forma desordenada e sem planejamento, resultando na instalação de

<sup>5</sup> MITTERMEIER, R. A.; MITTERMEIER, C. G.; MYERS, N.; ROBLES Gil, P. 1999. Hotspots: earth's biologically richest and most endangered terrestrial ecoregions. CEMEX, Conservation International, Agrupacion Sierra Madre, Ciudad Mexico.

<sup>6</sup> CATHARINO, E. L. M.; BERNACCI, L. C.; FRANCO, G. A. D. C.; DURIGAN, G.; METZGER, J. P. Composição e riqueza do componente arbóreo das florestas do Morro Grande, Cotia, SP. (submetido).

<sup>7</sup> MAGLIO, I. Uma abordagem ambiental na elaboração do plano diretor: lições aprendidas no plano diretor estratégico de São Paulo – PED 2002-2012. In: Caminhos do Rio Tietê: Perspectivas Ambientais para os Rios de Suzano. Prefeitura Municipal de Suzano. Secretaria Municipal de Política Urbana, Suzano, SP. 2005, p. 34-39.

<sup>8</sup> PREFEITURA MUNICIPAL DE EMBU. A cidade: aspectos físicos e condições naturais. Disponível em: <http://www.embu.sp.gov.br> (último acesso em 16/01/2006). 2006

<sup>9</sup> METZGER, J.P., ALVES, L.F., GOULART, W., TEIXEIRA, A.M.G., SIMÕES, S.J.C. & CATHARINO, E.L.M. Uma área de relevante interesse biológico, porém pouco conhecida: a Reserva Florestal do Morro Grande. *Biota Neotrop.* 6(2): <http://www.biotaneotropica.org.br/v6n2/pt/abstract?article+bn00206022006> (último acesso em 10/05/2007). 2006.

<sup>10</sup> PREFEITURA MUNICIPAL DE EMBU. 2003. Lei Complementar n.72, de 23 de Dezembro de 2003. Dispõe sobre o plano diretor do Município de Embu, estabelecendo os objetivos, diretrizes e estratégias das políticas públicas municipais e as diretrizes gerais da política de desenvolvimento urbano e rural e dá outras providências. [http://www.leismunicipais.com.br/cgi-local/geraimg2.pl?numero=72&ano=2003&cidade=Embu&estado=SP&tipo=c&plchvtxt=&cod\\_resol=2](http://www.leismunicipais.com.br/cgi-local/geraimg2.pl?numero=72&ano=2003&cidade=Embu&estado=SP&tipo=c&plchvtxt=&cod_resol=2) (último acesso em 12/09/2007).

empreendimentos que muitas vezes diminuem a qualidade de vida da população local ou comprometem a qualidade do ambiente. Para a flora e fauna silvestre, a expansão de uma zona urbana quase sempre resulta em perda de habitats, já que a vegetação nativa é eliminada ou fragmentada e os remanescentes do processo de ocupação passam subitamente a sofrer maior pressão antrópica<sup>11</sup>. A situação agrava-se quando a expansão urbana atinge a zona de amortecimento de unidades de conservação, onde as atividades humanas estão sujeitas a normas e restrições específicas, com o propósito de minimizar os impactos negativos sobre a unidade.<sup>12</sup> Considerando a forte pressão antrópica sobre a vegetação remanescente de Embu e sua proximidade com uma importante unidade de conservação, o presente trabalho teve como objetivo analisar a Avaliação Ambiental Integrada enquanto ferramenta para a elaboração dos planos diretores municipais, discutindo as possíveis decorrências de uma política de ordenamento territorial desenhada de maneira fragmentada e empírica. Espera-se assim contribuir para a formulação de políticas públicas que conciliem o desenvolvimento dos municípios com a conservação da biodiversidade e com a qualidade ambiental.

## 2. MATERIAIS E MÉTODOS

A área deste estudo situa-se na zona oeste do município de Embu e compreende o local indicado para a implantação de um Corredor Empresarial, ao longo da Avenida Maria José Ferraz Prado e seu entorno (Figuras 1). O município de Embu localiza-se na sub-região oeste da região metropolitana de São Paulo (23°39'05" S; 46°51'05" O), em altitudes variando de 736 a 936 m. O clima é tipo "C" (Köppen), subtropical ou mesotérmico de latitudes médias com chuvas abundantes no verão e temperatura média anual de 17,5° C.<sup>13</sup>

A região de Embu compreende as unidades geomorfológicas da Província do Planalto Atlântico, Zona do Planalto Paulistano e Morraria do Embu. O relevo subdivide-se em três porções de Morraria, com características morfológicas distintas: os morros paralelos na porção oeste, os morretes alongados e paralelos na porção leste e os relevos de agradação, do sistema de Planícies Aluviais. A vegetação do município é classificada como Floresta Ombrófila Densa Montana<sup>14</sup>.

A transição climática resulta numa faixa de "transição florística" que permite considerar as florestas da região como ecotonais, diferenciadas tanto das estacionais semidecíduais típicas do interior como das florestas ombrófilas da en-

<sup>11</sup> SANTIN, D.A. A vegetação remanescente do município de Campinas (SP): mapeamento, caracterização fisionômica e florística, visando à conservação. Tese de Doutorado, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1999; KOTCHE-TKOFF-HENRIQUES, O. Caracterização da vegetação natural em Ribeirão Preto, SP: Bases para conservação. Tese de Doutorado, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2003; SANTOS, K. Caracterização florística e estrutural de onze fragmentos de mata estacional semidecidual da área de proteção ambiental de Souza e Joaquim Egídio, Campinas – SP. Tese de Doutorado, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2003.

<sup>12</sup> BRASIL. Lei Federal nº 9985, de 18 de julho de 2000. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC). Disponível em: <http://www.redegoverno.gov.br/default/Cab.asp?idservinfo=32221&url=http://www.mma.gov.br/port/sbf/dap/leisnuc1.html> (último acesso em 12/09/2007)., 2000.

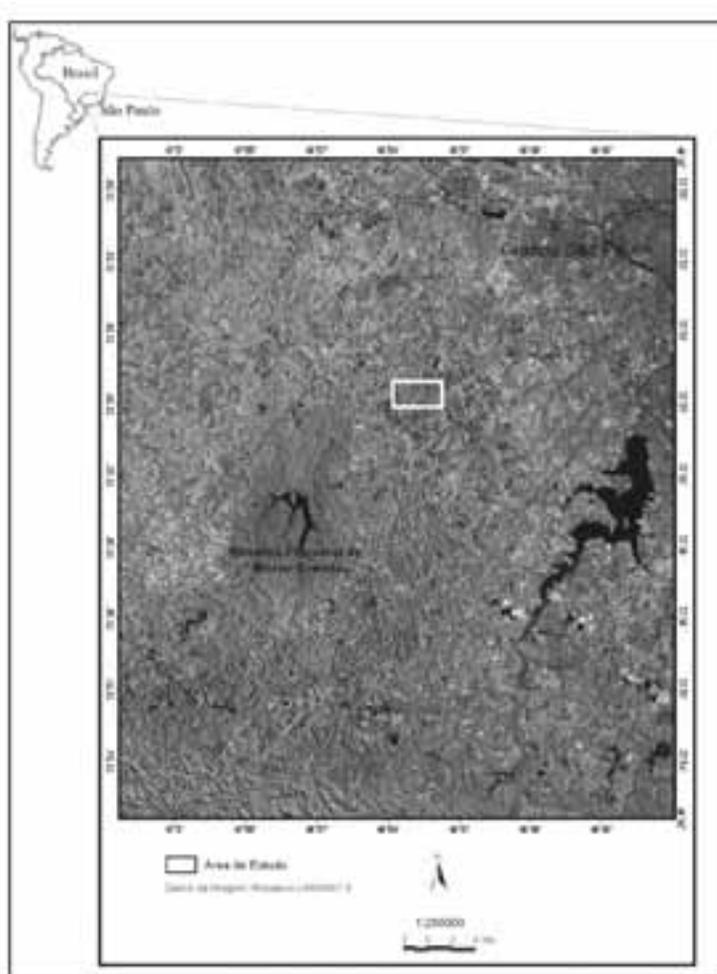
<sup>13</sup> Prefeitura de Embu, 2006. <http://www.embu.sp.gov.br/cidade/clima.htm> (acesso em 16 de janeiro de 2006).

<sup>14</sup> KRONKA, F.J.N., NALON, M.A., MATSUKUMA, C.K., KANASHIRO, M.M., YWANE, M.S.S., PAVÃO, M., LIMA, L.M.P.R., GUILLAUMON, J.R., BAITELLO, J.B. & BARRADAS, A.M.F. Inventário Florestal

<sup>da</sup> Vegetação Natural do Estado de São Paulo. Imprensa Oficial, São Paulo, 2005.

costa, embora floristicamente sejam mais próximas destas últimas. Assim, considerou-se os fragmentos visitados da região de Embu como pertencentes à Floresta Ombrófila Densa Montana com elementos de Floresta Estacional Semidecidual (Transição Floresta Ombrófila Densa/Floresta Estacional).<sup>15</sup>

**Figura 1** - Mosaico da imagem LANDSAT 7 1995-1998 com a localização da área de estudo no contexto regional, com destaque para a Reserva Florestal do Morro Grande e a região metropolitana de São Paulo.



<sup>15</sup> FRANCO, G.A.D.C. ; SOUZA, F.M. ; IVANAUSKAS, N. M. ; MATTOS, I. F.A. ; BAITELLO, J.B. ; AGUIAR, O.T. ; POLISEL, R.T. ; CATARUCCI, A. F.M. Importância dos remanescentes florestais de Embu (SP, Brasil) para a conservação da flora regional. *Biota Neotropica*. Vol. 7, n. 3, 2007. P. 145-161.

Para aferir a conformidade do Plano Diretor em relação às especificidades ambientais, em particular no que se refere à área do Corredor Empresarial, foi desenvolvida uma caracterização ambiental preliminar da região em termos de serviços ambientais, a partir do quadro teórico/metodológico da Avaliação Ecosistêmica do Milênio<sup>16</sup>.

De forma bastante objetiva, procurou-se elencar alguns dos serviços ecossistêmicos prestados pela área, constituindo aporte inicial para uma avaliação eficiente dos ecossistemas e do bem-estar humano no município de Embu. Deste modo, os serviços ambientais considerados foram os recursos hídricos, o turismo e a biodiversidade, sendo esta última adotada como elemento básico para os demais serviços ambientais e avaliada em termos de vegetação e de fauna. Após os levantamentos, procedeu-se à caracterização preliminar da área no tocante aos serviços ambientais.

### 3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

As discussões relativas ao meio ambiente nas áreas metropolitanas periféricas constituem parte da problemática da degradação do patrimônio natural e dos impactos ambientais, objeto de preocupação generalizada e crescente. O ordenamento do espaço municipal e a ampla gama de aspectos dele decorrentes foram abarcados pela Constituição Federal, no seu artigo 182, definindo o Plano Diretor como “*instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana*”.<sup>17</sup> Em complemento, a Constituição Estadual, em seu artigo 181, diz que “*os planos diretores, obrigatórios a todos os municípios, deverão considerar a totalidade de seu território municipal*”.<sup>18</sup>

No processo de planejamento urbano, a importância de se considerar o território municipal em sua totalidade decorre, de um lado, da exploração das riquezas minerais e naturais e da produção agropecuária, concentrada na zona rural do município. Por outro lado, é também nesta área rural que se encontram os recursos naturais como nascentes, mananciais, vegetação nativa e fauna, dos quais depende a qualidade de vida dos municípios e que devem, portanto, ser conservados. Em decorrência, o planejamento urbano preconizado pelos Planos Diretores deve estar em conformidade com as leis federais, estaduais e municipais, a fim de que a sociedade local não pague o ônus de solucionar problemas ambientais futuros, decorrentes de políticas de ordenamento territorial inadequadas.

O enfoque ecossistêmico foi definido na segunda reunião das Partes Contratantes da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) (2ª Reunião Yakarta, novembro de 1995) como “*uma estratégia para o manejo integrado de terras, extensões de água e recursos vivos que promove a conservação e o uso susten-*

<sup>16</sup> MILLENNIUM Ecosystem Assessment. Ecosystems and human well-being: a framework for assessment. Word Resources Institute, 2003.

<sup>17</sup> BRASIL, 1988, Op. cit.

<sup>18</sup> SÃO PAULO (Estado). Constituição do Estado de São Paulo, de 05 de outubro de 1989. Atualizada até a emenda n. 16, de 26 de nov. de 2002.

*tável de modo equitativo*".<sup>19</sup> O "enfoque por ecossistemas" no contexto da CDB baseia-se na investigação dos processos do ecossistema e suas funções, com ênfase nos processos críticos ecológicos, que requerem modelagem por grupos multidisciplinares, aplicação ao desenvolvimento sustentável e às práticas de manejo de recursos<sup>20</sup>. O conceito de serviços ambientais é parte desta discussão e representa os benefícios que os indivíduos obtêm dos ecossistemas;<sup>21</sup> compreendendo os benefícios de provisão (alimentos, água, madeira, fibras); de regulação (clima, controle de inundações e doenças, qualidade da água); culturais (recreacionais, estéticos, espirituais, educacionais); e os serviços de suporte (formação do solo, fotossíntese, ciclagem de nutrientes).

Se por um lado existe uma demanda crescente pelos serviços ambientais, por outro ocorre uma degradação cada vez mais aguda da capacidade que os ecossistemas têm para proporcioná-los. A própria falta de conhecimento constitui uma das barreiras à proteção do patrimônio natural.

Partindo da premissa de que a humanidade depende fundamentalmente do fluxo dos serviços ambientais, o programa intergovernamental Avaliação Ecossistêmica do Milênio (AM) configura o maior esforço já empreendido de diagnóstico dos ecossistemas do planeta. Este processo objetivou trazer ao conhecimento público o quanto as alterações ambientais interferem no bem-estar humano desta e de outras gerações, quais os possíveis cenários futuros que podem ser enfrentados e as opções de respostas para seus problemas.<sup>22</sup> A principal conclusão desta avaliação é que a sociedade humana pode diminuir as pressões que exerce sobre os serviços naturais do planeta. Todavia, a sua utilização predatória contribui para alterar a funcionalidade dos ecossistemas, resultando em perdas crescentes, sinérgicas e acumulativas.

A metodologia da AM apresenta-se como instrumento para implementar diagnóstico ambiental integrado, identificando ações prioritárias para a gestão ambiental, com foco na sustentabilidade ecossistêmica e no bem-estar humano. Deste modo, auxilia na seleção de opções de respostas que atinjam as metas de desenvolvimento humano e de sustentabilidade, contribuindo para fortalecer a capacidade institucional de conduzir avaliações integradas dos ecossistemas e agir de acordo com suas indicações.

Postula-se que os ecossistemas são constituídos por recursos naturais em quantidades e qualidades diferenciadas, que se relacionam com o sistema social,

<sup>19</sup> CBD (2001). Decisión V/6 Ecosystem Approach, V COPs; CBD/PNUMA (1999a), Desarrollo de Indicadores de la Diversidad Biológica – Nota del Estudio del Secretario General, Quinta Reunión del Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico y Tecnológico, Montreal, Canadá, 31 de enero-4 de febrero de 2000. Doc.UNEP/CBD/ SBSTTA/5/12, 22 de octubre de 1999a; CBD/PNUMA (1999b), Enfoque por Ecosistemas: Ulterior Elaboración Conceptual - Nota de Estudio del Secretario General, Quinta Reunión del Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico, Técnico y Tecnológico, Montreal. Doc. UNEP/CBD/SBSTTA/5/11, 23 octubre de 1999b.

<sup>20</sup> PNUMA, A Call to Action. Decisions and Ministerial Statement from the Second Meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, Jakarta, Indonesia, 6-17 de noviembre de 1995, UNEP. Switzerland, January, 1996

<sup>21</sup> MILLENNIUM... Op. cit.; COSTANZA, R. et al. (1997). The value of the world's ecosystem services and natural capital. Nature, N. 387.

<sup>22</sup> MILLENNIUM... Op. cit.; MILLENNIUM ECOSYSTEM ASSESSMENT. 2005. MA Board Statement/Portuguese. Disponível em :[www.millenniumassessment.org](http://www.millenniumassessment.org) (acesso 15/03/2006).

ao mesmo tempo em que são pressionados pelas demandas externas, como tecnologias e políticas. Quando o Homem se considera parte da natureza, existe uma tendência de adequação humana às disponibilidades ambientais. Entretanto, com frequência o Homem coloca-se à frente da natureza, privilegiando a transformação do ambiente e desconsiderando os impactos provocados.

Muitos dos serviços ambientais não têm valor de mercado, derivando indiretamente das funções que o ecossistema cumpre por si só com relação à capacidade de resiliência, diversidade e equilíbrio ambiental.<sup>23</sup> Se por um lado existe uma demanda crescente pelos serviços ambientais, por outro lado o comprometimento dos ecossistemas é cada vez maior. Com frequência, os atuais processos de decisão ignoram ou subestimam o valor dos serviços dos ecossistemas. Ao incorporar a avaliação ambiental integrada na elaboração das políticas públicas, tem-se um instrumento para a identificação de ações prioritárias, fornecendo ferramentas de planejamento, de gestão e perspectivas sobre as conseqüências das decisões sobre os ecossistemas. Em síntese, a abordagem analítica usada para atingir os objetivos da avaliação integrada deve sintetizar os conhecimentos que dizem respeito ao impacto das mudanças nos ecossistemas sobre o bem-estar humano.

Embora o conceito de ecossistema ofereça uma estrutura valiosa para análise, constituindo uma estratégia para o gerenciamento integrado do solo, da água e dos recursos bióticos, geralmente a abordagem ecossistêmica é ignorada nos desenhos das políticas públicas. Conforme discutido por Millennium,<sup>24</sup> para implementar a abordagem ecossistêmica, os tomadores de decisão precisam compreender os múltiplos efeitos de qualquer mudança nas políticas públicas sobre um ecossistema. A partir destas considerações introdutórias, avaliou-se preliminarmente os serviços ambientais na área abrangida pelo Corredor Empresarial no município de Embu (SP), conforme projeto de Lei Complementar 1/2006.

### **3.1 Importância dos Ecossistemas Florestais de Embu para a Conservação da Flora e da Fauna**

Na zona oeste do Município de Embu, ao longo da Avenida Maria José Ferraz Prado e seu entorno, foram mapeados e caracterizados nove fragmentos, totalizando 140 ha. Na área predominam as florestas secundárias em estágio intermediário a avançado de regeneração. Estas florestas podem ser facilmente confundidas com florestas primárias, em função do dossel fechado e da presença de árvores de grande porte. Porém, a análise da composição florística desses trechos revela o predomínio de espécies pioneiras no dossel, tais como *Anadenanthera colubrina*, *Piptadenia gonoacantha*, *Croton floribundus* e *Alchornea sidifolia*. Nesses fragmentos, predominam no dossel espécies anemo-

<sup>23</sup> IZKO, X. & BURNEO, D., Ferramentas para a valoração e manejo florestal sustentável nos bosques sul-americanos. UICN-Sur, 2003; MILLENNIUM Ecosystem Assessment. Ecosystems and human well-being: a framework for assessment. World Resources Institute, 2003.

<sup>24</sup> MILLENNIUM..., Idem.

córicas ou autocóricas, mas no subosque já se observa a presença de espécies zoocóricas e, timidamente, a regeneração natural de indivíduos jovens de espécies finais de sucessão<sup>25</sup>.

Trechos remanescentes de floresta primária são escassos, e ocorrem usualmente no formato de “ilhas” numa matriz de floresta secundária. A situação é similar à já descrita para a bacia do Guarapiranga,<sup>26</sup> com grande heterogeneidade espacial dos fragmentos existentes, restando poucos em situação primitiva, sem cortes rasos. Entretanto, a presença desses remanescentes é vital para a manutenção da diversidade biológica regional. Isto porque o enriquecimento e o avanço sucessional das florestas secundárias dependem da chegada de propágulos das espécies finais de sucessão presentes nessas “ilhas”. Como a maioria dessas espécies é zoocórica, a dispersão dos propágulos está intrinsecamente relacionada à manutenção da fauna, o que aumenta ainda mais a importância da conservação desses remanescentes para evitar a extinção local de espécies.<sup>27</sup>

Em termos de conservação da fauna da Floresta Atlântica paulista, a análise realizada nos fragmentos florestais considera valiosa a paisagem do município de Embu, onde há vários fragmentos florestais de vegetação secundária em estágios inicial e médio, relativamente próximos de uma área de 10.000 ha (Reserva Florestal do Morro Grande) com trechos de floresta em estágio avançado<sup>28</sup>. Especificamente em relação ao inventário preliminar da fauna de vertebrados de Embu, com apenas 31 horas de esforço amostral foram registradas nos fragmentos e seu entorno imediato 101 espécies de aves, quatro espécies de mamíferos, uma espécie de lagarto, uma espécie de serpente e uma espécie de sapo. Duas espécies ameaçadas de extinção no estado foram encontradas: o sagüi-da-serra-escuro, *Callithrix aurita* (É. Geoffroy in Humboldt, 1812) e o gavião-pega-macaco, *Spizaetus tyrannus* (Wied, 1820), ambas consideradas vulneráveis. A presença do gavião-pega-macaco é muito importante para a manutenção do equilíbrio do ecossistema, por se tratar de um predador de topo de cadeia, que participa do controle populacional de certas espécies consumidoras de sementes grandes como periquitos e serelepes.

O jacuguiaçu *Penelope obscura* (Temminck, 1815) é uma das espécies de aves encontrada em Embu e considerada como quase ameaçada de extinção no estado devido a perda de habitat, a caça cinegética e a predação por cães ferais. Além das espécies ameaçadas, 53% das aves detectadas são dependentes de floresta,<sup>29</sup> ou seja, se a cobertura florestal do município for suprimida elas

<sup>25</sup> FRANCO, G. A. D. C. et al., Op. cit.

<sup>26</sup> CATHARINO, E.L. M. (coord.). Diagnose da vegetação e modelos de recomposição vegetal da bacia do Guarapiranga, região metropolitana de São Paulo, SP, Brasil. Programa de saneamento ambiental da região metropolitana da bacia do Guarapiranga. Instituto de Botânica do Estado de São Paulo, SP, 1996.

<sup>27</sup> FRANCO, G. A. D. C. et al., Op. cit.

<sup>28</sup> KRONKA, F. J. N., et al, Inventário florestal da vegetação natural do estado de São Paulo. São Paulo: Governo do estado de São Paulo – Secretaria do Meio Ambiente/Instituto Florestal, 2005.

<sup>29</sup> PARKER III, T. A., STOTZ, D. F. & FITZPATRICK, J. W., Ecological and distributional databases. p. 113-436. In: Stotz, D. F., Fitzpatrick, J. W., Parker III, T. A. & Moskovits, D. K. (eds.) Neotropical birds: ecology and conservation. Chicago: University of Chicago Press, 1996.

certamente serão extintas localmente. Entre elas estão 14 espécies endêmicas ao bioma Floresta Atlântica.<sup>30</sup>

Cinco espécies de aves, o inhambu-guaçu *Crypturellus obsoletus* (Temminck, 1815) o formigueiro-da-grota *Myrmeciza squamosa* (Pelzeln, 1868), o arapaçu-rajado *Xiphorhynchus fuscus* (Vieillot, 1818), o bico-virado-miúdo *Xenops minutus* (Sparman, 1788) e a maria-tiririzinha *Hemitriccus orbitatus* (Wied, 1831) são consideradas exigentes ecologicamente,<sup>31</sup> por apresentarem uma capacidade reduzida em atravessar áreas sem vegetação florestal entre fragmentos, além de necessitarem de trechos de floresta em estágio médio a avançado.

Observa-se nos fragmentos amostrados uma relação positiva entre a riqueza da fauna e a riqueza florística. Ainda que as amostragens possibilitem apenas um inventário preliminar, os dados obtidos evidenciam que se trata de uma paisagem relevante para a proteção da fauna e que merece ser conservada. É necessário aprofundar o conhecimento sobre a fauna do município através do aumento do esforço amostral, tanto em horas em campo quanto no número de pesquisadores envolvidos e na utilização de técnicas de amostragem variadas e complementares. Outros grupos importantes como indicadores da qualidade ambiental devem ser contemplados, como por exemplo, as borboletas, os invertebrados aquáticos e os peixes de riachos. Também são necessários estudos sobre o tamanho e a dinâmica populacional das espécies ameaçadas de extinção e exigentes ecologicamente, e pesquisas que abordem mais detalhadamente as interações entre a fauna e a flora e entre estas e o meio abiótico. Este conhecimento permitirá propostas eficazes para a conservação da biodiversidade de Embu.

### 3.2 Usos Múltiplos da Água, Importância e Impactos

Os fragmentos florestais analisados são indicados no zoneamento municipal como Zona de Desenvolvimento Urbano, concentrando a maior parte da vegetação nativa e constituindo área de manancial e de nascentes. A área insere-se na Bacia do Alto Tietê, pelo Ribeirão da Invernada e na Bacia do Guarapiranga, pelo Rio Embu-Mirim. A principal característica da área é seu sistema hídrico, configurado por inúmeras nascentes e córregos que ainda não foram mapeados, e cuja qualidade da água também carece de estudos para determinar sua situação. Como o próprio ecossistema é considerado um usuário dos recursos hídricos,<sup>32</sup> chama-se a atenção para o vínculo entre a vegetação natural e a manutenção do sistema hídrico local.

Embora a água e a floresta sejam consideradas recursos naturais renováveis, a sua renovação natural é limitada e depende da capacidade de suporte do meio,

<sup>30</sup> PACHECO, J. F. & BAUER, C., Biogeografia e conservação da avifauna na Mata Atlântica e Campos Sulinos – construção e nível atual do conhecimento. 2000. Disponível no endereço: <[http://conservation.org.br/ma/rfinais/rt\\_aves.htm](http://conservation.org.br/ma/rfinais/rt_aves.htm)>

<sup>31</sup> ALEIXO, A., Op. cit.; WILLIS, E. O. & ONIKI, Y. Aves do estado de São Paulo. Rio Claro: Divisa., 2003.

<sup>32</sup> IZA, A. Águas, flujos ambientales y conservacion de la vida silvestre. In: BENJAMIN, A. H. (org.) Congreso Internacional de Direito Ambiental (8:2004 : São Paulo, SP) = International Conference on Environmental Law. Fauna, políticas públicas e instrumentos legais = Wildlife protection: policy and legal instruments. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2004.

da tecnologia utilizada e da intensidade de uso, ou seja, sua utilização depende de ações de manejo que não inviabilizem a sua própria existência. Da mesma forma, a renovação da água depende da capacidade dos processos biogeoquímicos em recuperar a sua qualidade, disponibilizando-a nas suas condições originais. Com a crescente diminuição da qualidade e da quantidade das águas, agravada pela distribuição desigual do recurso em âmbito regional e global, bem como pelo aumento da demanda,<sup>33</sup> o próprio ambiente deve ser designado como usuário do recurso, estabelecendo determinados volumes de água para a manutenção das funções dos ecossistemas.<sup>34</sup>

Ademais, a relação de interdependência entre a cobertura vegetal e o sistema hídrico é evidente e, embora a dimensão da importância desta relação não seja amplamente conhecida e avaliada cientificamente, a degradação ou escassez de um perturba profundamente a existência e a qualidade do outro. Em decorrência desta interdependência, a perda da cobertura florestal e a implementação de medidas e práticas de ordenamento territorial inadequadas provocam uma série de impactos, entre os quais: aumento do escoamento hídrico superficial, redução da infiltração da água no solo, redução da evapotranspiração, aumento da incidência do vento sobre o solo, aumento da temperatura, redução da fotossíntese, ocupação do solo para diferentes usos, redução da flora e fauna nativas.<sup>35</sup>

Um primeiro efeito evidente das atividades humanas atualmente desenvolvidas na região é a presença de construções nas áreas de várzea dos pequenos córregos, ou em suas margens. Como consequência deste processo de ocupação irregular, tem-se o lançamento de efluentes domésticos diretamente nos corpos d'água, a disposição inadequada dos resíduos sólidos, o desmatamento da área ciliar, o assoreamento dos rios e inclusive o soterramento de nascentes.

A impermeabilização da área, com aterramentos e construções, causa danos ao manancial, uma vez que interfere na capacidade de armazenamento e regulação do fluxo, principalmente pelas evidências de afloramento verificadas na área.

Em geral, os argumentos utilizados na implantação de empreendimentos referem-se de forma localizada às possíveis alterações que estes podem provocar. Contudo, é importante considerar a situação de relativa escassez hídrica apresentada pela Região Metropolitana de São Paulo, e que a somatória e a inter-relação de inúmeras obras e atividades acarretam sérios prejuízos à área, de grande importância para a conservação dos mananciais de abastecimento. Este cenário torna urgente a integração das políticas de gestão hídrica e de recursos florestais para promover a recuperação e o manejo sustentável das florestas naturais, assegurando a conservação dos recursos hídricos. Em relação à disponibilidade hídrica futura, as informações coletadas para este estudo são insuficientes para fundamentar um

<sup>33</sup> REBOUÇAS, A. da C., *Água doce no mundo e no Brasil*. In: REBOUÇAS, A. da C., BRAGA, B. & TUNDISI, J. G., (orgs.) *Águas doces no Brasil: Capital ecológico, uso e conservação*. 2. ed. São Paulo: Escrituras Editora, 2002. p. 01-37.

<sup>34</sup> IZA, Op. cit.

<sup>35</sup> BRAGA, R A P. A Água e a Mata Atlântica. IN: Anais do VII Seminário Nacional da Reserva da Biosfera da Mata Atlântica. CNRBMA, Ilhéus, p.01-10. 1999; LINO, C. F. & DIAS, H. *Águas e florestas da mata atlântica: por uma gestão integrada* São Paulo: Conselho Nacional da Reserva da Biosfera da Mata Atlântica, 2004.

cenário, sendo necessário avançar significativamente na qualidade e quantidade de informações sobre os processos que incidem sobre a bacia hidrográfica.

### 3.4 Potencialidades e Limites do Turismo de Natureza

Conforme discutido nas seções anteriores, a interdependência entre os diversos componentes ambientais exige que o desenvolvimento social e econômico esteja alicerçado em uma economia sustentável. Neste panorama, as áreas verdes constituem um potencial para o turismo, que vem crescendo consideravelmente na economia mundial.<sup>36</sup> O turismo de natureza pode ser definido como aquele cujo objetivo é a apreciação da natureza; suas diversas modalidades representam aproximadamente 15% do total do turismo no mundo.<sup>37</sup>

Este expressivo crescimento relaciona-se a dois fatores principais: em primeiro, a procura por melhor qualidade de vida e, em segundo, o surgimento e o fortalecimento de uma ética ambiental,<sup>38</sup> considerando que a qualidade de vida depende da qualidade do ambiente.<sup>39</sup>

O turismo de natureza apresenta-se como opção de grande potencial para a conservação dos recursos naturais, além de gerar receita e emprego, com conseqüente vitalidade econômica e controle da qualidade ambiental. Estas vantagens do turismo em relação a outras atividades ocorrerão se houver cuidado com os impactos<sup>40</sup> ecológicos e sociais, que consistem em conseqüências inevitáveis do uso das áreas naturais.<sup>41</sup>

Além da preocupação com os impactos ambientais decorrentes das atividades humanas, a partir do conceito de qualidade de vida, é reconhecido o direito a um ambiente são e produtivo, aos aspectos estéticos e recreativos e à participação na tomada de decisões.<sup>42</sup> Em geral, os aspectos positivos potenciais na utilização das áreas naturais podem ser econômicos, físicos e socioculturais.<sup>43</sup> Para que estas possibilidades possam ser adequadamente exploradas e os impactos decorrentes da utilização das áreas naturais sejam minimizados, é necessário recorrer a métodos de planejamento.<sup>44</sup> Para o desenho destas estratégias, é importante conhecer

<sup>36</sup> WORLD TOURISM ORGANIZATION-WTO. Disponível em: < <http://www.unepie.org/pc/tourism/sust-tourism/home.htm>>. Acesso em: 24 de março de 2006.

<sup>37</sup> GOSSLING, S., Ecotourism: a means to safeguard biodiversity and ecosystem functions? *Ecological Economics*, v. 29, p. 303-320, 1999.

<sup>38</sup> KINKER, S., Ecoturismo e conservação da natureza em parques nacionais. Campinas. SP. Papirus, 2002. 224 p. (Coleção Turismo); LEFF, E. Saber Ambiental. Siglo XXI Editores. México. 2002; REBOUÇAS, Op. Cit.

<sup>39</sup> LEFF, Op. cit.

<sup>40</sup> BRUNA, G. C., Aspectos econômicos e sociais da utilização da água doce e o ecoturismo. In: REBOUÇAS, A. da C., BRAGA, B. & TUNDISI, J. G., (orgs.) Águas doces no Brasil: Capital ecológico, uso e conservação. 2. ed. São Paulo: Escrituras Editora, 2002.

<sup>41</sup> STANKEY, G.H.; COLE, D.N.; LUCAS, R.C., PETERSEN, M.E.; FRISSELL, S.S., The limits of acceptable change (LAC) system for wilderness planning, Ogden: USDA, Forest Service Intermountain Forest and Range Experiment Station, 1985, 37 p. (General Technical Report INT, 176)

<sup>42</sup> LEFF, H., Op. cit., p. 323.

<sup>43</sup> KINKER, S., Op. cit.

<sup>44</sup> HAMMITT, W.E. & COLE, D.N., Wildland recreation: ecology and management. Nova York: John Wiley, 1988; MAGRO, T.C. & BARROS, M.I.A., Understanding use and users at Itatiaia National Park, Brasil. In: Buckley, R. (Ed). Environmental impacts of ecotourism. Wallingford, England: CAB International, 2004.

os usuários das áreas silvestres, seu comportamento e as causas dos impactos provocados, para buscar soluções adequadas. No planejamento da visitação das áreas silvestres, é importante também prover informações educativas e esclarecedoras que modifiquem comportamentos inadequados,<sup>45</sup> evitando danos irreversíveis à região e garantindo a segurança do próprio visitante.<sup>46</sup>

Neste contexto, o planejamento das ações de manejo da visitação envolve o desenho e a implementação de estratégias variadas para promover a real integração do visitante aos objetivos de manejo de cada área, levando-se em consideração a acessibilidade, a integração com o ambiente natural e a possibilidade de vivenciar plenamente o ambiente visitado, ao mesmo tempo em que o comportamento do visitante é influenciado de forma positiva.<sup>47</sup> Em complemento, o planejamento do turismo deve envolver o zoneamento ecológico das áreas a serem exploradas,<sup>48</sup> em função das suas particularidades ambientais e dos objetivos específicos de manejo.<sup>49</sup>

Em Embu o turismo é identificado como aspecto constituinte da identidade do município, configurando uma das potencialidades para o desenvolvimento local.<sup>50</sup> As extensas áreas verdes existentes também constituem um patrimônio municipal, com potencial de exploração ecoturística.<sup>51</sup> Essa oportunidade pode ser explorada na dinamização da economia local, promovendo a geração de empregos e reforçando a base de serviços da cidade.

Especificamente em relação à área indicada como Corredor Empresarial pelo Plano Diretor, inserida na Zona de Desenvolvimento Urbana, coexiste uma mescla de grandes áreas desocupadas, massas de vegetação, chácaras residenciais e de veraneio, condomínios residenciais de médio e alto padrão, áreas de cultivo de flores e produtos agrícolas (chuchu) em pequenos sítios e áreas de reflorestamento. Estas áreas apresentam paisagens visualmente atrativas, com colinas cobertas por densa vegetação, vales e caminhos de terra que margeiam chácaras e sítios de grande beleza cênica. Cabe ressaltar que estas áreas com significativos remanescentes florestais localizadas na região oeste de Embu concentram apenas 1/5 da população de todo o município. Este aspecto deve ser levado em conta nas propostas de intervenção, sobretudo porque as características

<sup>45</sup> WALLACE, G.N.A., Administração do visitante: lições do Parque Estadual de Galápagos. Ecoturismo: um guia para planejamento e gestão. São Paulo: Senac, 1995, p. 95-142.

<sup>46</sup> BLANGY, S. & WOOD, M.E., Developing and implementing ecotourism guidelines for wildlands and neighboring communities. Ecotourism: a guide for planner & managers. North Bennington, Vermont: The ecotourism society, 1993, p. 32-54.

<sup>47</sup> BARROS, M.I.A. de; DINES, M., Mínimo impacto: uma mudança de atitude. In: Serrano, C. (org.) A educação pelas pedras: ecoturismo e educação ambiental. São Paulo, 2000. p. 47-84.

<sup>48</sup> WALLACE, G.N. Turismo ecológico en Unidades de Conservación: cuál es el límite?. In: Congresso Brasileiro de Unidades de Conservação, I., Curitiba. Anais. Rede Nacional Pró Unidades de Conservação. 1997. v.2. p. 139-149; CEBALLOS-LASCURAIN, H., Integrating biodiversity into the tourism sector: best practice guidelines. México: UNEP/UNPD/GEF/BPSP. 20001. Disponível em: < <http://www.biodiv.org/doc/case-studies/tour/cs-tour-unesp.pdf>>. Acesso em: 24/03/2006.

<sup>49</sup> BECERRA, J.A.B., Zoneamento ecológico para pastejo de comunidades vegetais das montanhas tropicais andinas do Parque Nacional de Manu, Peru. 1999. 58 p. Tese (Mestrado em Ciências) – Instituto de Biociências, Universidade de São Paulo, São Paulo.

<sup>50</sup> POLIS: Instituto de Estudos, Formação e Assessoria em Políticas Sociais. Assessoria Técnica para a Elaboração do Plano Diretor de Embu. Produto 1: Leitura Comunitária e Técnica da Cidade. São Paulo, 2002.

<sup>51</sup> POLIS, idem.

ambientais da área apontam o turismo ecológico como a melhor alternativa de desenvolvimento local.

Assim como todas as atividades que intervêm no ambiente, também o turismo está sujeito a controle. Neste contexto, o turismo apresenta-se como uma atividade cujo impacto ambiental pode ser aquele desejado. Em Embu, o turismo passível de ser alavancado incorpora inúmeras perspectivas: 1) comércio de artesanatos, galerias de arte, antiquários e lojas de móveis rústicos artesanais; 2) propriedades que desenvolvem *agribusiness* e que mostrem etapas de diferentes cultivos, industrialização e preparo para comercialização; 3) áreas de grande beleza cênica, observando contemplativamente nascentes d'água, fauna e flora típica; 4) monumentos históricos, com destaque para as obras de arquitetura, igrejas e capelas antigas; e 5) pesqueiros e outros empreendimentos temáticos.

Para que estes marcos históricos e naturais de Embu se transformem em uma estratégia de desenvolvimento turístico, sua inserção nas diretrizes de desenvolvimento local e regional é imprescindível. Neste contexto, o Plano Diretor deve contemplar o zoneamento ambiental e o parcelamento, uso e ocupação do solo. Além disso, é preciso contar com equipamentos sociais e urbanos e oferecer um comércio que traga o conforto transmitido pelo apelo ambiental. A valorização dos recursos naturais do município pode despertar a população para o conhecimento das questões ambientais, para maior participação no controle da qualidade do ambiente local e o prazer de aprender com as atividades do ecoturismo.<sup>52</sup>

### 3.5 Aspectos Legais e Avaliação Ecológica para a elaboração de Planos Diretores

Com os Planos Diretores Municipais,<sup>53</sup> o controle ambiental ganha um novo status, possibilitando que os poderes locais proponham um zoneamento em função da compatibilidade, poluição e capacidade dos solos, identificando zonas peculiares que, pelas condições, de relevo, solo, clima, rios e vegetação sejam alvo de incentivos ou limitações em construção. Nesta mesma direção, os municípios integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA devem assumir a responsabilidade por uma gestão ambiental sustentável dos recursos naturais abrigados em seu território, buscando a melhoria das condições de vida dos municípios em cooperação com os demais órgãos do Sistema.<sup>54</sup> Todavia, no município de Embu, o zoneamento que foi proposto para a área indicada como Corredor Empresarial não considerou a capacidade de suporte do ambiente local, apresentando sérios prejuízos para a fauna, a flora e a qualidade de vida da população.<sup>55</sup>

<sup>52</sup> BRUNA, Op. Cit.

<sup>53</sup> BRASIL. Lei Federal n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 11 jul. 2001. Seção 1.

<sup>54</sup> BRASIL. Lei Federal n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 02 de set. de 1981.

<sup>55</sup> Legislação de Direito Administrativo, Legislação de Direito Ambiental, Constituição Federal/Anne Joyce Angher (coord.). – 2. ed. – São Paulo: Rideel, 2004. – (Coleção de Leis Riddel. Série mini 3 em 1).

A referida proposta de ordenamento territorial para a região oeste de Embu, apresentava claramente discordância com o Código Florestal<sup>56</sup> e com a Resolução Conama nº 4/85,<sup>57</sup> uma vez que a implantação do Corredor Empresarial na aludida área promoveria a derrubada da vegetação em áreas de preservação permanente, de proteção às nascentes e de contenção da erosão, com impactos reais e potenciais de difícil mensuração. Neste contexto, salienta-se a importância da caracterização ambiental desenvolvida para a área, configurando uma ação pró-ativa diante de uma proposta de política pública considerada inviável para a área em questão.

Embora a Constituição do Estado de São Paulo<sup>58</sup> proíba, em seu artigo 208, o lançamento de efluentes e esgotos urbanos e industriais sem o devido tratamento, em toda a área são observadas construções às margens dos cursos d'água, com lançamento irregular de esgotos, além da presença de resíduos sólidos urbanos. A implantação do Corredor Empresarial, além de consolidar as agressões ambientais já existentes, promoveria novas infrações e problemas ambientais, resultado da inadequada percepção da dimensão ambiental. O aumento da pressão sobre o ambiente natural decorrente do parcelamento de fragmentos florestais e a consequente implantação de empreendimentos comerciais e industriais também intensificaria o lançamento de esgotos e o aumento de resíduos sólidos, soterrando e contaminando corpos d'água e afetando sobremaneira a vida animal e vegetal.

Com base no conceito de impacto ambiental<sup>59</sup> a implantação do Corredor Empresarial em uma área cujos atributos e características ecossistêmicas são incompatíveis com a referida proposta, traria efeitos adversos à saúde, à segurança e o bem-estar da população; às atividades sociais e econômicas; à biota; às condições estéticas e sanitárias da paisagem e à qualidade dos recursos naturais. Como as atividades modificadoras do ambiente estão sujeitas ao licenciamento<sup>60</sup> mediante elaboração de Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto Ambiental, a proposta de implantação do Corredor Empresarial constitui um agente promotor de alterações e, portanto, passível de aprovação, definindo como área de influência do projeto a bacia hidrográfica na qual se localiza.<sup>61</sup>

Em consonância com a Constituição brasileira, o Estudo de Impacto Ambiental<sup>62</sup> constitui instrumento indispensável para o desenvolvimento de atividades que provocam modificação no ambiente, reforçando a obrigatoriedade de se avaliar a viabilidade técnica, financeira, social e ambiental inclusive das políticas

<sup>56</sup> BRASIL. Lei Federal n. 4.771/65, alterada pela Lei Federal n. 7.803, de 15 de julho de 1989 e Lei Federal n. 9.605 de 1998. Institui o novo Código Florestal. Diário Oficial da União, Brasília, 13 de fev. de 1998.

<sup>57</sup> BRASIL. Resolução Conama n. 4, de 18 de setembro de 1985. Regulamenta as Reservas Ecológicas. Diário Oficial da União, Brasília, 20 de jan. de 1986.

<sup>58</sup> SÃO PAULO (Estado). Constituição do Estado de São Paulo, de 05 de outubro de 1989. Atualizada até a emenda n. 16, de 26 de nov. de 2002. Art. 208.

<sup>59</sup> BRASIL. Resolução Conama n. 1, de 23 de janeiro de 1986. Dispõe sobre procedimentos relativos a Estudo de Impacto Ambiental. Diário Oficial da União, Brasília, 17 de fev. de 1986, págs. 2548 e 2549.

<sup>60</sup> Idem, Art. 2º.

<sup>61</sup> Idem, Art. 5º.

<sup>62</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Emenda Constitucional n. 52, de 08 de março de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, 09 de mar. de 2006. Art. 225. Inc. IV.

públicas que, de forma amadorística e aleatória, propõem um ordenamento territorial incompatível com as especificidades locais.

De forma bastante inovadora, a Constituição determina que o Poder Público deve proteger a fauna e a flora, garantindo sua função ecológica.<sup>63</sup> Neste sentido, sob a consideração de “função ecológica”, que contempla a interação sinérgica entre os componentes abióticos e as espécies de fauna e flora, os remanescentes florestais do município de Embu devem ser conservados, por meio de ordenamento territorial compatível com os preceitos da Legislação Ambiental.

Por fim, é importante mencionar os aspectos legais internacionais incidentes sobre o ordenamento territorial em Embu, considerando dois componentes: em primeiro, a inserção do município como parte da Reserva da Biosfera do Cinturão Verde da Cidade de São Paulo (RBCV), declarada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) em 1994 e, em segundo, a relevância da conservação destes remanescentes florestais, já que o Brasil é um dos países signatário da Convenção da Diversidade Biológica.

#### **4. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**4.1** Os recursos naturais não respeitam as fronteiras políticas, assim como as conseqüências das agressões ambientais não se limitam às divisas municipais, exigindo políticas públicas que considerem a interdependência ambiental.

**4.2** A abordagem ecossistêmica constitui estratégia valiosa para o gerenciamento integrado do solo, da água e dos recursos bióticos. Para sua implementação os tomadores de decisão precisam compreender os múltiplos efeitos das políticas públicas sobre o ecossistema.

**4.3** Especificamente no caso de Embu, o zoneamento proposto para a área indicada como Corredor Empresarial pelo Plano Diretor não coincide com a capacidade de suporte do ambiente local, com sérios prejuízos para a fauna, a flora, os recursos hídricos e a qualidade de vida da população.

**4.4** A análise desenvolvida chama a atenção do poder público municipal à responsabilidade ambiental, visto que a conservação da função ecológica constitui um dever constitucional do poder público.

**4.5** Para garantir maior conformidade ambiental na elaboração dos planos diretores dos municípios no Estado de São Paulo, sugere-se que os municípios localizados no entorno de Unidades de Conservação, sejam obrigados a apresentar a proposta do Plano Diretor ao órgão gestor da UC, para que o Plano Diretor seja validado considerando sua conformidade ambiental.

---

<sup>63</sup> Idem, Inc. VII.



# **COMÉRCIO VERSUS MEIO AMBIENTE: A QUESTÃO AMBIENTAL SOB A PERSPECTIVA DA OMC**

*FABIANA PASCHOAL DE FREITAS*

Mestra em Direito pela UFSC. Professora de Direito Ambiental e Direito Internacional na AVEC/RO

## **1. INTRODUÇÃO**

Na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada no Rio de Janeiro em 1992,<sup>1</sup> os países reconheceram que os problemas ambientais têm suas origens nas modalidades de produção e consumo atuais: “para atingir o desenvolvimento sustentável e a mais alta qualidade de vida para todos, os Estados devem reduzir e eliminar padrões insustentáveis de produção e consumo e promover políticas demográficas adequadas.”<sup>2</sup>

Inúmeras têm sido as propostas para melhorar a qualidade do meio ambiente, porém muito pouco foi feito até hoje. As regulações ambientais se apresentam sob a forma de princípios gerais, raramente obrigando ou fiscalizando os países no cumprimento de suas metas.

Sem questionar a sua importância e legitimidade, a temática ambiental é, muitas vezes, distorcida e utilizada para outros fins, geralmente comerciais e econômicos, como no caso de se adotar o discurso ambientalista como retórica para a instituição de medidas protecionistas.

Esse é o cenário em que se insere o tema do meio ambiente, atualmente em debate nas principais organizações internacionais multilaterais, a exemplo da Organização Mundial do Comércio (OMC). O presente artigo apresenta um panorama geral dessas discussões, analisando a eficácia dos dispositivos ambientais e as suas relações com o comércio internacional.

## **2. COMÉRCIO VERSUS MEIO AMBIENTE**

Apesar de afirmações em contrário, estudos científicos comprovam que o aumento da degradação ambiental está relacionado com a expansão do comércio, desde a produção econômica até o transporte ao destino final.

---

<sup>1</sup> CNUMAD (em inglês UNCED), conhecida no Brasil por Rio 92, Eco 92 ou Conferência do Rio.

<sup>2</sup> DECLARAÇÃO DO RIO, princípio 8.

*O século XX testemunhou uma exploração dos recursos naturais mundiais sem precedentes, o que repercutiu sobre a deterioração física dos grandes componentes da biosfera, representando uma ameaça à existência e à perpetuação das diferentes formas de vida do planeta. Não apenas o número e o escopo dos problemas ambientais “transfronteiras” cresceram, mas uma nova categoria de questões ambientais emergiu, destacando-se: a destruição da camada de ozônio, a mudança climática global (efeito estufa), a poluição dos ambientes marítimos, a devastação das florestas e a ameaça à biodiversidade.*<sup>3</sup>

Toda produção consome recursos – renováveis ou não – e elimina resíduos, ou seja, poluição no meio ambiente. Da mesma forma, todo transporte requer a queima de combustíveis, deixando também os seus resíduos na biosfera. São os chamados “custos ecológicos”, geralmente não contabilizados pelas empresas.<sup>4</sup>

Por outro lado, todos os países têm o direito ao desenvolvimento, cuja política baseia-se no crescimento econômico, e a seus benefícios sociais.

Nesse contexto, discute-se hoje a (in)compatibilidade do comércio com o meio ambiente, temática de muita controvérsia entre os defensores do livre comércio e os ambientalistas. Por isso a assertiva de que um dos grandes desafios do planeta para este século consiste em conciliar os fins de desenvolvimento econômico com a defesa do meio ambiente; em outras palavras, consiste no desenvolvimento sustentável,<sup>5</sup> tese projetada no Relatório Brundtland<sup>6</sup> e consagrada na Conferência do Rio.<sup>7</sup>

A urgência de se tratar da questão ambiental, todavia, só foi reconhecida na década de 1970, sobretudo a partir da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano de 1972, em Estocolmo, onde se debateu a importância de se adotar princípios e regras que disciplinassem a proteção ambiental, tanto em termos locais quanto globais.

Assim, os Estados começaram a identificar interesses comuns no combate à degradação do meio ambiente e passaram a ratificar tratados ambientais de variados temas. Segundo o *Informativo Mercosul* de 1998, o Brasil, por exemplo, juntamente com a Argentina, o Paraguai e o Uruguai, já assinou: a) Convenção de Washington (1940) sobre a proteção da fauna, flora e das belezas naturais dos países da América; b) Convenção de Ramsar (1971) relativa às zonas úmidas

<sup>3</sup> ALBAGLI, Sarita. Geopolítica da Biodiversidade. Brasília: IBAMA, 1998. p. 17.

<sup>4</sup> “Os agentes econômicos tendem a privatizar os lucros e a socializar os prejuízos e custos de 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” (CAUBET, Christian Guy. *A Irresistível Ascensão do Comércio Internacional: o meio ambiente fora da lei? Sequência*, vol 39. Florianópolis: Editora da UFSC, 1999. p. 69-70).

<sup>5</sup> Conforme o Relatório Brundtland, desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que satisfaça as necessidades do presente, sem comprometer a possibilidade de satisfação das gerações futuras.

<sup>6</sup> Em 1983, a Assembléia Geral da ONU criou a Comissão sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Em 1987, essa Comissão apresentou o chamado “Relatório Brundtland” (também conhecido pelo título “Nosso Futuro Comum”), lançando o conceito de desenvolvimento sustentável.

<sup>7</sup> Na Conferência do Rio, foram assinadas as convenções sobre mudanças climáticas, diversidade biológica, combate à desertificação; e a Declaração do Rio, formada pelos 27 princípios sobre o desenvolvimento sustentável; e a Agenda 21, um documento visando identificar os problemas ambientais de uma determinada região para, em seguida, recomendar soluções.

de importância internacional, especialmente como *habitat* de aves aquáticas; c) Convenção CITES (1973) sobre o comércio internacional de espécies da fauna e da flora silvestres; d) Convenção de Bonn (1979) referente à conservação de espécies migratórias de animais silvestres; e) Convenção de Montego Bay (1982) sobre o direito do mar; f) Convenção de Viena (1985) para a proteção da camada de ozônio; g) Protocolo de Montreal (1987) sobre substâncias que destroem a camada de ozônio; h) Convenção da Basileia (1989) sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e sua disposição final; i) Emendas de Londres ao Protocolo de Montreal (1990) sobre a camada de ozônio; j) Convenção do Rio (1992) sobre a biodiversidade; k) Convenção do Rio (1992) sobre mudança climática.<sup>8</sup>

O que ocorre, entretanto, é que muitas convenções ambientais, para a persecução de seus objetivos, fazem uso de medidas restritivas ao comércio, sendo “frequente o questionamento da compatibilidade destas normas de direito internacional com outras normas internacionais, cujo objetivo é justamente o oposto: liberalizar crescentemente as trocas mercantis entre membros.”<sup>9</sup> É o caso da Convenção CITES que regulamenta o comércio de plantas e animais ameaçados de extinção.

Outras convenções ambientais procuram regular a produção daqueles produtos considerados causadores de degradação ambiental, surgindo aqui uma outra problemática, de caráter econômico, em que “indústrias terão de alterar seu modo de produzir, investir em novos equipamentos, tecnologias, métodos de produção, tratamento de resíduos, treinamento de pessoal, adoção de novas substâncias, embalagens e rótulos, enfim, adotar uma série de medidas que importarão em aumento de seus custos.”<sup>10</sup>

Este é um dos motivos pelo qual os países em desenvolvimento se opõem à inserção do tema do meio ambiente no âmbito da OMC, alegando os mesmos não estarem ainda em condições de competir com as indústrias dos países ricos, detentoras das tecnologias limpas, mais eficientes e menos poluentes. Cabe observar que tais tecnologias não costumam ser repassadas dos países desenvolvidos para os países em desenvolvimento.

### 3. O MEIO AMBIENTE NA OMC

Paralelamente à Rodada Uruguai (1986-1994) que originou a OMC, quanto ao meio ambiente, as ONGs “passaram a exercer uma ação mais contundente e a mobilizar a opinião pública internacional para os temas ambientais. Na década de 1980, suas reivindicações estavam focadas na preservação das espécies ameaçadas de extinção e no controle da poluição do ar e suas conseqüências na atmosfera.”<sup>11</sup>

<sup>8</sup> INFORMATIVO MERCOSUL, ano 2, n. 7. Atos Normativos: bases para la armonización de exigencias ambientales em el Mercosur. Brasília: Comissão Parlamentar Conjunta – Seção Brasileira, 1998, p. 19-20.

<sup>9</sup> CARDOSO, Sidney Amaral. Comércio e Meio Ambiente. In: BARRAL, Welber (Org.). O Brasil e a OMC. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 280-281.

<sup>10</sup> CARDOSO, Sidney Amaral. Op. cit., p. 282.

<sup>11</sup> RIBEIRO, Wagner Costa. A Ordem Ambiental Internacional. São Paulo: Contexto, 2001. p. 93.

Esse quadro propiciou um aumento expressivo tanto de tratados internacionais ambientais<sup>12</sup> como de eventos importantes, destacando-se as Conferências do Rio de 1992 e de Johannesburgo de 2002 (apelidada de Rio+10).<sup>13</sup>

Por influência da Conferência do Rio, foi inserido ao GATT,<sup>14</sup> em 1992, o tema comércio e meio ambiente, “através das discussões e recomendações do Grupo sobre Medidas Ambientais e Comércio Internacional e do Sub-Comitê sobre Comércio e Meio Ambiente subordinado ao Comitê Preparatório da OMC.”<sup>15</sup>

Dessa forma, o preâmbulo do Acordo Geral que criou a OMC acabou incorporando o termo desenvolvimento sustentável:

*As Partes do presente Acordo,  
Reconhecendo que as suas relações no campo das atividades comerciais e econômicas devem ser conduzidas com vistas a elevar os níveis de vida [...] permitindo ao mesmo tempo o uso ótimo dos recursos mundiais, de conformidade com os objetivos do desenvolvimento sustentável, procurando proteger e preservar o meio ambiente e incrementando os meios para fazê-lo, de maneira compatível com as suas necessidades e interesses nos diversos níveis de desenvolvimento econômico.*<sup>16</sup>

Em 1995, o Conselho Geral da OMC criou o Comitê sobre Comércio e Meio Ambiente, cujas políticas, porém, não devem exceder a competência do sistema multilateral do comércio, ou seja, devem limitar-se aos aspectos estritamente comerciais.<sup>17</sup>

Portanto, no que tange às questões ambientais, a tarefa da OMC consiste unicamente em “estudar os problemas que surgem quando as políticas de meio ambiente tiverem conseqüências significativas para o comércio.”<sup>18</sup> A própria OMC deixa claro que “não é um organismo que se ocupa com o meio ambiente”,<sup>19</sup> havendo para isso outros órgãos especializados e, por conseguinte, mais capacitados.

As discussões sobre o tema encontram-se divididas: os países desenvolvidos defendem a integração de regulações ambientais à OMC, enquanto que a maioria

<sup>12</sup> “A agitação da diplomacia ambiental internacional das últimas décadas causou uma disparada no número de acordos, de apenas um punhado em 1920, para quase 240 hoje” (FRENCH, Hilary; MASTNY, Lisa. Controlando o Crime Ambiental Internacional. Estado do Mundo 2001: relatório do Worldwatch Institute sobre o avanço em direção a uma sociedade sustentável. Salvador: UMA Editora, 2000. p. 183).

<sup>13</sup> Apesar desta ter frustrado as expectativas, retrocedendo à Conferência do Rio realizada dez anos antes. Como muito do proposto na Rio 92 não foi seguido, “esperava-se que a Cúpula de Johannesburgo fosse a dos compromissos vinculativos, dos objetivos concretos e dos prazos definidos, para finalmente serem cumpridas as promessas feitas. Em vez disso, a reunião foi dominada pela aversão aos prazos e objetivos e pela preferência por compromissos voluntariamente assumidos” (SANTOS, Boaventura de Souza. A cúpula seqüestrada. Folha de S. Paulo, São Paulo, 04 set. 2002, p. A3).

<sup>14</sup> Sigla em inglês do Acordo Geral sobre Comércio e Tarifas de 1947, de onde se derivou a OMC.

<sup>15</sup> THORSTENSEN, Vera. OMC – Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2001. p. 296.

<sup>16</sup> WTO. Sítio oficial. Preâmbulo do Acordo que estabeleceu a OMC. Disponível em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em: 02 out. 2008.

<sup>17</sup> O Comitê sobre Comércio e Meio Ambiente teve seu mandato e termos de referência determinados na Decisão Ministerial de Marraqueche (1994); e seu trabalho e recomendações avaliados na Conferência Ministerial de Cingapura (1996).

<sup>18</sup> WTO. Sítio oficial. Informações disponíveis em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em: 02 out. 2008.

<sup>19</sup> WTO. Sítio oficial. Informações disponíveis em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em: 02 out. 2008.

dos países em desenvolvimento “consideram prematura a negociação de um novo acordo sobre comércio e meio ambiente, e que temas sobre ambiente devem ser tratados em organizações específicas e não na OMC [...] A questão que se levanta é se não estaria na hora de se criar uma nova organização, a Organização Mundial do Ambiente.”<sup>20</sup>

A OMC não possui nenhum acordo específico sobre o meio ambiente e, apesar de se reconhecer inapta para tal, já decidiu conflitos envolvendo o assunto.<sup>21</sup> Quando isso ocorre, a norma pela qual normalmente se recorre é o artigo XX do GATT, relativo às exceções gerais.

A regra, no âmbito da OMC, é sempre o livre comércio - aberto, equitativo e não-discriminatório. A exceção é o artigo XX, dispondo de sete hipóteses em que não prevaleceriam os princípios do livre comércio: a) moral pública; b) saúde e vida das pessoas, animais e vegetais; c) ouro ou prata; d) outros regulamentos, desde que compatíveis com o GATT, como medidas aduaneiras, marcas e patentes, direitos do autor etc.; e) produtos fabricados nas prisões; f) patrimônios nacionais de valor artístico, histórico ou arqueológico; g) recursos naturais esgotáveis. Quando qualquer um destes itens for ameaçado, com o intuito de protegê-lo, poderão se impor limites à regra geral do livre comércio. Duas hipóteses do artigo XX do GATT envolvem mais frequentemente as questões ambientais em controvérsias de natureza comercial: a proteção da saúde e da vida das pessoas, animais ou vegetais e a conservação dos recursos naturais exauríveis (alíneas “b” e “g” do artigo XX, respectivamente).

Cabe ressaltar, entretanto, que existe também uma exceção a esta exceção: o *caput* do artigo XX determina que a reserva prevista neste artigo não se aplica aos casos em que se constitua discriminação arbitrária ou injustificada, ou restrição encoberta ao comércio internacional.

Assim, mesmo reconhecendo como situações excepcionais as que envolvam a saúde e a vida das pessoas, dos animais e vegetais, o patrimônio histórico ou arqueológico, os recursos naturais esgotáveis etc., num conflito “comércio *versus* meio ambiente” dentro da OMC, o que geralmente prevalece são os interesses comerciais e econômicos, visto a determinação do *caput* do artigo XX e a própria natureza da organização.

#### 4. O MEIO AMBIENTE NA RODADA DOHA

Em 2001, foi realizada a IV Conferência Ministerial da OMC em Doha (Qatar), iniciando-se uma nova rodada de negociações para a liberalização

<sup>20</sup> THORSTENSEN, Vera. Op. cit., p. 304.

<sup>21</sup> Para aprofundar o tema, ver os casos: EUA – Atum-Golfinho (GATT/DS21/R-3), EUA – Gasolina (WT/DS2/AB/R), EUA – Camarão-Tartaruga (WT/DS58/23) e União Européia – Carne-Hormônio (WT/DS26/ARB).

do comércio mundial que ficou conhecida como Rodada Doha.<sup>22</sup> Além de estabelecer uma nova pauta de discussões, esta Conferência produziu a Declaração Ministerial de Doha que se ocupou de algumas linhas sobre comércio e meio ambiente, concordando em negociar sobre: a) relação entre as normas da OMC e as obrigações comerciais específicas dos tratados internacionais ambientais; b) intercâmbio de informações entre as secretarias dos tratados internacionais ambientais e os comitês da OMC; c) regulamentação da condição de observador; d) redução ou eliminação de barreiras tarifárias e não-tarifárias aos bens e serviços ecológicos. A Declaração de Doha também recomendou ao Comitê sobre Comércio e Meio Ambiente que observe os pontos seguintes: a) efeito das medidas ambientais sobre os países em desenvolvimento, especialmente os menos desenvolvidos; b) aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio; c) rotulagens para fins ambientais. Por fim, reconheceu a Declaração a importância de se prover assistência técnica aos países em desenvolvimento, especialmente aos menos desenvolvidos, bem como compartilhar conhecimentos técnicos e experiência na área ambiental.<sup>23</sup>

O Brasil aceitou a maioria das propostas, como a da interação entre as regras da OMC e as normas internacionais ambientais provenientes dos tratados. Mas, apesar de, na época, o então ministro da saúde José Serra ter visitado o navio do *Greenpeace* aportado em Doha durante a Conferência, e da vitória da posição brasileira quanto às relações entre patentes farmacêuticas e políticas de saúde pública,<sup>24</sup> a postura do Brasil frente aos temas ambientais desapontou as ONGs, uma vez que o país fez reservas quanto às regras para a eco-rotulagem e rejeitou a inclusão do princípio da precaução nas normas da OMC.<sup>25</sup>

O princípio da precaução “dirige-se às situações de *incerteza*, preconizando que mesmo quando existam dúvidas científicas sobre os riscos provocados por uma atividade, empreendimento, processo ou produto, devem ser adotadas me-

<sup>22</sup> Lançada há oito anos em Doha (nov. 2001) para ser concluída em 2004, até o presente momento a Rodada Doha ainda se encontra em aberto, tendo os representantes dos países membros da OMC já se reunido nas conferências ministeriais de Cancun (set. 2003), de Hong Kong (dez. 2005), no Fórum Econômico Mundial em Davos (jan. 2007), e em Genebra (jul. 2008), sem, entretanto, chegar a um consenso, paralisando as negociações. As principais divergências referem-se a subsídios e redução de tarifas, refletindo interesses contraditórios dos países exportadores agrícolas e dos países exportadores de produtos industrializados: “de um lado ficaram os países ricos, que queriam maior acesso aos mercados de bens e serviços dos países em desenvolvimento; de outro, estes últimos, que em troca querem mais espaço para seus produtos agrícolas nos mercados dos países ricos” (ALBUQUERQUE, Vinícius. Após nove dias de discussão, Rodada Doha fracassa pela quinta vez. Folha Online, 29 jul. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u427504.shtml>>. Acesso em: 30 mar. 2009).

<sup>23</sup> DECLARAÇÃO DE DOHA. Disponível em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em: 02 out. 2008.

<sup>24</sup> Em 2001, o então ministro da saúde foi a Doha defender a posição brasileira acerca do Acordo sobre Propriedade Intelectual (TRIPS) e a saúde. Discutiam-se duas propostas para uma declaração ministerial sobre patentes e saúde pública: uma - defendida por Brasil, Índia e outros países em desenvolvimento - afirmava a prioridade do direito à saúde; a outra - sustentada pelo grupo liderado pelos EUA - ressaltava o respeito à propriedade intelectual. As ONGs “estavam maciçamente a favor da posição do Brasil [...] O lobby da indústria, muito ativo em Doha, ainda tentou derrubar a declaração, pressionando a delegação americana, mas conseguiu apenas causar algum suspense” (KUNTZ, Rolf. Opinião pública pesou nas negociações da OMC. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 17 nov 2001. p. B3).

<sup>25</sup> Segundo Marijane Lisboa, o Brasil tem duas posturas distintas sobre a mesma questão: “desde a Eco-92, o Brasil reconhece a necessidade de proteger o meio ambiente, mas essa posição não é adotada na OMC” (PULITI, Paula. ONGs criticam posições do Brasil em Doha. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 15 nov 2001. p. B3).

didadas destinadas a evitar a concretização de lesões ao meio ambiente ou à saúde humana”,<sup>26</sup> encontrando-se definido na Declaração do Rio:

*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.*<sup>27</sup>

O comportamento ambíguo do Brasil em apoiar a Declaração do Rio e se opor ao mesmo princípio em Doha rendeu-lhe muitas críticas das ONGs.<sup>28</sup> Os motivos pelos quais levam o Brasil e a maioria dos países em desenvolvimento a adotar tal postura consistem no temor de que o princípio da precaução, juntamente com os demais dispositivos ambientais, uma vez inserido no corpo do texto da OMC, venha a servir como medida protecionista, ou seja, como barreira não-tarifária disfarçada ao comércio internacional. O princípio da precaução, especificamente, poderia facilitar a proibição de importações sem prova científica da nocividade do produto.

A desconfiança dos países em desenvolvimento tem a sua razão de ser, visto os seus produtos sofrerem, comumente, discriminações nos países desenvolvidos. A transformação de medidas ambientais em medidas protecionistas é um limiar de difícil comprovação, ocorrendo, muitas vezes, nas exigências técnicas e na aplicação das medidas sanitárias e fitossanitárias.

Não é só o Brasil que possui posições diferentes acerca de um mesmo assunto; o mesmo pode ser verificado em muitos países, como nos EUA que sempre tiveram uma posição reativa com relação à assinatura da Convenção da Mudança Climática, certamente porque é responsável pela emissão de quase um quarto do dióxido de carbono emitido anualmente no mundo e, dessa forma, teria que arcar com a maior parte dos custos da redução das emissões. Os Estados Unidos também negaram-se a assinar o Tratado da Biodiversidade, provavelmente porque em seu território concentram-se praticamente dois terços do poder de pesquisa em biodiversidade, o que representa uma significativa oportunidade comercial [...] Por outro lado, os Estados Unidos apresentam na segunda metade de 1998, uma proposta de inclusão do tema meio ambiente nas discussões da próxima rodada de negociações da Organização Mundial do Comércio.<sup>29</sup>

O que se constata dessas posições antagônicas sobre os temas ambientais é que, por trás de preocupações com a proteção do meio ambiente e de

<sup>26</sup> Este princípio difere-se do princípio da prevenção, em que se pretende prevenir os riscos já conhecidos em suas causas, ou seja, trata-se de risco confirmado (certo), enquanto que na precaução o risco é apenas potencial (incerto) em razão das incertezas do que poderá advir (NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. O Conteúdo Jurídico do Princípio de Precaução no Direito Ambiental Brasileiro. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Org.). Anais do 6o Congresso Internacional de Direito Ambiental, de 03 a 06 de junho de 2002: 10 anos da ECO-92, o Direito e o Desenvolvimento Sustentável. São Paulo: IMESP, 2002. p. 285 e 290).

<sup>27</sup> DECLARAÇÃO DO RIO, princípio 15.

<sup>28</sup> PULITI, Paula. Op. Cit., p. B3.

<sup>29</sup> SOUZA, Renato Santos de. Entendendo a Questão Ambiental: temas de economia, política e gestão do meio ambiente. Santa Cruz do Sul, RS: EDUNISC, 2000. p. 366-367.

seus recursos, escondem-se outros interesses, geralmente de natureza econômica e comercial.

No período pós-Doha, abrangendo os encontros de Cancun (2003), Hong Kong (2005), Davos (2007), Potsdam (2007)<sup>30</sup> e Genebra (2008), nenhum avanço na área ambiental foi obtido.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, o que têm em comum a Declaração do Rio, o artigo XX do GATT, a Declaração Ministerial de Doha e, acrescentando, o artigo II do TBT<sup>31</sup>?

Primeiramente, todos eles abordam, de certa forma, questões ambientais ou trazem princípios relativos ao meio ambiente, porém sempre de maneira geral e “abstrata”, servindo apenas como diretrizes ou princípios orientadores universais, sem efeito vinculante. Difunde-se, por exemplo, a idéia de desenvolvimento sustentável, mas nenhum texto traz normas ou instruções “concretas” de como se efetivar tal meta, do que fazer e como agir.

Em segundo lugar, todos seguem exatamente o mesmo raciocínio, de acordo com a ideologia do livre comércio predominante na OMC, o que é compreensível (exceto quanto à Declaração do Rio), considerando que se tratam de instrumentos estritamente comerciais, ou seja, com objetivos únicos de expandir as trocas comerciais entre os países.

Apesar das exceções gerais do artigo XX do GATT no sentido de se proteger a moral pública; a saúde e a vida das pessoas, dos animais e dos vegetais; o patrimônio histórico ou arqueológico; os recursos naturais esgotáveis etc.; conforme o *caput* desse mesmo artigo, medidas preventivas não poderão ser tomadas quando ameaçarem o comércio internacional, constituindo-se em discriminação ou restrição encoberta.

*Artigo XX. A reserva de que não se apliquem as medidas enumeradas de forma que constitua um meio de discriminação arbitrária ou injustificada entre os países em que prevaleçam as mesmas condições, ou uma restrição encoberta ao comércio internacional, nenhuma disposição do presente Acordo será interpretada no sentido de impedir que toda parte contratante adote ou aplique as medidas:*

- a) necessárias para proteger a moral pública;
- b) necessárias para proteger a saúde e a vida das pessoas e dos animais ou para preservar os vegetais;

<sup>30</sup> Em julho de 2007, Brasil, EUA, Índia e União Européia se reuniram em Potsdam (Alemanha) para retomar as discussões e destravar a Rodada Doha, mas dois dias antes do término dos trabalhos, Brasil e Índia se retiraram das negociações, tendo, mais uma vez, o impasse na questão dos cortes de subsídios e da redução de tarifas levado ao fracasso da reunião (ALBUQUERQUE, Vinícius. Op. cit.)

<sup>31</sup> Sigla em inglês do Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio.

- c) relativas à importação ou à exportação de ouro ou prata;
- d) necessárias para lograr a observância das leis e regulamentos que não sejam incompatíveis com as disposições do presente Acordo, tais como as leis e regulamentos relativos à aplicação de medidas aduaneiras, à manutenção em vigor dos monopólios administrados de conformidade com o parágrafo 4 do artigo XVII, à proteção das patentes, marcas de fábrica, e direitos autorais e de reprodução, e à prevenção de práticas que possam induzir a erro;
- e) relativas aos produtos fabricados nas prisões;
- f) impostas para proteger os patrimônios nacionais de valor artístico, histórico ou arqueológico;
- g) relativas à conservação dos recursos naturais esgotáveis, na condição de que tais medidas se apliquem conjuntamente com restrições à produção ou ao consumo nacionais.<sup>32</sup>

Da mesma forma, o artigo II do TBT, mesmo reconhecendo a legitimidade dos objetivos de segurança nacional, vida e saúde humana, animal ou vegetal, meio ambiente, entre outros, estabelece, todavia, que os respectivos regulamentos técnicos não serão aplicados quando criarem obstáculos desnecessários ao comércio internacional.

*2.2. Os Membros se assegurarão de que não se elaborem, adotem ou apliquem regulamentos técnicos que tenham por objeto ou efeito criar obstáculos desnecessários ao comércio internacional. Para tal fim, os regulamentos técnicos não restringirão o comércio mais do que o necessário para alcançar um objetivo legítimo, considerando os riscos que possam surgir. Tais objetivos legítimos são, entre outros: os imperativos da segurança nacional; a prevenção de práticas que possam induzir a erro; a proteção da saúde ou segurança humanas, da vida ou saúde animal ou vegetal, ou do meio ambiente. Ao avaliar esses riscos, os elementos pertinentes a se levar em consideração são, entre outros: a informação disponível técnica e científica, a tecnologia de elaboração conexa ou os usos finais a que se destinem os produtos.*<sup>33</sup>

A Declaração de Doha limitou as propostas para as novas negociações apresentadas pelo Comitê sobre Comércio e Meio Ambiente na Conferência Ministerial subsequente (realizada em Cancun em 2003) às exigências do livre comércio.

*32. [...] O Comitê apresentará um informe na V Conferência Ministerial e formulará recomendações [...] Os resultados deste trabalho, assim como as negociações propostas de conformidade com as alíneas i) e ii) do parágrafo 31, serão compatíveis com o caráter aberto e não discriminatório do sistema multilateral de comércio, não aumentando nem diminuindo dos direitos e obrigações dos Membros perante os Acordos vigentes da OMC, em particular o Acordo*

<sup>32</sup> GATT, artigo XX (grifou-se).

<sup>33</sup> TBT, artigo II (grifou-se).

*sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias, nem alterando o equilíbrio destes direitos e obrigações, levando em conta as necessidades dos países em desenvolvimento e subdesenvolvidos.*<sup>34</sup>

Até a Declaração do Rio introduziu os objetivos do comércio em um de seus princípios, sobrepondo-os aos interesses da própria Conferência do Rio, um evento de Direito Ambiental Internacional.

*Os Estados devem cooperar para o estabelecimento de um sistema econômico internacional aberto e favorável, propício ao crescimento econômico e ao desenvolvimento sustentável em todos os países, de modo a possibilitar o tratamento mais adequado dos problemas da degradação ambiental. Medidas de política comercial para propósitos ambientais não devem constituir-se em meios para a imposição de discriminações arbitrárias ou injustificáveis ou em barreiras disfarçadas ao comércio internacional. Devem ser evitadas ações unilaterais para o tratamento de questões ambientais fora da jurisdição do país importador. Medidas destinadas a tratar de problemas ambientais transfronteiriços ou globais devem, na medida do possível, basear-se em um consenso internacional.*<sup>35</sup>

Assim, verifica-se que os dispositivos relativos ao meio ambiente constituem mera *retórica*, não tendo ainda a maioria das organizações internacionais, empresas e governos desenvolvido uma verdadeira consciência ou mesmo uma mínima preocupação com a temática ambiental.

Cabe ao Brasil, ao defender seus interesses comerciais no âmbito da OMC, cuidar para que as cláusulas ambientais eventualmente inseridas nas normas do comércio internacional não se transformem em lacunas para a instituição de novas barreiras não-tarifárias, protecionistas, impeditivas do acesso aos mercados.

## **7. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**7.1** Por influência da Conferência do Rio, o princípio do desenvolvimento sustentável foi inserido no preâmbulo do Acordo Geral que originou a OMC, sendo também, no âmbito desta organização, criado o Comitê sobre Comércio e Meio Ambiente, cujas políticas, porém, devem limitar-se aos aspectos estritamente comerciais.

**7.2** O artigo XX do GATT reconhece como situações excepcionais, entre outras, as que envolvam a saúde e a vida das pessoas, a fauna e a flora, os recursos naturais esgotáveis, o patrimônio histórico e arqueológico, impondo limites à regra do livre comércio.

<sup>34</sup> DECLARAÇÃO DE DOHA, parágrafo 32 (grifou-se).

<sup>35</sup> DECLARAÇÃO DO RIO, princípio 12 (grifou-se).

**7.3** Entretanto, o *caput* do mesmo artigo determina que esta reserva não se aplica aos casos que ameacem o comércio internacional, constituindo discriminação arbitrária ou injustificada, ou restrição encoberta. Nesse contexto, num conflito “comércio *versus* meio ambiente” dentro da OMC, tendem a prevalecer os interesses econômicos.

**7.4** Na Rodada Doha, lançada em 2001, o Brasil fez reservas quanto à eco-rotulagem e rejeitou a inclusão do princípio da precaução nas normas da OMC. Essa postura reflete a desconfiança dos países em desenvolvimento quanto aos dispositivos ambientais que possam servir como medidas protecionistas, impeditivas do acesso aos mercados.

**7.5** A maioria das regulações ambientais se apresentam sob a forma de princípios gerais, servindo apenas como diretrizes, sem efeito vinculante, raramente obrigando ou fiscalizando os países no cumprimento de suas metas – o que leva a concluir tratar-se de mera *retórica* o debate sobre comércio e meio ambiente travado na OMC.



# **CONEXÕES ENTRE DESASTRES ECOLÓGICOS, VULNERABILIDADE AMBIENTAL E DIREITOS HUMANOS: NOVAS PERSPECTIVAS**

*FERNANDA DE SALLES CAVEDON*

Professora Doutora em Direito Ambiental  
da Universidade do Vale do Itajaí; Bolsista  
Hermès (Fmsh) de Posdoutorado no  
Crideau/Université de Limoges

*RICARDO STANZIOLA VIEIRA*

Professor Doutor do Programa de Mestrado  
em Gestão de Políticas Públicas da  
Universidade do Vale do Itajaí

## **1. INTRODUÇÃO**

Os desastres ecológicos, de origem natural ou tecnológica, se apresentam como um dos grandes temas do Direito Ambiental contemporâneo, pelo seu agravamento ante as mudanças climáticas, intensificação da geração de riscos decorrente do rápido desenvolvimento tecnológico, mas especialmente em razão da vulnerabilidade ambiental gerada pela pobreza. Os efeitos dos desastres ambientais podem afetar de maneira diferenciada grupos, indivíduos e comunidades em razão de sua vulnerabilidade ambiental. Deve-se considerar, como enfatiza o movimento de justiça ambiental, que os riscos ambientais não são equitativamente distribuídos, e que fatores como pobreza, composição étnica ou racial podem estar no centro da distribuição destes riscos e custos ambientais. Por outro lado, a exposição a riscos e efeitos dos desastres ecológicos pode ser entendida como uma situação de violação de direitos humanos. Também nesse aspecto a vulnerabilidade ambiental contribui para uma maior exposição à violação de direitos humanos, especialmente o direito à vida. Os sistemas de proteção de direitos humanos podem desempenhar um papel importante de proteção dos direitos humanos de indivíduos e grupos vulneráveis em situações de desastres ecológicos. Neste sentido, destaca-se a Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH), que possui uma jurisprudência inovadora e consolidada em matéria ambiental, e que reconhece a violação do direito à vida motivada por desastres ecológicos naturais ou decorrentes de atividades humanas consideradas perigosas. Se deve considerar também a situação especial de vulnerabilidade e exposição à violação de direitos humanos dos indivíduos e grupos obrigados a deixar seus lugares de origem em razão da exposição a riscos naturais ou tecnológicos e efeitos de catastrofes ecológicas. Merece atenção nesta matéria o Projeto de Convenção Relativa ao Estatuto

Internacional dos Deslocados Ambientais elaborada por juristas da Universidade de Limoges, França, que pode reforçar o reconhecimento da dimensão ambiental dos direitos humanos e mesmo se constituir em mais uma importante norma de direito internacional à ser acionada pelos sistemas de proteção dos direitos humanos ante deslocamentos ambientais.

## **2. VULNERABILIDADE AMBIENTAL ANTE OS DESASTRES ECOLÓGICOS: A POBREZA COMO FATOR DE DESIGUALDADE AMBIENTAL**

Uma primeira aproximação ao significado do termo “desastre ecológico” é necessária para estabelecer sua relação com a vulnerabilidade ambiental ante os seus efeitos, especialmente aquela gerada pela pobreza. É um ponto complexo estabelecer um conceito, já que o desastre pode ser entendida a partir de diferentes perspectivas, sejam elas social, ambiental, econômica, etc. Mas, em linhas gerais, se pode dizer que tem como característica principal a sua dimensão coletiva. Como destaca LIENHARD<sup>1</sup>, é um evento que leva da passagem de um incidente, natural ou tecnológico, à um acidente de dimensões coletivas. Neste sentido, o desastre ecológico pode ter como causa estritamente a ação humana, decorrente do desenvolvimento de atividades e tecnologias ditas perigosas e que envolvem um certo nível de risco; ou ser produto de fenômenos naturais, nos quais também incidem fatores humanos, a exemplo do agravamento de fenômenos climáticos decorrentes do aquecimento global, em grande medida provocado pela ação humana. Em muitos documentos originados de organismos internacionais se verifica a predominância da referência a desastres naturais, em detrimento dos tecnológicos, mas é importante ressaltar que intrínseco à concepção de desastre natural estão as ações humanas que contribuem ou intensificam os efeitos do desastre. Neste sentido, o Guia Operacional sobre Direitos Humanos e Desastres Naturais, elaborado pelo IASC – Inter-Agency Standing Committee<sup>2</sup> ressalta a utilização do termo “naturais” por ser mais simples, sem desconsiderar que a magnitude das consequências de um desastre natural é determinado pela ação humana ou falta dela. Neste documento, assim como o Manual que o acompanha, designado “Direitos Humanos e Desastres Naturais: linhas diretrizes operacionais e manual sobre o respeito aos direitos humanos em situações de desastres naturais”,<sup>3</sup> os desastres naturais são entendidos como consequências de eventos decorrentes de perigos naturais que ultrapassam a capacidade local de resposta e afetam seriamente o desenvolvimento econômico e social de uma região, gerando perdas humanas,

<sup>1</sup> LIENHARD, Claude. Pour un droit des catastrophes. Recueil Le Dalloz, 1995. p.91.

<sup>2</sup> IASC é um fórum inter-agências único, de coordenação, desenvolvimento de políticas e processos decisórios envolvendo parceiros humanitários tanto do sistema das Nações Unidas como externos. Foi criado em 1992 em consequência da Resolução 46/182 da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre o fortalecimento da assistência humanitária e seu papel como primeiro mecanismo de cooperação inter-agências para a assistência humanitária foi afirmado pela Resolução 48/57 da Assembleia Geral das Nações Unidas.

<sup>3</sup> INTER-AGENCY STANDING COMMITTEE. Human Rights and Natural Disasters – Operational guidelines and field manual on human rights protection in situations of natural disasters. Washington: Brookings-Bern Project on Internal Displacement, 2008. (versão piloto)

materiais, econômicas e/ou ambientais, e excedendo a habilidade dos afetados de fazer frente à elas por seus próprios meios. Este conceito se coaduna ao adotado pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA – em seu documento intitulado “Meio Ambiente e Riscos de Desastres: perspectivas emergentes”<sup>4</sup>, que entende por desastre

*“uma séria perturbação no funcionamento de uma comunidade ou sociedade causando geralmente perdas humanas, materiais, econômicas ou ambientais que excedem a capacidade das comunidades ou sociedades afetadas para enfrentá-la usando seus próprios recursos. Um desastre é uma função do processo de risco. Ele resulta da combinação de perigos, condições de vulnerabilidade e capacidade ou meios insuficientes para reduzir as consequências negativas potenciais do risco”.*

Se pode extrair desta aproximação da idéia de desastre ecológico três elementos: 1) dimensão coletiva; 2) incapacidade das vítimas para enfrentar a situação de desastre sem auxílio externo; 3) resultado de uma combinação de fatores ambientais, socioeconômicos e institucionais, destacando-se entre eles a vulnerabilidade. É neste sentido que LIENHARD se refere à causalidade complexa das catástrofes, ou seja, a dificuldade de estabelecer uma só causa para o evento, que é resultado de diversas interações entre fatores humanos e naturais e distintas formas de vulnerabilidade. Como destacado no documento resultante da Conferência Mundial para a Redução dos Desastres, realizada no Japão em 2005, denominado “Hyogo Framework for Action 2005-2015: construindo a resiliência de nações e comunidades para os desastres”<sup>5</sup>, os riscos de desastre surgem quando o perigo interage com vulnerabilidades físicas, sociais, econômicas e ambientais. Ou seja, situações de perigo não se tornariam desastrosas se as vulnerabilidades fossem sanadas. É justamente o fator vulnerabilidade que intensifica o perigo e contribui para a concretização dos riscos.

Considerando o aspecto da vulnerabilidade, se verifica que os desastres ecológicos não atingem a todos indistintamente. Determinados fatores podem gerar uma maior vulnerabilidade para a prevenção e enfrentamento dos seus efeitos. Neste sentido a própria Declaração do Milênio adotada pelas Nações Unidas em 2000, prevê como meta a proteção dos vulneráveis, entre os quais nomeia as populações que sofrem de maneira desproporcional as consequências dos desastres naturais.<sup>6</sup> Entre os fatores que podem gerar maior vulnerabilidade ambiental aos desastres se destaca a pobreza, que afeta a capacidade de determinados indivíduos e comunidades de prevenir e se proteger dos desastres ecológicos. A maior dificuldade em acessar determinadas informações e mesmo de mobilidade, a necessidade de ocupar áreas de risco e de grande fragilidade ambiental, ou mesmo de

<sup>4</sup> PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE. Environment and Disaster Risks – Emerging Perspectives, 2008. p. 6.

<sup>5</sup> CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE REDUÇÃO DE DESASTRES (A/CONF.206/6). Hyogo Framework for Action 2005- 2015: building resilience of nations and communities for disasters. 2005.

<sup>6</sup> Declaração do Milênio. (A/55/L.2)

superexplorar os recursos naturais de seu ambiente para garantir a sobrevivência fazem dos mais pobres as vítimas preferenciais dos desastres. Esta relação entre pobreza, degradação ambiental e desastres é bem explicitada pelo PNUMA:

*“os pobres são os mais vulneráveis aos desastres porque eles são frequentemente forçados a se estabelecer nas áreas marginais e tem menos acesso à prevenção, preparo e pronta advertência. Além disso, os pobres são os menos resilientes na recuperação dos desastres porque eles não dispõem de redes de suporte, seguros e opções alternativas de subsistência”.*

De outro lado, o PNUMA reforça a relação entre desastres ecológicos e degradação ambiental, demonstrando que áreas degradadas estão mais expostas ao risco de desastres. Em consequência, os indivíduos e comunidades que ocupam áreas degradadas são, por sua vez, mais vulneráveis aos desastres ecológicos. Também a Declaração de Hyogo, adotada durante a Conferência Mundial para a Redução de Desastres, enfatiza as relações entre pobreza, vulnerabilidade ambiental e desastres. Esta relação é destacada em duas perspectivas: 1) os desastres dificultam ou mesmo impedem os programas de erradicação da pobreza e, portanto, a redução dos desastres é condição para a erradicação da pobreza; 2) os pobres são mais vulneráveis aos efeitos dos desastres. Quanto à primeira perspectiva, o texto da Declaração destaca que os desastres tem um significativo impacto lesivo aos esforços em todos os níveis para erradicar a pobreza global; o impacto dos desastres traz um desafio significativo para o desenvolvimento sustentável. Também reconhece a relação intrínseca entre redução de desastres, desenvolvimento sustentável e erradicação da pobreza. Na outra perspectiva, a Declaração reconhece que os desastres representam uma grande ameaça para a sobrevivência, dignidade, subsistência e segurança de pessoas e comunidades, particularmente os pobres, colocando em perspectiva as possíveis violações de direitos humanos decorrentes de desastres.

Por essas razões, as medidas a serem adotadas para a redução do risco de desastres e de suas consequências passam necessariamente pelo enfrentamento da vulnerabilidade gerada pela pobreza, e as desigualdades na distribuição dos riscos e custos ambientais decorrentes. Quanto ao significado de desigualdade ambiental, cabe destacar a noção desenvolvida pelo Comitê Francês para a Conferência de Joanesburgo:

*“... cobre tanto uma exposição aos riscos naturais e tecnológicos, uma degradação da qualidade de vida, uma privação relativa de certos bens e serviços comuns indo até um acesso restringido ou alterado a certos recursos vitais, se traduzindo por uma alteração do potencial de desenvolvimento no sentido pleno do termo”.*<sup>7</sup>

<sup>7</sup> COMITÊ FRANCÊS PARA A CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL – JOHANNESBURGO 2002. Livro Branco dos Atores Franceses do Desenvolvimento Sustentável. Disponível em <[www.ecologie.gouv.fr/IMG/pdf/livre\\_blanc\\_smdm.pdf](http://www.ecologie.gouv.fr/IMG/pdf/livre_blanc_smdm.pdf)>. Acesso em agosto de 2008.

As desigualdades ambientais e vulnerabilidades que provocam podem ser entendidas como situações de injustiça ambiental, já que o movimento de justiça ambiental destaca justamente a necessidade de distribuição equitativa de custos, riscos e benefícios ambientais, independentemente de fatores não justificáveis racionalmente como raça, condição socioeconômica, cultura ou poder. Uma injustiça ambiental ocorre, conforme conceito desenvolvido no workshop *Improving Environmental Justice in Central and Eastern Europe*,

*“quando membros em desvantagem, etnia, minoria ou outros grupos sofrem desproporcionalmente nos níveis local, regional ou nacional, riscos ou perigos ambientais, e/ou sofrem desproporcionalmente de violações de direitos humanos como resultado de fatores ambientais, e/ou é negado o acesso a investimentos ambientais, benefícios, e/ou recursos naturais, e/ou lhes é negado o acesso à informação e à participação nos processos decisórios ; e/ou ao acesso à justiça em matéria ambiental”.*<sup>8</sup>

Se verifica que a desigualdade/injustiça ambiental afeta o potencial de desenvolvimento, gerando um círculo vicioso, já que pela vulnerabilidade se sofre uma exposição mais intensa a riscos e custos ambientais que por sua vez cria ainda mais vulnerabilidade ao prejudicar as possibilidades de desenvolvimento. Como destaca o Instituto Francês do Meio Ambiente (IFEN), as desigualdades ambientais podem estar relacionadas a outras formas de desigualdade social, uma vez que as populações desfavorecidas vivem em locais onde o meio ambiente e a qualidade de vida estão degradados.<sup>9</sup> Por consequência, são também mais vulneráveis aos efeitos dos desastres ecológicos, tendo sua capacidade de prevenção, enfrentamento e recuperação dos efeitos dos desastres significativamente afetada. Ao mesmo tempo, as situações de desigualdade/injustiça ambiental são também fatores de enfraquecimento do potencial para o enfrentamento de vulnerabilidades, já que afeta os direitos ambientais procedimentais básicos de acesso à informação, participação e acesso à justiça. Ao mesmo tempo, coloca a intrínseca relação entre vulnerabilidade ambiental e violação de direitos humanos, já que situações de injustiça ambiental podem afetar estes direitos, especialmente em sua dimensão ambiental. Em consequência, os pobres que, por sua vulnerabilidade ambiental, são as vítimas preferenciais dos desastres ecológicos, são também afetados em sua dignidade humana, representada pelo conjunto dos direitos humanos reconhecidos internacionalmente, que em situações de desastres ecológicos se vêem ameaçados. Cabe, em consequência, analisar as relações entre a proteção jurídica do meio ambiente, os direitos humanos e os desastres ecológicos.

<sup>8</sup> ANTYPAS, Alexios, et. al. Linking environmental protection, health, and human rights in the European Union : an argument in favour of environmental justice policy. *Environmental Law & Management*, 2008, p. 10.

<sup>9</sup> INSTITUT FRANÇAIS DE L'ENVIRONNEMENT. *L'environnement en France*. 2006, p. 419.

### 3. APROXIMAÇÕES ENTRE MEIO AMBIENTE, DIREITOS HUMANOS E DESASTRES ECOLÓGICOS NUMA PERSPECTIVA DE JUSTIÇA AMBIENTAL

Os desastres ecológicos, aliados à vulnerabilidade ambiental, podem engendrar distintas violações de direitos humanos, em especial o direito à vida mas não unicamente. Direitos humanos econômicos, sociais, civis e políticos também podem ser comprometidos ante os efeitos dos desastres ecológicos. Neste sentido, se estabelece as relações entre direitos humanos, meio ambiente e pobreza, a partir da dimensão da justiça ambiental, para então abordar a questão específica da sua proteção em situações de desastres ecológicos.

A relação entre direitos humanos e meio ambiente foi estabelecida na Declaração de Estocolmo de 1972, que em seu Princípio 1 proclama:

*“Os dois aspectos do meio ambiente humano, o natural e o artificial, são essenciais para o bem-estar dos seres humanos e para o gozo dos direitos humanos fundamentais, inclusive o direito à vida em si mesma”.*

Também a Declaração do Rio de Janeiro de 1992 traz importante contribuição à matéria, especialmente em seu Princípio 10, que atribui uma dimensão ambiental aos direitos humanos procedimentais à informação, à participação e ao acesso à justiça, posteriormente reforçada pela Convenção de Aarhus de 1998.

Relações entre pobreza e direitos humanos numa dimensão ambiental são também evidenciadas, já que condições ambientais desfavoráveis podem ser causa de violações de direitos humanos assim como sua consequência, quando se verifica que indivíduos e grupos que dispõem de menos condições para exercer efetivamente estes direitos são as vítimas preferenciais dos riscos e custos ambientais. Além disso, a pobreza pode se apresentar como um dos fatores que agravam a crise ambiental e que, num movimento de reciprocidade, é intensificada por ela.

As conclusões do Seminário de Especialistas em Direitos Humanos e Meio Ambiente, realizado em 2000 pelo PNUMA e pelo Alto Comissariado para os Direitos Humanos da ONU reconhecem que o respeito aos direitos humanos é uma condição para o desenvolvimento sustentável, assim como a proteção ambiental é condição para o gozo efetivo dos direitos humanos. Em consequência, direitos humanos e meio ambiente são interdependentes. Também reconhecem que a pobreza está no centro das violações de direitos humanos e é um obstáculo para a proteção ambiental.<sup>10</sup> Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, fixados em 2000 pelos países membros da ONU, também aproximam os temas da pobreza e da proteção ambiental. Entre os oito objetivos fixados estão a erradicação da pobreza extrema e da fome e a garantia da sustentabilidade do meio ambiente. Por sua vez, a Declaração do Milênio é um importante instrumento no contexto da justiça ambiental ao adotar o princípio da solidariedade, exigindo que os custos sejam distribuídos com justiça, em especial atenção aos que sofrem ou menos se beneficiam. No contexto de justiça ambiental, a relação entre direi-

<sup>10</sup> Para mais informações sobre o Seminário e suas conclusões consultar <<http://www.unhchr.ch/environment>>.

tos humanos e meio ambiente é destacada no Relatório Ksentini, apresentado em 1994 e produzido no âmbito da Sub-Comissão para a Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias, ante um pedido formal da Assembléia Geral das Nações Unidas à então Comissão para os Direitos Humanos. O Relatório reconhece que violações dos direitos humanos podem produzir-se em consequência da degradação ambiental, assim como danos ao meio ambiente podem ser identificados em situações de violações de direitos humanos. A abordagem a partir de uma dimensão de justiça ambiental, que coloca em evidência a vulnerabilidade ambiental dos mais pobres, é favorecida pelo Relatório ao estabelecer conexões entre direitos em matéria ambiental e direito à não-discriminação, que está no centro dos debates sobre justiça ambiental. Como consequência, reconhece que os direitos humanos dos pobres e comunidades indígenas são desproporcionalmente violados por fatores ambientais.<sup>11</sup> Também os princípios sobre direitos humanos e meio ambiente elaborados em 1994 e anexos ao Relatório abordam a vulnerabilidade e desigualdade ambiental. Solicitam especial atenção aos grupos e pessoas vulneráveis e a distribuição equitativa dos benefícios ambientais.

Se pode referenciar ainda, neste domínio, algumas resoluções no âmbito das Nações Unidas. A Resolução 2003/71 sobre Direitos Humanos e Meio Ambiente como Parte do Desenvolvimento Sustentável, da Comissão para os Direitos Humanos, relaciona a pobreza, os direitos humanos, a questão ambiental e a discriminação. Busca, ainda, direcionar a atuação dos Estados para a incorporação da justiça ambiental em suas políticas ambientais ao manifestar que deveriam

*“considerar como a degradação ambiental pode afetar membros da sociedade em desvantagem, incluindo indivíduos e grupos de indivíduos que são vítimas ou objeto de racismo”.*<sup>12</sup>

Também a relação entre direitos humanos e pobreza foi abordada pelas Nações Unidas. Como exemplo destacado, cita-se a Resolução 2006/9 da Sub-Comissão para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, que dispõe sobre a aplicação de normas e critérios relativos aos direitos humanos no contexto da luta contra a extrema pobreza, à qual segue anexa uma proposta de princípios orientadores “Extrema Pobreza e Direitos Humanos: os direitos dos pobres”.<sup>13</sup> Nesta proposta se afirma que a pobreza configura-se como um obstáculo ao gozo efetivo dos direitos humanos e fragiliza a democracia e participação popular, podendo-se mesmo afirmar que constitui uma negação dos direitos humanos. São estabelecidos uma série de direitos reconhecidos aos pobres, como o direito à participação e que lhes sejam fornecidos os meios de se organizar e participar. Merece especial atenção no contexto da justiça ambiental o reforço ao direito de não-discriminação em razão da pobreza, reconhecendo-se que qualquer ato discriminatório ba-

<sup>11</sup> Informe Ksentini (UN Doc E/CN.4/Sub.2/1994/9).

<sup>12</sup> COMISSÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS DA ONU. Direitos Humanos e Meio Ambiente como Parte do Desenvolvimento Sustentável (UN Doc/CNUDH/Res 2003/71).

<sup>13</sup> CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU. Direitos Humanos e Extrema Pobreza (A/HRC/RES/2/2).

seado na estigmatização dos pobres constitui uma violação dos direitos humanos. Cabe destacar também os princípios e diretrizes para a integração dos direitos humanos nas estratégias de redução da pobreza do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Um bom exemplo da intergração entre direitos humanos, meio ambiente e vulnerabilidade gerada pela pobreza são os esforços empreendidos pela ONU em matéria das consequências nefastas dos movimentos e deposição ilícitas de produtos e resíduos tóxicos e nocivos para o gozo dos direitos humanos. Distintas resoluções neste sentido foram adotadas pela Comissão de Direitos Humanos e um relator nomeado para realizar estudos detalhados sobre o tema. Se reconhece que tais práticas comprometem os direitos humanos e o direito a um meio ambiente saudável, especialmente nos países em desenvolvimento, mais vulneráveis quanto ao recebimento destes resíduos, como na sua capacidade de tratá-los adequadamente. Assim, a discriminação ambiental que impõe aos mais pobres os riscos e custos ambientais e lhes nega acesso a determinados benefícios e recursos ambientais pode ser entendida como uma violação dos direitos humanos.

Mais especificamente no contexto dos desastres ecológicos e seu impacto sobre os direitos humanos, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas estabeleceu a relação entre as mudanças climáticas e os direitos humanos, que podem ser objeto de violação em razão de seus efeitos, através da Resolução 7/23 de 28 de março de 2008, denominada “Mudanças Climáticas e Direitos Humanos”.<sup>14</sup> De especial importância é o reconhecimento, no âmbito da Resolução, da vulnerabilidade dos mais pobres, especialmente os que vivem em zonas de alto risco, frente aos efeitos das mudanças climáticas e sua capacidade de adaptação mais limitada, o que conseqüentemente os torna também mais vulneráveis às violações de direitos humanos originadas em razão das mudanças climáticas. A Resolução solicita ao Alto Comissariado para os Direitos Humanos da ONU de promover um estudo analítico detalhado das relações entre mudanças climáticas e direitos humanos. Este estudo foi concluído pelo Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos e apreciado pelo Conselho de Direitos Humanos em sua sessão do mês de março de 2009 e será avaliado durante a Conferência das Nações Unidas para as Mudanças Climáticas, que se realizará em Copenhague este ano. O estudo concluiu que determinados grupos são especialmente vulneráveis às mudanças climáticas em razão de fatores como a pobreza.

Se verifica que mesmo não mencionando expressamente o termo “justiça ambiental”, a ONU vem desenvolvendo esta concepção sobre a vulnerabilidade ambiental motivada por razões não justificáveis racionalmente como a pobreza e a discriminação, ao estabelecer relações entre os direitos humanos, a pobreza e a questão ambiental.

Se pode constatar que esta dimensão de justiça ambiental e vulnerabilidade ambiental põe em destaque que os direitos humanos possuem uma dimensão ambiental e ao mesmo tempo propõe uma “humanização” da abordagem das

<sup>14</sup> CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU. Resolução 7/23 Direitos Humanos e Mudanças Climáticas.

questões ambientais. Ante a falta de incorporação direta da justiça ambiental nos sistemas jurídicos internos ou internacionais, o estabelecimento de relações entre o direito ambiental e a proteção dos direitos humanos se configura como uma importante estratégia para a sua realização. A justiça ambiental tem como base justamente a aproximação entre estes sistemas jurídicos, enfatizando a relação entre degradação ambiental, a discriminação e pobreza, e a violação de direitos humanos. Está centrada em um conjunto de direitos socioambientais substantivos e procedimentais fornecidos duplamente pelo direito ambiental e pelos sistemas jurídicos de proteção dos direitos humanos.

Uma base jurídica destinada a regular a prevenção, gestão e reparação dos efeitos dos desastres ecológicos exige igualmente a incorporação da dimensão da justiça ambiental, reconhecendo que indivíduos e comunidades não estão igualmente preparados para adotar medidas de prevenção, para enfrentar e para se recuperar dos desastres ecológicos, que varia conforme o seu grau de vulnerabilidade ambiental. Neste sentido, também é fundamental reconhecer que os pobres são também mais vulneráveis do ponto de vista ambiental e, em consequência, mais expostos aos desastres ecológicos e violações de direitos humanos decorrentes.

#### **4. CONTRIBUIÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS PARA A PROTEÇÃO DO DIREITO À VIDA ANTE OS DESASTRES ECOLÓGICOS**

Os desastres ecológicos, sejam de origem natural ou tecnológica, têm repercussão direta sobre a vida e o bem estar humano, razão pela qual podem ter como consequência situações de violação de direitos humanos. Neste sentido, os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos podem se configurar como um espaço de acesso à justiça para as vítimas de catástrofes ecológicas e de reparação das violações sofridas em seus direitos humanos, notadamente o direito à vida.

Se destaca, neste contexto, a Corte Européia de Direitos Humanos, que vem desenvolvendo uma jurisprudência ambiental de caráter inovador e bastante desenvolvida, atribuindo uma dimensão ambiental aos direitos humanos reconhecidos na Declaração Européia de Salvaguarda dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais. Em dois casos apresentados à Corte, esta reconhece uma violação do direito à vida, previsto no artigo 2º da Convenção, em razão de desastres ecológicos. No primeiro deles, *Öneryildiz e outros c. Turquia* de 30 de novembro de 2004, se trata de uma catástrofe tecnológica, ocorrida em razão da explosão de gás metano num depósito de resíduos em razão da omissão estatal em matéria de prevenção; e no segundo, *Budayeva e outros c. Rússia*, de 29 de setembro de 2008, de uma catástrofe natural ocasionada por deslizamentos de terra.

O caso *Öneryildiz c/ Turquia* expressa bem a conexão entre pobreza, direitos humanos e desastres ecológicos, assim como a possibilidade de utilização dos sistemas de proteção dos direitos humanos como espaço de enfrentamento da vulnerabilidade ambiental. É o primeiro caso no qual a Corte reconhece uma dimensão ambiental ao direito à vida, reconhecido pelo art. 2º da Declaração, afirmando que a vida pode ser ameaçada por condições ambientais desfavoráveis

e, numa dimensão positiva, que os Estados tem a obrigação positiva de adotar todos os meios possíveis para proteger este direito, o que exige a garantia de um meio ambiente equilibrado. A Corte também faz derivar do artigo 2º um direito de acesso à informação ambiental, quando estas informações sejam necessárias para a proteção da vida ante os riscos ambientais. Reconhece a obrigação positiva dos Estados de proteger o direito à vida, que se aplica tanto às atividades públicas como privadas capazes de gerar riscos, o que inclui as atividades industriais reconhecidas como perigosas por natureza.

O demandante alegava uma violação do artigo 2º da Convenção em razão da morte de seus familiares em decorrência da explosão de gás metano em um depósito de resíduos localizado próximo de sua residência, por responsabilidade das autoridades públicas. O Senhor Öneriyildiz vivia com doze familiares em uma região periférica de Ümraniye, distrito de Estambul, ocupada irregularmente por uma comunidade pobre. As autoridades nacionais, mesmo tendo conhecimento dos riscos do depósito e da irregularidade das ocupações no seu entorno, não adotaram as medidas necessárias para prevenir o acidente. É a situação típica de indivíduos e comunidades que, por sua situação socioeconômica, são obrigados a ocupar irregularmente áreas onde estão expostos a distintos riscos ambientais, e de descaso das autoridades públicas na adoção de medidas de prevenção e precaução para a proteção destas comunidades. Um aspecto importante do caso é que a Corte reconhece que o demandante havia construído um « ambiente social e familiar », mesmo em uma ocupação irregular no entorno de um depósito de resíduos, e que ante a tolerância das autoridades públicas, houve o reconhecimento desta ocupação e do modo de vida de seus habitantes.

O caso *Öneriyildiz* também gerou o reconhecimento da aplicação do princípio da precaução no âmbito da proteção dos direitos humanos. DE FONTBRESSIN entende que as censuras feitas pela Corte às ações e omissões das autoridades turcas podem levar ao reconhecimento expresso de uma violação do princípio da precaução por meio do direito à vida.<sup>15</sup> Neste sentido também se manifesta DE SALVIA, entendendo que neste caso, o que o demandante rechaça na conduta das autoridades nacionais é o descumprimento do princípio da precaução.<sup>16</sup>

A Corte também reconhece neste caso um direito de acesso à informação em matéria ambiental, especialmente sobre a exposição a riscos, resultante do artigo 2º. Cabe destacar que o mesmo já havia ocorrido em relação ao artigo 8º da Convenção, que prevê o direito ao respeito da vida privada, familiar e do domicílio, no caso *Guerra e outros c. Italia* de 19 de fevereiro de 1998. O caso versa sobre a ausência de informações à população sobre os riscos e as medidas a adotar em caso de acidente em uma indústria química localizada em uma área próxima às residências dos demandantes. A violação do artigo 8º reconhecida pela Corte se

<sup>15</sup> FONTBRESSIN, Patrick de. De l'effectivité du droit à l'environnement sain à l'effectivité du droit à un logement décent? Revue Trimestrielle des Droits de L'Homme, 2006, n° 65, p. 97.

<sup>16</sup> DE SALVIA, Michele. Principes généraux du droit de l'homme à un environnement sain, selon la Convention européenne des droits de l'homme. Annuaire International des Droits de L'Homme. Atenas ; Bruselas : Ant. N. Sakkoulas ; Bruylant, 2006. Vol. 1. p. 63.

dá pela omissão das autoridades públicas em fornecer informações sobre os riscos ambientais aos quais os indivíduos foram expostos. Ou seja, a ausência de informações sobre os riscos e consequências de uma catástrofe ecológica pode se configurar como um fator de violação de direitos humanos que, para a sua adequada proteção, requerem o acesso às informações ambientais.

Já o caso *Budayeva e outros c. Russia* reconhece a responsabilidade do Estado pela falta de adoção de medidas de prevenção e de gestão de desastres naturais previsíveis, expondo à perigo e mesmo comprometendo definitivamente o direito à vida. Os demandantes alegavam que as autoridades nacionais eram responsáveis pela morte do Senhor Budayev e por colocar suas vidas em risco em razão de suas falhas em mitigar as consequências de uma sequência de deslizamentos de terra ocorridos em Tyrnauz no ano de 2000. A cidade de Tyrnauz está localizada numa região montanhosa do Cáucaso central e passam pela cidade dois afluentes do Rio Baksan, o que gera um cenário propício aos deslizamentos de terra, comuns na região. Em julho de 2000 o fenômeno atingiu proporções de um grande desastre, aliado à falhas nos sistemas de contenção, prevenção, alarme, informação e socorro às vítimas. Os demandantes, em consequência, afirmavam que as autoridades falharam no cumprimento de sua obrigação positiva de adotar as medidas apropriadas para mitigar os riscos às suas vidas gerados por desastres naturais.

A Corte analisou o caso em duas dimensões: quanto ao conteúdo do direito à vida e quanto ao seu aspecto procedimental, ou seja, quanto às medidas administrativas e mesmo judiciais exigidas das autoridades nacionais em caso de ameaça ao direito à vida. No que se refere ao aspecto substantivo do direito à vida, a Corte considera que não houve justificativa para que as autoridades não implementassem adequadamente a infraestrutura necessária para prevenir e conter os efeitos do desastre natural, assim como para informar a população e promover a sua evacuação. Neste sentido, destaca que em qualquer evento, informar a população sobre riscos inerentes era uma das medidas práticas essenciais para garantir uma proteção efetiva dos cidadãos atingidos. Por fim, considera que a população não foi suficientemente alertada sobre o risco. Em consequência, conclui que as autoridades falharam no cumprimento da obrigação positiva de estabelecer uma estrutura legislativa e administrativa para garantir a efetiva proteção contra as ameaças ao direito à vida como requer o art. 2 da Convenção.

Quanto ao aspecto procedimental, é importante destacar um princípio enunciado pela Corte de que os demandantes, nas ações internas de responsabilidade do Estado, deveriam demonstrar em que medida o dano atribuído à negligência das autoridades excedia o que pode ser considerado como inevitável diante de um desastre natural. Por fim, a Corte conclui por uma violação do direito à vida em seu aspecto procedimental em razão de que a responsabilidade das autoridades pelo desastre em Tyrnauz nunca foi adequadamente investigada ou examinada por nenhuma autoridade administrativa ou judicial.

Cabe destacar, por fim, um conjunto de princípios referentes à proteção do direito à vida em situações de desastres ecológicos tecnológicos ou naturais enunciados pela Corte em ambos os casos citados.

a) O art. 2 da Convenção impõe a obrigação positiva aos Estados de adotar as medidas necessárias para proteger a vida das pessoas em sua jurisdição.

b) Esta obrigação positiva gera a responsabilidade ao Estado de adotar uma estrutura legislativa e administrativa para garantir a efetiva proteção contra violações do direito à vida.

c) Esta obrigação se aplica à qualquer tipo de atividade, pública ou privada, que coloque em jogo o direito à vida, especialmente no âmbito dos riscos industriais ou atividades perigosas.

d) A obrigação positiva de proteção da vida deve ser considerada no seu aspecto substantivo e procedimental, especialmente a obrigação de adotar medidas adequadas para informar a população sobre qualquer emergência que gere risco de vida, e de garantir que em caso de morte se proceda à um inquérito judicial.

e) No âmbito das atividades perigosas, se deve dar especial ênfase à regulamentação destas atividades, considerando seu risco potencial para a vida humana. As autoridades nacionais devem adotar procedimentos para o licenciamento, instalação, operação, segurança e supervisão da atividade, que devem ser obrigatórios para todos encarregados de adotar medidas práticas para garantir a efetiva proteção de todos aqueles cujas vidas possam ser colocadas em perigo por riscos iminentes.

f) Especial ênfase deve ser dada ao direito de acesso à informação.

g) Regulamentações devem prever procedimentos apropriados, considerando os aspectos técnicos da atividade, para identificar possíveis lacunas nos processos e erros cometidos pelos responsáveis nos diferentes níveis.

h) Os Estados tem uma ampla margem de apreciação em questões sociais e técnicas complexas, podendo escolher os meios para cumprir as obrigações positivas decorrentes do art. 2º. Esta amplitude da margem de apreciação nacional em questões de alta complexidade tem maior peso no que se refere às emergências decorrentes de eventos meteorológicos, que estão além da possibilidade de controle humanos, assim como no âmbito das atividades perigosas de natureza tecnológica.

i) Na análise do cumprimento da obrigação positiva dos Estados frente ao art. 2º é preciso considerar as especificidades do caso. Em situações de emergência em que os Estados são responsáveis pela proteção da vida humana pela adoção de medidas de mitigação de perigos naturais, se deve considerar em que medida as circunstâncias apontam para a iminência de um perigo ambiental claramente identificado, e especialmente no caso de calamidades recorrentes. A obrigação positiva imputável ao Estado depende da origem da ameaça e da extensão em que os riscos são suscetíveis de mitigação.

Quanto ao aspecto procedimental do art. 2º, a Corte estabelece os seguintes princípios:

a) Quando ocorram mortes que potencialmente gerem a responsabilidade do Estado, este tem a obrigação de assegurar, por todos os meios disponíveis, uma resposta adequada, na esfera judicial ou por outro meio, assim como uma estrutura legislativa e administrativa para garantir que o direito à vida seja devidamente implementado e que qualquer violação deste direito seja reprimida e punida.

b) Quando o direito à vida ou integridade física for atingido de forma não intencional, a obrigação positiva de assegurar um sistema judicial efetivo não requer

necessariamente um procedimento penal, podendo ser satisfeita se medidas civis, administrativas ou disciplinares são disponibilizadas às vítimas.

c) No caso particular de atividades perigosas, a investigação criminal é indispensável considerando que as autoridades públicas são as únicas que dispõem do conhecimento adequado para identificar e estabelecer os fenômenos complexos que podem ter causado o acidente.

d) Quando ocorram mortes como resultado de eventos que envolvem a responsabilidade estatal por ações preventidas, o sistema judicial exigido pelo art. 2º deve prever um procedimento de investigação independente e imparcial que satisfaça certos padrões mínimos para a sua efetividade e capaz de assegurar que sanções penais serão aplicadas na medida em que se justifiquem pelos resultados da investigação.

Se verifica que a Corte Europeia de Direitos Humanos desenvolveu em sua jurisprudência um conjunto de princípios orientadores em matéria de proteção do direito à vida ante os desastres ecológicos tecnológicos ou naturais, que podem se constituir em um importante parâmetro para o desenvolvimento de um direito dos desastres ecológicos. Ao mesmo tempo, coloca em evidência a intrínseca relação entre direito ambiental e direitos humanos, reforçando a sua dimensão ambiental.

## **5. DESLOCAMENTOS AMBIENTAIS E DESASTRES ECOLÓGICOS: POR UM ESTATUTO JURÍDICO QUE INTEGRE A DIMENSÃO AMBIENTAL DOS DIREITOS HUMANOS**

Um dos fenômenos contemporâneos que traz grandes desafios ao direito ambiental e aos sistemas de proteção aos direitos humanos é o deslocamento de indivíduos e comunidades por razões ambientais. Este fenômeno também demonstra mais um ponto de conexão entre direitos humanos, vulnerabilidade ambiental e desastres ecológicos, já que estes podem estar no centro dos movimentos de deslocamento ambiental, que por sua vez engendram possíveis violações de direitos humanos. Por essa razão, uma resposta efetiva no plano jurídico à situação dos deslocados ambientais exige um esforço conjunto no âmbito do direito ambiental e dos sistemas de proteção dos direitos humanos.

Estes deslocamentos podem se dar no interior de um mesmo país ou entre países. Cabe destacar a inexistência, no estado atual do direito internacional, de normas jurídicas destinadas à proteção dos deslocados ambientais, especialmente no que se refere aos deslocamentos interestatais. Os deslocamentos internos, mesmo não contando com um instrumento jurídico específico, foram objeto de especial atenção por parte de organismos internacionais. O Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos lançou um conjunto de Princípios Orientadores Relativos aos Deslocados Internos.<sup>17</sup> A Organização dos Estados Americanos - OEA, por sua vez, possui um projeto de Resolução sobre os Deslocados Internos, aprovada pela Comissão de Assuntos

<sup>17</sup> COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU. Guiding Principles on Internal Displacement (E/CN.4/1998/53/Add.2).

Jurídicos e Políticos em 20 de maio de 2008. Cabe destacar que estes textos abordam o fenômeno dos deslocamentos internos de maneira geral, e não especificamente em matéria ambiental.

O projeto de Resolução da OEA, mesmo não se destinando a abordar a questão específica dos deslocamentos ambientais, se refere à situação dos desastres ecológicos como causa de deslocamentos internos. Neste sentido, solicita aos Estados que protejam os direitos humanos dos deslocados internos em situações de desastres naturais e provocados pela ação humana. Também nos Princípios Orientadores Relativos aos Deslocados Internos é possível encontrar uma referência aos desastres naturais e tecnológicos como causa de deslocamentos, considerando como deslocados internos as pessoas ou grupos forçadas ou obrigadas a fugir ou abandonar suas casas ou locais de residência habituais em consequência de calamidades humanas ou naturais, dentre outras causas indicadas.

Especificamente no que se refere aos deslocamentos ambientais, não só internos como interestatais, merece destaque o Projeto de Convenção sobre o Estatuto Internacional dos Deslocados Ambientais<sup>18</sup>, realizado por um grupo de trabalho da Universidade de Limoges, França. Este grupo de trabalho foi composto pelo CRIDEAU (Centre de recherches interdisciplinaires en droit de l'environnement, de l'aménagement et de l'urbanisme) e do CRDP (Centre de recherches sur les droits de la personne), equipes temáticas do OMIJ (Observatoire des mutations institutionnelles et juridiques), com o apoio do CIDCE (Centre International de Droit Comparé de l'Environnement). Deve-se destacar que é a única proposta especificamente voltada aos deslocados ambientais intra e interestatais, e que surge justamente ante à falta de respostas do direito para o problema. Cabe enfatizar a nomenclatura escolhida pelo grupo de trabalho (deslocados ambientais), em detrimento da expressão “refugiados ecológicos”. Optou-se por “deslocados” como expressão majoritariamente utilizada em textos oficiais, a exemplo daqueles referenciados, além de melhor refletir a diversidade de causas e modalidades dos deslocamentos e o seu caráter não exclusivamente pessoal, mas coletivo, além de deixar claro que é um deslocamento forçado e não espontânea. O termo “refugiados” poderia gerar confusão com o significado que tem no contexto da Convenção de Genebra de 28 de julho de 1951 que institui o estatuto dos refugiados políticos. Por outro lado, a escolha da expressão “ambientais” em detrimento de “ecológicos” visa reforçar o entendimento de que estes deslocamentos se originam não somente de fenômenos naturais, mais sobretudo pela ação humana e sua influência na degradação dos meios de sobrevivência. Em consequência, o Projeto conceitua os deslocados ambientais como:

*“as pessoas físicas, as famílias e as populações confrontadas a um desastre brutal ou gradual em seu ambiente afetando inelutavelmente suas condições de vida e lhes forçando a deixar, com urgência ou no seu decorrer, seus lugares habituais de vida e requerendo sua relocação ou realojamento”.*

<sup>18</sup> Texto publicado na Revue Européenne du Droit de L'Environnement, n° 4/2008, p. 381-393. Versão original em francês.

A proposta de Convenção, em linhas gerais, tem como objeto contribuir para garantir direitos aos deslocados ambientais e organizar seu acolhimento e seu eventual retorno aos seus lugares de origem. Está pautada nos princípios da responsabilidade comum mas diferenciada, da proximidade, da proporcionalidade, da efetividade e da não-discriminação. Reconhece como direitos comuns a todos os deslocados ambientais: 1) direito à informação e à participação; 2) direito à assistência e socorro; 3) direito à água e à ajuda alimentar; 4) direito à habitação; 5) direito ao cuidado médico; 6) proteção dos direitos da pessoa; 7) direito ao respeito da unidade familiar; 8) direito à educação e à formação; 8) direito à subsistência pelo trabalho. Foi considerada a situação peculiar dos deslocados temporários, que dispõem de direitos específicos, além daqueles atribuídos a todos os deslocados ambientais: 1) direito à um alojamento seguro; 2) direito à reinstalação; 3) direito ao retorno; 4) direito à permanência prolongada. Os deslocados definitivos também tiveram reconhecidos direitos específicos: o direito ao realojamento e o direito à nacionalidade. Famílias e populações deslocadas, por sua vez, tem o direito à preservação da unidade familiar e as populações são beneficiadas pelo regime jurídico aplicado às minorias, nos países de acolhida. O Projeto prevê, além dos direitos reconhecidos aos deslocados ambientais, uma estrutura administrativa e organizacional para a implementação da Convenção, especialmente pela criação de uma Agência Mundial para os Deslocados Ambientais.

Os deslocamentos ambientais, gerados por desastres ecológicos naturais ou tecnológicos, além de uma questão ambiental *stricto sensu* ou de direito humanitário, se configura como uma das principais expressões de vulnerabilidade ambiental capaz de engendrar violações aos direitos humanos dos deslocados. Se verifica que o Projeto de Convenção, se efetivamente adotado, pode se transformar num grande exemplo de articulação entre o direito ambiental e os sistemas de proteção dos direitos humanos que, como demonstrado ao longo do texto, devem necessariamente estabelecer conexões para enfrentar as vulnerabilidades ambientais, realizar a justiça ambiental e estabelecer estratégias eficazes de prevenção, gestão e reparação dos desastres ecológicos. Ao mesmo tempo, pode se constituir num importante instrumento para os sistemas de proteção dos direitos humanos, à exemplo da Corte Europeia de Direitos Humanos, que lhes permita integrar a dimensão ambiental nas análises de violação de tais direitos em situações de desastres ecológicos.

Neste sentido, cabe destacar novamente o caráter inovador da Corte Europeia de Direitos Humanos, que vai além do texto da Convenção Europeia de Direitos Humanos e seus Protocolos adicionais na fundamentação de suas decisões, utilizando como suporte outras normas jurídicas internacionais e comunitárias, especialmente em matéria ambiental. Se pode citar como exemplos duas decisões recentes, ainda não definitivas, nos casos *Tatar c. Romenia*, de 29 de janeiro de 2009, e *Mangouras c. Espanha*, de 8 de janeiro de 2009, ambos referentes à desastres ecológicos tecnológicos.

O caso *Tatar c. Romenia* se refere à violação do direito à proteção da vida privada e familiar e do domicílio dos demandantes, na localidade de Baia Mare, em razão da contaminação gerada pela exploração mineral realizada através de

uma tecnologia nova à base de cianureto de sódio, que apresentava ainda um certo nível de incerteza quanto aos seus efeitos. No ano de 2000 aconteceu um grande desastre ecológico no local, pelo derramamento de águas contaminadas, inclusive com cianureto de sódio, em distintos rios da região, chegando ao Mar Negro pelo delta do Danúbio. Este desastre teve repercussões internacionais e suscitou a atenção do PNUMA e da União Européia, que efetuaram relatórios sobre o caso. Em sua decisão, que constata a violação do artigo 8º da Convenção Européia de Direitos Humanos, a Corte EDH não exitou em se basear num aparato de normas ambientais internacionais e comunitárias e inclusive no princípio da precaução, na análise da demanda. Entre estas se destaca a Declaração de Estocolmo de 1972, a Convenção de Aarhus de 1998, sobre os direitos de acesso à informação, à participação pública e à justiça em matéria ambiental, e o princípio da precaução reconhecido em distintas normas e jurisprudência da União Européia. Neste sentido, a Corte inova ao trazer para o âmbito da proteção dos direitos humanos ante os desastres ecológicos o princípio da precaução, típico do direito ambiental, que neste caso pautou toda a construção de sua argumentação para fundamentar o reconhecimento de uma violação de direitos humanos por razões ambientais. E mesmo instiga os estados a observarem tais normas internacionais de proteção ambiental, além das normas de direito interno. É também neste caso que a Corte se refere, pela primeira vez, ao direito de dispor de um meio ambiente saudável e protegido. Outro ponto destacado é a ênfase dada pela Corte ao direito de obter informações sobre os riscos de atividades consideradas perigosas e as medidas a adotar em caso de acidente, se baseando notadamente em norma ambiental internacional, no caso a Convenção de Aarhus.

O segundo caso, *Mangouras c. Espanha*, apesar de não se tratar especificamente de violação de direitos humanos em razão de desastres ecológicos, incide indiretamente sobre o tema, pois o demandante era o capitão do Navio Prestige, submetido à processo penal na Espanha pelos danos ambientais gerados por um derramamento de óleo na costa espanhola ocorrida no ano de 2002. Sua demanda se pautava na contestação do valor da fiança fixada pela justiça espanhola. A Corte reconhece em sua decisão que o Prestige provocou uma catástrofe ecológica de grandes dimensões, justificando o valor da fiança, e não exita em recorrer às normas internacionais de proteção do ambiente marinho, de prevenção e reparação da poluição gerada pelo derramamento de óleo, e normas ambientais comunitárias européias, como a Diretiva 2004/35/CE sobre prevenção e reparação de danos ambientais, e a Diretiva 2005/35/CE sobre a poluição causada por navios. Reconhecendo a preocupação crescente no nível europeu e internacional em relação aos delitos contra o meio ambiente, a luta dos estados contra a poluição marinha e a vontade unânime dos estados, organizações européias e internacionais de identificar os responsáveis, garantir sua presença nos processos judiciais e de aplicar as sanções devidas, a Corte considera que o montante fixado como fiança é proporcional ao dano cometido, não reconhecendo violação dos direitos do demandante.

Estes dois casos demonstram a crescente integração de normas ambientais e mesmo de princípios jurídicos típicos do direito ambiental, notadamente o princípio da precaução, na análise de violações de direitos humanos, que passam a

constituir um importante fundamento das decisões da Corte Européia de Direitos Humanos, mais além dos textos específicos sobre direitos humanos. Neste sentido, os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos podem se constituir num espaço destacado de proteção dos deslocados ambientais, fazendo-se necessário, para tanto, que se constitua no nível internacional um estatuto jurídico próprio às vítimas dos deslocamentos ambientais, que podem engendrar distintos níveis de violação de direitos humanos.

## **6. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**6.1** Os desastres ecológicos, naturais ou tecnológicos, se caracterizam por sua dimensão coletiva; incapacidade das vítimas de reabilitação sem ajuda externa e causalidade complexa, resultando de distintos fatores interdependentes, entre os quais se destaca a vulnerabilidade ambiental que afeta a capacidade de prevenção, reação e reabilitação frente aos desastres.

**6.2** A pobreza é uma das principais causas de vulnerabilidade ambiental que gera maior exposição aos desastres ecológicos e às violações de direitos humanos decorrentes, exigindo que as respostas jurídicas aos desastres integrem a dimensão da justiça ambiental e conjuguem ações de redução da vulnerabilidade gerada pela pobreza.

**6.3** Os sistemas de proteção dos direitos humanos tem papel destacado na integração da dimensão ambiental e direitos humanos ante os desastres, destacando-se a Corte Européia de Direitos Humanos ao desenvolver princípios de garantia do direito à vida ante desastres tecnológicos e naturais, que servem de parâmetro para um “direito dos desastres ecológicos”.

**6.4** Os deslocamentos ambientais, em especial os interestatais, representam uma lacuna no direito internacional, que pode ser sanada pelo Projeto de Convenção sobre o Estatuto Internacional dos Deslocados Ambientais, e que se constitui num importante instrumento para os sistemas de proteção dos direitos humanos na proteção às vítimas de desastres ecológicos.

**6.5** A crescente utilização de normas ambientais na análise de violações de direitos humanos, os deslocamentos ambientais e os meios jurídicos que exigem, apontam a tendência de integração entre o direito ambiental e os sistemas de proteção dos direitos humanos, essencial na elaboração de respostas jurídicas à vulnerabilidade ambiental ante os desastres ecológicos.



# **A AVALIAÇÃO AMBIENTAL ESTRATÉGICA COMO MANIFESTAÇÃO CONCRETA DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E A EMERGÊNCIA DE SUA INSTITUCIONALIZAÇÃO NO BRASIL**

*GERMANO LUIZ GOMES VIEIRA*

Advogado. Mestre em Direito Internacional pela Universidade Católica Portuguesa. Professor do Centro Universitário UNA e da Universidade José do Rosário Vellano – Unifenas/BH

## **1. O SURGIMENTO DA QUESTÃO AMBIENTAL**

Estamos diante de uma silenciosa revolução. Não no sentido de uma revolta ou insurreição, mas no sentido de uma mudança profunda de pensamentos e atitudes. Desta vez, ao invés das armas, são os discursos os instrumentos utilizados.

Nunca na história falou-se tanto em Meio Ambiente como nas últimas quatro décadas. Em voga estão questões que envolvem direitos, deveres, conservação, desflorestamento, biodiversidade, sustentabilidade, mudanças climáticas.<sup>1</sup>

Diz-se que este novo cenário é um dos três desafios com os quais os líderes mundiais devem se preocupar e discutir ao longo deste século. O primeiro é a necessidade de manter o mundo em paz, empregando todos os esforços da comunidade internacional com o objetivo de cessar os conflitos locais (incluindo o terrorismo). O segundo relaciona-se com a luta contra a pobreza no mundo e, finalmente como terceiro desafio, vêm os problemas de defesa do meio ambiente.<sup>2</sup>

Deixando de lado retóricas em sua maioria apenas políticas, o fato é que, no âmbito deste novo desafio em que nos deparamos atualmente, o Direito Ambiental ocupa lugar especial.

O cenário internacional que começou a se delinear principalmente a partir do final dos anos sessenta e início dos anos setenta do século passado teve contribuição decisiva para o emergir de uma nova ordem, ou seja, para a tutela mais eficiente de um bem jurídico de extrema importância para a humanidade: o bem jurídico ambiente. Compõem este cenário, entre outros, os graves desastres ocorridos com petroleiros nesta época, os testes nucleares, o início de estudos

---

<sup>1</sup> Veja-se, por exemplo, a decisão n.º 1600/2002/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Julho de 2002, Jornal Oficial n.º L 242 de 10/09/2002 p. 0001 – 0015, que estabeleceu o sexto programa comunitário de ação em matéria de Ambiente para o período entre 2002-2012. Identifica-se quatro prioridades neste atual programa nomeadamente mudança climática, natureza/ biodiversidade, ambiente/saúde e recursos naturais/desperdício.

<sup>2</sup> Este é o posicionamento de GORBACHEV, Mikhail. Meu manifesto pela Terra. São Paulo: Planeta, 2003, p. 23-26.

especializados sobre o meio ambiente, como o da bióloga Rachel Carlson e a convergência da opinião pública para esta temática.

Por conseguinte, deve-se mencionar também uma das primeiras legislações a nível interno/estadual que pretendia a criação de uma política nacional que beneficiasse tanto homem quanto meio ambiente. Trata-se do *National Environmental Policy Act* (1969) dos Estados Unidos da América que procurou estabelecer procedimentos para a análise dos impactos ambientais resultantes das ações governamentais e serviu de influência para diversos outros Estados.

Em seguida aos acontecimentos dos anos sessenta e setenta do século passado que levantaram definitivamente um novo cenário ambiental, era de se esperar que a procura por respostas alcançasse também o plano internacional. Neste sentido, as Organizações Internacionais tiveram papel fundamental com o escopo de “dar respostas” às questões ambientais, contribuindo complementarmente para “*instaurar e manter o Estado Ecológico de Direito*,”<sup>3</sup> visando uma união da comunidade internacional em torno da nova realidade que surgira.

Por isso, foi importante nesta fase equacionar a relação Estados soberanos *versus* comunidade internacional, ou em outras palavras, saber se os Estados soberanos seriam capazes de convergir para o mesmo fim, trabalhando juntos, deixando de lados interesses próprios, para o fim maior de proteção do meio ambiente.<sup>4</sup>

A Organização das Nações Unidas é exemplo de uma Organização Internacional que buscou prontamente se manifestar em decorrência do conturbado cenário internacional-ambiental que ora se apresentava. Através da Resolução da Assembleia Geral 2398/XXIII, de 3 de dezembro de 1968, a ONU já convocava uma conferência mundial sobre o meio ambiente. Estava por vir a “*primeira conferência mundial para discussão de problemas relacionados com a proteção do ambiente*”.<sup>5</sup> A primeira de várias que se seguiram nestes quase quarenta anos “*do ponto de partida do movimento ecológico*”<sup>6</sup>.

Além da Conferência de Estocolmo, de 1972, diversas outras se seguiram colaborando para o desenvolvimento principiológico, tais como, a Conferência do Rio de Janeiro em 1992 e a Conferência de Joanesburgo em 2002. Ou seja, apesar de não especificamente citado na Carta das Nações Unidas, a proteção do Meio Ambiente tem sido um norteador da política desta Organização neste sentido.

Ressalte-se que, apesar de se ter em vista que foram as Conferências de Estocolmo e a do Rio de Janeiro aquelas que mais trabalharam para o desenvol-

<sup>3</sup> Vd. LEME MACHADO, Paulo Afonso. *Direito ambiental brasileiro*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 65. ISBN 978-85-7420-866-4.

<sup>4</sup> Vd. GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *O lugar do Direito na Protecção do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 47.

<sup>5</sup> Cfr. GOMES, Carla Amado. *O Ambiente como objecto e os objectos do direito do ambiente*. In: *Textos dispersos de direito do ambiente*. Lisboa: AAFDL, 2005, p. 75-76. Completa a autora que “estes documentos são reflexos, simultaneamente, das preocupações suscitadas, ao nível internacional, por vários desastres geradores de graves perturbações ambientais”. No mesmo sentido, MELO ROCHA, Mário de. *Ob. cit.* p. 31-54, que, ao analisar o nascimento e evolução do direito internacional e do direito europeu do ambiente, traz referência aos documentos resultantes do “largo movimento de opinião” que começou a se formar.

<sup>6</sup> Expressão de. NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio. *Direito Ambiental Internacional*. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2002. p. 27. Ressalta-se que esta expressão “ponto de partida” empregada pelo autor, refere-se ao início do movimento ambiental no âmbito da comunidade internacional.

vimento de princípios ambientais internacionais, o problema ambiental ainda está na agenda de Estados e da própria ONU. A discussão sobre meios de defesa do meio ambiente é, por isso, atual e mundial.

O fato é que muito tem sido discutido hodiernamente sobre a proteção do meio ambiente. Lembre-se, à propósito o Protocolo de Kyoto, assinado em 1997 e ainda muito debatido nas reuniões das partes que se seguiram (Canadá, Nairóbi, Indonésia, Poznan, em 2005, 2006, 2007 e 2008, respectivamente); a Conferência das Nações Unidas sobre mudança climática, em Bali, 2007; a Conferência das Nações Unidas sobre o combate à desertificação, em Madrid, 2007; e a Conferência sobre diversidade biológica, em Bonn, 2008.

Nos últimos meses, a opinião pública também parece ter se direcionado para as discussões sob influência do documentário “*Uma Verdade Inconveniente*” do ex-vice-presidente americano Al Gore, vencedor do Oscar na sua categoria em 2007 e os grandes desastres naturais que assolaram o Golfo do México, América Central e a costa leste norte-americana nos últimos anos como por exemplo os furacões *Katrina*, de 2005 e *Gustav e Ike*, de setembro de 2008, entre outros.) O “ex-futuro” Tratado de Lisboa, no plano comunitário, também demonstrava preocupação sobre as alterações climáticas, trazendo-as como um dos objetivos da política ambiental comunitária.<sup>7</sup>

Deste modo, identificamos neste novo cenário o surgimento e a definição de princípios jurídicos ambientais que buscavam conferir uma proteção mais efetiva para o ambiente e que vieram a se desenvolver nos anos que se seguiram. É para esta nova perspectiva mundial que são necessárias ações antecipatórias de gerenciamento de riscos e também aquelas que contribuam para suprimir, ou ao mínimo amenizar as degradações ao meio ambiente que continuam a se intensificar atualmente.

## **2. OS PRINCÍPIOS DE DEFESA ANTECIPATÓRIA DO MEIO AMBIENTE: PRECAUÇÃO E PREVENÇÃO**

### **2.1 Princípio da Precaução**

O princípio da precaução é um dos princípios mais promissores do direito ambiental e também um dos mais amplos. FREITAS MARTINS<sup>8</sup> afirma que este princípio surgiu no início dos anos oitenta do século passado, “*fruto da desmistificação do poder absoluto da ciência e da tecnologia e de demanda social de segurança*”.

De fato, uma das primeiras manifestações do princípio da precaução no cenário internacional deu-se na década de oitenta, na Segunda Conferência Internacional sobre a proteção do Mar do Norte, em 1987.<sup>9</sup> A seguir, na Declaração do

<sup>7</sup> ECKSTEIN, Anne. La lutte contre le changement climatique devient une priorité. Revista Européenne n° 3407 de 07 de novembro de 2007, p. 27. Para a autora, “la lutte contre le changement climatique acquiert un statut prioritaire dans le nouveau Traité...”.

<sup>8</sup> FREITAS MARTINS, Ana Gouveia e. O princípio da precaução no direito do ambiente. Lisboa: AAFDL, 2002. p. 20 e 41. Cf. LEME MACHADO, Paulo Afonso. Ob. cit. p. 65.

<sup>9</sup> Também neste sentido manifesta-se ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. Direito Comunitário do Ambiente, ob. cit. p. 19.

Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, o princípio em tela também encontrou terreno fértil.<sup>10</sup>

O cerne deste princípio é a tomada prévia de medidas diante da incerteza dos riscos provocados por determinadas ações sobre o meio ambiente. A pergunta que se deve colocar é: há certeza científica sobre o risco ambiental? Há certeza de que não existe perigo ambiental? Neste ponto o princípio da precaução se aplica num enfoque de prudência e vigilância.<sup>11</sup>

Todavia, o princípio da precaução ainda não encontra uniformidade de entendimento na doutrina internacional, seja na discussão como princípio autônomo e sua independência ao princípio da prevenção, bem como diferentes são suas interpretações terminológicas,<sup>12</sup> análise que extrapola o objeto deste trabalho. No entanto, ultrapassada essa discussão, participamos do entendimento que traz “a precaução como um meio de gerenciamento de riscos”.<sup>13</sup> No mesmo sentido encontra-se ANA GOUVEIA MARTINS,<sup>14</sup> para a qual o núcleo do princípio da precaução reside na:

*“adopção de medidas sempre que se suspeite que uma determinada actividade ou técnica envolva um risco de produção de danos ambientais, desconhecendo-se porém, a sua probabilidade de ocorrência e/ou magnitude; perante impactos ambientais já verificados, se desconheça qual a sua causa; não seja possível demonstrar a existência de umnexo de causalidade entre o desenvolvimento de uma actividade ou processo e a ocorrência de determinados danos”.*

Neste contexto, pensamos que este princípio veio, sem dúvida, reforçar o princípio da prevenção,<sup>15</sup> ambos atuando num sentido antecipatório. Distinguem-se, entretanto, por aquele exigir, “uma proteção antecipatória do ambiente ainda num momento anterior àquele em que o princípio da prevenção impõe atuação preventiva”,<sup>16</sup> quando efetivamente os “riscos para o ambiente são mais altos, podendo resultar em degradação irreversível”.<sup>17</sup> Em outras palavras, “enquanto a prevenção busca cuidar de riscos probabilísticos (risco de dano ambiental), a precaução se destina a gerir riscos que não são probabilísticos (risco de perigo potencial)”.<sup>18</sup>

<sup>10</sup> Cfr. Princípio 15: “De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades”.

<sup>11</sup> Cfr. NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio. Ob. cit. p. 55-56.

<sup>12</sup> IDEM, ibidem, p. 11-24. Cfr. também as inquietudes de GOMES, Carla Amado. Dar o duvidoso pelo (in)certo? Reflexões sobre o “princípio da precaução”. In: Textos dispersos de direito do ambiente, ob. cit. Lisboa: AAFDL, 2005, p. 143-174.

<sup>13</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite, WOLD, Chris, NARDY, Afrânio. Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 64. ISBN 85-7308-647-5.

<sup>14</sup> FREITAS MARTINS, Ana Gouveia e. Ob. cit. p. 53.

<sup>15</sup> Ao contrário do que entendem HUNTER, David, SALZMAN, James, ZAEKE, Durwood. International environmental law and policy. New York: Foundation, 1998b Apud SAMPAIO, José Adércio Leite, WOLD, Chris, NARDY, Afrânio. Ob. cit. p. 70-71. Para os autores que a “prevenção é um meio de aplicação do princípio da precaução”.

<sup>16</sup> Vd. ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. Direito Comunitário do Ambiente, ob. cit. p. 20.

<sup>17</sup> KISS, Alexandre. The rights and interests of future generations and the precautionary principle. In The precautionary principle and international law: the challenge of implementation. Hague: Kluwer Law International, 1996, p. 26-27 Apud MORATO LEITE, José Rubens. Sociedade de risco e Estado. In: Direito constitucional ambiental brasileiro. Organizadores: José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leire. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p.171. ISBN 978-85-020-6152-1.

<sup>18</sup> SETZER, Joana. Diretrizes para a aplicação do princípio da precaução no direito internacional do meio ambiente. In: NASSER, Salem Hikmat, REI, Fernando. Direito Internacional do Meio Ambiente. (organização de ensaios em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares). São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 55-56. ISBN 85-224-4306.

O que se pode observar diante do exposto é a amplitude do princípio da precaução, apresentando-se como uma ferramenta importante e perspicaz, por exemplo, nos procedimentos públicos de tomada de decisões,<sup>19</sup> fase em que diversas considerações podem ser levantadas sem, no entanto, correr-se o risco de um dano concreto ao meio ambiente. Pode-se, inclusive, decidir por abandonar a atividade sem qualquer ônus ao meio ambiente, em respeito à alternativa zero.

Normalmente, este princípio vem sendo aplicado em matérias como energia nuclear, clonagem, alterações climáticas e segurança alimentar, entre outros. Mencionaremos também em tópico *infra*, a relação deste princípio no procedimento de Avaliação Ambiental de planos, programas e políticas, a Avaliação Ambiental Estratégica.

## 2.2 Princípio da Prevenção

O princípio da prevenção tem especial importância para a proteção do ambiente por encerrar a ideia da necessidade de adoção de todas as medidas preventivas necessárias para se evitar um dano ambiental. A máxima popular de “*é melhor prevenir do que remediar*” ou “*better safe than sorry*”, traz a ideia da abrangência deste princípio.

O princípio da prevenção não visa gerenciar os riscos não probalísticos, riscos de perigo potencial, que ficam a cargo do princípio da precaução. O princípio da prevenção coloca-se a resolver os riscos probalísticos, ou em outras palavras, riscos de danos ambientais concretos e por isso caracteriza-se por ser menos amplo do que o princípio da precaução, mas não menos importante.

Neste contexto, o princípio em tela tem por escopo identificar os efeitos negativos do impacto de determinado empreendimento no meio ambiente buscando suprimi-los ou minorá-los de tal forma que a atividade torne-se aceitável ambientalmente.

A Declaração adotada em 1972, em razão da Conferência de Estocolmo, já trazia em seu princípio 6º um viés preventivo, mesmo sem citar o princípio da prevenção explicitamente. Neste sentido, identifica-se uma enorme gama de instrumentos jurídicos susceptíveis de atuar preventivamente, evitando a ocorrência de danos ambientais, dentre eles estão a Avaliação de Impacto Ambiental e o Licenciamento Ambiental.

## 3. A AVALIAÇÃO AMBIENTAL ESTRATÉGICA (AAE) E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Não é tarefa fácil fixar um conceito de Avaliação Ambiental Estratégica, seja pela ausência de previsão legal deste Instituto no país e que assim oriente sua definição, seja pelo ainda desinteresse de alguns doutrinadores por este instrumento.

<sup>19</sup> Como, a exemplo, na elaboração de uma política, plano ou programa governamental.

Assim, consideremos primeiramente a noção de Avaliação Ambiental num sentido lato tal como leciona MOREIRA:<sup>20</sup>

*“Instrumento de política ambiental, formado por um conjunto de procedimentos capaz de assegurar, desde o início do processo, que se faça um exame sistemático dos impactos ambientais de uma ação proposta (projeto, programa, plano ou política) e de suas alternativas, e que os resultados sejam apresentados de forma adequada ao público e aos responsáveis pela tomada de decisão, e por eles sejam considerados”.*

No conceito fixado pelo ilustre autor, retira-se como objeto da AAE os planos, programas e políticas. Assim, resta para a Avaliação de Impacto Ambiental, instrumento já bem delineado pelo ordenamento jurídico brasileiro, a avaliação de determinados projetos, públicos ou privados, sobre o meio ambiente. Veja-se como exemplo, a definição de AAE no DL 232/2007 de 15 de Junho, normativo responsável por inaugurar tal regime no ordenamento jurídico de Portugal:

*Art. 2º, a: Avaliação Ambiental (é) a identificação, descrição e avaliação dos eventuais efeitos significativos no ambiente resultantes de um plano ou programa, realizada durante um procedimento de preparação e elaboração do plano ou programa e antes de o mesmo ser aprovado ou submetido a procedimento legislativo, concretizada na elaboração de um relatório ambiental e na realização de consultas, e a ponderação dos resultados obtidos na decisão final sobre o plano ou programa e a divulgação pública de informação respeitante à decisão final.*

A Avaliação Ambiental Estratégica tem surgido como uma nova alternativa de Avaliação Ambiental, numa clara manifestação do princípio da precaução, com o propósito de se estudar a viabilidade ambiental de planos, programas e políticas num momento ainda mais anterior do que acontece com a Avaliação de Impacto Ambiental de projetos, no momento da tomada de decisões, quando novas opções podem ainda ser adotadas sem que o ambiente sofra qualquer dano.

Sobre o princípio da precaução podem ser feitas várias considerações a nível doutrinário, algumas delas já trazidas em tópico *supra*. Nos ocupamos neste momento, em realçar a relação deste princípio com o instrumento jurídico Avaliação Ambiental Estratégica.

O cerne deste princípio está na tomada prévia de medidas diante da incerteza dos riscos provocados por determinadas ações sobre o meio ambiente, na

<sup>20</sup> MOREIRA, I.V.D. Vocabulário básico de meio ambiente. Rio de Janeiro: Feema/Petrobrás, 1992 apud SÁNCHEZ. Luiz Enrique. Ob. cit. p. 39. Apenas para efeito ilustrativo, destacamos ainda os seguintes conceitos: Apenas para efeito ilustrativo, destacamos os seguintes: 1 – (...) “uma técnica criada para identificar e prever o impacto sobre o ambiente bio-geofísico, a saúde e bem estar humano, resultante de propostas legislativas, programas, projetos e procedimentos de gestão, e para interpretar e comunicar a informação relativa aos eventuais impactos.” (MUNN, R.E. Environmental Impact Assessment: principles and procedures. Report 5, 2ª ed., Chichester, 1979 apud COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe. O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental. Coimbra: Almedina, 1998. p. 302); 2 – “A noção de impacto ambiental traduz a ideia de uma alteração da realidade existente, directa ou indirectamente provocada, na sequência de uma intervenção humana”. (MELO ROCHA, Mário de. A avaliação de impacto ambiental como princípio do direito do ambiente nos quadros internacional e europeu. Porto: PUC, 2000, p. 120); 3 – “It is a procedural instrument that implements the prevention principle by requiring an assessment of the environmental effects of certain decisions in advance” (JANS. Jan H., VEDDER, Hans H. B.. European Environmental Law. 3rd edition. Brussels: Europa Law Publishing, 2007. p. 311-312).

velha máxima “*in dubio pro ambiente*”. Não se deve, com isso, confundi-las com aquelas medidas adotadas preventivamente à ocorrência de um dano concreto, cujas causas são bem conhecidas. Isto se reserva ao *princípio da prevenção*. De acordo com o princípio da precaução, frente à ameaça de danos profundos ao meio ambiente, ainda que não existam provas científicas que provem o nexo causal entre uma atividade e os seus efeitos, devem ser adotadas medidas para impedir a sua ocorrência. O mais importante é identificar os riscos, avaliar sua gravidade e probabilidade de ocorrência e delimitar aqueles que são aceitáveis, podendo-se, inclusive, chegar à “alternativa zero”. Nas palavras de FREITAS MARTINS,

*“o princípio da precaução tem na sua base a ideia de que é imprescindível gerir os riscos ambientais, adoptando-se uma atitude de antecipação preventiva que se revela a longo prazo como mentos onerosa para a sociedade e o ambiente e mais justa e solidária para as futuras gerações”* (destaque nosso).

Dentre as funções da AAE, destacam-se o fato desta contribuir para um processo de decisão ambiental e sustentável; melhorar a qualidade de políticas, planos e programas; fortalecer e facilitar a AIA de projetos e promover novas formas de tomar decisão.<sup>21</sup>

Isto se justifica pelo fato de a Avaliação Ambiental Estratégica intervir num momento anterior ao de qualquer projeto de obra em concreto, facilitando a integração das questões ambientais e de sustentabilidade nos processos de decisão (planeamento ou programação). É possível analisar o espaço territorial em todas as suas diferentes condicionantes (biofísicas, econômicas, sociais e políticas) e consequentemente identificar riscos, mensurá-los e geri-los, avaliando-se os impactos significativos eventuais que, do ponto de vista ambiental, podem resultar para a região se o plano for aprovado e executado. Por isso, conclui-se que a AAE é uma específica decorrência do princípio da precaução, daí a possibilitar uma proteção muito mais efetiva ao meio ambiente.

Em outras palavras, a AAE tem a vantagem de integrar variáveis ambientais mais antecipadamente, considerando aspectos de natureza biofísicas, políticas e socioeconômicas na formulação de planos, programas e políticas, para o desenvolvimento de uma estratégia eficaz de *desenvolvimento sustentável*. Deste modo, este instrumento tem como benefício, entre outros: a integração do meio ambiente e do desenvolvimento no processo decisório, facilitando a emergência de planos, programas e políticas sustentáveis ambientalmente; o aumento da eficiência nos processos de tomada de decisões levando-se em conta aspectos amplos da qualidade ambiental; a consideração de um número bem superior de considerações ambientais e alternativas em comparação com a avaliação ambiental de projetos; o envolvimento do público e de demais entidades interessadas nas discussões relevantes para a avaliação e sustentabilidade.

<sup>21</sup> PARTIDÁRIO. Maria do Rosário. Guia de boas práticas para a avaliação ambiental estratégica – orientações metodológicas. Estudo disponível no site da Agência Portuguesa do Ambiente. p. 10. [www.apambiente.pt](http://www.apambiente.pt). Acesso em 25/01/2009.

#### 4. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA AAE NO BRASIL: IMPORTÂNCIA

No âmbito da AAE, ou seja, da Avaliação Ambiental de políticas, planos e programas (*Policies, Plans* e Programmes – PPP's), observa-se, como dissemos, uma maior abordagem do princípio da precaução, tendo-se em vista que a avaliação ambiental incide ainda numa fase mais anterior, quando estas próprias políticas são definidas. A AAE é, portanto, instrumento de política ambiental, que objetiva promover o desenvolvimento sustentável através da incorporação de questões ambientais em processos de planejamento estratégico das políticas públicas, quando as opções de atuação ainda estão em aberto. É cada vez mais emergente a ideia da busca do desenvolvimento humano em harmonia com a natureza.

Nos últimos anos, a Avaliação Ambiental Estratégica ganhou espaço no Brasil. A maioria dos órgãos ambientais brasileiros, em todos os níveis, passaram a discorrer sobre a importância da AAE para a proteção ambiental. É bem verdade que, a Avaliação Ambiental de planos, programas e políticas governamentais pode contribuir muito para evitar degradações ao ambiente por constituir-se em instrumento de caráter político e técnico que tem a finalidade de servir de subsídio aos tomadores de decisões, uma vez que proporciona informações sobre as possíveis consequências ambientais (impactos e riscos) das políticas, planos, programas, sobre o ambiente social em que se desenvolvem, as tendências futuras que possivelmente interferirão nas ações governamentais, além de descrever as respectivas alternativas mitigadoras, para que diante do conhecimento de tais dados, as autoridades competentes possam tomar decisões públicas que sejam ambientalmente sustentáveis.

Entretanto, a Avaliação Ambiental Estratégica ou Avaliação Ambiental de Planos, Programas e Políticas (PPP's), como também é conhecida por cá, ainda não está institucionalizada no Brasil a nível nacional. Apesar de a Lei 6.938/81, de 31 de Agosto, não ter, nos termos do artigo 9º, III, optado explicitamente por um ou outro instrumento de Avaliação Ambiental, a experiência brasileira tem demonstrado que as atividades de avaliação ambiental tem se restringido à Avaliação de Impacto Ambiental de projetos, mas tal fato (ausência de opção) também tem possibilitado a exigência de AAE “*por órgãos internacionais de financiamento, assim como realizadas, espontaneamente, por agentes governamentais*”.<sup>22</sup> Ora, é bem verdade que a exigência casuística de AAE pelos órgãos licenciadores<sup>23</sup> desvirtua a própria natureza da avaliação, “*que deve partir da identificação dos problemas e oportunidades de desenvolvimento, e não da análise das consequências das soluções já em fase de proposição*”.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> GHERSEL, Elton. A avaliação ambiental estratégica e a política nacional do meio ambiente. In: Política nacional do meio ambiente – 25 anos da lei 6.938/1981. Coordenadores: João Carlos Rocha, Tarcísio Humberto Filho e Ubiratan Cazetta. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 140.

<sup>23</sup> Pois a falta de atribuições e competências só permite a exigência das avaliações estratégicas na oportunidade de licenciamento de projetos, já que as políticas, planos e programas não estão sujeitos à obtenção de licença ambiental. Vd. GHERSEL, Elton. Ob. cit. p. 141.

<sup>24</sup> GHERSEL, Elton. Ob. cit. p. 141-142.

Assim, vários estudos vêm sendo realizados a nível Estadual no país.<sup>25</sup> Entretanto, como observa ELTON GHERSEL,<sup>26</sup>

*“a maior parte desses estudos não reúne as características típicas das avaliações ambientais estratégicas, sendo alguns mais propriamente descritos como avaliações ambientais integradas (caso dos estudos realizados para o aproveitamento do potencial hidrelétrico de bacias hidrográficas), e outros não são mais do que estudos de impacto ambiental com abrangência geográfica estendida”.*

Disto se conclui que as normas legais e regulamentares atualmente em vigor no Brasil são insuficientes para a adoção institucionalizada do instrumento de Avaliação Ambiental Estratégica.

De toda sorte, está em discussão na Câmara dos Deputados Federal, entre outros, o projeto de lei (PL 2.072/2003) de autoria do deputado Fernando Gabeira que altera a Lei nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981, a fim de dispor sobre a AAE. Tal projeto de lei caminha com boas perspectivas, recebendo parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados em 05/05/2008.<sup>27</sup> Fato é que ocorre atualmente no Brasil cenário propício para a definitiva institucionalização da AAE e seus procedimentos.

O projeto de lei em epígrafe obriga a realização de avaliação ambiental estratégica pelos órgãos da Administração Pública direta e indireta responsáveis pela formulação de políticas, planos e programas para permitir visão abrangente de suas repercussões, suplementando o caráter segmentado dos atuais estudos de impacto ambiental.

O autor do projeto, deputado Fernando Gabeira justifica com razão sua proposta sob o argumento de que a implementação de Estudo de Impacto Ambiental – EIA no âmbito dos processos de licenciamento ambiental é fundamental e importante, porém insuficiente, pois ele abrange apenas empreendimentos específicos. Não existe previsão legal para fazer uma análise do efeito cumulativo gerado por um conjunto de empreendimentos decorrentes de políticas, planos e programas governamentais a serem implantados numa mesma região.

Contudo, observa COSTA NETO<sup>28</sup> que:

<sup>25</sup> Em São Paulo, a Resolução 44/94 da Secretaria do Meio Ambiente, definiu o âmbito de estudo para a implementação da AAE no Estado. Em Minas Gerais, o Governo do Estado, através da Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável e Diretoria de Normas e Padrões – DINOP/Superintendência de Licenciamento e Atos Autorizativos editou uma apostila para definir, no âmbito deste Estado, a elaboração da AAE, suas etapas operacionais e seus benefícios. Vd. [www.semad.mg.gov.br](http://www.semad.mg.gov.br). Acesso em 29/01/09.

<sup>26</sup> GHERSEL, Elton. Ob. cit. p. 141.

<sup>27</sup> Vd. [www2.camara.gov.br/internet/proposicoes](http://www2.camara.gov.br/internet/proposicoes). Acesso em 29/01/2009. Cfr. GHERSEL, Elton. Ob. cit. p. 142-145.

<sup>28</sup> COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. Proteção jurídica do meio ambiente. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 351, 349-358. ISBN 85-7308-610-6. Também neste sentido GHERSEL, Elton. Ob. cit. p. 140. Para este autor, o artigo 10º, nº 1 da Resolução 237/97 do CONAMA, ao dispor que cabe ao órgão licenciador a definição, “com participação do empreendedor, dos documentos, projectos e estudos ambientais necessários ao início do processo de licenciamento correspondente a licença a ser requerida” tem possibilitado a exigência de estudos por vezes denominados avaliações ambientais estratégicas, a cargo do empreendedor.

*“ainda que não sobrevenha normatização que explicita os aspectos acima destacados, uma releitura das disposições da Resolução CONAMA n.º 01, de 23.01.86, poderá viabilizar a materialização dos fins propostos para a AIA estratégica”.*

Não é a nosso ver a solução mais adequada. Pensamos ser necessário o quanto antes institucionalizar-se a AAE no Brasil a nível federal. A União Europeia pode ser um bom exemplo para os anseios brasileiros. O que não podemos deixar de ressaltar é que a AAE baseia-se no mesmo princípio da avaliação de impactos ambientais que preside o tradicional Estudo de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), mas enquanto este último destina-se, basicamente, a analisar impactos de projetos isoladamente, a avaliação estratégica visa analisar políticas, planos, programas de ação estatal em um aspecto mais amplo. Contudo, como adiantamos, já vem ocorrendo também no país a iniciativa de alguns órgãos estaduais no intuito de promover o estudo da AAE no âmbito de suas competências.

A Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável de Minas Gerais, através de sua Diretoria de Normas e Padrões – DINOP/Superintendência de Licenciamento e Atos Autorizativos divulgou exemplar estudo sobre a Avaliação Ambiental Estratégica e sua importância para o Estado de Minas Gerais. De acordo com o Estudo:<sup>29</sup>

*“A Avaliação Ambiental Estratégica é um processo formal, sistemático, público, participativo e democrático de previsão e avaliação dos impactos ambientais e alternativas mitigadoras das políticas, planos, programas e projetos governamentais, que deve ser utilizado no momento de elaboração das propostas de tais ações estratégicas, incluindo a preparação de um relatório escrito contendo os resultados da avaliação e a utilização desses resultados para tomadas de decisão que sejam ambientalmente sustentáveis. Grosso modo, pode-se dizer que a AAE baseia-se no mesmo princípio da avaliação de impactos ambientais que preside o tradicional Estudo de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), mas enquanto este último se presta, basicamente, a identificar e quantificar impactos de projetos isoladamente, a avaliação estratégica tem por escopo analisar políticas, planos, programas e projetos de ação estatal em seus aspectos mais gerais e abrangentes.”*

## 5. CONCLUSÕES ARTICULADAS

Diante do exposto, pode-se concluir que diante de todas as mazelas que configuram a era ecológica iniciada na segunda metade do século passado, a Avaliação Ambiental Estratégica apresenta-se como um novo instrumento a ser utilizado por políticas nacionais para a defesa antecipatória do meio ambiente. Poderá futuramente “esverdear” o processo público de tomada de decisões no Brasil, oportunidade em que seria possível:

<sup>29</sup> Disponível em [www.semad.mg.gov.br](http://www.semad.mg.gov.br). Secretaria de Estado do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável – Minas Gerais. Acesso em 20/02/09.

**5.1** integrar variáveis ambientais mais antecipadamente, considerando aspectos de natureza biofísicas, políticas e socioeconômicas na formulação de planos, programas e políticas.

**5.2** desenvolver uma estratégia eficaz de desenvolvimento sustentável.

**5.3** integrar meio ambiente e desenvolvimento no processo decisório, facilitando a emergência de planos, programas e políticas sustentáveis ambientalmente.

**5.4** aumentar a eficiência nos processos de tomada de decisões levando-se em conta aspectos amplos da qualidade ambiental.

**5.5** possibilitar o envolvimento do público e de demais entidades interessadas nas discussões relevantes para a avaliação e sustentabilidade sem, contudo, estar-se diante do risco de dano concreto ao meio ambiente.



# **INTER-RELAÇÃO ENTRE ZONAS ÚMIDAS COSTEIRAS E SUA SUSCETIBILIDADE E/OU VULNERABILIDADE AOS PROCESSOS DE RISCO DA ATIVIDADE PORTUÁRIA**

**GRAZIELLE XAVIER**

Mestre em Ciência Jurídica (Univali), Advogada.  
Membro do Grupo de Pesquisa em Direito  
Ambiental Univali/CNPQ

**FRANCELISE PANTOJA DIEHL**

Doutoranda em Meio Ambiente e  
Desenvolvimento (UFPR). Grupo de Pesquisa  
em Direito Ambiental Univali/CNPQ

**NIVIA DAIANE RÉGIS BRANCHER**

Advogada. Membro do Grupo de Pesquisa  
em Direito Ambiental Univali/CNPQ

## **1. INTRODUÇÃO**

O presente trabalho se concentra em aduzir a Atividade Portuária como vetor de Risco a Biodiversidade Costeira e a Sociedade ou Comunidade de Risco, como a parcela da população que vive na Cidade Portuária Costeira.

É na Zona Costeira onde mais se desenvolve a Atividade Portuária, e, que dada sua natureza notadamente impactante a torna suscetível e/ou vulnerável as suas externalidades. Dessa maneira, face à fragilidade e a importância de seus ecossistemas formadores – as Zonas Úmidas Costeiras – torna-se justificável para a problemática proposta, discorrer sobre as diversas pressões naturais e antrópicas que estão suscetíveis e ou vulneráveis estes sistemas. E neste desenrolar as pressões da Atividade Portuária, visto que ela se constitui em manifesta ameaça à perda da Biodiversidade Costeira, ou pelo menos de sua homogeneização, bem como ao desequilíbrio do bem estar humano, o que por si só se configura como um Risco da modernidade.

Daí poder-se falar em inter-relação entre Atividade Portuária, e seu ambiente receptor: Zonas Úmidas Costeiras, e sua singular suscetibilidade e/ou vulnerabilidade aos processos de Risco da Atividade Portuária e outros Riscos inerentes a este espaço. Serão arroladas neste trabalho as diversas pressões antrópicas e naturais exercidas sobre eles, num primeiro momento, e após o Risco próprio da operação portuária. É o que se passa a detalhar.

## 2. PRESSÕES NATURAIS NA ZONA COSTEIRA: SECA, INUNDAÇÕES E MUDANÇAS CLIMÁTICAS

Socorre-se neste momento do relato, aos pontos apreciados pela Convenção de Ramsar como sendo as principais pressões ou desastres naturais suscetíveis pelas Zonas Úmidas Costeiras: a) seca; b) queimadas; c) inundações; e c) mudanças climáticas.<sup>1</sup>

Em decorrência do reconhecimento dos aspectos dos desastres naturais serem muito amplos, como se verifica nos diversos e contínuos fenômenos extremos, e frente ao entendimento que as Zonas Úmidas são vulneráveis à seca, a COP8 Ramsar, adotou a Resolução VIII. 35 sobre as “*Repercusiones de los desastres naturales, em particular a seca nos ecossistemas de Zonas Úmidas*”, comprometendo as Partes Contratantes a trocarem experiências, e enviarem esforços múltiplos a fim de evitá-los. Por efeito, desta constatação Ramsar celebrou acordos multilaterais e bilaterais de cooperação internacional, e participou da Conferência Internacional sobre a Redução dos Desastres Naturais (Kobe, Japón, 2005), cujo alcance abarca os desastres provocados por causas naturais e causas relacionadas com o meio ambiente e a tecnologia, e revela os multiriscos como parte integrante nos processos de manejo dos Riscos de desastres e as relações entre as distintas causas que tem repercussões significativas nos sistemas sociais, econômicos, culturais e ambientais.<sup>2</sup>

Relativo aos fenômenos de inundação permite-se afirmar, contém dupla face. De um lado: fazem parte das características naturais dos ecossistemas de Zonas Úmidas e desempenham um papel fundamental para garantir o funcionamento dos destes e a manutenção de seus benefícios/serviços para a sociedade e para a Biodiversidade. De outro elas podem apresentar-se como desastres naturais<sup>3</sup>. Neste encadeamento a Convenção entende urgente a necessidade de conservação das Zonas Úmidas naturais, tais como os manguezais, pela função fixadora que exercem, bem como o uso racional das zonas costeiras. Esta tutela visa contribuir para mitigar, de forma natural, as inundações principalmente nas orlas marítimas (elevação do nível do mar), bem como proteger a reabilitação das Zonas Úmidas de bacia de captação, que contribuem naturalmente para prevenir inundações.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> RAMSAR. Resolución VIII.35. Repercusiones de los desastres naturales, en particular de la sequía, en los ecosistemas de humedales. 9 8va. Reunión de la Conferencia de las Partes Contratantes en la Convención sobre los Humedales (Ramsar, Irán, 1971) Valencia, España, 18 a 26 de noviembre de 2002. Disponível em: [http://www.ramsar.org/res/key\\_res\\_viii\\_35\\_s.htm](http://www.ramsar.org/res/key_res_viii_35_s.htm). Acesso em: 01.01.2008.

<sup>2</sup> RAMSAR. Manual 13. Manuales Ramsar para el uso racional de los humedales 3a. edición, 2007 Evaluación del impacto: Directrices para incorporar los aspectos de la diversidad biológica a la legislación y/o los procesos de evaluación del impacto ambiental y de evaluación ambiental estratégica. Disponível em: < [http://www.ramsar.org/lib/lib\\_handbooks2006\\_s13.pdf](http://www.ramsar.org/lib/lib_handbooks2006_s13.pdf) >. Acesso em: 15.08. 2007.

<sup>3</sup> RAMSAR. Resolución IX.3. Participación de la Convención de Ramsar sobre los humedales en el proceso multilateral hidrológico actual. 9ª Reunión de la Conferencia de las Partes Contratantes de la Convención sobre los Humedales (Ramsar, Irán, 1971) Kampala, Uganda, 8 a 15 de noviembre de 2005 Disponível em: < [http://www.ramsar.org/res/key\\_res\\_ix\\_03\\_s.htm](http://www.ramsar.org/res/key_res_ix_03_s.htm) >. Acesso em: 15.08. 2007.

<sup>4</sup> RAMSAR. Humedales: agua, vida y cultura. 8ª Reunión de la Conferencia de las Partes Contratantes en la Convención sobre los Humedales (Ramsar, Irán, 1971) Valencia, España, 18 al 26 de Noviembre de 2002. Disponível em: < [http://www.ramsar.org/res/key\\_res\\_viii\\_03\\_s.doc](http://www.ramsar.org/res/key_res_viii_03_s.doc) >. Acesso em: 15.08. 2007.

Acrescido a estes fatores, de secas, queimadas e inundações, estão as já sentidas e conflituosas demonstrações de mutações climáticas<sup>5</sup> que ocasionam interferências diretas sobre estes processos, que se frisa, ocorrem internacionalmente.<sup>6</sup>

Sopesando a problemática acerca das mudanças climáticas ocorridas naturalmente, bem como as oriundas das ações antrópicas, o que terá que ser graduado de maneira associativa, bem como a dificuldade em retroceder o uso indiscriminado dos recursos naturais advindos das Zonas Úmidas Costeiras, a Convenção de Ramsar aponta diversas preocupações, as quais por seu turno motivaram o estreitamento de laços de cooperação. Consolidação que vê no caso da Convenção Marco das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas<sup>7</sup>, que se tornou possível após o reconhecimento mútuo que a educação, a capacitação da sociedade, interessados diretos e, principalmente, do Poder Público, acerca das questões atinentes às mudanças climáticas, deve se dar de forma cooperada e partir de uma gestão integrada,<sup>8</sup> e participativa destes ambientes e atividade concorrentes.<sup>9</sup>

Ramsar baliza que todas as partes contratantes busquem permutar informações e tecnologias, para avaliar o grau de degradação atualmente existente e busquem medidas que mitiguem os efeitos sofridos pelos sistemas ecológicos afetados por desastres, ou ainda por mudanças climáticas e outras pressões, de forma a impedir a destruição destes, ou pelo menos tentar reduzir a vulnerabilidade das comunidades costeiras e seus ecossistemas.<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> O que se observa com nitidez, é que o meio ambiente em seu estágio atual apresenta-se assolado por grandes catástrofes, em parte, pela total falta de implementação de normas jurídicas ambientais numa esfera internacional e, ainda, pela ausência de conhecimento acerca das mutações climáticas, fazendo com que os impactos gerados por estas se tornem impalpáveis à vida humana e a toda economia mundial. BRANCHER, Nivia Daiane; XAVIER, Grazielle; DIEHL, Francelise Pantoja; PEREIRA, Sharon da Rosa. Sociedade de Risco, Mudanças Climáticas e Proteção das Zonas Úmidas Costeiras: colaboração da Convenção de Ramsar frente a esta problemática. II Simpósio Dano Ambiental na Sociedade de Risco, 2007, Florianópolis. Anais do II Simpósio Dano Ambiental na Sociedade de Risco. Florianópolis: UFSC, 2007. p. 349.

<sup>6</sup> RAMSAR. Humedales: agua, vida y cultura. 8ª Reunión de la Conferencia de las Partes Contratantes en la Convención sobre los Humedales (Ramsar, Irán, 1971) Valencia, España, 18 al 26 de Noviembre de 2002. Disponível em: < [http://www.Ramsar.org/res/key\\_res\\_viii\\_03\\_s.doc](http://www.Ramsar.org/res/key_res_viii_03_s.doc)>. Acesso em: 15 ago. 2007.

<sup>7</sup> RAMSAR. Los humedales y el cambio climático: un informe de Kyoto. Disponível em: [http://www.Ramsar.org/about/about\\_kyoto\\_s.htm](http://www.Ramsar.org/about/about_kyoto_s.htm). Acesso em: 20.01.2008.

<sup>8</sup> Extraí-se ainda, que muito embora a exigência expressa do uso racional dos recursos ambientais da Zona Costeira e das Zonas Úmidas Costeiras na Convenção de Ramsar e dos clamores pelo desenvolvimento sustentável em importantes documentos internacionais, que o suscitado desenvolvimento somente poderá ocorrer através da adequada valoração ambiental destas áreas, no Brasil, ainda não se logrou êxito em encontrar na política ambiental, adequados e eficazes mecanismos que permitam sua real valoração. Evidencia-se então, a urgência de efetivação da valoração ambiental da Zona Costeira e das Zonas Úmidas Costeiras, ou seja, da absorção da concepção do ambiente como um bem econômico, para que se alcance a modificação do entendimento, até então inesgotável, de apropriação dos recursos naturais destas áreas. XAVIER, Grazielle; DIEHL, Francelise Pantoja; BRANCHER, Nivia Daiane Regis; PEREIRA, Sharon da Rosa. Valoração Econômica - Ambiental das Zonas Úmidas Costeiras: Análise da inter-relação entre a Convenção de Ramsar e a legislação brasileira de proteção da Zona Costeira. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, v. 12, 2007, p. 116.

<sup>9</sup> Ramsar assim se reporta aos impactos indiretos nas Zonas Úmidas, quanto a interação entre as mudanças climáticas, e os padrões de consumo e uso da terra: Es muy posible que los cambios provocados por el hombre que incrementarán el estrés de los ecosistemas de humedales acentúen los efectos directos del cambio climático en ellos. Las estimaciones de las pérdidas de humedales en las regiones industrializadas indican que hasta el 60% de los mismos han sido destruidos en los últimos 100 años debido a la desecación, la conversión, el desarrollo de la infraestructura y la contaminación. Estima-se que estos cambios explican la mayor parte de las pérdidas de biodiversidad de las aguas dulces en los Estados Unidos en los últimos decenios". RAMSAR. Los humedales y el cambio climático: Examen de la colaboración entre la Convención sobre los Humedales (Ramsar, Irán 1971) y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Disponível em: [http://www.ramsar.org/key\\_unfccc\\_bkgd\\_s.htm](http://www.ramsar.org/key_unfccc_bkgd_s.htm). Acesso em 29.03.2008.

<sup>10</sup> RAMSAR. Resolución VIII.3. Cambio climático y humedales: impactos, adaptación y mitigación. 8ª Reunión de la Conferencia de las Partes Contratantes en la Convención sobre los Humedales (Ramsar, Irán, 1971) Valencia, España, 18 al 26 de Noviembre de 2002. Disponível em: [www.ramsar.org/res/key\\_res\\_viii\\_03\\_s.pdf](http://www.ramsar.org/res/key_res_viii_03_s.pdf). Acesso em 01.01.2008.

As pressões ambientais naturais, por si só resultam em alterações ao ambiente costeiro, conjugadas às diversas atividades antrópicas, geram inúmeras pressões capazes de causar impactos negativos sobre a Biodiversidade dos ecossistemas envolvidos, bem como sobre a qualidade dos produtos explorados, afetando suas funções atributos e valores. Tudo isso expõe a Sociedade Costeira<sup>11</sup> a concentrações elevadas de Riscos, traduzindo-se a médios e longos prazos, Riscos imprevisíveis e incalculáveis, característica da modernidade. Para melhor percepção desta afirmativa percorre-se na sequência aquelas que se cogitam como sendo as principais pressões antrópicas na Zona Costeira: adensamento urbano e a exploração concorrente.

## **2.1 Pressões Antrópicas na Zona Costeira: Adensamento Urbano e Exploração Concorrente**

Simultaneamente aos Riscos naturais, que são caracterizados por forças endógenas e exógenas da Zona Costeira, estão os Riscos antrópicos que expõe a maiores Riscos a Sociedade Costeira. Estas preposições são visualizadas quando revelado o processo de ocupação desta região, acompanhado da exploração da Atividade Portuária, categoricamente. Está-se agora a cogitar a Sociedade Portuária, ou Comunidade Portuária Costeira, que melhor exerce e percebe estas diversas pressões, uma vez reputada a clara vulnerabilidade que possui e maior exposição aos Riscos que está.

Referente à Zona Costeira brasileira, o CIRM<sup>12</sup> consigna que cerca de “(...) um quarto da população brasileira vive na Zona Costeira, representando um contingente de aproximadamente 42 milhões de habitantes, distribuídos em 324.000 km<sup>2</sup>”.

Consta ainda do Plano de Ação Federal na Zona Costeira do Brasil<sup>13</sup> que mesmo as áreas costeiras de baixa densidade demográfica, acabaram, nas últimas décadas incorporadas à exploração econômica e imobiliária, como o turismo e atividades de veraneio, qualificando esta ocupação como desordenada, e geradora de impactos:

*“(...) A especulação imobiliária cada vez mais contribui para o deslocamento de populações tradicionais de pescadores, agricultores e extrativistas, causando, muitas vezes, também a degradação ou mesmo a destruição de áreas naturalmente sensíveis da região costeira. A proliferação de balneários, de grandes projetos hoteleiros e de áreas de segunda residência representa ameaça à integridade dos ambientes costeiros e marinhos. A excessiva visitação em ambientes frágeis e/ou vulneráveis – como os recifes de coral, por exemplo –*

<sup>11</sup> Parcela da sociedade que vive na Zona Costeira.

<sup>12</sup> BRASIL. Comissão Interministerial para os Recursos do Mar – CIRM- Grupo de Integração do Gerenciamento Costeiro – GI-GERCO. Plano de Ação Federal na Zona Costeira do Brasil- PAFZC. Brasília: 2005. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa/\\_arquivos/pafzc\\_out2005.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa/_arquivos/pafzc_out2005.pdf). Acesso em: 08.05.2008.

<sup>13</sup> BRASIL. Comissão Interministerial para os Recursos do Mar – CIRM- Grupo de Integração do Gerenciamento Costeiro – GI-GERCO. Plano de Ação Federal na Zona Costeira do Brasil- PAFZC. Brasília: 2005. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa/\\_arquivos/pafzc\\_out2005.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa/_arquivos/pafzc_out2005.pdf). Acesso em: 08.05.2008.

*traz danos consideráveis à preservação. A especulação imobiliária na Zona Costeira tende a causar a ocupação inadequada do solo, a desfiguração paisagística e a destruição de ecossistemas, afetando e incrementando os conflitos com outras atividades”.*

A Avaliação das Ações Prioritárias para a Conservação da Biodiversidade das Zonas Costeiras e Marinha<sup>14</sup> elucida o problema populacional costeiro, atribuindo-o a sua formação colonial, característico dos países litorâneos, que ocorreu da Zona Costeira para o seu interior, adensando o litoral.

Na articulação de Moraes<sup>15</sup> os efeitos decorrentes da ocupação humana residente, e mesmo temporária, geram um conflito acrescido entre as utilizações concorrentes das Zonas costeiras, tanto em terra como no mar: Dada à magnitude das carências de serviços urbanos básicos, como visto, tais áreas vão constituir-se nos principais espaços críticos para o planejamento ambiental da Zona Costeira do Brasil, em sua ação corretiva. Conclui: (...) não há dúvida em defini-las como as maiores fontes de contaminação do meio marinho no território brasileiro.

Ramsar, por seu turno, não deixou de chamar atenção que um percentual próximo de 60% (sessenta por cento) da população mundial e que muitas atividades econômicas, sociais e culturais se concentram na franja costeira (que se estende do litoral terra adentro). E que o aumento desta população e destas atividades exercem uma enorme pressão sobre as Zonas Úmidas Costeiras, expressando-se na destruição dos recursos naturais, na carga de contaminantes, e outras explorações não coordenadas, traduzem-se num impacto acumulativo na diversidade biológica, o que gera, por conseguinte uma influência negativa bastante acentuada, na capacidade de suporte do ambiente que tende a homogeneização<sup>16</sup>.

Assevera-se que a falta de compreensão da dinâmica das Zonas Úmidas e a falta de planejamento vêm expondo estas a fortes pressões derivadas do crescimento de aglomerados urbanos, impulsionado, principalmente, pelos setores turístico, industrial e imobiliário, e acarreta como já é possível se confirmar em diversas áreas um acelerado processo de desequilíbrio ambiental, que afetam a integridade da Zona Costeira.

Na concepção de Cavedon e Diehl<sup>17</sup>:

*É por estas características que a Zona Costeira pode ser considerada como um espaço paradoxal: se por um lado possui grande relevância ecológica, apresen-*

<sup>14</sup> BRASIL. Avaliação e ações prioritárias para a conservação da Biodiversidade das Zonas Costeiras e Marinha. Fundação BIO-RIO, Secretaria de Estado de Ciência, Tecnologia e Meio Ambiente do Pará - SECTAM, Instituto de Desenvolvimento Econômico e Meio Ambiente do Rio Grande do Norte - IDEMA, Sociedade Nordestina de Ecologia - SNE (et al...) Brasília: MMA/SBF, 2002, p. 57.

<sup>15</sup> MORAES, Antonio Carlos Robert. Contribuição para a gestão da Zona Costeira do Brasil: elementos para uma geografia do litoral brasileiro. São Paulo: Hucitec, Edusp, 1999, p. 10.

<sup>16</sup> RAMSAR. COP 10. Manuales 10: para el uso racional de los humedales - Manejo de las zonas costeras: Cuestiones concernientes a los humedales y manejo integrado de las zonas costeras. 3a Edición 2007. Disponível em: [www.Ramsar.org/lib/lib\\_handbooks2006\\_s10.pdf](http://www.Ramsar.org/lib/lib_handbooks2006_s10.pdf). Acesso em: 04.04.2008.

<sup>17</sup> CAVEDON, Fernanda Salles; DIEHL, Francelise Pantoja. Licenciamento Ambiental em Áreas Costeiras: Aspectos Controversos. International Conference on Environmental Law, 9º. 2005. São Paulo. Anais. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2005, p. 52.

*tando-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 .*

Como se torna perceptível, esta comunidade divide o mesmo ambiente com as diversas atividades concorrentes, muitas vezes conflitantes e até mesmo díspares, face os múltiplos interesses, que acabam por produzirem sobreposição de usos<sup>18</sup> distinguindo-se como uma das principais causas de Riscos na Zona Costeira. Estes Riscos ocasionam um rompimento do equilíbrio dinâmico natural, com consequências e impactos negativos ao ambiente costeiro receptor e a seus usuários.

Para o CIRM<sup>19</sup> os problemas costeiros causados pela exploração das diversas atividades, não só aceleram a expansão demográfica irregular, como as demais questões dela decorrentes. As perplexidades parecem se reunir em: a) saneamento<sup>20</sup>; b) ocupação em áreas públicas e de patrimônio da União e das faixas marginais dos corpos d'água; <sup>21</sup> c) construções artificiais, em especial em prol do petróleo; e transportes (construção portuária inclusa) <sup>22</sup>; d) carcinicultura<sup>23</sup> e e) modernização do setor portuário<sup>24</sup>.

Por conseguinte, se torna discriminável, que esta interface dinâmica entre terra e oceano assume expressiva importância, em especial em detrimento de suas

<sup>18</sup> LEAL, P.C.; HORN FILHO, N.O.; OLIVEIRA, J.S. Alguns aspectos sobre os problemas de degradação ambiental decorrentes da evolução da Zona Costeira da Ilha de Santa Catarina, SC – Brasil. Boletim de Resumos - VIII Congresso Abequa - Mudanças Globais e o Quartenário. MARILUZ, IMBÉ: ABEQUA 2001. p. 543.

<sup>19</sup> BRASIL. Comissão Interministerial para os Recursos do Mar – CIRM- Grupo de Integração do Gerenciamento Costeiro – GI-GERCO. Plano de Ação Federal na Zona Costeira do Brasil- PAFZC. Brasília: 2005. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa/\\_arquivos/pafzc\\_out2005.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa/_arquivos/pafzc_out2005.pdf). Acesso em: 08.05.2008.

<sup>20</sup> Como o lançamento de esgotos e efluentes industriais (com despejos diários estimados em três mil toneladas); com afetação direta nas atividades concorrentes, que acabam causando ao País prejuízos de bilhões de reais, além de enormes Riscos à saúde pública. BRASIL. Comissão Interministerial para os Recursos do Mar – CIRM- Grupo de Integração do Gerenciamento Costeiro – GI-GERCO. Plano de Ação Federal na Zona Costeira do Brasil- PAFZC. Brasília: 2005. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa/\\_arquivos/pafzc\\_out2005.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa/_arquivos/pafzc_out2005.pdf). Acesso em: 08.05.2008.

<sup>21</sup> BRASIL. Comissão Interministerial para os Recursos do Mar – CIRM- Grupo de Integração do Gerenciamento Costeiro – GI-GERCO. Plano de Ação Federal na Zona Costeira do Brasil- PAFZC. Brasília: 2005. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa/\\_arquivos/pafzc\\_out2005.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa/_arquivos/pafzc_out2005.pdf). Acesso em: 08.05.2008.

<sup>22</sup> “A indústria de petróleo, principalmente em águas marinhas profundas, vem apresentando forte crescimento nos últimos anos, passando por uma profunda transformação, o que possibilitará um salto dos atuais 1,785 milhão de barris/dia para cerca de 2,3 milhões, previstos em 2010. A instalação e operação de plataformas e dutos, o trânsito de embarcações e as instalações de terra interferem diretamente na Zona Costeira, determinando o crescimento de cidades e modificando as atividades socioeconômicas das populações locais”. BRASIL. Comissão Interministerial para os Recursos do Mar – CIRM- Grupo de Integração do Gerenciamento Costeiro – GI-GERCO. Plano de Ação Federal na Zona Costeira do Brasil- PAFZC. Brasília: 2005. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa/\\_arquivos/pafzc\\_out2005.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa/_arquivos/pafzc_out2005.pdf). Acesso em: 08.05.2008.

<sup>23</sup> A carcinicultura apresenta índices de crescimento que atingem cerca de 50% ao ano, atualmente a carcinicultura enfrenta conflitos com outros setores, concorrentes, que prejudicam seu desenvolvimento futuro, especialmente com comunidades extrativistas tradicionais, bem como ocupação de áreas de preservação permanente, e lançamento de efluentes sem adequado tratamento. BRASIL. Comissão Interministerial para os Recursos do Mar – CIRM- Grupo de Integração do Gerenciamento Costeiro – GI-GERCO. Plano de Ação Federal na Zona Costeira do Brasil- PAFZC. Brasília: 2005. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa/\\_arquivos/pafzc\\_out2005.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa/_arquivos/pafzc_out2005.pdf). Acesso em: 08.05.2008.

<sup>24</sup> Face às demandas da economia globalizada, a Atividade Portuária passa por um período de modernização e adequação competitiva, afetando sua infraestrutura, e as áreas do seu entorno, principalmente em detrimento das instalações da malha rodoviária que afeta diretamente. Todos estes fatores são ainda acrescidos a rede sanitária e os resíduos sólidos lançados nas Águas Costeiras. BRASIL. Comissão Interministerial para os Recursos do Mar – CIRM- Grupo de Integração do Gerenciamento Costeiro – GI-GERCO. Plano de Ação Federal na Zona Costeira do Brasil- PAFZC. Brasília: 2005. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa/\\_arquivos/pafzc\\_out2005.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa/_arquivos/pafzc_out2005.pdf). Acesso em: 08.05.2008.

margens abrigarem grandes contingentes humanos. Entretanto, a ação antrópica acentuada pelas pressões naturais, altera sensivelmente estes sistemas, diminuindo drasticamente o potencial de aproveitamento dos produtos, funções e atributos. As pressões que ocorrem nos ambientes marinhos e costeiros influenciam diretamente as Águas Costeiras. De acordo com a Convenção de Ramsar<sup>25</sup> as Águas Costeiras sofrem influência direta da forma e condições da ocupação do solo e da faixa litorânea, sendo destruídas por meio de diversas atividades de desenvolvimento. Importante se ter em mente, que em todas as regiões do mundo, existem populações humanas que vivem em condições, sociais, econômicas e ambientais, debilitadas, provocadas pela destruição e má gestão de seus recursos naturais. As causas são múltiplas, desde ações de alcance local e políticas nacionais até os fatores de alcance mundial.

Neste contexto, as Zonas Úmidas Costeiras, atuam como corpo receptor final destas pressões<sup>26</sup>. Todos estes fatores acarretam inúmeros impactos desta região, modificam as características naturais destes ambientes e dos ecossistemas dependentes, prejudicam seu uso, em particular pela capacidade limitada desses ecossistemas em absorverem as externalidades decorrentes<sup>27</sup>. Está aqui a se fa-

<sup>25</sup> RAMSAR. COP 10. Manuales 10: para ele uso racional de los humedales - Manejo de las zonas costeras: Cuestiones concernientes a los humedales y manejo integrado de las zonas costeras. 3a Edición 2007. Disponível em: [www.Ramsar.org/lib/lib\\_handbooks2006\\_s10.pdf](http://www.Ramsar.org/lib/lib_handbooks2006_s10.pdf). Acesso em: 04.04.2008.

<sup>26</sup> Evidenciou-se que apesar do reconhecimento internacional da Zona Costeira, assim como de seus ecossistemas formadores, em especial as Zonas Úmidas, e nelas compreendidas as Águas Costeiras, estes ambientes continuam sofrendo influências negativas, em especial quanto à presença humana, afetando em especial a qualidade das Águas Costeiras, desequilibrando suas características ecológicas, o que prejudica diretamente sua destinação; comprometendo o seu uso.

<sup>27</sup> Outro aspecto analisado no contexto do Macrodiagnóstico da Zona Costeira diz respeito à capacidade institucional instalada nos diferentes níveis do governo para gestão na Zona Costeira. As origens dos problemas observados são recorrentes ao quadro geral das políticas públicas: "a) Inexistência de políticas voltadas para ordenamento do uso e ocupação do solo e para utilização sustentável dos recursos naturais na Zona Costeira; b) Ausência de articulação entre as ações de planejamento que possuem como foco espacial a Zona Costeira, sejam as que visam a proteção ambiental ou aquelas voltadas ao desenvolvimento econômico; c) Predomínio de atividades desarticuladas entre si de planejamento setorial de governo, induzindo a conflitos entre a atuação de diferentes órgãos e instâncias de atuação; d) Incompatibilidade entre as diretrizes de desenvolvimento adotadas ao nível municipal na Zona Costeira, com a Política Nacional do Meio Ambiente e com as diretrizes de sustentabilidade ecológica, social e econômica; e) Carência de políticas e programas de educação ambiental especificamente voltados à Zona Costeira, capazes de fortalecer a mentalidade marítima da população, fortalecer os mecanismos de gestão compartilhada de recursos naturais, e contribuir para a formação de cidadãos críticos e agentes de transformação da realidade sócio-ambiental, promovendo a conservação e proteção do patrimônio natural, especialmente aos níveis micro-local, local e micro-regional; f) Falta de regulamentação de instrumentos jurídicos e vigência de normas legais ineficientes e/ou conflitantes. Deficiências no cumprimento das leis em vigor e na punição às transgressões. Existência de conflitos legais de atribuições; g) Baixa mobilização e envolvimento da sociedade e deficiência de mecanismos participativos, h) Notadamente nas questões orçamentárias; i) Inexistência de mecanismos instituídos de controle e participação social na elaboração e cumprimento dos instrumentos de zoneamento ecológico-econômico aos níveis estadual e microrregional; j) Pouco envolvimento e pouca sensibilidade do setor privado para as relações entre os condicionantes do meio físico-biótico e as atividades promotoras do desenvolvimento econômico; k) Reduzida participação das Universidades Federais nos trabalhos de estudo e de extensão na Zona Costeira; l) Conflitos de competência de atuação nas ações de licenciamento e fiscalização. Precariedade e desarticulação institucional das atividades de ordenamento territorial, licenciamento e fiscalização e ausência de sistemas de monitoramento ambiental adequados; m) A maioria dos municípios não possuem planos diretores municipais, além da desarticulação e/ou conflito entre este nível de governo e as administrações estaduais e federal; n) Falta de quadros técnicos capacitados e de pessoal, em geral, para realização das tarefas necessárias; o) à gestão do ambiente costeiro, nos vários níveis de governo. Desconhecimento técnico-científico acerca das áreas geográficas de atuação; p) Vigência de atividades econômicas que não incorporam as populações locais e a não valorização das atividades tradicionais. Utilização inadequada das potencialidades da Zona Costeira, com sub e sobre-utilização dos recursos; q) Insuficiência de infra-estrutura, principalmente de saneamento ambiental". BRASIL. Comissão Interministerial para os Recursos do Mar – CIR-M- Grupo de Integração do Gerenciamento Costeiro – GI-GERCO. Plano de Ação Federal na Zona Costeira do Brasil- PAFZC. Brasília: 2005. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa/\\_arquivos/pafzc\\_out2005.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa/_arquivos/pafzc_out2005.pdf). Acesso em: 08.05.2008.

lar da Atividade Portuária, que está na origem das grandes modificações destes ambientes, e são responsáveis constantemente pelo vasto potencial de impactos e Riscos. É o que se perfaz a seguir.

### **3. ZONAS ÚMIDAS COSTEIRAS E SUA EXPOSIÇÃO AOS PROCESSOS DE RISCOS DA ATIVIDADE PORTUÁRIA**

O aumento do transporte/comércio marítimo no mundo, aliado à maior valorização das potencialidades locais, tornaram os ecossistemas de Zonas Úmidas mais suscetíveis e/ou vulneráveis as diversas externalidades da Atividade Portuária, bem como de seus potenciais de Riscos. De um lado se caracterizam como principal fator de introdução involuntária de espécies aquáticas invasoras, que são transladadas na Água de Lastro e/ou nas incrustações no casco dos navios, como se analisará com particularidade no próximo Capítulo. De outro, se demonstram fundamentais para o crescimento da cidade que lhe dá apoio, colaborando com o seu desenvolvimento econômico, expondo essa comunidade portuária à suscetibilidade de opções que não escolheram – na maior das vezes.

A Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ<sup>28</sup> apresenta os seguintes números:

*“O total movimentado (exportações mais importações) subiu de 503 milhões em 2006 para 531 milhões de toneladas em 2007, aumento de 5,5% no período. As exportações saíram de 413 milhões de toneladas em 2006 para 430 milhões em 2007, aumento de 4%, enquanto as importações subiram de 90 milhões para 100 milhões de toneladas, crescimento de 11% no período. O total movimentado de 1995 a 2007 subiu de 277 milhões para 531 milhões de toneladas, aumento de 91%. As exportações tiveram a maior participação nesse crescimento, subindo mais de 117% no período, quando saíram de 198 milhões para 430 milhões. Já as importações cresceram bem menos: alta de apenas 26%”.*

Não há receios em arrazoar que com o crescimento do comércio internacional, e o conseqüente incremento da Atividade Portuária, maior é suscetibilidade e/ou a vulnerabilidade de Riscos a ela conexa.

Exatamente neste ponto que surge a inter-relação entre transporte marítimo e o ambiente retratado: Zona Costeira, mais explicitamente as Zonas Úmidas Costeiras e Atividade Portuária como elemento integrante desta problemática, e modificador da cidade que a suporta, as chamadas cidades portuárias, bem como das múltiplas atividades concorrentes do mesmo sistema, e via de conseqüência da sociedade que a margeia, neste relato, equacionada como sociedade portuária, ou comunidade portuária-costeira<sup>29</sup> e a necessidade de um tratamento específico.

<sup>28</sup> BRASIL. Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ. Panorama Aquaviário 2007. vol. 2, ANTAQ: Brasília, 2008, p. 15. Disponível em: <http://www.antaq.gov.br/NovositeAntaq/Pdf/PanoramaAquaviário2.pdf>. Acesso em: 25.06.2008.

<sup>29</sup> Parcela da sociedade que além de viver na Zona Costeira, vive na porção ou no entorno costeiro que recebe a Atividade Portuária.

O sistema hidroviário no Brasil percorre 10 (dez) mil quilômetros. Neste espaço, operam comercialmente 35 (trinta e cinco) portos marítimos e 104 (cento e quatro) portos fluviais.<sup>30</sup> Como se contempla, entre os principais ecossistemas de Zonas Úmidas Costeiras estão os que se registram a Atividade Portuária, especialmente os ecossistemas estuarinos, baías e ecossistemas associados, e que estão mais suscetíveis e/ou vulneráveis aos vários impactos da atividade. Daí a necessidade de relatá-la, não só a caracterizando-a como uma pressão antrópica que é, mas também diagnosticar algumas destas pressões.

Oportuno enunciar que o conjunto de ações que compõe a infra-estrutura ou superestrutura portuária intervém diretamente nas características do ambiente costeiro, podendo destacar-se como áreas diretamente afetadas, as seguintes: 1) em terra (porto): a) cais e piers; b) pátios; c) armazéns; d) edifícios; e) sistemas de transportes mecanizados; f) pátios; g) Vias de acesso rodoviário; h) ferrovias; e 2) mar (anteporto): a) molhes; b) quebra-mares; c) dolphins; d) bóias; e) canais de acesso; e f) bacias de evolução<sup>31</sup>

A patente expansão da Atividade Portuária é o exemplo mais significativo das possibilidades de aproveitamento da potencialidade econômica dessa atividade, em especial nas Águas Costeiras. Opostamente, este crescimento evidencia a necessidade de reflexão sobre os impactos ambientais gerados e sofridos pelo desenvolvimento do setor, vez que este se traduz como um exemplo prático da ação antrópica na Zona Costeira, a fim de manter a sustentabilidade da atividade e dos ecossistemas envolvidos - compreendidos como a Zona Costeira - o sistema estuarino - devido à sua importância em função de suas características ambientais únicas. Estas características resultam em elevada produtividade biológica, se caracterizando não raro em ambiente receptor das Atividades Portuárias, o que, aliado às diversas outras formas de exploração de seus recursos, que se dá tanto em sua porção marítima quanto em seu entorno, vêm colocando em Risco os atributos básicos deste, bem como de seus ecossistemas associados, ameaçando a perda da Biodiversidade Costeira<sup>32</sup>.

Como consequência ocorre à diminuição da qualidade de vida da população mundial e do comprometimento destas e outras atividades dependentes do mesmo ambiente, como inclusive do transporte aquaviário, o que deverá ser apreciado.

Feito tais ponderações, atenta-se que ao se discutir as pressões antrópicas ao meio ambiente costeiro no Brasil, obriga-se a associá-las as Atividades Portuárias. Referida ligação faz-se premente, uma vez que neste desenrolar há de se deduzir que a Zona Costeira, e, as Zonas Úmidas Costeiras passam a ser receptáculo natural dos diferentes Riscos, estando mais expostas a maior dis-

<sup>30</sup> RIO GRANDE DO SUL. Superintendência de Portos e Hidrovias. Localização. Disponível em: [http://www.sph.rs.gov.br/sph\\_2006/content/localizacao/localizacao.php](http://www.sph.rs.gov.br/sph_2006/content/localizacao/localizacao.php). Acesso em: 21.03.08.

<sup>31</sup> PORTO, Marcos Maia. TEIXEIRA, Sérgio Grein. Portos e Meio Ambiente. Aduaneiras, São Paulo, 2002, p. 66.

<sup>32</sup> XAVIER, Grazielle; BRANCHER, Nívia Daiane Regis; DIEHL, Francelise Pantoja. Atividade Portuária: Bioinvasão por Água de Lastro como vetor de Risco a Biodiversidade e a Sociedade Costeira. In: 12 Congresso Internacional de Direito Ambiental, 2008, São Paulo. Mudanças Climáticas, Biodiversidade, e uso sustentável de energia. São Paulo: Instituto planeta Verde, 2008. v. 1, p. 789.

tribuição dos Riscos e impactos<sup>33</sup> decorrentes da Atividade Portuária: efluentes e contaminantes, e que afeta diretamente a comunidade portuária costeira e a Biodiversidade deste espaço.

## 4. ATIVIDADE PORTUÁRIA COMO EXTERNALIDADE NA ZONA COSTEIRA BRASILEIRA

### 4.1 Atividade Portuária

Tecnicamente, porto é explicado como “(...) o conjunto de instalações com funções de abrigo, atracação, armazenagem e circulação em terra e mar (acessos marítimos), localizado em um território, denominado sítio portuário”.<sup>34</sup>

Os portos distinguem-se pelo tipo de edificação, a saber:

a) portos convencionais: traduzem-se nos casos mais comuns – podem ser abrigados de forma natural ou artificial. Trata-se de instalações portuárias básicas, de padrões usuais e que, por derradeiro, incitam um determinado tipo de interferência no sítio portuário; estas instalações incidem ao longo da linha da costa. As profundidades se dão com a construção de estruturas para atracação, mais precisamente plataformas sobre estacas, com ou sem execução de linha de contenção do terrapleno, acrescido de dragagem no pé do cais.<sup>35</sup>

b) portos escavados: são os edificadas com base na retirada de grandes volumes de solo natural, abolidos ao continente; podem ser instalados ao longo dos rios e da costa; fixados em áreas desabitadas, facultando ser feito em qualquer sítio, como no caso da Antuérpia, são também comuns na Europa e na Ásia.<sup>36</sup>

c) aqueles em avanço da linha da costa: são os erguidos ao longo da costa, objetivam solucionar os problemas de profundidade adequada para um melhor atendimento às embarcações, caso não se situe próximo da costa. Podem ser entendidos como ilhas artificiais; estrutura de contenção de concreto ou peças metálicas, podendo ou não se relacionar com o continente. Exemplo deste modelo cita-se o Japão.<sup>37</sup>

Porto organizado e a área do porto organizado traduzem-se como categorias distintas. Em conformidade com a legislação nacional atinente ao tema, depreende-se por porto organizado àquele concedido ou explorado pela União, merecendo destaque que sua construção, bem como o aparelhamento existente neste, visa melhor acatar as necessidades da navegação, movimentação de passageiros ou armazenagem de mercadorias. Sobressaindo sempre que o tráfico e as operações portuárias estarão sempre sob a jurisdição de uma autoridade portuária.<sup>38</sup>

<sup>33</sup> BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente- CONAMA. Resolução nº 001, de 23 de janeiro de 1986. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>. Acesso em 06.02.2008.

<sup>34</sup> PORTO, Marcos Maia. TEIXEIRA, Sergio Grein. Portos e Meio Ambiente. Aduaneiras, São Paulo, 2002, p. 43.

<sup>35</sup> PORTO, Marcos Maia. TEIXEIRA, Sergio Grein. Portos e Meio Ambiente. Aduaneiras, São Paulo, 2002, p. 73.

<sup>36</sup> PORTO, Marcos Maia. TEIXEIRA, Sergio Grein. Portos e Meio Ambiente. Aduaneiras, São Paulo, 2002, p. 73.

<sup>37</sup> PORTO, Marcos Maia. TEIXEIRA, Sergio Grein. Portos e Meio Ambiente. Aduaneiras, São Paulo, 2002, p. 73.

<sup>38</sup> “Art. 1 – inciso I - Porto Organizado: o construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação, da movimentação de passageiros ou da movimentação e armazenagem de mercadorias, concedido ou explorado pela União, cujo tráfico e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária”. BRASIL. Lei n.º 8.630, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências. (LEI DOS PORTOS). Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8630.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8630.htm). Acesso em: 14.08.2007.

No que tange à área do porto organizado, informa-se que esta é abarcada por todas as *instalações portuárias*, tais quais: a) ancoradouros, b) docas, c) cais, d) pontes e piers de atracação e acostagem, e) terrenos, f) armazéns, g) edificações e vias de circulação interna e, ainda, *infra-estrutura de proteção e acesso aquaviário* ao porto como: a) guias-correntes, b) quebra-mares, c) eclusas, d) canais, e) bacias de evolução e f) áreas de fundeio; que devam ser mantidas pela administração portuária.<sup>39</sup>

Contudo, para efeitos práticos deste relato, porto organizado é então aceito em seu alcance macro, como a soma de quatro elementos: a) instalações portuárias, b) sítio portuário, c) entorno portuário, d) atividade comercial e industrial.<sup>40</sup>

As instalações portuárias consistem, neste monte: “(...) no conjunto de edificações e obras em terra ou mar para acostagem, como cais, piers, dolphins para armazenagem como pátios, silos, armazéns; para circulação como canais de acesso, bacias de evolução, linhas férreas, rodovias, etc”.<sup>41</sup>

Por sítio portuário, ou simplesmente meio ambiente portuário, interpreta-se: “(...) um conjunto de instalações portuárias dispostas num ambiente geográfico aquaviário que o encerra, isto é, é a área do porto natural a ele vinculada”.<sup>42</sup> Vale dizer que sítio portuário e o “espaço abrangido pelo trânsito de carga, bem como por edificações de abrigos, plataformas de atracação, acessos marítimos, acessos terrestres e áreas de reserva de futuras expansões etc”.<sup>43</sup>

Quanto ao entorno portuário, conceitua-se por exclusão como sendo “(...) a área não portuária que gravita em torno do porto”<sup>44</sup>, e “(...) fornece infra-estrutura residencial de abastecimento e circulação”<sup>45</sup>. A sua importância se dá, no momento do estudo de impacto ambiental, que o amplia<sup>46</sup>.

Feitas estas exposições, as instalações portuárias se revelam com impactos significativos no sítio portuário, alteram a realidade econômica, e socioambiental da Cidade Portuária. São muito mais do que cadeias logísticas, vez que acabam por modificar e determinar a dinâmica à sua volta, o que pode ser notado no caso de muitas cidades tem em sua razão de ser o porto que recebem; a exemplo pela construção rodoviária que se dá em prol desta e das malhas urbanas. É o que caracteriza o porto industrial<sup>47</sup>.

Outra diferenciação de categorias se concentra na unidade portuária e espaço portuário. A primeira é conceituada como “o conjunto de elementos construídos em terra e em mar que compõe a arquitetura física dos portos, possibilitando dentro de um determinado perfil de instalação o adequamento da

<sup>39</sup> BRASIL. Lei n.º 8.630, de 25 de fevereiro de 1993. Art. 1, inciso IV. Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências. (LEI DOS PORTOS). Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8630.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8630.htm). Acesso em: 14.08.2007.

<sup>40</sup> PORTO, Marcos Maia. TEIXEIRA, Sérgio Grein. Portos e Meio Ambiente. Aduaneiras, São Paulo, 2002, p. 65.

<sup>41</sup> PORTO, Marcos Maia. TEIXEIRA, Sérgio Grein. Portos e Meio Ambiente. Aduaneiras, São Paulo, 2002, p. 65.

<sup>42</sup> PORTO, Marcos Maia. TEIXEIRA, Sérgio Grein. Portos e Meio Ambiente. Aduaneiras, São Paulo, 2002, p. 68.

<sup>43</sup> PORTO, Marcos Maia. TEIXEIRA, Sérgio Grein. Portos e Meio Ambiente. Aduaneiras, São Paulo, 2002, p. 68.

<sup>44</sup> PORTO, Marcos Maia. TEIXEIRA, Sérgio Grein. Portos e Meio Ambiente. Aduaneiras, São Paulo, 2002, p. 68.

<sup>45</sup> PORTO, Marcos Maia. TEIXEIRA, Sérgio Grein. Portos e Meio Ambiente. Aduaneiras, São Paulo, 2002, p. 68.

<sup>46</sup> PORTO, Marcos Maia. TEIXEIRA, Sérgio Grein. Portos e Meio Ambiente. Aduaneiras, São Paulo, 2002, p. 68.

<sup>47</sup> PORTO, Marcos Maia. TEIXEIRA, Sérgio Grein. Portos e Meio Ambiente. Aduaneiras, São Paulo, 2002, p. 43.

carga”<sup>48</sup>. Daí a primeira questão a ser enfrentada na relação porto-ambiente: a) apropriação da área ou território para uso específico, b) intensidade do uso da área. E a análise concomitante das: a) instalação portuária: terra e mar; b) indústrias diretamente vinculadas a atividade; c) a cidade com suas áreas residenciais e serviços incluindo área de recreação, d) as redes de transporte em terra e mar que alimentam o porto de carga e passageiros; e) as áreas verdes conexas com seus espaços abertos adjacentes.<sup>49</sup>

Já a segunda: o espaço portuário baliza-se que esta é definida através de uma visão sistemática dos elementos a serem considerados para a mensuração da sua interferência no ambiente receptor, como a totalidade do espaço portuário. Abarca mais do que o sítio portuário envolve o entorno na qual ele afeta ou é afetado pela unidade portuária. Em outras palavras, cuida-se de extensão do sítio portuário.<sup>50</sup>

Compostas as definições das categorias básicas sobre o tema, permite-se ao final aproximar-se do que é Atividade Portuária - conjunto de operações portuárias notadamente impactantes que ocorrem tanto na área do porto organizado, como em seu entorno, e que exercem as diversas pressões na Zona Costeira que a recebe - como se lança a expor.

## 4.2 Pressões da Atividade Portuária na Zona Costeira

O Grupo de Integração do Gerenciamento Costeiro, por ocasião do preparo da Agenda Ambiental Portuária<sup>51</sup> desvenda a Atividade Portuária como atividade potencialmente geradora de impactos ambientais tanto em sua implantação como operação: 1) *Impactos diretos da implantação de infra-estruturas*, aqui abarcadas: a) Alterações na dinâmica costeira, com indução de processos erosivos e de assoreamento e modificações na linha de costa; b) Supressão de manguezais e de outros ecossistemas costeiros; c) Efeitos de dragagens e aterros (incluindo impactos nas caixas de empréstimo); d) Comprometimento do uso dos recursos ambientais em outras atividades (pesca, turismo, transporte local); e e) Alteração da paisagem; 2) *Impactos diretos da operação portuária*: a) Ocorrência de acidentes ambientais (derrames, incêndios, perdas de cargas), b) Dragagens e disposição de sedimentos dragados, c) Geração de resíduos sólidos nas embarcações (taifa), nas instalações portuárias e na operação e descarte de cargas; d) Contaminações crônicas e eventuais, pela drenagem de pátios, armazéns e conveses, lavagens de embarcações, perdas de óleo durante abastecimento e aplicação de tintas anti-incrustantes e outros produtos tóxicos, e) Introdução de organismos nocivos ou patogênicos por meio das águas de lastro ou pelo transporte de cargas ou passageiros contaminados; f) Lançamento de efluentes líquidos e gasosos (incluindo odores) e g) Lançamento de esgoto oriundo de instalações portuárias e embarcações.

<sup>48</sup> PORTO, Marcos Maia. TEIXEIRA, Sergio Grein. Portos e Meio Ambiente. Aduaneiras, São Paulo, 2002, p. 70.

<sup>49</sup> PORTO, Marcos Maia. TEIXEIRA, Sergio Grein. Portos e Meio Ambiente. Aduaneiras, São Paulo, 2002, p. 64-65.

<sup>50</sup> PORTO, Marcos Maia. TEIXEIRA, Sergio Grein. Portos e Meio Ambiente. Aduaneiras, São Paulo, 2002, p. 65.

<sup>51</sup> BRASIL. Comissão Interministerial para os Recursos do Mar – CIRM. Grupo de Integração do Gerenciamento Costeiro - GI-GERCO. Subgrupo. Agenda Ambiental Portuária. Brasília, 2008, p. 2-3.

Todos estes impactos, seja em sua forma direta, ou indireta, geram efeitos que se adicionam quando examinados simultaneamente com o conflito de uso da área costeira, que se dividem principalmente entre Atividade Portuária, turismo, pesca, aquicultura, recreação primária, abastecimento, e expansão urbana.<sup>52</sup> Quanto às variáveis a serem estudadas como fatores macros estão: a) Comércio, b) Tecnologia, c) Política, d) Transportes, e) Relações internacionais, f) Ambientais, g) História, h) Economia, i) Geografia.<sup>53</sup>

Esquadrinhando as ingerências potenciais ou aleatórias provenientes do aparelhamento portuário inserido no ambiente, e a realização de uma atividade que ele agrega em si ou incita na sua retroárea, é permissivo apontar-se as seguintes pressões nos sítios portuários<sup>54</sup>:

#### Quadro 4 – Ingerências e pressões da Atividade Portuária

Ingerências	Alterações
Pela atividade vinculada a unidade portuária, instalada na retroárea;	a) Aumento da densidade demográfica; b) Esgotamento dos recursos energéticos; c) Sobrecarga nas infra-estruturas de apoio, tais como redes de esgoto, de abastecimento de água, de circulação, etc.; d) Alteração do perfil socioeconômico e cultural da população local; e) Importação de mão-de-obra.
Pela execução de obras para a implantação de unidades portuárias;	a) Modificação da morfologia de costa; b) Modificação nos regimes hidráulicos; c) Alteração ou perda da camada superficial do solo; d) Supressão da vida animal, vegetal etc; e) Aparecimento de outras vidas animais estranhas ao ambiente; f) Perda ou exclusão de outras atividades econômicas; g) Agressão ao solo, ar, mar, rios, estuários e outros ambientes naturais.
Pela atividade comercial portuária diretamente.	a) Ocorrência de danos ambientais por acidentes ou não; b) Geração de resíduos sólidos não coletados; c) Contaminações crônicas eventuais pela carga portuária; d) Introdução no ambiente portuário de organismos estranhos; e) Poluição ambiental por efluentes líquidos e sólidos.

Devido relevo se dá a pesquisa realizada por Porto e Teixeira acerca de causas, impactos e controle dos fatores poluentes portuários, que melhor facilitam o entendimento das relações entre porto-ambiente, que sistematizam os impactos ambientais de acordo com seus: 1) *fatores determinantes de impactos ambientais*: a) implantação de infra-estrutura (construção); b) existência e localização das instalações portuárias, uso do cais e das instalações em meio aquático; c) operação – carga, descarga e equipamentos moveis; d) operação – movimentação de produtos

<sup>52</sup> BRASIL. Comissão Interministerial para os Recursos do Mar – CIRM. Grupo de Integração do Gerenciamento Costeiro - GI-GERCO. Subgrupo. Agenda Ambiental Portuária. Brasília, 2008, p. 3.

<sup>53</sup> PORTO, Marcos Maia. TEIXEIRA, Sergio Grein. Portos e Meio Ambiente. Aduaneiras, São Paulo, 2002, p. 146.

<sup>54</sup> Quadro elaborado a partir de PORTO, Marcos Maia. TEIXEIRA, Sergio Grein. Portos e Meio Ambiente. Aduaneiras, São Paulo, 2002, p. 75-76.

Perigosos; e) operação – tratamento e disposição de resíduos; f) operação – distribuição e armazenagem de mercadorias; g) tráfego; h) atividades industriais; i) uso de instalações para lazer náutico; e os 2) *componentes ambientais afetados*: a) qualidade do ar; b) condições da coluna de água e fundo; c) ruído e vibrações; d) odor; e) topografia; f) hidrologia/oceanologia; g) fauna e flora – aquáticas e terrestres; h) paisagem; i) resíduos; j) aspectos socioculturais; k) aspectos socioeconômicos.

Vale enumerar<sup>55</sup> em complemento a estes dados os principais impactos ambientais causados pela interação entre fatores e componentes ambientais, necessitando ser ponderado para tal escopo, atividades normalmente impedidas na implantação ou na operação portuária, bem como situações suscitadas por acidentes com cargas e ou embarcações, na qual podem motivar impactos significativos tais como: a) derrames, b) incêndios, c) explosões e ou d) vazamentos. A lista segue: a) modificações na dinâmica da Zona Costeira, com a presença de erosões, assoreamentos, e alterações na linha de costa e modificação ou supressão da paisagem natural; b) movimentação e disposição de material terroso por dragagem e aterro; c) alteração na biota, com Risco de supressão de manguezais e outros ecossistemas costeiros; d) contaminação da água, do ar, do solo, do subsolo e do lençol freático por perda ou fuga de carga poluente ou substância de outra origem com poder de contaminação; e) poluição do solo, água e ar por lançamento de efluentes líquidos e gasosos; f) absorção de grande faixa costeira para uso exclusivo portuário com exclusão de outras atividades de subsistência, artesanais como a pesca, etc.; g) geração de resíduos sólidos provenientes das instalações do porto e indústrias vinculada; h) introdução de organismos estranhos ao meio ambiente portuário encontrados nas águas de lastro ou pelo transporte de cargas ou passageiros contaminados; i) poluição e contaminação por lançamentos de esgotos e outros despejos; j) interferência no conforto ambiental tal como perda da quietude, do isolamento e característica da paisagem<sup>56</sup>.

É factível salientar, que os impactos ambientais ora mencionados, foram expostos genérica e teoricamente sem considerar características e ou condições específicas de determinada área portuária ou do meio ambiente na qual esta esteja inserida, o que deverá ser conglobado na prática, alerta-se.

Ademais, é notório que as pressões são inúmeras, e mereceriam maior atenção e detalhamento, no entanto escaparia do objeto deste trabalho. Não se pode desaperceber que deve ainda ser compreendido, para fins de análises de Riscos, e de estudos de impactos ambientais, que irão compor um processo de manejo, gestão ou gerenciamento das diversas externalidades negativas que a atividade causa sobre o ambiente construído, ou seja, o meio ambiente cultural, que é integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico e turístico.

<sup>55</sup> PORTO, Marcos Maia. TEIXEIRA, Sergio Grein. Portos e Meio Ambiente. Aduaneiras, São Paulo, 2002, p. 82-83.

<sup>56</sup> PORTO, Marcos Maia. TEIXEIRA, Sergio Grein. Portos e Meio Ambiente. Aduaneiras, São Paulo, 2002, p. 82-83.

## **5. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**5.1** As Atividades Portuárias merecem tratamento jurídico específico, em virtude de sua “notória” natureza impactante, bem como pela sociedade que a rodeia, que reclama atenção de um tratamento particularizado face à flagrante diferenciação do Risco a que está exposta.

**5.2** É recomendável que a gestão das Zonas Úmidas Costeiras se dê de forma harmônica com a gestão ambiental portuária, capaz de gerenciar os conflitos existentes e administrar de forma sustentável a sua utilização, visando à compatibilização dos usos múltiplos e a tutela dos recursos naturais.



# **A GARANTIA DA SUSTENTABILIDADE DOS RECURSOS HÍDRICOS POR MEIO DO SANEAMENTO BÁSICO**

*IVANALDO SOARES DA SILVA JÚNIOR*

Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade

Federal do Rio Grande do Norte

## **1. SANEAMENTO BÁSICO E CIDADES SUSTENTÁVEIS**

Um dos grandes desafios atuais é o de garantir a sustentabilidade do crescimento das cidades, conciliando o desenvolvimento econômico e social, com o processo de urbanização desordenado que atinge as cidades do Brasil.

Devido a este processo de crescimento desenfreado surge uma maior necessidade de serem adotadas políticas públicas em consonância com o princípio constitucional do desenvolvimento sustentável, notadamente quanto à concretização de direitos humanos básicos de infra-estrutura, como saneamento básico ou ambiental e obras de drenagens.

A ausência de políticas públicas de infra-estrutura faz com que os recursos naturais, principalmente, os hídricos sejam degradados, pela poluição dos lençóis freáticos, causando sérios transtornos para toda a coletividade, com danos à saúde pública de uma maneira generalizada.

Merece destacarmos que o Conselho Nacional das Cidades é um órgão colegiado permanente com representação de diversos governos federais, estaduais e municipais e da sociedade civil, sendo uma instância máxima de decisão sobre a gestão da Política Nacional de Saneamento Ambiental.

Não existe dúvida, por via de consequência, que a partir da Constituição Federal de 1988, e, agora, por força do Estatuto da Cidade, não só o Município ganha força fundamental na ordem jurídica constitucional, vez que se identifica como a cidade, como a própria função social da cidade e, portanto do município só será cumprida quando proporcionar aos seus habitantes uma vida com qualidade, propiciando de fato e de direito o exercício dos direitos fundamentais em estrita consonância com o que o art. 225 da CF preceitua.<sup>1</sup>

O art. 3º do Estatuto das Cidades assevera que compete à União, entre outras atribuições de interesse da política urbana, instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento e transportes urbanos,

---

<sup>1</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Estatuto da cidade comentada. Lei nº 10.257/2001. Lei do meio ambiente artificial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 23.

conforme inciso IV, não se devendo perder de vista que aos Municípios também é atribuída à competência legislativa suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.<sup>2</sup>

Por fim, merece ser destacado que neste trabalho de natureza teórico-descritiva, a temática Meio Ambiente e Saúde Pública são indissociáveis, pretendendo-se analisar o saneamento básico como meio para a sustentabilidade dos recursos hídricos, pois durante muito tempo foi impossível descrever qualquer desses termos sem o necessário recurso ao outro.

## **2. O SISTEMA NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS E SANEAMENTO**

### **2.1 Fundamentos e Objetivos da Política Nacional dos Recursos Hídricos**

As principais características das políticas dos países a seguir analisados, como meio para controle da poluição hídrica, foram as seguintes: Na Alemanha, a gestão do controle da poluição hídrica é centrada na gestão dos recursos hídricos com aplicação de cobrança por captação de água e por lançamento de efluentes para fins de financiamento do sistema de gestão, com uma relativa descentralização em organismos de bacia. Por sua vez na França, ocorre uma gestão descentralizada em diversos organismos de bacia pautados em fortes aplicações da cobrança pelo uso da água e por emissão de efluentes para fins de financiamento, sistema de gestão e obras de controle da poluição.

A experiência européia no Gerenciamento de Recursos Hídricos influenciou sobremaneira diversos países, em suas legislações, como é exemplo o Brasil. A experiência francesa, inglesa e alemã tem servido de modelo para diversos sistemas de gestão, inclusive o brasileiro. No início do Século XX, a primeira agência de Bacia foi a da Alemanha, sendo a Agência do Rio Rhur.

Na França, as Bacias, quadro administrativo dos Comitês de Bacia e das Agências das Águas são determinadas por decisão do Primeiro-Ministro são seis: Artois-Picardie, com sede em Douai; Rhin-Meuse, com sede em Metz; Seine-Normandie, com sede em Nanterre; Loire-Bretagne, com sede em Orleans; Adour-Garonne, com sede em Toulouse Rhône-Méditerranée-Corse, com sede em Lyon, arreté do Ministro do Meio Ambiente de 14.11.91.<sup>3</sup> Na Inglaterra e no País de Gales, o sistema de financiamento conheceu uma alteração considerável, com a privatização, em 1989, dos serviços de saneamento e de abastecimento de água. As companhias de águas passaram a beneficiar-se de um melhor acesso ao capital, devendo financiar a totalidade de seus custos mediante o redevance e faturado aos seus usuários. O nível de redevance é determinado pelo Escritório dos serviços de águas, após a consulta à Agência Independente de Águas - NRA e de outros órgãos.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Ibidem, p. 29.

<sup>3</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 11. ed. Malheiros: São Paulo, 2003, p. 412.

<sup>4</sup> MACHADO, 2003, op cit, p. 414.

Dentro deste contexto, de modelos jurídicos, foi criada de acordo com o art. 1º, da Lei nº. 9.433, de 8 de janeiro de 1997, a Política Nacional de Recursos Hídricos com base nos seguintes fundamentos:

- i) a água é um bem de domínio público;
- ii) a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico;
- iii) em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais, sendo colocado a vida em primeiro plano, estabelecendo um compromisso social, no qual a vida humana e dos animais sobrepuja os interesses econômicos;
- iv) a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas, objetivando reconhecer a existência das diversas demandas pela água na nossa sociedade e admiti-las como sendo todas elas legítimas e em igualdade de condições para reivindicação do uso destes recursos, sem qualquer definição, a priori, de um uso privilegiado;
- v) a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos - SINGREH, adotando-se, assim, a bacia hidrográfica como unidade de planejamento;
- vi) a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades, sendo adotada a gestão descentralizada dos recursos hídricos significando que tudo quanto pode ser decidido em níveis hierárquicos mais baixos de governo não será resolvido pelos níveis mais altos dessa hierarquia.

Acerca dos fundamentos da Política Nacional de Recursos Hídricos – PNRH, PAULO DE BESSA ANTUNES citado por AMÉRICO LUÍS MARTINS DA SILVA esclarece que o principal aspecto que pode ser compreendido deles é que a nova concepção legal busca encerrar com a verdadeira apropriação privada e graciosa dos recursos hídricos. A indústria e agricultura são os grandes usuários dos recursos hídricos. Normalmente a água é captada, utilizada e devolvida para o seu local de origem, sem que aqueles que auferem vantagens e dividendos com a sua utilização paguem qualquer quantia pela atividade. E mais, a recuperação e manutenção das boas condições sanitárias e ambientais dos recursos hídricos, conspurcados pelas diversas atividades econômicas que deles dependem, é um encargo de toda a sociedade que, com seus impostos, subsidia de maneira inaceitável diversas atividades privadas. A Política Nacional de Recursos Hídricos, em seus fundamentos, rompe com a antiga e errônea concepção de que os problemas referentes aos recursos hídricos podem ser enfrentados em desconsideração das realidades geográficas. A adoção da gestão por bacias é, na sua opinião, um passo fundamental para que se consiga um padrão do critério de que a gestão dos recursos hídricos é um elemento de interesse de toda a sociedade e que, portanto, somente em ações conjuntas é que se conseguirá obter resultados favoráveis.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. Direito do meio ambiente e dos recursos naturais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. v. 1. p. 444/445.

A maior parte dos recursos hídricos (rios, lagos, etc.) é inquestionavelmente de natureza pública (e de domínio da União e dos estados), mas ainda que se admitisse a existência de água particular, (entendimento superado com a nova lei), estas teriam a sua utilização sempre condicionada e limitada pelo interesse público, como todos os bens ambientais. Merece, lembramos que a compreensão da água como bem de valor econômico e passível de cobrança pelo seu uso é recomendada pela própria Agenda 21, resultado da Conferência da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em junho de 1992, consubstanciando-se na consagração do entendimento de que os recursos hídricos são esgotáveis e vulneráveis.<sup>6</sup>

Nos termos da Lei nº. 9.433, de 8 de janeiro de 1997, art. 2º, são objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos:<sup>7</sup>

i) assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos, estando em absoluta sintonia com o conceito de sustentabilidade, preocupando-se com a igualdade de acesso aos recursos naturais entre as diferentes gerações no tempo, assumindo claramente nossa responsabilidade face ao futuro do planeta e dos nossos descendentes;

ii) a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável, por este objetivo fica definido o papel dos recursos hídricos no desenvolvimento nacional, não apenas pelo uso deste recurso para as diversas atividades econômicas, mas também pela possibilidade de integração do território;

iii) a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais, ficando claro que a gestão racional buscada pela Política Nacional dos Recursos Hídricos – PNRH reconhece a responsabilidade humana em muitos dos eventos “catastróficos” ou eventos críticos, tais como enchentes ou estiagem, além de contaminação dos próprios corpos de água, ao mesmo tempo em que reconhece a capacidade humana de prevenir ou evitá-la através da ciência e da tecnologia, em benefício da coletividade.

Para ocorrer a implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, existem diversas diretrizes: 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.

<sup>6</sup> SANTILLI, Juliana. Política nacional de recursos hídricos: princípios fundamentais. In: BENJAMIN HERMAN, Antônio. Direito, água e vida: Law, Water and The Web of life. vol 1. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo: 2003. p. 650.

<sup>7</sup> SILVA, 2004, op cit, p. 445/446.

## 2.2 Os Instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos

De acordo com o art. 5º, da Lei nº. 9.433, de 8 de janeiro de 1997, são instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos<sup>8</sup>:

i) os Planos de Recursos Hídricos, consubstanciado em um documento programático para o setor hídrico, assemelhados aos planos diretores que visam a orientar o gerenciamento dos recursos hídricos, a partir de um diagnóstico da situação atual dos recursos hídricos e em cenários futuros projetados, tomando como base informações sobre o crescimento demográfico, mudanças de uso e ocupação do solo e nas atividades produtivas;

ii) o enquadramento dos corpos de água em classes, segundo os usos preponderantes da água, como instrumento importante para ser estabelecido um sistema eficaz de vigilância sobre os níveis de qualidade da água dos mananciais;

iii) a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos é instrumento pelo qual o usuário obtém uma autorização, uma concessão ou, ainda, uma permissão, fornecida pelo Poder Público, para fazer uso da água. A outorga ao direito de uso da água constitui o elemento central do controle para o uso racional dos recursos hídricos, o que induz o usuário a uma disciplina desse uso;

iv) a cobrança pelo uso dos recursos hídricos, visa reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor, incentivar o racionamento dos recursos hídricos mediante indicação, ao usuário, de seu valor econômico e, ainda, obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contempladas nos planos de recursos hídricos;

v) a compensação a municípios, que teve o seu detalhamento previsto na Seção V, art. 24 da Lei nº. 9.433, vetado na sua integralidade;

vi) o Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos – SIRH, instrumento que visa subsidiar a elaboração de Planos de Recursos Hídricos, tratando-se, a bem da verdade, de um sistema encarregado de coletar, organizar, tratar, armazenar, criticar, recuperar as informações sobre recursos hídricos e fatores intervenientes em sua gestão.

Estes são os principais instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos, os quais são necessários para que possamos abordar de maneira mais valorativa, o quadro institucional da política nacional de recursos hídricos.

## 2.3 O Quadro Institucional da Política Nacional de Recursos Hídricos

A participação popular, objetivando a conservação do meio ambiente, insere-se em um quadro mais amplo da participação diante dos interesses difusos e coletivos da sociedade. Sendo uma das notas características da segunda metade do século XX. Na seara ambiental, esta participação ficou bastante evidente, quando a Declaração do Rio de Janeiro, da Conferência das Nações Unidas para o Meio

<sup>8</sup> SILVA, 2004, op cit, p. 448/454.

Ambiente e o Desenvolvimento, de 1992, em seu art. 10, assevera que “o melhor modo de tratar as questões do meio ambiente é assegurar a participação de todos os cidadãos interessados, no nível pertinente.”. No nível nacional, cada pessoa deve ser a possibilidade de participar no processo de tomada de decisões.<sup>9</sup>

O direito ambiental possibilita aos cidadãos saírem de um estatuto passível de beneficiário, fazendo-os partilhar da responsabilidade na gestão dos interesses da coletividade inteira. Analisando a história do Brasil, até o final da ditadura, não havia o que se falar, em Controle Social, vez que estávamos em um estado autoritário, o qual não se coadunava com a participação popular, até mesmo por serem idéias totalmente contrárias. Somente com o processo de abertura política e democrática, com a redemocratização do país, a partir do final do governo militar, na década de 80, é que passou a existir uma maior aclamação da expressão “controle social”.

Hodiernamente, constituiu um avanço na construção da sociedade democrática a instituição do Controle Social, uma vez que é determinante das alterações profundas, nas maneiras de relacionamento do aparelho estatal com o cidadão, este que é o destinatário final de todo o aparato estatal.

Na realidade, o cidadão brasileiro necessita é que seja iniciado um processo irreversível que possibilite a criação de instrumentos de fortalecimento da participação do cidadão em praticamente todas as áreas sob a tutela do estado. Diversos são os exemplos de legislação esparsa neste sentido, como o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, a lei de direito autoral, o Novo Código de Trânsito, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Patentes, a Lei de Defesa do Meio Ambiente, o papel fiscalizador consagrado ao Ministério Público, o fortalecimento da atuação do Tribunal de Contas da União, dentre outros.

### **2.3.1 O Conselho Nacional de Recursos Hídricos**

A Lei nº. 9.433/97 instituiu o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos - SINGREH, com o objetivo de estabelecer um modelo jurídico institucional claro e baseado em novos princípios de organização para a gestão compartilhada do uso da água.

Com efeito, o Conselho Nacional de Recursos Hídricos - CNRH é o órgão máximo na hierarquia do SINGREH, possuindo um caráter normativo e deliberativo, objetivando a definição de atribuições para a promoção da articulação do planejamento de recursos hídricos com o planejamento nacional, regional, estadual e do setor dos usuários; deliberação acerca dos projetos de aproveitamento de recursos hídricos; acompanhamento da execução e aprovação do Plano Nacional de Recursos Hídricos; estabelecimento dos critérios gerais para a outorga de direito de uso dos recursos hídricos e para a cobrança pelo seu uso.

Dentre as competências institucionais do Conselho cabe decidir acerca das grandes questões do setor, podendo dirimir todas as divergências de maior vulto. Merece

<sup>9</sup> MACHADO, 2003, op cit, p. 94.

destacarmos que cabe também ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos, decidir sobre a criação de Comitês de Bacias Hidrográficas em rios de domínio da União, com fundamento em uma análise mais detalhada da bacia e de suas sub-bacias, possibilitando um acompanhamento mais efetivo da implementação destes Comitês.

Por intermédio da Resolução nº. 05 de 10 de abril de 2000, foram estabelecidas regras mínimas que possibilitam demonstrar a aceitação, pela sociedade, da real necessidade da criação de Comitês.

A composição do Conselho Nacional dos Recursos Hídricos é bastante diversificada, existindo representantes de Ministérios e Secretarias da Presidência da República com atuação no gerenciamento ou no uso de recursos hídricos; representantes indicados pelos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos; representantes dos usuários dos recursos hídricos e, representantes das organizações civis de recursos hídricos. Merece destacarmos que o número de representantes do poder executivo federal não poderá exceder à metade mais um do total dos membros do CNRH.

No que atine aos representantes dos Usuários, ocorreu a definição de que existiriam representantes para os setores de irrigação, industrial, concessionárias e autorizadas de geração hidrelétrica, pesca, lazer e turismo, prestação de serviço público de abastecimento de água, esgotamento sanitário e hidrovias.

Foram definidas, ainda, no escopo das organizações civis na seara dos recursos hídricos comitês de bacias hidrográficas, consórcios e associações intermunicipais de bacias hidrográficas; organizações técnicas e de ensino e pesquisa com interesse na área de recursos hídricos e, organizações não governamentais com objetivos de defesa de interesses difusos e coletivos da sociedade.

### **2.3.2 Os Comitês de Bacias Hidrográficas**

No âmbito do Sistema Nacional de Recursos Hídricos existem os Comitês de Bacias Hidrográficas que são órgãos colegiados instituídos por Lei. Estes colegiados são a base de uma filosofia de gestão participativa e integrada da água, possuindo o papel deliberativo, sendo composto por representante do Poder Público, da sociedade civil e de usuários de água, podendo ocorrer a instalação oficial em águas dominiais da união e dos estados, existindo comitês federais e comitês de bacias de rios estaduais, definidos por sistemas e leis específicas.

Nos termos do art. 37 da Lei nº. 9.433/97, “Os Comitês de Bacia Hidrográfica terão como área de atuação: I – a totalidade de uma bacia hidrográfica; II – sub-bacia hidrográfica de tributário do curso de água principal da bacia, ou de tributário desse tributário; ou III – grupo de bacias ou sub-bacias hidrográficas contíguas”.

Os incisos citados acima demonstram a possibilidade de termos cinco tipos de Comitês. Interpretando o art. 37, podemos entender que os Comitês serão únicos em determinado espaço territorial. Contudo, o art. 37, inciso II, mostra que, numa bacia hidrográfica, pode haver uma divisão do espaço nos vários segmentos aí mencionados. A lei não deixou opção para criarem-se mais de três Comitês no mesmo interior de uma bacia hidrográfica. Esse critério poderá ser

adequado para bacias não extensas e inadequadas para bacias como a do Rio São Francisco, com uma área de 640.000 Km<sup>2</sup> e uma população de 9,7 milhões, e a do Rio Paraíba do Sul, como 330.00 Km<sup>2</sup> e população de 2,9 milhões, como também, em bacias da Amazônia.<sup>10</sup>

Hodiernamente, os estudos sobre a gestão de recursos têm procurado conciliar as análises sócio-antropológicas que ora enfatizam o papel normativo-coercitivo do estado, ora enfatizando os problemas e potencialidades da participação civil, e ora privilegiam o foco do mercado nesse processo. Ao analisarmos a gestão de recursos ambientais comuns requer, portanto, considerar um cenário de disputas no qual, logo de saída, todos os atores envolvidos têm, reconhecimento, poderes assimétricos. Em diversos países como o Brasil, no qual o peso do aparato estatal foi historicamente determinado pela unilateralidade, a gestão compartilhada se constitui em um desafio, principalmente para aqueles atores sociais que só recentemente começa a exercitar diferentes estratégias nesses processos, chamados participativos.<sup>11</sup>

### 2.3.3 A Agência Nacional de Águas

O Brasil adotou em diversos serviços públicos um modelo das agências reguladoras, as quais são compostas por profissionais de notória especialização, com independência perante o Governo, cujas nomeações e exonerações pelo Poder Executivo são submetidas à aprovação do Poder Legislativo, com funções de mediação e arbitragem e de traçar diretrizes e normas. Merece destacarmos que a estas agências é assegurada autonomia política, financeira e de gestão.<sup>12</sup>

Instituída pela Lei nº. 9.987, de junho de 2000, a Agência Nacional de Água - ANA é tida como autarquia sob regime especial, possuindo autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, criada pela Lei 9.984, de junho de 2000. A principal missão da Agência Nacional de Águas é a de regular o uso da água dos rios e lagos de domínio da União, para assegurar quantidade e qualidade para usos múltiplos, e implementar o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos - um conjunto de mecanismos, jurídicos e administrativos, objetivando o planejamento racional do uso da água com a participação de governos municipais, estaduais, dos usuários e da sociedade civil organizada.

Tem como atribuição, concorrente, a de executar a Política Nacional de Recursos Hídricos, e implementar, em sintonia com os órgãos e entidades que integram o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, os seguintes instrumentos desta Política nos corpos d' água cuja dominialidade pertença à União: a outorga preventiva e de direito de uso de recursos hídricos, a cobrança pelo uso da água, a fiscalização destes usos e o sistema nacional de informações.

<sup>10</sup> MACHADO, op cit, p. 402.

<sup>11</sup> DOULA, Sheila Maria, FARIA, Jacinta de Lourdes de; THEODORO, Hildelano Delanusse. Gestão institucional dos recursos hídricos: os conflitos e a participação da sociedade civil nas instalações do comitê da bacia do rio doce. In: Revista de direito ambiental. v. 42. São Paulo: abr-jun, 2006, p. 114. pp 101-133.

<sup>12</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização: privatização, concessões e terceirizações. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 137.

## 2.4 Saneamento e Recursos Hídricos

Bastante tormentosa é elaborarmos a distinção entre: o termo água da expressão recursos hídricos. No escólio do renomado CID TOMANIK POMPEU, podemos conceituar água como o elemento natural, descomprometido com qualquer uso ou utilização, caracterizando-se como gênero. Por sua vez recurso hídrico consubstancia-se como a água enquanto bem econômico passível de utilização para determinada finalidade. A fundamentação da opinião do autor é baseada no fato de vigorar no Brasil um código de águas e não um código de recursos hídricos, fazendo com que o código discipline o elemento líquido mesmo quando não existe aproveitamento econômico, como são os casos de uso para as primeiras necessidades da vida, da obrigatoriedade dos prédios inferiores de receberem as águas que correm naturalmente dos superiores, das águas pluviais.<sup>13</sup>

Não obstante esta opinião ser bastante respeitável, ousamos discordar desta definição, por acreditarmos que o conceito e argumentação apresentada são falaciosos. Não ocorre menção pelo código de águas do termo recursos hídricos, quando se refere aos usos da água. Nos termos do art. 37, “o uso das águas públicas se deve realizar sem prejuízos da navegação...”. O art. 43, que dispõe sobre as derivações, para as aplicações da agricultura, da indústria e da higiene, utiliza a expressão “águas públicas”. O art. 44 menciona “aproveitamento das águas que se destinam a um serviço publico”. O art. 46 estabelece que “a concessão não importa, nunca em alienação parcial das águas públicas”. Ou seja, o código de águas não efetuou a distinção entre “águas” e “recursos hídricos” e tampouco estabeleceu o entendimento de que o termo “águas” aplica-se a hipótese de não haver aproveitamento econômico e a expressão “recursos hídricos” refere-se ao caso de haver aproveitamento econômico.<sup>14</sup>

Merece mencionarmos, ainda, que para alguns especialistas o termo recurso hídrico deve ser empregado apenas quando se tratar de questões atinentes ao uso, adotando-se segunda denominação quando, ao se tratar das águas em geral, forem incluídas aquelas que não devem ser usadas por questões ambientais. Ou seja, sempre que a proteção ambiental das águas for considerada, o termo águas deve ser substituído por recursos hídricos.<sup>15</sup>

Água, o ar e o solo constituem o suporte do nosso sistema de vida planetária. Em uma recente pesquisa concluiu que a água é base de vida e da fundação das civilizações. Todos os três recursos são importantes para a vida humana, contudo a água é substancialmente mais importante do que os outros dois.<sup>16</sup>

Assim como o petróleo a água constitui um elemento natural de nosso planeta. Como elemento natural, não é um recurso, nem possui qualquer valor econômico, é a partir do instante em que se torna necessário a uma destinação espe-

<sup>13</sup> GRANZIERA, Maria Luíza Machado. Direito das águas. Disciplina jurídica das águas doces. São Paulo: Atlas, 2006, p. 27.

<sup>14</sup> Op cit, p. 28.

<sup>15</sup> SANTILLI, Juliana. Política nacional de recursos hídricos: princípios fundamentais. In: BENJAMIN HERMAN, Antônio. Direito, água e vida: Law, Water and The Web of life. vol 1. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo: 2003. p. 647.

<sup>16</sup> TARLOCK, A. Dan. The dual nature of water: commodity and community resource. In: BENJAMIN HERMAN, Antônio. Direito, água e vida: Law, Water and The Web of life. vol 1. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo: 2003. p. 1.

cífica, de interesse para as diversas atividades exercidas pelo homem, que esse elemento poderá ser considerado como recurso. Não ocorre distinção pela Lei nº. 9.433/97 do termo água da expressão recursos hídricos. É estabelecido pelo art. 1º, os fundamentos da Política de Recursos Hídricos, dispondo que a água é um bem de domínio público. Sempre fazendo menção da necessidade do uso prioritário e gestão dos recursos hídricos, mencionando que a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico. O objeto da Lei de Águas é a água contida, nos corpos hídricos, passíveis de várias utilizações.<sup>17</sup>

O tema relativo aos recursos hídricos é de indiscutível interesse nos dias de hoje. Elemento essencial à vida existe em abundância no território brasileiro e vem sofrendo, cada vez mais, o risco de poluição e de escassez por má utilização. O acesso à água é condição de sobrevivência do homem e, à medida que ocorrem mudanças na sua organização social, veio a lume a necessidade de estabelecer regras para ordenar a utilização.

Os recursos hídricos não integram os serviços públicos de saneamento básico. O art. 4º da Lei de Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico, Lei Federal nº. 11.445/2007, realiza uma advertência que, de tão óbvia, passaria despercebida. Não se pode confundir a água-bruta, aquela que está nos rios, lagos, aquíferos e os serviços de saneamento. Portanto, separa-se o conceito de água-saneamento da noção de recursos hídricos. Mesmo que os recursos hídricos sejam usados para o saneamento básico, com estes não podem ser confundidos: a água-bruta será uma matéria-prima para o saneamento. Não se poder confundir o todo com uma parte.<sup>18</sup>

Com a distinção do parágrafo único do art. 4º da Lei de Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico, Lei Federal nº. 11.445/2007, a utilização de recursos hídricos na prestação de serviços públicos de saneamento básico, inclusive para disposição ou diluição de esgotos e outros resíduos líquidos, é sujeita à outorga de direito de uso, nos termos da Lei nº. 9.433, de 8 de janeiro de 1997, de seus regulamentos e das legislações estaduais. Como a água, enquanto recurso hídrico, não deve ser confundida com a água, enquanto saneamento, pois a utilização daquela, seja para fins de tratamento objetivando ao consumo, ou mesmo para servir como corpo receptor de esgotos e resíduos líquidos, está submetida à Lei nº. 9.433/97, seus regulamentos e demais legislações estaduais de outorga. Não podemos esquecer, ainda, o necessário respeito às legislações ambientais.<sup>19</sup>

Desta forma, a política persistente no nosso país, no sentido de destinação dos produtos finais dos esgotos, para os Rios e outros mananciais hídricos, ferem frontalmente a Política Nacional de Recursos Hídricos, não devendo ser em hipótese alguma, adotada estas opções, pois ao nosso sentir se torna um contra senso realizarmos obras de saneamento básico para melhor proteger os recursos hídricos e saúde, e ao mesmo tempo, o produto final do processo de saneamento ser destinado aos rios ou lagoas, ainda que tratados, já que são potencialmente poluidoras.

<sup>17</sup> Op cit., p. 28.

<sup>18</sup> ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. Direito do saneamento. Introdução à lei de diretrizes nacionais de saneamento básico, lei federal nº 11.445/2007. Campinas/SP: Millennium Editora, São Paulo, 2007. p. 32.

<sup>19</sup> Op.cit., p. 33.

Neste sentido merece ser destacado o tratamento legislativo dado a este assunto pela Lei nº. 8.426, do Estado do Rio Grande do Norte, de 14 de novembro de 2003, que dispõe sobre a Faixa de Proteção Ambiental do Rio Pitimbu, notadamente o disposto no art. 5º, sendo pioneira no estado com este tipo de proteção. Modelo que deve ser seguido pelo Poder Legislativo Federal e Estadual em relação aos outros rios, mormente a partir da edição da Lei de Diretrizes Nacional de Saneamento Básico, Lei Federal nº. 11.445/2007, e o disposto no art. 4º.

### **3. POLÍTICAS PÚBLICAS FEDERAIS DE SANEAMENTO BÁSICO**

#### **3.1 Princípios Fundamentais**

O saneamento do meio é uma das formas de contribuir para a manutenção do equilíbrio da natureza, e, portanto, para a própria sobrevivência do ser humano e de todos os recursos e elementos indispensáveis à vida humana. Segundo a Organização Mundial da Saúde - OMS, é a ciência e a arte de promover, proteger e recuperar a saúde por meio de medidas de alcance coletivo e de motivação da população. Desta maneira, passamos a representar o controle de todos os fatores do meio ambiente humano exercendo ou podendo exercer efeitos nocivos sobre o bem-estar físico, mental e social do homem, devendo constituir a primeira ação da Saúde Pública.<sup>20</sup>

O Saneamento Básico é a parte do Saneamento do meio voltada especificamente para os serviços de abastecimento de água, disposição de esgotos sanitários, acondicionamento, coleta, transporte e destinação do lixo. Trata-se de serviços de fundamental importância para a comunidade, tendo em vista os seguintes dados: cada pessoa produz, em média, um quilograma de lixo doméstico por dia, diariamente cada pessoa utiliza, em média, cento e cinquenta a duzentos litros de água em alimentação e higiene, esses valores referem-se a cerca de cinquenta por cento da população que tem acesso aos serviços de abastecimento de água; fazendo com que cada pessoa produza em termos de esgotos, dejetos, águas servidas, com detergentes e outros poluentes, o equivalente a seu consumo diário de água.<sup>21</sup>

Outros autores denominam saneamento como gênero envolvente do conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas.<sup>22</sup>

A gestão e prestação dos serviços públicos de saneamento básico devem observar os Princípios Fundamentais, insertos no art. 2º e incisos da Lei de Diretrizes Nacional de Saneamento Básico, consubstanciados em doze princípios explícitos para o setor de saneamento.

<sup>20</sup> CARVALHO, Anésio Rodrigues de, DE OLIVEIRA, Mariá Vendramini Castrignano. Princípios básicos do saneamento do meio. 8ª ed. São Paulo: Editora Senac, São Paulo, 2002. p. 13.

<sup>21</sup> CARVALHO, 2002. p. 14/15..

<sup>22</sup> ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. Direito do saneamento. Introdução à lei de diretrizes nacionais de saneamento básico, lei federal nº 11.445/2007. Campinas/SP: Millennium Editora, São Paulo, 2007. p. 5.

### 3.2 Prestação Regionalizada de Serviços Públicos de Saneamento Básico

A Lei de Diretrizes Nacional de Saneamento Básico prescreveu diversos detalhes sobre a prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento, asseverando que o processo de regionalização terá como desiderato buscar facilitar uma economia de escala para este serviço. Quando menciona prestação regionalizada a Lei não quis ficar atrelada à existência de uma região metropolitana.

A regionalização é associada à aglomeração de gestão de serviços, sem ser demandada a criação legislativa de uma região metropolitana, sendo facultativa, qualquer ato de escolha de cada ente, ao contrário dos efeitos de uma região metropolitana que são determinados aos Municípios. Desta maneira, não obstante a confusão semântica dada pelo termo regionalização, devemos ter em mente que não são aplicáveis, as formas de gestão metropolitana de serviços.<sup>23</sup>

Um prestador único de serviços para os diversos municípios é o ponto marcante da gestão regionalizada, pois nos casos de Municípios com serviços de saneamento estritamente locais, diversas pessoas podem se unir e optar pela contratação, inclusive mediante licitação de um prestador de serviço único, fazendo gerar uma melhoria na economia de escala para gestão do saneamento. Mesmo que os municípios sejam contíguos, esta característica deve ser afastada das regiões metropolitanas.

O art. 14, II, da Lei exige uniformidade de fiscalização e regulação, inclusive de remuneração, para os casos em que se optar por uma gestão regionalizada por meio de um único prestador. A regionalização implicará em uma entidade reguladora comum.

A Lei de Diretrizes Nacional de Saneamento Básico, Lei Federal nº. 11.445/2007, no art. 15, II, prevê o consócio, a qual parece ser a opção mais adequada, contudo deve ocorrer uma compatibilidade com o planejamento, enfatizando os planos de saneamento. Uma política regionalizada para ser implementada para prestação de serviços, é condição sem igual para a existência de compatibilidade de planejamento.

Ser compatível não significa ser igual, contudo a compatibilidade exige, mesmo nas diferenças uma congruência de valores e interesses; e b) nas diferenças de maior grau, é imperiosa a mudança para que se alcance o necessário grau de adequação. Não se pode cogitar uma gestão regionalizada entre planejamentos incongruentes: a regionalização que servira para uma melhoria na gestão do saneamento, se não houver a compatibilidade dos planos, acabaria se tornando em fonte de ineficiências.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> ALOCHIO, 2007, p. 71.

<sup>24</sup> CARVALHO, Anésio Rodrigues de, DE OLIVEIRA, Mariá Vendramini Castrignano. Princípios básicos do saneamento do meio. 8ª ed. São Paulo: Editora Senac, São Paulo, 2002. p. 723.

### 3.3 Aspectos Econômicos e Sociais

A Lei de Diretrizes Nacional de Saneamento Básico, Lei Federal nº. 11.445/2007, no art. 29, prevê que os serviços públicos de saneamento básico terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada, na medida do possível, de acordo com remuneração pela cobrança dos serviços:

i) para o abastecimento de água e esgotamento sanitário, preferencialmente, na forma de tarifas e outros preços públicos, os quais podem ser estabelecidos para cada um dos serviços ou para ambos de maneira conjunta, no que diz respeito a limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos urbanos;

ii) taxas ou tarifas e outros preços públicos, em conformidade com o regime de prestação do serviço ou de suas atividades; de manejo de águas pluviais urbanas;

iii) na forma de tributos, inclusive taxas, em conformidade com o regime de prestação do serviço ou de suas atividades.

Deve ser percebido que a expressão utilizada pelo legislador é sempre que possível, pois quando for o caso de populações de baixa renda, de menor poder aquisitivo, na qual devem ser implantadas tarifas ou taxas sociais. Ressaltando que estas tarifas, mesmo que sejam denominadas de cobranças, não serão suficientes para dar a sustentabilidade financeira exigida pela lei.

A instituição das tarifas, preços públicos e taxas para os serviços de saneamento básico observará diretrizes no sentido de realizar de maneira eficiente o atendimento das funções relacionadas à saúde pública, ampliação do acesso dos cidadãos e localidades de baixa renda aos serviços; geração dos recursos necessários para realização dos investimentos, objetivando o cumprimento das metas e objetivos do serviço; inibição do consumo supérfluo e do desperdício de recursos; recuperação dos custos incorridos na prestação do serviço, em regime de eficiência; remuneração adequada do capital investido pelos prestadores dos serviços; estímulo ao uso de tecnologias modernas e eficientes, compatíveis com os níveis exigidos de qualidade, continuidade e segurança na prestação dos serviços; incentivo à eficiência dos prestadores dos serviços.

Tais parâmetros devem ser seguidos pela legislação estadual e municipal que trate da matéria, para fins da correta regulação dos serviços prestados.

A ausência de obras de infra-estrutura como as de saneamento básico, ocasionam a proliferação de fossas sépticas clandestinas, fazendo com que os esgotos não tratados sejam colocados diretamente no sub-solo, ocasionando a contaminação dos lençóis freáticos, os quais são de suma importância para a manutenção dos recursos hídricos., dificultando sobremaneira o processo de tratamento da água a ser colocada à disposição da população humana. No Estado do Rio Grande do Norte, a atual política estadual de saneamento básico objetiva, principalmente, o despejo dos efluentes líquidos no solo e nos rios, comprometendo a qualidade dos recursos hídricos estaduais, pois muitas vezes as estações de tratamento de esgotos não realizam o tratamento adequado poluindo e contaminando os recursos hídricos estaduais. Um exemplo marcante da ausência destas políticas públicas de saneamento básico é a contaminação dos lençóis freáticos da cidade de Natal por nitrato, dificultando sobremaneira

o fornecimento de água de boa qualidade para a população, podendo ocasionar diversas doenças, pondo em risco a saúde da população.

Na Região Metropolitana de Natal e das capitais, devem existir emissários submarinos, pois são as soluções mais adequadas, já que os efluentes líquidos são despejados no mar, a distâncias consideráveis sem comprometer a balneabilidade das praias. A atual forma de lançamento de efluentes nos rios faz com que esgotos sem o tratamento adequado sejam despejados diretamente nos rios e cursos de água, ocasionando o comprometimento da balneabilidade das praias. Destarte, a efetivação de políticas públicas de saneamento básico no nosso país se faz necessário para fins de ocorrer uma maior preservação dos mananciais hídricos pátrios, além de melhorar a qualidade de vida das populações beneficiadas por estas obras públicas, elevando os índices de desenvolvimento humano, notadamente no aspecto da saúde pública.

#### **4. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**4.1** O direito ao saneamento ambiental pressupõe, entre outros pontos: um planejamento urbano dirigido a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente, e um controle e uso do solo voltado a evitar tanto a deterioração de áreas urbanizadas como a poluição e a degradação ambiental.

**4.2** Faz-se necessário rever a visão hodierna de que saneamento não é obra prioritária de governo, razão pela qual devem ser desenvolvidas políticas públicas de educação ambiental, objetivando a formação da personalidade despertando a consciência ecológica em crianças e jovens, além dos adultos, para valorizar e preservar a natureza.

**4.3** A ausência de obras de infra-estrutura como as de saneamento básico, ocasionam a proliferação de fossas sépticas clandestinas, fazendo com que os esgotos não tratados sejam colocados diretamente no sub-solo, ocasionando a contaminação dos lençóis freáticos, os quais são de suma importância para a manutenção dos recursos hídricos.

**4.4** No nosso entender, principalmente, na Região Metropolitana de Natal e das capitais, devem existir emissários submarinos, pois são as soluções mais adequadas, já que os efluentes líquidos são despejados no mar, a distâncias consideráveis sem comprometer a balneabilidade das praias.

**4.5** A efetivação de políticas públicas de saneamento básico no nosso país se faz necessário para fins de ocorrer uma maior preservação dos mananciais hídricos pátrios, além de melhorar a qualidade de vida das populações beneficiadas por estas obras públicas, elevando os índices de desenvolvimento humano, notadamente no aspecto da saúde pública.

# **A FUNÇÃO SÓCIO-AMBIENTAL DA PROPRIEDADE URBANA NO ESTADO AMBIENTAL DE DIREITO**

*JOÃO PAULO ROCHA DE MIRANDA*

Tutor do Curso de Especialização em Direito Ambiental à  
Distância UFMT/UAB; Consultor da Embaixada Italiana,  
Graduado Direito, Especialista Direito Ambiental

*VERA LUCIA MARQUES LEITE*

Professora MSC. Do Quadro Regular da Faculdade de Direito  
da Universidade Federal de Mato Grosso, Doutoranda da  
Universidade de Burgos da Espanha

## **1. INTRODUÇÃO**

Apesar das teorias dos positivistas, que vieram a fundamentar o conceito de função social da propriedade, a idade moderna foi marcada pelo liberalismo econômico, o qual não respondeu aos anseios sociais latentes das sociedades ocidentais da época. Assim, como resposta ao fracasso do liberalismo, no bloco capitalista cresceu as idéias sociais democratas, que, rompendo com os ideais liberais, se traduziram, na época contemporânea, nos “Estados do Bem-Estar Social”, máxime no continente europeu, visto que a América do norte vivia o “sonho americano”, como maior expressão do liberalismo, e, a América latina era assolada pelas ditaduras militares, que haviam tomado o poder como resposta às supostas ameaças socialistas.

Assim, a época contemporânea rompe com a ideologia liberal da época moderna, questionando o não intervencionismo estatal, o individualismo da sociedade e a concepção estritamente individualista da propriedade. Com a revolução industrial e o crescimento do sindicalismo, a luta pelos direitos sociais ganha força, exigindo que o Estado provenha as necessidades básicas dos cidadãos. Em decorrência destas pressões o Estado Contemporâneo assume uma postura intervencionista, limitando as liberdades burguesas, entre elas a propriedade privada. É o que foi chamado de Estado do Bem Estar Social ou Welfare State.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> MIRANDA, João Paulo Rocha de; GARCIA NETTO, Luiz da Rosa. Reserva legal & direito de propriedade rural na Amazônia: desapropriação indireta ou função social? 2005. 50 f. Monografia (Especialização em Sociedade e Desenvolvimento Regional) - Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Federal do Mato Grosso, Juína, MT, p. 22.

Vale lembrar que, este processo, ao mesmo tempo em que foi influenciado pelas ciências sociais e sociais aplicadas, as influenciou. Não é por acaso que, no final do século XX e início do XXI, houve mudanças nos paradigmas de análise científica, inclusive na área jurídica, surgindo duas grandes vertentes de pensamento, as quais vieram influenciar, diretamente, os ordenamentos jurídicos em diferentes países: a ambiental e a econômica. Estas, apesar de parecerem tomar caminhos diferentes, possuem pontos de congruência. Assim, esta verdadeira mudança de paradigma, iniciada na segunda metade do século XX, influenciou, assim como foi influenciada, por diversas Cartas Magnas, de diferentes nações mundiais, e produziram alterações na concepção absolutista do, talvez mais tradicional meio de produção capitalista, a propriedade.

Destarte, um dos pontos marcantes da mudança no paradigma ambiental foi a formulação do princípio do desenvolvimento sustentável, uma vez que este procurou traçar o primeiro, e talvez mais forte, ponto de congruência entre o direito, a economia e o ambientalismo. Assim, o conceito de desenvolvimento sustentável começou a ser cunhado na Conferência Mundial de Meio Ambiente, realizada em 1972, em Estocolmo, sendo, de fato, definido em 1987, no relatório intitulado *Nosso Futuro Comum*, também conhecido como relatório Brundtland, o qual conceituou o desenvolvimento sustentável como aquele que atende as necessidades do presente sem comprometer as possibilidades das gerações futuras atenderem às suas próprias necessidades.<sup>2</sup>

O conceito de desenvolvimento sustentável influenciou, fortemente, a Constituinte, contribuindo para uma Carta Magna reconhecidamente cidadã, social e ambiental, sem, contudo, deixar de ser capitalista. Qual seja, sobre esta influência, o Brasil antecipou-se ao introduzir na Carta Magna de 1988 o princípio do Desenvolvimento Sustentável, cunhado no caput do art. 225, ao dispor o dever constitucional da Poder Público e da coletividade em proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Destarte, sobre a vigência desta Carta, o Brasil sediou a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, popularmente conhecida como Rio-92 ou Eco-92, a qual pautou, solidificou e popularizou o conceito do desenvolvimento sustentável.

Desta forma, este princípio projetou a dimensão da pessoa humana no futuro, derrubando a concepção civilista do nascituro, e projetando-a em gerações futuras, ainda nem mesmo gestadas, surgindo, a partir de então, uma nova dimensão dos direitos fundamentais.<sup>3</sup> Esta, é fundamental ao interpretar vários dos princípios jurídicos dispostos em nosso ordenamento, visto que, em matéria ambiental, o interesse protegido não é, apenas, o da atual geração, mas sua preservação, também, para as futuras gerações, primando pela tutela dos interesses difusos.

<sup>2</sup> WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT. Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future. UN Documents Cooperation Circles, New York, 1985. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/ocf-02.htm>> Acesso em: 31 dez. 2008.

<sup>3</sup> SCAFF, Fernando Facury; TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. Tributação e políticas públicas: o ICMS ecológico. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, SP, ano 10, n° 38, p. 103-104, abr-jun 2005.

Assim, diante da constatação de que os recursos ambientais são a base da produção e economia mundial, mas não são inesgotáveis, como outrora se pensou, o princípio do desenvolvimento sustentável veio a condicionar as atividades econômicas, e portanto a propriedade, buscando uma coexistência harmônica entre economia e meio ambiente.

Paralelamente a este processo, aqui denominado do esverdear dos ordenamentos jurídicos, e, diante do falecimento do Estado do bem estar social, e da ineficiência dos Estados liberais e neoliberais, de garantirem os direitos fundamentais dos cidadãos e de lidarem com os passivos ambientais, surgiu uma terceira via, o Estado Ambiental de Direito, democrático, social e ambiental, assentado nos princípios do direito ambiental. Incumbido da proteção do meio ambiente e da promoção da qualidade de vida, sob os auspícios do desenvolvimento sustentável, pressupõem a realização de novos direitos e valores, como a educação ambiental, a democracia ambiental, a cidadania participativa e solidária e a tutela jurisdicional ambiental adequada.<sup>4</sup>

Neste sentido, há uma forte corrente doutrinária que entende ser este Estado Ambiental de Direito uma realidade, um fato, e não uma mera teoria utópica. Desta forma, este novo modelo de Estado, que parece ser uma utopia pós-comunista, já está sendo paulatinamente implantado. Mas não por ideologias juvenis, românticas e utópicas, mas pela cruel necessidade de sobrevivência do planeta, que sofre com o aquecimento global, com a elevação dos níveis dos oceanos, com o aquecimento do atlântico, com os tsunamis, furações e demais catástrofes ambientais. Em fim, a demonstração natural mais clara da terceira lei de Newton, ação e reação. O planeta reagindo à ação destruidora do homem. Por isso, e apenas por isso, os Estados procuram alternativas de desenvolvimento.<sup>5</sup>

Destarte, não se pode deixar de ter em mente que as mudanças ambientais foram acompanhadas das econômicas, e, que, ambas, de forma sinérgica influenciaram, mundialmente, os ordenamentos jurídicos, e, portanto, a concepção de propriedade. Assim, como não poderia deixar de ser, também ocorreu com o Brasil. Desta forma, a Carta de 1988 foi reflexo das mudanças ambientais e econômicas, em uma luta incessante pela busca do equilíbrio e da congruência, não deixando de ser nem capitalista, nem ambiental, nem social. Maior exemplo disso, é que a Carta Magna, ao mesmo tempo em que garante o direito de propriedade, o submete à condicionantes sócio-ambientais.

Tal fato é evidenciado nos artigos 182, § 2º e 186 da Carta Magna, os quais dispõem, respectivamente, sobre a função social da propriedade urbana e rural. Embora a Lei Maior não seja expressa ao conferir caráter ambiental à função social da propriedade urbana, esta se evidencia mediante uma análise sistêmica dos artigos 1º, III; 5º, incisos XXII e XXIII; 6º; 182; 186; 170 e 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Contudo, é evidente que toda

<sup>4</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Saraiva, 2002, p.1.

<sup>5</sup> MIRANDA, João Paulo Rocha de; CALÇA, Katia Gobatti. Desenvolvimento sustentável e legislação ambiental. Brasília, DF: Embaixada da Itália, 2008, p. 20-21.

essa transformação no conceito de propriedade, que vai do absolutismo ao sócio-ambientalismo, embora já positivado no ordenamento jurídico brasileiro, socialmente, ainda é um processo em curso, que se desenvolve no contexto da formação do Estado Ambiental de Direito.

## 2. ESTADO AMBIENTAL DE DIREITO

Diante da falência do Estado do bem estar social, e da ineficiência dos Estados liberais e neoliberais, de garantirem os direitos fundamentais dos cidadãos e de lidarem com os passivos ambientais, foi deflagrada na última metade do século XX, uma crise ambiental sem precedentes. Em vistas do esgotamento do meio ambiente e a escassez dos recursos naturais em nível planetário, manifestadas principalmente por acontecimentos globais como o efeito estufa, a chuva ácida, a perda da biodiversidade, o desmatamento, a poluição do ar, a exaustão do solo, a erosão e a morte dos rios e dos lagos, o direito contemporâneo recria o princípio da função social da propriedade, dando, a este, um caráter sócio-ambiental, alicerçado nos direitos coletivos e difusos, objetivando não apenas a coletividade, mas, também, as gerações futuras. Assim, surgiu uma terceira via, o Estado Ambiental de Direito, democrático, social e ambiental, o qual emerge a partir do re-equacionamento do papel do Estado na sociedade, em face de uma terceira geração de direitos fundamentais.<sup>6</sup>

Desta forma, a concretização do Estado de Direito Ambiental converge obrigatoriamente para mudanças radicais nas estruturas existentes da sociedade organizada. Assim, não há como negar que a conscientização global da crise ambiental exige uma cidadania participativa, que compreende uma ação conjunta do Estado e da coletividade na proteção ambiental. Portanto, não se pode adotar uma visão individualista sobre proteção ambiental, sem solidariedade e desprovida de responsabilidades difusas globais.<sup>7</sup>

Destarte, o Estado Ambiental de Direito, também chamado de Estado do Bem-Estar Ambiental, configura-se como uma referência norteadora de atuação do campo da radicalização da democracia e da nova cidadania emergente que é a cidadania ambiental, típica do terceiro milênio e baseada na sustentabilidade.

Este processo ocorreu a partir da constatação de que o Estado único, provedor das necessidades coletivas, acabou levando, em muitos casos, às mais cruéis ditaduras, e, que, por outro lado, o Estado de Bem-Estar Social, construído principalmente pelos países ricos, só foi possível através da exploração do Terceiro Mundo e da famigerada dívida externa, além de ser altamente predatório e conter no seu bojo diversas contradições. Assim, neste contexto, foi deflagrado um processo de construção de um novo modelo de Estado, o qual procura resgatar as con-

<sup>6</sup> NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. O Estado ambiental de Direito. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 589, 17 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6340>>. Acesso em: 13 jan. 2006.

<sup>7</sup> LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental: do individual ao coletivo extra patrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 33-34.

quistas do Estado de Bem-Estar Social, tratando de seus excessos, porém baseado no quadro mais geral da sustentabilidade. Esse Estado de Bem-Estar Ambiental, que se encontra em formação, não será fruto de conquista do poder por um partido, nem será privilégio de uma região. Ele deve ser uma referência norteadora de atuação do campo da radicalização da democracia e da nova cidadania emergente que é a cidadania ambiental, típica do terceiro milênio, cheia de contradições, com avanços e recuos, mas resgatando a utopia de que podemos ainda construir a história com nossas próprias mãos, a utopia de que não estamos determinados pelas forças indefectíveis do mercado, restringindo a nossa possibilidade de existência a simples consumidores de uma sociedade pós-moderna.<sup>8</sup>

### 3. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA

A regulamentação dos artigos. 182 e 183 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e estabelecimento de diretrizes gerais da política urbana, com o surgimento da Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, conhecida como Estatuto da Cidade, contribuíram com o fortalecimento da função social da propriedade urbana. Assim, a Lei 10.257/01, também conhecida como Lei do Meio Ambiente Artificial, rompe com a concepção absolutista de propriedade urbana, sujeitando-a, também, ao princípio da função sócio-ambiental, assim como ocorre com a propriedade rural.

Outra importante contribuição para a função social da propriedade urbana foi a Carta de Atenas, documento celebrado em Atenas, Grécia, em 1933, na ocasião do 4º Congresso Internacional de Arquitetura Moderna, que fundou os princípios do urbanismo. Embora a Carta de Atenas não utilize o termo função social da propriedade, trata das funções essenciais da cidade, o que, certamente, influenciou o princípio da função social da propriedade urbana.

Desta forma, os quatro princípios do urbanismo, estampados no item 77, da Carta de Atenas, de 1933, procuram assegurar aos homens alojamento saudável, isto é, lugares em que o espaço, o ar puro e o sol, estas três condições da natureza, estejam, amplamente garantidas; organizar os lugares de trabalho de modo que estes, em vez de ser uma penosa sujeição, recupere seu caráter de atividade humana natural; prever as instalações necessárias para uma boa utilização das horas livres, fazendo-as benéficas e fecundas; estabelecer o vínculo entre as diversas organizações por meio de uma rede circulatória que garanta os intercâmbios sem deixar de respeitar as prerrogativas de cada uma delas.<sup>9</sup>

Destarte, a cidade passa a ter como funções essenciais a habitação, o trabalho, o lazer, a circulação e tudo isso visando à qualidade de vida. Todas es-

<sup>8</sup> PORTANOVA, Rogério. Ilha - Revista de Antropologia da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, vol. 7, n. 1, p. 56-72, 2005. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/ilha/article/view/1560>>. Acesso em: 29 dez. 2008. ISSN 1517- 35X.

<sup>9</sup> CONGRÈS INTERNACIONAL D' ARCHITECTURE MODERNE, 4, 1933, Atenas, Grécia, Carta de Atenas. In: PIRES, Lílian Regina Gabriel Moreira Pires. Função social da propriedade urbana e o plano diretor. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 94-95. ISBN 978-85-7700-071-5.

tas funções estão ligadas, principalmente, à forma de uso do solo, e, portanto, à propriedade urbana. Embora, o art. 182 da Lei Fundamental brasileira não tenha elencado estas funções de forma expressa, esta realidade veio estampada em nossa Constituição Federal, que dedicou um capítulo à política urbana, o que pode ter sido influência da Carta de Atenas.<sup>10</sup>

Influenciada ou não pela Carta de Atenas, a Carta Magna brasileira impôs à propriedade urbana, em seu artigo 182, § 2º, o cumprimento da sua função social, mediante o atendimento às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, sob pena de parcelamento ou edificação compulsórios; IPTU progressivo; e desapropriação-sanção, isto é, com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais, dispostos, respectivamente, nos incisos I, II, e III, do § 4º, do artigo 182 da Lei Maior brasileira.

Outra sanção imposta pela Carta Magna à desobservância da função social da propriedade urbana, disposta em seu artigo 183, é o usucapião especial urbano. Contudo, só está sujeito a este os imóveis de até duzentos e cinquenta metros quadrados que estejam abandonadas por seu proprietário privado, pois não cabe para domínio público, e, portanto, na posse mansa, pacífica e ininterrupta, por pelo menos cinco anos, de pessoa ou família que a use de moradia e que não seja proprietária de outro imóvel urbano ou rural.

Neste mesmo sentido, a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, também conhecida como Estatuto da Cidade, define que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas.

Ainda sobre o tratamento constitucional da função social da propriedade urbana, é imperativo destacar que o artigo 225 da Carta Magna, também tutela o meio ambiente artificial. Desta forma o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, engloba o meio ambiente natural e artificial, estando aí incluídas as cidades e aglomerações urbanas.

Destarte, é impossível desvincular a função sócio-ambiental da propriedade urbana, dos direitos e garantias à dignidade da pessoa humana, à vida, à saúde, a um ambiente sadio e sustentável, elencados, respectivamente, nos arts. 1º, III; 5º, 6º; e 225, da Carta Magna. Desta forma a constitucionalização dos aspectos sócio-ambientais, produziu, pelo menos no texto constitucional, uma política urbana com fins de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, condicionando o uso da propriedade urbana ao atendimento do bem coletivo, do bem-estar dos cidadãos e do equilíbrio ambiental.

<sup>10</sup> PIRES, Lílian Regina Gabriel Moreira. Função social da propriedade urbana e o plano diretor. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 95. ISBN 978-85-7700-071-5.

### 3.1 Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios

O não cumprimento da função social da propriedade urbana, em área que esteja incluída em um Plano Diretor, especificamente no que tange o solo urbano não edificado, não utilizado ou subutilizado, isto é, cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente, sujeita a propriedade ao parcelamento, à edificação ou à utilização compulsória, mediante Lei municipal. Para tanto, o proprietário deve ser notificado pessoalmente ou por edital, se por três vezes a notificação pessoal for frustrada, para o cumprimento da obrigação de edificar ou utilizar sua propriedade, devendo em um ano, a partir da notificação, protocolar o projeto no órgão municipal competente, iniciando as obras em até dois anos, a partir da aprovação do projeto, salvo empreendimentos de grande porte, que excepcionalmente, seja feito em etapas, de acordo com Lei municipal específica. Importante ressaltar que a notificação deve ser averbada no cartório de registro de imóveis. Tais disposições encontram-se elencadas no art. 5º, do Estatuto da Cidade.

Interessante comentar que o projeto de lei do referido estatuto, também considerava como imóvel subutilizado aquele que estivesse sendo utilizado em desacordo com a legislação urbanística e ambiental, o que foi vetado, segundo RIBEIRO<sup>11</sup> em função de influências das entidades da construção civil de São Paulo. Contudo, isto não desqualifica o aspecto ambiental da função social da propriedade urbana.

Na seqüência, o artigo 6º, do Estatuto das Cidades, a fim de evitar fraudes, com operações de transmissão fictas, e garantir o cumprimento da função social da propriedade urbana, o legislador transferiu as obrigações de parcelamento, edificação ou utilização ao comprador ou herdeiro do imóvel, no caso de transmissão deste, por ato inter vivos ou causa mortis, após a notificação.

Vale ressaltar, ainda, que é no Plano Diretor que as áreas para a aplicação do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios são delimitadas, considerando-se a existência de infra-estrutura e de demanda para utilização.<sup>12</sup>

### 3.2 IPTU progressivo

Em caso de descumprimento das condições e dos prazos de um ano, a partir da notificação, para que seja protocolado o projeto no órgão municipal competente, e de dois anos, a partir da aprovação do projeto, para iniciar as obras do empreendimento, conforme previstos no art. 5o, § 4º, do Estatuto da Cidade, e não tendo sido realizado o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, poderá a Prefeitura aplicar alíquotas progressivas para o IPTU pelo prazo de 05 anos. Depois desse prazo, o Município poderá aplicar a desapropriação-sanção,

<sup>11</sup> RIBEIRO, Thiago. Estatuto da Cidade – Lei 10257/01. DireitoNet, [S.L.], [200-] Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/514/Estatuto-da-Cidade-Lei-10257-01> >. Acesso em: 3 jan. 2009.

<sup>12</sup> Idem.

isto é, desapropriar o imóvel, mediante pagamento em títulos da dívida pública, e não em dinheiro, como seria a desapropriação por utilidade pública, por exemplo. Contudo, a alíquota do IPTU não poderá exceder a duas vezes o valor cobrado no ano anterior e não poderá ser superior a 15% (quinze por cento), não sendo permite ao município conceder isenção ou anistia para os valores cobrados do proprietário. Tais disposições foram elencados em um único dispositivo, o art. 7º, do Estatuto da Cidade:

Embora o caput do art. 7º, da Lei do Meio Ambiente Artificial, use o termo procederá à aplicação do IPTU progressivo, não se trata de uma imperatividade, mas de uma faculdade da prefeitura. Caso o entendimento fosse de que o Município tem sempre o dever de adotar alíquotas de IPTU progressivas no tempo, como mecanismo para tentar obter adequado aproveitamento do solo urbano, então o dispositivo estaria inevitavelmente acometido de inconstitucionalidade. E isso porque o art. 182 da Carta Magna, que serve de matriz para a regra analisada, concede aos Municípios a faculdade de se utilizarem da progressividade do IPTU no tempo, como um dos mecanismos, para tentar obter adequado aproveitamento do solo urbano. Se a Constituição concede aos Municípios uma faculdade, a lei ordinária federal que disciplina o dispositivo constitucional não pode estabelecer para eles um dever. Conclui-se, destarte, que a expressão procederá não pode ser interpretada no sentido impositivo, mas sim no sentido de poderá proceder. Persiste sendo uma faculdade e não um dever do Município servir-se desse mecanismo tributário, imprimindo-lhe finalidade extrafiscal, ou seja, utilizando-o não como mecanismo destinado precipuamente a obter receita pública, mas sim destinado a influir no ânimo do proprietário do imóvel não edificado, não ocupado ou subutilizado, para que faça cessar esse estado de coisas, dando a tal imóvel destinação mais compatível com sua função social.<sup>13</sup>

Relevante ressaltar que, embora seja alegado que entidades ligadas à construção civil de São Paulo tenham solicitado o veto presidencial ao dispositivo legal que fixa a progressividade de até 15% para a alíquota do IPTU, por entenderem que viola o princípio constitucional da capacidade contributiva, o Presidente não opôs seu veto a este artigo.<sup>14</sup>

Interessante frisar, ainda, sobre alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, que só admitem a progressividade do IPTU para assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana<sup>15 16</sup>

Destarte, o que se verifica é que, com relação ao IPTU, a única hipótese de progressividade amparada pelo Texto Maior é aquela que sanciona a propriedade por não cumprir sua função social e só. Não se admite de forma alguma a

<sup>13</sup> DECOMAIN, Pedro Roberto. Diretrizes gerais da política urbana - Lei n. 10.257/2001 - IPTU progressivo no tempo. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Porto Velho, [200-]. Disponível em: <<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2003/JUNHO/1306/ARTIGOS/A05.htm>>. Acesso em: 3 jan. 2009.

<sup>14</sup> RIBEIRO, Thiago. Estatuto da Cidade - Lei 10257/01. Op. Cit..

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª turma. EDclAg 456513-SP Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, v.u.. Julgado em: 28 de outubro de 2003, Diário da Justiça da União, 14 nov. 2003.

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª turma. RE 192737-SP. Relator: Ministro Moreira Alves, m.v.. Julgado em: 5 de junho de 1997, Diário da Justiça da União, 5 set 1997.

utilização de quaisquer outros critérios para chegar à progressividade que não o critério do cumprimento ou descumprimento da função social pela propriedade territorial.<sup>17</sup>

Uma vez aplicado o IPTU progressivo, caso a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar não esteja atendida em cinco anos, o Município terá duas opções: manter a cobrança pela alíquota máxima, até que se cumpra a referida obrigação; ou aplicar a desapropriação-sansão, disposta no § 2º, do art. 7º, da Lei 10277/01, que será comentada a seguir.

### 3.3 Desapropriação-sansão

Conforme comentado anteriormente, decorridos cinco anos de cobrança de IPTU progressivo, a Prefeitura poderá manter a cobrança do IPTU progressivo na alíquota máxima atingida no quinto ano, ressalvada o limite máximo de 15% (quinze por cento), ou proceder à desapropriação-sansão do imóvel. Esta se configura pela desapropriação pelo não cumprimento da função social, prevista no art. 182, § 4º, inciso III, da Carta Magna. Desta forma, a sanção está, justamente, no pagamento em títulos da dívida ativa, resgatáveis no prazo de até dez anos, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de seis por cento ao ano, ao em vez de indenização em dinheiro, prevista para as demais formas de desapropriação, no art. 5º, inciso XXIV, da Lei Maior.

O valor real da indenização deverá refletir o valor da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o mesmo se localiza após a notificação, não sendo admitido computar expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios. Além disso, os referidos títulos não terão poder liberatório para pagamento de tributos.

Na hipótese de desapropriação-sansão do imóvel, o Município deverá, no prazo máximo de cinco anos, contados a partir da sua incorporação ao patrimônio público, proceder ao adequado aproveitamento deste, de forma direta pelo Poder Público ou por meio de alienação ou concessão, mediante os devidos procedimentos licitatórios, à terceiros, os quais terão as mesmas obrigações de parcelamento, edificação ou utilização impostas ao antigo proprietário expropriado, conforme artigo 8º, da Lei do Meio Ambiente artificial.

Vale, ainda, ressaltar que a existência do plano diretor é condição imprescindível para a desapropriação-sansão, sem o qual caberá no máximo a desapropriação prevista no inciso XXIV, do art. 5º, da Carta Magna.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. Direito ambiental tributário. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 94-95. ISBN 85-02-05040-0.

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. 1ª Turma, RE 161552-SP. Relator: Ministro Ilmar Galvão, v.u.. Julgado em: 11 de novembro de 1997, Diário da Justiça da União, 6 fev. 1998. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição federal comentada e legislação constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 359. ISBN 85-203-2898-9.

### 3.4 Usucapião especial urbano e concessão de uso especial para fins de moradia

Outra penalidade imposta pela Carta Magna ao não cumprimento da função social da propriedade urbana é o usucapião especial urbano, como disposto no art. 183, da Carta Magna. Este instituto possibilita aquele que possui área urbana, privada, visto que não cabe para os públicos, de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir seu domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural, nem já tenha tido este direito reconhecido uma vez.

Contudo, com a regulamentação deste dispositivo constitucional, pelo Estatuto da Terra, o instituto da usucapião especial urbano foi dividido em individual e coletivo, correspondendo o primeiro ao inciso III, do § 4º, do art. 182, da Lei Maior e ao art. 9º, da Lei 10257/01; e o segundo ao art. 10, do Estatuto da Cidade.

Destarte, fica sujeita, à usucapião especial individual urbano, propriedade urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados que esteja na posse mansa, pacífica e ininterrupta, por pelo menos 5 (cinco) anos, de pessoa ou família que a use de moradia e que não seja proprietária de outro imóvel urbano ou rural.

Já, ao usucapião especial coletivo urbano, é aplicado ao imóvel urbano de área superior a duzentos e cinquenta metros quadrados, que esteja na posse mansa, pacífica e ininterrupta, por pelo menos 5 anos, de população de baixa renda, com finalidade de moradia, e que não seja possível identificar os terrenos ocupados, conforme disposto no art. 10, da Lei do Meio Ambiente Artificial. Vale, aqui, ressaltar que o possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

Na hipótese de procedência do pedido de usucapião especial coletivo urbano, este será declarado pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis. Na sentença, o juiz deverá atribuir igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

Diante da sentença em questão, é constituído um condomínio especial indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio. Quanto às deliberações relativas à administração do condomínio especial, estas serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes.

No tocante à aplicação da usucapião especial urbano a apartamentos, é importante frisar que o mais consentâneo e justo é aceitar que o preceito constitucional teve por objetivo a área do terreno, mesmo porque foi também levada em consideração a aquisição ou a regularização de parcelas de solo destacadas de loteamentos à margem da lei e normas urbanísticas. Assim, nos casos de apartamentos, em que a fração ideal do solo é mínima, é possível levar-se em conta a

área da unidade autônoma, que pode ser pouco significativa. A área a ser considerada, no caso, é a total, não a útil.<sup>19</sup>

No projeto de Lei do estatuto da Cidade, havia o instituto da concessão de uso especial para fins de moradia, no qual aquele que possuísse como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, situada em imóvel público, por 5 anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, teria o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação à referida área ou edificação, desde que não fosse proprietário ou concessionário de outro imóvel urbano ou rural. Contudo, os artigos 15 a 20, do projeto de lei, que previa tal instituto, foram vetados pelo Presidente da República.

Entretanto, a concessão de uso para fins de moradia foi reavivada pela Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, a qual dispõe, em seu artigo 1º, que terá direito à concessão de uso para fins de moradia, aquele que, até 30 de junho de 2001, teve a posse mansa, pacífica e ininterrupta, por pelo menos 5 (cinco) anos, de imóvel público urbano, de até duzentos e cinquenta metros quadrados, para fins de sua moradia e/ou de sua família, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.<sup>20</sup>

#### **4. O CARÁTER AMBIENTAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pela primeira vez, tratou da natureza jurídico-ambiental da cidade e sua expansão. Assim, o meio urbano não é mais disciplinado com vista à aglutinação de bens privados ou públicos, pois adquirem outra dimensão, por força das determinações constitucionais que formam a ordem urbanística, também chamado de meio ambiente artificial. Desta forma, o Estatuto da Cidade é exemplo verdadeiro da publicização do Direito Privado, inaugurando uma simbiose entre as concepções jurídicas tradicionalmente examinadas em dicotomia, Direito Público e Direito Privado.<sup>21</sup>

A tutela do meio ambiente artificial advém de forma mediata da Constituição, a qual prevê a proteção geral ao meio ambiente e a tutela à vida, em todas as suas formas, com vista à dignidade da pessoa humana. De forma imediata, a Constituição traça as regras da política urbanística, aprofundando as orientações quanto ao conceito de qualidade de vida, satisfação dos valores da dignidade da vida e da pessoa humana. Nesse enfoque, os bens, públicos ou privados, devem estar atrelados à idéia de função social e de utilidade.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> RIBEIRO, Benedito Silvério. In: BACCILI, Aline Pazetti da Costa. Usucapião especial urbana: breves considerações. Boletim jurídico, n. 153, Uberaba, MG, 21 de novembro de 2005. Disponível em: < <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=925>>. Acesso em: 3 jan. 2009.

<sup>20</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. Cit., p. 360.

<sup>21</sup> ALVES, Eliana Calmon. Aspectos constitucionais do direito da propriedade urbana. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/8779/4/Aspectos\\_Constitucionais\\_Direito.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/8779/4/Aspectos_Constitucionais_Direito.pdf)>. Acesso em 30 mar. 2009.

<sup>22</sup> Idem.

Destarte, a constitucionalização do princípio da função social da propriedade não macula o direito de propriedade, pelo contrário, o garante, porém com novos contornos, de cunho social e ambiental. Assim, a propriedade, vem perdendo sua subjetividade e adquirindo uma conotação de direito-dever, um direito sim, mas não mais absoluto, mas limitado aos interesses sociais e ambientais. Este último, embora não explicitado no termo função social da propriedade, está fortemente amparado no texto constitucional, na doutrina, e, até mesmo na jurisprudência pátria. Isto e dá a tal ponto, que, atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, no que tange a função social da propriedade, não há como dissociar as questões sociais das ambientais.

Contudo, a teoria da função sócio-ambiental da propriedade, é apenas o começo para o re-equacionamento do papel do Estado na sociedade, o qual se funda em base de uma terceira geração de direitos fundamentais, direitos transindividuais, particularmente o direito à tutela das presentes e futuras gerações, à sadia qualidade de vida, à preservação do patrimônio genético e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Neste sentido, emerge o Estado Ambiental de Direito, que tem como um de seus pilares a função sócio ambiental da propriedade.

## **5. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**5.1** A propriedade urbana não tem mais, como outrora, caráter absoluto, estando limitada aos interesses sociais e ambientais.

**5.2** Embora não explicitado no texto constitucional, a função social da propriedade também tem caráter ambiental, o qual está fortemente amparado no texto constitucional, na doutrina, e, até mesmo na jurisprudência pátria.

**5.3** Pela primeira vez uma Carta Magna brasileira preocupou-se com a ordem urbanística a tal ponto de chamá-la de meio-ambiente artificial, sujeitando-a a condicionantes sócio-ambientais.

**5.4** No contexto do re-equacionamento do papel do Estado na sociedade, em face de uma terceira geração de direitos fundamentais, emerge o Estado Ambiental de Direito, democrático, social e ambiental, tendo a função sócio-ambiental da propriedade como um de seus pilares de sustentação.

# **PARTICULARIZAR O PARTICULAR: NOTAS SOBRE A CRIAÇÃO DAS RESERVAS EXTRATIVISTAS DE BABAÇU NO MARANHÃO E TOCANTINS<sup>1</sup>**

*JOAQUIM SHIRAIISHI NETO*

Professor do Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental da  
Universidade do Estado do Amazonas (PPGDA/UEA)

## **1. INTRODUÇÃO**

Em maio de 1992, mês que antecedeu o início da Conferência de Meio Ambiente da Organização das Nações Unidas (ONU), na cidade do Rio de Janeiro, foram decretadas pelo então Presidente da República, cinco reservas extrativistas (RESEXs), sendo que quatro delas se encontram na área de ocorrência de babaçu nos estados do Maranhão (reservas extrativistas do Quilombo do Frechal<sup>2</sup>, do Ciriaco<sup>3</sup> e da Mata Grande<sup>4</sup>) e do Tocantins (reserva extrativista do Extremo Norte<sup>5</sup>), perfazendo um total de 27.042 (vinte e sete mil e quarenta e dois) hectares.

Decorridos mais de quinze anos da edição dos referidos Decretos, a maioria das reservas não foram efetivadas, aguardando providências do Poder Público. A única reserva efetivada foi à reserva extrativista do Quilombo do Frechal. A reserva extrativista do Frechal possui um duplo atributo, pois além de se caracterizar como unidade de conservação é área de comunidade de remanescente de quilombo (artigo 68 do ADCT da CF de 1988). Enquanto que a área da reserva do Ciriaco foi parcialmente desapropriada, a área que compreende a reserva da Mata Grande e do Extremo Norte se encontra em processo de desapropriação.

A criação dessas reservas e a demora na sua implantação vêm gerando uma ordem de problemas, sendo que o mais sério, contraditoriamente, é a intensificação do processo de devastação das palmeiras de babaçu.

O artigo objetiva refletir as especificidades jurídicas que envolvem as “práticas extrativas” das chamadas quebradeiras de coco babaçu e as suas conseqüências na criação e implementação das reservas extrativistas. Aliás, o desconhecimento da atividade extrativista do babaçu realizada pelas chamadas quebradeiras

---

<sup>1</sup> O presente artigo representa as reflexões do Projeto de Pesquisa “As Quebradeiras de Coco e o Direito”, financiado pelo CNPq. As análises são preliminares, refletindo o estágio inicial do projeto, que consiste no levantamento de dados a respeito das atividades relacionadas às chamadas quebradeiras de coco babaçu nos Estados do Maranhão e Tocantins.

<sup>2</sup> Decreto nº536, de 20 de maio de 1992.

<sup>3</sup> Decreto nº534, de 20 de maio de 1992.

<sup>4</sup> Decreto nº 532, de 20 de maio de 1992.

<sup>5</sup> Decreto nº 535, de 20 de maio de 1992.

de coco é um dado relevante, que permite compreender essa longa espera. As dificuldades de se construir uma Política Ambiental efetiva para a região também pode ser um ponto para análise, no entanto não será objeto da reflexão. Para cumprir com o objetivo traçado, o artigo será dividido nos seguintes tópicos: As Reservas Extrativistas: histórico e aspectos legais; As Reservas Extrativistas de Babaçu (Mal)criadas; e Considerações Finais.

## 2. AS RESERVAS EXTRATIVISTAS: HISTÓRICO E ASPECTOS LEGAIS

A proposta de reserva extrativista não é algo recente. Desde os anos 1970, os seringueiros do Estado do Acre iniciam um processo de luta e resistência contra a devastação da floresta e pelo direito de permanecer na terra, dão os chamados “empates”<sup>6</sup>.

A mobilização e a organização dos seringueiros no Conselho Nacional dos Seringueiros (CNS) foram elementos importantes na construção e consolidação da proposta de reserva extrativista.

As RESEXs devem ser compreendidas como parte da luta pela reforma agrária no Brasil, tendo sido concebidas originariamente como solução para os conflitos de terra no contexto dos seringais no Vale do Rio do Acre<sup>7</sup>. Incorporada, inicialmente, ao primeiro Programa Nacional de Reforma Agrária (PNRA), por meio da Portaria nº 647, de 30 de julho de 1987, sob a denominação de Projetos de Assentamentos Extrativistas (PAEx), restringiu-se sua criação, sob responsabilidade do INCRA<sup>8</sup>.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, contendo todo um capítulo a respeito do Meio Ambiente, foi possível uma reformulação nas legislações infraconstitucionais, inclusive na própria Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, concebida para estruturar a Política Nacional de Meio Ambiente.

A Lei nº 7.804, de 18 de julho de 1989 permitiu

*“a criação de espaços territoriais, especialmente protegidos pelo poder público federal, estadual e municipal, de relevante interesse ecológico e reservas extrativistas.” (inciso VI, artigo 9º da Lei).*

Para regulamentar o disposto na Lei, foi editado o Decreto nº 98.897, de 30 de janeiro de 1990, que disciplinou os procedimentos para a criação e implantação das reservas extrativistas. Para esse Decreto

*“As reservas extrativistas são espaços territoriais destinados à exploração auto-sustentável e conservação dos recursos naturais renováveis, por população extrativista.” (Artigo 1º).*

<sup>6</sup> O “empate” consiste numa espécie de defesa da floresta, utilizado pelos seringueiros e seus familiares, quando procuram impedir a derrubada de árvores por fazendeiros ou empresas agropecuárias. Na região Amazônica, é possível identificar ações de defesa dos recursos naturais por diferentes grupos sociais que se assemelham aos “empates”.

<sup>7</sup> Conselho Nacional dos Seringueiros. Diretrizes para um programa de reservas extrativistas na Amazônia. Rio Branco: 1992.p.05

<sup>8</sup> Até 1989, o INCRA havia criado dez áreas de assentamentos extrativistas na região Amazônica.

Decorridos dez anos da edição do Decreto, a Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que “institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação” veio reafirmar essa categoria de unidade de conservação. Para essa Lei

*“A Reserva Extrativista é uma área utilizada por populações extrativistas tradicionais, cuja subsistência baseia-se no extrativismo e, complementarmente, na agricultura de subsistência e na criação de animais de pequeno porte, e tem como objetivos básicos proteger os meios de vida e a cultura dessas populações, e assegurar o uso sustentável dos recursos naturais da unidade.” (Artigo.18).*

Uma leitura desses dispositivos permite observar que há uma dupla preocupação por parte do Poder Público. Inicialmente, incorporar de forma definitiva essa categoria de unidade ao Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza. A reserva extrativista e a Reserva de Desenvolvimento Sustentável (RDS) representam modalidades de unidades de conservação genuinamente brasileiras. Uma segunda preocupação consiste numa melhoria do seu significado. Há uma preocupação em aperfeiçoar os procedimentos e determinadas noções, como o próprio entendimento de “populações extrativistas tradicionais”.

A Instrução Normativa nº3, de 18 de setembro de 2007, afirma que o entendimento de “população tradicional” deve ser a do Decreto nº 6.040, de 07 de fevereiro de 2007, que “institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais.” Embora o referido Decreto tenha se utilizado de outras designações (“povo” e “comunidades tradicionais”), vale ressaltar que devem ser lidas como sinônimos. Os dispositivos vêm adotando diferentes termos e expressões com praticamente os mesmos significados para designar as situações que dizem respeito a esses grupos sociais. As situações vivenciadas pelos grupos não se vinculam a um determinado período temporal ou a um determinado lugar. O que deve ser utilizado como critério é a forma de “criar”, de “fazer” e de “viver” desses grupos sociais.

O objetivo principal das reservas extrativistas envolve o reconhecimento das “populações tradicionais” e de seus territórios, bem como a importância das suas “práticas sociais” para a conservação ambiental: “*É o resgate da importância homem, numa nova perspectiva de ocupação espaço amazônico, associada à conservação do meio ambiente, onde são levados em consideração os aspectos sociais, econômicos, culturais das “populações locais”*”<sup>9</sup>.

No caso da reserva extrativista, merecem destaque as seguintes particularidades:

- a) é o Instituto Chico Mendes e não o INCRA o seu responsável;
- b) a motivação de sua criação é social e ecológica;
- c) a indivisibilidade da área é um dado prevalente, na medida em que supera a concepção de reforma agrária tradicionalmente realizada pelo INCRA, em distribuir os lotes de forma individual;

<sup>9</sup> Conselho Nacional dos Seringueiros, op. cit., p.06

- d) o reconhecimento de novas formas de ocupação e uso da terra e dos recursos naturais; e
- e) e o uso da terra e dos recursos se dá por meio do contrato real de concessão de uso.

A efetivação das reservas extrativistas passa por três etapas distintas, que pode ser assim enumerada: a criação, a implementação e o desenvolvimento. Essas etapas se encontram previstas na Instrução Normativa nº3, de 18 de setembro de 2007<sup>10</sup>, que “disciplina as diretrizes, normas e procedimentos para a criação de Unidades de Conservação Federal das categorias Reservas Extrativistas e Reservas de Desenvolvimento Sustentável”.

A etapa da criação inicia-se com a reivindicação do grupo junto ao Instituto Chico Mendes (artigo 4º da IN) e termina com a edição do Decreto de criação da reserva. A etapa da implementação consiste no processo de desapropriação, envolvendo a regularização fundiária, bem como a organização do Plano de Manejo<sup>11</sup>. Nessa fase é realizado o processo de cadastramento e criação do Conselho Deliberativo<sup>12</sup> (artigo 17 da IN). O cadastramento e o Plano de Manejo permitem que seja firmado o Termo de Compromisso entre as famílias (artigo 18 da IN) para a concessão real de uso. A etapa do desenvolvimento consiste na adoção de medidas para garantir às famílias a melhoria da qualidade de vida e a efetiva proteção do meio ambiente.

### 3. AS RESERVAS EXTRATIVISTAS DE BABAÇU (MAL)CRIADAS

É possível extrair dos dados do Censo Agropecuário do Brasil, de 1995/1996, que a maioria das famílias que exercem alguma atividade extrativa na Amazônia o fazem em áreas que não lhes pertencem, sob a condição de “ocupantes”, ou “posseiros”, “arrendatários” ou “parceiros”, conforme classificação utilizada pelo IBGE.<sup>13</sup>

As chamadas quebradeiras de coco babaçu não fogem à regra, pois a maioria das palmeiras de babaçu se encontra nas áreas de domínio privado. Para ter acesso às palmeiras para a coleta do coco, as quebradeiras se sujeitam aos mais variados contratos, que são celebrados na sua maioria de forma verbal<sup>14</sup>. Esses contratos verbais têm violado o direito das mulheres disciplinado no Estatuto da Terra. Aquelas que se recusam em cumprir as determinações impostas arbitrariamente pelos proprietários ou seus prepostos são impedidas de realizar a coleta e em determinadas circunstâncias formalmente acusadas de furto de babaçu.

<sup>10</sup> A Portaria n.51 N, de 11 de maio de 1994, estabelecia roteiro para orientar as comunidades e as organizações, a respeito da criação e legalização das reservas extrativistas.

<sup>11</sup> Instrução Normativa n.01, de 18 de setembro de 2007.

<sup>12</sup> Instrução Normativa n.02, de 18 de setembro de 2007.

<sup>13</sup> SHIRAISHI NETO, Joaquim. Babaçu livre: conflito entre legislação extrativa e práticas camponesas. In: ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de et al. (Orgs.). Economia do babaçu: levantamento preliminar de dados. São Luís: MIQCB e Balaios Tipographya, 2001. p.48.

<sup>14</sup> São os chamados contratos de “foro” ou de “meia”, sendo que essas modalidades impõem às mulheres o pagamento da metade da produção (SHIRAISHI NETO, op. cit., p.49-50). Além disso, alguns contratos obrigam as mulheres a quebrarem os cocos nos barracões das fazendas ou, ainda, a venderem todas as amêndoas ao proprietário ou ao seu preposto.

As mulheres que não se submetem a esse tipo de contrato são obrigadas a utilizar diferentes estratégias para a realização da coleta. Às vezes, entram às escondidas pelo fundo da propriedade, pulando as cercas de arame farpado. Tais situações que envolvem o processo de acesso as áreas para a coleta do coco tem gerado uma ordem de conflitos, inclusive ameaças de morte e de violências físicas praticadas indistintamente contra todas as mulheres.

Ainda assim, observa-se uma grande dificuldade de adequar essas “práticas extrativas” às situações previstas legalmente no Estatuto da Terra, visto que os contratos não são individuais, muito menos com prazo predeterminado, mas celebrados de tal forma que devem servir a todas as mulheres que necessitam coletar e quebrar o coco babaçu.<sup>15</sup>

O contrato extrativo não é celebrado com uma quebradeira certa e determinada, mas com o grupo que ali se encontra, e o tempo desse contrato é o da atividade que se realizada de acordo com a necessidade e capacidade das famílias em coletarem os cocos. As mulheres, raramente, fazem essa atividade de forma isolada, sendo que, na maioria das vezes, as atividades de coleta e quebra é feita em forma de “adjunto”, isto é, por meio de “mutirão”, e não raramente aquela que se encontra mais necessitada fica com o resultado do produto. Então, há uma dificuldade jurídica manifesta de separar, individualizar o contrato extrativo, tal qual a previsão do Estatuto da Terra, pois não se trata de sujeito, mas de sujeitos que executam, de forma concomitante, as mesmas atividades.

Outra particularidade que se coloca a essa modalidade de contrato é que a área onde será realizada a coleta não pode ser determinada previamente pelas partes, mas pode ser determinável, dependendo de onde se encontram as palmeiras de babaçu.<sup>16</sup> Há dificuldade em precisar a área do contrato, pois as mulheres precisam andar entre as palmeiras para localizar os cocos caídos entre elas. Quando os cocos ficam maduros, acontece a queda do cacho, e é quando deve haver a quebra, para que os cocos não se percam, pois à medida que envelhecem as amêndoas se deterioram, perdendo sua utilidade. Ademais, o uso das palmeiras é comum a todas as famílias, isto é, não há proprietários das palmeiras, elas pertencem a todos, e isto não tem implicado esgotamento ou escassez, porque é utilizado em consonância com as necessidades reprodutivas e a capacidade de trabalho de cada família. Longe de qualquer previsão catastrófica sobre o esgotamento das palmeiras, as mulheres e suas famílias manejam habilmente os recursos, pensando nos anos futuros.

É importante salientar que não há homogeneidade das “práticas extrativistas” na Amazônia. No caso da atividade extrativa da seringa, cada seringueiro é possuidor de uma “colocação”, que representa um conjunto de árvores de seringa. Diferentemente das chamadas quebradeiras de coco em que o uso da palmeira é comum a todas, para os seringueiros o uso é privado por família.

O desconhecimento dessa especificidade, que decorre das “práticas extrativas” na Amazônia fez com que três das quatro reservas de prevalência de babaçu,

<sup>15</sup> SHIRAIISHI NETO, op. cit., p.50.

<sup>16</sup> SHIRAIISHI NETO, op. cit., p.50.

decretadas em 1992, ficassem aguardando “novos” estudos. Havia necessidade de que essa atividade extrativa se assemelhasse aos modos de uso dos seringueiros.

Os grupos sociais que privilegiam o recurso em detrimento da terra, a propriedade privada assume conteúdo diverso, como foi observado também por Fachin: *“É inegável o choque que se dá entre os conceitos rígidos, moldados sob a inspiração basicamente privatista do sistema (...) e o desenho fático das relações sociais que nascem à margem ou fora desse sistema, como se vê nas formas de uso da terra na Amazônia.”*<sup>17</sup>

As chamadas quebradeiras de coco babaçu intervêm nos debates jurídicos, no sentido de dar novo significado às interpretações da cultura jurídica em relação à propriedade privada da terra, onde as palmeiras de babaçu se apresentam como bem principal.

A palmeira de babaçu gera uma infinidade de produtos, que podem ser obtidos de seus frutos, folhas e caules. Para a quebradeira de coco, a maior importância econômica dentre esses produtos são as amêndoas, ricas em óleo. As cascas do babaçu são convertidas em carvão, constituindo-se na principal fonte de energia, utilizado na preparação de alimentos. As folhas do babaçu fornecem fibras para as cestarias, cercas e palhas para a cobertura das habitações. O caule produz o palmito que, juntamente com os resíduos do coco, é utilizado como ração animal.

Foi por esse motivo que o Movimento Interestadual das Quebradeiras de Coco Babaçu (MIQCB) vem tentando junto ao Congresso Nacional a aprovação de um Projeto de Lei que possibilite assegurar o livre acesso às áreas de ocorrência das palmeiras de babaçu<sup>18</sup>. Para as chamadas quebradeiras de coco, trata-se de recompor uma situação preexistente à apropriação e ao cercamento das terras devolutas estaduais e federais, que consagrou um apartamento entre essas mulheres e suas famílias dos proprietários das terras.

No caso, as quebradeiras reivindicam a possibilidade de terem acesso a esses recursos naturais que lhes foram privados.<sup>19</sup> Para essas mulheres, é impossível dissociar a sua atividade extrativa de coleta e quebra do babaçu da sua condição de vida; vale notar que esse meio as envolve, mas não as determinam.

As palmeiras de babaçu não são vistas como “alheias” ou “hostis”, passíveis de serem “derrubadas” para o plantio do capim, que servirá para alimentar a criação de gado. O bem, a palmeira de babaçu, não pode ser tomado de forma abstrata, cujo conteúdo seja desprovido de qualquer significado ou valor, a exemplo da noção da propriedade privada, na qual o proprietário pode “usar”, “gozar”, “dispor” e “reaver” do poder de quem injustamente a possua ou a detenha.<sup>20</sup> Constata-se que essa proposição das quebradeiras se coloca em conjunto com as proposições de outros grupos sociais, que retiram parte de

<sup>17</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Posseiros e seringueiros: aspectos jurídicos*. Paris, 1990. (mimeo). p.5.

<sup>18</sup> A Constituição Estadual do Estado do Maranhão de 1989 estabelece no parágrafo único do art. 196 que: “Nas terras públicas e devolutas do Estado assegurar-se-á a exploração dos babaçuais em regime de economia familiar e comunitária.”

<sup>19</sup> O Código Civil de 2002 não alterou a formulação do CC de 1916/17, que define que “acessório, aquele cuja existência supõe a do principal” (Art. 92).

<sup>20</sup> Cf. caput do art. 1.228 do CC de 2002.

sustento das atividades extrativas, na qual a árvore assume o caráter de bem principal.<sup>21</sup>

Os problemas colocados nessa ordem de idéias resultam numa inversão da noção dogmática da propriedade, que valora a terra em detrimento do acessório.<sup>22</sup> Em outras palavras, numa possibilidade de se estabelecer uma ordem de valores para esses bens, o acessório, representado pelas palmeiras de babaçu, se colocaria como o mais importante para essas mulheres. O tratamento jurídico da proposição dissocia o acessório da terra, portanto não se trata de um tipo específico de posse.<sup>23</sup>

Contudo, o fato de o MIQCB assumir essa proposta jurídica não implica o desconhecimento das demais situações vivenciadas pelas quebradeiras. Cada uma das diversas situações vem sendo debatida pelo movimento, que tem procurado identificar formas de resolvê-la. Tais formas podem ser assim resumidas: para as quebradeiras sem acesso a terra garantida, as reservas ou os PAEXs; e para aquelas com acesso garantido a terra, mas sem ou com poucas palmeiras, as servidões públicas dos babaçuais.<sup>24</sup>

As reservas extrativistas, por ora, vêm se apresentando como proposta jurídica viável, sobretudo pelo fato de a maioria das mulheres se encontrarem na primeira situação, sem terra. As reservas extrativistas representaram um importante avanço no ordenamento jurídico brasileiro, comportando as situações vivenciadas pelos diversos grupos que exercem atividade extrativa na Amazônia brasileira e negam a noção do direito, que separa o sujeito do bem, dividindo a pessoa e o ambiente em que se vive.<sup>25</sup>

Tem-se esse instrumento como uma superação de um “vácuo jurídico” existente no ordenamento jurídico.<sup>26</sup> As reservas extrativistas de prevalência de babaçu, observadas neste contexto, devem ser repensadas à luz das situações de fato das chamadas quebradeiras de coco babaçu, uma vez que não podemos desconhecer que a prática extrativa do babaçu se difere da seringa, da castanha, enfim, das demais atividades extrativistas da Amazônia. É impossível pensar a região a partir da homogeneidade.

A longa espera das quebradeiras e de suas famílias pela implantação das reservas extrativistas se deve, sobretudo, ao fato de que os técnicos do governo federal desconheciam essas particularidades que envolvem essa atividade extrativa; o coco de babaçu se encontra, na sua maioria, “preso”, isto é, em áreas de domínio privado.

As áreas decretadas representavam as áreas de maior densidade de palmeiras – um sobrevôo realizado no período pelos técnicos foi determinante para a escolha da área -, contudo, não significava que ali se encontravam as famílias de

<sup>21</sup> FACHIN, op. cit., p.12.

<sup>22</sup> FACHIN, op. cit., p.12.

<sup>23</sup> Para a situação dos seringueiros autônomos do Acre, Fachin (op. cit., p.11) trabalha com a noção de “posse extrativista”, que segundo o autor, consiste numa “unidade de manejo, centrada numa relação de uso preservacionista da floresta”.

<sup>24</sup> Ver SHIRAIISHI NETO, op. cit., p.65-67.

<sup>25</sup> FACHIN, op. cit., p.12.

<sup>26</sup> FACHIN, op. cit., p.12.

quebradeiras, sendo importante frisar ainda que essas áreas não representavam aquelas que se encontravam na lista de prioridade dos STRs.

Naquele período de intensos conflitos pela posse da terra, as áreas prioritárias se referiam àquelas onde se desenhavam às disputas mais acirradas entre os posseiros e os pretensos proprietários. Além do mais, a consciência ambiental, que foi incorporada ao longo das últimas décadas, não se fazia tão aguda naquele momento.

Nesse sentido, as reservas de babaçu foram importantes, pois além de reconhecer as práticas das “populações extrativistas”, que desenvolvem suas atividades de forma sustentável, serviu para inserir o debate da problemática ambiental na região. As práticas diferenciadas evidenciaram as concepções e os modelos de desenvolvimento em curso, que se antagonizam na região Amazônica.

O entendimento arbitrário dos técnicos fez com que os processos de efetivação não avançassem de forma significativa, pois havia uma compreensão equivocada de que as quebradeiras de coco deveriam residir nas áreas. Nota-se que o Decreto nº 98.897, de 30 de janeiro de 1990 ou mesmo a Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, em nenhum momento explicitam a necessidade de as famílias residirem na área decretada. O conceito de reserva extrativista está relacionado à forma de como um grupo social se utiliza os seus recursos naturais.

O fato de as mulheres não residirem na área decretada não implicava que não se utilizassem dela. A atividade do babaçu prescinde da posse da terra, conforme já foi explicitado. As quebradeiras e suas famílias adentram nos babaçuais para coletar os cocos que se encontram caídos no chão. A depender das relações que se estabelecem com os proprietários das terras e prepostos, as mulheres podem quebrar ou não o coco no interior dessas áreas. Além disso, a atividade do babaçu se coloca como atividade complementar à renda e é praticada em conjunto com a chamada roça. A família de quebradeira de coco babaçu organiza suas atividades em função das etapas da roça, que se estende do mês de julho a maio, período que coincide com a entressafra do babaçu.

Os técnicos, ao não perceber as diferenças entre as atividades extrativistas, partiram dos mesmos pressupostos das reservas extrativistas de seringa, que haviam sido criadas no Estado do Acre, onde a atividade do seringueiro é exercida na sua colocação.<sup>27</sup> O desconhecimento fez com que os técnicos pouco se empenhassem na concretização dessas reservas, uma vez que para eles era “inconcebível uma reserva extrativista sem gente”.<sup>28</sup> Observa-se que, a despeito da desapropriação parcial da reserva extrativista do Ciriaco, em 2002, continua havendo

---

<sup>27</sup> Basta comparar as áreas para ver que há alguma diferença entre as práticas extrativistas. Enquanto as quatro reservas de seringa somam 2.162.989 ha. para beneficiar 6.250 famílias, as quatro de babaçu somam 36.322 ha. para beneficiar 5.550 famílias. Essa relação evidencia as diferentes formas de apropriação e uso dos recursos naturais, que são realizados segundo as suas tradições.

<sup>28</sup> Outra questão que corroborou para a fixação dessa noção foi o fato de que as pesquisas, que foram realizadas para o levantamento de informações sociais e econômicas a respeito, se deram em momentos impróprios, quando a atividade extrativa era menor, na época da entressafra do babaçu. O desconhecimento ou mesmo o conhecimento evadido de pré-noções da atividade extrativa do babaçu comprometeram os estudos – vistorias que foram realizados.

dificuldade<sup>29</sup> em se pensar esse modelo para a atividade extrativa do babaçu, em função da demora na sua efetivação.

Nesse período, vários estudos foram feitos e refeitos pelo Poder Público no sentido de justificar a criação dessas reservas, enquanto isso houve uma intensificação dos processos de devastação das áreas para o plantio de capim e criação de gado. As palmeiras de babaçu estão cedendo espaço para as pastagens que se multiplicam na região. As palmeiras, imortalizadas nos versos de Gonçalves Dias, agora estão sendo substituídas pelo gado, que tem dominado a paisagem.

Somado a esse processo, nos últimos anos, tem-se verificado também a intensificação da utilização dos recursos, em função de uma demanda originária das indústrias de ferro guza instaladas na região. Essas indústrias vêm adquirindo grandes quantidades de coco, independentemente da sua condição, “verde” ou “maduro”, “inteiro” ou “quebrado”, para ser utilizado nos seus fornos para a produção do ferro guza. A quantidade de coco adquirida para manter em funcionamento as indústrias vem levando uma disputa acirrada entre as quebradeiras de coco e os chamados “coletadores” e entre as próprias quebradeiras. Nessa situação, há um rompimento das “práticas tradicionais” de uso comum do recurso, que vem sendo construída ao longo dos tempos. Isso tudo tem comprometido a reprodução das próprias palmeiras e conseqüentemente das próprias quebradeiras de coco, que dependem do recurso para a sua sobrevivência. A sobrevivência das quebradeiras de coco, bem como de sua cultura está condicionado às palmeiras de babaçu.

### 3. CONCLUSÕES ARTICULADAS

A proposta dos seringueiros de criação das reservas extrativistas se espalhou por toda região Amazônica, desenhando uma proposta de modelo de desenvolvimento sustentável para a região, que leva em consideração as “práticas sociais” das “populações extrativistas tradicionais”. Esses grupos sociais que sempre foram considerados “atrasados” ou mesmo “primitivos” tomaram a área política, propondo um modelo alternativo de desenvolvimento. As quebradeiras de coco babaçu assumiram essa proposta, no entanto, têm encontrado dificuldade para a sua efetiva concretização.

Assim sendo, as reflexões acima permitem afirmar as seguintes teses:

**3.1** a reserva extrativista, que se originou dos conflitos pela posse da terra nos seringais do Estado do Acre, representa um importante modelo alternativo de desenvolvimento sustentável para a região Amazônica. A reserva insurge como modelo de apropriação e uso dos recursos, que se contrapõe aos modelos predatórios estabelecidos e impostos para a região Amazônica;

---

<sup>29</sup> O fato de os lotes sorteados entre as famílias de quebradeiras serem menores que o módulo rural da região, “por se tratar de uma reserva extrativista”, é exemplificativo dessas dificuldades que se desenharam na implantação dessas reservas.

**3.2** a implantação desse modelo de unidade de conservação para as demais regiões da Amazônia deve levar em consideração as diferentes “práticas extrativistas”, que se relacionam as formas de apropriação e uso dos recursos naturais pelos diferentes grupos sociais (seringueiros, quebradeiras de coco, castanheiros, açazeiros, piaçabeiros, dentre outros). As reservas extrativistas de babaçu devem ser concebidas e articuladas segundo as “práticas extrativas” das quebradeiras de coco, sob pena de não corresponderem as reais necessidades desses grupos; e

**3.3** a necessidade do Poder Público revisitar suas práticas, na medida em que vai incorporando a dimensão da diversidade social, econômica e cultural existente na Amazônia. Na Amazônia, coexistem distintos grupos sociais, que se relacionam com os recursos naturais e a terra a sua maneira. O que dá unidade a esses grupos são as suas “práticas sociais”, que se vinculam ao uso não predatório dos recursos naturais e a uma consciência aguda da necessidade de sua conservação, sob pena de comprometer a sua própria reprodução.

# RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL EM ÁREAS CONTAMINADAS

JOSÉ ÂNGELO REMÉDIO JÚNIOR

Procurador do Estado de São Paulo

## 1. INTRODUÇÃO

Os direitos do meio ambiente, hodiernamente, integram o rol dos direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro, pois é cediço que essas normas máximas não se exaurem no “Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais” da Constituição Federal, conforme se depreende da decisão do Plenário do Supremo Tribunal, ADIN 939-7, rel. Min. Sydney Sanches. Vale rememorar excerto do judicioso voto do Min. Carlos Mário da Silva Velloso, a saber:

*“Ora, a Constituição, no seu art. 60, § 4º, inciso IV, estabelece que ‘não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais’. Direitos e garantias individuais não são apenas aqueles que estão inscritos nos incisos do art. 5º. Não. Esses direitos e essas garantias se espalham pela Constituição. O próprio art. 5º, no seu § 2º, estabelece que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República seja parte”.*

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de pronunciar-se expressamente sobre a inserção dos direitos do meio ambiente na categoria dos direitos fundamentais, como se infere do seguinte aresto, relatado pelo Min. Celso de Mello:

*”O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. 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 a 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”.*

A doutrina também se firmou no sentido de inserir os direitos do meio ambiente na categoria de direitos fundamentais, utilizando-se de diversos argumentos. Nesta senda, Fernando C. Walcacer e Guilherme José Purvin de Figueiredo<sup>1</sup>, sob a faceta do vínculo indissociável entre a sadia qualidade de vida e o meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como por força da garantia constitucional de utilização da ação popular na defesa do meio ambiente, acentuam:

*“O direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é, a um só tempo, um direito individual (garantia fundamental) e um direito social. Pode, assim, ser classificado como um direito humano de terceira geração, mas não será equivocada a sua localização também no rol dos direitos humanos de primeira e segunda gerações”.*

No mesmo norte, na perspectiva de direito fundamental do meio ambiente como projeção do direito à vida, José Afonso da Silva<sup>2</sup> obtempera:

*“A proteção ambiental, abrangendo a preservação da natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa tutelar a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida, como uma forma de direito fundamental da pessoa humana”.*

À luz do direito italiano, Norberto Bobbio<sup>3</sup> averba:

*“Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído”.*

Nesta senda, Pietro Maria Putti e Giovanna Capilli<sup>4</sup> acentuam:

*“A tutela do ambiente natural apresenta, indubitavelmente, estreita relação com os direitos fundamentais da pessoa: a violação das normas postas à defesa do ambiente podem, realmente, comportar efeitos prejudiciais para a saúde ou, em geral, determinar efeitos que impeçam ‘o pleno desenvolvimento da pessoa humana’ (ex. art. 3º da Constituição italiana)”.*

A elevação jurídica dos bens ambientais ao patamar de normas máximas do ordenamento jurídico implica em conseqüências de real significação na interpretação e aplicação do subsistema de direito ambiental. Mas, a principal questão advém

<sup>1</sup> WALCACER, Fernando C. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Constituição, Direitos Humanos e Meio Ambiente: Um balanço crítico de nossa jurisprudência. Direito ambiental em debate. Vol. 2. Coordenador: Guilherme José Purvin de Figueiredo. São Paulo: Aprodab, 2004, p. 212-213. No mesmo sentido: MASCARENHAS, Luciane Martins de Araújo. Meio ambiente como direito fundamental. Revista Direito e Política. Vol. 14, jul-set de 2007, São Paulo: IBAP, p. 161

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 36.

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6.

<sup>4</sup> PUTTI, Pietro Maria. CAPILLI, Giovanna. A responsabilidade por dano ambiental na Itália. Revista de direito privado. n. 14, abr-jul de 2003, São Paulo: RT, p. 60.

do judicioso alerta de Norberto Bobbio<sup>5</sup> de que atualmente a controvérsia não se orbita mais em torno da justificação propriamente dita dos direitos fundamentais tendo sido transferido o centro gravitacional da discussão para a temática da eficácia.

Entretantes, a positivação dos bens jurídicos como direitos fundamentais apenas reflete o quanto tardiamente o legislador nacional percebeu o papel primordial do meio ambiente para a própria sobrevivência da espécie humana, porquanto isto ocorreu tão-somente em 1988. É claro que na década de 70, principalmente com a Convenção de Estocolmo de 1972, e na década de 80, no Brasil, com a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, iniciou-se uma tutela mais adequada do bem jurídico ambiental, em âmbito infraconstitucional. É certo que o legado da humanidade começado com a Revolução Industrial e a respectiva exploração indiscriminada e arbitrária do meio ambiente deixou feridas muito profundas no planeta Terra<sup>6</sup>, e os novéis mecanismos jurídicos ainda são um pequeno passo no escopo de curar as feridas abertas no corpo da Gaia.

Sem nenhuma dúvida, o solo, que é o abrigo e condição necessária para o desenvolvimento do ecossistema, foi um dos bens ambientais mais olvidados e amesquinados pelo ser humano. Isto porque, foi eleito para ser um depósito dos rejeitos da sociedade de consumo e da produção industrial, esquecendo-se que sua capacidade é exaurível neste mister.

O problema torna-se mais grave ao perceber que resíduos industriais perigosos foram simplesmente expelidos no solo, ora por acidentes, ora propositadamente, sendo deixados como herança macabra para as gerações presentes e vindouras áreas contaminadas de difícil e custosa remediação.

Torna-se imprescindível, dessarte, realizar uma investigação jurídica para apreciar quem são os responsáveis civis por esses danos ambientais e quais são as medidas cabíveis para tentar dirimir esse dantesco quadro.

## **2. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA TUTELA DO MEIO AMBIENTE DE ÁREAS CONTAMINADAS**

Não há uma legislação ambiental específica sobre áreas contaminadas no direito brasileiro, embora existam diversas normas que tutelam o solo e dispõem sobre as conseqüências de sua contaminação, como se demonstrará ao explanar sobre o desenvolvimento normativo do assunto em tela.

Há de se esclarecer que as normas com duas espécies de objetos distintos criam uma ligação umbilical para disciplinar o regime das áreas contaminadas, porquanto tanto a legislação que rege o solo e a propriedade tem relevância, quanto as normas disciplinadoras dos rejeitos e substâncias controladas e poluentes.

De início, deve-se citar o Decreto-lei 1.413/1975, que dispõe sobre a poluição no meio ambiente provocada por atividades industriais. Cabe salientar o

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

<sup>6</sup> MORÁN, Rosa Maria Rojo. Contaminación industrial por residuos en Mexico. In: Meio ambiente e acesso à justiça. Vol. 2. Organizadores: Antonio Herman Benjamin, Eladio Lecey e Sílvia Cappelli. São Paulo: Instituto o Direito por um planeta verde. 2007, p. 610. Para a constatação da realidade das áreas contaminadas no Estado de São Paulo: [www.cetesb.sp.gov.br](http://www.cetesb.sp.gov.br)

artigo 1º dessa norma, ao impor que as indústrias são obrigadas a prevenir ou corrigir os inconvenientes ou prejuízos da poluição ou da contaminação do meio ambiente.

A Lei 6.766/79 proíbe o parcelamento do solo em terrenos que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde pública, sem que sejam previamente saneados e em áreas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis até sua correção.

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), por sua vez, impõe como um de seus objetivos recuperar as áreas degradadas. O principal mérito desta lei, ademais, foi prever a responsabilidade objetiva do poluidor.

A Constituição Federal, outrossim, acertadamente exigiu o cumprimento da função social da propriedade, regra esta que, indubitavelmente, tem elevada relevância para a responsabilização dos proprietários de áreas contaminadas. A par disso, dentre uma gama infindável de outras normas que interessam de perto ao assunto em apreço, previu também a responsabilidade objetiva do poluidor.

O Decreto 875/93 promulgou o texto da Convenção de Basiléia, que disciplina o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito. A Resolução 23/1996 do CONAMA melhor desenvolveu a matéria tratada na Convenção de Basiléia, prevendo como princípio a proibição da importação em todo o território nacional de resíduos perigosos.

A Resolução 257/1999 do CONAMA, que traça o procedimento de disposição final de pilhas e baterias, é muito enfática ao estabelecer que cabe aos fabricantes ou importadores a disposição final dos rejeitos desses produtos.

Na mesma senda, a Resolução 258/1999 do CONAMA determina que as empresas fabricantes e importadoras de pneumáticos ficam obrigadas a dar destinação final ambientalmente adequada aos pneus inservíveis.

Sem esgotar a legislação pertinente e para não se estender demasiadamente, reporta-se, ainda, à Resolução 273/2000 do CONAMA, ao acentuar que em caso de acidentes ou vazamentos os proprietários, arrendatários ou responsáveis pelo estabelecimento e os fornecedores dos combustíveis ficam obrigados solidariamente pela remediação da área contaminada.

Portanto, pode-se inferir que o ordenamento jurídico pátrio, lastreado no princípio do poluidor-pagador, impõe que o fabricante de substâncias perigosas e outros sujeitos em condição análoga não podem simplesmente ignorar a destinação final dos resíduos poluentes, mormente, se houver contaminação de área.

### **3. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO AMBIENTAL: NOÇÕES GERAIS, PRINCÍPIOS E PRESSUPOSTOS**

A responsabilidade civil é típico instituto do direito comum. Nasceu, na sua origem mais remota, na Lei das XII Tábuas, ao apregoar a Lei de Talião, ou seja, olho por olho, dente por dente. Há quem entenda que o antigo testamento da Bíblia, no Êxodo, e o Código de Hamurabi também já faziam menção a este

princípio, fundados exclusivamente na idéia de reparação, sem aferir a culpa na recomposição do dano<sup>7</sup>.

Com a Lex Aquiliana, do século III A.C., houve um significativo avanço na matéria, visto que permitiu a aferição da culpa para ensejar a indenização.

Não resta dúvida, que a responsabilidade civil era utilizada para indenizar prejuízos eminentemente patrimoniais, ou seja, Caio lesou Tício, Caio deve tornar indene o dano de Tício. Nesta época, a responsabilidade civil ainda não era utilizada como meio punitivo<sup>8</sup>. Aliás, tal faceta da responsabilidade civil apenas adveio da influência do cristianismo, com a idéia de punição.

A responsabilidade civil foi o instrumento criado pelo direito para reparar direito lesado por conduta ilícita de outrem. Segundo a judicosa lição de Pablo Stolze Galiano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>9</sup>

*“a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinado-se, dessa forma, às conseqüências do seu ato (obrigação de reparar)”.*

O Código Civil francês foi o primeiro diploma legislativa a positivar a responsabilidade civil, servindo como modelo para os posteriores. É interessante notar que na própria França, no final do século XX, começaram a surgir estudos doutrinários que admitiam a responsabilidade por presunção, que posteriormente originou a responsabilidade objetiva.

O Código Civil brasileiro de 1916 acolheu como regra a formulação da responsabilidade civil baseada na culpa. Tão-somente com a formação e evolução da sociedade industrial pátria, que ensinaram terreno fértil ao surgimento de leis extravagantes que foram admitindo a responsabilidade objetiva.

O Código Civil de 2002, por sua vez, mudou radicalmente o paradigma da responsabilidade civil, admitindo ao lado da responsabilidade fundada na culpa, a responsabilidade lastreada no risco da atividade.

O direito ambiental, no entanto, demorou muito para utilizar-se do mecanismo da responsabilidade civil. Isto porque, o direito ambiental nasceu do direito público – há quem entenda que se originou do direito econômico -, que tem características eminentemente punitivas, ao invés de preventivas.

A Lei 6.938/81 trouxe um notável avanço ao prever a responsabilidade objetiva na seara do direito ambiental. A questão torna-se extremamente complexa ao perquirir a diferenciação entre os pressupostos da responsabilidade civil no direito comum em contraposição aos presentes na responsabilidade civil por dano ambiental.

A responsabilidade civil no direito comum ainda é versada primordialmente a reparação patrimonial, apesar de admitir a partir do advento da Constituição

<sup>7</sup> TARTUCE, Flávio. Direito civil. Vol. 2. São Paulo: Método, 2008, p. 304.

<sup>8</sup> KASER, Max. Direito privado romano. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 208-209.

<sup>9</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze Gagliano. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 9.

Federal de 1988 a reparação por dano moral e estético – antes da Constituição Federal de 1988 havia cizânia jurisprudencial e doutrinária sobre a questão -. E também, para não faltar com a verdade, após a forte influência do movimento de constitucionalização do direito civil, a responsabilidade civil está com uma faceta mais firmada na dignidade da pessoa humana (despatrimonialização do direito civil) e na socialidade, operabilidade e eticidade do direito.

A doutrina, no direito comum, não é pacífica ao elencar os requisitos da responsabilidade civil. Mas, ao menos, três são apontados: a) conduta humana; b) nexo de causalidade; c) dano.

Entrementes, de imediato, percebe-se que os pressupostos nexo de causalidade e dano, no direito ambiental, devem ter um colorido próprio, por força das peculiaridades da tutela do meio ambiente, sob pena de perpetuação do dano e afronta a inafastabilidade da tutela jurisdicional. À luz do pensamento de Flávio Tartuce<sup>10</sup>:

*“o grande problema ou dificuldade é justamente a prova ou presunção desse nexo de causalidade. Por essa dificuldade, e lembrando que a responsabilidade objetiva é relacionada com o próprio acesso à justiça, deve-se concluir que o nexo causal no caso de responsabilidade civil por danos ambientais pode ser visualizado pela simples atividade industrial, ou mesmo de outra natureza, explorada pela empresa poluidora. Assim, acaba-se flexibilizando o conceito de nexo de causalidade”.*

Ora, é gritante que o mecanismo utilizado para sanar o dano, em regra, patrimonial entre particulares (Caio X Tício), assentando em direitos subjetivos individuais, não se confunde com a efetiva reparação decorrente da violação de um direito difuso da sociedade e das gerações futuras, um verdadeiro direito fundamental transgeracional.

Salta à vista, assim, que além dos pressupostos da responsabilidade civil por dano ambiental terem singularidades, a própria responsabilidade civil é regada por princípios estruturantes do direito ambiental. Os princípios do direito do meio ambiente que regem a responsabilidade civil por dano ambiental, podem ser elencados, a saber: a) princípio da prevenção; b) princípio da reparação *in natura*, integral; c) princípio do poluidor-pagador; d) princípio do usuário-pagador.

É interessante observar que Antonio Herman Benjamin<sup>11</sup> classifica a responsabilidade civil por dano ambiental em cinco técnicas independentes e imediatas, decorrentes de critérios a seguir apontados: a) direitos de vizinhança; b) responsabilidade civil extracontratual; c) responsabilidade civil objetiva da Lei 6.938/81; d) responsabilidade civil objetiva do Código de Defesa do Consumidor, havendo relação jurídica de consumo; e) responsabilidade civil especial (mineração, dano nuclear, etc.)

<sup>10</sup> TARTUCE, Flávio. Direito civil. Vol. 2. São Paulo: Método, 2008, p.507.

<sup>11</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. Revista de Direito Ambiental, n. 9, janeiro de 1998. São Paulo: RT, 1998, p. 31.

O instituto do direito de vizinhança, de imemorial data, pode ser utilizado na tutela do meio ambiente, embora adstrito a um conflito entre interesses relacionados a direitos subjetivos individuais. Aparentemente, na égide do Código Civil de 2002, poderia ser substituída esta técnica de responsabilidade civil por dano ambiental pelo uso de instituto mais amplo que é a função socioambiental da propriedade<sup>12</sup>. Trata-se de responsabilidade civil por dano ambiental derivada de obrigação *propter rem*<sup>13</sup>.

Por fim, Herman Benjamin<sup>14</sup> aponta mais uma categoria de responsabilidade civil pelo dano ambiental, mas, desta vez, dependente e mediata, que deflui da condenação criminal por crime ambiental.

É cediço que a responsabilidade civil é objetiva, tornando-se prescindível a apreciação da culpa do poluidor, bastando tão-somente a comprovação do dano e do nexos causal. Traçadas essas premissas comezinhas, passa-se a enfrentar o tormentoso tema do nexos de causalidade e do dano ambiental, com os olhos focados na responsabilidade civil por dano ambiental em áreas contaminadas.

#### 4. DO NEXO DE CAUSALIDADE NA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL

A primeira dificuldade a ser superada ao se dissecar sobre o tema do nexos de causalidade deflui da divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito da própria natureza jurídica deste pressuposto da responsabilidade civil. Trata-se, em verdade, de elemento lógico-normativo. Dessa forma, o ordenamento jurídico pode tratar de modo mais maleável os limites e o alcance do nexos causal, sem risco de violação das leis naturais. O Superior Tribunal de Justiça acolhe este entendimento, com se observa no lapidar aresto relatado pelo Min. Teoria Albino Zavaski<sup>15</sup>, a saber:

*“A imputação de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexos causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade, entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito)”*.

Várias teorias tentam justificar o melhor critério para alumiar o nexos de causalidade, dentre elas, as clássicas: a) teoria da equivalência das condições; b) teoria da causalidade adequada; c) teoria do dano direito ou imediato ou teoria da interrupção do nexos causal.

<sup>12</sup> TARTUCE, Flávio. Direito civil. Vol. 2. São Paulo: Método, 2008, p. 337.

<sup>13</sup> LEONARDI, Felipe Raminelli. Nexos de causalidade e dano ambiental: breve análise da responsabilidade civil em casos de contaminação de solo e água no Estado de São Paulo. Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, agosto/setembro/outubro, 2007. Disponível na internet: <http://www.direitoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 17 de novembro de 2008.

<sup>14</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. Revista de Direito Ambiental, n. 9, janeiro de 1998. São Paulo: RT, 1998, p. 32.

<sup>15</sup> Recurso especial nº 719.738-RS, DJe 22/09/2008. No mesmo sentido: Informativo nº 374 do STJ: RESP 325.622, julgado em 28/10/2008.

A jurisprudência majoritária segue a teoria do dano direto ou imediato, ainda mais por força dos dispositivos do Código Civil vigente.

No direito ambiental, é uma prova diabólica para a vítima (a sociedade) demonstrar de modo inequívoco o nexos entre o dano e o agente poluidor, ainda mais considerando-se que geralmente há uma causalidade complexa, pois o dano ambiental é fruto de diversas concausas. Consigna-se, desde já, as judiciosas palavras de Antonio Herman Benjamin<sup>16</sup>:

*“Complexidade causal essa que não essa que não torna menor para o poluidor o dever de reparar os danos causados. A exclusividade, a linealidade, a proximidade temporal ou física, o concerto prévio, a unicidade de condutas e de resultados, nada disso é pressuposto para o reconhecimento do nexos causal no sistema especial de danosidade contra o meio ambiente, sequer mesmo no regime clássico da responsabilidade civil”.*

Por tal razão e pela notória dificuldade de constatação prática, a doutrina vem aperfeiçoando a figura do nexos causal às peculiaridades do direito ambiental. Passa-se a expor significativas tentativas dessa superação, para ao final tomar posição.

a) Teoria da presunção de causalidade, utilizando-se do risco da empresa como fator suficiente para a conexão com o dano ambiental: a primeira teoria a ser perquirida flexibiliza o rigor na constatação do nexos causal a partir do desdobramento da teoria do risco da atividade, inferindo-se daí a teoria do risco da empresa, permitindo assim que em determinados casos possa até mesmo prescindir do nexos de causalidade, com base na simples atividade de risco e a mera conexão com o dano, criando uma posição de garante para o produtor dos resíduos perigosos.

Antonio Herman Benjamin<sup>17</sup>, com proficuidade, assevera:

*“com as presunções de causalidade, principalmente levando em conta que, como regra, estamos na ‘presença de uma atividade perigosa’, onde, com maior razão, presume-se iuris tantum o nexos”.*

Sobre a questão, disserta Annelise Monteiro Steigleder, citando opinião de Noronha<sup>18</sup>:

*“estes desdobramentos são complementares e aplicam-se indistintamente aos danos ambientais e, a respeito do tema, Noronha destaca que o risco de empresa é tão importante como fator de atribuição de responsabilidade civil que, em casos especiais, chega a justificar que se prescinda de um nexos de causalidade entre o praticado no âmbito da empresa e o dano acontecido. Serão casos em*

<sup>16</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. Revista de Direito Ambiental, n. 9, janeiro de 1998. São Paulo: RT, 1998, p. 45.

<sup>17</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. Revista de Direito Ambiental, n. 9, janeiro de 1998. São Paulo: RT, 1998, p. 46.

<sup>18</sup> STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Áreas contaminadas e obrigação do poluidor de custear. Extraído da internet: [http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/ceama/doutrinas/solidos/areas\\_contaminadas.asp](http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/ceama/doutrinas/solidos/areas_contaminadas.asp), em 17 de novembro de 2008.

*que o empresário responderá por danos não causados pela sua organização, mas que ainda guardam uma conexão tão estreita com a atividade desenvolvida que ainda podem ser considerados riscos próprios desta. É nestes casos que este autor menciona uma forma de responsabilidade objetiva agravada. (...) É nestas hipóteses que verdadeiramente se pode dizer que o indigitado responsável tem uma obrigação de garantia, ou ainda melhor, uma obrigação de incolumidade. Esta obrigação de garantia é fundada no risco, mas prescinde do nexo de causalidade e exige apenas conexão entre a atividade do responsável e o dano acontecido”.*

Com posição semelhante, José Afonso da Silva<sup>19</sup> leciona:

*“Nem sempre é fácil identificar o responsável. Sendo apenas um foco emissor, a identificação é simples. Se houver multiplicidade de focos, já é mais difícil, mas é precisamente por isso que se justifica a regra da atenuação do relevo do nexo causal, bastando que a atividade do agente seja potencialmente degradante para sua implicação nas malhas da responsabilidade”.*

Édis Milaré<sup>20</sup>, malgrado não excluir a necessidade do nexo causal, aparentemente, permite que a partir do risco da atividade seja criado o liame com o dano, *in verbis*:

*“Analisa-se a atividade, indagando-se se o dano foi causado em razão dela, para se concluir que o risco que lhe é inerente é suficiente para estabelecer o dever de reparar o prejuízo. Em outro modo de dizer, basta que se demonstre a existência do dano para cujo desenlace o risco da atividade influência decisivamente”.*

b) Inversão mais ampla do ônus da prova, após constatada a complexidade causal.

c) Responsabilidade civil alternativa, que apregoa que existindo vários agentes poluidores, todos respondem solidariamente pelo dano.

d) Responsabilidade baseada na parcela de mercado: todos os sujeitos que não consigam provar a absoluta ausência de ligação com o dano ambiental serão responsabilizados. Foi utilizada pelos tribunais norte-americanos para responsabilizar os agentes que deram ensejo a chuva ácida.

e) Teoria das probabilidades: utiliza-se da simples aproximação da atividade, com base no procedimento técnico-científico. Na precisa lição de Felipe Raminelli Leonardi<sup>21</sup>, *in verbis*:

*“Seguindo orientação do princípio da precaução em matéria de direito ambiental a teoria das probabilidades realiza a leitura do nexo de causalidade*

<sup>19</sup> SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 217.

<sup>20</sup> MILARÉ, Édis. Direito do ambiente. 5. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 903.

<sup>21</sup> LEONARDI, Felipe Raminelli. Nexos de causalidade e dano ambiental: breve análise da responsabilidade civil em casos de contaminação de solo e água no Estado de São Paulo. Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, agosto/setembro/outubro, 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em 17 de novembro de 2008.

*através de uma aproximação entre as atividades potencialmente poluidoras e o dano identificado ou que se suspeita. Verificada nesta aproximação a probabilidade da atividade ter causado o dano tem-se configurado o nexo de causalidade. Evidencia-se que tal situação não se manifesta em abstrato, mas sim por meio de procedimento técnico-científico. Todavia, a técnica aqui não precisa apontar a certeza, mas sim a mera probabilidade”.*

À guisa de finalizar este capítulo, infere-se que as novéis teorias que apontam novos rumos para a constatação ou mesmo a superação do pressuposto do nexo de causalidade na responsabilidade civil por dano ambiental não se excluem e devem ser interpretadas conjuntamente e à luz do caso concreto para fazer valer o princípio constitucional do poluidor-pagador e do acesso à justiça.

## **5. DO DANO NA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL**

A doutrina civilista é assente em entender que o dano indenizável é composto por dois requisitos: a) atualidade; b) certeza<sup>22</sup>.

A aplicação desses mesmos requisitos ao dano ambiental obstaria a responsabilização civil na maioria dos casos de poluição no meio ambiente, além de ir de encontro com o princípio da prevenção.

O dano ambiental é concebido a partir do próprio conceito legal de meio ambiente, eis que é 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.

Dano ambiental, portanto, é a “alteração, deterioração ou destruição, parcial ou total, de quaisquer dos recursos naturais, afetando adversamente o homem e/ou a natureza”<sup>23</sup>.

O dano ambiental, por sua vez, divide-se em: a) dano ambiental pessoal, quando também gera um dano patrimonial ao ser humano; e b) dano ambiental em sentido estrito, porquanto se trata de exclusiva violação a bem jurídico ecológico.

## **6. RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DANO AMBIENTAL EM ÁREAS CONTAMINADAS**

Após apontadas as premissas da matéria, inicia-se o enfrentamento de questões tópicas sobre a responsabilidade civil por dano ambiental em áreas contaminadas.

A responsabilidade civil pelo dano ambiental em áreas contaminadas é uma questão difícil, tendo em vista que o nexo de causalidade entre a atividade e o dano é de árdua constatação. Isto porque, muitas vezes, a atividade empresarial em uma dada localidade cessa e somente uma, duas ou três décadas depois é que vem à tona a contaminação do solo.

<sup>22</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 546.

<sup>23</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V. A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado. Extraído da internet: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br), em 17/11/2008.

Outras vezes, o local onde era o estabelecimento de uma empresa é cedido para outra e assim por diante para somente depois se constatar que houve a contaminação da área. E, então, quem é o responsável nesses casos?

E, ainda, é muito comum que as grandes empresas, não raramente multinacionais, tenham dificuldade em se livrar dos rejeitos tóxicos imprestáveis, decorrentes do processo industrial. Arditosamente, com os mais variados negócios jurídicos enviam os resíduos perigosos para tratamento para empresas menores – muitas vezes laranjas – se livrando do incômodo problema.

O distanciamento temporal, outras vezes espacial, as causas complexas são fatores que tornam hercúlea a tarefa de responsabilizar civilmente o poluidor pela contaminação de área. Passa-se a analisar dois casos típicos para análise.

### 6.1 Responsabilidade Civil do Produtor do Resíduo Perigoso

Há uma forte tendência no direito comparado de responsabilizar o produtor do rejeito perigoso, pois cabe a ele tratar o resíduo de sua atividade industrial. Assim, caso o produtor do resíduo perigoso solucione seu problema enviando o “lixo” para um terceiro, continuará sendo responsável pela reparação da área contaminada, em solidariedade com este terceiro. Não resta dúvida, que essa interpretação deve ser utilizada no direito pátrio, tal como ocorre no direito estrangeiro. Sobre a questão, Paulo Affonso Leme Machado<sup>24</sup> obtempera:

*“Na Alemanha diz o art. 4, § 4º, que o proprietário é obrigado a manejar os rejeitos. O art. 1, § 2º, diz que o termo ‘manejo de rejeitos’ inclui a recuperação e o depósito dos rejeitos, assim como a coleta, o transporte, o tratamento e a armazenagem dos mesmos. Salienta Heinard Steiger que ‘mesmo que essa regra seja formulada como uma exceção à regra geral, ela significa, em verdade, que para a massa dos rejeitos industriais e, sobretudo, para os rejeitos industriais perigosos, a obrigação de eliminar incumbe aos detentores’. Acrescenta o professor da Universidade de Giessen que ‘a Corte Federal (Bundesgerichtshof) decidiu, antes da entrada em vigor da lei federal da eliminação dos rejeitos, que o produtor dos rejeitos é responsável pela eliminação dos rejeitos, de forma a não causar perigo e nem danos a terceiros. Se ele utiliza uma empresa ou uma instalação independente dele, para o transporte ou para a eliminação, ele é responsável pelos danos causados, se esta empresa não é conscienciosa’”.*

Com propriedade, Annelise Monteiro Steigleder<sup>25</sup> assevera:

*“A responsabilidade pela destinação final dos resíduos industriais e comerciais é da fonte geradora dos resíduos, a quem compete responsabilidade civil objetiva pela poluição eventualmente gerada, na forma do art. 225, § 3º, da Constituição Federal de 1988, e do art. 14, § 1º da Lei 6.938/81. Além disso, de forma*

<sup>24</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 569.

<sup>25</sup> STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Áreas contaminadas e obrigação do poluidor de custear. Extraído da internet: [http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/ceama/doutrinas/solidos/areas\\_contaminadas.asp](http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/ceama/doutrinas/solidos/areas_contaminadas.asp), em 17 de novembro de 2008.

*crecente, a legislação vem acolhendo expressamente a responsabilidade da fonte geradora dos resíduos, o que se constata da Lei Federal 7.802/89, que remete aos fabricantes de agrotóxicos a responsabilidade por sua destinação final. Situação idêntica ocorre com relação às pilhas, baterias e acumuladores, objeto da Resolução 257/99, do CONAM, e com relação aos resíduos dos serviços de saúde, objeto da Resolução 283/01, do CONAMA”.*

## 6.2 Responsabilidade do Proprietário da Área Contaminada

O dever fundamental de função social da propriedade cria uma obrigação *propter rem* ao proprietário da área contaminada em remediá-la, mesmo que ele não seja o provocador do dano ambiental. Não é preciso nenhum esforço mental para se inferir a plena aplicabilidade do raciocínio jurídico trazido no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça<sup>26</sup>, por analogia, ao dano ambiental em áreas contaminada:

*“A obrigação de reparação dos danos ambientais é propter rem, por isso que a Lei 8.171/91 vigora para todos os proprietários rurais, ainda que não sejam eles os responsáveis por eventuais desmatamentos anteriores, máxime porque 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. Precedente do STJ: RESP 343.741/PR, Relator Ministro Franciulli Neto, DJ de 07.10.2002”.*

Na esteira desse raciocínio, o comprador de área contaminada é responsável pela remediação, assim como o antigo proprietário continua solidariamente responsável. O seguinte julgado<sup>27</sup>, que trata de área contaminada, da Câmara Especial do Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relatado pelo Des. José Geraldo Jacobina Rabello, é deveras interessante:

*“Como antes ponderado, eventual alienação do imóvel não seria causa para exonerar os antigos proprietários nem fator a deixar de implicar na possível responsabilização, em tese, do novo adquirente do bem. Em termos ambientais, como previsto na legislação específica, há solidariedade de todos os envolvidos (v. a respeito o artigo 7º, parágrafo único, da Lei n. 997/76; artigo 3º, n. IV, e 14, § 1º, da lei n. 6.938/91, e artigo 5º, II, n. LV, da Constituição Federal, dentre outros)”.*

No mesmo sentido segue o julgado da Câmara Especial do Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>28</sup>, *in verbis*:

*“Ação civil pública – Pólo passivo a abranger proprietários de imóvel, indústria química poluidora, sócios desta – Caso de contaminação de área com*

<sup>26</sup> STJ, Recurso especial nº 745.363, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 18/10/2007.

<sup>27</sup> TJSP, Agravo de Instrumento nº 743.486-5/3, julgado em 12 de junho de 2008.

<sup>28</sup> Apelação cível nº 555501-5/8, julgado em 25 de setembro de 2008.

*produtos tóxicos e lançamento de efluentes em curso d'água, sem tratamento – Responsabilidade solidária reconhecida – Julgamento de procedência da ação, com condenação na apresentação de estudo hidrogeológico, remoção de produtos tóxicos, recuperação da área – Comprovação da degradação da natureza – Recurso dos réus não providos”.*

## **7. EXISTE NECESSIDADE DE LEGISLAÇÃO PRÓPRIA PARA REGULAR A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL EM ÁREAS CONTAMINADAS?**

Evidencia-se, por força das assertivas supra, que o ordenamento jurídico pátrio já assegura que o poluidor seja efetivamente responsável pelas áreas contaminadas que sua atividade gerar, ou venha a ocorrer em propriedade privada.

Entretantes, o direito não é feito para o deleite do jurista. Ora, o direito é vivenciado pelo ser humano leigo, às vezes um analfabeto, outras, um empresário altamente instruído. Mas, o certo é que a lei também tem uma função didática, educacional em elucidar quais são condutas expressamente desejadas pela sociedade e quais são as vedadas. Dessa forma, uma primeira colocação sobre a questão é que seria muito bem vinda a legislação que esclarece em um único diploma grande parte das questões relacionadas à responsabilidade civil por dano ambiente em áreas contaminadas.

Não bastasse, essa legislação poderia tratar, com posição de vanguarda, as controvertidas questões referentes aonexo causal e ao dano ambiental, haja vista a notória insuficiência da transposição dos conceitos do direito comum à seara do direito ambiental.

No Estado de São Paulo, esta em tramitação na Assembléia Legislativa o Projeto de Lei nº 368/2005, que estabelece diretrizes e procedimentos para a proteção da qualidade do solo e gerenciamento de áreas contaminadas.

De plano, não custa nada rememorar que o artigo 24, inciso VIII da Constituição Federal apregoa a competência concorrente dos entes federativos para legislar sobre a responsabilidade por dano ao meio ambiente. Ademais, enquanto inexistir norma geral da União, tal como ocorre hodiernamente, a competência do ente federativo estadual será plena.

No capítulo III, seção I, artigo 13 e ss. do Projeto de Lei 368/2005 disciplina a responsabilidade decorrente das áreas contaminadas, a saber:

*“Artigo 13. São considerados responsáveis legais e solidários pela prevenção, identificação e remediação de uma área contaminada:*

*I – o causador da contaminação e seus sucessores;*

*II – o proprietário da área;*

*III – o superficiário;*

*IV – o detentor da posse efetiva;*

*V – quem dela se beneficiar direta ou indiretamente.*

*Parágrafo único. Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica quando sua personalidade for obstáculo para a identificação e a remediação da área contaminada.*

*Artigo 14. Havendo perigo à vida ou a saúde da população, em decorrência da contaminação de uma área, o responsável legal deverá comunicar imediatamente tal fato aos órgãos ambientais e de saúde e adotar prontamente as providências necessárias para elidir o perigo.*

*§ 1º. Para fins deste artigo, considera-se perigo à vida ou à saúde, dentre outras, as seguintes ocorrências:*

- 1. incêndios;*
- 2. explosões;*
- 3. episódios de exposição aguda a agentes tóxicos, reativos e corrosivos;*
- 4. episódios de exposição a agentes patogênicos, mutagênicos e cancerígenos;*
- 5. migração de gases voláteis para ambientes confinados e semiconfinados, cujas concentrações excedam os valores estabelecidos em regulamento;*
- 6. comprometimento de estruturas de edificação em geral;*
- 7. contaminação das águas superficiais ou subterrâneas utilizadas para abastecimento público e dessedentação de animais; e*
- 8. contaminação de alimentos.*

*§ 2º. Na hipótese de o responsável legal não promover a imediata remoção do perigo, tal providência poderá ser adotada subsidiariamente pelo Poder Público, garantido o direito de ressarcimento dos custos efetivamente despendidos pela Administração Pública, devidamente apurados mediante apresentação de planilha fundamentada que comprove que os valores gastos na remoção do perigo são compatíveis com o valor do mercado”.*

Não resta dúvida que, como todo labor humano, o Projeto de Lei tem deficiências, mormente, pela sua timidez em não aperfeiçoar as questões nefrálgicas atinentes ao dano ambiental e ao nexo causal. No entanto, a aprovação imediata do Projeto de Lei nº 368/2005, além de outros pontos demasiadamente valiosos que inova no ordenamento jurídico, como a criação de fundo para a remediação de áreas contaminadas, atuará com notável força de educar a coletividade, exigindo a responsabilização dos poluidores, bem como alertando a estes sobre suas responsabilidades.

Ademais, oxalá permita que, com a aprovação do Projeto de Lei nº 368/2005, inspire aos legisladores dos demais Estados da Federação e da União a promulgarem leis sobre o tema em comento, bem como ilumine as melhores mentes da nação a aperfeiçoar os pressupostos da responsabilidade civil por dano ambiental em áreas contaminadas, inclusive, no direito positivo, superando o mero debate acadêmico.

## **8. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

À guisa de finalizar, infere-se que:

**8.1** a responsabilidade civil pelo dano ambiental não pode ser interpretada com pobreza franciscana mediante a mera transposição dos pressupostos da responsabilidade civil do direito comum, sob pena de inviabilizar a reparação do dano ambiental, eis que é disciplinada pelos princípios próprios do direito ambiental;

**8.2** apesar de inexistir uma “Lei de responsabilidade ambiental pelas áreas contaminadas”, a interpretação sistemática do ordenamento jurídico assegura que o poluidor direto ou indireto efetivamente seja obrigado a sanar a mácula aos direitos fundamentais do meio ambiente advindos das áreas contaminadas.

**8.3** seria muito bem vinda a aprovação do Projeto de Lei nº 368/2005, pois teria uma função educacional, alertando a sociedade sobre os direitos e deveres relacionados a responsabilidade civil por dano ambiental em áreas contaminadas, bem como inspirar aos legisladores dos demais Estados e da União a disciplinar a matéria, e aos juristas a sugerir alterações no direito posto, inclusive com a adequação dos conceitos de dano e nexos causal às peculiaridades advindas das áreas contaminadas.



# **A PERCEÇÃO AMBIENTAL DA POPULAÇÃO DO BAIXO PARAÍBA DO SUL SOBRE A QUALIDADE DA ÁGUA E ESTRATÉGIA DE RECUPERAÇÃO: BUSCA DE SOLUÇÃO PARA UM PROBLEMA AMBIENTAL DAS CIDADES FLUMINENSES**

***KARLA AGUIAR KURY***

Advogada e Mestranda em Engenharia Ambiental pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Fluminense, Brasil

***RACKEL MARTINS ALVES DA COSTA***

Graduada em Licenciatura em Ciências Biológicas pela Universidade Salgado de Oliveira, Brasil

***CARLOS EDUARDO REZENDE***

Professor Titular da Universidade Estadual do Norte Fluminense, Centro de Biociências e Biotecnologia/Laboratório de Ciências Ambientais, Brasil

***LAURENCE EATON***

Doutorando do Department of Economics College of Business Administration 505A Stokely Management Center the University of Tennessee Knoxville, USA

***JAMES RANDAL KAHN***

Doutor em Economia Ambiental pela Washington and Lee University, USA

***ALEXANDRE RIVAS***

Doutor em Economia Ambiental pela Universidade Federal do Amazonas, Brasil

## **1. INTRODUÇÃO**

Na sociedade atual, primordialmente regida pelo capitalismo, é comum acreditar que o dinheiro é o grande bem necessário para se obter tudo o que se

deseja. No entanto, apesar do dinheiro realmente ser algo fundamental para que as pessoas adquiram bens materiais, este não é o único motivo pelo qual elas se sacrificam. Bens como tempo, saúde e felicidade não são valorados economicamente, mas apresentam grande importância na vida do homem, e, por isso, são chamados de valores não comerciais. A qualidade dos recursos naturais são bens não comerciais dos quais a sociedade usufrui, pois apresentam vários serviços ecossistêmicos e trazem qualidade de vida. No entanto, o entendimento individual e coletivo sobre o que representa um bem não comercial, pode envolver uma série de conceitos subjetivos e objetivos que estão diretamente e indiretamente relacionados à expressão de uma determinada sociedade.

Os bens não comerciais podem ter valores diretos e/ou indiretos. Os primeiros são associados a usos tangíveis de recursos naturais tal como a água limpa, que é utilizada em processos manufaturados ou para avaliação da qualidade ambiental, e por fim atua positivamente na saúde humana. Valores indiretos estão associados a usos intangíveis do meio ambiente, tal como benefícios estéticos ou satisfação derivada da existência de um recurso natural. Estes são também conhecidos como valores passivos ou não utilizados e compreendem valores existenciais, altruístas, de herança, de opinião e dos serviços ecossistêmicos, tal como purificação da água, controle de erosão e habitat para a vida silvestre, que por sua vez são bens públicos apresentando valor para sociedade, no entanto, não apresentando valores que podem ser expressos no mercado<sup>1</sup>.

O Rio Paraíba do Sul é um bem público e seu uso é de direito a qualquer cidadão, tanto para consumo, pesca quanto para fins recreacionais. Entretanto, a qualidade de sua água encontra-se comprometida como decorrência do intenso desenvolvimento industrial e demográfico ocorrido nas últimas décadas na Região Sudeste e da falta de medidas preventivas de poluição pelo governo<sup>2,3</sup>.

As fontes poluidoras mais significativas, segundo o Instituto Estadual do Ambiente do Estado do Rio de Janeiro (INEA) são as de origens industriais, decorrentes muitas vezes de acidentes químicos em sua bacia, doméstica e agropecuária<sup>4</sup>. De acordo com os dados apresentados pelo Comitê para Integração da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul (CEIVAP), os fatores que contribuem para a degradação da qualidade das águas da bacia podem ser relacionados como: a disposição inadequada do lixo; desmatamento indiscriminado com a consequente erosão, que acarreta o assoreamento dos rios e agrava as enchentes; retirada de recursos minerais para a construção civil; uso indevido e não controlado de agrotóxicos; extração abusiva de areia; ocupação desordenada do solo; pesca pre-

<sup>1</sup> ZHONGMIN X.; GUODONG C.; ZHIQIANG Z.; ZHIYONG S.; LOOMIS J. "Applying contingent valuation in China to measure the total economic value of restoring ecosystem services in Ejina region". In: *Ecological Economics*. Vol.44. 2003, p. 345 – 358.

<sup>2</sup> LACERDA, L.D.; CARVALHO, C.E.V.; REZENDE, C.E.; PFEIFFER, W.C.. "Mercury in Sediments from the Paraíba do Sul River continental Shelf". In: *Marine Pollution Bulletin MPNBASZ*. Vol. 26, N. 4. 1993, p 220-222.

<sup>3</sup> ARAÚJO, F.G.. "Adaptação do índice de integridade biótica usando a comunidade de peixes para o Rio Paraíba do Sul". In: *Revista Brasileira de Biologia*. vol.58. n.4. São Carlos,1998.

<sup>4</sup> INEA, Instituto Estadual do Ambiente. Rio Paraíba do Sul. Disponível em: <http://www.feema.rj.gov.br/bacia-rio-paraiba-sul.asp?cat=75> Acesso: 01 de março de 2009.

datória; e, principalmente os lançamentos de esgotos de origem orgânica, com uma carga poluidora que corresponde a aproximadamente 300 toneladas de Demanda Bioquímica de Oxigênio (DBO) por dia, dos quais cerca de 86% derivam de efluentes domésticos, e 14% industriais<sup>5</sup>.

O RPS tem importância incomensurável na vida das pessoas, por ser um ecossistema, que sustenta inúmeras vidas e nichos e de onde provém de inúmeros serviços ecossistêmicos para a sociedade. Pelo exposto torna-se difícil atribuir um valor monetário para a sua restauração e conseqüente melhoria na qualidade de suas águas, entretanto, estudos tem buscado alternativas sustentáveis de valoração direta ou indireta de bens e serviços ecológicos que previamente não obtinham preço no mercado<sup>6 7 8</sup>.

Assim, uma alternativa de valoração ambiental a fim de se criar um mercado hipotético seria a opinião das pessoas sobre questões relativas à qualidade dos recursos naturais e qual a disposição em pagar para que houvesse uma reparação deste recurso. Todavia, destaca-se que, valorar os recursos naturais às vezes é bastante controverso e duvidoso, visto que podem apresentar baixa validade e representatividade dos resultados, além de depender de quão eloqüente é a importância dos serviços ecossistêmicos dispostos no questionário e de quão bem compreendido e convencido o respondente será após ler o questionário<sup>9 10</sup>.

Nesse sentido, o objetivo desse trabalho é aumentar o entendimento acerca de assuntos e interesses comuns entre a comunidade acadêmica e não-acadêmica de uma amostra da população do baixo Paraíba do Sul (Campos dos Goytacazes, São Fidélis, Itaocara, São João da Barra e São Francisco do Itabapoana) relativos à avaliação do estado atual da qualidade da água no Rio Paraíba do Sul e, em seguida, elencar alguns valores para descobrir se a população estaria disposta a pagar alguma quantia para que houvesse a restauração do ecossistema fluvial.

## 2. ÁREA DE ESTUDO

A bacia do Rio Paraíba Sul é uma das mais importantes do Brasil. Localiza-se entre a latitude 20°26' e 23°39'S, longitude 41° e 46°30'W, possuindo uma área de 57.000 km<sup>2</sup>. Formado pela confluência dos rios Paraitinga e Paraibuna, o rio

<sup>5</sup> COPPETEC, Fundação. Bacia do Rio Paraíba do Sul – Dados Geoambientais. 2001. Disponível em: [http://ceivap.org.br/bacia\\_1\\_2.php](http://ceivap.org.br/bacia_1_2.php) Acesso: 01 de março de 2009.

<sup>6</sup> LOOMIS, J.; KENT, P.; STRANGE, L.; FAUSCH, K.; COVICH, A. “Measuring the total economic value of restoring ecosystem services in an impaired river basin: results of a contingent valuation survey”. In: *Ecological Economics*. Vol 33. 2000, p. 103–117.

<sup>7</sup> WANG, H.; WHITTINGTON, D. “Willingness to pay for air quality improvements in Sofia, Bulgaria”. In: *Policy Research Working Paper*. 2000, p.2280.

<sup>8</sup> JOHNSTON, R.J.; BESEDIN, E.Y.; IOVANNA, R.; MILLER, C.J.; WARDWELL, R. F.; RANSON, M. H.. “Systematic Variation in Willingness to Pay for Aquatic Resource Improvements and Implications for Benefit Transfer: A Meta-Analysis”. In: *Canadian Journal of Agricultural Economics*. Vol.53. 2005, p. 221–248.

<sup>9</sup> BULTE, E.; GERKING, S.; LIST, J. A.; ZEERW, A.. “The effect of varying the causes of environmental problems on stated WTP values: evidence from a field study”. In: *Journal of Environmental Economics and Management* Vol. 49. 2005, p.330–342.

<sup>10</sup> KAHN, J. R.; *The Economic Approach to Environmental and Natural Resource*, 3º Ed. South Western: Thomson, 2005, p. 92 – 128.

Paraíba do Sul nasce na Serra da Bocaina, no Estado de São Paulo, fazendo um percurso total de 1.120 km, até a foz em Atafona e em Gargaú, no Norte Fluminense. Seus principais afluentes são o Jaguari, o Buquira, o Paraibuna, o Preto, o Pomba e o Muriaé. Esses dois últimos são os maiores e deságuam, respectivamente, a 140 e a 50 km da foz<sup>11</sup>.

Dentre os usos principais da água na bacia encontram-se: o abastecimento, a diluição de esgotos, a irrigação e a geração de energia hidroelétrica. Em menor escala há usos como a pesca, aquíicultura, recreação e navegação<sup>12</sup>.

O RPS foi alvo de grande expansão demográfica e industrial, nas últimas décadas, principalmente entre as cidades de Volta Redonda e Resende, onde a maior parte de sua população não dispõe de sistema de tratamento de esgoto<sup>13</sup>.

Em termos de volume de captação, as transposições dos rios Paraíba do Sul (160 m<sup>3</sup>/s) e Pirai (20 m<sup>3</sup>/s) para abastecer a Região Metropolitana do Rio de Janeiro somam os principais captadores, seguidos pelo setor de irrigação (49,73 m<sup>3</sup>/s). O abastecimento urbano da parte restante da bacia utiliza cerca de 16,50 m<sup>3</sup>/s, enquanto que o setor industrial capta 13,65 m<sup>3</sup>/s, e o setor de pecuária com consumo inferior a 4 m<sup>3</sup>/s<sup>14</sup>.

Infelizmente, o aumento substancial do abastecimento de água da população urbana na bacia hidrográfica do rio Paraíba do Sul não teve o acompanhamento do aumento dos índices de coleta de esgotos e, principalmente, do seu tratamento, o que provoca impactos negativos ininterruptos na qualidade das águas do rio<sup>15</sup>.

Como exemplo, o Município de Campos dos Goyacazes na década de 1990, tinha uma rede de abastecimento de água que cobria 90% dos domicílios existentes contrastando com a rede de esgoto sem tratamento que cobria apenas 35% deles, e até o início do ano de 2008 o índice chegava a 50% de esgoto coletado e tratado<sup>16</sup>.

A poluição doméstica é atualmente considerada como a mais crítica da bacia. Diariamente a região de toda a bacia recebe 1 bilhão de litros de esgoto sem tratamento, além dos lançamentos de rejeitos tóxicos industriais e resíduos sólidos<sup>17</sup>.

No Estado do Rio de Janeiro, o rio Paraíba do Sul percorre 37 municípios, numa extensão de 500 km, praticamente quase a metade do território do Estado. Sua importância estratégica para a população fluminense pode ser avaliada pelo fato de que o rio Paraíba do Sul é a única fonte de abastecimento de água para mais de 12 milhões de pessoas, incluindo 85% dos habitantes da região metropolitana, localizada fora da bacia, seja por meio de captação direta para as localidades

<sup>11</sup> SEMADS, Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável. Bacias Hidrográficas e Rios Fluminenses: Síntese Informativa da Macro Região Ambiental. Rio de Janeiro: SEMADS, 2001.

<sup>12</sup> COPPETEC, Fundação. Bacia do Rio Paraíba do Sul – Usos da água. 2001. Disponível em: [http://ceivap.org.br/bacia\\_1\\_5.php](http://ceivap.org.br/bacia_1_5.php) Acesso: 01 de março de 2009.

<sup>13</sup> WEBER, W (coord.). Ambiente das Águas no Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: SEMADS, 2001.

<sup>14</sup> GRUBEN, A. ; LOPES, P. D. ; FORMIGA-JOHNSSON, R. M. Bacia13 - Bacia do Paraíba do Sul (São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais) – Relatório Completo. In: Projeto Marca D'Água. Disponível em: <http://www.marcaagua.org.br/bacia13.htm> Acesso: 01 de março de 2009.

<sup>15</sup> Idem.

<sup>16</sup> KURY, K.A. Despejo de esgoto no Rio Paraíba do Sul pelo centro urbano da cidade de Campos dos Goytacazes. In: Boletim do Observatório Ambiental Alberto Ribeiro de Lamego. V.2. n.1. Campos dos Goytacazes: Essentia, 2008, p.117-149.

<sup>17</sup> WEBER, W (coord.). Ambiente das Águas no Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: SEMADS, 2001.

ribeirinhas, seja por meio do rio Guandu, que recebe o desvio das águas do rio Paraíba para aproveitamento hidrelétrico<sup>18</sup>.

Na porção inferior do rio Paraíba do Sul estão localizados 5 (cinco) municípios, sendo eles: Itaocara, São Fidélis, Campos dos Goytacazes, São Francisco do Itabapoana e São João da Barra. Esses municípios possuem respectivamente uma área de 428, 1.028, 4.032, 1.111 e 458 km<sup>2</sup>, uma população de 22.069, 37.477, 426.154, 44.475 e 28.889 pessoas<sup>19</sup>; apresentam IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) de 0,771; 0,741; 0,752; 0,688 e 0,723 estando em posições muito desfavoráveis no sistema de classificação nacional (1296°, 2124°, 1818°, 3178° e 2573° respectivamente)<sup>20</sup>.

### 3. MATERIAL E MÉTODOS

A metodologia aplicada para a valoração do RPS, na sua porção inferior, foi o de análise conjunta (MAC - Metodologia de Análise Conjunta) que é baseada em um questionário que aborda os problemas ambientais em que o entrevistador levanta uma série de perguntas nas quais se avalia a preocupação do respondente em relação a algum problema ambiental e, ao final, o quanto ele estaria disposto a pagar para que solucione ou minimize tal problema. No MAC, vários cenários com diferentes níveis e tempo de restauração e diferentes valores monetários são conferidos a cada atributo e misturados randomicamente, onde o respondente escolhe qual é seu melhor cenário<sup>21</sup>.

Foram aplicados 240 questionários em cada um dos cinco municípios, Campos dos Goytacazes, São Fidélis, Itaocara, São João da Barra e São Francisco do Itabapoana num período de dez meses e sempre na praça central da cidade. As pessoas eram escolhidas de forma aleatória dentre as que passavam no local e, dentro do possível, que apresentassem características variadas.

Cada questionário era formado por três perguntas iniciais sobre a qualidade da água do RPS: “Como você avalia a qualidade da água do Rio Paraíba do Sul?”, “Como está a qualidade da água do Rio Paraíba do Sul?”, e “Qual tipo de poluição provoca a maior ameaça ao Rio Paraíba do Sul?”; seguidas por um texto informativo da real situação do objeto de estudo e da explicação de três tipos de restaurações possíveis de serem feitas no RPS, posteriormente eram formados seis quadros com três opções cada, onde se aplicou o MAC e, por fim, dez perguntas socioeconômicas, tudo em oito páginas.

No que diz respeito aos quadros onde se aplicou o MAC as opções de cenários conjugam, nas duas primeiras, o tipo de restauração a ser feito (mínima;

<sup>18</sup> SEMADS, Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável. Bacias Hidrográficas e Rios Fluminenses: Síntese Informativa da Macro Região Ambiental. Rio de Janeiro: SEMADS, 2001.

<sup>19</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Contagem da População 2007. Rio de Janeiro: IBGE, 2007.

<sup>20</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). CENSO Demográfico 2000. Rio de Janeiro: IBGE, 2002.

<sup>21</sup> KAHN, J. R.; *The Economic Approach to Environmental and Natural Resource*, 3º Ed. South Western: Thomson, 2005, p. 92 – 128.

moderada; ou completa), o tempo de duração para essa restauração (de 0 - 20 anos; de 21 - 40 anos; ou de 41 - 60 anos) e por fim quanto que aumentaria no valor pago por produtos manufaturados e alimentos (R\$ 8,00; R\$ 16,00 ou R\$ 24,00); enquanto a última opção sempre seria de não fazer nenhuma restauração, não levando tempo algum e não tendo que colaborar com nenhum valor.

## 4. RESULTADOS E DISCUSSÃO

### 4.1. Análise socio-econômica

Nos cinco municípios que serviram de campo para as entrevistas, apenas São João da Barra apresentou um maior número de entrevistados do sexo feminino (64%). Nos outros, a maior parte dos 240 entrevistados de cada município é representada pelo sexo masculino, variando entre 51% em São Fidélis a 55% em Itaocara. Estes últimos resultados contrastam levemente com os valores obtidos pelo CENSO Demográfico de 2000, onde, tanto no Brasil quanto no Estado do Rio de Janeiro a maioria da população é composta pelo sexo feminino, entretanto, esta pequena diferença percentual não pode ser considerada como significativa uma vez que o perfil do país é de 51% de pessoas do sexo feminino e o do Estado é de 52%<sup>22</sup>.

A classe etária mais abundante está representada na faixa entre 20 e 30 anos de idade, apresentando a seguinte distribuição nos municípios estudados: Campos dos Goytacazes com 36%, Itaocara com 30%, São Fidélis com 28% e São Francisco do Itabapoana 22% (Figura 1). Esse padrão foi confirmado a nível nacional onde em média 18% da população do Brasil está representada dentro dessa faixa<sup>23</sup>, da mesma forma que o Estado do Rio de Janeiro com uma representatividade de 19%<sup>24</sup>, ressaltando que nesse estudo não foram entrevistadas crianças, que traduzem um maior número nos dados do Brasil e do Estado. Em São João da Barra essa faixa etária apresentou o segundo maior índice (22%), cedendo o primeiro lugar para a faixa entre 41 e 50 anos (24%). Apenas 4% dos entrevistados de Campos dos Goytacazes apresentam mais de 60 anos e nos municípios de Itaocara, São Fidélis, São João da Barra e São Francisco do Itabapoana essa porcentagem se eleva, chegando a 15%, 16%, 10% e 7% respectivamente (Figura 1), enquanto no Brasil esse valor chega a 9%<sup>25</sup> e 10% no Rio de Janeiro<sup>26</sup>. De uma maneira geral, a distribuição das faixas etárias apresentou um padrão de distribuição similar em todos os municípios com pequenas variações pontuais como na faixa acima de 60 anos.

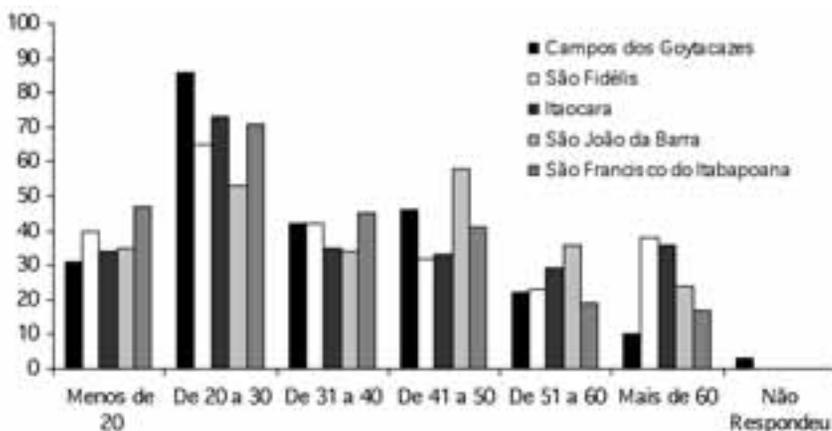
<sup>22</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). CENSO Demográfico 2000. Rio de Janeiro: IBGE, 2002.

<sup>23</sup> Idem.

<sup>24</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Contagem da População 2007. Rio de Janeiro: IBGE, 2007.

<sup>25</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). CENSO Demográfico 2000. Rio de Janeiro: IBGE, 2002.

<sup>26</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Contagem da População 2007. Rio de Janeiro: IBGE, 2007.



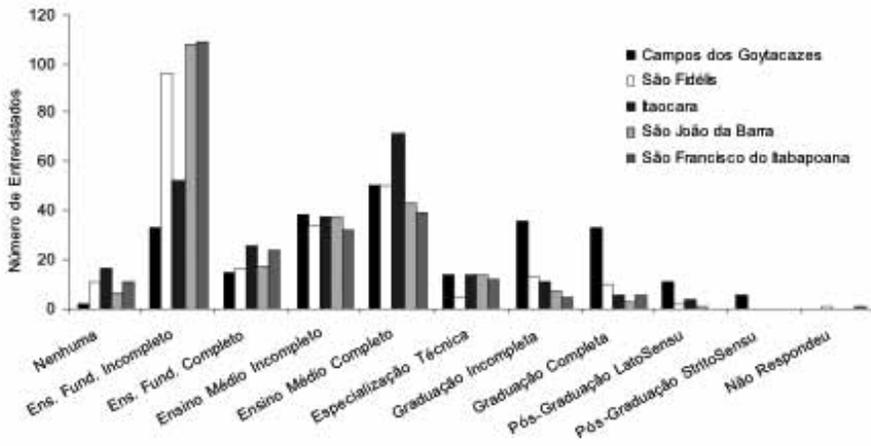
**Figura 1** - Gráfico da relação dos Municípios por faixa etária.

O nível de escolaridade (Figura 2) varia muito de um município para outro. Enquanto em Campos dos Goytacazes 62% possuem pelo menos o ensino médio completo e 21% graduação completa com ou sem alguma pós-graduação; em Itaocara esses índices caem para 46 e 6% respectivamente; caem ainda mais em São Fidélis com 33% e 5%, em São João da Barra com 28% e 1%, e em São Francisco do Itabapoana 26% e 3%.

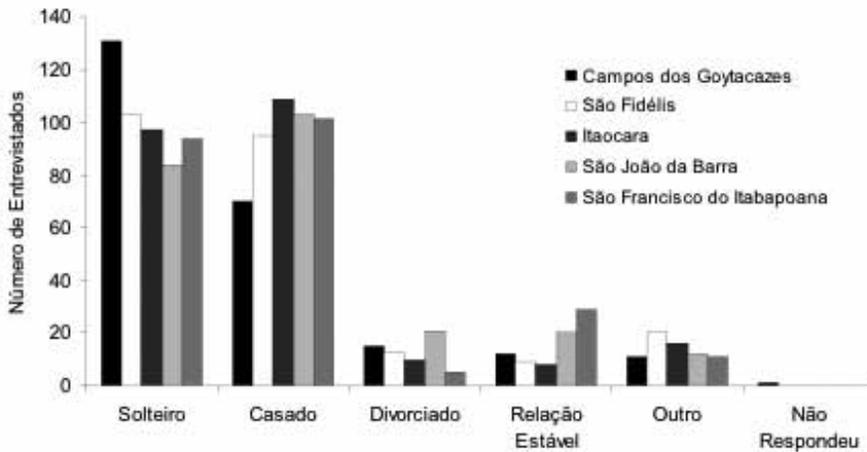
Segundo os dados do IBGE<sup>27</sup> no Brasil o índice de pessoas com o ensino fundamental incompleto é de 63%, nesse sentido demonstra-se que das cidades analisadas, as três primeiras possuem maior nível de escolaridade da população, sendo São Fidélis a que mais se aproxima do índice nacional (45% dos entrevistados possuindo até o ensino fundamental incompleto), enquanto as duas últimas apresentam índices bem mais elevados que o nacional (71% e 73%). Já ao tratar do índice de analfabetismo, o país apresenta 12% de analfabetos, resultado mais elevado que os obtidos nos municípios: Itaocara (7%), São Fidélis e São Francisco do Itabapoana (ambos 5%), São João da Barra (3%) e Campos dos Goytacazes (1%).

Em Campos dos Goytacazes (55%) e São Fidélis (43%) a maior parte dos entrevistados é solteira, seguidos pelos casados, com 29% e 40% respectivamente. Em Itaocara, São João da Barra e São Francisco do Itabapoana esse quadro se inverte, apresentando respectivamente a maior parte de casados (45%, 43% e 42%), seguidos pelos solteiros (40%, 35% e 39%). Em São João da Barra foram apresentados maiores índices de pessoas divorciadas (8%); em São Francisco do Itabapoana o maior número de relacionamentos estáveis (12%); enquanto em São Fidélis houve maior incidência de viúvos (8%), classificados em “outro” (Figura 3).

<sup>27</sup> MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO; INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA- IBGE, Pesquisa Nacional por amostra de domicílios 2007. vol. 28. Brasil. Rio de Janeiro : IBGE,2007.



**Figura 2** - Gráfico da relação dos Municípios por escolaridade.

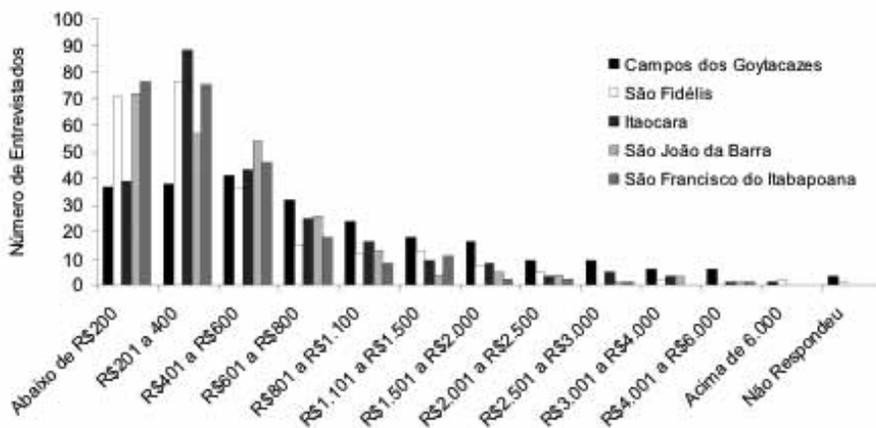


**Figura 3** - Gráfico da relação dos Municípios por estado civil.

De acordo com os resultados, o salário mensal individual (Figura 4) de grande parte dos entrevistados é abaixo de R\$ 1.500,00 mensais: sendo 79% em Campos dos Goytacazes, 93% em São Fidélis, 92% em Itaocara, 94% em São João da Barra e 98% em São Francisco do Itabapoana. Segundo o IBGE<sup>28</sup> no Brasil a maior parte da população, 45%, recebe entre R\$ 207,50 e R\$ 830,00 (dados calculados com base no salário mínimo de R\$ 415,00) e nos municípios estudados 46%, 53%, 65%, 57% e 58% respectivamente, recebem de R\$ 201,00 a R\$ 800,00

<sup>28</sup> Idem.

reais mensais, demonstrando que todos apresentam um padrão de e renda também concentrado na mesma faixa que a descrita para o país.



**Figura 4** - Gráfico da relação dos Municípios por salário mensal individual.

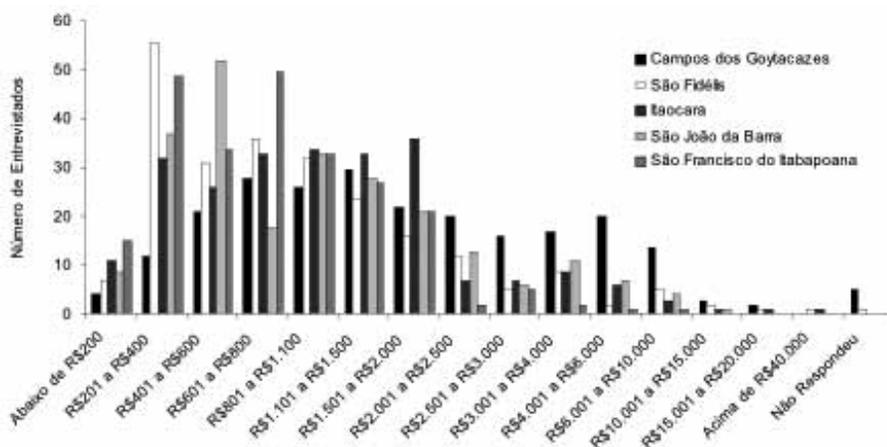
Ao que se refere à renda familiar (Figura 5) dos entrevistados, no entanto, tem uma maior variação entre os municípios. Em Campos dos Goytacazes a distribuição em classes é mais uniforme até os valores de R\$ 10.000,00, apresentando maior incidência na faixa de R\$ 800,00 a R\$ 2.000,00 (33%) sendo que 13% das famílias recebem de R\$ 1.001,00 a R\$ 1.500,00. Em São Fidélis 23% dos entrevistados estão concentrados entre R\$ 201,00 e R\$ 400,00. Em Itaocara os índices são próximos nos valores que vão de R\$ 201,00 a R\$ 2.000,00, apresentando 81% do total, sendo que 15% estão entre R\$ 1.501,00 a R\$ 2.000,00 mensais. Em São João da Barra 22% dos entrevistados possuem uma renda familiar de R\$ 401,00 a R\$ 600,00. E em São Francisco do Itabapoana a maior incidência é na faixa de R\$ 201,00 a R\$ 1.100,00 (69%).

Em relação ao Brasil<sup>29</sup>, utilizando-se como base de cálculo o salário mínimo de R\$ 415,00 e aproximando as faixas salariais da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) às desse estudo, destaca-se que as residências que recebiam até R\$ 415,00 concentravam apenas 1,3%. Em sentido diferente os dados de 2004 PNAD do Estado do Rio de Janeiro<sup>30</sup> utilizando-se como base de cálculo o salário mínimo da época (R\$ 380,00) demonstrou maiores índices das residências que recebiam até um salário mínimo, 7%. No entanto, nossos resultados demonstram que São Fidélis (26%) não está de acordo com o padrão estadual, seguido por Itaocara (18%). Utilizando-se esta base de cálculo, apenas Campos dos Goytacazes foi o único município que apresentou a mesma porcentagem do

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE ; Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento; Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2004.

Estado (7%). O Estado possui a maior concentração de domicílios com renda de R\$ 1.140,00 a R\$ 1.900,00 (22%) e esse parâmetro é seguido quando se trata do Município de Campos dos Goytacazes (22%), sendo um pouco maior em Itaocara (29%) e menor em São Fidélis (17%), São João da Barra (21%) e São Francisco do Itabapoana (20%).



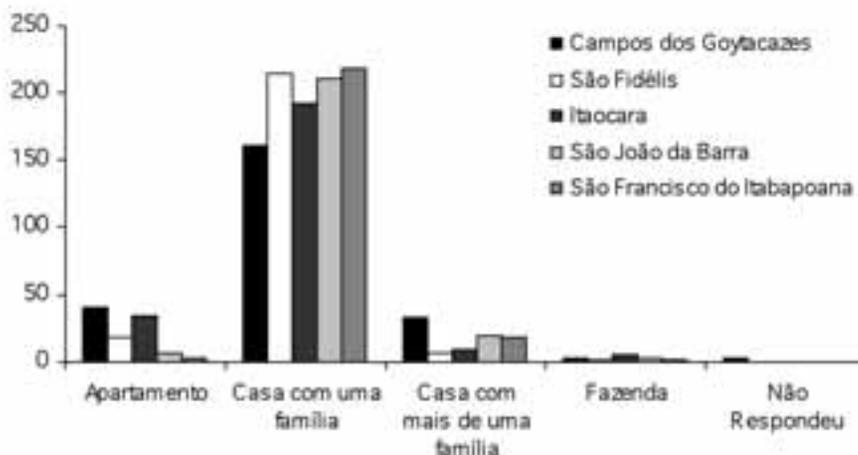
**Figura 5** - Gráfico da relação dos Municípios por renda familiar.

Em todos os municípios o tipo de residência (Figura 6) da maioria dos entrevistados é a casa com apenas uma família, variando de 67% em Campos dos Goytacazes a 91% em São Francisco do Itabapoana. Uma parcela entre 1% e 17% dos entrevistados relatou morar em apartamento. As residências com mais de uma família mostraram uma variação entre 3% e 14%, São Fidélis e Campos dos Goytacazes respectivamente. E apenas em São João da Barra e Campos dos Goytacazes houve incidência de residências nas fazendas das regiões estudadas (1% em ambas). No Brasil, a divisão é feita apenas entre casa e apartamento, dentre as opções oferecidas pelo questionário, tendo demonstrado que a maioria, 89% residem em casas e quase 11% moram em apartamentos, restando menos de 1% para a opção de cômodo<sup>31</sup>.

Dos entrevistados neste estudo, a maioria possui residência própria, sendo 69% em São Fidélis, 73% em Itaocara, 85% em Campos dos Goytacazes e em São João da Barra, chegando a 94% em São Francisco do Itabapoana, nestes estão incluídos os que não pagam aluguel, mas reside em casas emprestadas ou cedidas pelo empregador – fato que ocorre principalmente no município de Itaocara. O município com maior índice de residência alugada foi São Fidélis com 31%. No Brasil, segundo dados do IBGE apresentados na Pesquisa Nacional por Amostras

<sup>31</sup> MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO ; INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA- IBGE, Pesquisa Nacional por amostra de domicílios 2007. vol. 28. Brasil. Rio de Janeiro : IBGE,2007.

de Domicílio<sup>32</sup>, 74% das residências são próprias e quase 17% alugadas, ressaltando que os domicílios cedidos são computados separadamente, sendo de aproximadamente 9% e restando 0,5% classificados como outros.



**Figura 6** - Gráfico da relação dos Municípios por tipo de residência.

Quanto ao número de pessoas por residência (Figura 7), a maior parte, entre 36% a 48%, divide com 2 ou 3 pessoas, em todos os municípios estudados. Em todos os municípios a segunda e a terceira classe foram mais abundantes com pessoas que moram com 2 até 5 pessoas, enquanto as pessoas que moram sozinhas ou com uma pessoa representam a terceira classe mais abundante. Em Campos dos Goytacazes se apresenta maior distribuição dos índices em todas as alternativas de respostas. No Brasil e no Estado do Rio de Janeiro esses valores são 39% e 45% para pessoas que moram com 2 ou 3 pessoas e 37% e 34% para pessoas que dividem residência com 4 ou 5 pessoas, respectivamente<sup>33</sup>.

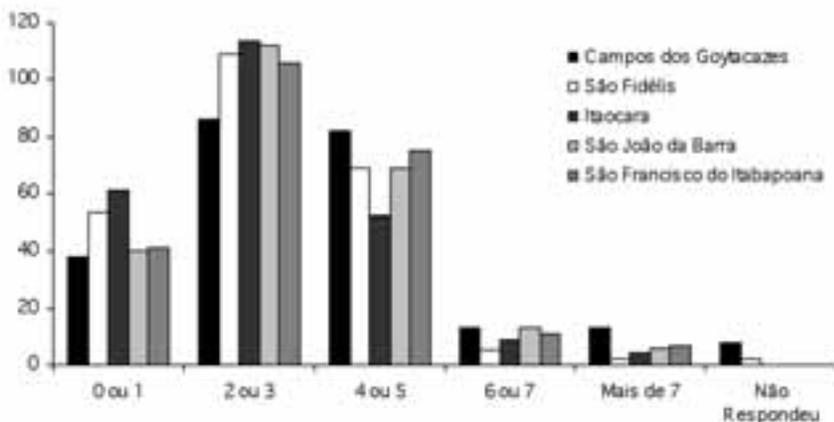
#### 4.2 Avaliação da qualidade da água do rio Paraíba do Sul

Os resultados obtidos com as perguntas relativas à percepção dos entrevistados sobre qualidade da água do rio Paraíba do Sul, antes da explicação a respeito da real situação deste rio, demonstraram que parte da população não sabe ao certo qual a situação real do RPS, e que algumas vezes até desconhece que faz uso de água proveniente deste. Em todos os casos, a maior parte da informação é obtida pela mídia e, muitas vezes, a percepção sobre a qualidade da

<sup>32</sup> Idem.

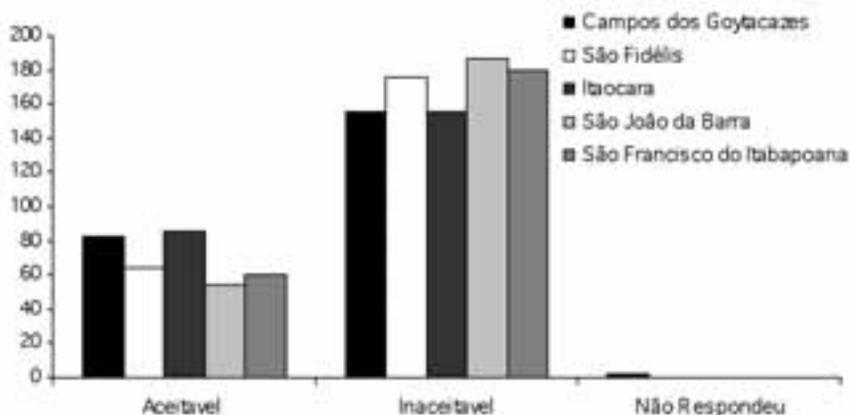
<sup>33</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). CENSO Demográfico 2000. Rio de Janeiro: IBGE, 2002.

água se restringe ao aspecto visual (se o rio está sujo, barrento, com lixo, muito seco, muito cheio etc.)



**Figura 7** - Gráfico da relação dos Municípios por número de pessoas com quem o entrevistado divide a residência.

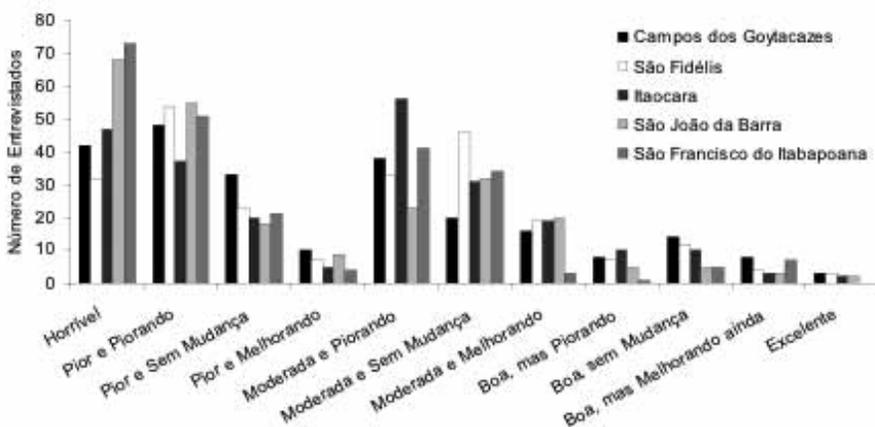
Quando perguntados sobre a aceitabilidade da qualidade das águas do RPS (Figura 8), maior parte das pessoas entrevistadas a considera inaceitável. Entretanto, em Campos dos Goytacazes (64%) e Itaocara (65%) elas se mostraram mais tolerantes se comparadas com os índices de: 73% em São Fidélis, 75% em São Francisco do Itabapoana e 78% em São João da Barra.



**Figura 8** - Gráfico da relação dos Municípios por avaliação da aceitabilidade da qualidade da água do Rio Paraíba do Sul pelos entrevistados.

Destaca-se que possivelmente o aumento do índice de intolerância nesses dois últimos municípios dá-se pelo fato de a população ter um maior contato primário com o RPS, muitos inclusive vivem da pesca; em sentido inverso, em Campos dos Goytacazes, ainda, 1% dos abordados não respondeu a questão. Ambos os casos sinalizam, de certa forma, para a necessidade de termos uma política mais intensa de divulgação de critérios de qualidade entre outras informações para que os usuários possam estabelecer seus critérios de valores.

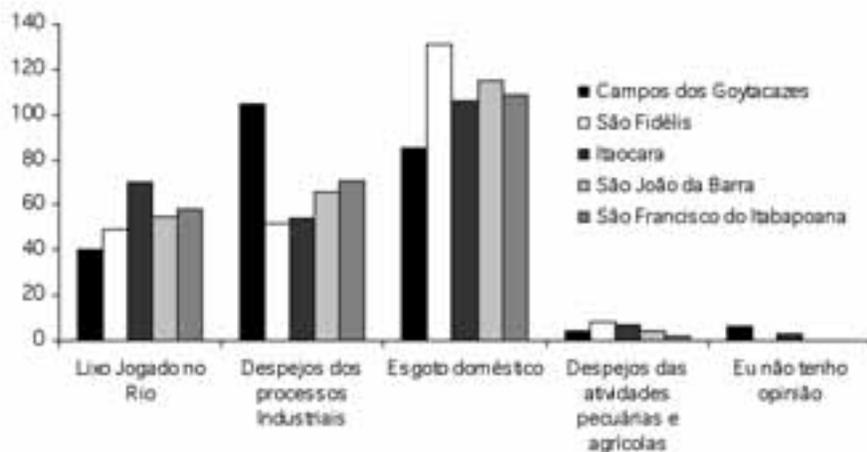
Quando se dá a opção de uma gradação de valores para qualificar as águas do RPS (Figura 9), os resultados principais são os seguintes: i) em Campos dos Goytacazes 20% considerou que o rio está “Pior ou Piorando”, seguido por 18% que o considerou “Horrrível”; ii) em São Fidélis 23% considerou-o “Pior ou Piorando”, seguido de 19% que o determinou a qualidade como “Moderada e sem mudança”; iii) em Itaocara, a maioria 23% disse que a qualidade do rio Paraíba é “Moderada, mas está piorando”, enquanto 20% a categorizou como “Horrrível”; iv) em São João da Barra e São Francisco do Itabapoana, mais uma vez, os valores atribuídos foram mais graves visto que 29% e 30% (respectivamente) qualificaram o rio como “Horrrível”, seguido por 23% e 21% (respectivamente) que o qualificaram como “Pior ou Piorando”.



**Figura 9** - Gráfico da relação dos Municípios avaliação, em categorias, da qualidade da água do Rio Paraíba do Sul pelos entrevistados.

Sobre qual o tipo de poluição que mais ameaça o rio Paraíba do Sul (Figura 10), apenas em Campos dos Goytacazes e Itaocara uma pequena parcela da população, 3 e 1% respectivamente, manifestou não ter opinião. Dos cinco municípios estudados a opção de despejos das atividades pecuárias e agrícolas foi a menos significativa variando de 1 a 3%, ditos normalmente por pessoas ligadas a essas áreas de produção. O esgoto doméstico foi o tipo de poluição mais apontado tendo de 44% a 55% das respostas, com exceção de Campos dos Goytacazes onde ape-

nas 35% o selecionaram como principal tipo de poluição, perdendo para Despejo dos Processos Industriais que teve 44% das respostas.



**Figura 10** - Gráfico da relação dos Municípios por tipo de poluição que mais ameaça o Rio Paraíba do Sul considerado pelos entrevistados.

Esse ponto de vista da população pode estar relacionado com as suas condições locais. Em Campos dos Goytacazes pode-se observar uma maior concentração de indústrias que nas outras cidades, e a população dificilmente apresenta um olhar sistêmico em relação ao rio, alegando que como não existem indústrias em seu município esse problema não atinge a “sua” água. Em São Fidélis, o grande número de pequenos “matadouros” de animais que despejam seus dejetos diretamente no rio, a ponto de mudar sua coloração, fez com que o índice de apontamento do esgoto como maior ameaça de poluição chegasse a 55%. Em geral o Lixo Jogado no rio foi classificado como o terceiro pior tipo de poluição, exceto por Itaocara, que com 29% das respostas obteve o segundo maior índice (Figura 10).

#### 4.3 Disponibilidade para contribuir financeiramente para restauração do RPS

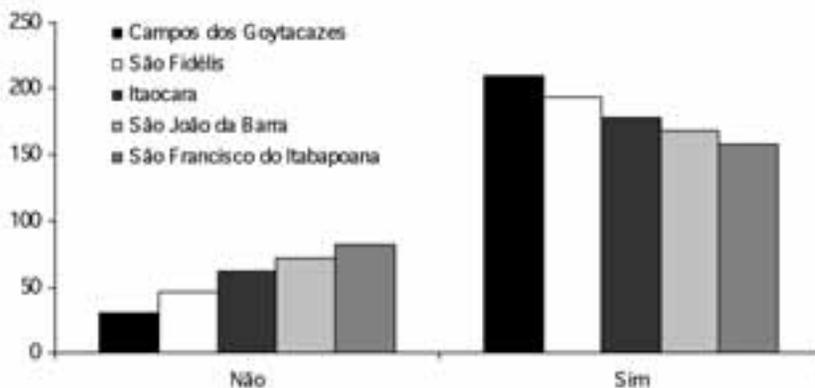
Ao serem informados da atual situação pela qual passa o rio Paraíba do Sul os entrevistados eram questionados se estariam dispostos a pagar preços mais elevados por produtos manufaturados e alimentos para que ocorresse a restauração do rio.

A maior parte dos entrevistados disse que contribuiria de alguma forma, visto que o valor do aumento variava de acordo com o tempo e a qualidade da restauração a ser feita no RPS.

Os níveis de aceitação dos entrevistados das cinco cidades em pagar preços mais elevados por produtos manufaturados e alimentos se estes recursos aumen-

tassem a qualidade das águas no rio Paraíba do Sul (figura 11) foram de: 87% em Campos dos Goytacazes; 81% em São Fidélis; 74% em Itaocara; 70% em São João da Barra; e 66% em São Francisco do Itabapoana.

Mesmo sendo a maior parte da população, ressalta-se que a porcentagem de pessoas que não estariam dispostas a colaborar em nenhum valor para a melhoria da qualidade da água do rio Paraíba do Sul foi significativa, chegando a 34% em São Francisco do Itabapoana e 30% em São João da Barra, o que contrasta com as respostas de maior intolerância com o estado atual do RPS.



**Figura 11** - Gráfico da relação dos Municípios por disposição dos entrevistados a pagar pela restauração do Rio Paraíba do Sul.

Todavia, mesmo sem serem questionadas as pessoas explicavam o motivo pelo qual não contribuiriam e foi observado que: a grande maioria das pessoas não tem confiança que esses recursos seriam usados de forma adequada pelo governo para que se obtivesse o fim pretendido. Houve ainda incidência de justificativas sobre: o fato dessa responsabilidade não ser de competência da população, o fato do povo já pagar muitos impostos, o fato da pessoa dizer que não estará viva para usufruir dos resultados e, ainda, uma pequena parte disse que não dispunha de dinheiro para colaborar.

De uma maneira geral, podemos atribuir que a maior disponibilidade de pagar para restaurar as condições ambientais do rio está associada ao grau de instrução da população. Portanto, o entendimento a cerca das necessidades do Paraíba do Sul, obtidos por meio formal ou pela vivência pessoal, pode ser levado em consideração na hora de julgar sua restauração.

## 5. CONCLUSÕES ARTICULADAS

**5.1** Os resultados descritos demonstram que o padrão socioeconômico das cidades estudadas está dentro da média nacional e estadual do Rio de Janeiro.

**5.2** A maioria dos entrevistados não está satisfeita com a atual situação do rio Paraíba do Sul e acreditam que a atividade industrial e o esgoto doméstico são seus principais agentes poluidores.

**5.3** A maior parte dos entrevistados está disposta a contribuir com algum aumento no valor de produtos manufaturados e alimentos para melhorias na qualidade das águas do rio Paraíba do Sul.

**5.4** Uma pequena, mas significativa, parcela que não demonstrou disposição a contribuir foi motivada por diversos fatores, cujo principal é a descredibilidade no governo.

**5.5** Em nenhum momento a desnecessidade da restauração do rio Paraíba do Sul foi mencionada como motivo para não contribuir.

# O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E A PROTEÇÃO DAS ÁGUAS DOCES

*LUCIANA CORDEIRO DE SOUZA*

Doutora e Mestre em Direito Ambiental. Advogada.  
Elaboradora, Coordenadora e Professora da Pós Graduação  
em Direito Ambiental do Unianchieta – Jundiáí-SP

## 1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Hodiernamente, qualquer que seja o meio de comunicação que acessamos, somos tomados de assalto por notícias que comprovam o estado em que se encontram os recursos naturais em nosso Planeta, e suas consequências catastróficas vem se tornando cada vez mais rotineiras.

Por vezes, penso que melhor seria deixar de assistir aos telejornais, não acessar mais a internet, nem ler os jornais impressos, na esperança que, algum dia, as manchetes venham recheadas de boas novas. Mas, do que vale parar de me informar, quando na verdade mudanças devem ser empreendidas por todos nós.

Porque continuamos colecionando tragédias ambientais, sujeitando-se às consequências do descaso com a nossa casa Terra, quando deveríamos adotar medidas para prevenção aos danos ambientais?

E a resposta para esta questão não nos remete a uma utopia, não se trata de ingenuidade, sabemos todos que muitos dos efeitos dos danos causados ao Planeta são inadiáveis, mas há sempre esperança que uma mudança comportamental venha a adiar ou minimizar os impactos que a ciência vem prevendo.

O direito ambiental, ramo novo da ciência jurídica, pode e deve auxiliar nesta empreitada. E neste trabalho discutiremos sobre os princípios do direito ambiental, notadamente o Princípio da Prevenção voltado à proteção das águas doces.

## 2. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

Inicialmente, cumpre-nos lembrar o significado dos princípios gerais do direito. Para Miguel Reale “Toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica a existência de princípios, isto é, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber. Princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidos, por serem evidentes ou por terem sido comprovados, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Miguel Reale, Lições preliminares de direito, p.299.

E continua sua lição afirmando que “os Princípios Gerais do Direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas.” (...)“Alguns deles se revestem de tamanha importância que o legislador lhes confere força de lei, com a estrutura de modelos jurídicos, inclusive no plano constitucional, consoante dispõe a nossa constituição sobre os princípios da isonomia etc.”<sup>2</sup>

Para Marcelo Abelha, segundo Canotilho, e tomando por base o texto constitucional, podemos dividir os princípios em três categorias: os estruturantes, os gerais e os específicos. Os primeiros referem-se à estrutura do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF: soberania, dignidade da pessoa humana, etc); os segundos corresponderiam aos princípios relativos as garantias individuais e coletivas previstas no artigo 5º da CF, sempre voltados à tutela da vida, isonomia, liberdade, etc., tal como informa o *caput* do dispositivo. Já os princípios específicos são aqueles que direcionam determinada ciência em particular, como no artigo 170 da CF relativamente ao Direito Econômico e financeiro; nos do art. 7º e 8º referentes ao direito do trabalho; nos do art. 150 e ss., referentes ao Direito Tributário; no art. 37 referentes ao Direito Administrativo e assim sucessivamente.

Quando se fala em princípios do direito Ambiental, devemos ter a exata noção do que está sendo exposto. É que, conquanto sejam identificáveis princípios do Direito do Ambiente no art. 225 da CF/88, é certo que absolutamente tudo o que se relaciona ao meio ambiente está ligado ao direito à vida, motivo pelo qual há uma sobreposição natural, senão topológica ao menos teleológica, do objeto de tutela do ambiente em relação às demais ciências.<sup>3</sup>

A independência do Direito Ambiental como ciência não é um fim a ser alcançado, mas ao contrário trata-se de uma realidade incontestável, à medida que a referida disciplina e ciência possui os seus próprios princípios diretores, insculpidos, inclusive, na Carta Constitucional.<sup>4</sup>

### 3. PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL

O Direito Ambiental, por ser ciência autônoma, é informado por princípios que regulam seus objetivos e diretrizes, que devem se projetar para todas as normas ambientais, norteando os operadores dessa ciência e salvando-os de dúvidas ou lacunas na interpretação das normas ambientais.<sup>5</sup>

Temos certo que no Direito Ambiental, encontram-se presentes os princípios estruturantes referidos por Canotilho, dado o objeto de sua tutela tratar-se da proteção à vida, mais especificamente, vida com qualidade.

<sup>2</sup> Miguel Reale, Lições preliminares de direito, p. 300 - 1.

<sup>3</sup> Marcelo Abelha Rodrigues, Elementos de direito ambiental, p. 167

<sup>4</sup> Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues. Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável, p. 111.

<sup>5</sup> Marcelo Abelha Rodrigues, Elementos de direito ambiental, p. 168

Antes, porém, esclarecemos que a Constituição Federal de 1988 proporcionou a recepção da Lei 6.938/81 em quase todos os seus aspectos, adotando os princípios fundantes da Política Nacional do Meio Ambiente.

Desta feita, passamos a listar os princípios ambientais, salientando que os diversos autores/doutrinadores de Direito Ambiental os classificam de diversas formas e títulos<sup>6</sup>. Elegemos os seguintes: Princípio do Desenvolvimento Sustentável, Princípio do Poluidor Pagador, Princípio da Participação, Princípio da Obrigatoriedade da Intervenção Estatal, Princípio da Precaução e o Princípio da Prevenção.

O Princípio do Desenvolvimento Sustentável encontra-se insculpido no *caput* do art. 225, diz respeito ao dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, não exaurindo seus recursos, vez que não são inesgotáveis. Sendo que no texto constitucional, em seu art. 170, temos que a ordem econômica, fundada no capitalismo, encontra a defesa do meio ambiente (inciso VI) como princípio balizador para seu crescimento, pois inadmissível que as atividades econômicas desenvolvam-se alheias a esse fato. Busca-se com isso a coexistência harmônica entre economia e meio ambiente. Permite-se o desenvolvimento, mas de forma sustentável, planejada, para que os recursos hoje existentes não se esgotem ou tornem-se inúteis, lembra Fiorillo<sup>7</sup>.

O Princípio do Poluidor Pagador insculpido no parágrafo 3º do artigo 225, da CF 88, possui caráter preventivo (busca evitar a ocorrência de danos ambientais) e repressivo (ocorrido o dano, visa sua reparação). Embora sua denominação possa dar entendimento de que “aquele que paga pode poluir”, ou o que “polui deve pagar”.

Num primeiro momento, explica Fiorillo<sup>8</sup>, impõe-se ao poluidor o dever de arcar com as despesas de prevenção dos danos ao meio ambiente que a sua atividade possa causar. Cabe a ele o ônus de utilizar instrumentos necessários à prevenção dos danos. Numa segunda órbita de alcance, esclarece esse princípio que, ocorrendo o dano ao meio ambiente em razão da atividade desenvolvida, o poluidor será responsável por sua reparação.

Este princípio determina a incidência e aplicação de alguns aspectos do regime jurídico da responsabilidade civil aos danos ambientais: responsabilidade civil objetiva, prioridade da reparação específica do dano ambiental, e solidariedade para suportar os danos causados ao meio ambiente. O poluidor, pessoa física ou jurídica, também estará sujeito às responsabilidades nas esferas administrativa e penal, concomitantemente.

---

<sup>6</sup> Convém observar que Paulo Affonso ainda destaca outros princípios: Princípio do direito à sadia qualidade de vida (não basta viver ou conservar a vida, é justo buscar e conseguir a qualidade de vida. A ONU anualmente faz uma classificação dos países em que a qualidade de vida é medida, pelo menos, em três fatores: saúde, educação e PIB. Isto fez com que, na maioria dos países, em suas constituições, passasse a existir a afirmação do direito a um ambiente sadio.); Princípio do acesso equitativo aos recursos naturais (Os bens que integram o meio ambiente planetário, como água, ar e solo, devem satisfazer as necessidades comuns de todos os habitantes da Terra.)

<sup>7</sup> Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Curso de Direito Ambiental brasileiro, p. 27.

<sup>8</sup> Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Curso de Direito Ambiental brasileiro, p. 37.

O Princípio da Participação, no art. 225, caput, da CF 88, “incumbe à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente”, a este dever surge a obrigação da coletividade de participar da defesa dos bens ambientais. Deixar de ser mera espectadora para se tornar protagonista das relações ambientais. A coletividade deve participar e esta participação se dá de inúmeras formas: através da iniciativa popular na apresentação de projetos de leis complementares ou ordinárias (federais, estaduais ou municipais) por um determinado número de cidadãos, bem como com a realização de referendun sobre uma lei relacionada com o meio ambiente ou quando é chamada a compor, através de seus representantes (sindicatos, associações ambientais) os conselhos e órgãos de defesa do meio ambiente, a exemplo do CONAMA, CONSEMA, CONDEMA, Comissão de Plano Diretor, CTNBio, além da participação nas audiências públicas, fiscalização e denúncias aos órgãos ambientais e ao Ministério Público, bem como promover ações judiciais para a defesa do meio ambiente.

O Princípio da Obrigatoriedade da Intervenção Estatal, presente no art. 225, caput, da CF 88, dispõe que “incumbe ao Poder Público o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações”, neste princípio encontramos a obrigação constitucional do Poder Público, através de seus órgãos, de atuar de forma a prevenir danos ambientais garantindo que haja futuro para o povo brasileiro. Incumbe ao Poder Público, através de seus entes federativos, a competência tanto para legislar quanto para fiscalizar o meio ambiente

O Princípio da Precaução, embora para alguns autores não haja diferença entre precaução e prevenção, temos claro que trata-se de princípio diverso, pois na prevenção é conhecida a consequência dos danos/impactos ambientais, enquanto que na precaução as consequências de danos/impactos ambientais são desconhecidas.

Precaver: acautelar com antecipação.

Para Paulo Affonso, citando Michel Prieur, “o princípio da precaução é atualmente uma referência indispensável em todas as abordagens relativas aos riscos”, por se referir que aplica-se o princípio da precaução, o qual requer a redução da extensão, da frequência ou da incerteza do dano.

A Declaração do Rio de Janeiro, de 1992, traz em seu 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”.

O princípio constitucional da precaução passa a ter as seguintes características: a. o dano decorrente de uma ação ou inação é incerto diante do estado dos conhecimentos científicos atuais; b. há probabilidade de efeitos graves e irreversíveis ao meio ambiente; c. o princípio comanda diretamente as autoridades públicas. Portanto, o Poder Público irá aplicá-lo a si mesmo, às empresas e aos cidadãos; d. há duas fases na aplicação do princípio da precaução: na primeira fase há a obrigação de procedimentos de avaliação de risco, e na segunda fase adotam-se medidas com a finalidade de evitar a ocorrência do dano; e. a adoção das medidas públicas é submetida a uma metodologia especial, com duas vertentes

tes: temporariedade e proporcionalidade. Temporariedade porque a medida deve durar enquanto houver incerteza, cessando sua validade quando se chegar à certeza. Proporcionalidade, não se devendo exigir mais do que indica a adequação entre o meio utilizado e o fim desejado<sup>9</sup>.

A aplicação do princípio da precaução relaciona-se intensamente com a avaliação prévia das atividades humanas. O EPIA insere na sua metodologia a prevenção e a precaução da degradação ambiental. Diagnosticado o risco, pondera-se sobre os meios de evitar o prejuízo. Ai entra o exame da oportunidade do emprego dos meios da prevenção.<sup>10</sup>

#### 4. PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

Dos princípios do direito ambiental, acreditamos que o princípio da prevenção vem a ser o primeiro dos princípios, sua espinha dorsal.

O princípio da prevenção, que encontra-se insculpido no artigo 225, caput da CF 88, ao trazer na sua parte final “o dever de preservar e defender o meio ambiente”.

Na busca dessa prevenção, deste prevenir, buscar evitar que danos ambientais ocorram, o ditado popular “mais vale prevenir do que remediar”, com mais razão deve ser aplicado nas questões ambientais, pois, na maioria das vezes, os danos ambientais são irreparáveis. O que fazer com a vida que se foi? Com todo um ecossistema que se perdeu em razão de uma ação danosa? Com um curso d’água que não mais abriga a vida ou mata a sede da população?

Pensar em água doce não se resume a cuidar ou zelar sobre o recurso hídrico, mas de todo o ambiente que o contem, o compõe. .

Assim, ao trazer a prevenção no caput do artigo 225 como princípio, a CF 88 determina a preservação e restauração de processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, inciso I, 1ª parte), dentre os quais podem ser destacados o manejo ecológico das espécies e ecossistemas (art. 225, § 1º, inciso I, 2ª parte); a preservação da diversidade e integridade do patrimônio genético do país mediante a fiscalização das entidades dedicadas a pesquisa e manipulação do material genético (art. 225, § 1º, inciso II); na prevenção da degradação, em todas as unidades da federação, a partir de sua definição, de espaços territoriais protegidos (art. 225, § 1º, inciso III); na exigência de estudo prévio de impacto ambiental para atividades potencialmente causadora de degradação (art. 225, § 1º, inciso IV); no controle da produção, comercialização e no emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, qualidade de vida e o meio ambiente (art. 225, § 1º, inciso V); na educação e a conscientização pública (art. 225, § 1º, inciso VI); na proteção à fauna e à flora (art. 225, § 1º, inciso VII).

Vale enfatizar que no princípio da prevenção a educação e a informação ambiental são requisitos essenciais para a tomada de consciência da coletividade sobre a questão ambiental, possibilitando a atuação da coletividade na busca de prevenir e precaver danos ambientais.

<sup>9</sup> Paulo Affonso Leme Machado, *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 73.

<sup>10</sup> Paulo Affonso Leme Machado, *Direito Ambiental Brasileiro*, p. 80.

## 5. A QUESTÃO DAS ÁGUAS DOCES

No último dia 22 de março comemoramos o Dia Mundial da Água, mas será que tínhamos mesmo o que comemorar?

Definida no Aurélio apenas como “líquido incolor e inodoro, composto de hidrogênio e oxigênio”, a água acaba passando despercebida no cotidiano como uma das substâncias mais importantes do planeta. Além de ser o principal constituinte do corpo humano, a famosa H<sub>2</sub>O é responsável pela vida de quase todas as espécies da Terra, além de atuar na regulação da temperatura da mesma.

Segundo dados da Unesco, a África é o continente onde o problema é maior. São 340 milhões de pessoas sem acesso a água potável e 500 milhões sem saneamento básico adequado. Isto sem contar que essa situação pode se agravar ainda mais com os problemas ambientais enfrentados pelo planeta, como a poluição e o aquecimento global.<sup>11</sup>

Já há várias áreas do planeta onde a água está escassa, devido à poluição e ao esgotamento das fontes naturais – alerta o diretor/presidente do Instituto Brasil PNUMA (Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente), Haroldo Lemos. – Segundo dados da ONU, em 2023 já teremos cerca de 23 países sem água.

Com a falta de água no mundo, a poluição dos mares, lagos e rios e o agravamento das mudanças climáticas, é esperado que se forme uma tensão entre alguns países à respeito do tema. Tal problema poderia desencadear até um conflito bélico, na visão de estudiosos e pessoas diretamente ligadas ao assunto.

É perfeitamente possível que um dia tenhamos uma guerra por água. A própria ONU já admitiu isso – comentou Haroldo Lemos. – Outra coisa que pode acelerar este processo é o fato de todos os modelos matemáticos dizerem que, no futuro, teremos mais chuvas nas regiões temperadas e menos nos trópicos. Ou seja, os países menos desenvolvidos podem ter menos água ainda e isso pode gerar um conflito.<sup>12</sup>

No Brasil gozamos de uma situação privilegiada quanto à quantidade de recursos hídricos superficiais e subterrâneos, vez que nosso potencial hidrogeológico também é extremamente importante, mas o mesmo não podemos afirmar quanto a qualidade.

Em relatório recente foi declarado que o Brasil concentra 12% da água potável do mundo. Ainda assim, moradores de regiões metropolitanas convivem com rios que mal dão conta de suprir suas necessidades. Poluição e mau uso dos recursos hídricos transformaram a qualidade das águas de 21% dos rios do País. Em São Paulo, cinco rios e a Bacia do Alto Tietê estão entre os que têm a pior qualidade. Os dados são do primeiro relatório de conjuntura dos recursos hídricos

<sup>11</sup> A preocupação com a água não se restringiu às águas doces, mas conforme o Greenpeace e as Nações Unidas, existe uma necessidade iminente de se proteger os oceanos. Atualmente, apenas 1% das áreas oceânicas do planeta está protegido nas chamadas AMPs (Áreas Marinhas Protegidas). A ONU defende que este número tem de subir para 30% a longo prazo. O Greenpeace vai mais longe, declarando uma necessidade de proteger 40% das áreas marinhas do planeta. Dados bem altos para uma humanidade que parece não ter noção da dimensão do problema.

<sup>12</sup> Flávio Dilascio, No Dia Mundial da Água, humanidade está preocupada com a substância. Jornal do Brasil - <http://jbonline.terra.com.br/pextra/2009/03/21/e211032556.asp>- acesso 260309.

no Brasil, lançado no dia 20/03/2009 pela Agência Nacional de Águas (ANA), analisando a situação de todas as bacias hidrográficas brasileiras.

De um modo geral, a qualidade das águas no País é boa - 9% foi considerada ótima e 70%, boa - com a ressalva de que boa parte dos rios do Centro-Oeste, Norte e sertão do Nordeste não foi avaliada. Ainda assim, 7% das águas foram consideradas péssimas ou ruins e 14%, regulares. Esses rios concentram-se justamente nas áreas mais povoadas do País, caso da Bacia do Alto Tietê e das bacias do Gravatá e do Sinos, rios que abastecem a região metropolitana de Porto Alegre.

“São situações reversíveis, mas o caso é que, apesar de haver algum tratamento do esgoto despejado nessas águas, não é uma prática universal. Seria necessário muito mais investimento”, diz João Conejo, superintendente de Planejamento de Recursos Hídricos da ANA. Atualmente, apenas 47% da população tem esgoto coletado. Desses, 53% são jogados nos rios sem qualquer tratamento, contribuindo para a poluição. As zonas metropolitanas de São Paulo, Curitiba, Porto Alegre, Belo Horizonte e Vitória são as que estão hoje em situação mais preocupante.<sup>13</sup>

Neste relatório restou descrita a situação com o olhar voltado somente aos mananciais hídricos superficiais, sem mencionar as reservas subterrâneas que também vem sofrendo com a poluição e a contaminação.

No Brasil, lembra Aldo Rebouças<sup>14</sup>, “não havendo controle da utilização das águas subterrâneas, tanto em nível federal como estadual, fica difícil caracterizar o seu nível de utilização. Vale ressaltar que, conforme os dados do último censo, cerca de 61% da população se auto-abastece com água subterrânea, sendo 43% por meio de poços tubulares, 12% por meio de fontes ou nascentes e 6% por meio de poços escavados ou cacimbões - IBGE (1991). Cidades como São Luís (MA), Natal e Mossoró (RN), Maceió (AL) e cerca de 76% das cidades do Estado de São Paulo, 90% das cidades do Paraná e Rio Grande do Sul, são abastecidas por poços”.

De forma contundente, alerta o Prof. Ricardo Hirata<sup>15</sup> para a contaminação dos recursos hídricos subterrâneos, fato esse que pode limitar a oferta da água, encarecendo a sua utilização e causando problemas à saúde humana e ambiental. Quanto à descontaminação de um aquífero, ressalta que todo o processo vai depender do contaminante; há substâncias que podem permanecer no solo e subsolo por 200 ou 300 anos, outras que permanecem por alguns dias. Acrescenta ainda que, dependendo do tipo de solo, a substância pode permanecer somente em determinada camada do terreno, não atingindo as águas subterrâneas, como também, dependendo das características do solo, pode ocorrer que a substância perca seu potencial tóxico antes de atingir as águas subterrâneas, ou seja, pode ocorrer a degradação do contaminante, atuando o solo como um filtro natural; ou ainda, mesmo que atinja o aquífero, na zona não saturada, graças a presença de água, ar e microorganismos, ocorrem

<sup>13</sup> <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,ana-poluicao-piora-qualidade-de-21-dos-rios-do-pais,345717,0.htm>

<sup>14</sup> Aldo da Cunha Rebouças, *Águas Subterrâneas*, In. *Águas doces no Brasil*, p.143.

<sup>15</sup> Palestra proferida no sétimo Congresso do Direito Internacional do Instituto O Direito por um Planeta Verde, em junho/03, *Anais do Congresso Direito, Água e Vida*, v. 1, p. 785.

reações que podem modificar poluentes, tornando-os inofensivos ou menos perigosos. E, se mesmo passando por este filtro natural que é o solo, o poluente chegar à zona saturada, pode ser que em razão do tipo do contaminante e do movimento de sua pluma, bem como da distância do poço de abastecimento, também ocorra a degradação do contaminante durante o período do deslocamento da pluma contaminante dentro do aquífero.

Assim, as águas subterrâneas sofrem constantes riscos de contaminação, pois, a cada dia mais ouvimos falar sobre vazamentos, derramamentos de produtos tóxicos, ou seja, fontes pontuais de contaminação, mas não atentamos para problemas mais graves que caracterizam riscos sérios tanto à água como à vida. Trata-se de fontes contínuas de poluição das águas subterrâneas, e os técnicos têm buscado informações sobre essas fontes que estão a comprometer a qualidade de nossos recursos hídricos subterrâneos. São essas as principais fontes de contaminação das águas subterrâneas: postos de gasolina, aterros/lixões, suinocultura, cemitérios, agricultura, atividades minerárias, etc.<sup>16</sup>

No tocante aos efeitos da poluição/contaminação das águas à saúde, Luis Sergio Valentim<sup>17</sup> da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, nos auxilia com os seguintes dados: “No período de 1998 a 2000 ocorreram 119.609 internações hospitalares no Estado de São Paulo devido a 23 doenças mais estreitamente relacionadas as condições sanitárias e ambientais, muitas delas associadas à disponibilidade e qualidade da água. E, No período de 98 a 2000, ocorreram 1503 óbitos no estado de São Paulo, devido a estas 23 doenças, entre elas podemos citar a hepatite tipo A, leptospirose e doenças diarreicas em geral.”

Utilizando-nos do princípio da prevenção – princípio basilar do direito ambiental – poderemos garantir não só qualidade e quantidade, mas também garantir saúde a população. E no tocante aos recursos hídricos já sabemos as consequências, os efeitos dos danos tanto aos mananciais superficiais como subterrâneos, desta forma urge a aplicação deste princípio como única forma de garantia de água para as presentes e futuras gerações.

## 6. O FÓRUM MUNDIAL DA ÁGUA

Na semana de 22 de Março de 2009, foi realizado, em Istambul, o 5º Fórum Mundial da Água. Dele participaram autoridades e representantes de entidades competentes de diversos países. Um dos representantes brasileiros foi José Machado, presidente da Agência Nacional de Águas (ANA). Apesar das trocas de experiência e cooperação, o encontro serviu para deflagrar a enorme diferença na questão da água entre países desenvolvidos e nações em desenvolvimento. Existem países que estão em posição de vanguarda, como Espanha e França. A União Europeia como um todo está muito bem, assim

<sup>16</sup> Luciana Cordeiro de Souza, Mudanças de paradigmas no uso e ordenação do solo em face da necessária proteção da qualidade das águas subterrâneas, p. 75.

<sup>17</sup> Luís Sérgio Valentim, Fiscalização das Águas Subterrâneas destinadas ao consumo humano, p. 50.

como a Austrália. O Brasil está nesse batalhão de vanguarda, embora ainda enfrentemos problemas – opinou o presidente, que confirmou que a África e parte da Ásia são as zonas mais críticas do planeta.<sup>18</sup>

Aproximadamente 25 mil participantes - entre líderes políticos, especialistas, empresas e ONGs - discutiram as questões mais polêmicas em torno deste recurso, como as secas, a reciclagem das águas residuais, a distribuição e a gestão da água.

A declaração final, assinada pelas delegações dos 150 países participantes (70 deles representados em nível ministerial), foi apresentada no dia 22/03/2009, em ocasião do Dia Mundial de Água.

Nela, os Estados signatários advertem para a necessidade de conseguir segurança no setor da água, em um mundo em que se enfrenta mudanças globais rápidas e sem precedentes, incluindo o crescimento da população, as migrações, a urbanização, a mudança climática e a desertificação, entre outros.

Por isso, se comprometem a intensificar os esforços para conseguir cumprir os Objetivos do Milênio das Nações Unidas, embora a declaração não seja vinculativa para os países signatários.

No entanto, o tema que mais debate gerou durante as negociações finais foi o direito à água<sup>19</sup>, que terminou sem consenso, explicou no sábado o presidente do processo político, Sumru Noyan.

Assim, na Declaração Ministerial de Istambul não se chegou a decretar a água um direito humano, como exigiam os movimentos sociais e ecologistas e vários países latino-americanos.<sup>20</sup>

Especialistas denunciaram uma indiferença generalizada diante das graves e persistentes deficiências globais em saneamento básico. O resultado disso, apontam, é a multiplicação, “em um ritmo alarmante”, de mortes decorrentes de diarreia.

O Conselho Mundial da Água, organizador do fórum de Istambul, estima que o investimento anual em saneamento raramente supera 0,3% do Produto Interno Bruto global.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Flávio Dilascio, No Dia Mundial da Água, humanidade está preocupada com a substância Jornal do Brasil - <http://jbonline.terra.com.br/pextra/2009/03/21/e210325556.asp>- acesso 260309

<sup>19</sup> A posição brasileira causou mal-estar diplomático ontem, reta final do 5º Fórum Mundial sobre o recurso, realizado em Istambul, na Turquia. Estados Unidos, França, Egito e Turquia também negaram esse status jurídico ao tema. O Ministério das Relações Exteriores, por meio da assessoria de imprensa, explicou que o posicionamento foi adotado “para evitar o risco de que a soberania do País sobre o uso desse recurso pudesse ser afetada”. Tecnicamente, completa o ministério, a adesão poderia abrir caminho para que outros países se manifestassem sobre a forma como o País controla o uso da água. A decisão não foi bem recebida por Bolívia, Equador, Venezuela e Uruguai. Embora todos concordem quanto à necessidade de avanços para garantir água potável a suas populações, os diversos documentos propostos no Fórum têm consequências políticas distintas. Entre os países da União Europeia (UE), Holanda, Espanha e Alemanha estão pressionando para que o voto dos membros do bloco defenda a água como um direito humano. Já a França - onde estão sediadas grandes companhias privadas do setor hídrico - prefere manter o atual texto, no qual a água é definida como “uma necessidade básica”. Uma saída para acalmar os países preocupados em assegurar sua soberania sobre a água seria uma declaração no melhor estilo diplomático. Ao mesmo tempo em que “reconheceria o direito ao abastecimento de água e ao saneamento”, deixaria explícito que cabe aos países signatários “revisar como (esse direito) pode ser implementado em leis, regulamentações, políticas e práticas nacionais”. In O Estado de S. Paulo, Brasil afirma que acesso à água não é direito humano, 25/03/09

<sup>20</sup> Andrés Mourenza, Fórum de Istambul termina sem reconhecer água como direito humano, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ambiente/ult10007u538836.shtml>, acesso em 26032009.

<sup>21</sup> O Estado de S. Paulo, Brasil afirma que acesso à água não é direito humano, 25/03/09.

Os países foram unânimes no sentido de que deve ser adotado o Princípio da Prevenção para se garantir água para todos. E, investir em saneamento também é uma forma de prevenção.

## **7. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**7.1** O Direito Ambiental, ciência autônoma, é informado por princípios que regulam seus objetivos e diretrizes, e tais princípios devem ser utilizados tanto na interpretação das normas ambientais como na proteção dos bens ambientais;

**7.2** O princípio da prevenção é o princípio basilar do direito ambiental, adotado com supremacia aos demais princípios, como única forma capaz de garantir água doce às presentes e futuras gerações;

**7.3** Sem que se atenha ao princípio da prevenção em qualquer das atividades humanas, quer realizadas pelo Poder Público ou particular, não haverá garantia de qualidade para as águas doces superficiais e subterrâneas, para tanto urge que a educação e a informação ambiental estejam presentes na sociedade brasileira, que a fiscalização e os estudos técnicos para se evitar a poluição e a contaminação, sejam cada vez mais eficazes.

# **BASES ECOLÓGICAS E JURÍDICAS PARA A EXIGIBILIDADE DA COMPENSAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA EM UMA NOVA TIPOLOGIA DAS FORMAS DE REPARAÇÃO DE DANOS EM AMBIENTES NATURAIS**

*LUCIANO JOSÉ ALVARENGA*

Bacharel em Direito (Ufmg). Mestrando em  
Ciências Naturais (Dep. de Geologia,  
UFOP). Ministério Público (MG)  
Instituto o Direito por um Planeta Verde

*CRISTIANO CHRISTÓFARO*

Bacharel em Ciências Biológicas (UFMG).  
Mestre e Doutorando em Saneamento,  
Meio Ambiente e Recursos Hídricos (UFMG)

## **1. INTRODUÇÃO**

Ainda existe muita controvérsia a respeito do conceito de desenvolvimento sustentável. Há quem diga que ele permanece qual “um enigma à espera de seu Édipo”<sup>1</sup>, tamanha a indefinição que paira sobre o tema. Com efeito, embora rapidamente assimilada pelos debates em torno da degradação de sistemas socioecológicos, a noção carece de uma significação tangível e compreensiva, capaz de se contrapor, em larga escala, à lógica que determina tal degradação.

Tal imprecisão conceitual não torna a noção inócua, todavia. Como genuína “*idée-force*”, ela permanece viva como expressão de um desejo coletivo, ao lado da paz, da democracia, da liberdade e da igualdade. Nada assegura que esses desejos venham, um dia, a se realizar, mas isso não lhes retira a vocação de reorientar as práticas humanas. Reconhece-se na idéia de desenvolvimento sustentável, por isso, uma *utopia* – no melhor sentido da expressão. Junto com aqueles outros ideais nobres da humanidade, ela compõe “a visão de futuro sobre a qual a civilização contemporânea necessita alicerçar suas esperanças”.<sup>2</sup> Em acordo com essa assertiva, compreende-se que a idéia-utopia de desenvolvimento sustentável pode

---

<sup>1</sup> VEIGA, José Eli da. Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI. 3.ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008, p. 13.

<sup>2</sup> VEIGA, op. cit., p. 14.

se contrapor, sim, ao assolamento progressivo e extensivo dos diversos ambientes existentes na Terra.

No que diz respeito aos ambientes *naturais*, de modo particular, há um consenso na literatura especializada a respeito da seguinte proposição: a definição de sustentabilidade deve levar em consideração o acervo cognitivo integrado pelas diversas ciências da conservação biológica, entre elas a Ecologia, a Geologia, a Fitogeografia, etc. A centralidade dessas formas de conhecimento, quanto à proteção de domínios naturais (biomas, ecossistemas, bacias hidrográficas, etc.) é inegável. Tabarelli & Gascon diriam que: “Em nenhum outro tema esse postulado é tão importante quanto o é na questão do impacto humano sobre os recursos naturais”.<sup>3</sup> A percolação do acervo cognitivo em políticas e normas ambientais pode resultar, por certo, em correções e aprimoramentos nos atuais padrões de uso da terra, gerando efeitos positivos sobre a proteção da biota.

Aplicando-se tais premissas à análise de procedimentos jurídicos de reparação de danos ambientais, há de se levar em consideração que, à luz das sobreditas ciências, a restauração plena (perfeita) de um dado ambiente terrestre ou ecossistema danificado não é possível. Tal impossibilidade deriva, em linhas gerais, do segundo princípio da termodinâmica. De acordo com esse princípio, a desorganização gerada num sistema, denominada *entropia*, é irreversível. Na prática, essa lei natural determina que qualquer transferência de energia sempre ocorrerá com a perda de uma parte dela, perda essa que é acrescida à entropia do sistema, ou seja, à sua energia desorganizada e irrecuperável.<sup>4</sup>

A influência que tal lei desempenha sobre a economia e a vida não pode ser negada. “Como não há de impor limites à atividade econômica uma Lei como a da Entropia, cujo funcionamento é o responsável pelo fato de um barril de petróleo só poder ser queimado uma vez?”, indagaria Fernández. Inevitavelmente, em toda transformação de energia e matéria existe uma perda de qualidade. O resultado final é que em qualquer sistema fechado, como a Terra, a desordem e a entropia crescem inexoravelmente, enquanto em sistemas abertos, como o econômico, só é possível aludir a crescimento da entropia gerando desordem noutros sistemas. O crescimento econômico gera efeitos irreversíveis que a economia, notadamente em suas bases contemporâneas, não leva em consideração.<sup>5</sup>

Obviamente, nenhum ordenamento jurídico teria o condão de afastar os efeitos do segundo princípio da termodinâmica. Como que a reconhecer a sua força inexorável, a Lei 9.985/2000, ao conceituar “restauração”, alude à restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre “o mais próximo possível” de sua condição original (art. 2º, XIV). O texto legal não faz uso de expressões como “retorno ao estado anterior” ou “regresso à condição original”. Reconhecem-se os efeitos da termodinâmica no plano jurídico-factual.

<sup>3</sup> TABARELLI, Marcelo; GASCON, Claude. Lições da pesquisa sobre fragmentação: aperfeiçoando políticas e diretrizes de manejo para a conservação da biodiversidade. Megadiversidade, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 181-188, jul., 2005, p. 181.

<sup>4</sup> LIMA-E-SILVA, Pedro Paulo de et al. Dicionário Brasileiro de Ciências Ambientais. 2.ed. Rio de Janeiro: Thex, 2002.

<sup>5</sup> FERNÁNDEZ, Xavier Simón. Economía e natureza ou como construir sistemas sócio-econômicos mais justos. Disponível em: <<http://www.primeiralinha.org/paramhagzindependente/simom.htm>>. Acesso em: 15 mar. 2005.

A impossibilidade da restauração completa de ambientes degradados não quer dizer, contudo, que o comportamento danoso e o seu resultado sejam juridicamente toleráveis. Preceitos-chave do sistema normativo brasileiro, fundados no princípio ético<sup>6</sup> e jurídico da responsabilidade, ordenam a reparação de ambientes danificados pela ação humana. Destaca-se, no ápice do direito objetivo brasileiro, o art. 225, §3º, da Constituição de 1988, e, no patamar infraconstitucional, o art. 14, §1º, da Lei 6.938/1981, que obrigam o degradador de um ambiente natural a recuperá-lo, independentemente da existência de culpa. A responsabilidade civil por danos ambientais é, como sabido, objetiva.

A coibição jurídico-normativa à perpetração de danos ambientais é um dos reflexos do movimento histórico de conscientização social quanto à importância da conservação das bases fisiográficas, biogeográficas e histórico-culturais da existência coletiva. Também reflete esse movimento o crescente número de procedimentos jurídicos instaurados com o escopo de determinar responsabilidades e atribuir sanções por lesões causadas em tais bases.

Nesse contexto, estudiosos e órgãos aplicadores do Direito discutem, não raramente, a respeito das formas mais adequadas de reparação de ambientes degradados. Nos colóquios sobre o tema, há quem procure destacar que tal reparação pode ser feita pela via econômico-financeira. A cada lesão ambiental corresponderia uma quantia em dinheiro, argumentam. Com efeito, os sobreditos preceitos normativos empregam variações do verbo “indenizar”, suscitando a idéia, numa primeira leitura, de que valores socioecológicos podem ser convertidos, sempre, em valores pecuniários.

Todavia, uma interpretação sistêmica do direito objetivo brasileiro permite concluir que a reparação por danos ambientais não deve se reduzir à via indenizatória. O regime jurídico-normativo aplicável à matéria, na linha da idéia-força de desenvolvimento sustentável, prima por formas de reparação capazes de gerar melhorias no próprio domínio geográfico ou ecossistema danificado.

Em face de tal diretriz normativa, analisa-se, no presente texto, as condições ecológico-jurídicas para uma aplicabilidade funcional da compensação financeira por danos em ambientes naturais, no contexto de uma nova tipologia quanto às formas de reparação de danos físicos em tais ambientes.

## **2. PRECEITOS GERAIS RELACIONADOS À REPARAÇÃO DE AMBIENTES NATURAIS DEGRADADOS**

Precisar as condições factuais da conversão de valores socioecológicos em valores pecuniários, no contexto de procedimentos jurídicos de responsabilização por danos ambientais, é tarefa que requer, de início, um levantamento dos preceitos-chave aplicáveis à matéria. No patamar jurídico-constitucional, podem ser destacados os seguintes:

---

<sup>6</sup> JONAS, Hans. O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2006.

Direito fundamental à vida. Na linha do pensamento de Lévi-Strauss<sup>7</sup>, citado por Derani, compreende-se que o direito a um ambiente digno é um desdobramento do direito fundamental à *vida* e à conservação das bases que a sustentam. Um desdobramento que recebe, todavia, tratamento jurídico-normativo especial, por representar “uma conquista prática pela conformação das atividades sociais, que devem garantir a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, abster-se da sua deterioração, e construir a melhoria geral das condições de vida na sociedade”<sup>8</sup>;

Dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana não é exatamente um princípio da República Federativa do Brasil. Consiste, em rigor, num de seus fundamentos (art. 1º, III), o que significa dizer que a ordem jurídica e republicana brasileira existe para promovê-la. A busca pela efetivação plena, igualitária e extensiva da dignidade humana é, por certo, uma das razões da própria existência do direito brasileiro, conferindo sentido de interpretação e aplicação a todas as normas – sejam gerais, sejam específicas – que constituem o sistema jurídico brasileiro. Sob essa óptica, pode-se afirmar que a Constituição de 1988 consagrou o direito de todos a um ambiente *dignificante*, isto é, capaz de efetivar a dignidade da pessoa humana em suas múltiplas e dinâmicas expressões.<sup>9</sup> Reconhece-se, assim, que a promoção da dignidade humana é influenciada pelas condições físicas, biológicas, químicas e socioeconômicas em que os diversos grupos sociais vivem. Na concretização do direito fundamental a um ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações, as relações sociais devem mudar de configuração, a fim de que possam manifestar “a liberdade no seu aspecto mais profundo, a liberdade de existir dignamente”<sup>10</sup>;

Função social da propriedade como princípio da ordem econômica. No sistema jurídico brasileiro, a propriedade, enquanto fruição particular, é justificada por suas contribuições ao *bem-estar coletivo*. Consoante lição lapidar de Derani: “A essência da propriedade é seu serviço à sociedade”.<sup>11</sup> Disso deriva a compreensão de que os sujeitos desse direito são responsáveis pela conformação de seus domínios territoriais ou imobiliários ao regramento sobre proteção ambiental, de modo a garantir a continuidade da prestação de serviços socioecológicos à comunidade. “A realização do princípio da função social da propriedade reformula uma prática distorcida de ação social traduzida na privatização dos lucros e socialização das perdas”<sup>12</sup>;

Defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica. As relações

<sup>7</sup> LÉVI-STRAUS, Claude. O olhar distanciado. Lisboa: Edições 70, 1987.

<sup>8</sup> DERANI, Cristiane. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Temas de Direito Ambiental e Urbanístico. São Paulo: Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, 1998, p. 97.

<sup>9</sup> ALVARENGA, Luciano José. O aspecto imaterial e a transindividualidade do direito a um meio ambiente dignificante como justificativas teóricas para o reconhecimento do dano ambiental coletivo extrapatrimonial. In: 11º Congresso Internacional de Direito Ambiental, 2007, São Paulo. Anais..., v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2007, p. 423-431.

<sup>10</sup> DERANI, Meio ambiente..., p. 96.

<sup>11</sup> DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 254.

<sup>12</sup> DERANI, Direito ambiental econômico..., p. 254.

econômicas têm força decisiva para a efetivação do direito a um ambiente digno e salutar. Por isso, a Constituição de 1988 estabelece que o exercício das liberdades econômicas é *limitado* pelo dever, conectado ao direito fundamental à vida, de manutenção das bases fisiográficas, biogeográficas e ecológicas essenciais à existência coletiva (art. 170, VI). “As relações travadas em sociedade não podem prescindir de avaliações destinadas a garantir a manutenção do meio e a reprodução dos recursos naturais utilizados”<sup>13</sup>;

Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O art. 225, “caput”, da Constituição de 1988 ocupa posição *nuclear* dentro do conjunto de princípios e regras destinados à garantia de um ambiente digno à existência coletiva. Destaca-se dos demais preceitos relativos à matéria por consagrar um regime de responsabilidade compartilhada entre Poder Público e coletividade quanto à defesa das bases físicas, químicas, biológicas e histórico-culturais que permitem a referida existência;

Preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais, com o manejo ecológico das espécies e ecossistemas. Ao empregar a expressão “processos ecológicos essenciais”, a Constituição de 1988, em seu art. 225, §1º, I, alude aos *processos vitais* que tornam possíveis as inter-relações entre os seres vivos e o ambiente. Destarte, estabelece-se um dever de preservação e restauração das condições indispensáveis à existência e ao desenvolvimento dos seres vivos.<sup>14</sup> Uma conceituação de “manejo” pode ser encontrada no art. 2º, VIII, da Lei 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza. Trata-se, segundo o texto legal, de “todo e qualquer procedimento que vise assegurar a conservação da diversidade biológica e dos ecossistemas”. Importa destacar que o sobredito dispositivo constitucional incumbiu o Poder Público da gestão planejada da biodiversidade, ou seja, da heterogeneidade de espécies e ecossistemas;

Preservação da diversidade e integridade do patrimônio genético do País. A Constituição de 1988 protege amplamente a *biodiversidade*. Por força do art. 225, §1º, II, o texto constitucional estende tal proteção à diversidade genética;

Vedação à supressão ou alteração de espaços territoriais e seus componentes especialmente protegidos, bem como de formas de utilização que comprometam a integridade dos atributos que justificam sua proteção. O sistema constitucional brasileiro não tolera lesões aos *espaços territoriais especialmente protegidos* (art. 225, §1º, III), como as Áreas de Preservação Permanente (APP), as áreas de Reserva Legal (RL), previstas na Lei 4.771/1965, com redação dada pela MedProv 2.166-67/2001, e as Unidades de Conservação da Natureza, reguladas pela Lei 9.985/2000. Aquele que causar danos a esses espaços deve repará-los. No que diz respeito às áreas de RL, p. ex., o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 195.274-PR (rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 20.06.2005), expressou a compreensão de que a responsabili-

<sup>13</sup> DERANI, Meio ambiente..., p. 99.

<sup>14</sup> FERREIRA, Helene Sivini. Política ambiental constitucional. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (Orgs.). Direito constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 231-232.

de por dano ambiental é objetiva, “devendo o proprietário, ao tempo em que conclamado para cumprir obrigação de reparação ambiental, responder por ela”. No mesmo acórdão, aquela corte referiu que o novo adquirente do imóvel rural “é parte legítima para responder ação civil pública que impõe obrigação de fazer consistente no reflorestamento da **reserva legal**, pois assume a propriedade com ônus restritivo”;

Proteção da flora e da fauna e vedação de práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam animais a crueldade. Por meio do seu art. 225, §1º, VII, a Constituição ampara parcelas representativas da biodiversidade de todos os *domínios ecológicos* existentes no País (Amazônia, Mata Atlântica, Cerrado, Caatinga, Campos Sulinos, etc.), com seus variados tipos de ecossistemas. Tal amparo é propiciado por institutos como a APP, a RL e as Unidades de Conservação da Natureza. Todos eles têm em comum o objetivo de proteger o solo, a diversidade biológica, a fauna e a flora nativas, etc.;

Responsabilização civil, penal e administrativa pelo dano ambiental. Consoante o art. 225, §3º, da Constituição de 1988, as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. Quanto a tal obrigação, a doutrina jurídica atribui-lhe alcance *máximo*. Nessa linha de pensamento, Mirra argumenta que, se os lucros visados e obtidos pelo empreendedor não são limitados, “por que a razão a reparação dos danos por ele causados o seria, com transferência definitiva de parte dos prejuízos ou dos custos da recomposição à sociedade?”<sup>15</sup> Assim, a eventual fragilização econômico-financeira de uma empresa, se resultante da obrigação de reparar maximamente o ambiente degradado, decorre do risco assumido pelo empreendedor que deixa, indevidamente, de conformar as atividades de sua empresa à conservação das bases naturais e culturais da existência coletiva.

Integram-se aos preceitos constitucionais referidos acima os princípios e objetivos da Lei 6.938/1981, que instituiu, no País, a Política Nacional do Meio Ambiente. Dentre tais princípios, destacam-se:

- Preservação e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico e a proteção da dignidade da pessoa humana (art. 2º, “caput”);
- Proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas (art. 2º, IV);
- Recuperação das áreas degradadas (art. 2º, VIII);
- Proteção das áreas ameaçadas de degradação (art. 2º, IX);
- Compatibilização do desenvolvimento socioeconômico com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico (art. 4º, I);
- Preservação e restauração dos recursos ambientais, mediante sua utilização racional e disponibilidade permanente, tendo em vista a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida (art. 4º, VI); e,

<sup>15</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 296.

- Imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de reparar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos (art. 4º, VII).

Vistos sistemicamente, os princípios da Constituição de 1988 e da Política Nacional do Meio Ambiente apresentam finalidades precípuas em comum: a preservação e a recuperação ambiental. Para chegar a esta conclusão, basta colocar lado a lado os textos do art. 225, §1º, I, da Constituição de 1988 e dos artigos 2º, “caput” e VIII, e 4º, VI, da Lei 6.938/1981.

### 3. TIPOLOGIAS E ORDENAÇÃO DAS FORMAS DE REPARAÇÃO DE DANOS AMBIENTAIS

Na linha dos dispositivos mencionados no item anterior, Leite estabelece uma ordem preferencial de formas de reparação de danos ambientais. Para o professor da Universidade Federal de Santa Catarina, a reparação de ambientes degradados classifica-se em: (a) natural, consistente na busca pela reposição da situação anterior, e (b) compensação ecológica, medida sucedânea, que tem lugar quando a reposição do “status quo ante” não é possível.<sup>16</sup> De acordo com o autor, a escolha, caso a caso, da forma mais adequada de reparação ambiental deve ser feita conforme a ordem preferencial representada na tab. 1:

**Tabela 1** - Ordem preferencial das formas de reparação ambiental (conforme Leite, 2003)

REPARAÇÃO	Restauração “in situ”
	Compensação ecológica “lato sensu”, que considere os danos ambientais patrimoniais e extrapatrimoniais. Primeiramente, busca-se a substituição do bem ambiental danificado por equivalente “in situ”; em segundo lugar, a substituição por equivalente noutra lugar; e, como última alternativa, a compensação financeira.

De fato, a restauração é a forma prioritária de reparação, segundo o regime jurídico de responsabilidade civil por danos ambientais. Tal afirmação baseia-se, diz Steigleder, no art. 225, §1º, I, da Constituição de 1988, alusivo à restauração dos processos ecológicos, e no art. 4º, VI, da Lei 6.938/1981, segundo o qual a Política Nacional do Meio Ambiente deve visar à “preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente” (cf. capítulo 2). Para a autora, o sentido do art. 14, §1º, da lei indicada deve ser interpretado à luz dos princípios e objetivos da mencionada política. Desse modo, reconhece-se que o dispositivo atribui “primazia à restauração natural, sendo a indenização uma medida cabível apenas quando impossível a restauração “in natura”, ou quando se trata de danos extrapatrimoniais”.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> LEITE, José Rubens Morato. Dano Ambiental; do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 210-211.

<sup>17</sup> STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 237.

Nessa linha doutrinária, o instituto da compensação ecológica deve ser aplicado de modo *subsidiário*, primando-se, como regra, pela restauração máxima da área degradada. Se ela não for possível, deve-se buscar, em primeira linha, a substituição do bem danificado por outro, equivalente do ponto de vista ecológico-funcional. E, caso tal substituição for infactível, há de se aplicar uma sanção monetária, com o mesmo fim de substituição. Noutro texto, Leite, acompanhado por Dagostin e Schimidtz, refere que a compensação ecológica pressupõe a impossibilidade de restauração das áreas afetadas.<sup>18</sup>

Nesse contexto, a compensação econômico-financeira por danos ambientais teria lugar, em regra, nos casos de lesões irreversíveis.

Compreende-se, todavia, que tal compensação pode desempenhar uma função *complementar* à restauração (“in situ”) e às demais formas de reparação “in natura” de danos materiais ambientais. Essa complementaridade baseia-se, em linhas gerais, em dois argumentos: (a) a irreversibilidade intrínseca do dano ecológico, derivada da atuação inexorável do segundo princípio da termodinâmica (cf. capítulo 1), e (b) a privação temporária imposta à coletividade dos serviços prestados pelo ambiente afetado.

Nessa linha de pensamento, os conceitos-chave de “restauração” e “recuperação”, inseridos na Lei 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), oferecem elementos para outra tipologia das formas de reparação de ambientes degradados. Uma tipologia, com bases ecológico-jurídicas, que confira funcionalidades adicionais à compensação econômico-financeira de danos ambientais, além daquela apresentada pelos autores supramencionados.

Segundo a conceituação dessa lei, a *restauração*, como técnica de reparação aplicável no contexto de procedimentos jurídicos de reparação de ambientes naturais degradados, afigura-se como *ideal*, pois representa a *aproximação máxima* entre o “status” da área reparada e sua condição inicial, anterior ao dano. Fala-se, deveras, da “restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre o mais próximo possível da sua condição original” (art. 2º, XIV). A quase identidade entre o estado anterior à degradação e o estado pós-restauração não isenta o responsável pela lesão ambiental, contudo, da obrigação de indenização. Tal exigência decorre, nesse caso, da irreversibilidade intrínseca ao dano ecológico, devido à atuação da segunda lei da termodinâmica, e do lapso entre o tempo da danificação ( $t_1$ ) e o da efetiva reparação ( $t_2$ ). Deveras, como observa Sampaio<sup>19</sup>, citado por Machado: “Se a recomposição integral do equilíbrio ecológico, com a reposição da situação anterior ao dano, depender, pelas leis da natureza, de lapso de tempo prolongado, a coletividade tem direito subjetivo a ser indenizada pelo período que mediar entre a ocorrência do dano e a integral

<sup>18</sup> LEITE, José Rubens Morato; DAGOSTIN, Cristine Camilo; SCHIMIDTZ, Luciano Giordani. Dano ambiental e compensação ecológica. In: 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental, 2002, São Paulo. Anais... São Paulo: IMESP, 2002, p. 469-495, p. 484.

<sup>19</sup> SAMPAIO, Francisco José Marques. Responsabilidade ambiental e reparação de danos ao meio ambiente. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998, p. 107.

reposição da situação anterior”.<sup>20</sup> Desse modo, a reparação de ambientes degradados deve abranger, adicionalmente, a privação temporária, indevidamente imposta à coletividade, dos serviços ecológicos que o ecossistema ou população natural desempenhava, seja isoladamente, seja em interação com outros componentes da biota (cf. art. 3º, I, da Lei 6.938/81).

Em tal contexto, o dimensionamento econômico-financeiro do dano ecológico buscará apresentar um *balanço* entre os serviços prestados originalmente e aqueles restantes no ambiente degradado. Além disso, deverá estimar o tempo necessário para que o ecossistema regresse a um estado “o mais próximo possível” do inicial, anterior à lesão, sendo esse período diretamente proporcional à magnitude dos danos verificados. Do ponto de vista biofísico, esse tipo de abordagem é a mais adequada, pois permite quantificar a irreversibilidade intrínseca dos danos ambientais, derivante do fato de a condição original não poder ser perfeitamente reposta e da perda inevitável dos serviços ecológicos ao longo do tempo. A consideração à aludida irreversibilidade e a contabilização do intervalo de interrupção na prestação dos serviços ecológicos nas valorações dos serviços ambientais permite cálculos mais realistas e cientificamente fundamentados de indenizações relativas a danos ambientais.

Se essa indenização complementar se aplica às soluções técnico-jurídicas de restauração, ditas ideais, será extensível, logicamente, às demais formas de reparação de ambientes naturais degradados. Não seria diferente com a *recuperação*, em que o estado do ambiente reparado apresenta perdas não desprezíveis em relação à sua condição original, anterior à lesão, consoante o conceito do art. 2º, XIII, da Lei 9.985/2000 (“restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada, que pode ser diferente de sua condição original”). Com efeito, pode-se afirmar que, segundo a conceituação estabelecida pela referida lei, a recuperação equivale à compensação ecológica “in situ”, referida nos trabalhos de Leite, Dagostin e Schimidtz. Decerto, a idéia de substituição de um bem ambiental danificado por equivalente no local do dano, aludida pelos autores, parece corresponder, em linhas gerais, à definição constante do art. 2º, XIII, da sobredita lei.

Nos casos de recuperação, a indenização será pertinente, como ocorre na hipótese de restauração, como medida *compensatória* em razão de tais perdas e daquelas derivadas do período em que a coletividade foi privada dos benefícios que a área ou população afetada prestava. O “quantum” a ser exigido será definido como a diferença entre o estado inicial da área e sua condição após a recuperação, acrescido de um valor correspondente ao período de privação coletiva dos serviços ecossistêmicos. Desse modo, quanto mais rápida e eficaz a recuperação de um ecossistema degradado, menor a indenização necessária, sendo a proposição inversa igualmente válida.

Se quaisquer das formas de reparação “in situ” forem ineficazes, há de se adotar a *compensação “ex situ”*, a qual se materializará na substituição do ecossistema, população ou conjunto de componentes ambientais degradados por

<sup>20</sup> MACHADO, op. cit., p. 328.

equivalentes, noutra local. Esse tipo de compensação, não referido expressamente pela Lei do SNUC, encontra fundamento no art. 17 da Lei 11.426/2006, que concerne a áreas de Mata Atlântica com vegetação primária ou secundária, em estágio médio ou avançado de regeneração. Baseia-se, também, no art. 44 da Lei 4.771/1965, com redação dada pela MedProv 2.166-67/2001. O inciso III do último dispositivo prevê a compensação da reserva legal “por outra área equivalente em importância ecológica e extensão, desde que pertença ao mesmo ecossistema e esteja localizada na mesma microbacia”.

Por suposto, a efetividade de uma compensação “ex situ”, ou seja, a medida de seu atendimento às necessidades ecológicas e sociais, não é completa. Discutem-se, a propósito, os parâmetros adequados para determinar a “equivalência” entre o estado anterior da área degradada (seus serviços ecológicos, significado fisiográfico, biogeográfico, etc.) e a condição a ser obtida após a compensação. Maddalena<sup>21</sup>, citado por Steigleder<sup>22</sup>, sustenta que essa equivalência pode ser aferida levando-se em consideração o ambiente em seu aspecto global. Sob essa perspectiva, o fato de alguns ambientes danificados serem insusceptíveis à restauração ou à recuperação seria satisfatoriamente enfrentado pela compensação “fora do lugar do dano”. Compreende-se, entretanto, que esse argumento desconsidera uma *diretriz territorial* muito presente na legislação ambiental brasileira: a de que as medidas de proteção e reparação devem ocorrer, preferencialmente, no *ecossistema afetado* ou, como sucedâneo, num sistema ecológico o mais próximo possível do primeiro e que apresente semelhantes características fisiográficas e biogeográficas. Alude-se, com estas palavras, ao preceito da máxima coincidência possível (entre a área danificada e a área submetida à técnica da compensação “ex situ”) ou, nas palavras de Rodrigues, à “prioridade da proteção da função ecológica dos componentes ambientais”.<sup>23</sup> Decerto, danos à Mata Atlântica, ao Cerrado ou às Florestas Estacionais Deciduais Tropicais têm significados diferentes de danos causados noutros domínios ecológicos ou ecossistemas, uma vez que tais regiões, reconhecidamente singulares e insubstituíveis, são consideradas prioritárias para a conservação da biodiversidade e para o desenvolvimento de investigações científicas.<sup>24</sup>

Nessa linha de raciocínio, parece oportuna a adoção dos critérios fixados pelo art. 44 do Código Florestal em vigor, de modo subsidiário, para orientar o planejamento e a execução de medidas de compensação ecológica “ex situ”.

Como ocorre nas demais técnicas de reparação ambiental, deve-se agregar à compensação “fora do lugar do dano” os valores correspondentes à diferença entre o estado ambiental pós-compensação e a situação não degradada, como também os relativos ao intervalo em que a coletividade deixou de ser beneficiada

<sup>21</sup> MADDALENA, Paolo. Danno pubblico ambientale. Dogana: Maggioli Editore, 1990, p. 207.

<sup>22</sup> STEIGLEDER, op. cit., p. 252.

<sup>23</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de Direito Ambiental. 2.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 216.

<sup>24</sup> CONSERVAÇÃO INTERNACIONAL (BRASIL). Hotspots: as regiões mais ricas e ameaçadas do planeta. 1999. Disponível em: <<http://www.conservation.org.br>>. Acesso em: 18 jul. 2007; DRUMMOND, Gláucia Moreira et al. Biodiversidade em Minas Gerais: um Atlas para sua conservação. 2.ed. Belo Horizonte: Fundação Biodiversitas, 2005.

pelos serviços do ambiente danificado. Mesmo nesses casos, a valoração pode ser utilizada como um instrumento técnico que permita a quantificação da equivalência entre a área originalmente afetada e a área substituída.

Em última análise, não sendo possível a concretização de nenhuma das formas de reparação “in natura”, acrescidas da compensação financeira, há de se exigir do responsável pelo dano ambiental uma *indenização* ou reparação econômica em sentido estrito, cujo valor econômico deverá traduzir, do modo mais fidedigno possível, todos os custos estimados para a reposição do estado reputado ideal pela legislação, a restauração do ambiente degradado.

Nessa ordem de idéias, as formas de reparação de ambientes naturais degradados, considerando-se os aspectos materiais dos danos, são esquematizadas na tab. 2:

**Tabela 2** - Ordem preferencial das formas de reparação ambiental

FORMAS DE REPARAÇÃO	“In natura” e “in situ”	Restauração (Lei 9.985/2000: art. 2º, XIV)		+	Compensação financeira, considerando-se a irreversibilidade do dano ambiental e o período de interrupção dos serviços ecológicos prestados pelo ambiente danificado
		Recuperação ou compensação ecológica no local danificado (Lei 9.985/2000: art. 2º, XIII)			
	“In natura” e “ex situ”	Compensação ecológica “stricto sensu”	Substituição por equivalente noutra lugar, adotando-se, subsidiariamente, os critérios limitadores fixados pelo art. 44, III, do Código Florestal em vigor		
Econômica “stricto sensu”	Indenização	Destinação de recursos a um dos fundos de reparação de interesses difusos referidos pela Lei 7.347/1985			

Reconhece-se na representação gráfica que a compensação econômico-financeira por danos em ambientes naturais pode cumprir uma função *complementar* às das formas de reparação ambiental “in natura”, contribuindo, assim, para que a responsabilização civil por danos ecológicos tenha, de fato, alcance e amplitude *máximos*, na linha do art. 225, §3º, da Constituição de 1988 (cf. capítulo 2 deste ensaio). Para Steigleder, os pedidos de condenação em obrigações de fazer e de indenização podem ser cumulativos, não havendo “bis in idem”, “pois o fundamento para cada um deles é diverso”. O pedido da obrigação de fazer cuidaria da reparação “in natura” do dano ecológico puro, ao passo que a indenização serviria como ressarcimento pelos danos extrapatrimoniais. Argumenta-se, todavia, que a cumulação aludida pela jurista pode abranger, especificamente em relação à dimensão material da lesão ecológica, o pedido de condenação em obrigação de prestação de quantia pecuniária, considerando-se a irreversibilidade intrínseca de tal tipo de lesão e o intervalo de tempo em que os serviços ecossistêmicos originariamente prestados pelo ambiente degradado ficam interrompidos.

Destaca-se, por derradeiro, a possibilidade de os valores correspondentes às compensações financeiras serem convertidos, conforme as características específicas de cada caso, em medidas de compensação “in natura” (“in situ” ou “ex situ”). Nesse caso, a avaliação econômica de danos ambientais seria empregada em caráter referencial ou instrumental, e serviria para delimitar a amplitude das medidas de reparação a serem concretizadas no próprio ambiente. Quer dizer: os valores decorrentes da compensação em pecúnia, que, “a priori”, seriam destinados a algum dos fundos de reconstituição dos bens lesados, podem servir para custear a implementação de projeto técnico destinado à reparação ambiental. Como refere Akaoui, a compensação por equivalente “nada mais é do que a transformação do valor que deveria ser depositado no fundo de reparação dos interesses difusos lesados em obrigação de coisa(s) certa(s) ou incerta(s), que, efetivamente, contribua na manutenção do equilíbrio ecológico”.<sup>25</sup> Uma transformação que, aliás, segue a linha dos princípios e objetivos fixados pela Constituição de 1988 e pela Lei 6.938/1981 relativamente à defesa das bases ecológicas, sociais e histórico-culturais da existência coletiva.

#### **4. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**4.1** Os conceitos-chave de restauração e recuperação, inseridos na Lei 9.985/2000, associados às noções de irreversibilidade intrínseca do dano ecológico e de perda temporária dos serviços ecossistêmicos resultante da lesão, oferecem elementos consistentes para uma tipologia ecológico-jurídica das formas de reparação de danos físicos em ambientes naturais.

**4.2** A determinação do “quantum” correspondente à compensação financeira deve considerar a irreversibilidade intrínseca do dano ecológico, decorrente da segunda lei da termodinâmica (entropia), e o lapso temporal em que a coletividade, titular do direito a um ambiente digno, ficará privada dos serviços ecossistêmicos originariamente prestados pela área afetada.

**4.3** A compensação financeira por danos em ambientes naturais pode ser exigida de modo complementar às formas de reparação ambiental “in natura” (restauração, recuperação e compensação ecológica “ex situ”), tendo em vista a máxima responsabilização civil por aqueles danos, na linha do art. 225, §3º, da Constituição de 1988 e da Lei 6.938/1981.

---

<sup>25</sup> AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. Compromisso de ajustamento de conduta ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 122.

# A NECESSIDADE DE ARTICULAÇÃO DOS CONSELHOS DE DESENVOLVIMENTO URBANO E DE MEIO AMBIENTE

MARCOS ABREU TORRES

Advogado, Pós-Graduado em Direito Ambiental na PUC/SP  
Ex-Assessor Jurídico da Secretaria de Urbanismo e Meio Ambiente  
de Salvador na Revisão do Plano Diretor

*“Surge algo novo quando os conselhos são criados e começam a funcionar com eficácia. Criam-se espaços onde segmentos da população se articulam, trocam informações, criam conceitos e os transmitem para outros segmentos da população e assim por diante.”*  
(Celso A. Daniel, 1951-2002).”

## 1. INTRODUÇÃO

Este artigo é uma contribuição para o desenvolvimento do processo de modernização da gestão e fortalecimento da cidadania, revigorados com a promulgação do Estatuto da Cidade (Lei federal nº 10.257/2001).

Conhecendo de perto as dificuldades para implementação, instalação e atuação dos órgãos colegiados municipais, em especial os que tratam das políticas mais transversais, como o de desenvolvimento urbano e o de meio ambiente, surgiu a ideia de escrever este artigo.

A transversalidade inerente às referidas políticas torna ainda mais urgente a necessidade de articulação entre os respectivos órgãos colegiados e a qualificação dos seus membros participantes. Além do indiscutível despreparo de grande parte das pessoas que integram tais conselhos, é notória a desarmonia entre os mesmos.

Com base nestes aspectos, em Salvador, quando da revisão do seu Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano - PDDU,<sup>1</sup> foi pensado um meio de suprir essa carência, propondo-se instrumentos técnicos, políticos e jurídicos.

Insisto na intenção de apresentação primordial de alguns desses instrumentos, que não passa, por enquanto, de novidade apresentada pelos consultores que colaboraram para a revisão do PDDU e incorporada na Lei que o aprovou. Este

---

<sup>1</sup> O antigo PDDU de Salvador, aprovado pela Lei nº 6.586/2004, foi revisado extemporaneamente por causa de um Termo de Ajustamento de Conduta celebrado entre a Prefeitura Municipal e o Ministério Público do Estado da Bahia com o objetivo de permitir a participação popular na sua elaboração, negada veementemente na gestão do Prefeito anterior. O novo PDDU foi aprovado pela Lei nº 7.400/2008.

artigo tem, tão somente, a pretensão de lançar ideias – focando-se mais na questão ambiental urbana – que certamente deverão ser refletidas, desenvolvidas e aprimoradas por todos que se interessam pelo tema.

## 2. PROBLEMÁTICA

A Constituição Federal de 1988 também é conhecida como “A Constituição Cidadã”; isto porque, como reação ao momento político que o país vivia, de fim da ditadura e desejo de uma efetiva democracia, ela garantiu a participação da sociedade na construção política, especialmente nos assuntos que lhe dizem respeito diretamente como a educação, a saúde, o meio ambiente, além de outras questões sociais importantes.

Nesta ótica, com o Estatuto da Cidade não pôde ser diferente. Pensando na gestão democrática das cidades, o legislador infraconstitucional buscou garanti-la através da participação popular e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (art. 2º, II).

Com efeito, visando à gestão democrática na formação e execução da política de desenvolvimento urbano, o Estatuto da Cidade dedicou um Capítulo (IV) específico para o assunto, aproveitando para elencar, de forma exemplificativa, alguns instrumentos políticos, transcritos abaixo:

*“Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:*

*I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis federal, estadual e municipal;*

*II – debates, audiências e consultas públicas;*

*III – conferência sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;*

*IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.”*

O modelo mais difundido de órgãos colegiados até hoje encontrado no Brasil são os conselhos, que podem ser de variadas naturezas. Neste artigo vou tratar apenas dos que atuam no planejamento e controle da execução das políticas públicas.

Para Carvalho,<sup>2</sup> tais instituições funcionam como canais efetivos de participação da sociedade civil, permitindo o exercício de uma cidadania ativa, através da incorporação das forças vivas de uma comunidade à gestão de seus problemas e à implementação de políticas públicas que possam solucioná-los. É pela parti-

<sup>2</sup> CARVALHO, Maria do Carmo A. A. Casa dos Direitos. São Paulo: Instituto Pólis (n.p.). Disponível em <[http://www.polis.org.br/publicacoes/dicas/dicas\\_interna.asp?codigo=86](http://www.polis.org.br/publicacoes/dicas/dicas_interna.asp?codigo=86)>, acesso em 12/03/2009.

cipação popular efetiva que se desenvolve e concretiza a democracia; a obrigação cidadã de participar corresponde ao dever do Estado de garantir o acesso a essa participação (SÉGUIN).<sup>3</sup>

Tudo isso fica ainda mais evidente quando a participação cidadã tangencia a gestão ambiental. Para falar em qualidade de vida e meio ambiente sadio em determinado local, ninguém melhor do que os seus próprios moradores; são eles que “sentem na pele” os efeitos de uma falta de saneamento básico em seus bairros, de uma política pública comprometida com os cidadãos, especialmente os de baixa renda, *etc.* A implantação de obras e projetos que irão causar grande impacto ambiental ou de vizinhança deve obrigatoriamente ser submetida à consulta da população diretamente atingida (ESTATUTO da Cidade: guia para implementação pelos municípios e cidadãos).<sup>4</sup> Assim, é preciso que o Poder Público abra canais com diálogos e debates com a população, para conhecer e entender a realidade e as necessidades de cada um. Serra<sup>5</sup> observa que o ambiente funciona melhor se os usuários tomam parte na sua criação e administração, em vez de serem tratados como meros consumidores.

Apesar de já previstos em algumas legislações anteriores a Constituição Federal de 1988, a implementação e atuação desses conselhos não vêm satisfazendo as expectativas; sobram exemplos de conselhos institucionalizados, mas que, por ausência de força política, ou por desinteresse da sociedade, não funcionam, nem mesmo foram instalados.

Não podemos deixar de citar, também, a notória desqualificação dos seus membros integrantes, especialmente os representantes da sociedade civil.

Por último, outro problema abundante é a falta de articulação entre os conselhos atuantes. Nos municípios é que fica ainda mais clara essa deficiência, consequência da ausência de uma visão interdisciplinar na gestão pública.

## 2.1 Implementação

A enxurrada de leis orgânicas pelo país, no fim da década de 1980 e início da de 1990, fez surgir uma leva de conselhos municipais das mais diferenciadas espécies, principalmente de meio ambiente, desenvolvimento urbano, cultura, saúde, educação, tutelar e turismo.

Ocorre que, desde então, muitos desses órgãos colegiados existem somente no papel, carecendo de uma lei que os regulamente. Algumas vezes falta aos gestores públicos e vereadores vontade de permitir que a sociedade participe das decisões do Município - com receio de perder a força dos seus mandatos, os gestores públicos vão delongando o máximo possível a democratização administrativa.

<sup>3</sup> SÉGUIN, Elida. Direito ambiental: nossa casa planetária. 3. ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 318.

<sup>4</sup> ESTATUTO da Cidade: guia para implementação pelos municípios e cidadãos. Disponível em <<http://www.estatutodacidade.org.br/kitdascidades/guia.html>>, acesso em 12/03/2009.

<sup>5</sup> SERRA, Geraldo G. Questão Urbana e Participação no Processo de Decisão. in: PHILIPPI Jr., Arlindo; ROMÉRO, Marcelo de A.; BRUNA, Gilda C. (orgs.). Curso de Gestão Ambiental. Barueri: Manole, 2004, p. 716.

E quando isso ocorre muitas vezes o que sobra, em termos de atribuições funcionais aos conselhos, é a incidência sobre espaços marginais de deliberação, já que seu núcleo central nunca é delegado aos processos participativos (BRANCO).<sup>6</sup>

Se a sociedade quer participar das decisões importantes para o futuro do seu Município (e não pode deixar de querer), ela deve se unir e exigir a instalação imediata dos conselhos. Em Salvador, por exemplo, o Conselho Municipal de Meio Ambiente ficou “engavetado” por mais de uma década, por puro desinteresse na abertura democrática. Apenas recentemente, com a criação de uma autarquia ambiental especializada (SMA - Superintendência do Meio Ambiente), foi que a espera se tornou inadiável; assim, foi promulgada a Lei nº 6.916/2005, regulamentando a estrutura e as competências do COMAM - Conselho Municipal do Meio Ambiente.

Foi uma verdadeira conquista popular; conseguiu, ainda, participação majoritária da sociedade na sua composição, além de ter natureza consultiva, deliberativa e normativa.

Quanto à sua composição e natureza, gostaria de abrir um parêntesis: trata-se de uma evolução social vitalícia, que jamais poderá ser desfeita face ao princípio constitucional da vedação ao retrocesso legislativo. As conquistas da sociedade, alcançadas por meio de muito suor, lágrimas e sangue, são para sempre.

Entretanto, não basta uma lei que o regulamente; energia maior deve ser concentrada para fazê-lo funcionar: decidir que vai compô-lo merece escolhas criteriosas e muita cautela; conciliar datas e local para votação do regimento interno é mais complicado do que aparenta; conseguir quorum e comprometimento sincero dos membros exige “jogo de cintura”. Enfim, na sua maioria, são pequenos problemas que travam o bom funcionamento dos conselhos.

É imprescindível também que o órgão de suporte executivo do conselho seja muito bem estruturado. Vai ser preciso uma sala ampla com o equipamento adequado (som, microfones, gravador, projetor de imagem, *etc.*) uma equipe preparada para elaborar as atas, além de fornecer todo o apoio necessário aos conselheiros e convidados.

Outro ponto fundamental é a isenção funcional e o caráter pessoal e profissional ilibado do presidente do conselho. Sem essas características, tornam-se passíveis de questionamentos todas as decisões tomadas, ainda mais quando o voto de minerva for garantido.

## 2.2 Capacitação

As mudanças de paradigma na educação, ocorridas no fim do século passado, trouxeram à baila uma nova forma de magistério: o “ensinar para aprender”,

<sup>6</sup> BRANCO, Pedro Paulo M. Questões em debate: política universal e os interesses em conflito. in: FERREIRA, Anna Luiza S. S.; PAZ, Rosângela (orgs.). Seminário Articulação entre os Conselhos Municipais. São Paulo: Instituto Pólis/PUC-SP, 2003, p. 46-47.

como na lei da ação/reação aplicada no mundo da física. Não se aceita mais a relação unilateral professor x aluno; hoje, todo professor é um aluno, e todo aluno pode contribuir para o aprimoramento do educador.

Com base nessa nova filosofia de ensino, aplicável semelhantemente à gestão pública moderna, os governos devem enxergar não somente nos seus servidores, mas também no cidadão, uma fonte de informações.

Assim como em qualquer empresa, governo ou organização, um conselho também é formado por um grupo de pessoas, que o faz funcionar. Claro que a instituição em si é importante (aliás, nenhum indivíduo pode querer se colocar acima de qualquer instituição, pois estas são permanentes, enquanto aqueles são passageiros), mas sem as pessoas que a formam ela não é nada.

Por isso, faz-se necessária a capacitação dos seus membros, mesmo sabendo que a desqualificação é, como bem frisou Chaia,<sup>7</sup> apenas uma das razões para a o mau funcionamento dos órgãos colegiados.

Da mesma forma que um empresário investe em seus funcionários objetivando um retorno para o seu negócio, a administração pública deve promover programas de capacitação dos membros de órgãos colegiados e lideranças comunitárias, visando a sua qualificação para o fortalecimento da cidadania, podendo ser feito diretamente pelo Poder Público, ou mediante convênios com instituições como universidades ou organizações não-governamentais.

Um curso como esse, que forneça maiores informações sobre o papel de cada um, suas atribuições específicas dentro do conselho, a fundamentação legal da participação popular na formulação de políticas públicas setoriais, ferramentas para o controle dos fundos financeiros sob sua responsabilidade, *etc.*, certamente amplia a capacidade de proposição e negociação dos membros dos órgãos colegiados.

É imperioso destacar a diferença qualitativa entre os conselheiros membros do poder público e os membros da sociedade civil; estes já entram nos conselhos em condições desiguais de participação. Por outro lado, torna-se fundamental a capacitação dos membros do Poder Público de forma a possibilitá-los uma participação isenta de interesses hierárquicos que maculem suas convicções.

Superar a estigma de meros homologadores das decisões do Poder Executivo, tornando-os verdadeiros canais de expressão da vontade popular; esse é o objetivo primordial a ser perseguido pelos conselhos, no que tange à capacitação dos seus membros.

## 2.3 Articulação

A possibilidade da participação popular na formação política do país é um processo recente, que vem se consolidando através dos conselhos. Essa abertura política à sociedade, aliada a décadas de administrações públicas setoriais tradicionalmente desarticuladas e fragmentadas, deixou como legado o seguinte pa-

<sup>7</sup> CHAIA, Vera M. Dificuldades atuais para a ação dos Conselhos. in: FERREIRA, Anna Luiza S. S.; PAZ, Rosângela (orgs.). Seminário Articulação entre os Conselhos Municipais. São Paulo: Instituto Polis/PUC-SP, 2003, p. 31.

norama: uma notória falta de comunicação e integração entre os conselhos (diria até mesmo do Poder Público como um todo), mormente os municipais, devido à (mais visível) estrutura organizacional precária das prefeituras.

A necessidade de uma visão mais transversal nas políticas públicas é fundamental para o processo de transformação. Raicheles,<sup>8</sup> com razão, observa que os governos não abrem mão do monopólio do poder sobre as políticas públicas com tanta facilidade. Tal monopólio dá-se não somente na relação governo x sociedade, mas, também, dentro da própria administração pública. Não é raro vermos dois ou mais gestores discutindo um mesmo tema, como também não é raro haver retaliações entre os chefes do Executivo local e os presidentes dos conselhos municipais.

De forma bastante parecida, a descontinuidade política contribui para a atuação deficiente dos órgãos colegiados, no momento em que modificações radicais ocorrem nos altos escalões das prefeituras, se agravado mais ainda quando as equipes de governo encontram-se partidariamente divididas.

Vale, neste momento, repetir as palavras de Carvalho,<sup>9</sup> quando diz que “Pesa também [em relação à dificuldade de funcionamento efetivo e eficaz dos conselhos] a tradição de segmentação das políticas públicas que provoca a superposição desarticulada de programas e projetos voltados para um mesmo público”.

Kayano<sup>10</sup> também compartilha dessa ideia, ao considerar como o grande desafio para os vários conselhos existentes em cada município uma ação articulada e integrada, de forma a se evitar a fragmentação excessiva dos problemas e contornar os conflitos que possam surgir na abordagem de temas que interessem a diferentes conselhos.

Em entrevista em abril de 2001,<sup>11</sup> o ex-Prefeito de Santo André, Celso Daniel, já afirmava ser preciso manter os conselhos na sua diversidade e, ao mesmo tempo, criar espaços de interação que permitam aos conselheiros uma visão mais ampla e diversificada.

Na prática, entretanto, não se tem adotado tais ideias. Em Salvador, por exemplo, impressiona a quantidade de conselhos; são mais de trinta, instalados ou não, desarticulados. Permanecem isolados e desconectados das demais políticas setoriais, como uma caixa estanque.<sup>12</sup>

Sensível a essa questão, um dos consultores<sup>13</sup> contratados pela SEPLAM - Secretaria do Planejamento, Urbanismo e Meio Ambiente do Município de Sal-

<sup>8</sup> RAICHELES, Raquel. A relação entre os conselhos e os movimentos sociais. in: FERREIRA, Anna Luiza S. S.; PAZ, Rosângela (orgs.). Seminário Articulação entre os Conselhos Municipais. São Paulo: Instituto Pólis/PUC-SP, 2003, p. 23.

<sup>9</sup> Op. Cit. (n.p.)

<sup>10</sup> KAYANO, Jorge. Ação integrada dos Conselhos. in: Repente: participação popular na construção do poder local. São Paulo: Instituto Pólis, n° 04, 1998, p. 2.

<sup>11</sup> INSTITUTO PÓLIS. O papel dos conselhos de políticas públicas. Entrevista em nov.2000 com o então Prefeito de Santo André/SP Celso A. Daniel, realizada por Ana Cláudia C. Teixeira, Maria do Carmo A. A. Carvalho e Natalina Ribeiro. Disponível em <[http://www.polis.org.br/artigo\\_interno.asp?codigo=80](http://www.polis.org.br/artigo_interno.asp?codigo=80)>, acessado em 12/03/2009.

<sup>12</sup> Mais uma vez utilizo-me dos ensinamentos da física para ajudar na reflexão: trata-se da lei newtoniana da entropia, segundo a qual todo sistema fechado tende a desintegração; por outro lado, um sistema aberto é capaz de se auto-organizar.

<sup>13</sup> A arquiteta e urbanista Heloísa Oliveira de Araújo foi uma das consultoras contratadas pela SEPLAM para avaliar e propor alterações necessárias no PDDU.

vador para fazer uma análise crítica do PDDU, propôs, na sua revisão,<sup>14</sup> a criação do Fórum de Conselhos de Salvador.

## 2.4 Fórum de Conselhos

Trata-se de uma instância superior aos conselhos municipais, com o fim básico de articular a atuação dos mesmos, propondo soluções para os conflitos de competência, estimular o intercâmbio de informações, entre outros.

No novo Plano Diretor de Salvador, recentemente aprovado pela Câmara Municipal, o Fórum de Conselhos de Salvador está assim disciplinado:

*“TÍTULO IX – DO DESENVOLVIMENTO POLÍTICO-INSTITUCIONAL*

*(...)*

*CAPÍTULO II – DO SISTEMA MUNICIPAL DE PLANEJAMENTO E GESTÃO*

*(...)*

*Seção V – Dos instrumentos de participação no planejamento e gestão*

*(...)*

*Subseção III – Do Fórum de Conselhos de Salvador*

*Art. 300. O Prefeito Municipal convocará anualmente o Fórum de Conselhos de Salvador, instância de articulação e integração das políticas setoriais, à qual compete:*

*I – propor mecanismos para viabilizar a troca de informações entre os diversos setores e com as organizações da sociedade civil, contribuindo para o fluxo de informações do Sistema de Informações Municipal, SIM-Salvador;*

*II – garantir maior eficácia aos diversos conselhos e promover o intercâmbio de experiências entre estes;*

*III – avaliar o funcionamento, o desempenho e as necessidades dos conselhos, propondo medidas e providências para o seu aperfeiçoamento;*

*IV – apresentar sugestões para a adequação da estrutura organizacional do Município, para o melhor desempenho das suas atribuições;*

*V – apresentar propostas para aprimorar a capacitação dos conselheiros, de modo a torná-los mais atuantes e propositivos;*

*VI – propor medidas capazes de conferir maior visibilidade aos conselhos junto à população.*

*§1º. O Fórum de Conselhos de Salvador será composto por representantes de cada um dos conselhos institucionalizados e atuantes no Município.*

<sup>14</sup> Lembro, novamente, que o Ministério Público do Estado da Bahia acionou a Prefeitura Municipal de Salvador no sentido de democratizar o processo de elaboração do Plano Diretor, negado de forma peremptória pelo ex-Prefeito e ex-Secretário de Planejamento. Por esta razão, o Plano aprovado em 2004 teve que ser revisado intempestivamente, resultando na Lei nº 7.400/2008.

§2º. *Cada conselho elegerá um membro titular e um suplente, que representarão a entidade no Fórum de Conselhos de Salvador.*

§3º. *O Poder Executivo municipal garantirá suporte técnico e operacional necessário ao pleno e regular funcionamento do Fórum de Conselhos.*

§4º. *A participação no Fórum de Conselhos de Salvador não será remunerada, sendo considerada prestação de serviço de relevante interesse público, e a ausência ao trabalho dela decorrente será abonada e computada como jornada efetiva de trabalho, para todos os efeitos legais.”*

Da mesma forma, atento à desarticulação entre os conselhos, o ConCidades, vinculado ao Ministério das Cidades, aprovou a Resolução nº 13/2004, na qual, considerando a falta de integração entre as políticas, que reflete na multiplicação de conselhos burocráticos, desarticulados e não representativos do conjunto da população, propôs um levantamento de todos os conselhos já existentes (nos âmbitos estadual e municipal), para avaliar o funcionamento, a representatividade e a articulação entre as políticas (Art. 1º, II).

A prática tem demonstrado que a simples participação de outras pastas em conselhos setoriais não garante a interdisciplinaridade necessária, reforçando a ideia do Fórum. Contudo, mister lembrar que a proposta de sua criação é um projeto ainda embrionário; vão ser preciso diversas reuniões, análises e críticas para se chegar a um modelo maduro e satisfatório. Não se conhecem ainda os problemas que poderão surgir pós-funcionamento do Fórum, mas, por enquanto, a proposta parece muito boa. Espera-se que a sua criação permita superar a visão setorizada e corporativa de cada um dos conselhos, além de identificar seus problemas comuns (CARVALHO).<sup>15</sup>

O que se sabe de antemão é que o Fórum de nada valerá sem a implementação de um sistema municipal de informações (que permitirá mais transparência e o intercâmbio de dados entre os órgãos da Prefeitura), além de uma legislação moderna, que distribua, de forma clara, as competências na estrutura da Administração Pública municipal. Neste sentido, o novo PDDU previu a criação do SIM-Salvador – Sistema de Informação Municipal, composto pelo conjunto de dados, informações, indicadores e índices capazes de qualificar e quantificar a realidade do Município do Salvador em suas dimensões sócio-demográficas, econômicas, culturais, geofísicas, espaciais, ambientais e político-institucionais (Art. 312, parágrafo único), com o objetivo de (i) criar uma base de informações georreferenciada, padronizada, atualizada e confiável no âmbito da Administração Municipal de Salvador; (ii) possibilitar o conhecimento da realidade municipal de forma contínua e sistemática, capaz de subsidiar o processo de planejamento e gestão democráticos, em especial a elaboração, revisão e avaliação dos resultados da implementação do Plano Diretor; (iii) fundamentar a proposição, implementação e avaliação das políticas públicas no âmbito municipal e de outros níveis de governo; (iv) subsidiar a tomada de decisões pelos agentes econômicos e sociais, estimulando o desenvolvimento sustentável e contribuindo para a gestão democrática da cidade (Art. 313).

<sup>15</sup> Op. Cit. (n.p.).

### 3. ARTICULAÇÃO ENTRE OS CONSELHOS URBANO E AMBIENTAL

Fala-se muito na necessidade de transversalidade entre conselhos que tratam de assuntos afins à criança e ao adolescente; porém, gostaria aqui de abrir um tópico para discutirmos a articulação entre os conselhos que tratam das políticas urbana e ambiental.

O já citado inciso II, Art. 1º, da Resolução ConCidades nº 13/2004, ressalta a necessidade de articulação especial entre as temáticas de planejamento territorial urbano, habitação, saneamento ambiental, transporte e mobilidade urbana.

O conceito de meio ambiente estendeu-se, englobando, além do meio natural, o ambiente construído. Neste sentido, o Direito Ambiental desenvolveu-se, passando a disciplinar as relações humanas com o ambiente urbano.<sup>16</sup>

Com efeito, a questão ambiental deixa de ser tratada como mero axioma, para adquirir uma dimensão holística, aproximando-se cada vez mais de outras ciências, notadamente do urbanismo, de forma que as gestões públicas municipais, em especial,<sup>17</sup> não poderiam quedar imunes a essa transformação. Como consequência, os municípios passam a atuar em matérias que outrora não eram objeto de licenciamento ambiental, como os empreendimentos com características eminentemente urbanas (v.g. *shoppings centers*, loteamentos, condomínios, etc.) e as modernas concepções de construções que obedecem a critérios de eficiência energética, arquitetura sustentável e sustentabilidade ambiental de materiais.

Prestes<sup>18</sup> alerta, com razão, que, enquanto os instrumentos de política e gestão urbanística não incorporarem elementos da gestão ambiental, as cidades seguirão o rumo da degradação. E continua a autora, mostrando motivos para uma compreensão macro do meio ambiente:

*“Isso porque a tradição histórica do planejamento urbano é de adotar planos físico-territoriais. Já a tradição da área ambiental é de ater-se ao ambiente natural. É fundamental ocorrer uma simbiose entre estes elementos, a fim de que possa ser gerada uma nova síntese, contemplando ambos, acrescida das demais dimensões de que uma cidade necessita (PRESTES).<sup>19</sup>”*

Um desses instrumentos a serviço dos municípios é o conselho. Os modernos modelos de planejamento urbano apregoam a descentralização e democratização administrativa, oferecendo à população oportunidades de participar dos processos decisórios políticos.

Neste particular, urge que os conselhos que tratam das políticas de desenvolvimento urbano e de meio ambiente se articulem, encontrando um denominador comum para as questões ambientais das cidades. Os problemas urbanísticos não

<sup>16</sup> Doutrinadores de vanguarda já anunciam a necessidade de surgimento do Direito Urbano-Ambiental, conforme preuncia o Título III (Possibilidades de concretização do Direito Urbano-Ambiental) da obra *Temas de Direito Urbano-Ambiental* (Ed. Fórum), organizada por Vanêsa B. Prestes.

<sup>17</sup> Digo “em especial” porque é nos municípios que as transformações são sentidas com maior intensidade, afinal é lá que construímos nossas relações sociais e é lá também que os sentimentos territorialistas afloram com maior evidência.

<sup>18</sup> PRESTES, Vanêsa B. *Municípios e meio ambiente: a necessidade de uma gestão urbano-ambiental*. in: PRESTES, Vanêsa B. (org.). *Temas de direito urbano-ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 22.

<sup>19</sup> Op. Cit., p. 30.

serão solucionados sem a participação dos órgãos ambientais e vice-versa. Nesse sentido, mister trazermos as palavras de Martins e Nogara:

*“A tensão entre urbanização e meio ambiente não pode escamotear a tensão entre os diversos segmentos sociais pela apropriação de bens e vantagens e pela localização no território urbano e pela fruição dos bens ambientais. Não podemos considerar que sem mudanças nos níveis de consumo, inclusive do espaço, não há como incluir a todos (como determina a legislação) sem dilapidação do meio ambiente.*

*As áreas envolvidas na agenda ambiental e na agenda urbana (saneamento, desenvolvimento urbano, habitação, meio ambiente) precisam necessariamente dialogar, assumindo uma visão abrangente e de mútua compreensão dos valores que expressam e dos projetos que pretendem promover, sob pena de, justapostas, conflitantes, resultarem no aumento da degradação ambiental e dos prejuízos sociais.<sup>20</sup>”*

Apenas como exemplo, talvez o mais expressivo deles, cito a questão da regularização fundiária em áreas de preservação permanente;<sup>21</sup> a solução de um conflito não exclui a solução do outro. Quem melhor esclarece o tema é Fernandes:

*“(…) haveria mesmo um conflito entre preservação ambiental e moradia? Trata-se de uma falsa questão: os dois são valores e direitos sociais constitucionalmente protegidos, tendo a mesma raiz conceitual, qual seja, o princípio da função socioambiental da propriedade.<sup>22</sup> O desafio, então, é compatibilizar esses dois valores e direitos, o que somente pode ser feito através da construção não de cenários ideais, certamente não de cenários admissíveis, mas de cenários possíveis.<sup>23</sup>”*

Voltando a citar as palavras de Prestes,<sup>24</sup> o grande desafio da gestão ambiental atual é “enxergar” os mesmos problemas com outro olhar, transversal, dimensionando a questão urbana sob outros matizes conexos. Os confrontos entre o ambiental e o urbanístico suscitam reflexão quantos aos seus próprios objetos, cuja pedra de toque é o bem comum, *i.e.*, a prevalência do interesse coletivo sobre o privado (MARTINS e NOGARA).<sup>25</sup>

<sup>20</sup> MARTINS, Maria Lúcia R.; NOGARA, Mônica de Azevedo C. Meio ambiente e urbanismo: por uma agenda comum e uma prática socialmente mais justa. in: BENJAMIN, Antonio Herman et. al. (orgs.). 11º Congresso Internacional de Direito Ambiental: Meio Ambiente e Acesso à Justiça: flora, reserva legal e APP. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2007, vol. 1, p. 563.

<sup>21</sup> Outros exemplos também poderiam ser citados: áreas de preservação permanente na zona urbana; expansão territorial das cidades e modificação de áreas rurais em urbanas; áreas com características predominantemente rurais, mas zoneadas sem maiores critérios como urbanas pelos municípios (para elevar a arrecadação do IPTU); etc. Enfim, são muitos os exemplos a serem tratados nos Planos Diretores.

<sup>22</sup> Eu acrescentaria ainda que os dois temas têm também a mesma raiz constitucional: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988).

<sup>23</sup> FERNANDES, Edésio. Preservação ambiental ou moradia? Um falso conflito. in: ALFONSIN, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edésio (orgs.). Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 357.

<sup>24</sup> Op. Cit., p. 41-42.

<sup>25</sup> Op. Cit., p. 563.

### 3.1 Caso de Salvador

Interessante trazer à baila o que ocorreu na Capital baiana. Salvador nunca chegou a ter em funcionamento simultâneo os conselhos de desenvolvimento urbano e meio ambiente. O primeiro (CONDURB) chegou a ser instalado em meados da década de 70, funcionando (para inglês ver)<sup>26</sup> até o último mês de 2004. Desde o início de 2006, por seu turno, funciona o de meio ambiente (COMAM), carecendo, porém de amadurecimento.

O antigo PDDU - Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano, aprovado pela Lei nº 6.586/2004 (substituído pela Lei nº 7.400/2008), havia previsto a fusão dos dois conselhos num só, numa tentativa de esvaziar a participação da sociedade nas decisões políticas, conforme se vê abaixo:

*“Art. 156. Serão criados ou reestruturados os seguintes dispositivos de participação organizada na gestão municipal:*

*I – Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano - CONDURB, que passará a denominar-se Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano-Ambiental, incorporando as funções atribuídas ao Conselho Municipal de Meio Ambiente;”*

Com a criação da SMA - Superintendência do Meio Ambiente no município, em 2005, surgiu um *lobby* para separação dos dois conselhos, retornando-se ao cenário institucional anterior. Neste sentido, foi aprovada a Lei nº 6.916/2005, atendendo as expectativas, além de atribuir competências e estruturar o COMAM.

O CONDURB, por seu turno, foi substituído pelo Conselho Municipal de Salvador, regulamentado e disciplinado ao longo do novo PDDU, especialmente nos arts. 296 a 299.

No meu entender, andou bem o legislador, separando os conselhos. Por mais conexas que as matérias urbanísticas e ambientais sejam, elas não se sobrepõem; pelo contrário, são harmônicas e complementares entre si. Além do que, a junção dos dois temas poderia fragilizá-los isoladamente. O ambiental e o urbanístico possuem linguagens, instrumentos, profissionais especializados e órgãos gestores diferentes.

Se a questão urbanística devesse fundir-se à ambiental pelo simples argumento de serem conexas, o mesmo deveria ocorrer com as demais políticas setoriais, tais como a econômica, a social, a de transportes, a sanitária, entre outras, criando-se um super conselho, o que destoaria da ideia da descentralização administrativa. Serra,<sup>27</sup> citando documento de proposta de reforma da estrutura organizacional da Prefeitura de São Paulo,<sup>28</sup> lembra que “descentralização não significa dividir a cidade em partes autônomas, mas dar um tratamento às questões regionais, de acordo com suas especificidades, com maior interação com a população e a realidade local”.

<sup>26</sup> O CONDURB era uma instância homologadora das decisões Executivas, composto quase que na sua totalidade por representantes do mercado imobiliário.

<sup>27</sup> Op. Cit., p. 719-720.

<sup>28</sup> Secretaria Especial da Reforma Administrativa. Proposta de novo modelo organizacional da PMSP. São Paulo, Prefeitura Municipal de São Paulo; 1991. p. 23-24.

Não obstante algumas considerações equivocadas<sup>29</sup> trazidas na exposição de motivos da lei que separou os conselhos, esta foi precisa ao identificar a irregularidade do art. 156, I, do antigo PDDU frente à Lei Orgânica Municipal, que prevê a criação segregada dos dois conselhos.

A título de curiosidade, transcrevo em seguida as competências atribuídas a cada um dos conselhos, para que possamos verificar quantos pontos em comum existem entre eles:

*“Art. 297. O Conselho Municipal de Salvador será deliberativo e fiscalizador nas matérias relativas ao planejamento e gestão do uso do solo, habitação, saneamento ambiental e mobilidade urbana, e consultivo nas demais matérias que afetam o desenvolvimento urbano, competindo-lhe:*

*I - emitir resoluções, orientações e recomendações sobre a aplicação desta Lei e dos demais atos normativos relacionados ao desenvolvimento urbano;*

*II - propor a atualização, complementação, modificação e revisão do Plano Diretor;*

*III - acompanhar e avaliar os resultados da implementação do Plano Diretor, mediante o sistema de acompanhamento e controle;*

*IV - apreciar e emitir instruções sobre a legislação referente e decorrente do Plano Diretor, em especial a legislação específica relativa aos instrumentos da Política Urbana, antes do seu encaminhamento ao Legislativo municipal;*

*V - monitorar e deliberar sobre a aplicação dos instrumentos da Política Urbana, atendendo ao disposto nesta Lei;*

*VI - convocar audiências públicas sobre matérias relacionadas à Política Urbana e participar dos debates e audiência que se realizem sobre o Plano Diretor;*

*VII - pronunciar-se sobre omissões e conflitos na aplicação da legislação urbanística municipal que lhe forem submetidos;*

*VIII - acompanhar a execução de planos e projetos de interesse do desenvolvimento urbano, inclusive os planos setoriais;*

*IX - apreciar e pronunciar-se sobre a proposta orçamentária do Plano Plurianual, PPA, e da Lei de Diretrizes Orçamentárias, LDO, especialmente acerca da sua compatibilidade com as diretrizes do Plano Diretor, antes do seu envio ao Legislativo municipal;*

*X - apreciar e emitir parecer sobre as propostas de iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;*

*XI - promover debates públicos com as organizações espontâneas da população, especialmente as associações representativas de bairro, para conhecer suas demandas;*

<sup>29</sup> Julgo equivocadas duas considerações trazidas na exposição de motivos da lei que separou os conselhos de desenvolvimento urbano e de meio ambiente: a primeira alerta para o risco dos aspectos urbanísticos predominarem sobre os ambientais. Como já foi dito neste artigo, as políticas urbana e ambiental são complementares e harmônicas entre si, não podendo uma se sobrepor à outra; a segunda consideração equivocada diz que, embora apresentem áreas de convergência, os objetos dos referidos conselhos são diferentes. A moderna doutrina, entretanto, profetizando o surgimento do Direito Urbano-Ambiental, direciona o foco para um mesmo objeto, qual seja: a CIDADE, sua função social e demais intercorrências.

*XII - participar dos debates sobre o Orçamento Participativo;*

*XIII - propor aos órgãos integrantes do Sistema Municipal de Planejamento e Gestão a elaboração de estudos sobre questões que considerar relevantes, bem como a realização de programas de capacitação dos conselheiros;*

*XIV - deliberar sobre a programação e acompanhar a movimentação do Fundo Municipal de Desenvolvimento Urbano de Salvador, FUNDURBS;*

*XV - instituir câmaras temáticas e grupos de trabalho, permanentes ou extraordinários, sobre temas pertinentes à Política Urbana;*

*XVI - manter registro próprio e sistemático de seu funcionamento em atas, dando-lhes publicidade;*

*XVII - elaborar seu regimento interno.*

(...)

*§2º. As deliberações do Conselho Municipal de Salvador deverão estar articuladas com as deliberações dos demais conselhos, buscando a integração entre as diversas políticas afins, em especial as de planejamento e gestão do uso do solo, habitação, saneamento ambiental e mobilidade urbana, nos âmbitos municipal e regional.<sup>30</sup>*

*“Art. 2º. Compete ao COMAM - Conselho Municipal do Meio Ambiente:*

*I - estabelecer normas, padrões e critérios de avaliação, controle, manutenção, recuperação e melhoria da qualidade do meio ambiente do Município, obedecidas as legislações estadual e federal;*

*II - estabelecer as condições para a defesa e a ocupação de áreas, sítios ou zonas do Município, de acordo com a legislação urbanística e ambiental em vigor;*

*III - estabelecer normas e critérios para o licenciamento e para a elaboração de estudos ambientais de empreendimentos e atividades que ocasionem impacto ambiental e local;*

*IV - avocar o exame de projetos ou pedidos de instalação de empreendimentos ou atividades, que, danosamente, interfiram, ou causem repercussão no equilíbrio ambiental;*

*V - promover estudos com vistas ao controle, à prevenção e à correção da poluição ambiental;*

*VI - julgar, em grau de recurso, as penalidades aplicadas pelo Poder Público Municipal, na forma definida na legislação específica;*

*VII - estimular a participação da comunidade no processo de preservação, conservação, recuperação e melhoria da qualidade ambiental, através de ações de educação ambiental e de campanhas institucionais de defesa do meio ambiente;*

<sup>30</sup> Lei nº 7.400/2008, art. 297.

*VIII - formular a Política Municipal do Meio Ambiente e acompanhar a sua implementação, determinando, quando for o caso, as medidas necessárias à sua fiel execução;*

*IX - apreciar e pronunciar-se sobre Estudos e Relatórios de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) no âmbito do Município do Salvador;*

*X - promover a integração das ações ambientais, desenvolvidas pelos diversos órgãos e entidades do Município e, quando for o caso, do Estado, da União e da Iniciativa Privada;*

*XI - elaborar o projeto de Código de Defesa do Meio Ambiente a ser encaminhado à Câmara Municipal do Salvador, em conformidade com art. 233, §1º, da Lei Orgânica do Município;*

*XII - propor legislação referente à conservação, preservação ou restauração do meio ambiente no Município do Salvador;*

*XIII - opinar sobre os projetos de lei, com repercussão ambiental e oferecer contribuições para o seu aperfeiçoamento, antes de serem submetidos à deliberação da Câmara Municipal e oferecer contribuições ao aperfeiçoamento da legislação de igual natureza, emanada do Poder Executivo;*

*XIV - apresentar sugestões para revisão e reformulação do PDDU no que concerne às questões ambientais;*

*XV - propor a definição e a implantação de Unidades de Conservação e incentivar a criação de reserva particulares, visando à proteção do patrimônio ambiental, histórico, artístico e cultural do Município;*

*XVI - discutir e aprovar o Plano Anual de Aplicação dos Recursos provenientes do Fundo Municipal de Recursos para o Meio Ambiente, assim como fiscalizar a sua execução;*

*XVII - elaborar e aprovar o seu Regimento Interno.<sup>31</sup>”*

Importa destacar, também, que o novo Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano (Lei nº 7.400/2008) extinguiu os remanescentes de áreas rurais no município, transformando-os em macroáreas de conservação, proteção e recuperação ambiental. O ordenamento territorial nessas áreas visa a conservação da natureza, compatibilizada, quando possível, com o uso sustentável dos recursos ambientais (no caso da Macroárea de Conservação Ambiental) e qualificar os assentamentos existentes de modo a minimizar os impactos negativos decorrentes da ocupação indevida do território, e prevenir ocupações que venham a comprometer o equilíbrio ambiental ou resultar em situações de risco para as populações humanas (no caso da Macroárea de Proteção e Recuperação Ambiental).<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Lei nº 6.916/2005, art. 2º.

<sup>32</sup> Arts. 155 e 161 da Lei nº 7.400/2008.

Dessa forma, o Município de Salvador está aumentando as restrições de uso e ocupação do solo sob essas áreas, compostas basicamente por Mata Atlântica. Uma cidade como Salvador, que já possui diversos problemas de uso e ocupação do solo, com uma geografia desfavorável, por onde nascem, correm e deságuam rios e riachos, onde se abrigam inúmeros fundos de vale, morros e escarpas, não pode se dar ao luxo de descuidar do que ainda restam de recursos naturais preservados, a exemplo dos remanescentes de vegetação nativa, dunas, lagoas e represas locais. Até porque, área útil para construção na cidade não falta, seja em regiões valorizadas (a orla de Salvador, composta pelos lados do oceano Atlântico e da Baía de Todos os Santos, talvez seja a mais degradada dentre todas as capitais litorâneas brasileiras) ou desvalorizadas (existem dezenas e dezenas de galpões abandonados na Cidade Baixa e subúrbios da metrópole).

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A instituição de conselhos, de preferência deliberativos, é uma conquista da sociedade à qual os gestores públicos não podem se opor, sob pena de violação ao princípio da vedação ao retrocesso social.<sup>33</sup> Não se trata mais de uma faculdade, mas sim de obrigação imposta pela nova gestão pública, focada na modernização e no fortalecimento da cidadania.

A natureza deliberativa em conselhos que tratam das políticas ambientais e de desenvolvimento urbano é fundamental. Ao contrário de setores como educação e saúde, cujos sistemas de participação popular possuem importantes recursos garantidos por lei (vinculados, portanto), as áreas de meio ambiente e desenvolvimento urbano não possuem esse tipo de garantia (ESTATUTO da Cidade: guia para implementação pelos municípios e cidadãos).<sup>34</sup> A aplicação de recursos em tais searas depende de decisão discricionária da autoridade competente, sujeita, assim, ao humor e à conveniência política daqueles que detém o poder. Colocando tal poder nas mãos de um órgão colegiado, com participação popular efetiva, permitir-se-á uma maior integração entre os planos e políticas públicas setoriais e as prioridades da sociedade.

É preciso também o máximo de transparência na administração pública, para que a sociedade civil tome ciência do volume de verbas disponíveis, do quanto e onde é gasto, capacitando-a a participar das decisões políticas com maior eficácia. A transparência é a pedra de toque no fomento de uma política participativa. Serra<sup>35</sup> nos lembra que “As decisões técnicas não são necessariamente melhores que as

<sup>33</sup> O princípio da proibição do retrocesso legislativo, decorrente do sistema jurídico-constitucional, impede que medidas legislativas reduzam o significado de um direito fundamental já declarado pelo constituinte (ex vi do artigo 1º, II, da Constituição Federal de 1988 – a cidadania como fundamento da República Federativa do Brasil), e regulamentado por norma anterior, podendo ser aplicado para a tutela do meio ambiente (SANTOS, Janaina de C. dos; FICHTNER, Claudio. S. A aplicação do princípio da proibição do retrocesso na tutela ambiental. in: BENJAMIN, Antonio Herman et. al. (orgs.). 11º Congresso Internacional de Direito Ambiental: Meio Ambiente e Acesso à Justiça: flora, reserva legal e APP. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2007, vol. 2, p. 348.

<sup>34</sup> Op. Cit., p. 196.

<sup>35</sup> Op. Cit., p. 717-718.

leigas. Desse modo, uma forma de participação é o técnico trazer as propostas de planejamento à discussão, debatendo com a comunidade de forma transparente”.

Não é demais repetir a importância de um sistema público de informações, que contenha uma base de dados, indicadores e similares em constante atualização, possibilitando a compreensão da realidade de forma a subsidiar o planejamento e a gestão democrática. No particular, quanto aos indicadores que retratem a qualidade ambiental de um determinado local (bairro, região, cidade), a participação popular é imprescindível no momento de escolha, coleta e acompanhamento dos indicadores que irão compor o quadro comparativo, que servirá de base para a formulação de políticas e planos de melhoria ambiental. Neste sentido, louvável é a experiência da cidade de Seattle (Lições do Seattle Sustentável),<sup>36</sup> a qual contou com participação maciça da sociedade civil daquela cidade estadunidense.

Superar a falsa impressão de ineficiência que se tem dos órgãos públicos, causadora de descrédito e desconfiança da população, é a meta a ser alcançada.

## **5. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**5.1** Os conselhos e demais espécies de órgãos colegiados são a melhor oportunidade que dispõe a sociedade civil para participar do planejamento, implementação e desenvolvimento das políticas públicas setoriais.

**5.2** Os principais entraves para o bom funcionamento de um conselho residem nas questões relativas à sua implementação, estruturação, capacitação dos seus membros e articulação com os demais órgãos e setores do Poder Público.

**5.3** O desenvolvimento das ciências ambientais ampliou o horizonte de atuação dos órgãos que tutelam o meio ambiente para outros campos, notadamente o urbanismo, tendo, como consequência, a necessidade de se realizar o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de natureza tipicamente urbanas.

**5.4** As agendas verde (meio ambiente) e marrom (urbana) são harmônicas e complementares entre si, razão pela qual a articulação entre ambas é vital para o adequado ordenamento territorial das cidades.

**5.5** O Fórum de Conselhos criado pelo Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano de Salvador (Lei nº 7.400/2008) é uma medida institucional apropriada para fomentar a articulação das políticas públicas setoriais nos municípios, mormente as de meio ambiente e desenvolvimento urbano.

---

<sup>36</sup> Para melhor conhecer esse caso vide <<http://www.agenda21local.com.br/nap3j.htm>>, acessado em 12/03/2009.

# **A ORDENAÇÃO URBANA E A PROTEÇÃO AOS MANANCIAS DE INTERESSE AO MUNICÍPIO DE SANTOS**

**MARIA LUIZA MACHADO GRANZIERA**

Advogada, Mestre e Doutora em Direito, Consultora da Agência Nacional de Águas e da Unesco, Professora do Programa de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade Católica de Santos. Autora dos Livros Direito de Águas e Direito Ambiental, da Ed. Atlas

**LUÍS FELIPE CARRARI DE AMORIM**

Advogado, consultor em direito ambiental, professor universitário, especialista em Tecnologias Ambientais pela UNESP e mestrando em Direito Ambiental pela UNISANTOS

## **1. INTRODUÇÃO**

Os mananciais são importantes recursos hídricos, com importância destacada para o uso de abastecimento público. O crescimento urbano contemporâneo oferece ameaças a este uso. Moradias irregulares, atividades industriais, falta de saneamento básico e destruição de vegetação são fatos que representam impactos negativos ao ambiente, e que prejudicam a capacidade de fornecimento de água dos mananciais.

Na Baixada Santista, na região dos principais mananciais encontram-se indústrias e moradias irregulares que provocam a degradação das águas. A falta de saneamento contribui para a perda da qualidade dos corpos hídricos, bem como a destruição de vegetação nativa e protetora das margens dos rios e do estuário.

A legislação ambiental, de recursos hídricos e de política urbana possui princípios, diretrizes e instrumentos para a formulação de políticas públicas voltadas à conservação dos mananciais e proteção dos sistemas de abastecimento público. A proposta do trabalho é analisar a relação da legislação que disciplina a ordenação urbana com a legislação de proteção ambiental e de recursos hídricos. Será analisada a legislação local do Município de Santos e sua aplicabilidade para a efetiva proteção dos mananciais de interesse para o abastecimento público de sua população.

A seguir, serão analisados os aspectos urbanísticos relativos à disciplina da expansão das áreas urbanas, bem como os aspectos jurídicos específicos de proteção aos mananciais. Por fim, será avaliada a aplicabilidade da legislação e dos institutos comentados ao caso da proteção dos mananciais de interesse ao Município de Santos.

## 2. URBANISMO E MEIO AMBIENTE

As cidades brasileiras em geral cresceram em um ritmo acelerado nas últimas décadas, sendo que desde a década de 1970, sua população é predominantemente urbana. Para o ano de 2006, a população urbana no Brasil era de 81%, de um total de 188.298.099 habitantes<sup>1</sup>. Todavia, Esse crescimento não atendeu, na sua maioria, aos padrões de qualidade de vida dos seus habitantes. Um dos principais fenômenos do crescimento foi o êxodo rural, reduzindo a população rural que se dirigiu ao meio urbano.

A falta de políticas públicas de desenvolvimento urbano adequadas revelou uma falha no ordenamento jurídico quanto à realidade do crescimento das cidades. O remédio para o problema era a aprovação de normas capazes de regular a atividade dos particulares sem prejudicar os interesses públicos envolvidos.

A legislação urbanística e ambiental que rege o parcelamento do solo urbano e a sua função social é relativamente recente, e atingiu o seu auge com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a edição do Estatuto da Cidade.

Segundo a Lei nº 6.938/1981, art. 3º, I, o meio ambiente é “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”. O meio ambiente é protegido pela Constituição Federal de 1988 no seu art. 225, sendo essencial para a satisfação do direito de todos a uma sadia qualidade de vida.

O meio ambiente, para fins de estudos, é classificado em meio ambiente natural, cultural, e artificial. O meio ambiente natural é formado pelo conjunto de ecossistemas naturais, originados sem a intervenção humana, como é o caso de florestas, mangues, bosques, praias, e outros. O meio ambiente cultural é formado pelos espaços artificiais ou naturais de vulto imaterial, representado por exemplo pelas paisagens, pelos sítios arqueológicos, pela arquitetura histórica e cultural. O meio ambiente artificial é o resultado da atividade humana, que modifica os ecossistemas e constrói espaços mais apropriados à sua existência, erigindo edificações, construindo pontes e estradas, e outras.

Relembrando as palavras de Fiorillo<sup>2</sup>: “o meio ambiente artificial [...] abarca todo o espaço construído, bem como todos os espaços habitáveis pelo homem, de forma que esse aspecto do meio ambiente está diretamente relacionado ao conceito de cidade”.

É no meio ambiente artificial que encontramos as cidades.

## 3. ADEQUAÇÃO DO MUNICÍPIO A RESPEITO DOS MANANCIAIS

Mananciais são as reservas hídricas ou fontes de água, superficiais e subterrâneas, que possuem notável importância ao abastecimento público. São exemplos de mananciais as nascentes e as cabeceiras de rios.

<sup>1</sup> PORTAL BRASIL. Brasil: População. Disponível em: <http://www.portalbrasil.net/>. Acesso em: 19/06/2008.

<sup>2</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 299.

O aumento da população urbana, o adensamento das cidades e a crescente industrialização são fatores importantes para o entendimento do crescimento da demanda pela água dos mananciais. O mesmo se pode dizer da produção de energia elétrica, em razão da maior necessidade de construção de aproveitamentos hidrelétricos.

São identificados como principais fatores relacionados à degradação dos mananciais o mau uso e ocupação do solo, o despejo de esgotos, a erosão, o desmatamento e as atividades industriais ou agrícolas mal planejadas.

Em razão da disponibilidade de água proporcionada por um manancial, é freqüente observar o seu atendimento não apenas aos sujeitos localizados em um município, mas às pessoas situadas em todos os municípios de uma determinada região, o que caracteriza portanto a sua importância como regional.

A utilização de um manancial deve ser observada de forma estratégica, considerando as demandas originadas em todas as localidades adjacentes. As bacias hidrográficas, que são as áreas de drenagem de um curso d'água, podem ser subdivididas em sub-bacias ou em micro-bacias, que não necessariamente correspondem à divisão política dos municípios, ou mesmo dos Estados ou do País. Por isto, ao influir na disponibilidade hídrica de um manancial, uma atividade pode criar um conflito que excede os limites de atuação municipal, estadual ou federal. O nível de regionalização de um manancial é crucial para o desenvolvimento dos municípios.

Muitas vezes, as cidades expandem a mancha formada pelas edificações e construções, tocando e envolvendo as demais cidades vizinhas, numa área onde ficam turvos os limites visíveis de separação. A conurbação e formação de grandes regiões ocupadas pela expansão urbana constroem espaços onde os interesses municipais se agregam e misturam, tais como sobre os transportes, abastecimento de água (captação, tratamento e distribuição) e rede de esgotos (coleta e tratamento), saneamento básico, o uso do solo e o controle de poluição. Estas são conhecidas como regiões metropolitanas.

O Brasil é uma República Federativa, que se organiza em União, Estados, Distrito Federal e Municípios, todos com autonomia e poderes para criar normas particulares sobre auto-organização (art. 18, CF). Considerando esta estrutura, e a realidade de que muitas cidades cresceram diminuindo ou eliminando cada vez mais as distâncias, a lei passou a reconhecer a possibilidade de criação de Regiões Metropolitanas. Estas são unidades administrativas estaduais que permitem a criação de entidades executivas e deliberativas para promover o desenvolvimento integrado de cada região, segundo o interesse comum.

Diz a Constituição Federal:

*“Art. 25. (...)*

*§ 3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.”*

## Segundo a Constituição do Estado de São Paulo:

*“Art. 153, § 1º Considera-se região metropolitana o agrupamento de Municípios limítrofes que assumam destacada expressão nacional, em razão de elevada densidade demográfica, significativa conurbação e de funções urbanas e regionais com alto grau de diversidade, especialização e integração sócio-econômica, exigindo planejamento integrado e ação conjunta permanente dos entes públicos nela atuantes.”*

A Região Metropolitana da Baixada Santista (RMBS) foi criada pela Lei Complementar Estadual nº 815, de 30 de julho de 1996, compreendendo os municípios de Bertioga, Cubatão, Guarujá, Itanhaém, Mongaguá, Peruíbe, Praia Grande, Santos e São Vicente (art. 1º). Possui uma população de cerca de 1.606.863 habitantes, sendo que os municípios de Santos, São Vicente e Guarujá concentram aproximadamente 64,60% desta população<sup>3</sup>. É a região com o menor número de municípios, ocupando apenas 1% do território do Estado<sup>4</sup>.

São funções públicas de interesse comum da RMBS (art. 5º): o planejamento e uso do solo; o transporte e sistema viário regional; a habitação; o saneamento básico; o meio ambiente; o desenvolvimento econômico; o atendimento social (saúde, educação e outras - § 3º). Destas, as que mais intimamente se relacionam à gestão da água são o saneamento básico e o meio ambiente, sendo que outras relacionam-se indiretamente, considerando os impactos que tais atividades provocam na disponibilidade da água (planejamento e uso do solo, transporte e sistema viário regional, habitação, desenvolvimento econômico e atendimento de saúde).

Para fins de gestão dos recursos hídricos, no Estado de São Paulo, as bacias hidrográficas foram divididas em áreas chamadas de Unidades Hidrográficas de Gerenciamento de Recursos Hídricos (UGRHIs), coordenada cada uma delas por um Comitê de Bacia Hidrográfica.

A região compreende ainda a formação geológica da bacia hidrográfica da Baixada Santista, que corresponde à UGRHI 7,<sup>5</sup> ocupando o território integral dos nove municípios da Região Metropolitana Baixada Santista e parte dos municípios de Biritiba-Mirim, Itariri, Mogi das Cruzes, Salesópolis, Santo André, São Bernardo do Campo e São Paulo<sup>6</sup>. A bacia hidrográfica da Baixada Santista

<sup>3</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Cidades@. CENSO 2007. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/cidadesat/default.php>. Acesso em: 01.02.2008.

<sup>4</sup> FUNDAÇÃO SISTEMA ESTADUAL DE ANÁLISE DE DADOS (SEADE). Região Metropolitana da Baixada Santista: Indústria – número de estabelecimentos da indústria. Ano 2000. Disponível em: <http://www.seade.gov.br/>. Acesso em: 01.02.2008.

<sup>5</sup> As UGRHIS são as Unidades Hidrográficas de Gerenciamento de Recursos Hídricos, criadas pela Lei do Estado de São Paulo nº 9.034/94, ou seja, correspondem às áreas resultantes da divisão hidrográfica do Estado de São Paulo.

<sup>6</sup> SECRETARIA DE ENERGIA, RECURSOS HÍDRICOS E SANEAMENTO (SERHS). Departamento de Águas e Energia Elétrica. Conselho Estadual de Recursos Hídricos. Fundo Estadual de Recursos Hídricos. Plano Estadual de Recursos Hídricos: 2004/2007: Relatório R1 – Síntese dos Planos de Bacia. São Paulo: Consórcio JMR Engecorps, 2005, p. 229.

possui uma área de drenagem de 2.818,40 km<sup>2</sup>, cuja extensão aproximada é de cerca de 160 km.<sup>7</sup>

Na região hidrográfica da Baixada Santista são apontados como os principais cursos d'água os rios: Cubatão, Mogi e Quilombo ao centro; Itapanhaú, Itatinga e Guaratuba ao norte; e Branco, Preto e Itanhaém ao sul. Dos principais mananciais hídricos que deságuam no estuário, um deles, o rio Quilombo, está em Santos. Os outros encontram-se em Cubatão – rio Cubatão e Mogi – e em Itanhaém – rio Branco. Há ainda os rios Itatinga, Itapanhaú, Capivari e Monos<sup>8</sup>, e os rios que deságuam no mar entre Bertioga e Iguape.

O Município de Santos contém os seguintes rios: Cabuçu, Jurubatuba e Quilombo.

O abastecimento de água no município de Santos é feito principalmente pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP), que capta águas no rio Cubatão (Município de Cubatão, Bairro da Água Fria). A SABESP é uma empresa de economia mista, de capital aberto, constituída pela Lei do Estado de São Paulo nº 119, de 29 de junho de 1973, responsável pelos serviços sanitários e de abastecimento público.

A Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo (CDHU) elaborou um levantamento sócio-econômico que identificou na região da Serra do Mar em Cubatão a presença de 13.471 domicílios irregulares<sup>9</sup>. Estes domicílios são apontados como prejudiciais à qualidade das águas. A falta ou a baixa taxa de saneamento básico contribuem para o aumento do esgoto e de resíduos que poluem os mananciais.

A expansão das moradias irregulares representa uma ameaça significativa à manutenção da qualidade dos mananciais regionais, e conseqüentemente, à qualidade de vida proporcionada pelo abastecimento público de água no Município de Santos. A experiência do reservatório de Guarapiranga mostra as conseqüências da degradação hídrica causada pela expansão de moradias irregulares, tanto pela falta de planejamento efetivo, quando pela falha na fiscalização das leis protetivas.

### 3.1 Cuidados Específicos

O crescimento desordenado dos Municípios da Bacia Hidrográfica da Baixada Santista, marcado pela implantação de indústrias, e pela formação de grandes aglomerados residenciais irregulares, favoreceu o comprometimento grave das condições hídricas na região. A situação é crítica.

A metodologia adotada pelo Comitê Coordenador do Plano Estadual de Recursos Hídricos (CORHI) considera como áreas críticas aquelas em que a de-

<sup>7</sup> COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DA BAIXADA SANTISTA (CBH-BS). Departamento de Águas e Energia elétrica. Relatório de situação dos recursos hídricos da bacia hidrográfica da Baixada Santista: 2006 (Relatório Um). Volume II: Diagnóstico dos Recursos Hídricos e dos Serviços de Saneamento. São Carlos: SHS – Consultoria e Projetos de Engenharia S/S Ltda., 2007. 3 v, p. 35.

<sup>8</sup> Reservatório – sul de SP.

<sup>9</sup> G1. 3500 Famílias devem deixar a Serra do Mar. Disponível em: <http://participaeg1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL99116-5605,00.html>. Acesso em: 04.09.2007.

manda total pela água é superior a 50% da disponibilidade mínima. Na Baixada Santista, considerando a disponibilidade teórica Q7,10, de 32,80 m<sup>3</sup>/s, e a demanda de 20,88 m<sup>3</sup>/s, calcula-se que a relação entre demanda e disponibilidade ( $x = 20,88 \times 100 / 32,80$ ) é de 63,66%. A relação representa portanto um comprometimento da bacia hidrográfica, cuja demanda supera em 13,66% a vazão de disponibilidade mínima, ficando caracterizada em seu conjunto como uma área crítica<sup>10</sup>.

A perspectiva é que, se mantido o antigo modelo de gestão, responsável pelo grave comprometimento dos recursos hídricos, estima-se um aumento na perda da qualidade das demais águas. A situação exige uma intervenção imediata.

A proteção aos mananciais no Estado de São Paulo iniciou-se para os reservatórios Billings e Guarapiranga, localizados na Região Metropolitana de São Paulo (RMSP). As leis n<sup>os</sup> 898/75<sup>11</sup> e 1.172/76<sup>12</sup>, regulamentadas pelo Decreto n<sup>o</sup> 9.714/77, não propiciaram a proteção necessária a esses territórios, por serem restritivas demais no que toca aos usos permitidos, o que implicaria uma fiscalização forte para evitar ocupações ilegais. Como os Poderes Públicos não efetuaram essa fiscalização, a realidade atual é uma ocupação de aproximadamente 1,5 milhão de pessoas, alocadas nessa região.

Dentre as disposições, enunciavam-se regras de uso e ocupação do solo, com o intuito de prevenir o adensamento populacional nos mananciais e a conseqüente degradação das águas dos reservatórios naturais.

Posteriormente, buscando desenvolver políticas públicas mais eficazes, foi aprovada a Lei n<sup>o</sup> 9.866, Lei de Proteção das Bacias Hidrográficas dos Mananciais de Interesse Regional do Estado de São Paulo, de 28 de novembro de 1997. Tal Lei foi instituída sem contudo revogar as normas anteriores. O sistema adotado é que as normas anteriores serão substituídas, em cada área de proteção a mananciais, quando a lei específica desse espaço for aprovada.

A gestão dos recursos hídricos é orientada por uma política específica. No âmbito federal, a Lei n<sup>o</sup> 9.433/97 estabeleceu princípios, objetivos e diretrizes para a conservação dos mananciais. Uma das diretrizes aponta para a integração da gestão dos recursos hídricos com a gestão ambiental (art. 3<sup>o</sup>, III), e outra, para a articulação da gestão dos recursos hídricos com a gestão do uso do solo (art. 3<sup>o</sup>, V).

### 3.2 Gestão de Recursos Hídricos e Gestão Ambiental

Um dos instrumentos de proteção jurídica aos mananciais ocorre por meio do instituto das limitações administrativas de direito ambiental. Em especial, pela

<sup>10</sup> Apesar deste índice não corresponder à realidade de todas as sub-bacias da região, tendo em vista que áreas de maior criticidade, como as sub-bacias dos rios Cubatão, Mogi e Quilombo (demanda industrial) e do rio Jurubatuba (demanda urbana) favorecem o aumento do nível de demanda, enquanto que em outras a demanda é menor, sua avaliação é significativa para análises posteriores e pontuais e para a identificação de falhas de gerenciamento hídrico. Por exemplo, no rio Cubatão, a relação pontual é de 324,36%; no rio Mogi, 98,17%; no rio Jurubatuba, 98,64%; e no rio Quilombo, 109,9% (CENTRO TECNOLÓGICO DA FUNDAÇÃO PAULISTA DE TECNOLOGIA E EDUCAÇÃO – CETEC. Plano de bacia da Baixada Santista – UGRHI-07. São Paulo: CETEC, 2003, p. 45).

<sup>11</sup> Disciplina o uso do solo para proteção dos mananciais, curso e reservatórios de água e demais recursos hídricos de interesse da Região Metropolitana de São Paulo.

<sup>12</sup> Delimita as áreas de proteção relativas aos mananciais, cursos e reservatórios de água a que se refere a Lei n<sup>o</sup> 898/75.

criação de áreas de preservação permanente (APPs), previstas no Código Florestal (art. 3º, Lei nº 4.771/65), e por outras que vierem a ser previstas pela legislação. Não se olvida que a competência legislativa para estabelecer estas áreas é concorrente, por força do disposto nos arts. 24, VI; 30, I, VIII; 225, § 1º, III, todos da Constituição Federal.

A CF/88 estabeleceu em seu art. 225, §1º, III, o dever do Poder Público de instituir espaços territoriais especialmente protegidos, que são áreas de especial interesse para a proteção ambiental.

A Lei nº 6.938/1981 já estabelecia os espaços protegidos como instrumentos de proteção do meio ambiente (art. 9º, VI).

Por sua vez, o Código Florestal, em seus arts. 2º e 3º, já previa a existência da área de preservação permanente (APP) como limitação de direito administrativo ao direito de propriedade urbana.

A área de preservação permanente é um espaço protegido, com natureza de restrição administrativa ambiental. A sua finalidade é a proteção de bens e direitos afetos a água, solo, biodiversidade (fauna e flora), patrimônio cultural (sítios), índios, vias de trânsito, segurança e defesa nacional, e bem-estar público.

A proteção oferecida pela área de preservação permanente é qualitativa, pois oferece amparo de acordo com os atributos de determinadas áreas.

O domínio na área de preservação permanente poderá ser público ou privado.

De acordo com a lei, os usos admitidos em área de preservação permanente compreendem a proibição de corte ou supressão vegetal. A exceção está nas hipóteses de atividades de utilidade pública ou de interesse social, conforme determinado em lei (art. 4º, CFI; Resolução CONAMA nº 369/2006).

A Constituição do Estado de São Paulo de 1989 estabeleceu como áreas de proteção permanente as nascentes, os mananciais e as matas ciliares (art. 197, II). A instituição destas áreas pelos Municípios é também sujeita ao incentivo do Estado (art. 210, I), assim como a instituição de programas permanentes de racionalização do uso da água para o abastecimento público (art. 210, V). Também prevê a instituição de incentivos para os Municípios que aplicarem prioritariamente as receitas com a exploração de potenciais energéticos ou a compensação financeira na proteção destas áreas, na instituição destes programas, e no tratamento de águas residuais (art. 210, par. único).

### **3.3 Gestão de Recursos Hídricos e Ordenamento Urbano**

A Lei Estadual nº 9.866, Lei de Proteção e Recuperação das Bacias Hidrográficas dos Mananciais de Interesse Regional do Estado de São Paulo (LPRM), de 28 de novembro de 1997, foi aprovada com o objetivo de orientar a legislação de uso e ocupação do solo para o escopo de proteção aos mananciais.

A legislação anterior, fixada no final da década de 70, carecia de instrumentos de gestão para a sua aplicação eficiente. Tratava-se das Leis nº 898, de 18 de dezembro de 1975, e 1.172, de 17 de novembro de 1976. Estes documentos estabelecerem uma área de proteção dos mananciais equivalente a 54% da região

metropolitana de São Paulo. Dentre as disposições, enunciavam-se regras de uso e ocupação do solo, com o intuito de prevenir o adensamento populacional nos mananciais e a conseqüente degradação das águas dos reservatórios naturais.

A Lei nº 9.866/97 foi editada com o escopo de promover a proteção e a recuperação da qualidade ambiental das bacias hidrográficas dos mananciais de interesse regional<sup>13</sup>. O uso priorizado é o abastecimento das populações, atuais e futuras, sendo que os demais usos deverão ser compatibilizados.

Os objetivos da lei estão enunciados em seu art. 2º, e compreendem: a preservação e recuperação dos mananciais de interesse regional no Estado de São Paulo; o equacionamento entre o uso e ocupação do solo e o desenvolvimento socioeconômico e as exigências de preservação dos mananciais de abastecimento e de proteção ambiental; a promoção de uma gestão participativa entre o Poder Público e a Sociedade Civil; a descentralização do planejamento e gestão das bacias hidrográficas onde localizados os mananciais de abastecimento; equacionar as políticas e programas habitacionais com a preservação ambiental.

A gestão das APRMs se fará por um sistema próprio, vinculado ao Sistema Integrado de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e aos Sistemas de Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional (art. 5º). Conterá ainda em sua estrutura com um órgão colegiado – o CBH correspondente (art. 7º) –, um órgão técnico – a Agência de Bacia, quando houver, ou, o que for indicado pelo CBH (art. 8º) –, e com órgãos da Administração Pública (arts. 6º e 9º).

O planejamento e a gestão das APRMs valer-se-á dos seguintes instrumentos (art. 11): áreas de intervenção; normas de implantação de infra-estrutura sanitária; mecanismos de compensação financeira aos Municípios; Plano de Desenvolvimento e Proteção Ambiental (PDPA); controle e monitoramento das atividades potencialmente causadoras de degradação do meio ambiente, em especial, dos mananciais; Sistema Gerencial de Informações; previsão de infrações e penalidades.

Segundo o art. 12, são criadas três Áreas de Intervenção, de acordo com as limitações de uso e ocupação previstas: as Áreas de Restrição à Ocupação (ARO) – art. 13 –; as Áreas de Ocupação Dirigida (AOD) – art. 14 –; e as Áreas de Recuperação Ambiental (ARA) – art. 15. As leis municipais de planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, deverão incorporar as diretrizes previstas na Lei Estadual das APRMs (art. 19).

As normas de implantação de infra-estrutura sanitária em APRMs estão dispostas no art. 20 e ss. São abrangidos os seguintes assuntos: a implantação de sistema coletivo de tratamento e disposição de resíduos sólidos; os resíduos sólidos industriais; os resíduos sólidos industriais inertes; os resíduos sólidos de saúde; os resíduos de Municípios externos às áreas de intervenção; o lançamento de efluentes líquidos sanitários – classificação e enquadramento –; os efluentes líquidos industriais.

<sup>13</sup> Águas interiores, superficiais ou subterrâneas, efetiva ou potencialmente utilizáveis para o abastecimento público (art. 1º, § único).

A qualidade ambiental será controlada e monitorada (art. 27 e ss.)

Cada APRM terá um Plano de Desenvolvimento e Proteção Ambiental (PDPA), art. 31. O conteúdo mínimo do Plano compreende: diretrizes para o estabelecimento de políticas setoriais que interfiram na qualidade dos mananciais; diretrizes para o estabelecimento de programas de indução à implantação de usos e atividades compatíveis com a proteção e recuperação de mananciais; metas para a obtenção de padrões de qualidade ambiental; proposta de atualização das diretrizes e normas ambientais e urbanísticas de interesse regional; proposta de reenquadramento das áreas de recuperação ambiental; programas, projetos e ações de recuperação, proteção e conservação da qualidade ambiental; programas integrados de monitoramento da qualidade ambiental, de educação ambiental, e de controle e fiscalização; programa de investimento anual e plurianual.

O PDPA deverá ainda seguir as diretrizes previstas para os sistemas de meio ambiente, de recursos hídricos e de desenvolvimento regional (art. 31, § 1º).

O PDPA deverá ser submetido à apreciação do Comitê de Bacia Hidrográfica, e à aprovação do Conselho Estadual de Recursos Hídricos, sendo então incluído no Plano de Bacia respectivo e no Plano Estadual de Recursos Hídricos (art. 31, § 2º).

Os programas de monitoramento, controle e fiscalização, e o sistema de informações contarão com os seguintes recursos financeiros: recursos dos Poderes Públicos Estadual e Municipais (art. 32); parcela do resultado da cobrança pelo uso da água, destinada pelos Comitês de Bacias; e parcela dos recursos do Fundo Estadual de Recursos Hídricos – FEHIDRO (art. 33).

O Sistema Gerencial de Informações, especificado no art. 30, é um banco de dados alimentado com informações dos próprios participantes do sistema, e operacionalizado pelo órgão técnico do sistema. Seu objetivo é fornecer apoio informativo aos sujeitos que atuam nas bacias, dar subsídios à elaboração e atualização dos planos e programas previstos, e monitorar e avaliar a qualidade ambiental.

A lei prevê a possibilidade de aplicação do instrumento de compensação financeira do Estado aos Municípios afetados por restrições impostas pela criação de APRM (art. 34). Esta determinação foi instituída em razão do disposto no art. 207 da Constituição do Estado de São Paulo. A regra, contudo, depende de lei específica para a sua aplicabilidade.

A Lei nº 9.866/97 estabelece as regras gerais para a verificação de infrações e penalidades aplicáveis a quem infringir as suas disposições e as das leis específicas das APRMs (art. 35 e ss.).

Com o advento da Lei nº 9.866/97, foram expressamente revogadas as disposições contidas nas Leis nº 898/75, e 1.172/76, com exceção da RMSP, onde foram mantidas as regras anteriores até o advento de leis específicas das APRMs (art. 45). Ainda, foram revogadas as penalidades previstas nestas leis (art. 45, § único).

Determinou-se que o Poder Público Estadual teria até 120 dias para elaborar um Plano Emergencial de Recuperação dos Mananciais da RMSP, devendo este ainda ser submetido a audiências públicas, e aprovado pelo Conselho Estadual de Recursos Hídricos e pelo CONSEMA (art. 47, §§ 6º e 7º).

A Lei nº 9.866/97 foi regulamentada pelo Decreto n. 43.022, de 07 de abril de 1998, que disciplinou importantes temas. Dentre os objetivos do Decreto, está o de determinar as diretrizes para a elaboração do Plano Emergencial de Recuperação dos Mananciais da RMSP. Aplica-se aos serviços e obras emergenciais.

O Decreto nº 43.022/98 elenca as prioridades para os serviços e obras emergenciais na área dos mananciais, bem como estabelece que as demais atividades deverão integrar o respectivo PDPA (art. 1º § 3º, e art. 31, Lei 9.866/97).

Segundo o Decreto nº 43.022/98, as atividades emergenciais nas APRMs são o abastecimento de água, o esgotamento e tratamento sanitário de efluentes, a drenagem de águas pluviais, a contenção de erosão, a estabilização de taludes, o fornecimento de energia elétrica, a prevenção e controle da poluição das águas e a recomposição de vegetação (art. 1º § 2º).

O Decreto nº 43.022/98 não contempla a regularização de ocupações ilegais na área dos mananciais, prevendo a adaptação e a remoção dos respectivos habitantes (art. 2º § 2º).

O Decreto nº 43.022/98 prevê a possibilidade de os municípios e as associações de moradores firmarem compromissos com os órgãos executores da LPRM – o órgão técnico e os órgãos da Administração Pública – para a contenção dos assentamentos e ocupações irregulares (art. 7º).

Era um anseio da população atingida, bem como da população preocupada com a qualidade dos mananciais de abastecimento da região, a revisão da legislação. Esse processo visou à implantação de uma nova política de proteção e recuperação dos mananciais de interesse regional do Estado de São Paulo. Com base nos estudos sobre a qualidade dessas águas, verificou-se a urgência da necessidade de se ampliar a base territorial de proteção.

A ocupação se mostrou mais populacionalmente densa nas cidades de médio porte, causando maior pressão nas demandas de abastecimento de água. A gestão dos mananciais deve considerar que a Bacia Hidrográfica é a unidade de planejamento e gestão. Ainda, conforme determina a legislação, a gestão deve ser descentralizada no sentido de se criar áreas especiais de proteção e recuperação dos mananciais (APRMs). Serão formadas por uma ou mais sub-bacias, adotando as características regionais específicas, o que propicia um modelo de gestão mais eficiente e adequado.

O objetivo da nova legislação é promover a integração dos agentes locais, de forma participativa e descentralizada, envolvendo-os efetivamente com os objetivos da nova lei. O que se reflete na adequação entre as políticas públicas locais e regionais e as finalidades de conservação. Não bastam os instrumentos de comando e controle, devendo haver a sua complementação por meio de instrumentos modernos, que abram espaço para a articulação institucional.

Mister haver a vinculação ainda da forma de gestão proposta ao Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e ao Sistema Estadual.

A lei estadual de uso e ocupação do solo não satisfaz a exigência de zoneamento conforme as realidades e reais necessidades locais. Nas chamadas áreas de intervenção, serão implementadas as ações de recuperação das áreas de manan-

ciais degradadas em função das ocupações irregulares, bem como o incentivo ao desenvolvimento de atividades compatíveis com a proposta de recuperação.

Ainda, a implantação de um Sistema de Informações das áreas favorece o devido monitoramento da qualidade das águas, podendo agir em tempo e de acordo com as demandas ambientais e sanitárias.

A criação de um Plano de Desenvolvimento e Proteção Ambiental (PDPA) é a diretriz para a condução de um programa de recuperação e conservação dos mananciais, favorecendo o desenvolvimento sustentável da região conforme o equilíbrio entre a proteção ambiental e os usos em curso ou a serem autorizados.

A edição da Lei de Política de Proteção aos Mananciais, e a correta aplicação de seus instrumentos, com vistas à consecução dos objetivos nela encartados, representa um avanço na adoção de um novo modelo de gestão, condizente com as necessidades do abastecimento das populações.

A aprovação de loteamentos e desmembramentos compete exclusivamente ao Município, que o fará conforme as regras gerais da Lei nº 6.766/79 e as normas municipais específicas. Contudo, para os empreendimentos localizados em áreas de proteção aos mananciais, definidas pela legislação estadual ou federal, diante do interesse regional presente, caberá aos Estados promover a sua disciplina (art. 13, I, Lei nº 6.766/79).

### 3.4 Fiscalização

A fiscalização corresponde à atividade da Administração Pública de exercício do poder de polícia, com o intuito de verificar o cumprimento das normas, sujeitando os infratores às sanções e às cominações legais.

A fiscalização das atividades ambientalmente impactantes é uma forma que possui o Poder Público de controlar os empreendimentos potencialmente poluidores ou utilizadores de recursos ambientais a uma taxa significativa e de acompanhar o seu exercício.

Segundo Akaoui<sup>14</sup>:

*“[...] a prerrogativa de fiscalizar não está no âmbito da discricionariedade, mas sim, é ato vinculado, do qual não se podem furtar nenhum dos entes federados, e que são imprescindíveis no combate à poluição gerada por este tipo de atividade econômica [indústria].”*

A fiscalização poderá ocorrer em três situações. Uma delas é afeta à rotina, e compreende um instrumento de controle preventivo realizado com uma frequência sistemática. Obedecendo a um cronograma previamente estabelecido, o agente fiscal efetua, por exemplo, visitas de inspeção em indústrias em certas situações que demandem maior acompanhamento por parte do órgão ambiental.

<sup>14</sup> AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. Indústria e poluição das águas. In: Congresso Internacional de Direito Ambiental (7.: 2003 : São Paulo, SP) Direito, Água e Vida = Law and the Web of Life / BENJAMIN, Antonio Herman (Org.). São Paulo: Imprensa Oficial, 2003, 2v., p. 529-545, p. 539.

Outra situação é a de fiscalização voltada para o licenciamento ambiental<sup>15</sup>. Nesta, como uma das fases do processo de licenciamento, realiza-se uma inspeção à atividade como parte da verificação essencial à obtenção de licenças. Neste ato, são identificados e analisados em auto de inspeção todos os fatores e quesitos essenciais à apreciação da decisão que determinará a expedição da licença.

Por fim, tem-se a fiscalização motivada por denúncia. Neste caso, a fiscalização deverá se pautar por critérios objetivos na sua aferição, que será lavrada em auto de infração ambiental, sob pena de invalidade, e dará ensejo à abertura de processo administrativo para apuração de infração ambiental.

A fiscalização repressiva e a responsabilização administrativa dos infratores ambientais está prevista no art. 78, CTN, no art. 225, § 3º, CF, no art. 14 da Lei nº 6.938/81, no art. 70 e ss. da Lei de Crimes Ambientais, e o art. 195 da Constituição do Estado de São Paulo. O agente fiscal poderá inclusive determinar uma série de medidas para conter a continuidade da infração, como a redução e a interdição das atividades.

A fiscalização depende da previsão legal de infrações administrativas, além de recursos materiais e humanos para a constatação e o acompanhamento das atividades dos particulares. Sem estes, não há como praticar os atos de fiscalização, que são atos administrativos, e portanto estão sujeitos aos requisitos de existência, validade e eficácia. Os requisitos de existência dizem respeito à formação do ato, que deverá ainda seguir os princípios previstos para a Administração Pública, no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. A validade requer sujeito competente, objeto lícito e a forma legal da atividade estatal e a previsão expressa da infração. A eficácia depende da presença dos elementos aptos a gerarem efeitos, bem como os recursos orçamentários, o pessoal disponível e capacitado, e as instalações, materiais e equipamentos necessários à fiscalização.

A fiscalização da proteção aos mananciais corresponde ao conjunto de atividades estatais que têm por objetivo a verificação do cumprimento das normas de proteção da disponibilidade das águas, prevenindo a ocorrência de infrações, tais como o lançamento indevido de efluentes nos corpos d'água, e a ocupação irregular das margens dos mananciais.

A fiscalização de proteção aos mananciais articula-se com o sistema de gerenciamento de recursos hídricos e com o SISNAMA (art. 3º, Lei nº 6.938/81).

Os órgãos fiscalizadores estaduais dos recursos hídricos são a CETESB, o DAEE e a Polícia Militar Ambiental.

A Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental (CETESB), uma sociedade por ações, é a entidade que controla a poluição das águas, nos sistemas de abastecimento público e nas soluções alternativas, e nos lançamentos industriais e urbanos, segundo a Lei do Estado de São Paulo nº 118/73 e o Decreto do Estado de São Paulo nº 8.468/76 (art. 6º).

A autorização de uso da água de domínio estadual é conferida pelo Departamento de Águas e Energia Elétrica (DAEE), uma autarquia estadual, criada pela Lei do Estado de São Paulo nº 1.350, de 12 de dezembro de 1951, e regulamentada pelo Decreto do Estado de São Paulo nº 52.636, de 03 de fevereiro de 1971, e

<sup>15</sup> Cf. art. 21, §§ 1º, 3º e 4º, Dec. 99.274/90.

alterações posteriores, que aprovou o seu regulamento. Tem poder de polícia para realizar a fiscalização e a autuação das infrações contra os mananciais.

A Constituição do Estado de São Paulo, em seu art. 195, par. único, prevê a atuação da Polícia Militar – hoje, Polícia Ambiental – na proteção de florestas e mananciais. Pode agir preventivamente e repressivamente.

No município, a fiscalização dos recursos hídricos será realizada por órgão ou entidade específica com poder de fiscalização.

### **3.5 A Legislação do Município de Santos**

O presente tópico se destina a levantar as disposições na legislação municipal de Santos destinadas à proteção dos mananciais por meio da disciplina da ordenação urbana. Os documentos analisados foram a Lei Orgânica, O Plano Diretor e a Lei de Uso e Ocupação do Solo na área continental, onde estão localizados os mananciais locais.

A Lei Orgânica reconhece expressamente o direito ao meio ambiente, e como sua garantia, atribui ao Poder Público Municipal o dever de definir, em Lei Complementar, os espaços territoriais especialmente protegidos (art. 154, par. único, II). O Município assume a proteção da Mata Atlântica, das margens dos rios, do Vale do Quilombo (art. 159), devendo agir contra as atividades instaladas nestes locais, administrativa e judicialmente (art. 159, par. único). Estabelece como dever a instituição de áreas de preservação para a proteção e conservação das águas, para fins de abastecimento público, e de proteção da vegetação ciliar (art. 173, I).

O Município participa do Sistema de Gestão de Recursos Hídricos Paulista, estruturado pela Lei nº 7.663/91. Adota o princípio da utilização racional das águas superficiais e subterrâneas, com prioridade para o abastecimento público, o do aproveitamento múltiplo da água e do rateio dos custos das obras, o da prevenção, da precaução e da reparação, e o da gestão das águas de interesse exclusivamente local (art. 172, Lei Orgânica).

O Município reitera a tríplice responsabilização ambiental (administrativa, civil e penal) dos infratores, pessoas físicas e jurídicas (art. 164, Lei Orgânica).

Para a solução de problemas comuns relacionados à proteção ambiental, inclusive, a preservação de mananciais, poderá o Município formar um consórcio com os demais (art. 161, Lei Orgânica). Poderá ser estabelecido um programa de dinamização econômica em consórcio com os demais Municípios, visando projetos de desenvolvimento regional (art. 13, IV, Plano Diretor).

O Plano Diretor está previsto no art. 139 da Lei Orgânica, e abrangerá a totalidade do Município. Conterá as exigências fundamentais de ordenação urbana do Município, inclusive, para a conservação e recuperação do meio ambiente (art. 139, III, “c”, Lei Orgânica), e para a proteção de áreas de Mata Atlântica e mata ciliar (art. 139, III, “d”, Lei Orgânica), e as normas de produção, uso e ocupação do solo aplicadas às áreas de mananciais (art. 139, IV, Lei Orgânica).

Em Santos, vigora a Lei Complementar Municipal nº 311/98, modificada pela Lei Complementar Municipal nº 447/2001, que institui o Plano Diretor de Desenvolvimento e Expansão Urbana no Município de Santos.

Apesar da previsão expressa do art. 139, de que o Plano Diretor abrangerá a totalidade do Município, não há a previsão expressa de uma área rural, em contraposição à área urbana. Divide-se o Município em área de expansão urbana e área de proteção ambiental.

O Plano Diretor prevê diretrizes para o meio ambiente e a habitação.

São diretrizes ambientais significativas: garantia da preservação, proteção e recuperação do ambiente natural, mediante controle da poluição da água e do solo; estabelecimento de normas, critérios e padrões de emissão de efluentes e de qualidade ambiental, e de uso e manejo de recursos ambientais, em conjunto com os órgãos estaduais e federal; promoção do monitoramento e fiscalização das fontes poluidoras; informação da população a respeito da poluição e da qualidade ambiental, dos riscos de acidentes, da presença de substâncias nocivas à saúde, e dos resultados do monitoramento; acompanhamento das políticas ambientais metropolitanas, em especial no que tange ao gerenciamento dos recursos hídricos e da disposição final de resíduos sólidos; promoção de atividades integradas entre os municípios da região, inclusive para a proteção, controle e fiscalização dos ecossistemas; promoção do ordenamento urbano mediante planejamento e controle do parcelamento e do uso e ocupação; disciplina do uso de áreas críticas, como as áreas de mananciais, garantindo o controle e a eliminação de situações de risco ambiental; observação na legislação de uso e ocupação do solo as faixas *non aedificandi* ao longo de cursos d'água; promoção do saneamento básico nas áreas urbanas e de expansão urbana; controle e fiscalização do fornecimento de substâncias tóxicas, explosivas ou radioativas (art. 15).

São diretrizes habitacionais significativas: a priorização do acesso à moradia à população de baixa renda, e a regularização fundiária de assentamentos precários; o estabelecimento de padrões especiais de uso e ocupação do solo para a regularização de assentamentos da população de baixa renda; coibição das ocupações em áreas de risco ambiental e outras não edificáveis (art. 17).

O Plano Diretor Santista define como prioridade a implantação do plano de gestão ambiental e do plano de atendimento à demanda habitacional (art. 18, IV e V).

A Lei Complementar Municipal nº 312/98, modificada pela Lei Complementar Municipal nº 448/2001, disciplina o ordenamento do uso e da ocupação do solo na área insular do Município de Santos. Mas a área insular não possui mananciais, razão pela qual deixa de ser aqui analisada. Por sua vez, a Lei Complementar Municipal nº 359/99 disciplina o ordenamento do uso e da ocupação do solo na área continental do Município de Santos, onde se encontram os rios Cabuçu, Jurubatuba e Quilombo.

A LC nº 312/98 tem por objetivos do ordenamento urbano a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade ambiental, e a implantação de atividades que resguardem o meio ambiente (art. 2º). Para tanto, dividiu territorialmente a área continental em Áreas de Expansão Urbana e Áreas de Proteção Ambiental (art. 3º, I e II). As Áreas de Expansão Urbana compreendem as Zonas: Urbana, de Suporte Urbano I, de Suporte Urbano II, Portuária e Retroportuária (art. 8º, I a IV). As Áreas de proteção ambiental compreendem as Zonas: de Uso Especial, de Preservação, de Conservação, de Uso Agropecuário (art. 13. I a IV).

Nas Zonas de Conservação, onde estão os rios Quilombo e Jurubatuba, são permitidos os seguintes usos: reservas ecológicas públicas ou particulares; pesquisa científica e banco genético; atividades educacionais e turismo monitorado; manejo auto-sustentado, aquíicultura e maricultura; manutenção de comunidades tradicionais; pequenas estruturas de apoio náutico – PEA's; estrutura viária de transposição e torres de retransmissão; infra-estrutura de apoio às instalações das atividades permitidas; manejo sustentado de espécies da fauna e flora; sistemas de captação de água (art. 25, LC nº 312/98). A taxa de ocupação máxima é de 5% da área da gleba (art. 32, LC nº 312/98), que deverá ter no mínimo 40.000 m<sup>2</sup> (art. 32, § 2º, LC nº 312/98).

A LC nº 312/98 estabeleceu penalidades para as infrações aos seus objetivos. São elas: intimação de advertência e suspensão das atividades; apreensão de máquinas e equipamentos; embargo de obras; demolição ou desmonte, parcial ou total, das obras, infra-estruturas ou instalações; medidas compensatórias; exclusão do registro do profissional ou firma legalmente habilitados no órgão competente municipal; multa.

#### **4. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**4.1** A conservação dos mananciais de interesse ao Município de Santos está ameaçada ora pelo uso irracional da água, ora pela expansão urbana desordenada e pelas deficiências no processo de planejamento urbano, que permite a instalação de atividades prejudiciais, a ocupação de margens e a destruição de matas ciliares, e o despejo de efluentes e esgoto.

**4.2** Os principais mananciais de abastecimento do Município de Santos situam-se em áreas de importância regional, e portanto, a proteção local aos mananciais não é suficiente para atender à sua demanda de água. Cada Município deve agir conjuntamente para a sua proteção, em articulação regional, inclusive, com o Comitê de Bacia Hidrográfica.

**4.3** A Lei nº 9.866/97 é um marco moderno na adoção da articulação da gestão de recursos hídricos com a disciplina do uso do solo. Mas depende de aprovação de uma lei específica para ser aplicada em cada bacia hidrográfica, cabendo aos Municípios executar a política urbana e estabelecer as restrições de áreas previstas.

**4.4** A gestão de recursos hídricos também deverá se articular com a fiscalização para combater as ocupações irregulares, a poluição dos mananciais, e a destruição de matas ciliares, as principais causas de degradação dos mananciais.

**4.5** Ainda não se implementou na região uma política urbana atenta à proteção dos mananciais sob as regras mais modernas. Devem ser aprovadas leis específicas de alcance regional para a proteção destas áreas, estabelecendo áreas de expansão, áreas intermediárias, e áreas de proteção propriamente ditas.



# **EIV À LUZ DOS POSTULADOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE E AS LEGISLAÇÕES MUNICIPAIS BRASILEIRAS**

*RAFAELA GRANJA PORTO*

Gerente de Licenciamento Ambiental – Diretoria do Meio Ambiente/Prefeitura do Recife – Mestre em Direito PUC/SP

## **1. INTRODUÇÃO**

O caos urbano instalado nas grandes cidades brasileiras, ao longo dos anos, que tem como marco principal de referência a Revolução Industrial, aliada à ausência ou ineficácia do planejamento urbano, podem ser considerados como os principais motivos para, em 2001, haver sido editado o Estatuto da Cidade.

Na tentativa de regulamentar o artigo 182 da Constituição de 1988, estabeleceu diversas diretrizes, objetivos e instrumentos de política urbana. Dentre esses instrumentos, a presente pesquisa pretendeu se ocupar do Estudo de Impacto de Vizinhança - EIV, tendo em vista sua importância estratégica para o planejamento das cidades. Muito embora, em momento algum se diminui o papel de outros instrumentos fundamentais, como o Plano Diretor.

O EIV encontra-se regulamentado por diversas legislações municipais, as quais, em regra, limitam-se a repetir literalmente o disposto no artigo 38 do Estatuto da Cidade. A redação deste artigo pode levar a erros de interpretação que comprometem seriamente a aplicação prática do instrumento e, consequentemente, sua efetividade. Por isso alerta-se para a importância do cuidado redobrado na sua interpretação, tendo em vista a necessidade pungente em se rever o norte que as cidades brasileiras têm seguido, cada vez mais distante do ideal de sustentabilidade

## **2. ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL E RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL (EIA/RIMA)**

Para melhor compreensão do tema em estudo, cabe trazer alguns esclarecimentos acerca do Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA). O EIA apareceu pela primeira vez na legislação brasileira, com a Resolução CONAMA 001/86. O artigo 8º, inciso I, da Lei Federal nº 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente - LPNMA), determina que compete ao Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA) fixar as regras e critérios “para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras (...)”. No exercício da competência atribuída por este artigo, o CONAMA estabeleceu critérios e diretrizes acerca deste instrumento, por meio da Resolução CONAMA 001/86.

Inicialmente, a Resolução atribuiu uma abrangência muito ampla ao Estudo, na medida em que era exigido para qualquer atividade modificadora do meio ambiente (artigo 2º)<sup>1</sup>. A sua abrangência foi reduzida com a Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 225, inciso IV, passou a considerar obrigatória a exigência de EIA apenas para atividades de significativo impacto ambiental.

Juntamente com o EIA, a Resolução em comento criou o Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, que deve refletir as conclusões do EIA de “forma objetiva” e em linguagem acessível, e atender a um conteúdo mínimo (artigo 9º e parágrafo único). O EIA também foi previsto no Princípio 17 da Declaração do Rio de 1992<sup>2</sup>.

O EIA/RIMA é a principal modalidade de AIA existente hoje<sup>3</sup> e uma das mais utilizadas principalmente no processo de licenciamento ambiental, mas não é a única. Todavia, diversos estudiosos renomados apresentam o EIA/RIMA como sinônimo de AIA<sup>4</sup>, o que impede o aproveitamento de outros instrumentos que fornecem técnicas eficazes para avaliação dos impactos de empreendimentos ou atividades menos complexos<sup>5</sup>. Parece correto afirmar que alguns fatores levaram à consolidação da idéia de AIA e EIA como sinônimos.

A primeira espécie de AIA a ser regulamentada no país foi o EIA/RIMA. Provavelmente por essa razão dito instrumento passou a ter uma larga utilização ao longo dos anos. E foi, por muito tempo, o único documento do qual se lança mão para avaliar os impactos de determinado empreendimento ou atividade dentro do processo de licenciamento ambiental.

Ademais, a forma como foi redigida a Resolução CONAMA 001/86 pode erroneamente levar a essa interpretação. Na parte inicial, refere-se à “necessidade de se estabelecerem as definições, as responsabilidades, os critérios básicos e as diretrizes gerais para uso e implementação da Avaliação de Impacto Ambiental”<sup>6</sup> e no restante do documento fala apenas em EIA/RIMA (grifo nosso). Não se identificou no documento legal qualquer indício que pudesse levar a crer que estava se tratando o EIA como uma espécie de AIA.

<sup>1</sup> MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Resolução CONAMA 001/86. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=23>>. Acesso em: 15 jan 2009.

<sup>2</sup> O estudo de impacto ambiental, compreendido como instrumento nacional, deve ser levado a efeito nos casos de atividades propostas, que apresentem o risco de ter efeitos nocivos importantes sobre o meio ambiente e que dependam da decisão de autoridade nacional competente (DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO). Rio de Janeiro, 03-14 jun 1992. Disponível em: <[http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convos/decl\\_rio92.pdf](http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convos/decl_rio92.pdf)>. Acesso em: 07 out 2008).

<sup>3</sup> Nesse sentido, Édis Milaré, Direito do Ambiente. Doutrina – jurisprudência – glossário. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 362. No mesmo sentido, Paulo de Bessa Antunes, Direito Ambiental. 11. ed. reform. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 282, 283. Em sentido similar, Paulo Affonso Leme Machado, Direito Ambiental Brasileiro. 16. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 65, 220. O entendimento do Professor Paulo Afonso é deduzido da leitura conjunta da página 65, com a página 220 da mesma obra, pois na primeira afirma que a avaliação dos impactos ambientais é instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, nos termos do artigo 9º, III da LPNMA; e na página 220 afirma que o EIA está previsto no artigo 9º, inciso III da LPNMA. Deduz-se daí que o autor pretendeu afirmar o EIA com um tipo de avaliação de impactos ambientais.

<sup>4</sup> Aparentemente há uma compreensão de que os termos são sinônimos na afirmação de que a Lei de Política Nacional de Meio Ambiente elegeu o EIA como seu instrumento, no artigo 9º, inciso III da LPNMA. Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 95-96. Na realidade, o artigo referido se reporta expressamente à avaliação de impactos ambientais.

<sup>5</sup> Antônio Inagê de Assis Oliveira, Avaliação de Impacto Ambiental X Estudo de Impacto Ambiental. In: BENJAMIM, Antônio Herman; MILARÉ, Édis (coords.). Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar, 2000, p. 141.

<sup>6</sup> MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, op. cit., 2009.

Acontece que, com a Constituição Federal de 1988, como dito, a exigência do EIA/RIMA restringiu-se a atividades e empreendimentos considerados de significativo impacto ambiental. Dessa maneira, permitiu que se distinguísse mais claramente o EIA/RIMA das avaliações de impactos ambientais genericamente previstas no artigo 9º, inciso III da LPNMA. Por isso se afirma ser o EIA/RIMA espécie do gênero AIA.

Podem-se identificar alguns problemas práticos em se utilizar o EIA/RIMA para empreendimento ou atividade de qualquer porte ou potencial poluidor, além da evidente inconstitucionalidade. Entre eles: a) custo elevado na sua elaboração<sup>7</sup>, o que pode não ser proporcional tendo em vista o custo total da atividade ou empreendimento a ser desenvolvido e o seu potencial poluidor ou porte; b) falta de especificidade nos itens exigidos para o estudo ambiental. Daí a importância em se criarem outras modalidades de avaliação de impactos ambientais.

Atualmente, diversas leis estaduais e municipais prevêem outras formas de avaliação de impactos ambientais que não o EIA/RIMA. Em geral, estão vinculadas ao licenciamento ambiental. Por exemplo, em Recife, a Lei Municipal nº 17.071/04, alterada pela Lei 17.171/05<sup>8</sup>, estabeleceu o Relatório Ambiental Simplificado (RAS) para empreendimentos ou atividades de pequeno porte e baixo potencial poluidor (artigos 3º, III e 5ºA, I); Estudo Técnico Ambiental (ETA) para empreendimentos ou atividades de médio potencial poluidor (artigo 5º, II). Em Campo Grande, o Decreto nº 7.884/99, que regulamenta a Lei Municipal nº 3612/99, criou, por exemplo, o Plano de Controle Ambiental (PCA), o qual é condicionante para concessão de licença de instalação, e exigível para “empreendimentos e atividades de exploração, geração e distribuição de energia elétrica”. Prevê também o Estudo de Risco (ER), utilizado para avaliar o risco potencial de acidentes ambientais. Pode-se citar ainda a Resolução CONAMA 387/06, a qual prevê o denominado relatório de viabilidade ambiental - RVA, utilizado especificamente para licenciar projetos de assentamento de reforma agrária<sup>9</sup>.

Questão controvertida acerca do EIA é o que se entende por significativo impacto ambiental. Imprescindível enfrentar o tema tendo em vista que é crucial para se estabelecer de quais atividades pode se exigir EIA/RIMA.

## 2.1 Significativo Impacto Ambiental

A correta compreensão do que vem a ser significativo impacto ambiental é intrinsecamente difícil, pois é feita antes que se tenha efetivamente avaliado os impactos ambientais referentes a uma atividade ou empreendimento. Acertadamente, a Constituição Federal optou por um conceito jurídico indeterminado<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Édís Milaré, *Direito do Ambiente. Doutrina – jurisprudência – glossário*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 369.

<sup>8</sup> RECIFE. Prefeitura Municipal. Lei Municipal nº 17.171/05. Disponível em: <<http://www.recife.pe.gov.br/diariooficial>>. Acesso em: 15.fev.2009.

<sup>9</sup> MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Resolução CONAMA 387/06. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=23>>. Acesso em: 10 jan 2009.

<sup>10</sup> Significativo impacto ambiental como conceito jurídico indeterminado conforme Apelação Cível nº 68.595-5/0-00.

ao tratar do EIA/RIMA, tendo em vista que seria faticamente impossível, e até mesmo inconveniente, que a própria Constituição ou lei posterior estabelecesse taxativamente todos os casos em que se deve exigir EIA/RIMA. A jurisprudência confirma o entendimento do significativo impacto ambiental como um conceito impreciso, indeterminado<sup>11</sup>.

Um dos parâmetros utilizados pela doutrina para se identificar o conteúdo de significativo impacto ambiental é o artigo 2º da Resolução CONAMA 001/86, que apresenta um rol de atividades e empreendimentos sujeitos a EIA/RIMA. Existe divergência doutrinária no que se refere à “presunção da gravidade do impacto”<sup>12</sup>, para se considerar o rol exemplificativo. A maioria da doutrina entende que a lista do artigo 2º referido vincula a Administração, no sentido de que não se pode dispensar a exigência do EIA/RIMA de qualquer das atividades ali presentes<sup>13</sup>. Há, dessa maneira, uma presunção absoluta<sup>14</sup> quanto à gravidade do impacto das atividades constantes do rol referido.

Existe jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>15</sup> que aponta o rol da Resolução CONAMA em comento como exemplificativo, de forma que seria exigível EIA/RIMA de atividades ali não listadas se consideradas de significativo potencial poluidor. Dessa maneira, restaria ao órgão ambiental a discricionariedade para estabelecer o que seria significativa degradação ambiental, a fim de se exigir EIA/RIMA.

Édis Milaré<sup>16</sup> explica que a Resolução em comento foi publicada antes da Constituição de 1988, em um contexto esparso de regras sobre proteção ambiental. Diante disso, não é de se espantar que a Resolução não tenha obedecido a um critério muito rígido na sua elaboração. Isso fica claro quando exigiu de toda e qualquer atividade que causasse impacto ao meio ambiente, independente do seu porte ou potencial poluidor, o EIA/RIMA. Como a Magna Carta determinou que o EIA/RIMA fosse apresentado somente para atividades de significativo impacto ambiental, pela “aplicação da lei no tempo”, o EIA/RIMA deve ser exigido apenas das atividades que possam ser caracterizadas como tal, entre as listadas na Resolução CONAMA 001/86.

Aponta o autor, com respaldo do Parecer PJ 130/89<sup>17</sup>, como incorreta a presunção absoluta das atividades como de significativo impacto ambiental com base no argumento de que em muitos incisos a Resolução deixa para o órgão ambiental a decisão de exigir ou não o EIA/RIMA. Por exemplo, o inciso XV<sup>18</sup>.

<sup>11</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Câmara Especial do Meio Ambiente. Apelação com revisão nº 538.214.5/3-00. Relator: Regina Capistrano. J. 28 fev 08. Disponível em <<http://www.tjpe.jus.br>>. Acesso em: 05 mar.2009

<sup>12</sup> Édis Milaré, op. cit., p. 371.

<sup>13</sup> Antônio Herman Benjamin, Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa. Revista Forense. v. 88. n. 317. Rio de Janeiro: Forense, jan-mar 1992, p. 40-41. José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo. 30. ed. ver. e atual. até a Emenda Constitucional n. 56, de 20.12.2007. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 291.

<sup>14</sup> Édis Milaré, Direito do Ambiente. Doutrina – jurisprudência – glossário. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 371.

<sup>15</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Câmara Especial do Meio Ambiente. Apelação com revisão nº 538.214.5/3-00. Relator: Regina Capistrano. J. 28 fev 08. Disponível em <<http://www.tjpe.jus.br>>. Acesso em: 15 fev 2009.

<sup>16</sup> Édis Milaré, op. cit., p. 368-374.

<sup>17</sup> O Parecer foi elaborado por Yara Maria G. Gouvêia e aprovado pela Resolução CONSEMA (Conselho Estadual do Meio Ambiente de São Paulo) 20/90. Édis Milaré, op. cit., p. 372.

<sup>18</sup> “XIV - projetos urbanísticos [...] em áreas consideradas de relevante interesse ambiental ou a critério do IBAMA e dos órgãos municipais e estaduais competentes”.

Segundo o mesmo autor, haveria uma presunção *juris tantum* acerca da gravidade do impacto das atividades listadas no artigo em comento. Restaria ao empreendedor comprovar que o empreendimento, obra ou atividade proposta não seria passível de apresentar EIA/RIMA. Fica ao órgão ambiental a decisão acerca da exigência do instrumento, conforme o artigo 3º e parágrafo único da Resolução CONAMA 237/97. Todavia, não apresenta uma sugestão de como o empreendedor poderia comprovar que seu empreendimento não é de significativo impacto ambiental sem a apresentação de um EIA/RIMA.

Certamente, não é a ausência de um procedimento específico destinado à comprovação pelo empreendedor que o empreendimento ou atividade pretendida enquadra-se como de significativo impacto ambiental, que torna inadequada a exposição doutrinária em comento. Os argumentos acima apresentados são bastante razoáveis. Sem embargo, algumas questões podem ser apontadas.

Primeiramente, inobstante tratar-se de conceito jurídico indeterminado, e como tal é deixada ao aplicador da norma verificar se o caso concreto corresponde à norma legal<sup>19</sup>, a interpretação sugerida deixa liberdade demais ao órgão ambiental nesse tema particular. Ainda que se saiba que abertura dada por um conceito jurídico indeterminado não é total, pois este possui alguns sentidos nucleares os quais permitem a identificação de situações em que certamente se aplicam ou não se aplicam. Esses sentidos nucleares existem antes que se cogite de uma interpretação individual<sup>20</sup>.

O fato é que se faz imprescindível considerar a realidade brasileira. A proteção ambiental constantemente é relegada em detrimento a interesses políticos e econômicos. Acaba-se encontrando justificativa para dispensar o EIA/RIMA se algum desses interesses estiver em jogo. Tendo em vista a experiência acumulada no que se refere à exigência de EIA/RIMA parece mais correto a edição de uma lei em sentido estrito ou, no mínimo, uma resolução atualizada do CONAMA, que apresente um rol das atividades necessariamente sujeitas a EIA/RIMA.

Muito embora não ser conveniente pensar em leis e procedimentos tendo como foco principal a corrupção reinante, é preciso aceitar que o país ainda está adquirindo maturidade política e técnica para o exercício de determinados deveres. Por mais que se tenha influência política na elaboração de leis, em tese é um processo que oferece a possibilidade de ser transparente e legítimo. E projetos de lei dessa natureza, não restam dúvidas, despertam a atenção de diversos setores, em especial organizações da sociedade civil e o setor imobiliário. O que é salutar porque tende a provocar uma discussão ampla com a participação de diversos setores da sociedade de forma a legitimar um pouco mais o processo.

Nesse processo de construção do preenchimento do conteúdo jurídico indeterminado, representado pela expressão significativo impacto ambiental.

---

<sup>19</sup> José Carlos Barbosa Moreira, Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. Revista Forense. v. 261, ano 74. Forense: Rio de Janeiro, mar 1978, p. 14-15. Em sentido similar, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, Código Civil comentado e legislação extravagante. 3 ed. rev. e ampl. da 2 ed. do Código Civil Anotado. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 158.

<sup>20</sup> Humberto Ávila, Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores 2006, p. 33-34.

José Afonso da Silva afirma que a Constituição “Deixou para a legislação ordinária a especificação dos casos concretos em que deverá obrigatoriamente ser elaborado”<sup>21</sup>. Tem razão em parte porque em alguns casos é impossível para a lei determinar se o impacto é significativo sem um estudo prévio. A decisão do órgão ambiental no sentido de exigir ou não EIA/RIMA, no caso concreto, deve se limitar às hipóteses em que não for possível identificar previamente se a atividade ou empreendimento é de significativo impacto.

Um exemplo pode esclarecer melhor. A Resolução CONAMA 001/86, no inciso XIV, refere-se à exigência de EIA/RIMA nos casos em que a atividade de exploração econômica de madeira ou lenha “atingir áreas significativas em termos percentuais”. Não é possível determinar previamente um percentual exato que caracterizaria a atividade como de significativo impacto no meio, porquanto depende do local que se pretende explorar. Nesses casos, em prol da boa técnica da avaliação de impactos, deve ser deixado ao órgão ambiental decidir se cabe ou não exigir EIA/RIMA.

O contra-exemplo pode ser dado pelo artigo 3º da Resolução CONAMA010/90<sup>22</sup>, que permite dispensa de EIA/RIMA para atividades de extração mineral Classe II, a depender da natureza, localização ou porte do empreendimento, a critério do órgão ambiental. Esse tipo de informação tem condições de ser previamente definido em lei, especialmente uma vez que é atividade bastante conhecida e a respeito da qual tem-se conhecimento da significância do impacto. Assim, é inconstitucional o artigo 3º da Resolução CONAMA. É esse sentido um tanto mais restrito que deve ser compreendida a abertura constitucional permitida pela adoção do conceito jurídico indeterminado “significativo impacto ambiental”, considerando sua peculiar aplicação prática.

Na ausência de lei federal ou de revisão efetiva das resoluções do CONAMA sobre o tema, sugere-se o caminho adotado por alguns Municípios que fixaram por lei um rol de atividades e empreendimentos sujeitos a EIA/RIMA ou a outras espécies de avaliação de impactos, cujos exemplos seguem abaixo. Essas listas foram criadas tendo por base a natureza da atividade, seu porte e potencial poluidor. Em diversos Estados que possuem lei sobre licenciamento ambiental, esta se limita a estabelecer uma lista de empreendimentos e atividades sujeitos ao licenciamento. E, nessas leis, há uma referência genérica à exigência de EIA/RIMA para atividades de significativo impacto ambiental.

Mais uma vez voltando ao exemplo da cidade de Recife, a Prefeitura Municipal, especificamente, a Diretoria de Meio Ambiente, em 2004, começou a trabalhar em um projeto de lei municipal referente ao licenciamento ambiental a ser realizado pelo município. A equipe encarregada encontrou dificuldades para esta-

<sup>21</sup> José Afonso da Silva, *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 290.

<sup>22</sup> “Art. 3º. A critério do órgão ambiental competente, o empreendimento, em função de sua natureza, localização, porte e demais peculiaridades, poderá ser dispensado da apresentação dos Estudos de Impacto Ambiental – EIA e respectivo Relatório de Impacto Ambiental – RIMA.

Parágrafo único. Na hipótese da dispensa de apresentação do EIA/RIMA, o empreendedor deverá apresentar um Relatório de Controle Ambiental- RCA, elaborado de acordo com as diretrizes a serem estabelecidas pelo órgão ambiental competente”.

belecer que atividades e empreendimentos estariam sujeitos ao EIA/RIMA, além dos especificados na Resolução CONAMA 001/86. A intenção foi não deixar em aberto, indicando genericamente que seriam os de significativo impacto ambiental, para frear eventuais pressões políticas influenciadas na dispensa de EIA/RIMA em alguns casos. A idéia era determinar que atividades estariam sujeitas ao EIA/RIMA e depois estabelecer outros tipos de avaliação de impactos ambientais para atividades que não tivessem significativo potencial poluidor.

Chegou-se ao seguinte procedimento: foi dada uma lista de atividades e empreendimentos que se pretendia submeter ao licenciamento ambiental, com base na Resolução 237/97 do CONAMA, bem como informações internas da Prefeitura acerca das atividades e empreendimentos desenvolvidos no Recife. A partir dessa lista e da Resolução 001/86 do CONAMA, uma equipe de técnicos das mais variadas formações, tentou identificar quais seriam as atividades com potencial poluidor que justificasse a exigência de um documento complexo como o EIA/RIMA. Essas atividades ou empreendimentos foram qualificados como de alto potencial poluidor. A equipe foi orientada para, na dúvida, considerar o empreendimento de alto potencial poluidor para que fosse exigido EIA/RIMA. O Decreto nº 7.884/99, que regulamenta a Lei Municipal nº 3612/99, de Campo Grande, apresentar lista similar, a qual serviu como fonte de pesquisa quando da elaboração da lei municipal de Recife.

Com base no mesmo critério, o grupo técnico estabeleceu que atividades poderiam ser consideradas de médio ou baixo potencial poluidor. Para as atividades de médio potencial poluidor, exigiu-se uma avaliação de impactos ambientais intermediária, o que se convencionou denominar Estudo Técnico Ambiental; das atividades ou empreendimentos sujeitos ao licenciamento simplificado, convencionou-se solicitar o Relatório Ambiental Simplificado. Outra equipe técnica revisou a lista. Finalmente, em 2003, foi publicada a Lei Municipal nº 16.930, com as avaliações referidas e uma extensa lista de empreendimentos e atividades sujeitos a licenciamento ambiental realizado pelo município<sup>23</sup>

### **3. ESTUDO DE IMPACTO DE VIZINHANÇA (EIV)**

O Estudo de Impacto de Vizinhança é um dos instrumentos de política urbana criados pelo Estatuto da Cidade, em 2001 (Lei nº 10.257). Sua função principal consiste em avaliar os impactos de empreendimentos e atividades no ambiente urbano. A finalidade primordial desse instrumento é ordenar democraticamente a ocupação das áreas urbanas. Para tanto, servem de guia as diretrizes previstas no artigo 2º, incisos II e VI do diploma legal referido<sup>24</sup> e, assim, realizar adequadamente as funções sociais da propriedade urbana e da cidade, na tentativa de se alcançar cidades sustentáveis.

<sup>23</sup> RECIFE. Lei Municipal nº 16.930/03, Disponível em: <<http://www.recife.pe.gov.br/meioambiente>>. Acesso em: 20 fev 2009.

<sup>24</sup> As diretrizes referidas nos incisos II e VI do artigo 2º do Estatuto da Cidade não são as únicas que orientam o EIV, apenas estão sendo aqui consideradas como as principais.

O Estatuto da Cidade deixa a cargo de lei municipal eleger que atividades e empreendimentos em áreas urbanas devam se sujeitar ao EIV, “para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público municipal” (artigo 36). Deste artigo se depreende que é a principal ferramenta do licenciamento urbanístico.

O Estatuto da Cidade determina que o EIV seja exigido para empreendimento ou atividades localizados em área urbana. O fato de o empreendimento ou atividade desenvolver-se em área urbana não significa afirmar que serão avaliados unicamente os impactos potenciais ou efetivos nessa área. Se o empreendimento ou atividade objeto do EIV estiver próximo de áreas rurais, esta necessariamente deve ser incluída no EIV, sob pena de estar se realizando um diagnóstico incompleto e impreciso a respeito daquela atividade ou empreendimento.

A garantia de publicidade do EIV vem expressamente prevista no parágrafo único do artigo 37 do Estatuto da Cidade, quando afirma que “os documentos integrantes do EIV” devem estar disponíveis para consulta “por qualquer interessado”. O artigo 2º, inciso XII, por sua vez, aponta como diretriz orientadora da política urbana “audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população”.

#### **4. ANÁLISE DO ARTIGO 38 DO ESTATUTO DA CIDADE À LUZ DOS POSTULADOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE**

O artigo 38 do Estatuto da Cidade determina que “A elaboração do EIV não substitui a elaboração e aprovação do estudo prévio de impacto ambiental (EIA), exigido nos termos da legislação ambiental”.

Uma leitura descontextualizada do artigo leva à interpretação de que EIV e EIA, por serem instrumentos distintos, que se prestam a objetivos diferentes, devem ser exigidos do mesmo empreendedor, no que se refere ao licenciamento da mesma atividade, quando for o caso. A maioria se divide entre considerar se deve ou não ser exigido EIV e EIA para o mesmo empreendimento.

Alguns entendem que o EIV pode ser dispensado quando se exigir EIA. Paulo de Bessa Antunes é um dos representantes dessa doutrina. O autor é incisivo ao afirmar que, inobstante a vocação do EIA para empreendimentos industriais e em locais não urbanizados, este instrumento, inicialmente, era exigido para condomínios, *shoppings* e empreendimentos similares. A solicitação do estudo tinha como objetivo avaliar os aspectos mínimos que atualmente o Estatuto da Cidade exige para o EIV. Ainda segundo o autor, o EIV aparece como um instrumento suficiente para avaliar empreendimentos localizados em área urbana, desde que não seja uma atividade industrial. Nesse caso, o EIA seria exigível. Dessa forma, não teria sentido a obrigatoriedade dos dois estudos para o mesmo empreendimento<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> Paulo de Bessa Antunes, *Direito Ambiental*. 11. ed. reform. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 315, 316. Em sentido similar, Vanêscia Buzelato Prestes. Plano Diretor, Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV): um diálogo. In: BENJAMIN, Antônio H.; MILARÉ, Édis (orgs.). *Revista de Direito Ambiental*. Ano 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun, 2006, p. 83.

A maioria dos autores pensa diferente. Há quem afirme que EIV e EIA são instrumentos diferentes, com finalidades distintas, de forma que devem ser exigidos ambos<sup>26</sup>. O jurista Caramuru A. Francisco<sup>27</sup> usa como um dos argumentos para confirmar a idéia de que EIV e EIA são instrumentos distintos o fato de que a audiência pública seria obrigatória para o EIV, por força do artigo 2º, inciso XII, do Estatuto da Cidade. Na hipótese de se considerar obrigatória a audiência pública para o EIV, e for exigível EIA para o mesmo empreendimento, entende-se que a audiência pública passará a ser obrigatória para aquele EIA, pois se presta a contemplar o conteúdo do EIV. Seria uma solução mais pragmática e efetiva do que simplesmente solicitar a apresentação dos dois instrumentos distintamente. Até mesmo porque, em regra, na prática, são realizadas audiências públicas nos casos de apresentação de EIA.

Édis Milaré, em linha similar de pensamento, entende que a necessidade de EIA pode se apresentar, nas hipóteses em que os impactos de determinado empreendimento ou atividade ultrapassarem a vizinhança. Dessa forma, pode-se exigir também o EIA, além do EIV. O fato de que “o meio ambiente urbano tem sua dinâmica própria” leva o autor a afirmar que as exigências cabíveis em âmbito de um EIA têm natureza diferente das exigíveis em um EIV, que tem como objeto intervenções em áreas quase totalmente alteradas pela intervenção humana<sup>28</sup>.

Assim como o EIA, o EIV é espécie do gênero AIA. A diferença é que o primeiro auxilia no procedimento para obtenção de licença urbanística, enquanto o outro é documento necessário ao licenciamento ambiental. Portanto, a compreensão do EIV e EIA como dois estudos distintos e, por isso, exigíveis para o mesmo empreendimento ou atividade, vai de encontro aos postulados da proporcionalidade e razoabilidade a seguir explanados. Conseqüentemente, ameaça a efetividade dos instrumentos que buscam, em última análise, proteger os dois direitos fundamentais em jogo: o exercício do direito de propriedade e a proteção do meio ambiente. Por mais que o exercício de direito de propriedade não seja pleno sem a proteção ambiental, esta proteção não deve ser efetivada a qualquer custo, sob o risco de cercear o exercício do direito de propriedade.

A razoabilidade enquanto postulado abarca três sentidos: equidade, congruência e equivalência. A razoabilidade como equidade possui os seguintes elementos: a) orienta pela observância de conciliação entre a norma geral e o caso concreto. Para tanto, deve se ter em conta, ao aplicar a norma, o que acontece com mais freqüência. Nesse sentido, deve-se supor, ao aplicar o Direito, o que habitualmente acontece; b) os casos excepcionais devem ser isentos de aplicação da norma geral, exatamente por sua condição de excepcionalidade. A norma in-

<sup>26</sup> Nesse sentido, Régis Fernandes de Oliveira, *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 127; Celso Antônio Pacheco Fiorillo, *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 320; João Carlos Macruz et al., *O Estatuto da Cidade e seus instrumentos urbanísticos*. São Paulo: LTr, 2002, p. 142; Marcos Maurício Toba, In: MADAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (orgs.). *Estatuto da Cidade – Lei 10.257, de 10.07.2001*. Comentários. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 235.

<sup>27</sup> Caramuru A. Francisco, *Estatuto da Cidade Comentado*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 237.

<sup>28</sup> Édis Milaré, *Direito do Ambiente. Doutrina – jurisprudência – glossário*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 399.

cide sobre o caso, porém não será aplicada dadas as condições especiais do caso concreto e a finalidade prevista pela norma. Esta última não será afetada por não se aplicar àquele caso particular<sup>29</sup>.

Pode a razoabilidade ser entendida como congruência, que implica em estabelecer uma relação de harmonia entre as normas e “suas condições externas de aplicação”. Nesse caso, o primeiro elemento a se identificar é um “suporte empírico existente” para a aplicação da norma, *i. e.*, reconhecer o liame, se houver, da norma com a realidade. O outro elemento do postulado em comento a ser identificado é a conexão harmônica que deve existir entre o critério de diferenciação elegido pela norma e a medida por esta adotada. O critério de diferenciação pode ser explanado como aquele em função do qual o conteúdo da norma é estabelecido<sup>30</sup>.

A proporcionalidade busca harmonizar meio e fim na produção do resultado<sup>31</sup>, especialmente nos casos em que um direito fundamental limita a aplicação de outros direitos fundamentais<sup>32</sup>. O fim traduz-se em um “estado desejado de coisas”, somente possível de ser atingido progressivamente. O fim não pode ser indeterminado e deve ser passível de controle empírico. Existe a obrigação de o Poder Público eleger um meio que promova o fim, ainda que minimamente. Não se obriga que o fim escolhido, seja pelo Legislativo, seja pelo Executivo, corresponda ao melhor ou ao mais seguro<sup>33</sup>.

A proporcionalidade passa pela verificação de três variáveis: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito<sup>34</sup>. Considera-se adequado o meio que leva ao fim buscado pela norma<sup>35</sup>. Ressalve-se que é suficiente o meio fomentar o fim, porquanto não se exige a realização completa deste<sup>36</sup>. A necessidade consiste na identificação do meio menos gravoso aos direitos fundamentais em jogo, entre os adequados para se chegar ao fim colimado. Tal identificação envolve duas fases: examinar se os meios existentes e igualmente adequados promovem o fim da mesma forma e verificar se ditos meios são os que de fato limitam “em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados”, de maneira geral e “nos casos evidentes”. A proporcionalidade em sentido estrito traduz-se no estabelecimento de relação comparativa custo-benefício do meio elegido: os prejuízos resultantes devem ser inferiores aos benefícios promovidos<sup>37</sup>. Essas variáveis devem ser necessariamente analisadas nessa ordem: primeiro verifica-se a adequação, depois a necessidade e, finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito.

<sup>29</sup> Humberto Ávila, *op. cit.*, p. 139-142.

<sup>30</sup> Humberto Ávila, *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 142-145.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 139.

<sup>32</sup> Luís Virgílio Afonso da Silva, *O proporcional e o razoável*. In: *Revista dos Tribunais*. Ano 91, v. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr 2002, p. 24.

<sup>33</sup> Humberto Ávila, *op. cit.*, p. 146-154.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 149. No mesmo sentido, Luís Virgílio Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 24. Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 396, 397.

<sup>35</sup> Humberto Ávila, *op. cit.*, p. 153, 154.

<sup>36</sup> Luís Virgílio Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 36.

<sup>37</sup> Humberto Ávila, *op. cit.*, p. 146-150, 158, 159.

Não há como negar que o EIV e o EIA são documentos distintos. Todavia, possuem estreita relação: o EIV não pode deixar de ter em conta os aspectos do ambiente natural, por previsão expressa do Estatuto da Cidade (artigo 37, inciso VII), ao passo que o EIA é instrumento de análise de empreendimentos ou atividades localizados em áreas urbanas, quando estas forem consideradas de significativo impacto ambiental.

Para se ter uma idéia do tanto que não é proporcional nem razoável solicitar do mesmo empreendedor, para o mesmo empreendimento ou atividade, tanto EIV quanto EIA, algumas razões podem ser elencadas. Em primeiro lugar, e talvez esse seja o motivo mais relevante e de extrema importância, deve-se adotar uma visão mais ampla a respeito dos impactos gerados por um empreendimento ou atividade nas cidades. Isso porque

*“O mesmo curso d’água é manancial para quem trabalha com recursos hídricos, e corpo receptor para quem trabalha com águas servidas (esgoto). A dançeteria que é ponto de encontro de jovens e fonte que gera emprego e movimentação a cidade, também ocasiona grande congestionamento, porque não possui vias adequadas a sua acessibilidade. O desafio consiste em todas as áreas do conhecimento que interferem no processo e aprovação urbanística e ambiental buscarem uma nova síntese que supere a visão fragmentada das análises, implicando numa decisão mais abrangente e que gere melhor qualidade de vida<sup>38</sup>.”*

Se cada órgão (ambiental e urbanístico, municipal e estadual) faz suas exigências, há uma maior probabilidade em não ser o empreendimento analisado em sua plenitude. É possível, e bastante provável, que o órgão urbanístico limite-se às questões de esgotamento ou disposição de resíduos sólidos, ao passo que o órgão ambiental foque nas questões como movimentação de terra ou vegetação de preservação permanente ou outras áreas ambientalmente protegidas, por exemplo. Consequentemente, os impactos, sejam positivos, sejam negativos, não serão avaliados de forma conjunta e global, o que influi negativamente no resultado final da análise do empreendimento.

Identifica-se nesta hipótese o descumprimento do postulado da proporcionalidade nas suas três variáveis. Descumpra a variável *adequação* na medida em que o meio elegido pela norma, ao invés de servir como ponte para se chegar ao fim por esta colimado, transmuda-se em óbice ao mesmo. O meio passa então a não mais ser necessário, pois não é o menos gravoso para os direitos fundamentais envolvidos (direito de propriedade e proteção do meio ambiente urbano e natural). Por conseguinte, os benefícios são menores que os prejuízos proporcionados pelo meio posto na norma (proporcionalidade em sentido estrito).

Por outro lado, onera em demasia o empreendedor. Ainda que solicite ambos os estudos para uma mesma equipe, o custo será maior porque terá que contratar dois documentos. Além disso, onera o poder público, uma vez que

<sup>38</sup> Vanêsa Buzelato Prestes. Plano Diretor, Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV): um diálogo. In: BENJAMIN, Antônio H.; MILARÉ, Édís (orgs.). Revista de Direito Ambiental. Ano 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun, 2006, p. 245.

terá que disponibilizar mais funcionários para a análise de um mesmo empreendimento ou atividade. Nesse caso, entender que o artigo 38 exige EIA e EIV para um mesmo empreendimento é estar em desacordo com o postulado da razoabilidade como congruência, na medida em que desconsidera um critério de diferenciação fundamental: mesmo empreendimento. Quando se tratar de um mesmo empreendimento ou atividade a medida adequada é exigir um único documento que considere todos os possíveis impactos gerados pelo empreendimento ou atividade objeto de análise.

A oneração excessiva do empreendedor comprava também a violação ao postulado da proporcionalidade, em suas três variáveis. A proporcionalidade como adequação é desconsiderada na medida em que o meio pode obstaculizar a obtenção do fim. Por exemplo, se resultar muito oneroso licenciar o empreendimento do ponto de vista urbanístico e ambiental, as atividades ou empreendimentos muito provavelmente funcionarão clandestinamente. A variável necessidade tampouco é observada porque não foi elegido o meio menos gravoso para se chegar ao fim buscado pela norma em comento. Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, esta é igualmente ignorada tendo-se em conta que os prejuízos provenientes da medida legal são em muito superiores aos seus benefícios, visto que atividades clandestinas, para usar o exemplo trazido, causam mais danos ao meio ambiente, em tese, que uma atividade licenciada corretamente.

Identifica-se ainda o risco de decisões conflitantes por parte do órgão urbanístico e ambiental. O conflito entre decisões se torna mais grave, se o ente federativo competente pela emissão da licença urbanística for distinto do ente federativo responsável pela emissão da licença ambiental. Acontece que em muitos casos não existe comunicação efetiva entre município e Estados ou União. Por exemplo, há chance de que um órgão solicite alterações de uma natureza, e outro órgão aprove o pedido na forma concebida, sem necessidade de qualquer modificação. O processo de aprovação do empreendimento, que não é curto, vai se tornar mais longo, pois dificilmente os documentos serão analisados de forma sincronizada pelo órgão urbanístico e pelo órgão ambiental.

Nessa hipótese de decisões conflitantes fica claro que a interpretação do artigo 38 ora discutida – EIV e EIA para o mesmo empreendimento – descumpra, sob outro ângulo, o postulado da proporcionalidade. Decisões conflitantes vão de encontro ao fim buscado pela norma. A medida passa a ser desnecessária posto que o meio elegido torna-se gravoso se as decisões não coincidem. Vislumbram-se dois caminhos a serem adotados pelo empreendedor: permitir que a atividade ou empreendimento funcione de forma clandestina, o que provavelmente causará danos ao ambiente; ou buscar dirimir o conflito para que não haja problemas futuros. Imagine-se agora o tempo, a burocracia e os gastos financeiros que terá que enfrentar para solucionar esse conflito. A proporcionalidade em sentido estrito é igualmente ignorada, uma vez que os prejuízos superam em muito os benefícios proporcionados pela medida.

Esse entendimento pode gerar problemas quando se tem em mente que, frequentemente, é o mesmo ente federativo que irá solicitar ambas as avaliações de impactos ambientais – EIV e EIA. Desde a Constituição de 1988, o município

tem competência para realizar o licenciamento ambiental (artigo 23, inciso VI; artigo 30, incisos I e II). Inúmeros municípios já o fazem efetivamente. A idéia de dois órgãos vinculados ao mesmo ente federativo solicitarem estudos similares para um mesmo empreendimento simplesmente porque um tem sua competência ligada ao meio ambiente urbano e o outro ao ambiente natural, não parece lógica ou funcional do ponto de vista prático<sup>39</sup>. O ideal é que o município se organize internamente para que o licenciamento urbanístico e o licenciamento ambiental integrem o mesmo processo de aprovação<sup>40</sup>.

Na hipótese de o órgão ambiental não pertencer ao município, mas ao Estado ou União, tampouco há motivos para que sejam exigidos os dois estudos<sup>41</sup>. Não obstante se tratar de procedimentos distintos, pois o licenciamento urbanístico vai ser feito pelo município, avenge-se a seguinte possibilidade: o EIA/RIMA apresentado para licenciamento ambiental é encaminhado para análise do município sobre os aspectos que lhe cabem. Após analisado, o município poderia emitir algum tipo de certidão ou documento equivalente para certificar que os aspectos urbanísticos locais foram analisados, se aprovado o empreendimento. Esse documento seria apresentado pelo empreendedor quando do pedido de licença urbanística para justificar a dispensa de apresentação e análise do EIV.

Para que esta hipótese se torne viável do ponto de vista prático e possibilite a celeridade nos procedimentos administrativos necessários, seria recomendável que o órgão municipal participasse da elaboração do termo de referência, a fim de que o EIA exigido contemplasse os aspectos referentes à análise a ser feita pelo município. É dessa forma que se contribui para a superação da análise fragmentada desses instrumentos e se fomenta a cooperação entre os entes federativos para se caminhar na direção da melhoria da qualidade de vida, ingrediente essencial de cidades sustentáveis.

Diante dos argumentos expostos, o entendimento mais correto é aquele segundo o qual para o mesmo empreendimento ou atividade deve ser solicitado EIV ou EIA. O EIV deve ser solicitado para atividades ou empreendimentos localizados em área urbana, nos termos do artigo 36 do Estatuto da Cidade, e que não se considere de significativo impacto ambiental. O EIA deve ser solicitado para empreendimentos de significativo impacto ambiental, conforme previsto pelo artigo 225, inciso IV da CF/88, independente da sua localização.

Excepcionalmente, se durante a análise do EIV for identificado que o empreendimento ou atividade tem impacto maior que o previsto e previsível quando se exigiu o EIV, ele pode ser solicitado do empreendedor. É preciso que as normas a respeito desse tema tragam um procedimento para esse tipo de situação, tendo em vista que a análise do EIA é de competência órgão ambiental.

---

<sup>39</sup> Vanêsa Buzelato Prestes, Plano Diretor, Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV): um diálogo. In: BENJAMIN, Antônio H.; MILARÉ, Édís (orgs.). Revista de Direito Ambiental. Ano 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun, 2006, 245.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 246.

<sup>41</sup> Em sentido contrário, Vanêsa Prestes (op. cit., p. 246) afirma que nessas hipóteses em que o licenciamento ambiental é de competência do Estado ou da União, se a atividade for passível de EIV pela legislação municipal e também de EIA, o município deve exigir o documento. Assim, devem ser exigidos do empreendedor os dois documentos por se tratar de licenciamentos realizados por entes federativos distintos.

Somente nesse sentido parece acertado compreender que o EIV não dispensa a exigência de EIA. Deve ser encarado como exceção, não como regra geral. Uma interpretação muito ampla do artigo em comento se mostra inconstitucional tendo em vista o princípio do desenvolvimento sustentável e os postulados<sup>42</sup> da proporcionalidade e da razoabilidade. Além disso, coloca-se como entrave à efetivação do direito a cidades sustentáveis.

Esclarecida qual a interpretação se entende mais correta para o artigo 38 do Estatuto da Cidade, cabe passar à análise do tratamento da matéria pela legislação de alguns dos municípios brasileiros.

## 5. O EIV NAS LEGISLAÇÕES MUNICIPAIS BRASILEIRAS

Antes da edição do Estatuto da Cidade, algumas cidades brasileiras contavam com legislação regulatória de instrumento similar ao EIV. Após sua publicação, houve algumas tentativas de atualização legislativa, poucas bem sucedidas.

A Lei Orgânica Municipal de São Paulo previa o Relatório de Impacto de Vizinhança – RIVI, para atividades de “significativa repercussão ambiental ou na infra-estrutura urbana”. Esse dispositivo foi regulamentado primeiramente pelo Decreto Municipal nº 32.329/92 (regulamentação do Código de Obras).

Posteriormente, o Decreto Municipal nº 34.713/94, alterado pelo Decreto nº 36.613/96, promoveu nova regulamentação na qual foi criada uma lista de atividades sujeitas e dispensadas de apresentar o RIVI, bem como procedimentos específicos destinados a otimizar o tempo de aprovação desses processos. A expressão significativa repercussão ambiental ou na infra-estrutura urbana foi substituída por significativo impacto ambiental ou de infra-estrutura urbana. Seja repercussão, seja impacto, o certo é que há uma impropriedade no uso do termo significativo, tendo em vista que, pelo artigo 225, inciso IV da Constituição vigente, o instrumento exigível para empreendimentos ou atividades de significativo impacto ambiental é o EIA/RIMA. O dispositivo constitucional não faz qualquer ressalva no que se refere a impactos urbanos. A nova alteração do Decreto Municipal nº 34.713/94, promovida pelo Decreto 47.442/06, limitou-se às regras procedimentais. Este novo decreto, apesar de editado em data posterior ao Estatuto da Cidade, mantém a referência ao RIVI<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> Diferenciam-se os postulados das regras e princípios pela função que desempenham: fixam critérios ou medidas para “aplicação dos princípios e das regras”; é dizer, “deveres estruturais”, os quais são conceituados como “deveres que estabelecem a vinculação entre elementos e impõe determinada relação entre eles” (grifo do autor). Não descrevem comportamento (regras) ou estabelecem finalidade a ser seguida, nem se prestam a dar sentido às normas (princípios). Buscam fornecer mecanismos para solução das denominadas experiências recalcitrantes, expressão utilizada para qualificar os casos em que a justificação da regra não corresponde a sua aplicabilidade ao caso concreto (Humberto Ávila, Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 124, 125, 127, 129, 130, 163). Justificação é o objetivo que a regra pretende alcançar (Frederick Schauer, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of rule Based Decision-Making in Law and in life*. Clarendon Press: Oxford, 1991, p. 39).

<sup>43</sup> SÃO PAULO. Decreto Municipal nº 47.442/06. Disponível em: <[http://www3.prefeitura.sp.gov.br/cadlem/secretarias/negocios\\_juridicos/cadlem/pesqnumero.asp?t=D&n=47442&a=&s=&var=0](http://www3.prefeitura.sp.gov.br/cadlem/secretarias/negocios_juridicos/cadlem/pesqnumero.asp?t=D&n=47442&a=&s=&var=0)>. Acesso em: 17 fev 2009.

Com a publicação do Estatuto da Cidade, o novo Plano Diretor de São Paulo (Lei nº 13.430/02)<sup>44</sup> incluiu, nos artigos 257 a 259, dispositivos com redação similar à do Estatuto. Apresentou alguns acréscimos, como a atribuição ao empreendedor da responsabilidade pela execução de medidas mitigadoras e compensatórias estabelecidas pelo Executivo (artigo 258), e a referência expressa ao Relatório de Impacto de Vizinhança (RIV), como documento auxiliar do EIV, inspirado certamente no RIMA.

No Rio de Janeiro, a Lei Orgânica Municipal<sup>45</sup>, de 05 de abril de 1990, em redação um tanto confusa, exige, em seu artigo 444, avaliação de impacto urbanístico para empreendimentos imobiliários e industriais “com a instalação de equipamentos urbanos e infra-estrutura modificadora do meio ambiente”. No artigo seguinte, determina que o relatório de impacto de vizinhança é o documento a ser apresentado para o licenciamento de edificações multifamiliares e empreendimentos industriais e comerciais.

Existe um Projeto de Lei Complementar nº 55/2007, da Câmara Municipal do Rio de Janeiro<sup>46</sup>, que indica o procedimento das atividades de descomissionamento para o licenciar projetos de parcelamento do solo, mudança de uso de determinado imóvel, entre outros<sup>47</sup>. Para essas atividades de descomissionamento sugere apresentação de EIV, a ser custeado pelo proprietário do imóvel (artigo 3º, §2º). Um tanto questionável esse dispositivo, pois nem sempre o proprietário do imóvel é o empreendedor da obra ou atividade. O ideal é que se atribua ao empreendedor o custeio da elaboração do EIV. O PL recomenda, no parágrafo seguinte, que a equipe seja de arquitetos e engenheiros<sup>48</sup>. O dispositivo se mostra inadequado porque o EIV não está restrito à análise de aspectos urbanísticos; deve abarcar o ambiente natural afetado pelo empreendimento proposto. Dessa forma, a multidisciplinaridade da equipe deveria ser mais ampla.

O Plano Diretor de Manaus (Lei nº 671/2002)<sup>49</sup> prevê o Estudo de Impacto de Vizinhança em redação semelhante à do Estatuto da Cidade. Especifica que as leis de uso e ocupação do solo devem definir os empreendimentos sujeitos a EIV (artigo 73). Posteriormente, a Lei Municipal nº 713/2003, alterada pela Lei nº 106/2003, regulamentou o EIV para algumas atividades de comércio, sem trazer nenhuma novidade<sup>50</sup>.

<sup>44</sup> SÃO PAULO. Lei Municipal nº 13.430/02(Plano Diretor). Disponível em: <[http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/upload/b9e06\\_Lei\\_N\\_13.430-02\\_PDE.pdf](http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/upload/b9e06_Lei_N_13.430-02_PDE.pdf)>. Acesso em: 31 mar, 2008.

<sup>45</sup> RIO DE JANEIRO. Prefeitura Municipal, Lei Orgânica Municipal (05 de abril de 1990). Disponível em: <<http://www2.rio.rj.gov.br/pgm/leiorganica/leiorganica.html>>. Acesso em: 17 fev 2009.

<sup>46</sup> RIO DE JANEIRO. Câmara Municipal Projeto de Lei nº 55/2007. Disponível em: [http://spl.camara.rj.gov.br/spl/spl\\_documento?jsessionid=9CA9B3F77DBBDCA658696BD32290502E?id=9159](http://spl.camara.rj.gov.br/spl/spl_documento?jsessionid=9CA9B3F77DBBDCA658696BD32290502E?id=9159). Acesso em: 17 fev 2009.

<sup>47</sup> O artigo 2º do projeto esclarece que “Descomissionamento é o processo de desinstalação, desativação ou encerramento de atividades poluidoras ou que atuem no processamento, armazenamento e circulação de substâncias nocivas à Saúde Pública ou ao Meio Ambiente”.

<sup>48</sup> “§3º A elaboração dos EIV deverá ser realizada apenas por profissionais ou empresas habilitados e devidamente credenciados no Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura CREA/RJ”.

<sup>49</sup> MANAUS. Prefeitura Municipal. Lei Municipal nº. 106/2003. Disponível em: <[http://www.manaus.am.gov.br/secretarias/implurb/pdf/plano\\_diretor\\_consolidado.pdf](http://www.manaus.am.gov.br/secretarias/implurb/pdf/plano_diretor_consolidado.pdf)>. Acesso em: 17 fev 2009.

<sup>50</sup> MANAUS. Prefeitura Municipal. Lei nº. 671/2002. Disponível em: <[http://portal2.manaus.am.gov.br/prefeitura/portal\\_skins/pmm/secretarias/secretariaMunicipalDeAdministracaoEPlanejamento/servicos/dom/2003/pdf/dom-20031202cad1](http://portal2.manaus.am.gov.br/prefeitura/portal_skins/pmm/secretarias/secretariaMunicipalDeAdministracaoEPlanejamento/servicos/dom/2003/pdf/dom-20031202cad1)>. Acesso em: 17 fev 2009.

O Plano Diretor de Natal (Lei Complementar nº 082/2007)<sup>51</sup> conta com regramento claro e coerente acerca da exigência de EIV. Primeiramente, em seu artigo 34, esclarece o que considera empreendimentos e atividades de impacto no meio urbano, apesar de o parágrafo único apresentar redação um tanto confusa sobre o é poluição e degradação. No artigo seguinte, gradua os impactos em forte, moderado e fraco, cujo enquadramento é feito a partir dos parâmetros estabelecidos em um quadro. Os parâmetros foram elaborados com base no potencial poluidor do empreendimento ou atividade. E, no artigo 37, submete os empreendimentos ou atividade de impacto moderado e forte a EIV. Nesse mesmo artigo 37, §6º, em coerência com o *caput* do artigo, estabelece que o EIV não substitui o EIA/RIMA.

Em Recife, a Lei Municipal nº 16.176/96 (Lei de Uso e Ocupação do Solo)<sup>52</sup>, não criou instrumento específico para a avaliação de impactos de vizinhança. Limitou-se a determinar que atividades considera potencialmente geradoras de incômodo à vizinhança, em seu artigo 44. São elas:

- I – usos potencialmente geradores de sons e ruídos;*
- II – usos potencialmente geradores de poluição atmosférica;*
- III – usos que envolvem riscos de segurança;*
- IV – usos potencialmente geradores de resíduos com exigências sanitárias.”*

O parágrafo único do artigo 44, acima referido, classificou as atividades potencialmente geradoras de incômodo à vizinhança em três níveis, que variam a depender da natureza da incomodidade, em duas tabelas constantes dos anexos 9A e 9B da lei em comento. As atividades ou empreendimentos enquadrados nessa classificação, segundo a lei, devem se submeter a dois tipos de análise: uma técnica, destinada a avaliar a localização, o nível de incomodidade e os requisitos de instalação; e uma especial (artigo 45). A análise especial se diferencia da simples porque é submetida a um órgão colegiado, denominado Comissão de Controle Urbanístico – CCU. Acrescente-se que até a data da conclusão desta pesquisa, a legislação de Recife não havia sido atualizada para atender as determinações do Estatuto da Cidade.

No geral, observa-se nas legislações pós Estatuto da Cidade imprecisão técnica no que se refere ao EIV. Com exceção do Plano Diretor de São Paulo, a maioria delas praticamente se limita a repetir a redação do Estatuto. Quando tentam inovar, essa ausência de tecnicismo fica mais evidente: ora determinam as atividades que devem exigir EIV por meio de decreto, ora limitam demais o âmbito da sua aplicação. A falta de técnica mais constante é quanto ao EIA/RIMA, o que provavelmente se deve à redação do artigo 38, analisado anteriormente.

<sup>51</sup> NATAL. Prefeitura Municipal. Lei Complementar nº 082/2007. Disponível em: <[http://www.natal.rn.gov.br/semurb/arquivos/Plano\\_Diretor.pdf](http://www.natal.rn.gov.br/semurb/arquivos/Plano_Diretor.pdf)>. Acesso em: 17 fev 2009.

<sup>52</sup> RECIFE. Prefeitura Municipal. Lei Municipal nº 16.176/96. Disponível em: <<http://www.recife.pe.gov.br/pr/leis/luos/index.html>>. Acesso em: 17 fev 2009.

Considerando-se que solicitar de um mesmo empreendedor, referente a um mesmo empreendimento EIV e EIA/RIMA vai de encontro à melhor leitura do artigo 38 em comento, mostra-se evidente a importância na revisão de quase toda legislação destinada a regular a matéria na esfera local. Dita adequação legislativa de pouco valerá caso isente-se de se pautar pelos postulados da proporcionalidade e razoabilidade, na linha de pensamentos exposta nesta tese. Acrescente-se que essa reforma legislativa deve ocorrer em curto prazo, pois o Estatuto da Cidade foi editado há aproximadamente oito anos. Lapso temporal demasiado longo ao se ter em mente a situação atual das principais cidades brasileiras.

## **6. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**6.1** A doutrina e jurisprudência disponíveis sobre o tema confirmam a tese de que EIV e EIA/RIMA são instrumentos similares, com finalidades parecidas. No entanto, com âmbito de atuação diverso: o EIV está voltado para impactos essencialmente urbanísticos, e o EIA para atividades de significativo impacto ambiental (ambiente natural ou urbano).

**6.2** Dessa maneira, chegou-se ao entendimento seguinte: o EIA deve ser exigido para todo empreendimento ou atividade considerada de significativo impacto ambiental; o EIV deve ser exigido para empreendimentos ou atividades localizados em área urbana e não considerados de significativo impacto ambiental.

**6.3** Entender diferente confronta a proporcionalidade em suas três variáveis: a medida escolhida pode servir de óbice ao fim colimado pelo artigo 38 (adequação); o meio elegido não será o menos gravoso (necessidade); os potenciais prejuízos são superiores aos prováveis benefícios (sentido estrito), se exigidos EIA e EIV do mesmo empreendimento.

**6.4** No que se refere à razoabilidade, dito postulado é desrespeitado, pois não tem em conta um critério de diferenciação indispensável, qual seja o fato de se tratar de um mesmo empreendimento. Quando se trata de mesmo empreendimento, a medida adequada é exigir apenas um documento, desde que este contemple a análise de todos os aspectos envolvidos.

**6.5** Diante dos argumentos expostos ao longo deste trabalho, identifica-se a necessidade urgente de as legislações municipais brasileiras adequarem-se ao disposto no Estatuto da Cidade, a qual deve ser guiada pela interpretação ora sugerida do artigo 38 deste diploma legal.





Boturuna é uma palavra do tronco indígena tupi que significa o monte negro (*Ybytyr*: o monte; o serro - *una*: preto; negro) (SAMPAIO, 1927). A Empresa Paulista de Planejamento Metropolitano S.A. (EMPLASA) também utiliza nas bases cartográficas da região o topônimo Voturuna, mesma denominação utilizada por outras fontes consultadas para a pesquisa.

A estrutura geomorfológica diferenciada e os atributos vegetacionais permitem que a Serra do Boturuna se destaque na paisagem regional. Os remanescentes florestais e a frágil estrutura paisagística da região justificaram o estabelecimento da ANT pelo Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado de São Paulo (CONDEPHAAT), segundo a Resolução da Secretaria de Estado da Cultura n. 17, de 4 de março de 1983.

Entretanto, nas vertentes da Serra do Boturuna inseridas no município de Pirapora do Bom Jesus, encontram-se os maiores índices de degradação ambiental da área tombada. Esses índices de degradação se relacionam, sobretudo, ao intenso desmatamento ocorrido na região e a intensa atividade mineradora que atuou em distintos períodos na região.

## 2. HISTÓRICO DA EXPLORAÇÃO MINERAL NA REGIÃO

A região de Pirapora do Bom Jesus e, principalmente, a Serra do Boturuna possuem uma posição histórica de destaque em relação à exploração dos recursos minerais. A atividade mineral na região remonta o final do século XVI, com destaque para a exploração aurífera iniciada por Affonso Sardinha no Morro do Jaraguá e na região do Boturuna. O viajante e botânico Saint-Hilaire (1976), em seus relatos da viagem realizada em 1819, destacou a importância do ouro para a região:

*“O pico principal é tão pouco elevado que na região lhe é dado apenas o nome de morro (Morro de Jaraguá). No entanto, essas pequenas elevações têm, na história do Brasil, uma certa notoriedade, visto que contêm minas de ouro cuja exploração remonta a uma época muito antiga. Sua descoberta ocorre, segundo se diz, em 1590 e foi devida a um certo Afonso Sardinha, que nesse ano teria também verificado a existência de ferro na serra de Arraçoiba. Durante todo o século XVII foram retiradas consideráveis quantidades de ouro nas minas de Jaraguá, tendo elas sido apelidadas – segundo se afirma – de Peru do Brasil.”* (SAINT-HILAIRE, 1976, p. 118).

Os Diários da Viagem Mineralógica na Província de São Paulo, realizada no final do século XIX, por José Bonifácio de Andrada e Silva e por Martin Francisco Ribeiro de Andrada também mencionou sobre a exploração aurífera na região e destacou sobre a possibilidade da extração do minério de ferro (SILVA; ANDRADA, 1954).

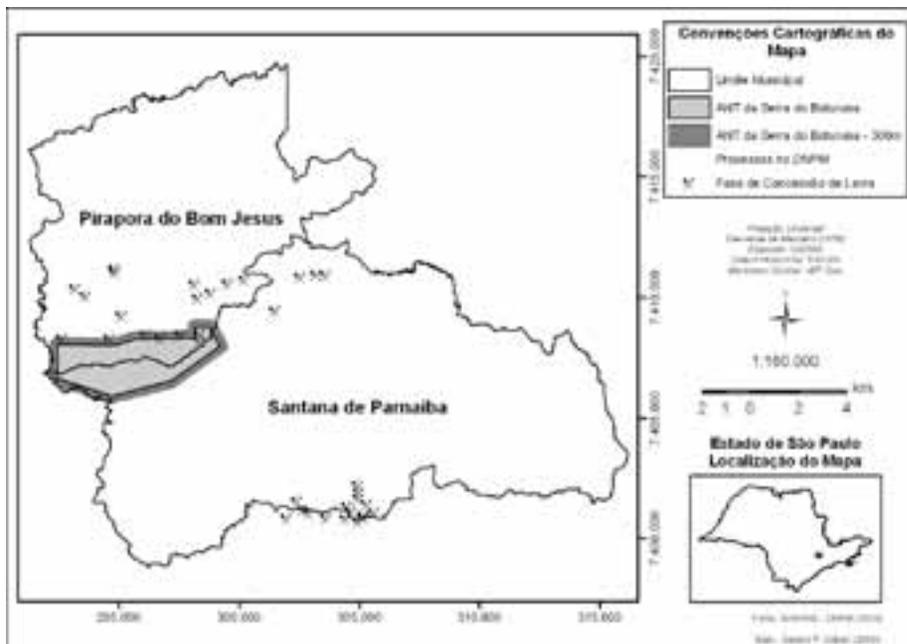
A demanda por recursos minerais aplicados à atividade industrial e à construção civil atribuiu um novo perfil para a exploração mineral na região, no século XX. A expansão urbana da RMSP criou uma crescente demanda pela exploração dos seus recursos minerais. Por isso, estabeleceram-se uma grande quantidade de empreendimentos minerários, nas proximidades da Capital Paulista. Posteriormente, esses empreendimentos passaram a concorrer com outros usos e ocupações do solo da RMSP.

*“A localização das jazidas nas proximidades de São Paulo, poupando sensivelmente o agravo do transporte, permite a adoção de técnicas pouco usuais no aproveitamento de bens minerais de baixa densidade econômica.” (SÃO PAULO, 1981, p. 22).*

Tal fato fez com que a Serra do Boturuna se configurasse na década de 1980 numa das principais áreas de extração de quartzito da RMSP. A extração do quartzito veio acompanhada por um sensível impacto negativo na paisagem regional, o que se configurou no fator fundamental na condução do processo de tombamento da Serra.

Convém destacar que a estrutura social e econômica diferenciada de Pirapora do Bom Jesus fez com que a exploração mineral ocorresse somente nas vertentes da Serra inseridas no município. Porém, as características técnicas inerentes às condições geológicas também contribuíram para a facilidade da exploração mineral no setor da Serra do Boturuna no município.

Com relação ao quadro atual da mineração, o Mapa 2 representa espacialmente os processos na fase de concessão de lavra registrados por meio das poligonais minerárias cadastradas no Sistema de Gestão da Produção Mineral (SISMI-NE) no Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM). Observa-se que a mineração nos limites da ANT da Serra do Boturuna, concentra-se em Pirapora do Bom Jesus. Destaca-se que a atividade de mineração em Santana de Parnaíba localiza-se, principalmente, no setor sul com a exploração do granito da Serra do Itaqui para a fabricação de brita.



**Mapa 2:** Distribuição Espacial dos Processos no DNPM na Fase de Concessão de Lavra em Pirapora do Bom Jesus e em Santana de Parnaíba

### 3. ANÁLISE DOS CONFLITOS JURÍDICOS E AMBIENTAIS

O tombamento da Serra do Boturuna tem como finalidade a proteção da serra quartzítica, dos remanescentes da flora e da fauna regional e de seus recursos hídricos. De acordo com a resolução de tombamento, os remanescentes florestais atribuem à Serra o caráter de refúgio forçado da natureza tropical na região.

Conforme se mencionou, na ocasião da abertura do processo de tombamento, a principal atividade econômica na Serra relacionava-se à exploração mineral, sobretudo, pela extração do quartzito friável.

Apesar do parecer técnico do CONDEPHAAT desfavorável a essa atividade, a resolução de tombamento editada pela Secretaria de Estado da Cultura optou por autorizar e manter as mineradoras no perímetro de proteção e seu entorno de 300m, referentes à área de amortecimento. Assim, interpreta-se que a permissão constitui-se numa contradição no âmbito da jurisprudência do tombamento.

Num contexto geral, apesar de um importante instrumento de preservação ambiental, verificou-se que a legislação sobre esse instrumento de proteção abrange mais os aspectos relacionados ao bem imóvel e às edificações do que, propriamente, a uma ANT. Por isso, em determinados casos, os dispositivos estabelecidos na forma da lei possuem pouca aplicabilidade num espaço natural protegido.

No caso específico do tombamento natural da Serra do Boturuna, numa análise preliminar, observam-se algumas contradições entre o Decreto Estadual, que regulamenta essa categoria de proteção e a resolução de tombamento da ANT da Serra do Boturuna. O art. 3º da resolução, por exemplo, define uma área envoltória na ANT de 300m sob discreto critério de controle de organização espacial, por parte do CONDEPHAAT. Contudo, o termo discreto deixa margem para muitas interpretações e, de certa forma, contraria o art. 137 do Decreto Estadual n. 13.426/79 com a descrição que nenhuma obra poderá ser executada nessa faixa sem o respectivo projeto aprovado pelo CONDEPHAAT.

Com relação aos demais aspectos jurídico envolvido na questão. Torna-se oportuno descrever como se deu o processo de tombamento da Serra do Boturuna.

A iniciativa do tombamento natural da Serra partiu, principalmente, dos moradores do Condomínio Voturuna, localizado em Santana de Parnaíba. Em 1982, foi encaminhado ao CONDEPHAAT um abaixo-assinado que solicitava a abertura do processo de tombamento. O documento assinado por proprietários e residentes do município de Santana de Parnaíba, nos arredores da Serra do Boturuna apresentava oito fatores, ou justificativas, que conduziam ao pedido de tombamento da Serra. Esses fatores destacavam, sobretudo, a importância dos atributos físicos da Serra do Boturuna. O documento também enfatizou sobre a atuação de mineradores clandestinos na região, o que comprometeria a preservação desse maciço quartzítico.

A abertura do processo de tombamento conduziu o CONDEPHAAT a desenvolver um parecer técnico sobre a Serra. Tal parecer, elaborado pelo geógrafo, e na época presidente e conselheiro do CONDEPHAAT, Aziz Nacib Ab'Sáber, destacava, sobretudo, as características geológicas e geomorfológicas da região, juntamente com uma análise preliminar sobre a atividade mineraria, conforme descrição a seguir:

*“Num dos setores mais elevados da Serra do Boturuna (1200m) uma exploração mineral, totalmente irracional, faz talhados profundos nas altas simeiras laterais da Serra. Por sua vez, o material de escolho é desviado por gravidade para as bordas do Pico, por ente as florestas que no passado atingiram continuamente as altas encostas da Serra. Os caminhos deixados nas áreas preferenciais de desligamento dos blocos, rejeitados pela exploração mineral, fazem estragos lineares irreversíveis no entremeio das florestas que até há pouco garantiam estabilidade nas vertentes mais elevadas da Serra. Para se explorar um mineral pobre, que pode ser encontrado em outras áreas de ocorrência, acabou-se por estragar parcialmente a integridade física e ecológica de uma paisagem, das mais pitorescas e características das Serranias de Jundiá – Paranaíba – Cabreúva.” (AB’SÁBER, 1982).*

Apesar da menção ao principal problema ambiental da Serra do Boturuna, o parecer não apresentou uma solução técnica viável para a atividade mineral, sobretudo, para as mineradoras legalizadas que há anos exploravam os recursos minerais da Serra. De acordo com o parecer, a pressão ambiental sobre a Serra, à época, efetuava-se por meio de duas formas distintas:

*“De um lado a Serra está sendo pressionada pelas expectativas de alguns loteadores que não mediram esforços para tentar comerciar os íngremes espaços da Serra e do seu topo. Da outra banda, ela está sendo agredida pela destruição injustificável de alguns pontos mais característicos de sua paisagem, por explorações minerais de baixo nível de economicidade e alta capacidade de desmonte de rochas. Apesar disso tudo, os espaços da Serra propriamente dita, não pertencem a ninguém, devendo ser preservado para todo o sempre como um componente integrado da natureza tropical do Planalto Atlântico Paulista. Ninguém será prejudicado pelo seu tombamento, já que as áreas lotadas a partir dos patamares baixo e piemontes, tende a funcionar como cinturão de áreas residenciais de algo nível, em que o moradores serão os principais interessados em garantir a integridade da moldura paisagística e ecológica.” (AB’SÁBER, 1982).*

De forma geral, interpretou-se que atividade de mineração era incompatível com os pressupostos de preservação da Serra, o que, certamente, é justificável, devido aos objetivos do tombamento. Entretanto, não houve o encaminhamento para a elaboração de diretrizes mínimas para a mineração e, no momento da edição da resolução, essa atividade econômica, que fora mencionada no parecer como incompatível, é autorizada com pequenas restrições. É importante destacar que o parecer ainda propunha alguns usos compatíveis com o estatuto do tombamento. Entre os quais:

*“Os loteamentos, sítios, chácaras e campins (sic) que envolvem a Serra pelo seu piemonte serão respeitadas pelo estatuto do tombamento, cabendo ao seu proprietário zelar pelo bem tombado como componente de um cinturão de defesa da Serra perante ações predatórias e atividade por ventura incompatíveis.” (AB’SÁBER, 1982).*

Após a submissão do parecer aos conselheiros, o egrégio colegiado o aprovou por unanimidade e conduziu os procedimentos legais para a elaboração da

resolução que descreveu os objetivos do tombamento da Serra, as tipologias de uso e ocupação do solo compatíveis no perímetro de tombamento e a delimitação da área tombada.

Sugere-se que a permissão da atividade de exploração mineral na Serra do Boturuna, de certa forma, configura-se numa contradição de natureza jurídica do ato de tombamento. Esse argumento encontra consenso com a interpretação de Machado (2004). Segundo o autor, o Decreto-lei Federal n. 25/37, em seu art. 17, primeira parte, determina que as coisas tombadas não poderão, em caso nenhum, ser destruídas, demolidas ou multiladas. Assim, a manutenção da atividade numa ANT ocorre contrariamente ao que dispõe a lei superior. Para Machado (2004),

*“As florestas ou outras formas de vegetação e o solo que integrem um sítio tombado não poderão, portanto, ser destruídos pela exploração de recursos minerais, ainda que se proponha uma futura recuperação. O sítio privado ou público que for tombado merece a integral proteção naquilo que ele contém atualmente, que não pode ser modificado antropicamente, a não ser para cuidados e manutenção.” (MACHADO, 2004, p. 638).*

No Estado de São Paulo, o art. 137 do Decreto Estadual n. 13.426/79 também reforça sobre os impedimentos às alterações físicas degradacionais ao bem tombado. Tal dispositivo é de fundamental importância para preservação do bem tombado e deve permear a elaboração das diretrizes legais do tombamento. Entretanto, o art. 6º da resolução de tombamento da Serra do Boturuna, de forma conflituosa, mas isenta, permitiu a atividade sem maiores restrições.

*“Os mineradores que tenham autorização do D.N.P.M. para lavra de produtos minerais do subsolo, em suas respectivas – propriedades, e que tenham estabelecimentos tradicionais no ramo de mineração, e, sensibilidade comprovada ou comprovável na preservação de espaços físicos e ecológicos da Serra do Boturuna e seu entorno imediato, poderão continuar a desenvolver tais atividades, normalmente.”*

Interpreta-se que a resolução de tombamento não poderia conter dispositivos que contrariam as diretrizes gerais das leis superiores. Fica claro que o estabelecimento de mineradoras numa ANT impõe uma situação de conflito jurídico com relação à hierarquia das leis sobre essa temática. Principalmente, com relação ao tipo de exploração mineral praticada na Serra do Boturuna, efetuada a céu aberto e, muitas vezes, a meia encosta, o que provoca um sensível impacto na paisagem regional.

Deve-se considerar também que a regulamentação de uma atividade mineira inclui a concessão de um direito à exploração mineral por meio de um decreto de lavra, o que pode ser caracterizado, por parte dos mineradores, como um direito adquirido. Incluem-se como argumento favorável aos mineradores que os decretos são anteriores ao processo de tombamento da Serra.

O próprio termo concessão é passível de interpretação, assim, argumenta-se que a concessão de um decreto de lavra pode ser questionada, conforme o interesse o interesse vigente, no caso da Serra do Boturuna, impõe o interesse ambiental.

Contudo, esse interesse também pode ser confrontado com o interesse mineral. Essa interpretação permeia sobre a possibilidade do estabelecimento da vigência de prazo dos decretos de concessão de lavra na legislação minerária.

#### 4. CONCLUSÕES ARTICULADAS

**4.1** A atividade de mineração possui importância histórica em Pirapora do Bom Jesus e, sobretudo, na região da Serra do Boturuna com padrão de exploração que se constituiu em sensíveis impactos negativos na paisagem regional;

**4.2** A degradação ambiental provocada pelo método de exploração das frentes de lavra pode influenciar nos objetivos do tombamento natural da Serra do Boturuna e caracteriza um conflito de interesses;

**4.3** A autorização da atividade de mineração descrita no art. 6º da resolução de tombamento da Serra contraria os dispositivos das leis superiores, sendo o Decreto-lei Federal n. 25/37 e o Decreto Estadual n. 13.426/79;

**4.4** Os mineradores que atuam na Serra do Boturuna possuem concessões de exploração mineral por meio de decretos de lavra que anteriores estabelecimento da ANT, logo, há uma situação de conflito jurídico; e,

**4.5** Torna-se necessário o estabelecimento de prazos de vigência para os decretos de concessão de lavra, principalmente, com o intuito de controlar e impor medidas ambientais eficazes para o controle e a recuperação das áreas degradadas e das áreas de beneficiamento dos minerais.

#### Referências bibliográficas

- AB'SÁBER, A. N. *Parecer Técnico Para o Tombamento da Serra do Boturuna. In: Estudo do Tombamento da Serra do Boturuna (habitualmente chamada de Voturuna) em Santana de Parnaíba*. São Paulo: CONDEPHAAT, 1982.
- MACHADO, P. A. L. *Direito Ambiental Brasileiro*. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. 1.075 pp.
- SAINT-HILAIRE, A. de. *Viagem à Província de São Paulo*. Belo Horizonte, MG: Editora Itatiaia; São Paulo: EDUSP, 1976. 229 pp.
- SAMPAIO, T. *O Tupi na Geographia Nacional*. 3 ed. Bahia: Escola de Aprendizes Artífices, 1928. 352 pp.
- SÃO PAULO, ESTADO. Secretaria da Indústria, Comércio, Ciência e Tecnologia. *Mapa de Jazidas e Ocorrências Minerais do Estado de São Paulo*. São Paulo: Secretaria da Indústria, Comércio, Ciência e Tecnologia/Programa de

Desenvolvimento dos Recursos Minerais (Pró-Minério)/Companhia de Promoção de Pesquisa Científica e Tecnológica do Estado de São Paulo (PRO-MOCETI), 1981.

SILVA, J. B. ANDRADA e; ANDRADA, M. F. R. Viagem Mineralógica na Província de São Paulo (Primeira Parte). *Boletim Paulista de Geografia*, São Paulo, n. 16, 1954.

# **A COMPENSAÇÃO DA RESERVA LEGAL: UM INSTRUMENTO PARA CONSERVAR A DIVERSIDADE BIOLÓGICA**

**SERGIO AHRENS**

Eng. Florestal, Dr. em Manejo Florestal, Crea-Pr 10.649,  
Bel. em Direito, Pesquisador em Planejamento da Produção  
e Manejo Florestal, Embrapa Florestas, Colombo, PR

## **1. A NATUREZA DO PROBLEMA E OS OBJETIVOS DO ESTUDO**

A exigibilidade do cumprimento da conservação da vegetação que deve compor a Reserva Legal (RL), figura jurídica prevista na Lei nº 4.771/65 (que instituiu o “novo” Código Florestal Brasileiro), tem sido objeto de intenso debate ao longo dos últimos nove anos. Florestal em suas origens, a partir da edição da Medida Provisória (MP) nº 1.956-50 (publicada no Diário Oficial da União, DOU, de 28-05-2000), a RL passou a ter um conteúdo ambiental, na medida em que a sua existência, de direito, e de fato, é legalmente imposta, sem exceção, a todas as propriedades imóveis rurais, públicas ou privadas, e localizadas em quaisquer regiões e fitofisionomias existentes no território nacional.<sup>1</sup> Desde a edição daquela MP a RL deve cumprir funções ambientais legalmente definidas.

Apesar da importância de sua existência (para a conservação e para o uso sustentável da flora), ou de sua supressão (para o aumento da área requerida por atividades agrárias, como, por exemplo, a agricultura e a pecuária) essa figura jurídica não tem sido corretamente examinada, nem adequadamente compreendida. Por esse motivo, os debates têm sido pouco produtivos sem que uma solução consistente e definitiva tenha sido até hoje produzida.

Proprietários (ou possuidores) rurais dispõem de três possibilidades para regularizar a inexistência, mesmo que apenas parcial, da vegetação nativa que deve integrar a RL de uma propriedade (ou posse) rural: a) a recomposição da vegetação por meio do plantio de mudas de espécies nativas; b) a condução, autorizada pelo órgão ambiental competente, da regeneração natural da vegetação que deveria compor a RL; e c) a compensação da inexistência da RL, em outra propriedade rural, ou em Unidades de Conservação pendentes de regularização

---

<sup>1</sup> Segundo informado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, IBGE (<http://www.ibge.gov.br>), a realização do Censo Agropecuário iniciado em 2007 encontra-se em sua fase conclusiva e indica-se que o Brasil poderá contar, na atualidade, com cerca de 5.600.000 estabelecimentos agropecuários. Por definição, um estabelecimento agropecuário é composto por uma ou mais propriedades rurais (cada qual com sua matrícula própria), operadas como uma unidade produtiva agrária integrada. Registre-se que a Reserva Legal diz respeito a cada matrícula, fato que indica, também, a magnitude da relevância socioeconômica do tema.

fundiária.<sup>2</sup> Tendo em vista aquelas alternativas para o cumprimento da legislação pertinente, infere-se, neste estudo, que a falta de conectividade entre fragmentos de vegetação nativa reconstituída de forma isolada, e a degeneração genética das populações de espécies da flora e da fauna, em isolamento, podem comprometer, no longo prazo, a sustentabilidade ambiental de um ecossistema fragmentado que porventura componha a RL.

Em função do exposto, e tendo em vista tanto a atualidade como a importância do tema, este trabalho tem como propósito examinar os fundamentos técnico-conceituais da RL em face das alternativas disponíveis para recompor a vegetação inexistente naquela parcela de uma propriedade (ou posse) rural, ou para a sua compensação. Conceitos inerentes à biologia da conservação foram também utilizados na análise, tendo em vista a imposição legal da manutenção daquela figura jurídica e as dificuldades fáticas que se identificam para o efetivo e pleno cumprimento das respectivas funções ambientais em perpetuidade, conforme legalmente previsto.

## 2. FUNDAMENTOS HISTÓRICO-CONCEITUAIS DA RESERVA LEGAL

Ao examinar proposições históricas sobre a instituição de terrenos florestais reservados em terras privadas, Ahrens (2007, p. 693)<sup>3</sup> identificou José Bonifácio de Andrada e Silva, “o Patriarca”, como o precursor das bases conceituais, documentadas na língua portuguesa, do que constitui, na atualidade, a Reserva Legal de uma propriedade (ou posse) rural.<sup>4</sup> Nesse sentido, segundo reportou Carneiro (1972, p. 18),<sup>5</sup> em outubro de 1821, em pleno movimento emancipador, nas suas “Lembranças e Apontamentos do Governo Provisório para os Deputados da Província de São Paulo”, dentre tantas recomendações, José Bonifácio houvera proposto que, no novo Estado Nacional, cuja constituição era eminente, a transferência das terras públicas, aos particulares, ficasse condicionada à manutenção, com florestas, da sexta parte do terreno (ou seja, 16,67% da área total de cada gleba), “*que não poderá ser derrubada nem queimada, sem que se façam novas plantações de bosques, para que nunca faltem as lenhas e as madeiras necessárias.*”

Apesar daquela recomendação, foi somente no período republicano, em 1934, após a Constituição Federal de 1891, portanto, com a edição do Decreto nº 23.793/34, que uma forma compulsória de conservação de terrenos com cobertura florestal, em propriedades privadas, foi legalmente instituída.

<sup>2</sup> Esta possibilidade é examinada no excelente estudo documentado por VULCANIS, Andrea. Doação de áreas em unidades de conservação e compensação temporária da reserva legal. Revista de Direito Ambiental, v. 41, 2006. p. 26-43.

<sup>3</sup> AHRENS, Sergio. Sobre a Reserva Legal: origens históricas e fundamentos técnico-conceituais. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 11., 2007. São Paulo. Meio ambiente e acesso à justiça: flora, reserva legal e APP [São Paulo]: Instituto O Direito por um Planeta Verde, [2007]. v. 1, p. 691-707.

<sup>4</sup> Muito embora Jean-Baptiste Colbert (1619-1683) houvesse já incorporado na consagrada Ordenação de 1669, editada por Luis XIV, o Rei Sol, a obrigatoriedade da manutenção permanente da quarta parte das florestas em território Francês. De acordo com Bourgenot (1977, p. 13), “... le quart de leur surface devait être mis en réserve pour coitre em futaie”. Após a Revolução Francesa de 1789, aquela restrição foi suprimida com a edição do Código Civil de 1804 (posto que os direitos sobre a propriedade passaram a ser plenos e absolutos). O “Código Forestiere Française”, de 1827, já não mais considerava a “reserva da quarta parte”.

<sup>5</sup> CARNEIRO, Newton I. da Silva. José Bonifácio e a dasonomia. Curitiba: UFPR, 1972. 18 p.

A Reserva Legal (RL) foi originalmente concebida como um importantíssimo instrumento de uma Política Florestal Brasileira que, por diversas razões, jamais foi plenamente implementada. No início do Século XX, com o Decreto 23.793/34, que instituiu o primeiro Código Florestal Brasileiro, pretendia-se constituir uma reserva florestal que possibilitasse a produção de matérias-primas, particularmente madeira, nas suas mais diferentes formas e dimensões, e em perpetuidade, para satisfazer às necessidades tanto do proprietário como dos mercados.

Aquela mesma percepção utilitarista prevaleceu, também, na edição do segundo Código Florestal (de 1965). Aparentemente, o propósito talvez fosse possibilitar a existência de um mínimo de cobertura florestal, disperso ao longo da paisagem natural, e em todo o território nacional. Vislumbrava-se perpetuar a produção e o suprimento de madeira por meio da exploração de florestas nativas.

Naqueles dois momentos históricos, jamais teria sido possível imaginar o vertiginoso desenvolvimento tecnológico verificado na Engenharia Florestal brasileira, e na Silvicultura aplicada às plantações florestais, particularmente ao longo da segunda metade do Século XX. Atualmente, florestas plantadas, especialmente com espécies exóticas (como aquelas dos gêneros *Pinus* e *Eucalyptus*), e assim também com espécies nativas (como a *Araucaria angustifolia*), possibilitam a produção contínua e crescente de madeira, e de outras matérias-primas, de excelente qualidade, em apenas uma pequena fração da área correspondente à Reserva Legal de uma propriedade imóvel rural.

Todavia, apesar daquela percepção utilitarista e antropocêntrica, com a edição da Lei 6.938/81, que instituiu a Política Nacional de Meio Ambiente, a flora e a fauna, conteúdos fáticos da RL, e suportes materiais do meio ambiente, passaram a constituir os chamados “bens de natureza jurídica difusa”. Por esse motivo, desde então, a RL constitui, também, importante instrumento para a conservação de recursos naturais, mesmo na propriedade privada, fato que foi corroborado com a Constituição Federal de 1988, conforme disposto em seu Art. 225.

### **3. A RESERVA LEGAL NOS CÓDIGOS FLORESTAIS DE 1934 E DE 1965**

#### **3.1 O Código Florestal de 1934**

O primeiro Código Florestal brasileiro foi instituído com a edição do Decreto nº 23.793/34. Naquele Decreto, em seu Art. 23, determinou-se que, aos proprietários de terras, poderia ser autorizada, em cada propriedade, a supressão das florestas até o limite de 25% da área com florestas, nos seguintes termos: <sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Uma breve análise da legitimidade de que dispõe o Poder Público para intervir no exercício do “direito de propriedade” pela pessoa, física ou jurídica, proprietária, pode ser verificada em AHRENS, Sergio. O Código Florestal Brasileiro e o uso da terra: histórico, fundamentos e perspectivas. Revista de Direitos Difusos, v. 6, n. 31, p. 81-102. 2005.

...

*Art. 23 – Nenhum proprietário de terras cobertas de matas poderá abater mais de três quartas partes da vegetação existente, salvo disposto nos Arts. 24 e 51.*

...

*§ 2º - Antes de iniciar a derrubada, com a antecedência mínima de 30 dias, o proprietário dará ciência de sua intenção à autoridade competente, a fim de que esta determine a parte das matas que será conservada.*

...

*Art. 24 – As proibições dos Arts. 22 e 23 só se referem à vegetação espontânea ou resultante do trabalho feito por conta da administração pública, ou de associações protetoras da natureza. Das resultantes de sua própria iniciativa, sem compensação conferida pelos poderes públicos, poderá dispor o proprietário das terras, ressalvados os demais dispositivos deste Código e a desapropriação na forma da Lei.*

...

É importante observar que o conteúdo normativo do Art. 23 do Decreto 23.793/34 não implicava uma autorização automática e irrestrita para a supressão de 3/4 da vegetação florestal em cada propriedade rural. Pelo contrário, o enunciado estabelecia um limite para aquele ato, e apenas desde que uma autorização para o mesmo fosse previamente solicitada à autoridade competente e que tal autorização fosse, de forma inequívoca, concedida, por meio da identificação locacional da vegetação florestal remanescente à supressão autorizada. Adicionalmente, o Art. 24 explicitava que tal limitação dizia respeito apenas às florestas nativas (ou florestas naturais), e que as florestas plantadas com recursos próprios do proprietário estariam excluídas daquele condicionamento legal.

Cabe observar, também, a prevalência de uma percepção antropocêntrica e utilitarista, na medida em que interessava, sobremaneira, a produção de matérias-primas de origem florestal, principalmente madeira. Tal percepção é evidenciada com o conteúdo normativo do Art. 51 que permitia a derrubada de florestas heterogêneas (ou florestas nativas), e o estabelecimento, na mesma área, de florestas plantadas, desde que firmado um “termo de obrigação de replantio”, conforme o seguinte enunciado:

...

*Art. 51 - É permitido aos proprietários de florestas heterogêneas que desejarem transformá-las em homogêneas, para maior facilidade de sua exploração individual, executar trabalhos de derrubada ao mesmo tempo, de toda a vegetação que não houver de substituir, sem a restrição do Art. 23, contanto que, antes do início dos trabalhos, assinem, perante a autoridade florestal, termo de obrigação de replantio e trato cultural por prazo determinado, com as garantias necessárias.*

...

### 3.2 O Código Florestal de 1965

O Código Florestal brasileiro vigente foi instituído pela Lei nº 4.771, de 15-09-1965. Desde sua edição, diversas alterações foram introduzidas naquele diploma legal pelas Leis nº 7.511/86, nº 7.803/89<sup>7</sup>, nº 7.875/89, nº 9.605/98, nº 9.985/00 e nº 11.284/06. Importantes alterações foram também incorporadas, ao Código Florestal, pela reiterada edição de Medidas Provisórias e, dentre estas, especialmente pela MP nº 1.956-50 (DOU de 28-05-2000), re-editada até a MP nº 2.166-67 (DOU de 25-08-2001). Esta última encontra-se ainda vigente por força da Emenda Constitucional nº 32, de 11-09-2001.

Na sua atual redação, e no que diz respeito aos propósitos desta análise, o Art. 1º do Código Florestal brasileiro apresenta o seguinte conteúdo normativo:

*Art. 1º .....  
...*

*§ 2º Para os efeitos deste Código, entende-se por:*

*...*

*III - Reserva Legal: 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.<sup>8</sup>*

*...*

Além da introdução, no Código Florestal, de uma definição para RL, o que anteriormente não existia, a MP nº 1.956-50 alterou de forma substancial a redação anterior do Art. 16 daquele diploma legal, ao estabelecer novos percentuais da área total de uma propriedade (ou posse) rural cuja vegetação deve ser conservada a título de RL, em diferentes regiões e fitofisionomias existentes no território nacional, como apresentado na seqüência:

*...*

*Art. 16. As florestas e outras formas de vegetação nativa, ressalvadas as de preservação permanente, assim como aquelas não sujeitas ao regime de utilização limitada ou objeto de legislação específica, são suscetíveis de supressão, desde que sejam mantidas, a título de reserva legal, no mínimo:*

<sup>7</sup> Foi a Lei nº 7.803 (de 18-07-1989) que introduziu, no Art. 16 Código Florestal, a expressão “Reserva Legal”.

<sup>8</sup> Uma breve análise daquele enunciado revela que as funções ambientais da RL dizem respeito à conservação da flora (e não apenas de fitofisionomias florestais), da fauna e dos processos ecológicos. Por esse motivo, a RL objetiva, também, a proteção de outras formas naturais de vegetação que ocorram na região em que uma propriedade, ou posse, rural, esteja localizada, como, por exemplo, o Cerrado, a Caatinga e os Campos Naturais. Outros dispositivos do Código Florestal disciplinam, também, diferentes questões relativas ao tema, como, por exemplo, o uso autorizado de espécies exóticas pioneiras na recomposição da RL, o tratamento diferenciado da pequena propriedade ou posse rural familiar, a possibilidade de instituir a RL em regime de condomínio, a averbação da RL à margem da escritura na respectiva matrícula no Registro de Imóveis competente bem como critérios referentes à sua localização na propriedade (ou posse) imóvel rural.

*I – oitenta por cento, na propriedade rural situada em área de floresta localizada na Amazônia legal;*

*II – trinta e cinco por cento, na propriedade rural situada em área de cerrado localizada na Amazônia legal, sendo no mínimo vinte por cento na propriedade e quinze por cento na forma de compensação em outra área, desde que esteja localizada na mesma microbacia, e seja averbada nos termos do § 7º deste artigo;*

*III – vinte por cento, na propriedade rural situada em área de floresta ou outras formas de vegetação nativa localizada nas demais regiões do país; e*

*IV – vinte por cento, na propriedade rural em área de campos gerais localizada em qualquer região do país.*

...

A nova redação do Art. 16 manteve o caráter condicionador da supressão de florestas (naturais) mas incorporou outras formas de vegetação ao quadro normativo (como, por exemplo, o cerrado, a caatinga e os campos naturais, estes últimos, em qualquer região do País). A inovação também estabeleceu novos percentuais para a RL, especialmente para as propriedades localizadas na Amazônia Legal. Assim, ao reconhecer a vocação natural do uso da propriedade (ou posse) rural naquela região, que é reconhecidamente de caráter florestal ou, eventualmente, até mesmo agroflorestal, elevou-se a RL de 50% para 80%.

Adicionalmente, nas hipóteses em que a vegetação que deve integrar a RL inexistia, mesmo que apenas parcialmente, e segundo os percentuais especificados, compete ao proprietário ou possuidor do imóvel rural proceder à sua recomposição (via plantio de mudas ou por meio da condução da regeneração natural) ou à sua compensação. Tais possibilidades são previstas no Art. 44, como exposto na seqüência:

...

*Art. 44. O proprietário ou possuidor de imóvel rural com área de floresta nativa, natural, primitiva ou regenerada ou outra forma de vegetação nativa em extensão inferior ao estabelecido nos incisos I, II, III e IV do art. 16, ressalvado o disposto nos seus §§ 5º e 6º, deve adotar as seguintes alternativas, isoladas ou conjuntamente:*

*I - recompor a reserva legal de sua propriedade mediante o plantio, a cada três anos, de no mínimo 1/10 da área total necessária à sua complementação, com espécies nativas, de acordo com critérios estabelecidos pelo órgão ambiental estadual competente;*

*II - conduzir a regeneração natural da reserva legal; e*

*III - compensar a reserva legal por outra área equivalente em importância ecológica e extensão, desde que pertença ao mesmo ecossistema e esteja localizada na mesma microbacia, conforme critérios estabelecidos em regulamento.*

*§ 1º Na recomposição de que trata o inciso I, o órgão ambiental estadual competente deve apoiar tecnicamente a pequena propriedade ou posse rural familiar.*

§ 2º A recomposição de que trata o inciso I pode ser realizada mediante o plantio temporário de espécies exóticas como pioneiras, visando a restauração do ecossistema original, de acordo com critérios técnicos gerais estabelecidos pelo CONAMA.

§ 3º A regeneração de que trata o inciso II será autorizada, pelo órgão ambiental estadual competente, quando sua viabilidade for comprovada por laudo técnico, podendo ser exigido o isolamento da área.

§ 4º Na impossibilidade de compensação da reserva legal dentro da mesma micro-bacia hidrográfica, deve o órgão ambiental estadual competente aplicar o critério de maior proximidade possível entre a propriedade desprovida de reserva legal e a área escolhida para compensação, desde que na mesma bacia hidrográfica e no mesmo Estado, atendido, quando houver, o respectivo Plano de Bacia Hidrográfica, e respeitadas as demais condicionantes estabelecidas no inciso III.

§ 5º A compensação de que trata o inciso III deste artigo, deverá ser submetida à aprovação pelo órgão ambiental estadual competente, e pode ser implementada mediante o arrendamento de área sob regime de servidão florestal ou reserva legal, ou aquisição de cotas de que trata o art. 44-B.

§ 6º O proprietário rural poderá ser desonerado, pelo período de trinta anos, das obrigações previstas neste artigo, mediante a doação, ao órgão ambiental competente, de área localizada no interior de Parque Nacional ou Estadual, Floresta Nacional, Reserva Extrativista, Reserva Biológica ou Estação Ecológica pendente de regularização fundiária, respeitados os critérios previstos no inciso III deste artigo.” (NR)

...

Referindo-se à possibilidade de compensação da RL, os §§ 4º, 5º e 6º do Art. 44, discorrem sobre as condicionantes impostas à consecução de tal hipótese.

Os Arts. 44-A e 44-B, também introduzidos, ao Código Florestal, pela MP nº 1.956-50, dispõem acerca da possibilidade de instituição voluntária, pelo proprietário, da “Servidão Florestal” e da “Cota de Reserva Legal”, respectivamente, segundo os seguintes termos:

...

Art. 44-A. O proprietário rural poderá instituir servidão florestal, mediante a qual voluntariamente renuncia, em caráter permanente ou temporário, a direitos de supressão ou exploração da vegetação nativa, localizada fora da reserva legal e da área com vegetação de preservação permanente.

§ 1º A limitação ao uso da vegetação da área sob regime de servidão florestal deve ser, no mínimo, a mesma estabelecida para a Reserva Legal.

§ 2º A servidão florestal deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, após anuência do órgão ambiental estadual competente, sendo vedada, durante o prazo de sua vigência, a alteração da destinação da área, nos casos de transmissão a qualquer título, de desmembramento ou de retificação dos limites da propriedade. (NR)

*Art. 44-B. Fica instituída a Cota de Reserva Florestal - CRF, título representativo de vegetação nativa sob regime de servidão florestal, de Reserva Particular do Patrimônio Natural ou reserva legal instituída voluntariamente sobre a vegetação que exceder os percentuais estabelecidos no art. 16 deste Código.*

*Parágrafo único. A regulamentação deste Código disporá sobre as características, natureza e prazo de validade do título de que trata este artigo, assim como os mecanismos que assegurem ao seu adquirente a existência e a conservação da vegetação objeto do título. (NR)*

...

A instituição da Servidão Florestal constitui tema que extrapola os propósitos desta análise, mas pode ser examinada nos estudos de Nusdeo (2007)<sup>9</sup> e Souza (2007)<sup>10</sup>. Uma outra nova figura jurídica, a Cota de Reserva Florestal foi objeto do Projeto de Lei nº 5.876/2005 que tramitou na Câmara dos Deputados.

#### **4. A FRAGMENTAÇÃO DE ECOSISTEMAS E SEUS EFEITOS**

Ao longo de 500 anos de conquista e de colonização, o território nacional foi fragmentado em propriedades imóveis rurais (e urbanas). Infere-se que em seu rastro ocorreu, também a fragmentação da vegetação em diferentes fitofisionomias. Nesse sentido, a ocupação das terras pelo homem, e a conseqüente constituição das diferentes formas de propriedade imóvel rural, tem sido identificada como uma das causas para a perda da diversidade biológica, tema que tem sido objeto de importantes estudos em Biologia da Conservação. Uma introdução ao conhecimento já produzido e acumulado sobre o tema pode ser examinada em Stebbins (1971)<sup>11</sup>, Laurance (1999)<sup>12</sup>, Primack e Rodrigues (2001)<sup>13</sup>, Ranieri e Souza (2002)<sup>14</sup>, Tabarelli et. al. (2004)<sup>15</sup> e Fiszon (2006)<sup>16</sup>.

Em princípio, o percentual da área total do imóvel, referente à sua RL, devem constituir uma área contínua. Todavia, no Estado do Paraná, o Instituto Am-

<sup>9</sup> NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Servidão florestal para fins de compensação de reserva legal: instrumento de incentivo à proteção florestal. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 11., 2007. São Paulo. Meio ambiente e acesso à justiça: flora, reserva legal e APP [São Paulo]: Instituto O Direito por um Planeta Verde, [2007]. v. 1, p. 69-81.

<sup>10</sup> SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. A servidão ambiental florestal como instrumento de proteção continental do meio ambiente. Disponível em: [http://www.abaa.org.br/artigos\\_050501\\_servidao.html](http://www.abaa.org.br/artigos_050501_servidao.html) Consultado em: 16-10-2007.

<sup>11</sup> STEBBINS, Robert C. The loss of biological diversity. In: Brown Martin. The social responsibility of the scientist. New York: Free Press, 1971. p. 163-171.

<sup>12</sup> LAURANCE, William E. Habitat fragmentation: introduction and synthesis. *Biological Conservation*, v. 91, n. 2/3, 1999, p. 101-107.

<sup>13</sup> PRIMACK, Richard B.; RODRIGUES, Efraim. *Biologia da conservação*. Londrina: Planta, 2001. 327 p.

<sup>14</sup> RANIERI, Victor E. L.; SOUZA, Marcelo P. de. As reservas legais no contexto das estratégias para conservação da natureza em terras privadas: aspectos legais e interesses envolvidos. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO, 3. 2002. Fortaleza. Anais. Fortaleza: Rede Nacional Pró-Unidades de Conservação; Curitiba: Fundação O Boticário de Proteção à Natureza; [S. l.]: Associação Caatinga, 2002. p. 763-773.

<sup>15</sup> TABARELLI, Marcelo; SILVA, José Maria Cardoso da; GASCON, Calude. Forest fragmentation, synergisms and the impoverishment of neotropical forests. *Biodiversity and Conservation*, v. 13, p. 1419-1425, 2004.

<sup>16</sup> FIZSON, Judith Tiomny (Coord.). Causas antrópicas. In: RAMBALDI, Denise Marçal; OLIVEIRA, Daniela América Suárez de. *Fragmentação de ecossistemas: causas, efeitos sobre a biodiversidade e recomendações de políticas públicas*. Brasília: MMA, 2006. 1 CD-ROM. p. 65-99.

biental do Paraná (IAP) aceita que a RL seja constituída por fragmentos adjacentes e contíguos a Áreas de Preservação Permanente já existentes no imóvel.

Já desde a sua edição em 1965, o Art. 16 do Código Florestal estabelecia a possibilidade da supressão (desde que autorizada) da floresta nativa até um limite determinado percentual mínimo da área total de uma propriedade rural. Por isso deve-se presumir, também, que essa área de RL deva ser contínua. Ademais, usualmente, a supressão da vegetação nativa para uso alternativo da terra faz-se de forma contínua e não em clareiras.

Adicionalmente, após a edição da MP 1956-50, a RL deve cumprir funções ambientais que certamente serão melhor atendidas se aquela área for contínua. Em uma RL constituída por fragmentos isolados e sem conectividade verifica-se o precário fluxo gênico de flora e de fauna e a endogamia.

Em vista do exposto, argumenta-se, neste estudo, que a exigibilidade da conservação da vegetação da RL, tal qual foi proposto na concepção daquele instituto jurídico, tanto em 1934, como em 1965, pode ser examinada como uma “forma legal” de induzir à fragmentação de ecossistemas e, dessa forma, uma realidade que se contrapõe às modernas preocupações inerentes à Biologia da Conservação.

Obviamente, naqueles dois momentos, não se dispunha do conhecimento técnico disponível na atualidade acerca da “ecologia de paisagens”. De outro lado, o desenvolvimento científico alcançado ao longo das últimas cinco décadas acerca da autoecologia e da sinecologia das espécies da fauna e da flora, assim como de suas relações com os fatores abióticos que constituem, de forma agregada, e sinérgica, os ecossistemas naturais, é substancial e crescente. Todavia, apesar daquela realidade, a informação disponível ainda é bastante precária, e limitada, para possibilitar o pleno entendimento do funcionamento dos ecossistemas e, portanto, dos efeitos de intervenções que pudessem ser legalmente autorizadas por meio do manejo de tais fragmentos, denominado, técnica e legalmente, “sustentável”.

Nesse sentido cabe uma breve reflexão crítica sobre as proposições pretéritas de instituir (ou recompor), em nível de propriedade rural, isolada, uma Reserva Legal, também isolada.

Por certo, a propriedade imóvel rural não existe em isolamento, mas é parte da paisagem, integra uma bacia hidrográfica e nela existem bens jurídicos ambientais (tais como a água, de superfície e subterrânea, a atmosfera, o solo e o subsolo, a flora e a fauna) que não lhe conhecem os limites. Áreas isoladas cobertas por vegetação, no entanto, constituem fragmentos, cuja sustentabilidade ambiental, no longo prazo, certamente pode ser questionada. Adicionalmente, quanto menor for a área de uma propriedade rural, ou propriedade agrária, tanto menor será também a extensão da sua RL, em termos absolutos.

Argumenta-se, assim, que, a “produção das lenhas e madeiras necessárias” em perpetuidade, em fragmentos isolados, poderá não ser concretizada, de fato, muito embora seja presumida, como possível, de direito. Tal assertiva deve-se a importantes fenômenos, cuja existência é reconhecida na atualidade, como a precária conectividade entre RLs isoladas, o deficiente fluxo gênico, a endogamia e o acentuado “efeito de borda”. Assim, apesar de seu mérito, à época, infere-se que as motivações originárias que poderiam existir para as-

segurar o fornecimento de matérias-primas tinham fundamento técnico muito precário, senão equivocado.

A existência de leis naturais, ou leis que regem os fenômenos da natureza, precede a criação de leis pelo homem. Nesse sentido, veja-se, por exemplo, as leis da física como a lei da gravidade e a rotação dos planetas ao redor do sol, e assim, também, as leis que regem os processos ecológicos fundamentais como a polinização, a reprodução e a dispersão, eólica e zoórica, de sementes. A sustentabilidade ambiental da vegetação que compõe a RL depende grandemente dos processos ecológicos como polinização e dispersão de sementes.

Argumenta-se, finalmente, que a sustentabilidade ambiental do uso econômico da vegetação presente na RL isolada dependerá grandemente da ação humana. No caso de fitofisionomias florestais, infere-se que serão necessários plantios de enriquecimento e de adensamento com mudas das espécies florestais nativas que porventura sejam de interesse ambiental e econômico. Em qualquer caso, a intervenção humana na RL deverá promover as alterações necessárias na estrutura e na composição de espécies que devem compor o ecossistema florestal tal qual deseje-se perpetuar.

## 5. A COMPENSAÇÃO DA RESERVA LEGAL

Da análise anteriormente exposta resulta que as possibilidades de proceder à compensação da RL (em outras propriedades imóveis rurais, conforme disposto no Art 44), ou na constituição de Unidades de Conservação (VULCANIS, 2006), ou à sua instituição em condomínio, conforme previstas na MP 2.166-67 são alternativas dirigidas à superação daquelas limitações de caráter biológico.

Pelo menos os seguintes quatro Estados já instituíram legislação com o propósito de regulamentar o conteúdo normativo do Art. 44 do Código Florestal:

- Paraná: com a edição do Decreto nº 387, de 03-03-1999, criou-se o “Sistema de Manutenção, Recuperação e Proteção da Reserva Legal e Áreas de Preservação Permanente no Estado do Paraná”, SISLEG. O Decreto nº 3.320, de 12-07-2004 informou os critérios, normas, procedimentos e conceitos pertinentes ao SISLEG. Instituiu-se diversos Corredores de Biodiversidade de modo a orientar a compensação da RL
- Goiás: Portaria nº 14 de 20-07-2001, editada pelo Agência Ambiental de Goiás, instituiu a figura da “Reserva Legal Extra Propriedade”;
- Mato Grosso do Sul: o Decreto nº 10.707, de 22-03-2002, alterado pelo Decreto nº 11.036, de 26-12-2002, instituiu o “Sistema de Recomposição, Regeneração e Compensação da Reserva Legal”.<sup>17</sup>
- São Paulo: Decreto nº 50.889, de 16-06-2006.

<sup>17</sup> Aspectos técnicos da RL extrapropriedade podem ser examinados em BONNET, Barbara Rocha Pinto; FERREIRA, Laerte Guimarães; LOBO, Fábio Carneiro. Sistema de reserva legal extra-propriedade no bioma cerrado: uma análise preliminar no contexto da bacia hidrográfica. Revista Brasileira de Cartografia, v. 58, n. 2, p. 129-137, 2006. Disponível em: <http://www.google.com.br/search?hl=ptBR&q=compensa%C3%A7%C3%A3o+reserva+legal+goias&btnG=Pesquisa+Google&meta=> Acessado em 29-11-2007.

Importante registro deve ser feito, também, à propositura do Projeto de Lei nº 5.876/2005 de S.Exa. o Deputado Federal Luciano Castro (PL, RR) que dispunha sobre a Cota de Reserva Florestal, CRF, figura jurídica prevista nos Arts. 44, § 5º, e 44-B do Código Florestal e que possibilitam a implementação da compensação mediante o arrendamento de área sob regime de servidão florestal ou a aquisição de CRF. Tal possibilidade tem evidentes benefícios econômico-financeiros às duas categorias de proprietários: a) aqueles que tem áreas ocupadas com atividades antrópicas mas que, no entanto, apresentam um passivo ambiental em relação aos percentuais estabelecidos no Art. 16; e, b) aqueles que dispõe de vegetação em índices superiores aos anteriormente mencionados, em diferentes regiões e fitofisionomias. Em 14-08-2007, S.Exa. o Deputado Federal Max Rosenmann (PMDB, PR), relator do retromencionado PL, na Comissão de Finanças e Tributação, apresentou Projeto de Lei substitutivo e que tem um regime de tramitação acessória. Infelizmente, entretanto, na votação do PL em questão, na Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, CMADS, o Deputado Federal Sarney Filho (PV, MA) apresentou voto em separado optando pela rejeição do PL, posição que foi acatada pelo seu relator, o Deputado Federal Edson Duarte (PV, BA), em 19-04-2006. O PL nº 5.876/2005 foi arquivado em 31-01-2007. Aguarda-se que novas proposições nesse sentido venham a ser apresentadas naquela casa.

Verifica-se, portanto, que existem importantes iniciativas para possibilitar que o Instituto da Compensação da RL possa ser operacionalizado, o que certamente contribui para a melhoria da qualidade ambiental.

Registre-se, por oportuno, que a compensação da RL pode ser objeto de vínculo jurídico entre dois ou mais proprietários em contrato de arrendamento rural. O Decreto 59.566/06, que regulamenta partes da Lei nº 4.504, de 30-11-1964 (Estatuto da Terra), assim dispõe:

...

*Art. 3º. Arreandamento rural é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e o gozo de imóvel rural, parte ou partes do mesmo, incluído, ou não, outros bens, benfeitorias e ou facilidades, com o objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agro-industrial, extrativa ou mista, mediante certa retribuição ou aluguel, observados os limites percentuais da lei.*

...

A RL é passível de uso econômico, desde que elaborado, aprovado e autorizado, um Plano de Manejo Florestal Sustentável que, em síntese, constitui espécie do gênero exploração extrativa. De outro lado, o exame de detalhes desta forma de contrato agrário encontra-se muito além dos propósitos deste estudo, mas deverá constituir objeto de análises subsequentes.

## 6. CONCLUSÕES ARTICULADAS

Os fatos, reais e concretos, as relações biológicas e os processos ecológicos fundamentais não deixarão de existir apenas por serem ignorados, como se pre-

tende muitas vezes. Nesse sentido, e particularmente quanto à recomposição da RL, o Código Florestal, alterado por Medida Provisória, determina providências de difícil, senão impossível, alcance. Após considerar tudo que foi exposto e examinado, as seguintes duas conclusões articuladas são apresentadas:

**6.1** Apesar da possibilidade de que a vegetação da RL seja recomposta pelo plantio de mudas, infere-se que o pressuposto da auto-renovação de fragmentos isolados de ecossistemas, em perpetuidade, é equivocado e não dispõe de embasamento técnico na biologia da conservação. A existência de fluxo gênico das espécies que compõem a fauna e a flora é essencial para que possa ocorrer a renovação de um ecossistema, o que possibilita questionar a sustentabilidade ambiental da Reserva Legal recomposta em isolamento;

**6.2** Pelo motivo acima exposto, a compensação da Reserva Legal inexistente em uma propriedade (ou posse) rural constitui importante instrumento para viabilizar a conectividade entre fragmentos de vegetação, contribuindo, dessa forma, para a conservação da diversidade biológica ao longo da paisagem natural.

# ARBITRAGEM COMO INSTRUMENTO DE SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DOS CONFLITOS AMBIENTAIS NO DIREITO BRASILEIRO

SILVANA COLOMBO

Professora do Curso de Direito da UNOESC-Pinhalzinho

## 1. INTRODUÇÃO

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

O fato do artigo 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal de 1988, inserto no seu Título II, prever uma ação constitucional para a defesa do meio ambiente e cuja legitimidade ativa é o cidadão, reforça a idéia de que um direito positivado expressamente fora do Título II possa ter o status de fundamental.

Sobre o reconhecimento do direito fundamental do meio ambiente, o próprio STF já se manifestou de forma favorável a fundamentalidade da proteção ambiental, incluindo-o no rol dos direitos de terceira geração, consoante se extrai do voto do Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 3. 540-MC/DF, realizado em 01/09/2005,

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

Cabe observar que o direito de viver num ambiente ecologicamente equilibrado tem dupla natureza, a saber, objetiva e subjetiva. De outro lado, ele se apresenta como um elemento de ordem objetiva, já que o artigo 225 da CF/88 impõe ao Estado e ao cidadão o dever de preservar o meio ambiente, de outro, é

---

<sup>1</sup> Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direito de Inconstitucionalidade n. ADI3. 540-MC/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Acórdão Publicado no Diário da Justiça da União de 01 de set. de 2005. Disponível em: [Http://www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 20 de jun., 2008.

um direito subjetivo da personalidade e de caráter público que assegura aos cidadãos uma ação constitucional para a proteção ambiental.

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

Além do surgimento dos principais diplomas legais, outro ponto importante a ser salientado é a preocupação concreta com a proteção do meio ambiente, para que não se pode deixar de mencionar o papel do Poder Judiciário. Nesse sentido, no campo judicial, a previsão legal da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), somada aos preceitos do artigo 225 da CF/88 e demais instrumentos processuais para os conflitos ambientais, contribuiu para a consolidação da defesa jurisdicional e, conseqüentemente, para a responsabilização penal, administrativa e civil por danos causados ao meio ambiente.

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

Segundo a Constituição federal de 1988, os interesses difusos podem ser defendidos pelo Ministério Público que tem a função institucional de exercer a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos por meio do inquérito civil e da ação civil pública.

Além do Ministério Público, as entidades contempladas em lei também podem promover a defesa do direito ao meio ambiente: (a) associações para defesa judicial ou extrajudicial dos interesses de seus filiados (art.5º, XX da CF/88); (b) os sindicatos para defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria (art.5º, LXX da CF/88). Acrescenta-se, ainda que a CF/88 a ação popular e o mandado de segurança coletivo como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos.

Nesta perspectiva, o presente artigo volta à atenção, essencialmente, para os meios extrajudiciais de tutela ambiental. Pretende-se, portanto, trazer à tona o debate acerca da possibilidade das partes acordarem em fazer uso da arbitragem ambiental no direito interno, considerando que o meio ambiente é matéria de ordem pública e tutelada (regra geral) pelo Estado.

Destaca-se que, o exame da arbitragem ambiental terá como norte a Constituição federal de 1988, a jurisprudência nacional/internacional, e a Lei 9.307/96,

---

<sup>2</sup> Cf. BENJAMIN, Antônio Herman. *Meio Ambiente: uma primeira abordagem*. In: Anais do 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental, de 03 a 06de junho de 2002:10 anos da ECO/92:O Direito e o Desenvolvimento Sustentável.São Paulo:IMESP,2002,p.89-101.

pela pertinência com a temática ambiental. Na investigação, serão, também, abordados a definição de direitos difusos, as vantagens da arbitragem em relação à tutela estatal e os requisitos para adoção da arbitragem na solução dos conflitos que tenham por objeto o bem ambiental.

## 2. A PREVISÃO LEGAL DA ARBITRAGEM NO DIREITO BRASILEIRO

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

Consoante menciona Carlos Alberto Carmona,

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

De se anotar que a arbitragem como meio alternativo de solução das controvérsias, presente no Brasil desde as Ordenações Filipinas, ganha ênfase nos dias atuais diante de uma Justiça tardia, marcada pela morosidade, burocracia e formalidades do processo judicial. Isto é, a ineficiência do Judiciário potencializa o uso da arbitragem, na área privada e também na área pública, quer no plano internacional, quer no plano nacional.<sup>4</sup>

No Brasil, a Lei 9.307/96 disciplinou a matéria e representou um marco importante na justiça brasileira. A referida lei trouxe dois grandes avanços que merecem ser mencionados: (i) a possibilidade das entidades de direito público se submeterem à arbitragem para solucionar os problemas contratuais de forma mais célere e econômica; (ii) a sentença arbitral produz entre as partes os mesmo efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário. Consoante o que prescreve o artigo 31 da referida lei, a sentença arbitral equivale a uma sentença judicial, portanto, é um título extrajudicial automaticamente executável.

Por oportuno, menciona-se que o Supremo Tribunal Federal decidiu (2001) pela Constitucionalidade da Lei 9.307/96 que trata da arbitragem no Brasil. Esse fato também contribuiu para a propagação do uso da arbitragem como meio alternativo para solucionar os litígios que se prolongam perante o Poder Judiciário por muitos anos.

As breves considerações feitas até o momento permitem examinar o cerne da questão submetida à análise, ou seja, a arbitragem em matéria ambiental. Regra geral, as controvérsias que envolvem matéria ambiental somente podem ser

<sup>3</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p.19.

<sup>4</sup> SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *A Justiça na sociedade moderna*. Revista jurídica Consulex, Ano XI-240-15 de janeiro de 2007.

solucionadas perante o juízo estatal, especialmente porque à proteção do meio ambiente é considerada direito público e indisponível.

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

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

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

Por isso, este artigo visa debater a arbitragem como mecanismo de solução de conflitos aplicável às questões ambientais no direito interno, tendo em vista as experiências no direito comparado, e também o movimento a favor de sua utilização, inclusive mediante iniciativa do próprio Poder Judiciário.

Pretende-se, portanto, trazer à tona o debate acerca da possibilidade das partes acordarem em fazer uso da arbitragem ambiental no direito interno. Neste sentido, a opção pela potencialização do uso da arbitragem ambiental como instrumento de solução pacífica de conflitos ambientais deve ser pautada pela verificação das suas vantagens em relação à jurisdição estatal e também as condições de utilização da arbitragem para a tutela ambiental.

### **3.A UTILIDADE DA ARBITRAGEM PARA A SOLUÇÃO DAS CONTROVÉRSIAS AMBIENTAIS**

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

Primeiro, cabe esclarecer que o fenômeno da especialização ocorre tanto no âmbito internacional, pois a Corte Internacional de Justiça possui uma câmara especializada para dirimir os conflitos ambientais, quanto no direito interno. No ano de 2005, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio da Resolução n.240, instalou a câmara Especial do meio Ambiente, composta por desembargadores especializados em matéria ambiental.<sup>5</sup>

A instalação da referida Câmara, que tem competência para julgar ações de natureza civil e medidas cautelares que envolvam matéria ambiental, revela que

<sup>5</sup> Cf. FRANGETTO, Flávia Witkowski. *Arbitragem ambiental: solução de conflitos (r) estrita ao âmbito (inter) nacional?* SP: Millennium Editora, 2006.

a jurisdição estatal está apta a julgar as demandas ambientais de forma eficiente quanto à arbitragem, especialmente, em razão da qualificação dos julgadores.

Deste modo, sendo notório que as duas modalidades de juízo, estatal e arbitral, estão aptas para resolver as demandas ambientais, cabe às partes optar pela qual das vias pretende exercer o acesso à justiça. Se na jurisdição estatal, as partes não têm nenhuma participação na escolha do juiz, na arbitragem, as partes participam diretamente do ato de escolha da pessoa encarregada de dirimir o conflito.

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

Além da liberdade de escolha das partes e da imparcialidade, outra utilidade da arbitragem ambiental no âmbito interno é a possibilidade da via arbitral ser utilizada para solucionar problemas ambientais que, embora devessem ser considerados obstáculos à manutenção da qualidade de vida, não são levados à apreciação do Poder Judiciário, por se tratarem de questões aparentemente irrisórias.<sup>6</sup>

Outra vantagem da utilização da via arbitral está na possibilidade das partes poderem autorizar que o árbitro decida com equidade, conforme preconiza o artigo 2º da Lei 9.307/96 “a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes”. Acrescente-se, ainda, que a regra esculpida nos §§ 1º e 2º do mencionado artigo, atribui às partes a liberdade de escolha das regras de direito que será aplicada na arbitragem e também permite a utilização dos princípios gerais do direito e da equidade para decidir o conflito.

Em vista do exposto, vale, também, atentar que a utilização da equidade não significa a renúncia das partes a nenhum direito e tampouco a inexistência de um controle de legalidade, até porque o árbitro está submetido a certos limites, entre eles, o dever de observar os comandos legais.

Neste sentido, a arbitragem assegura que o conflito será resolvido por uma pessoa ou um grupo de pessoas aptas a entendê-los. Cumpre destacar que, essa tendência de especialização dos julgadores em matéria ambiental, contribui para a confiabilidade e justiça da decisão. Em suma, o espírito de cooperação que circunda a relações entre as partes, a celeridade do juízo arbitral e, especialmente, a possibilidade de obtenção de uma solução eficiente, rápida e justa, são os principais méritos da arbitragem.

#### **4.A INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS DIFUSOS**

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

---

<sup>6</sup> Cf. FRANGETTO, Flávia Witkowski Op.cit.,2006.

Essa é a conceituação adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, conforme se vê do disposto no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, “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”.

Também precisa ser dito que, apesar da limitação dos titulares de um interesse difuso, não se pode identificar cada um dos seus titulares, isto é, o direito difuso é de cada um e de todos ao mesmo tempo, e, exatamente, por isso, o bem jurídico a que se referem é inapropriável individualmente e insuscetível de apropriação exclusiva por parte de um único indivíduo<sup>7</sup>

Em decorrência dessa indisponibilidade dos direitos difusos, em princípio, não seria possível a transação, judicial ou extrajudicial, nos conflitos que envolvessem matéria ambiental. Dito de outra forma, a indisponibilidade dos direitos difusos não permitiria a renúncia nem a transação em matéria ambiental, motivo pelos quais os conflitos ambientais só deveriam ser resolvidos pela via estatal.

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

Neste sentido, os direitos difusos “como se encontram dispersos na coletividade, quem tentasse transacioná-los segundo as normas do direito civil esbarraria neste óbice: estaria dispondo de direito que não são seus (ou só seus). Não teria, assim, poder para transigir”.<sup>8</sup>

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

Sob este prisma, parece evidente que os direitos difusos, especificamente, o direito fundamental do ambiente, não pode ser objeto de transação, já que esses direitos têm relevância social e, por isso, sua proteção é obrigatória.

Além disso, o poder normativo de natureza contratual é restringido, porque a matéria ambiental é regida por normas de ordem pública, existe a obrigatoriedade de observância dos princípios aplicados ao regime público, a saber, os princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e o da indisponibilidade do interesse público.

Assim, não obstante a natureza difusa do direito fundamental do ambiente, alguns autores, entre eles, Mazzilli, entendem que a transação é possível no campo dos direitos difusos, especialmente, no bojo da ação civil pública e do inquérito civil, consoante o que prescreve o artigo 5º da lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85).

<sup>7</sup> Cf. ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

<sup>8</sup> CLEMES, Sergio. Apontamentos sobre a possibilidade de transação dos interesses difusos na Lei Brasileira. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades, LEITE, José Rubens Morato (coord). *Cidadania coletiva*. Florianópolis, Paralelo 27, 1996, p.186.

Nestes termos, Mancuso, ao tratar da tutela jurisdicional dos direitos difusos, reconhece a indisponibilidade do objeto, "mas entende que o acordo é presumivelmente firmado com o propósito de resguardar o interesse difuso, se, v.g, no decorrer do processo, a atividade nociva, que poderia ser paralisada por meio de acordo, continuar sendo pactuada".<sup>9</sup>

Importante lembrar, nesta ocasião, que, a legislação brasileira permite o uso de instrumentos como a celebração de termo de Ajustamento de Conduta (previsto na Lei da Ação Civil Pública) e de transação penal para as infrações de menor potencial ofensivo para a solução dos conflitos ambientais. Nestes casos, os assuntos ambientais estão desvinculados de "uma necessária apreciação estatal em fase não homologatória"<sup>10</sup>, razão pela qual se poderia argumentar favoravelmente a utilização da arbitragem em matéria ambiental, respeitadas certas condições.

Em sentido contrário, Marco Pereira, afirma que no compromisso de ajustamento de conduta, "a indisponibilidade do direito não será afetada porque o que será objeto da transação será a maneira de implementação mais rápida do interesse tutelado e ficará prestigiada a instrumentalidade do processo".<sup>11</sup>

Ainda, é de se anotar que, entres as várias formas de solução dos conflitos ambientais, o compromisso de ajustamento de conduta é um instrumento que se mostra eficaz para a proteção de bem de natureza ambiental, porque cumpre com o objetivo preventivo do Direito Ambiental, já que os danos ambientais são irreversíveis e irreparáveis. Além disso, o fator temporal, no que tange à tutela ambiental, é essencial, uma vez que, quanto antes o dano for reparado, ou impedido de ser concretizado, mais eficiente será a proteção ambiental.<sup>12</sup>

Feita as colocações iniciais acerca da indisponibilidade dos direitos difusos, é o momento de voltar à discussão sobre a possibilidade do uso da arbitragem no direito interno para dirimir os conflitos na esfera ambiental. Para tanto, será preciso verificar a capacidade do instituto da arbitragem servir de mecanismo de tutela ambiental extrajudicial, a partir das condições e dos pré-requisitos exigidos pela legislação brasileira.

## 5.CONDIÇÕES PARA UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM AMBIENTAL NO DIREITO BRASILEIRO

A discussão sobre a viabilidade de a arbitragem ser aplicada no âmbito nacional enseja a sua análise sob a perspectiva da subjetividade e também da objetividade. Objetividade, porque é preciso determinar quais as questões que podem ser dirimidas pela via arbitral, tendo como parâmetro a restrição imposta pela Lei de Arbitragem que autoriza o seu uso para dirimir conflitos de natureza dis-

<sup>9</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*, em defesa do meio-ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores (Lei n.7.347/85). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.139-140.

<sup>10</sup> FRANGETTO, Flávia Witkowski Op.cit.,p.62.

<sup>11</sup> PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. *Transação no curso da ação civil pública*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n.16, out./dez. 1995, p.125.

<sup>12</sup> Cf.AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ponível. Subjetividade, pois é preciso determinar quem poderá ser parte e quem poderá postular em um procedimento arbitral em matéria ambiental.<sup>13</sup>

Sendo assim, é preciso perquirir quais as condições e os limites para o seu emprego no direito brasileiro. O primeiro fator apontado para a não utilização da via arbitral para a solução das controvérsias ambientais no direito interno é a limitação imposta pela Lei nº. 9.307/96 que permite a submissão apenas de direitos patrimoniais disponíveis à arbitragem. Consequentemente, a proteção do meio ambiente, considerada matéria de ordem pública, estaria excluída dessa possibilidade.

A restrição de cunho material está prevista no artigo 1º da referida lei que dispõe que: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

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

Segundo Lacerda, direito patrimonial disponível:

*“É todo aquele direito que advindo do capital ou do trabalho, ou da conjugação de ambos, bem como ainda dos proventos de qualquer natureza como tais entendidos os acréscimos patrimoniais não oriundos do capital ou do trabalho ou da conjugação de ambos, pode ser livremente negociado pelas partes, eis que não sofre qualquer impedimento de alienação quer por força de lei, quer por força de ato de vontade (...)”.*<sup>14</sup>

Como já mencionado, a interpretação do artigo 1º da Lei nº. 9.307/96 e também do conceito de direito patrimoniais leva muitos juristas a considerar que a arbitragem não é aplicável em matéria ambiental, eis que o meio ambiente, nos termos da Constituição Federal, pertencente a toda a coletividade, portanto, integra o rol dos direitos difusos.

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

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

<sup>13</sup> LEMES, Selma. *A arbitragem na Concessão de serviços Públicos-arbitrabilidade objetiva*. Confidencialidade ou publicidade processual? Os novos paradigmas do Direito Administrativo, palestra proferida na reunião do Comitê Brasileiro de Arbitragem, São Paulo, maio de 2003, p.2.

<sup>14</sup> LACERDA, Belizário Antonio de. *Comentários a lei de Arbitragem*. São Paulo: Lúmen Júris, 2002, p.32

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

O ponto de partida para estabelecer as condições de utilização da arbitragem na tutela ambiental é a verificação da natureza jurídica do bem ambiental. A disponibilidade do objeto da lide e, por conseguinte, a submissão de conflitos ambientais ao juízo arbitral, ocorre quando as matérias ambientais presentes no conflito envolverem relações patrimoniais. Neste sentido, à flexibilização do conceito de direito difuso é o ponto-chave para levar a solução dos conflitos ambientais ao juízo arbitral.

Neste sentido, inclusive, o posicionamento da Eminente Min. Eliana Calmon externado no recente acórdão: "a regra de que não serem passíveis de transação os direitos difusos, contudo, quando se tratar de direitos difusos que importem obrigação de fazer ou de não fazer deve-se dar tratamento distinto, possibilitando dar à controvérsia melhor solução na composição do dano, quando impossível o retorno ao status quo ante"<sup>15</sup>.

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

Para melhor compreender-se a condição de validade do requisito-direitos disponíveis-, é relevante uma reflexão, acerca do conceito de dano ambiental, que está circunscrito pelo significado que se atribui ao meio ambiente. Em sentido jurídico, o meio ambiente é um macrobem unitário, incorpóreo e imaterial, com uma configuração também de microbem. Ou seja, o conceito amplo de meio ambiente envolve os elementos naturais, artificiais e culturais.<sup>16</sup>

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

Acrescente-se, ainda, que o dano ambiental resulta da agressão injusta aos bens ambientais, constituídos dos bens ecológicos e mais os bens pessoais, econômicos, morais e materiais. Isto significa dizer que o meio ambiente (macrobem) é constituído de microbens que podem integrar o rol tanto dos direitos disponíveis quanto dos direitos indisponíveis.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> REsp 299400/RJ, j. 01.06.2006.

<sup>16</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo, extrapatrimonial*. São Paulo: Editoria revista dos tribunais, 2003.

<sup>17</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Conciliação, Arbitragem e Meio Ambiente*. Publicado no Jornal do Comércio em 28 de novembro de 2003.

“Pensemos nos danos (i) à propriedade privada decorrentes da poluição atmosférica (paredes e janelas enegrecidas de uma habitação), ou da (ii) falta de água pura (diminuição da produção de uma empresa)”.<sup>18</sup> Essas hipóteses configuram danos patrimoniais disponíveis, portanto, o litígio poderia ser arbitrável.

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

Por oportuno, faz-se necessário dizer que na órbita internacional o critério da indisponibilidade do bem ambiental não impede o uso da arbitragem como mecanismo alternativo de solução dos litígios ambientais. A título de exemplo, o Decreto 2519 de 16 de março de 1998 que promulgou a Convenção sobre a Diversidade Biológica, um dos documentos elaborados na Conferência do Rio de Janeiro, prevê a possibilidade de a arbitragem ser utilizada com instrumento de solução de conflitos.

A incorporação no direito interno, dos tratados que versem sobre meio ambiente, portanto, levaria a um conflito entre a norma interna e a norma internacional. Por isso, a regra contida no artigo 98 do Código Tributário Nacional – “os tratados e Convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha” – poderia ser aplicado por analogia às matérias ambientais.

O uso da arbitragem nesses casos seria vantajoso, porque as partes poderiam escolher o árbitro que tem o conhecimento técnico e legal em relação à matéria ambiental submetida à arbitragem. Além do que, o árbitro é um juiz de fato e um juiz de direito, pode decidir com equidade, mas sempre deverá observar as determinações legais.

Daí a importância da vertente extrajudicial para solucionar as controvérsias ambientais: o árbitro decide de forma imparcial, tem poderes legais específicos e dispõe do conhecimento técnico e legal necessário para apresentar uma solução rápida e eficaz às partes envolvidas no litígio. Às partes são assegurados, o contraditório, a ampla defesa e a produção de provas.

É relevante destacar que a opção das partes pela arbitragem no campo do Direito Ambiental não significa renúncia aos seus direitos, uma vez que a sentença arbitral deve observar os princípios do Estado de Direito.

Paralelamente a esses fatos, o artigo 225 da CF/88 atribui o dever de defesa e preservação do meio ambiente ao Poder Público e à coletividade. Isto significa que o Poder Público e o particular, devem resguardar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para a atual e também futuras gerações.

De um lado, o caput do artigo estabelece um dever correlato ao direito que todos têm de viver num ambiente ecologicamente equilibrado, por outro lado,

<sup>18</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa, Op.cit.,p.3.

nem todas as situações foram disciplinadas pelo legislador. O parágrafo 1º do artigo 225 da Constituição Federal, as normas infraconstitucionais e a própria legislação ambiental setorial definem apenas algumas das obrigações do Poder Público.

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

Valer assinalar, sucintamente, a limitação legal para a utilização da via arbitral nas questões envolvendo matéria ambiental, expressa na conciliação dos seguintes pressupostos: “(i) o da disponibilidade do objeto da lide para que possa ser submetido à arbitragem, de um lado; com (ii) a natureza difusa e, portanto, disponível do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”.<sup>19</sup>

### 5.1 Arbitragem Ambiental à Luz da Experiência Internacional

Por oportuno, faz-se necessário mencionar que questões envolvendo matéria ambiental tem sido objeto da arbitragem internacional. Cumpre notar, nesse sentido, que o Brasil é signatário de vários tratados e convenções internacionais que admitem a arbitragem como instrumento pacífico de solução dos conflitos, entre eles: a Convenção de Viena para a proteção da Camada de Ozônio (artigo XI, 3,a); a Convenção sobre Mudança de Clima (artigo 14,2,b); Convenção de Basileia sobre o controle de movimento transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito (artigo 20,3,b).<sup>20</sup>

Acrescente-se, ainda, a Convenção sobre a Diversidade Biológica, determinada a conservar e utilizar de forma sustentável a diversidade biológica para benefício das gerações presentes e futuras, que em seu próprio texto prevê a adoção de medidas de bons ofícios, mediação e arbitragem no caso de controvérsias envolvendo os Estados-signatários.<sup>21</sup>

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

Pode-se relacionar, a título de ilustração de situações em que o objeto de controvérsias entre as partes tem cunho ambiental, o caso da importação de pneu-

<sup>19</sup> COUTO, Oscar Graça; CARVALHO, Mônica Taves de Campos V.de *Arbitragem e meio ambiente*, in *Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e da prática*; Coordenador Ricardo Ramalho Almeida, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.295.

<sup>20</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Conciliação, Arbitragem e Meio Ambiente*. Publicado no Jornal do Comércio em 28 de novembro de 2003.

<sup>21</sup> Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), assinada no rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. O Decreto Legislativo n.2, de 03 de fevereiro de 1994, ratificou a CDB.

máticos usados. Em 2002, o Tribunal Arbitral ad hoc do Mercosul reconheceu o direito dos países do Mercosul de exportar pneus remoldados para o Brasil. Para dar cumprimento ao laudo arbitral proferido em favor do Uruguai, o Brasil editou a Portaria SECEX n.02, de 08 de março de 2002, permitindo a importação de pneumáticos remoldados, procedentes dos Estados partes do Mercosul.<sup>22</sup>

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

Assim sendo, de acordo com a experiência internacional, a arbitragem tem sido o método de solução de conflitos escolhido para solucionar questões envolvendo bens ambientais. Com efeito, fica claro que a arbitragem pode ser utilizada nas seguintes situações: “(i) contratos relacionados à atividade industrial que provoque emissão de poluentes; produtos causadores de passivo ambiental (efeitos de material nuclear sobre o ambiente); (ii) serviços ou atividades pressupondo licenças ambientais e respeito a normas ambientais; (iii) atitudes preventivas de danos ambientais”.<sup>23</sup>

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

A principal finalidade da Corte Internacional de Arbitragem Ambiental, consoante o que prescreve o artigo 2º do seu estatuto, é dar pareceres consultivos sobre questões de Direito Ambiental ou sobre os aspectos legais da utilização de elementos ou de proteção do ambiente, em qualquer caso, que é de preocupação internacional, a pedido de qualquer pessoa singular ou coletiva, nacional ou internacional, público ou privado, incluindo os Estados e autoridades locais.<sup>24</sup>

No direito comparado, Portugal já estabelece em alguns Decretos a possibilidade de utilização da arbitragem para solucionar conflitos envolvendo algumas espécies de recursos naturais. A título de exemplo, o Decreto-Lei nº 109/94<sup>25</sup>, SÉRIE I-A, de 26 de Abril, prevê a adoção da arbitragem no caso de conflitos relacionados à pesquisa e exploração de Petróleo.

Para Rosana Siqueira Bertucci, no direito brasileiro, o precedente que merece ser destacado “é o caso ocorrido em Minas Gerais na qual figuraram o Mi-

<sup>22</sup> A controvérsia sobre a proibição da importação de pneus remoldados é objeto de discussão da ADPF 101.

<sup>23</sup> FRANGETTO, Flávia Witkowski Op.cit. p.52.,2006.

<sup>24</sup> Statutes International Court of Environmental Arbitration and Conciliation:www.iceac.sarenet.es.

<sup>25</sup> Artigo 80:1. Os diferendos que eventualmente ocorram entre o Estado e as concessionárias, relativamente à interpretação ou aplicação das disposições legais e contratuais que regulam as relações entre as partes na qualidade de contratantes, serão resolvidos por tribunal arbitral, a funcionar em Lisboa, nos termos da legislação processual portuguesa. 2. Para os efeitos do disposto no número anterior podem o estado e as concessionárias celebrar convenções de arbitragem, em condições a fixar no contrato de concessão.

nistério Público (conciliados) a empresa FIAT AUTOMÓVEIS e a SEMA/SP. Foi levada ao conhecimento do primeiro a fabricação de veículos em suposto desacordo com as normas relativas à emissão de poluentes”.<sup>26</sup> A solução obtida, por meio da arbitragem, foi levada pelo Ministério Público Estadual ao Conselho do Ministério Público local e ao Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) para ser referendada.

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

## **6.CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**6.1** Não obstante a especialização do Poder Judiciário, o uso da arbitragem apresenta como principal vantagem a possibilidade das partes escolherem livremente o árbitro que é conhecedor dos aspectos necessários para decisão.

**6.2** A arbitragem pode servir como via alternativa de solução das controvérsias ambientais também no âmbito do direito interno, especialmente, quando esses litígios envolverem relações patrimoniais concernentes ao bem jurídico ambiental.

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

**6.4** O procedimento arbitral está submetido ao controle de legalidade e constitucionalidade, por conseguinte, o uso da arbitragem em matéria ambiental não representa violação dos direitos da ampla defesa e do contraditório.

**6.5** A arbitragem pode ser um bom meio de solução de litígios ambientais, desde que instituída conforme os parâmetros técnicos e legais aplicáveis a esse instrumento.

---

<sup>26</sup> BERTUCCI, Rosana Siqueira. *Arbitragem ambiental: reflexões sobre sua aplicabilidade*. Disponível no site <http://www.oabms.org.br/noticias>. Acesso em 10 de agosto de 2008.



# SOLO CRIADO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CIDADE SUSTENTÁVEL NO MUNICÍPIO DE BELÉM

TIAGO FERREIRA DA CUNHA  
Advogado

## 1. INTRODUÇÃO

Na sociedade capitalista em que vivemos, não se pode mais conceber o direito de propriedade baseado na concepção romana, que justifica a propriedade por sua origem (familiar, dote) e de forma absoluta, independente do meio social em que se insere.

Observou-se a mudança conceitual do direito de propriedade em razão de sua função econômico-social, ressaltando que a gradativa ponderação de valores não de ser harmonizados para se alcançar a finalidade que apresenta o direito de propriedade.<sup>1</sup> Este suplanta a órbita dos interesses individuais e das relações de vizinhança, para ser observado como direito subjetivo que tem por função o bem estar social, e que há de ser utilizado segundo interesses sociais, considerando seus reflexos no âmbito urbano-ambiental.

Mesmo assim, o exercício do direito de propriedade tomou contornos tão amplos que induziu contradições sociais, desigualdades econômicas, forçando o Estado a elaborar regras e normatizações com escopo de contrabalançar o interesse do proprietário, seus direitos de uso e fruição, paralelamente aos reflexos desse “exercício de direito” no meio social.<sup>2</sup>

Paralelamente à modificação do direito de propriedade e de sua função social, presenciamos o processo de industrialização da produção impulsionado, principalmente, pela Revolução industrial. Destacamos, ainda, o fluxo migratório da população rural em direção aos centros urbanos, que gerou a Revolução Urbana, causando a intensificação da urbanização dos aglomerados urbanos que se formaram ao redor das cidades

Nas palavras de José Afonso da Silva<sup>3</sup>, essa urbanização gerou enormes problemas, pois deteriorou o ambiente urbano, provocou a desorganização social, com carência de habitação, desemprego, problema de higiene e de saneamento básico. A urbanização modifica a utilização do solo e transforma a paisagem urbana.

---

<sup>1</sup> DIAS, Daniella S. Desenvolvimento Urbano: Princípios Constitucionais. Curitiba: Juruá, 2002. p. 134.

<sup>2</sup> Ob. Cit. p. 136.

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso. Direito Urbanístico Brasileiro. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 27.

O desenvolvimento industrial capitalista, associado às necessidades da urbanização, provocou o aprimoramento de técnicas de construção, potencializando a utilização de áreas edificáveis, com o objetivo de suprir a escassez, principalmente, de moradia em solo urbano. Isso importou possibilitar a multiplicação do solo edificável em tantos novos solos quantos desses pisos artificiais fosse admitido pela legislação edilícia ou de zoneamento.<sup>4</sup>

Observou-se, então, a urgente necessidade de medidas de intervenção nesse processo, o que resultou em inúmeras análises e amplos debates em busca do máximo grau possível de ajuste e adequação dos municípios à próprias suas peculiaridades e realidades.

Daí surgiram as discussões para a legalização de instrumentos urbanístico capazes de reequilibrar as conseqüências da urbanização e do adensamento dos centros urbanos. Um desses instrumentos, objeto de pesquisa deste trabalho, é o Solo Criado.

Neste trabalho procurou-se analisar a problemática do Solo Criado no município de Belém, investigando sua eficácia no antigo Plano Diretor Urbano (Lei n. 7.605 de 1993) e sua importância como instrumento de concretização do princípio da Cidade Sustentável.

## 2. CIDADE SUSTENTÁVEL

Dentre as várias diretrizes enumeradas no art. 2º, inciso I, do Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, destacaremos, por entender pertinente ao tema do Solo Criado, a garantia do Direito à Cidade Sustentável, como norteador de políticas públicas de desenvolvimento urbano.

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992, aprovou a Agenda 21, documento que estabelece um pacto pela mudança do padrão de desenvolvimento global para o século XXI, na forma de compromisso que expressam o desejo de mudanças das nações do atual modelo de civilização para outro em que predomine o equilíbrio ambiental e a justiça social.<sup>5</sup>

Os países signatários assumiram o compromisso de incorporar em suas políticas metas para atingir o desenvolvimento sustentável, que segundo a própria Agenda 21, é aquele que satisfaz as necessidades do presente, sem comprometer a capacidade das gerações futuras em satisfazer suas próprias necessidades.<sup>6</sup>

Para Nelson Saule Júnior<sup>7</sup>, o direito ao desenvolvimento e o direito a um meio ambiente sadio tem como vínculo o desenvolvimento sustentável(...). O princípio do desenvolvimento sustentável fundamenta o atendimento das neces-

<sup>4</sup> Op. Cit. p. 259.

<sup>5</sup> CEURB – Centro Virtual de Estudos ambientais urbanos da Universidade Estadual Paulista “Julio de Mesquita Filho” em: <http://www.rc.unesp.br/igce/ceurb/cidades%20sustentaveis.htm>. acessado em: 09.out.2008.

<sup>6</sup> Idem nota 15.

<sup>7</sup> SAULE, Jr. Nelson. Novas perspectiva do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do Plano Diretor. Porto Alegre, 1997. p. 65 e 69.

sidades e aspirações do presente, sem comprometer a habilidade das gerações futuras atenderem suas próprias necessidades. (...) a política de desenvolvimento urbano deve ser destinada para promover o desenvolvimento sustentável, de modo a atender as necessidades essenciais das gerações presentes e futuras. O atendimento dessas necessidades significa compreender o desenvolvimento urbano como uma política pública que torne efetivo os direitos humanos, de modo a garantir à pessoa humana uma qualidade de vida digna.

Nesse sentido devemos entender o direito a cidade sustentável, garantido no art. 2º, inciso I, da Lei 10.257/2001. Em outras palavras, as cidades brasileiras, e aqui se inclui Belém, devem ser geridas de maneira a atender as necessidades e aspirações do munícipes do presente, sem contudo inviabilizar o potencial de atendimento aos anseios das gerações futuras.

Para Eduardo Alva<sup>8</sup>, a cidade sustentável é um fenômeno em construção, que pressupõe um conjunto de mudanças e depende da capacidade de reorganizar os espaços, gerir novas economias externas, eliminar as deseconomias de aglomeração, melhorar a qualidade de vida das populações e superar as desigualdades sócio-econômicas como condição para o crescimento econômico e não como sua consequência.

A redução das desigualdades sociais é apresentada pela Agenda 21 como principal desafio à sustentabilidade no país, pois não haverá como chegar a uma sociedade estável, capaz de proporcionar trabalho, mobilidade social, esperança a cada um dos cidadãos sem modificar profundamente o quadro de distribuição de renda no país.<sup>9</sup> E, acrescente-se, sem comprometer a mesma capacidade das gerações seguintes.

No entendimento de Oliveira Filho, não existe um padrão de sustentabilidade aplicável a todas as cidades. Cada cidade deve traçar estratégias rumo a sua própria e peculiar sustentabilidade.<sup>10</sup>

Como complementa Daniella Dias, cada cidade possui sua história, sua população, sua cultura, uma economia que apresenta perfil peculiar, que determinadamente influencia e influenciou o uso e a ocupação do solo, do espaço urbano, da natureza. A autora finaliza afirmando que cada cidade precisa encontrar soluções para os problemas urbanos que detectar.<sup>11</sup>

São as próprias cidades que precisam de auto-sustentação de forma a gerir recursos em prol de uma vida urbana ordenada, mais justa, menos irracional. Parâmetros de sustentabilidade servirão de norte, bases de orientação, contudo a estruturação, a planificação do espaço urbano dependem dos cidadãos e do setor político-econômico, da administração municipal.

<sup>8</sup> ALVA, Eduardo N. *Metrópole (In)sustentável*. Rio de Janeiro, 1997. em: <http://www.rc.unesp.br/igce/ceurb/cidades%20sustentaveis.htm>. acessado em: 09.out.2008.

<sup>9</sup> Comissão de Políticas de Desenvolvimento Sustentável e a Agenda 21. *Agenda 21 Brasileira*. Bases para discussão. Brasília: mimeo, 2000. p. 26.

<sup>10</sup> OLIVEIRA FILHO, Pedro Cabral de. Maceió: em busca de uma cidade sustentável. Apud DIAS, Daniella S., *Desenvolvimento Urbano: Princípios Constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 46.

<sup>11</sup> DIAS, Daniella S., *Desenvolvimento Urbano: Princípios Constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 47.

De acordo com o art. 2º, inciso I, do Estatuto da Cidade garante-se uma cidade sustentável, quando a municipalidade proporciona a seus habitantes o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

## 2.1 Direito à Terra

Dentro de uma ordem econômica capitalista a terra torna-se um dos elementos essenciais para a existência digna, visto que é a porção do território destinada a realização de atividades fundamentais ao homem. Das quais podemos, com tranquilidade, destacar, a moradia, o trabalho, a alimentação e o transporte.

Na expressão de Fiorillo<sup>12</sup>, o direito à terra urbana se caracteriza como fundamental à pessoa humana, na medida em que é a partir do território que todos os demais direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal poderão ser realizados/exercidos concretamente, em proveito dos brasileiros e estrangeiros residentes no país.

Ao lado da alimentação, a habitação figura no rol das necessidades mais básicas do ser humano. Para cada indivíduo desenvolver suas capacidades e até se integrar socialmente, é fundamental possuir uma moradia. Trata-se de questão relacionada à própria sobrevivência, pois dificilmente se conseguiria viver por muito tempo exposto, a todo momento, aos fenômenos naturais, sem qualquer abrigo.

O direito à moradia, também denominado direito à casa, está previsto no art. 6º da CF/88. O Estatuto da Cidade reforça essa garantia, incluindo-a como diretriz de uma política desenvolvimentista urbana sustentável, assegurando, assim, ao município um local destinado a seu asilo inviolável (art. 5º, XI da CF) com finalidade de garantir fundamentalmente seu direito à intimidade (art. 5º, X da CF) e, desta feita, terá garantido uma vida privada propícia à organização de sua família, base da sociedade brasileira (art. 226 da CF).

Portanto, o direito à moradia, no contexto de uma cidade sustentável, deve ser compreendido como um direito ao espaço de conforto e intimidade, adaptado a ser verdadeiro reduto da família.

## 2.2 Direito ao Saneamento

O direito ao saneamento ambiental, na voz de Celso Fiorillo, assegura não só a preservação da incolumidade físico-psíquica (saúde) do indivíduo, vinculada ao local onde vivem, local esse em que o Poder Público municipal tem o dever de assegurar condições urbanas adequadas de saúde pública, inclusive relacionadas ao controle de águas, esgoto, etc., como a preservação dos demais valores adaptados à tutela dos bens ambientais, adstritas a determinado meio em que referidas pessoas

<sup>12</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Estatuto da cidade comentado: Lei 10.257/2001: Lei do Meio Ambiente. 3.ed. rev., atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 51.

humanas se relacionam, obrigação também imposta ao Poder Público municipal no sentido de fazer cessar toda e qualquer poluição em face dos demais bens ambientais garantidos constitucionalmente (meio ambiente cultural, meio ambiente natural etc.).<sup>13</sup> O autor enquadra, ainda, como saneamento ambiental o direito ao uso das águas, o direito a esgoto sanitário; ao ar atmosférico e ao descarte de resíduos.

### **2.3 Direito à Infra-estrutura e aos Serviços Públicos**

O direito à infra-estrutura urbana assegura a efetiva realização de obras ou mesmo atividades destinadas a tornar efetivo o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, fixando, agora de maneira clara, através da Lei 10.257/20001, o direito ao espaço urbano construído.

É por força deste direito que o Poder municipal passa a ter o dever de implementar as verbas públicas, disponíveis e fixadas em orçamento próprio, necessárias a prover a cidade de artefatos, instalações e demais apetrechos destinados a viabilizar grande parte dos serviços públicos e privados, tais como, rede de esgoto, rede de abastecimento de águas, energia elétrica, coleta de águas pluviais e etc. Há, ainda, os equipamentos destinados a circulação de pessoas, bem como de produtos e serviços adaptados às necessidades econômicas como calçadas, praças, estradas, rodovias, portos e aeroportos, dentre outros.

No que tange o direito ao transporte, devemos observar o que dispõe o art. 5º, inciso XV da CF/88, pois afirma que é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens. Este artigo, pois, garante o direito a todos de ir e vir, o que no âmbito urbano é propiciado pelo sistema viário da cidade.

Ao Poder Público municipal resta, então, o planejamento, a construção e sobretudo a manutenção do sistema viário da cidade, de forma a garantir ao município e as gerações futuras condições dignas e igualitárias de deslocamento. No que se refere ao transporte em si, deve o município proporcionar a seus habitantes meios de transportes adequados, tais como, metros, trens ou ônibus, seja através da iniciativa privada (concessões e permissões) ou pública.

Para a associação internacional de administradores municipais o sistema viário forma a estrutura da cidade, constituindo, talvez, seu mais importante elemento. Este sistema determina, em grande parte, a facilidade, a conveniência e a segurança com que o povo se locomove através da cidade; estabelece o tamanho das quadras, constitui um canal para luz e ar, bem como para instalações de redes aéreas e subterrâneas. Nenhum outro elemento da composição material da cidade é tão permanente quanto as ruas.<sup>14</sup>

Já o direito aos serviços públicos assegura aos munícipes sua condição de consumidor em face do Poder Público municipal, que, na condição de fornecedor

<sup>13</sup> Ob. Cit. p. 52.

<sup>14</sup> ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE ADMINISTRADORES MUNICIPAIS. Planejamento urbano. Trad. de Maria de Lourdes Lima Modiano. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas (FGV), 1965. p. 128.

de serviços no âmbito das cidades, tais como, rede de esgotos, abastecimento de água, energia elétrica, coleta de águas pluviais, rede telefônica, gás canalizado, dentre outros, está obrigado a garantir serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.<sup>15</sup>

## 2.4 Direito ao Trabalho e Lazer

Na doutrina de Celso Fiorillo<sup>16</sup> o direito ao trabalho passa a ser integrado à ordem econômica do capitalismo, no âmbito da lei, dentro da garantia do direito às cidades sustentáveis e, portanto, como diretriz geral a ser observada no plano da política urbana em nosso país (...) e, completa o autor, estabelece as condições econômicas elementares para que a cidade possa viver, ou seja, através do direito antes referido é que a ordem econômica assegura a todos existência digna.

Ainda com o objetivo de garantir a dignidade dos habitantes da urbe, o Estatuto da Cidade estabeleceu como diretriz da política urbana o direito ao lazer, garantindo, desta feita, o exercício de atividades prazerosas aos munícipes. Fica, portanto, o poder público municipal obrigado a desenvolver políticas públicas no sentido de oferecer a população o mínimo de prazer como forma de aliviar a carga de estresse do trabalho.

Na expressão de Fiorillo, as atividades prazerosas nas cidades estão ligadas fundamentalmente ao meio ambiente cultural, previsto na Magna Carta pelos artigos 215 e 216, e compreendem as salas de cinema, de teatro, as praças, as áreas arborizadas, os estádios, os locais destinados à apresentação de artistas os mais variados, a infra-estrutura vinculada ao acesso às praias, as piscinas recreativas, dentre outros. Finaliza o autor afirmando que o direito ao lazer implica componente fundamental destinado a assegurar a incolumidade físico-psíquica da pessoa humana (saúde), integrando a estrutura da dignidade da pessoa humana.<sup>17</sup>

Desta feita, cabe aos municípios aplicar as diretrizes gerais, de acordo com as suas especificidades e com a realidade local, devendo para tanto construir uma ordem legal urbana própria e específica, tendo como instrumento fundamental a Lei Orgânica do Município e o Plano Diretor e, em apertada síntese, ordenar a cidade em proveito da dignidade da pessoa humana.

## 3. CASO BELÉM

Antes de adentrarmos na análise jurídica do Solo Criado, a partir do Plano Diretor de Belém, é válido ressaltar algumas características sócio-geográfica, de maneira a entendermos a formação territorial que hoje se apresenta como cenário das políticas públicas da cidade.

<sup>15</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Estatuto da cidade comentado: Lei 10.257/2001: Lei do Meio Ambiente. 3.ed. rev., atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 68.

<sup>16</sup> Op. Cit. p. 72.

<sup>17</sup> Op. Cit. p. 75.

Belém é um município brasileiro, capital do Estado do Pará. É a segunda cidade mais populosa da região Norte e a maior região metropolitana da Amazônia. Cidade com cerca de 1,424 milhão de habitantes.<sup>18</sup>

A região onde a atual cidade se localiza era primitivamente ocupada pelos Tupinambás. O estabelecimento do primitivo núcleo do município remonta ao contexto da conquista da foz do rio Amazonas, por forças luso-espanholas sob o comando do capitão Francisco Caldeira de Castelo Branco, quando, a 12 de janeiro de 1616, fundou o Forte do Presépio. A povoação que se formou ao seu redor foi inicialmente denominada de Feliz Lusitânia. Posteriormente foi sucessivamente denominada como Santa Maria do Grão Pará, Santa Maria de Belém do Grão Pará, até à atual denominação de Belém.

Porém, somente em 1627, portanto, 11 (onze) anos após sua fundação, o município de Belém teve suas terras oficializadas pela Coroa Portuguesa, quando da assinatura da Carta de Sesmarias de Uma Léguas concedida a Câmara Municipal de Belém, em 1º de setembro daquele ano, por intermédio de Francisco Coelho de Carvalho, Fidalgo da Casa Real, Senhor de Oguela e Comendador de Idangha e Capital Geral do Estado do Maranhão e Grão Pará.<sup>19</sup>

Essa primeira porção de terra representa a 1ª Léguas Patrimonial (4.291, 14 ha). Demarcada desde o Forte do Castelo até onde hoje é o bairro do Marco, daí, aliás, decorre o nome do bairro, pois abriga o marco limítrofe da primeira léguas patrimonial. De acordo com Trindade Júnior<sup>20</sup> dentro dessa 1ª Léguas estão os bairros mais povoados de Belém.

Em 1899, através do Decreto n. 766, de 21 de setembro de 1899, o Governo Estadual doou do, a 2ª Léguas Patrimonial foi acrescentada ao Município de Belém, que segundo Trindade<sup>21</sup>, a única finalidade era auferir rendimentos ao município através do instituto jurídico denominado aforamento. O distrito de Icoaraci foi anexado ao território belenense em 02 de abril de 1900, através da Lei Estadual n. 712 e, por fim, o Distrito da Vila de Mosqueiro, em 23 de fevereiro de 1901, por meio da Lei Estadual n. 753.<sup>22</sup>

Hoje, o Município de Belém está dividido em 08 (oito) Distritos Administrativos e 71 (setenta e um) bairros, com um território de 50.582,30 ha, sendo a porção continental correspondente a 17.378,63 ha ou 34,36% da área total, e a porção insular composta por 39 ilhas, que correspondem a 33.203,67 ha ou 65,64%. O contingente populacional na área urbana representa uma taxa de urbanização muito superior à observada para o conjunto da Amazônia e para o Estado do Pará. Atualmente, Belém apresenta uma densidade demográfica de 1.201,39 hab./km<sup>2</sup>.<sup>23</sup>

<sup>18</sup> Fonte: IBGE/2008.

<sup>19</sup> VIEIRA, José Benevenuto de Andrade. Gestão Informatizada da informações enfitêuticas no município de Belém. Belém: Cesupa, 2002. p. 4.

<sup>20</sup> TRINDADE JÚNIOR. Coleção Mapas de Belém, 1999 apud RIBEIRO, Krishina Day. Direitos e necessidades fundamentais de Belém. Belém: Ed. CESUPA, 2005. p. 51.

<sup>21</sup> Ob. Cit. p. 52.

<sup>22</sup> VIEIRA, José Benevenuto de Andrade. Ob. Cit. p. 8.

<sup>23</sup> <http://www.belem.pa.gov.br/planodiretor/paginas/brasao.php> acessado em: 03.nov.2008.

Essa concentração populacional e o desenvolvimento de novas técnicas de construção possibilitaram o fenômeno da verticalização dos prédios de Belém. Esse fenômeno constitui um dos traços característicos da urbanização brasileira.<sup>24</sup>

Apesar de haver algumas incongruências doutrinárias, no que diz respeito ao início do fenômeno da verticalização<sup>25</sup> em Belém, temos que, entre a década de 70 e 80, a Capital Paraense observou o fenômeno da verticalização. Graças a este processo, muitas áreas de baixadas, antes espaços de moradia da população pobre, passam a ser locais de moradia de pessoas de maior poder aquisitivo.<sup>26</sup>

Citadas tais características, passaremos, agora, a análise da problemática do instituto do Solo Criado no município de Belém.

Mesmo antes da obrigatoriedade trazida pelo Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257, de julho de 2001), a Capital paraense já contava com a previsão legal do Solo Criado ou Outorga Onerosa do Direito de Construir (art. 185 da Lei municipal n. 7.603, de 13 de janeiro de 1993 e art. 189 da Lei Orgânica do Município de Belém, de 30 de março de 1990), porém sem qualquer regulamentação.

Hely Lopes Meirelles<sup>27</sup> define o instituto do Solo Criado como sendo toda área edificável além do coeficiente único de aproveitamento do lote, legalmente fixado para o local. Para o autor, o Solo Criado será sempre um acréscimo ao direito de construir além do coeficiente básico de aproveitamento estabelecido pela lei; acima desse coeficiente, até o limite que as normas edíficias admitirem, o proprietário não terá o direito originário de construir, mas poderá adquiri-lo do Município, nas condições gerais que a lei local dispuser para a respectiva zona.

Tal instrumento foi previsto para áreas que tinham uma infra-estrutura urbana aceitável, isto é, equipamentos públicos capazes de suportarem o adensamento resultante da implementação da referida outorga.

Através do art. 182 do Plano Diretor de 93, foi definido um coeficiente de aproveitamento básico igual a 1,4 para todos os lotes contidos no município de Belém. Ocorre que em 1998, foi editada a Lei 7.877, de 06 de abril daquele ano, que altera o art. 182 e 340 da Lei Municipal n. 7.603/93, passando o coeficiente básico de aproveitamento de 1,4 para 4 (quatro), podendo chegar à 06 (seis), o que limitou, sobremaneira, a aplicações deste instrumento.

Senão vejamos, um terreno de 200m<sup>2</sup>, de acordo com o art. 182, comporta construções de até 280m<sup>2</sup>, sendo Solo Criado e, portanto passível de outorga, qualquer construção acima de 280m<sup>2</sup>. Com a alteração do coeficiente para 4,0, podendo chegar a 6,0 em algumas zonas, tem-se que o mesmo terreno apenas terá

<sup>24</sup> SILVA, Luís Octávio da, A constituição das bases para a verticalização na cidade de São Paulo. In <http://www.vitruvius.com.br/arquitextos/arq000/esp399.asp>, acessado em 21.out.2008.

<sup>25</sup> Alguns autores, como Janete Oliveira (OLIVEIRA, Janete Marília Gentil Coimbra de. A Verticalização nos limites de produção do espaço: Parâmetros comparativos entre Barcelona e Belém. In <http://www.ub.es/geocrit/9porto/coimbra.htm>, acessado em: 03.nov.2008.), indicam a década de 80 como marco inicial da verticalização no município de Belém, já outros, como Krishina Ribeiro, apontam a década de 70 (RIBEIRO, Krishina Day. Direitos e necessidades fundamentais de Belém. Belém: Ed. CESUPA, 2005. p. 51.).

<sup>26</sup> O espaço Amazônico: sociedade e meio ambiente (Alcidema Monteiro el al). Belém: UFPA/NPI. 1997. Apud Dias, Maurício Leal. Desequilíbrio Urbano-ambiental: O Problema da Outorga Onerosa do Direito de Construir em Belém do Pará. In <http://www.ibdu.org.br/imagens/DESEQUILIBRIOURBANOAMBIENTAL.pdf> acessado em 02.nov.2008. p. 6.

<sup>27</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Estudos e Pareceres de Direito Público. v. IX. São Paulo: Editora RT, 1986. p. 333.

construções passíveis de outorga, se for nele construído mais que 800 ou 1.200 m<sup>2</sup>. É clara a mitigação da aplicabilidade do instituto.

Não foi outra a intenção da municipalidade, senão beneficiar o setor imobiliário, diminuindo barreiras financeiras para o desenvolvimento do setor. Como bem, observou Leal Dias<sup>28</sup>, o mercado imobiliário vem pressionado e polemizando muito em torno da aplicação do instituto da outorga onerosa do direito de construir no sentido de inviabilizá-lo.

De acordo com o art. 73, da LCCU, a outorga onerosa a ser aplicada nas Zonas Adensáveis acima do Coeficiente Básico - ZAOO: (I) para as Zonas de Uso Misto - ZUM 4, ZUM 5 e ZUM 6 é até 10% acima do coeficiente de aproveitamento do modelo utilizado, ou seja, 4,0; (II) para as Zonas Habitacionais - ZH 4, ZH 5, ZUM 7 e ZUM 8 será de até 20% acima do mesmo coeficiente.

Nota-se, aqui, que tal dispositivo não foi recepcionado pelo Estatuto da Cidade, caracterizando, assim, uma afronta às determinações constitucionais da política de desenvolvimento urbano. Consoante art. 2o, II, do Estatuto da Cidade, a participação popular é exigência do princípio da Gestão Democrática, ou seja, a população deve participar ativamente da elaboração do Plano Diretor de seu Município. Uma vez definidas tais disposições, não é razoável que lei específica altere o que os municípios decidiram.

O impacto real destas determinações no espaço urbano foi o aumento considerável da densidade nas áreas com melhor qualidade de infra-estrutura, podendo-se destacar a área central da primeira légua patrimonial e os principais corredores de tráfego, com a saturação do sistema de circulação, reduzindo a mobilidade no interior da malha urbana.

Para Rodrigues<sup>29</sup>, essa modificação do coeficiente de aproveitamento básico resultou na fragilização desse instrumento, pois passou a não ser interessante para o mercado imobiliário atingir índices maiores que o índice básico. Acrescenta a autor que, por isso, a Outorga onerosa não chegou a ser cobrada e, conseqüentemente, o fundo de desenvolvimento urbano não foi instituído, o que limitou os recursos a serem empregados nas áreas menos infra-estruturadas da cidade.

Observa Falcowski<sup>30</sup> que o aumento dos índices de ocupação e a instalação indiscriminada de empreendimentos de comércio e serviços ocorreu principalmente ao longo dos principais corredores de circulação, sem que estes tenham sido preparados ou adaptados para garantir a mobilidade na via. Concomitantemente a isso, o aumento dos índices de aproveitamento ao longo desses corredores também incentivou a instalação, de empreendimentos habitacionais de alta densidade ao longo dos mesmos. Conseqüentemente, passaram a ocorrer conflitos entre os

<sup>28</sup> Dias, Mauricio Leal. Desequilíbrio Urbano-ambiental: O Problema da Outorga Onerosa do Direito de Construir em Belém do Pará. In <http://www.ibdu.org.br/imagens/DESEQUILIBRIOURBANOAMBIENTAL.pdf> acessado em 02.nov.2008. p. 7.

<sup>29</sup> RODRIGUES, Alice da Silva. A organização do espaço urbano e a gestão da cidade. In Prefeitura Municipal de Belém. Relatório de revisão do Plano Diretor de Belém (Lei 7.603/93). Belém: Secretaria Municipal de Coordenação Geral de Planejamento e Gestão, Fevereiro de 2005. p. 21.

<sup>30</sup> FALCOWSKI, Luis Antonio Nigro. Plano Diretor e Regulamentação do Instrumento Outorga Onerosa do Direito de Construir: reflexões para uma Carta de Belém. In XII ENA-Encontro Nacional da ANPUR-Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Planejamento Urbano e Regional. Belém-Pará. 21 a 25 maio de 2007. CDROM

diversos modos de circulação, transporte coletivo, pedestres, tráfego de passagem, e houve o aumento da demanda por vagas de estacionamento, reduzindo a mobilidade e ocasionando várias outras conseqüências que prejudicam a qualidade ambiental espaço urbano, tais como aumento da temperatura atmosférica, dos índices de ruído e alterações no uso do solo.

Imperioso salientar que recentemente foi publicado o novo Plano Diretor<sup>31</sup>, através Lei Municipal n. 8.655, de 30 de julho de 2008, por isso não há como fazer qualquer análise da efetividade e eficiência, porém merecedor de algumas considerações.

O Poder Público Municipal, conforme estipula art. 157 do atual Plano Diretor, poderá outorgar onerosamente o exercício do direito de construir, mediante contrapartida financeira a ser prestada pelo beneficiário, conforme disposições dos artigos 28, 29, 30 e 31 da Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade) e consoante com os critérios e procedimentos definidos em lei específica.

Essa contrapartida em dinheiro prestada pelo beneficiário da criação do solo deverá ser direcionada ao Fundo Municipal de Desenvolvimento Urbano (FMDU). Esses recursos serão aplicados, preferencialmente nas Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS), de acordo com plano anual específico a ser aprovado juntamente com a proposta orçamentária (art. 209, §1º, do Plano Diretor de Belém). Ou ainda, na execução de obras de infra-estrutura de circulação ou transporte, de esgotos sanitários, de drenagem, na implantação e conservação de equipamentos sociais e áreas verdes, e na execução de programas habitacionais de interesse social.

Note-se, aqui, a importância do instrumento em tela, sobretudo, no que diz respeito a redistribuição da mais-valia dos terrenos urbanos beneficiados com os investimentos públicos em infra-estrutura. Fica clara a intenção do legislador em buscar mecanismos de promoção da justiça social e do bem-estar da população belenense.

Não restam dúvidas de que o Solo Criado representa um forte instrumento capaz de gerar recursos adicionais para que o poder público possa investir em infra-estrutura urbana, sistema viário, habitação, transportes e investimentos em meio ambiente. Configura-se, portanto, instrumento fundamental no reequilíbrio da relação público privada, garantindo o Justiça Social e o bem-estar da população urbana.

#### **4. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

Observa-se com clareza que para a efetiva consolidação de um modelo sustentável para o município de Belém, deve o Poder Público municipal garantir aos municípios, fundamentalmente, o:

**4.1 O Direito à terra mostra-se fundamental para o desenvolvimento de quaisquer atividade num Estado Democrático de Direito. O Poder Público municipal deverá**

<sup>31</sup> Diário Oficial do Município de Belém. Belém/Pará, ano L, n. 11189, de 31 de julho de 2008.

harmonizar de forma proporcional e equitativa a distribuição de seu território, garantindo a todos acesso a terra, através de políticas públicas de redistribuição da mais valia da propriedade urbana.

**4.2** Adstrito a isso, deverá o Município garantir condições urbanas adequadas de saúde pública, relacionadas ao controle das águas, esgoto, coleta de lixo, preservação dos bens ambientais. Realizando, ainda, obras ou mesmo atividades destinadas a tornar efetivo o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, das quais enfatizamos a locomoção de pessoas, bens e serviços.

**4.3** Paralela e complementarmente a isso, a urbe deve apresentar e/ou viabilizar oportunidades e garantias de trabalhos dignos e salários adequados à realidade do município, propiciando o desenvolvimento econômico e social de seus cidadãos. Diretamente relacionado, temos a necessidade de cultivar atividades prazerosas, preservando áreas arborizadas, praças, estádios, teatro, dentre outros.

**4.4** Vislumbramos na efetiva implementação do instituto do Solo Criado um mecanismo poderoso no sentido de harmonizar tais interesses, preservando a capacidade de gerações futuras usufruírem condições iguais ou melhores.

**4.5** Por fim, apresentamos a necessidade da regulação de Fundo Municipal de Desenvolvimento Urbano (FMDU) diretamente ligado a cobrança do Solo Criado, visto que a outorga do direito de construir, além de aumentar o controle do crescimento urbano (tanto vertical quanto horizontal), representa uma fonte de recursos capaz de garantir a Justiça Social e o bem-estar da população urbana de Belém.



# **A TUTELA JURÍDICA DO BIOMA MATA ATLÂNTICA DIANTE DOS DESASTRES NATURAIS**

*VLADIMIR GARCIA MAGALHÃES*  
Universidade Católica de Santos – Professor

*MAURICIO DUARTE DOS SANTOS*  
Universidade Católica de Santos

*HEITOR MIRANDA DE SOUZA*  
Universidade Católica de Santos

## **1. INTRODUÇÃO**

O presente trabalho visa realizar uma análise multidisciplinar do Bioma Mata Atlântica, um dos 06 biomas assim considerado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE<sup>1</sup>, envolvendo aspectos econômicos, sociais e ecológicos, assim como a sua tutela jurídica e sua relação com o direito dos desastres, tomando como base os desastres que ocorreram em áreas deste bioma, notadamente as enchentes e deslizamentos de terra, que ocorreram principalmente no período de novembro de 2008, no Estado de Santa Catarina, Brasil, afetando aproximadamente 60 cidades e mais de 1,5 milhões de pessoas, resultando em 135 mortes e 9.390 forçados a sair de suas casas e 5.617 pessoas desabrigadas, sendo que por volta de 150.000 habitantes chegaram a ficar sem eletricidade.

Neste período, várias cidades ficaram isoladas devido às enchentes, escombros e deslizamentos de terra. Até 08 de dezembro de 2008, 63 municípios de Santa Catarina já haviam decretado estado de emergência e 14 haviam decretado estado de calamidade pública, somando ao total 77 municípios, sendo que o Governador do Estado decretou, em 22 de novembro de 2008, Situação de Emergência no Estado de Santa Catarina, abrangendo todos os municípios afetados<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Disponível em: [ftp://geoftp.ibge.gov.br/mapas/tematicos/mapas\\_murais/biomas.pdf](ftp://geoftp.ibge.gov.br/mapas/tematicos/mapas_murais/biomas.pdf) Acesso em: 10/03/09.

<sup>2</sup> Defesa Civil de Santa Catarina: Enchentes 2008. Disponível em: <http://www.defesacivil.gov.br/sindec/decreto.asp>. Acesso em: 15/03/09.

O trabalho foi estruturado da seguinte forma: primeiramente, uma análise do bioma, dos impactos antrópicos que sofre e de sua importância ecológica. A seguir, uma análise das normas que tutelam especificamente o bioma Mata Atlântica e o Código Florestal no que se refere à proteção das matas ciliares e em encostas de morro tuteladas por este diploma com a denominação de *áreas de preservação permanente*, criadas pelo legislador justamente para prevenir enchentes e deslizamentos. Por fim, uma análise dos desastres ocorridos no Estado de Santa Catarina nos municípios de Blumenau e Itajaí, e sua relação com as normas de direito ambiental que tutelam o bioma da Mata Atlântica e o Código Florestal, no que se refere à proteção da vegetação nativa em encostas de morro e margens de rio (matas ciliares), bem como a sua relação com o direito dos desastres.

## 2. O BIOMA MATA ATLÂNTICA

### 2.1 Conceito

O Bioma<sup>3</sup> Mata Atlântica foi a primeira imagem oferecida aos portugueses no ano de 1500. Situada nas proximidades litorâneas, recebeu a denominação “atlântica” em razão do oceano que banha a zona costeira do território nacional. Inicialmente, com base no dever de tutela conferido à Mata Atlântica através da Constituição Federal de 1988, o poder executivo federal buscou a regulamentação das normas que, direta ou indiretamente, abordavam os interesses deste bioma, através do Decreto n.º 750/1993. O ato normativo secundário trouxe, em seu art. 3º, o conceito jurídico de Mata Atlântica:

*“[...] considera-se Mata Atlântica as formações florestais e ecossistemas associados inseridos no domínio Mata Atlântica, com as respectivas delimitações estabelecidas pelo Mapa de Vegetação do Brasil, IBGE 1988: Floresta Ombrófila Densa Atlântica, Floresta Ombrófila Mista, Floresta Ombrófila Aberta, Floresta Estacional Semidecidual, Floresta Estacional Decidual, manguezais, restingas, campos de altitude, brejos interioranos e encaves florestais do Nordeste”.*<sup>4</sup>

### 2.2 Dados Estruturais (Extensão Territorial, Fisionomias e Índices Pluviométricos)

Sobre a extensão territorial, o bioma vai do Rio Grande do Sul até o Piauí, com cerca de 1.300.000 km<sup>2</sup> (IBAMA)<sup>5</sup>. Localizado em faixas litorâneas, florestas

<sup>3</sup> ODUM, Eugene P. Ecologia. Tradução: Christopher J. Tribe, Rio de Janeiro: Guanabara, 1988. 03p. “Bioma é um termo conveniente, largamente usado, para denominar um grande biosistema regional ou subcontinental caracterizado por um tipo principal de vegetação ou outro aspecto identificador da paisagem, como, por exemplo, o bioma da floresta decídua temperada”.

<sup>4</sup> Posteriormente, com a edição da Lei n.º 11.428/06, o conceito foi parcialmente reproduzido em seu art. 2º. Veja ponto 2.6.2 (A Lei da Mata Atlântica).

<sup>5</sup> João Paulo R. Capobianco faz um contraponto aos dados oferecidos pelo IBAMA através da definição legal prescrita

de baixada, matas interioranas e campos de altitude, a Mata Atlântica percorre 17 (dezesete) estados brasileiros (3.408 municípios), quais sejam: Alagoas (69 Municípios); Bahia (307 Municípios); Ceará (46 Municípios); Espírito Santo (77 Municípios); Goiás (22 Municípios); Minas Gerais (705 Municípios); Mato Grosso do Sul (49 Municípios); Paraíba (64 Municípios); Paraná (399 Municípios); Pernambuco (104 Municípios); Piauí (32 Municípios); Rio de Janeiro (91 Municípios); Rio Grande do Norte (27 Municípios); Rio Grande do Sul (436 Municípios); Santa Catarina (293 Municípios); São Paulo (633 Municípios); e Sergipe (54 Municípios) <sup>6</sup>.

O bioma possui uma fisionomia florestal bem caracterizada. Como já foi dito, a Mata Atlântica é formada por florestas Ombrófilas<sup>7</sup> (Densa<sup>8</sup>, Mista – mata de araucárias<sup>9</sup>), e Estacionais<sup>10</sup> (Decidual<sup>11</sup> e Semidecidual<sup>12</sup>), bem como por ecossistemas associados. Além disso, o Bioma da Mata Atlântica se forma justamente em decorrência de altos índices pluviométricos, entre 1.800 e 3.600 mm/ano, podendo chegar a 4.000 mm/ano, decorrentes da condensação da brisa oceânica carregada de vapor que é empurrada para as regiões continentais chegando nas escarpas das serras<sup>13</sup>. Em razão disso, estas áreas correm grandes riscos de desastres por enchentes e deslizamentos de terra, caso seja suprimida sua vegetação.

## 2.3 A Biodiversidade

Sobre a biodiversidade, destacamos a fauna e flora. Em relação à *flora*, no Brasil existem entre 55.000 e 60.000 espécies arbóreas sendo que deste total, 20.000 são pertencentes ao Bioma Mata Atlântica<sup>14</sup>.

---

pelo CONAMA, qual seja, o bioma possui uma extensão de 1.306.000 km<sup>2</sup>. Cf. CAPOBIANCO, João Paulo R. Situação atual e perspectivas para a conservação da Mata Atlântica. In: Aspectos jurídicos da proteção da Mata Atlântica. Organizador: André Lima. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2001. 12p.

<sup>6</sup> Cf. CAPOBIANCO, João Paulo R. (Organizador). Dossiê Mata Atlântica 2001: Projeto Monitoramento Participativo da Mata Atlântica. ISA (Instituto Socioambiental), 2001. ISBN 85-85994-11-8. 69p. Disponível em: [www.socioambiental.org.br](http://www.socioambiental.org.br) Acesso em: 21/05/08.

<sup>7</sup> Ombrófila: vocábulo de origem grega que significa “amigo das chuvas”. IBGE. Vocabulário Básico de Recursos Naturais e Meio Ambiente. 2.ed. Rio de Janeiro: IBGE, 2004. 230p.

<sup>8</sup> Floresta de cor verde situada em elevações montanhosas com variações fisionômicas o que lhe permite altíssima riqueza e diversidade. Apresenta um dossel (“teto da floresta”) formado por arvores de 20 a 30 metros de altura.

<sup>9</sup> Combinação da Floresta Atlântica com o pinheiro do Paraná (Araucária angustifolia). Este pinheiro tem predominância na sua parte superior da floresta. As árvores possuem de 25 a 30 metros de altura.

<sup>10</sup> Estacional: condição das plantas ou comunidades vegetais cujo comportamento fenológico (principalmente no tocante à queda de folhas e brotação) está vinculado a mudanças nas condições climáticas. Por exemplo, no período seco e/ou frio, as árvores das florestas estacionais perdem as folhas. IBGE. Vocabulário Básico de Recursos Naturais e Meio Ambiente. 2.ed. Rio de Janeiro: IBGE, 2004. 129p.

<sup>11</sup> Localizada no agreste nordestino, a floresta é formada de elevadas arvores da caatinga comum, ao longo de uma faixa mais úmida localizada junto ao litoral.

<sup>12</sup> Diferentemente da floresta decidual, a semidecidual possui árvores que perdem suas folhas. Podemos dividi-la em três categorias: 1ª) Terras Baixas, existente nos tabuleiros de Natal (RN) a Cabo Frio (RJ); 2ª) Submontana, que é a floresta das encostas da face oeste e planaltos que ocorrem desde os contrafortes da Mantiqueira até o embasamento da Serra do Mar; e 3ª) Montana (reveste os altos das montanhas de 500 metros, região centro leste, e pouco mais de 400 metros, região sul de Santa Catarina).

<sup>13</sup> Disponível em: [www.ib.usp.br/ecosteios/textos\\_educ/mata/agua/agua.htm](http://www.ib.usp.br/ecosteios/textos_educ/mata/agua/agua.htm). Acesso em: 31/03/09.

<sup>14</sup> Cf. CAPOBIANCO, João Paulo R. (Organizador). Op. Cit. 23p.

Em relação à *fauna* deve-se destacar que o bioma possui uma extensa classe de mamíferos, aves, répteis, anfíbios e peixes. Merece destaque um apontamento das espécies endêmicas do Bioma Mata Atlântica, ou seja, das espécies que ocorrem somente neste bioma<sup>15</sup>. São endêmicas neste bioma 73 espécies de mamíferos (sendo 21 espécies e subespécies de primatas); 160 espécies de aves, e 91,8% das 183 espécies de anfíbios que foram catalogadas no Brasil<sup>16</sup>. Em outras palavras, é um bioma de riquíssima e exclusiva biodiversidade.

## 2.4 Elementos Econômicos (Recursos Forestais e Hídricos)

Em relação aos elementos econômicos, destacamos os *recursos florestais e hídricos*. *Recursos florestais*. A flora da Mata Atlântica possui inúmeras riquezas necessárias e úteis às atividades humanas. Vejamos algumas. *O pau-brasil*, explorado desde a época do descobrimento, é utilizado para tingir tecidos. *A piaçava*, encontrada na região litorânea da Bahia, é utilizada para a fabricação de vassouras, como isolante térmico, assim como para cobertura de casas e choupanas. *O palmito juçara*, encontrado desde o sul da Bahia ao norte do Rio Grande do Sul, hoje é produzido e comercializado com grande significado econômico. As *bromélias* são utilizadas na ornamentação de jardins por possuir grande beleza e atraem beija-flores, através de seu néctar, para a sua polinização.

Também merecem destaque algumas espécies de plantas popularmente conhecidas como medicinais e normalmente usadas em decorrência do conhecimento das populações tradicionais. A chamada “*Espinheira-santa*”, encontrada no bioma Mata Atlântica, é popularmente usada no combate de gastrites e úlceras, e tem sua extração muito acelerada, razão pela qual sua espécie está ameaçada de extinção<sup>17</sup>. Por sua vez o “*Chapéu-de-couro*” é popularmente usado contra diversas patologias relacionadas, principalmente, com a função urinária, como anti-inflamatório, anti-reumático, dentre outras formas.<sup>18</sup>

*Recursos hídricos*. O bioma percorre 07 (sete) bacias hidrográficas brasileiras. A vegetação nas proximidades dos rios e lagos é fundamental para evitar o assoreamento destes corpos d’ água pelo transporte de sedimentos do solo para seus leitos pela ação de chuvas, concorrendo assim para o oferecimento de água para mais de 120 milhões de brasileiros e para os mais diversos setores da economia nacional como a agricultura, a pesca, a indústria, o turismo e a geração de energia.

<sup>15</sup> IBGE. Vocabulário Básico de Recursos Naturais e Meio Ambiente. 2.ed. Rio de Janeiro: IBGE, 2004. 116p.

<sup>16</sup> Cf. CAPOBIANCO, João Paulo R. (Organizador). Op. Cit. 23p.

<sup>17</sup> GAMA, Liliane. Uso medicinal popular da espinheira-santa estimula extrativismo e coloca a planta em risco de extinção. Cienc. Cult. [online]. 2003, v. 55, n. 3, pp. 06-07. ISSN 0009-6725. Disponível em: [http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252003000300004&script=sci\\_arttext](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252003000300004&script=sci_arttext). Acesso em: 09/08/08.

<sup>18</sup> LAMEIRA, Osmar Alves; e outros. Propagação in vitro de chapéu-de-couro (*Echinodorus cf. scaber* RATAJ), uma planta medicinal. Ciência agrotec. Lavras, v.24 (Edição Especial), p.74-80, dez.2000. Disponível em: [http://www.editora.ufla.br/revista/suple\\_2000/art09.pdf](http://www.editora.ufla.br/revista/suple_2000/art09.pdf). Acesso em: 09/08/08.

## 2.5 Impactos Antrópicos

Estima-se que aproximadamente 93% da formação original da Mata Atlântica foi devastada desde a descoberta do Brasil. A destruição das matas pela expansão da fronteira agrícola, a poluição de águas decorrente do processo nacional de industrialização e urbanização, bem como a construção dos empreendimentos de forma desordenada tem sido uma grande ameaça ao bioma.

Cerca de 75% deste pequeno percentual remanescente de Mata Atlântica estão sob forte pressão antrópica e correm o risco de serem destruídos. Dentre os modos de degradação, destacamos as chamadas *ilhas de mata*, onde, o corte e a supressão da mata deixando porções remanescentes em formas de ilhas isoladas umas das outras por áreas desmatadas tem grande impacto sobre a fauna que necessita de áreas maiores para sobreviver e manter a diversidade genética mínima necessária para que a população se mantenha ao longo do tempo. O *efeito de borda*<sup>19</sup> acaba por ser um dos colaboradores à degradação a medida que mesmo, sem participação de atividade antrópica, promove a redução das áreas remanescentes de vegetação de Mata Atlântica.

Além dos recursos florestais, a fauna também sofreu exploração direta através do tráfico de animais silvestres para os mais diversos fins comerciais.

## 2.6. Aspectos Jurídicos

### 2.6.1. A Constituição Federal

O texto constitucional, ao regular a Ordem Social, traz um capítulo próprio destinado ao meio ambiente<sup>20</sup> que contém princípios e regras aplicáveis ao direito ambiental. Dentre as regras, tem-se o §4º do art. 225 que declara o Bioma Mata Atlântica como sendo patrimônio *nacional*<sup>21</sup>. Nestes termos, merece destaque um apontamento sobre a natureza jurídica deste bem ambiental.

Sobre esse tema, a interpretação do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a expressão *patrimônio nacional* não garante a dominialidade (da República Federativa do Brasil ou da União), mas sim *o interesse genérico da coletividade*, cabendo a todos os entes da federação e a toda a coletividade a sua fiel preservação<sup>22</sup>. Do mandamento constitucional, têm-se as legislações infraconsti-

<sup>19</sup> “EFEITO DE BORDA - Conjunto de alterações físicas e biológicas observadas no perímetro de floresta em contato com áreas abertas, cultivos, pastagens, vias etc. A continuidade do processo pode levar ao progressivo isolamento ou fragmentação da cobertura florestal”. Disponível em: [http://portalgeo.rio.rj.gov.br/mlateral/glossario/T\\_TerriMeio.htm](http://portalgeo.rio.rj.gov.br/mlateral/glossario/T_TerriMeio.htm). Acesso em: 30/03/09.

<sup>20</sup> Título VIII (Da Ordem Social) – Capítulo VI (Do Meio Ambiente).

<sup>21</sup> Art. 225. [...] § 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.

<sup>22</sup> STF, RE 300.244-9/SC, Relator: Ministro Moreira Alves, Julgamento: 20/11/2001. EMENTA: Competência. Crime

tucionais que irão disciplinar o tema, de acordo com os seus respectivos interesses (nacional, regionais e municipais).

## 2.6.2 A Lei da Mata Atlântica (LMA)

De acordo com o art. 225, §4º da CF/88, a utilização do bioma Mata Atlântica deverá ser feita na forma da lei, todavia, de acordo com as condições que assegurem a preservação ambiental e o uso dos recursos naturais.

A efetiva regulamentação<sup>23</sup> veio com a edição da Lei n.º 11.428/06, que dispõe sobre normas gerais aplicáveis a todos os entes da federação. O texto normativo é composto por seis títulos que tratam, respectivamente: das diretrizes (definições, objetivos e princípios) do sistema de proteção do bioma; dos regimes jurídicos (geral e especial); dos incentivos econômicos; das penalidades; e das disposições finais.

Partindo-se do que aqui denominamos “diretrizes”, a LMA trouxe, em seu art. 3º, relevantes conceitos<sup>24</sup> de atividades e práticas desenvolvidas no bioma, ligadas à exploração e cultivo de seus recursos naturais.

Dentro do regime jurídico geral, o art. 11 da LMA<sup>25</sup> elenca duas formas de preservação integral do bioma, ligadas, respectivamente, às características próprias da vegetação e ao descumprimento de exigências legais.

Em relação à supressão de vegetação primária e secundária (estágio avançado de regeneração), dispõe o art. 14, §§ 1º e 2º, ser de competência estadual tal autorização, *com anuência prévia*, quando couber, do órgão federal ou municipal; aos municípios, *com anuência prévia do órgão estadual competente*, caberá a autorização em áreas urbanas. Sobre o que venha a ser vegetação *primária ou secundária* dentro do bioma, a norma delegou ao Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) sua designação. O órgão ambiental, mediante resolução,

---

previsto no artigo 46, parágrafo único, da Lei n.º 9.605/98. Depósito de madeira nativa proveniente da Mata Atlântica. Art. 225, §4º da Constituição Federal. – Não é a Mata Atlântica, que integra a que alude o Artigo 225, §4º da Constituição Federal, bem da União. – Por outro lado, o interesse da União para que ocorra a competência da Justiça Federal tem de ser direto, específico, e não como ocorre no caso, interesse genérico da coletividade, embora aí também incluído genericamente o interesse da União, conseqüentemente a competência é da Justiça Estadual. Recurso Extraordinário não conhecido.

<sup>23</sup> No ano de 1993, o poder executivo federal editou o decreto n.º 750 na tentativa de regulamentar o mencionado dispositivo. Diz-se efetiva regulamentação porque a regulamentação mediante a Lei 11.428/06, emana de ato praticado pelo poder legislativo no exercício de sua típica função.

<sup>24</sup> O art. 3º da LMA conceitua: pequeno produtor rural; população tradicional; posuio; exploração preservacionista; exploração sustentável; enriquecimento ecológico; utilidade pública; e interesse social

<sup>25</sup> Art. 11. O corte e a supressão de vegetação primária ou nos estágios avançado e médio de regeneração do Bioma Mata Atlântica ficam vedados quando: I - a vegetação: a) abrigar espécies da flora e da fauna silvestres ameaçadas de extinção, em território nacional ou em âmbito estadual, assim declaradas pela União ou pelos Estados, e a intervenção ou o parcelamento puserem em risco a sobrevivência dessas espécies; b) exercer a função de proteção de mananciais ou de prevenção e controle de erosão; c) formar corredores entre remanescentes de vegetação primária ou secundária em estágio avançado de regeneração; d) proteger o entorno das unidades de conservação; ou e) possuir excepcional valor paisagístico, reconhecido pelos órgãos executivos competentes do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA; II - o proprietário ou posseiro não cumprir os dispositivos da legislação ambiental, em especial as exigências da Lei n.º 4.771, de 15 de setembro de 1965, no que respeita às Áreas de Preservação Permanente e à Reserva Legal.

regulamentou as espécies de vegetação encontradas dentro de quinze, dos dezessete Estados que pertencem ao bioma.<sup>26</sup>

Sobre o Fundo de Restauração da Mata Atlântica, buscou a LMA a destinação de seus recursos aos Municípios que desempenham atividades de proteção do bioma. Possui fundamento esta medida pelo fato de grande parcela da vegetação remanescente de Mata Atlântica se encontrar em áreas urbanas, cuja política foi constitucionalmente delegada ao poder público municipal<sup>27</sup>.

Deve-se salientar que a LMA não institui a obrigação do proprietário recuperar a vegetação nativa de mata atlântica suprimida em APP nas áreas deste bioma, mas seu artigo 38, *caput*, determina que serão beneficiados com recursos do Fundo de Restauração do Bioma Mata Atlântica os projetos que envolvam conservação de remanescentes de vegetação nativa, pesquisa científica ou áreas a serem *restauradas*, implementados em Municípios que possuam plano municipal de conservação e recuperação da Mata Atlântica, sendo que terão prioridade de apoio os projetos destinados à conservação e recuperação das *áreas de preservação permanente*, reservas legais, reservas particulares do patrimônio natural e áreas do entorno de unidades de conservação.

Deste modo, a LMA estimula a recuperação da vegetação nativa em APP no Bioma Mata Atlântica, contribuindo assim para prevenir desastres por enchentes e deslizamentos de terra nesta área.

Ao tratar das penalidades, a LMA delegou as infrações ambientais às normas que tratam especificamente sobre o tema. Também exerceu um papel regulamentador na lei de crimes ambientais, incluindo na mencionada lei um tipo penal específico para as atividades de degradação do bioma<sup>28</sup>.

Nas legislações estaduais, os Estados de Alagoas<sup>29</sup>, Espírito Santo<sup>30</sup>, Mato Grosso do Sul<sup>31</sup>, Ceará<sup>32</sup>, Goiás<sup>33</sup>, Piauí<sup>34</sup>, Paraná<sup>35</sup>, e Rio Grande do Sul<sup>36</sup>, muito embora possuam um capítulo próprio destinado ao Meio Ambiente, não trataram diretamente

---

<sup>26</sup> Resolução CONAMA Nº 388/2007 - “Dispõe sobre a convalidação das Resoluções que definem a vegetação primária e secundária nos estágios inicial, médio e avançado de regeneração da Mata Atlântica para fins do disposto no art. 4º § 1º da Lei no 11.428, de 22 de dezembro de 2006”; Resolução CONAMA Nº 391/2007 - “Define vegetação primária e secundária nos estágios inicial, médio e avançado de regeneração da Mata Atlântica no Estado da Paraíba”; Resolução CONAMA Nº 392/2007 - “Define vegetação primária e secundária de regeneração de Mata Atlântica no Estado de Minas Gerais”. O CONAMA ainda não regulamentou a vegetação primária e secundária dos Estados do Espírito Santo e Goiás.

<sup>27</sup> Art. 182 da CF/88: “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”.

<sup>28</sup> Art. 38-A da lei n.º 9.605/98.

<sup>29</sup> Art. 217 ao Art. 228 da Constituição do Estado de Alagoas.

<sup>30</sup> Art. 186 ao Art. 196 da Constituição do Estado do Espírito Santo.

<sup>31</sup> Art. 222 ao Art. 226 da Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul.

<sup>32</sup> Art. 259 ao Art. 271 da Constituição do Estado do Ceará.

<sup>33</sup> Art. 127 ao Art. 132 da Constituição do Estado de Goiás.

<sup>34</sup> Art. 237 ao Art. 246 da Constituição do Estado de Piauí.

<sup>35</sup> Art. 207 ao Art. 209 da Constituição do Estado de Paraná.

<sup>36</sup> Art. 250 ao Art. 259 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.

do bioma em suas constituições. Já nas constituições dos Estados da Bahia<sup>37</sup>, Minas Gerais<sup>38</sup>, Pernambuco<sup>39</sup>, Paraíba<sup>40</sup>, Rio de Janeiro<sup>41</sup>, Rio Grande do Norte<sup>42</sup>, Sergipe<sup>43</sup> e São Paulo<sup>44</sup>, a Mata Atlântica é regulada dentro de assuntos específicos.

Na Constituição do Estado de Santa Catarina, a Mata Atlântica, assim como as áreas de serra e as encostas passíveis de deslizamentos recebem a denominação *área de interesse ecológico*<sup>45</sup>. Estas vegetações, portanto, são Unidades de Conservação de uso Sustentável e devem atender aos objetivos prescritos no art. 16 da Lei n.º 9.985/00<sup>46</sup>.

### 2.6.4 Áreas de Preservação Permanente (APP)

O Código Florestal (Lei nº 4.771/65), na tentativa de proteger as florestas privadas e públicas, instituiu o regime jurídico das áreas de preservação perma-

<sup>37</sup> Art. 216 - Constituem patrimônio estadual e sua utilização far-se-á na forma da lei, dentro de condições que assegurem o manejo adequado do meio ambiente, inclusive quanto ao uso de seus recursos naturais, históricos e culturais: (...) IV - a Mata Atlântica, a Chapada Diamantina e o Raso da Catarina (...)

<sup>38</sup> Art. 214 - Todos têm direito a meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, e ao Estado e à coletividade é imposto o dever de defendê-lo e conservá-lo para as gerações presentes e futuras. (...) § 7º - Os remanescentes da Mata Atlântica, as veredas, os campos rupestres, as cavernas, as paisagens notáveis e outras unidades de relevante interesse ecológico constituem patrimônio ambiental do Estado e sua utilização se fará, na forma da lei, em condições que assegurem sua conservação.

<sup>39</sup> Art. 210 - O Plano Estadual de Meio Ambiente, a ser disciplinado por lei, será o instrumento de implementação da política estadual e preverá a adoção de medidas indispensáveis à utilização racional da natureza e redução da poluição resultante das atividades humanas, inclusive visando a: I - proteger as praias marítimas e fluviais, as zonas estuarinas e manguezais, as matas de restinga e os resquícios da mata atlântica e a realização de estudos de balneabilidade, com ampla divulgação para a comunidade (...)

<sup>40</sup> Art. 227 - O meio ambiente é do uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, sendo dever do Estado defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Parágrafo único - Para garantir esse objetivo, incumbe ao Poder Público: (...) VII - considerar interesse ecológico do Estado toda a faixa de praia de seu território até cem metros da maré de sizígia, bem como a falésia do Cabo Brando, Coqueirimo, Tambaba, Tabatinga, Forte e Cardosa, e, ainda, os remanescentes da Mata Atlântica, compreendendo as matas de Mamanguape, Rio Vermelho, Buraquinho, Amém, Aldeia e Cavaçu, de Areia, as matas do Curimataú, Brejo, Agreste, Sertão, Cariri, a reserva florestal de São José da Mata no Município de Campina Grande e o Pico de Jabre em Teixeira, sendo dever de todos preservá-los nos termos da lei e desta Constituição (...)

<sup>41</sup> Art. 263 - Fica autorizada a criação na forma da lei, do Fundo Estadual de Conservação Ambiental e Desenvolvimento Urbano (FECAM), destinado à implementação de programas e projetos de recuperação e preservação do meio ambiente, bem como de desenvolvimento urbano vedada sua utilização para pagamento de pessoal da administração pública direta e indireta ou de despesas de custeio diversas de sua finalidade. (...) § 3º - Os programas e projetos ambientais a que se refere o caput deste artigo incluem, entre outros, os seguintes: (...) XI - fiscalização e recuperação da Mata Atlântica e proteção da biodiversidade (...)

<sup>42</sup> Art. 152. A Mata Atlântica, a Zona Costeira, a Chapada do Apodi e as Serras de Portalegre e Martins são objeto de zoneamento econômico-ecológico que especifique compensações quanto a empreendimentos de relevante importância para a economia estadual e que importem em qualquer forma de agressão ambiental.

<sup>43</sup> Art. 233. São áreas de proteção permanente, conforme dispuser a lei: os manguezais, as dunas, as áreas remanescentes da Mata Atlântica, as cabeceiras de mananciais, as áreas de desova das tartarugas marinhas, a serra de Itabaiana, as matas ciliares, todas as áreas que abriguem espécies raras da fauna e da flora, bem como aquelas que sirvam como local de pouso ou reprodução de espécies migratórias.

<sup>44</sup> Artigo 196 - A Mata Atlântica, a Serra do Mar, a Zona Costeira, o Complexo Estuarino Lagunar entre Iguape e Cananéia, os Vales dos Rios Paraíba, Ribeira, Tietê e Paranapanema e as unidades de conservação do Estado, são espaços territoriais especialmente protegidos e sua utilização far-se-á na forma da lei, dependendo de prévia autorização e dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente.

<sup>45</sup> Art. 184. São áreas de interesse ecológico, cuja utilização dependerá de prévia autorização dos órgãos competentes homologada pela Assembléia Legislativa, preservados seus atributos especiais: I - a Mata Atlântica; II - a Serra Geral; III - a Serra do Mar; IV - a Serra Costeira; V - as faixas de proteção de águas superficiais; VI - as encostas passíveis de deslizamentos.

<sup>46</sup> Art. 16. A Área de Relevante Interesse Ecológico é uma área em geral de pequena extensão, com pouca ou nenhuma ocupação humana, com características naturais extraordinárias ou que abriga exemplares raros da biota regional, e tem como objetivo manter os ecossistemas naturais de importância regional ou local e regular o uso admissível dessas áreas, de modo a compatibilizá-lo com os objetivos de conservação da natureza.

nente (APP), áreas cobertas ou não por vegetação nativa que tem a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, bem como de proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas<sup>47</sup>. Trata-se, portanto, de um dos mecanismos que integra o sistema de proteção da Mata Atlântica.

A APP é instituída em áreas rurais e urbanas pelos artigos 2º e 3º deste diploma que estabelece, como regra geral, a proibição da destruição da vegetação nativa nestas áreas, permitindo excepcionalmente a sua supressão no artigo 4º do Código Florestal nas hipóteses de utilidade pública ou interesse social.

O art. 2º, “a” do Código Florestal elenca como APP as *matas ciliares*, vegetação predominantemente arbórea que acompanha a margem dos rios<sup>48</sup>. Para tanto, a norma elenca as seguintes medições: (I) de 30 (trinta) metros para os cursos d’água de menos de 10 (dez) metros de largura; (II) de 50 (cinquenta) metros para os cursos d’água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura; (III) de 100 (cem) metros para os cursos d’água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura; (IV) de 200 (duzentos) metros para os cursos d’água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura; (V) de 500 (quinhentos) metros para os cursos d’água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros.

Também são consideradas de preservação permanente as áreas situadas nas seguintes vegetações: no topo de morros, montes, montanhas e serras; nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45º, equivalente a 100% na linha de maior declive<sup>49</sup>.

Deve-se salientar que o legislador não previu expressamente no Código Florestal a obrigatoriedade da reconstituição da vegetação nativa suprimida na APP pelo proprietário da área como fez em relação à vegetação nativa da Reserva Legal (art. 44). Somente estabelece em seu art. 18 que nas terras de propriedade privada, onde seja necessário o florestamento ou o reflorestamento de preservação permanente, o Poder Público Federal poderá fazê-lo sem desapropriá-las, se não o fizer o proprietário, e ainda assim indenizando o proprietário no caso dele estar utilizando estas áreas para cultivo (art.18, §1º). Restando, portanto, ao intérprete da lei deduzir haver intenção do legislador que o proprietário faça obrigatoriamente a recomposição da vegetação da APP suprimida quando o ideal, para evitar interpretações contrárias, seria que este diploma prescrevesse esta recomposição expressamente e de modo claro como fez em relação à vegetação da Reserva Legal. Contudo, esta séria lacuna legal é amenizada, pelo menos em áreas do Bioma Mata Atlântica, como já vimos<sup>50</sup>, pelo fato da LMA estimular a recuperação da vegetação em APP através do seu artigo 38, §1º.

De acordo com o Instituto Socioambiental, as matas ciliares desempenham atividades essenciais ao equilíbrio da natureza, dentre as quais: a proteção física

<sup>47</sup> Art. 1º, § 2º, II da Lei n.º 4.771/65

<sup>48</sup> Cf. IBGE. Vocabulário Básico de Recursos Naturais e Meio Ambiente. 2.ed. Rio de Janeiro: IBGE, 2004. 209p.

<sup>49</sup> Art. 2º, “d”, “e” da Lei n.º 4.771/65.

<sup>50</sup> Vide item “2.6.2. A Lei da Mata Atlântica (LMA)” neste trabalho.

das margens dos rios, a reciclagem de elementos em condições de solos encharcados, a interação entre os ecossistemas terrestres e aquáticos (temperatura da água, alimentação da fauna aquática e terrestre), além da função de corredor genético para a flora e fauna, promovendo o fluxo de espécies dentro e entre os diferentes biomas<sup>51</sup>.

O instituto também destaca a importância das matas ciliares no fluxo das águas, onde, estas exercem um papel de interceptador das chuvas através de suas árvores, fazendo uso do solo que promove o escoamento sub-superficial da água e o armazenamento destas nas plantas e no próprio solo<sup>52</sup>.

Por fim, o instituto destaca os possíveis efeitos gerados pela ausência de matas ciliares: *desmoronamento, assoreamento, destruição dos ecossistemas, do leito do rio e de suas margens, aumento da temperatura da água* e diminuição do oxigênio<sup>53</sup>. Sobre o assoreamento, é importante acrescentar que se trata de fator resultante da *erosão*, um desgaste mecânico operado pelas águas correntes, pelo vento, pelo movimento das geleiras e pelos mares.<sup>54</sup>

Estes são alguns dos motivos capazes de promover os desastres naturais. A seguir, será dada uma maior atenção às *enchentes* e aos *desmoronamentos*.

### 3. OS DESASTRES NATURAIS E O DIREITO DOS DESASTRES

#### 3.1 Conceito de Desastre Natural

De acordo com a linguagem comum, *desastre* é um acontecimento calamitoso, sobretudo o que ocorre de súbito e causa grande dano ou prejuízo; acidente<sup>55</sup>. Importante ressaltar que tais acontecimentos podem, em determinados casos, ser evitados, afastando o acidente como uma das características de todos os desastres.

No Brasil, o art. 21, XVIII da CF delegou à União o dever de planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações. Com a edição do Decreto n.º 5.376/05, o executivo federal instituiu o Sistema Nacional de Defesa civil, bem como conceituou os desastres da seguinte forma: *o resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais*.

Para o presente trabalho, dois outros conceitos trazidos pelo decreto são relevantes: (1) *situação de emergência*: o reconhecimento pelo poder público de situação anormal, provocada por desastres, causando danos superáveis pela comu-

<sup>51</sup> INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. Mata ciliar – importância, conservação, e recuperação. 03p. Disponível em: <http://www.ciliosdoribeira.org.br/files/ApresentacaoMataCiliar-CampanhaRibeira24-05-07.pdf>. Acesso em: 18/03/09.

<sup>52</sup> *Ibidem*, 04p.

<sup>53</sup> *Ibidem*, 05p.

<sup>54</sup> Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Minidicionário da Língua Portuguesa. 3. Ed. 8ª Impressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. 216p.

<sup>55</sup> Cf. *Ibidem*, 169p.

nidade afetada; e (2) *estado de calamidade pública*: o reconhecimento pelo poder público de situação anormal, provocada por desastres, causando sérios danos à comunidade afetada, inclusive à incolumidade ou à vida de seus integrantes<sup>56</sup>.

Para a Organização Meteorológica Mundial (OMM), os desastres naturais são fenômenos meteorológicos e climáticos extremos que se produzem por causas naturais em qualquer lugar do mundo, ou quando existem regiões mais vulneráveis que outras. Estes fenômenos constituem desastres naturais quando ocasionam a destruição de vidas e de meios de subsistência entre a população<sup>57</sup>.

Como exemplos de desastres naturais, a OMM destaca os seguintes: deslizamentos de terra; avalanches; temperaturas extremas; raios; tornados; tempestades de granizo; tempestades de vento; incêndios florestais ou de vegetação natural; chuva ou neve intensas; ventos fortes; ondas de calor. Neste conjunto, acrescentamos as *enchentes*.

Neste trabalho, analisaremos os *deslizamentos de terras e as enchentes* que ocorreram em Santa Catarina.

### 3.2 Conceito de Direito dos Desastres

Do conceito de desastre, bem como diante de inúmeros fatos relacionados a este tema e que foram presenciados pela humanidade, diversas ciências (dentre as quais o direito) iniciaram estudos no intuito de encontrar mecanismos capazes de promover a prevenção e o controle destes eventos.

No dia 25/06/07, a faculdade de direito de Berkeley (Califórnia, Estados Unidos) promoveu um workshop com dezoito pesquisadores, dedicados ao estudo dos eventos gerados pelos desastres, que se reuniram com o intuito de discutir estratégias capazes de solucionar os problemas relacionados ao gerenciamento dos desastres<sup>58</sup>.

Na tentativa de se garantir certa segurança social, os estudos demonstram a necessidade de: (a) reestruturação dos sistemas de combate aos desastres; (b) deve-se prevenir atitudes capazes de prejudicar as medidas de proteção<sup>59</sup>; e (c) o acesso igualitário às tais medidas de proteção<sup>60</sup>.

Dentro das discussões apontadas no Workshop, os pesquisadores defendem uma disciplina particular para o estudo destas questões. A disciplina envolverá discussões sobre políticas públicas, economia, planejamento urbano, ciência ambiental, e outras disciplinas acadêmicas relevantes, assim como o direito<sup>61</sup>. Partindo dessa premissa, passa-se a falar em *Direito dos Desastres*.

<sup>56</sup> Art. 3º, III e IV do Decreto n.º 5.376/05.

<sup>57</sup> Disponível em: [http://www.wmo.int/pages/themes/hazards/index\\_es.html](http://www.wmo.int/pages/themes/hazards/index_es.html) Acesso em: 10/03/09.

<sup>58</sup> Cf. Report on a Workshop Held at U.C. Berkeley Law School. Disaster Law and the Legal Academy: Curriculum Research and Law Reform. U.C. Berkeley Law School Berkeley, CA, June 25, 2007. 02p. Disponível em: <http://www.law.berkeley.edu/centers/envirolaw/DisasterLawWhitePaper-October2007.pdf>. Acesso em: 15/03/09.

<sup>59</sup> Neste trabalho, destacamos como medidas de proteção a LMA e o Código Florestal.

<sup>60</sup> Cf. Report on a Workshop Held at U.C. Berkeley Law School. Op. Cit. 05-09p.

<sup>61</sup> Ibidem, 09-11p.

Os pesquisadores destacam ainda quatro temas centrais para a discussão do direito dos desastres: (1) a colaboração internacional; (2) a Justiça social; (3) compensação e seguro; (4) prevenção e resposta.

Dentro deste conjunto de idéias, propomos um conceito para o direito dos desastres: *ramo jurídico e multidisciplinar do direito internacional e nacional, que tem como finalidade a promoção de medidas preventivas capazes de atuar, com efetividade, na proteção da vida, da segurança humana e dos direitos sociais, em especial da saúde e do meio ambiente, que eventualmente possam ser prejudicados em razão dos desastres.*

### 3.3 O Caso de Santa Catarina

O estado de Santa Catarina, em novembro de 2008, especificamente o Vale do Itajaí, foi palco de um dos maiores desastres já ocorridos no território brasileiro.

Neste estudo, nos concentramos em dois dos municípios mais atingidos pelas chuvas: Blumenau e Itajaí. Antes de entrarmos nas peculiaridades pertinentes a cada um destes municípios passamos a apresentar um panorama do que ocorreu naquela região.

A região do Vale do Itajaí fica localizada ao norte/noroeste do Estado de Santa Catarina e uma de suas principais características é a de ser uma região cercada pelo Bioma Mata Atlântica possuindo inúmeros rios (de variados tamanhos) o que, aliado ao fato de ser Santa Catarina rota da zona de convergência do atlântico sul<sup>62</sup>, resulta numa área que, com a ocorrência de fortes chuvas, se torna muito propícia à ocorrência de desastres.

O Vale do Itajaí vem sofrendo com fortes chuvas desde que se tem notícia de sua colonização realizada, em síntese, por alemães e poloneses no século XIX. Porém a nós, no presente estudo, coube trazer como dados de pesquisa as relativas ao século XX, sendo estas as ocorridas em 1911, 1927, 1957, 1983 e 1992.<sup>63</sup> Contudo, por que estas cheias não ocorreram com a mesma intensidade e acompanhadas de deslizamentos de terra como no caso de 2008?

De acordo com os dados oferecidos pelo Instituto de Pesquisas Espaciais (Inpe), Santa Catarina foi o Estado campeão de derrubadas na Mata Atlântica. Entre 2000 e 2005, foi desmatada uma área maior que a cidade de Florianópolis<sup>64</sup>.

Os municípios que foram objeto da pesquisa de campo se tornaram, ao lado do complexo do Morro do Baú<sup>65</sup>, os pontos que mais despertaram atenção da

<sup>62</sup> Cf. CPTEC. Climanálise. Boletim de Monitoramento e Análise Climática. Vol. 19 - N.12 - Dezembro/2004. Disponível em <http://www.cptec.inpe.br/products/climanalise/1204/zcas.html> Acesso em: 09/03/09.

<sup>63</sup> Cf. FRANK. Beate. Uma abordagem para o gerenciamento ambiental A Bacia Hidrográfica do Rio Itajaí, com ênfase no problema das enchentes. 1995. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção), Faculdade de Engenharia de Produção da UFSC, Florianópolis. Disponível em [http://www.eps.ufsc.br/teses/beate/capit\\_2/cp2\\_bea.htm#21](http://www.eps.ufsc.br/teses/beate/capit_2/cp2_bea.htm#21) Acesso em: 10/03/09.

<sup>64</sup> Cf. Revista Época – 1dez 2008 – Enchentes de Santa Catarina. Disponível em: <http://www.hidro.ufcg.edu.br/twiki/pub/HidrologiaAplicada/Semestre20081/EnchentesemSantaCatarina2008.pdf>. Acesso em: 15/03/09.

<sup>65</sup> Uma das regiões mais afetadas por enchentes e deslizamentos foi o complexo do Morro do Baú, situado no triângulo formado pelos municípios de Ilhota, Luiz Alves e Gaspar. Trata-se de uma área estritamente rural, onde se concentram produtores de arroz, banana, algumas granjas de aves e propriedades com florestas plantadas de pinheiro e eucalipto. Cf. SOUZA, Juliana Mio de; VIANNA, Luiz Fernando de Novaes. Relatório sobre o levantamento dos deslizamentos ocasionados

mídia quanto ao recente desastre ocorrido no Vale do Itajaí. Em relatório oficial, elaborado pela Empresa de Pesquisa Agropecuária e Extensão Rural de Santa Catarina S.A.<sup>66</sup>, sobre as causas dos deslizamentos foi apontado que a atividade antrópica (mediante o desmatamento de APP com Mata Atlântica) no complexo do morro do baú foi a principal causa das conseqüências catastróficas naquela região.

Os desastres ocorridos na região do Vale do Itajaí tiveram suas características particularizadas em relação a cada um dos municípios mencionados, pois, diante das fortes chuvas e APP desmatadas, as maiores conseqüências foram ocasionadas por enchentes e deslizamentos de terras em morros. Passaremos a analisar os desastres de Blumenau e Itajaí.

### 3.3.1 Blumenau

O município de Blumenau está localizado no Vale, tem como característica estar posicionado no centro de uma área cercada por Mata Atlântica e é um dos mais importantes da região e de todo Estado de Santa Catarina em razão de suas taxas populacionais e sua participação na economia do Estado<sup>67</sup>. O município foi diretamente atingido pelas chuvas ocorridas em novembro no Vale do Itajaí e assim como todos os municípios daquela região serviu como ponto de ocorrências de enchentes e deslizamentos de terras. Diante disso, decretou-se estado de calamidade pública<sup>68</sup>.

Nos últimos anos, o município acostumou-se à frequência de enchentes em razão de suas respectivas localizações. Porém neste ultimo desastre o que surpreendeu a todos foram os enormes deslizamentos de terra.

*A ocupação desordenada dos morros e encostas, com a conseqüente destruição e o desmatamento de APP, vem ocorrendo desde a colonização e mesmo após a edição do Código Florestal e da LMA. Com o aumento da densidade populacional na região, algumas famílias transformaram as APP em áreas de ocupação humana*<sup>69</sup>.

A população encontra-se em maior parte na região central onde ocorreram historicamente os maiores índices pluviométricos de Blumenau<sup>70</sup>. Não obstante, constatou-se que o município atualmente se encontra num embate jurídico acerca de ter legislado através do seu plano diretor de modo, no mínimo, questionável se for afrontada com o Código Florestal vigente. Ocorre que o art. 60 da lei complementar n.º 142/97<sup>71</sup> do município dispõe sobre a possibilidade de edificação

---

pelas chuvas de novembro de 2008 no complexo do morro do baú municípios de Ilhota, Gaspar e Luiz Alves. Empresa de Pesquisa Agropecuária e Extensão Rural de Santa Catarina S.A.: Florianópolis, 2009. Disponível em [http://circam.epagri.sc.gov.br/portal/website/arquivos/areas\\_risco/Relatorio\\_Morro\\_Bau.pdf](http://circam.epagri.sc.gov.br/portal/website/arquivos/areas_risco/Relatorio_Morro_Bau.pdf) Acesso em: 04/03/09.

<sup>66</sup> Ibidem.

<sup>67</sup> Cf. SIGAD. Diagnóstico Blumenau. Disponível em <https://www.furb.br/especiais/download/810848-406621/apt.pdf> Acesso em 16/02/09.

<sup>68</sup> Decreto municipal 8.820 de 23 de novembro de 2008.

<sup>69</sup> Estudo das correlações entre precipitações e os escorregamentos em áreas de risco em Blumenau – SC. Cf. VIEIRA, Rafaela; e outros. Um olhar sobre as áreas de risco de escorregamento no município de Blumenau: em busca da prevenção. Blumenau: Instituto de Pesquisas Ambientais, 2005. Disponível em <http://www.blumenau.sc.gov.br/novo/site/imagens/contendo/file/defesacivil/risco.pdf>. Acesso em: 13/03/09.

<sup>70</sup> Ibidem.

<sup>71</sup> Art. 60. Serão consideradas áreas não edificáveis e não aterráveis (ANEA), as seguintes faixas marginais mínimas ao longo das águas dormentes e correntes, conforme a área da bacia de contribuição a qual pertencem

em torno das águas. O Ministério Público acredita que o legislador municipal usurpou de sua competência, pois esta seria da União e o Código Florestal, em seu artigo 2º, por si só solucionaria o assunto.<sup>72</sup>

O que se pode observar quanto à presença de atos normativos respectivos a estes desastres foi a existência do decreto que cria áreas de interferência emergencial e estabelece medidas para prevenção de novos desastres em razão da declaração do estado de calamidade pública no município<sup>73</sup> e projeto de lei que dispõe sobre regras específicas para cálculo de imposto predial e territorial urbano incidente sobre os imóveis afetados pelas catástrofes climáticas.<sup>74</sup>

### 3.3.2 Itajaí

O município é localizado no litoral norte de Santa Catarina, possui 169.927 habitantes<sup>75</sup> sendo que estes em sua maioria estão concentrados acerca do oceano atlântico e à foz do rio Itajaí-Açu e obteve consideráveis prejuízos com as fortes chuvas no Vale do Itajaí.

Diante de estudos coletados junto a secretaria de planejamento da prefeitura de Itajaí<sup>76</sup> podemos observar que as chuvas nos meses de outubro e novembro ultrapassaram, de forma extraordinária, as expectativas de todos aqueles que participam do cotidiano do município. Assim como nas outras cidades, foi decretado estado de calamidade pública<sup>77</sup>, mas o que caracterizou o desastre na cidade em grande proporção foi a ocorrência das inundações causadas pelo transbordamento das águas do rio Itajaí-Açu. Foi constatado que as maiores discussões, assim como fora apresentado sobre Blumenau, são acerca do que estabelece o Código Florestal quanto às possíveis áreas de construção, e devido ao grande número de construções irregulares,<sup>78</sup> o poder público tenta cada vez mais se adequar a realidade do município.

Quanto aos atos pertinentes ao desastre, vale apresentar recomendação emitida pelo Ministério Público estadual<sup>79</sup> que, ao perceber a necessidade de recondução das pessoas atingidas diretamente pelo desastre, produziu tal documento visando eventual desrespeito da legislação ambiental na realocação dos desabrigados. O fato

---

cem, tomada como referência o nível médio do escoamento na estação fluviométrica da ponte Adolfo Konder. Área da bacia hidrográfica – ANEA: \*Até 1,0 km<sup>2</sup> – 5,00 metros; \* De 1,1 a 5,0 km<sup>2</sup> – 8,00 metros; \* De 5,1 a 25,0 km<sup>2</sup> – 12,00 metros; \* De 25,1 a 125,00 km<sup>2</sup> – 16,00 metros; \* Maior que 125,00 km<sup>2</sup> – 20,00 metros; \* rio Itajaí-Açu – 45,00 metros.

<sup>72</sup> Foi proposta uma Ação Direita de Inconstitucionalidade (n.º 2009.008941-2) perante o Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

<sup>73</sup> Decreto municipal 8.848 de 18 de dezembro de 2008.

<sup>74</sup> Projeto de lei complementar 992/09.

<sup>75</sup> Disponível em <http://www.ibge.gov.br/cidadesat/xtras/perfil.php?codmun=420820&tr=2> Acesso em: 06/03/09.

<sup>76</sup> A empresa de Pesquisa Agropecuária e Extensão Rural de Santa Catarina-EPAGRI apresentou estudos onde apontam que em outubro choveu 275,3 mm sendo que a média nos últimos 25 anos era de 151,7 mm e em novembro choveu o equivalente a 725,1 mm sendo que a média daquele mês era de 144,8mm também nos últimos 25 anos.

<sup>77</sup> Decreto municipal 8.760 de 23 de novembro de 2008.

<sup>78</sup> Disponível em [http://intranet.itajai.sc.gov.br/arquivos/gestao\\_spdu/2006-06-09-02-d41d8cd98f.bmp](http://intranet.itajai.sc.gov.br/arquivos/gestao_spdu/2006-06-09-02-d41d8cd98f.bmp), consulta realizada dia 03 de março de 2009.

<sup>79</sup> Recomendação 769/2008/10ª Promotoria de Justiça/Defesa do meio ambiente e do consumidor da comarca de Itajaí/SC.

de o Ministério Público recomendar oficialmente algo ao poder público em qualquer esfera, por si só não tem caráter coercitivo, não deve ser atacado por meio judicial e sim serve como informação didática ao que entendeu a segunda câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.<sup>80</sup> Apesar de ser levantada a questão pelo *parquet*, o mesmo poderá se valer no futuro de Ação Civil Pública caso o município atue ilegalmente na realocação das vítimas do desastre.

Ao contrário de Blumenau, a lei que trata da política municipal do meio ambiente em Itajaí<sup>81</sup>, no que diz respeito às limitações de áreas de preservação permanente, não confronta o preconizado pela lei nacional de modo que o desmatamento das APP com Mata Atlântica foi puramente descumprimento do Código Florestal e da LMA.

#### **4. CONCLUSÕES ARTICULADAS**

**4.1** O descumprimento da LMA e do Código Florestal acarretou desmatamento de vegetação em APP no Bioma Mata Atlântica no Estado de Santa Catarina sendo que isto foi um fator determinante no severo grau das enchentes e deslizamentos neste estado brasileiro no final de 2008.

**4.2** Logo, a LMA e o Código Florestal contribuem de modo significativo, através dos seus dispositivos citados neste trabalho, para a prevenção de desastres constituindo assim uma interface entre o Direito Ambiental e o Direito dos Desastres.

**4.3** O risco de novas enchentes e deslizamentos de terra em Santa Catarina e em outras regiões do país aponta a necessidade de alterar o Código Florestal.

**4.3.1** Deve-se incluir expressamente a obrigação do proprietário, com APP desmatadas, de recuperar a sua vegetação não somente para contribuir para preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado como também para prevenir desastres por enchentes e deslizamento de terras nas áreas onde se localizam.

**4.3.2** Do mesmo modo, seria interessante suprimir o §1º do artigo 18 do Código Florestal, tendo em vista a prevenção de desastres, para que no caso de omissão do proprietário em recuperar a vegetação de suas APP, seja mais viável a reconstituição pelo Poder Público desta vegetação, pois o dever de indenizar as plantações nestas áreas, atualmente em vigor, dificulta esta tarefa por motivos dos custos financeiros envolvidos.

**4.4** No mesmo sentido de prevenir desastres seria positivo a LMA ser também alterada para conferir expressamente especial proteção e obrigação de recomposição, pelo proprietário da área, da vegetação em APP em área do Bioma Mata Atlântica principalmente pelo fato deste bioma ocorrer em áreas de altos índices pluviométricos e se desenvolver justamente em decorrência dos mesmos.

<sup>80</sup> Apelação Cível 2008.056.582-3.

<sup>81</sup> Artigo 20 da Lei Complementar nº 9 de 15 de dezembro de 2000.

editoração, ctp, impressão e acabamento

**imprensaoficial**

Rua da Mooca, 1921 São Paulo SP  
Fones: 27399-0800 - 0800 0123401  
[www.imprensaoficial.com.br](http://www.imprensaoficial.com.br)

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 CONAMA – 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**  
*Ex-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 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**  
*Former 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.

**Congressman 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

**imprensa**oficial