

Marcia Andrea Bühring
Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira
(Orgs.)

EGRESSOS:
TRAJETÓRIAS DE PESQUISA DO MESTRADO
EM DIREITO AMBIENTAL NA UCS



Egressos:
Trajetórias de Pesquisa do Mestrado em Direito
Ambiental na UCS

Coordenadores

Marcia Andrea Bühring
Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira



FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

Presidente:
Ambrósio Luiz Bonalume

Vice-Presidente:
Nelson Fábio Sbabo

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

Reitor:
Evaldo Antonio Kuiava

*Vice-Reitor e Pró-Reitor de Inovação e
Desenvolvimento Tecnológico:*
Odacir Deonizio Graciolli

Pró-Reitora de Pesquisa e Pós-Graduação:
Nilda Stecanelo

Pró-Reitor Acadêmico:
Marcelo Rossato

Diretor Administrativo:
Cesar Augusto Bernardi

Chefe de Gabinete:
Gelson Leonardo Rech

Coordenador da Educs:
Renato Henrichs

CONSELHO EDITORIAL DA EDUCS

Adir Ubaldo Rech (UCS)
Asdrubal Falavigna (UCS)
Cesar Augusto Bernardi (UCS)
Guilherme Holsbach Costa (UCS)
Jayme Paviani (UCS)
Luiz Carlos Bombassaro (UFRGS)
Nilda Stecanelo (UCS)
Paulo César Nodari (UCS) – presidente
Tânia Maris de Azevedo (UCS)

Egressos: Trajetórias de Pesquisa do Mestrado em Direito Ambiental na UCS

Coordenadores

Marcia Andrea Bühring

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) (2013). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) (2002). Especialista em Direito Público pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí) (1999). Graduada em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí) (1996). Advogada. Professora no PPGD – Mestrado em Direito Ambiental na Universidade de Caxias do Sul (UCS). Professora de Direito Constitucional e Ambiental, na Pontifícia Universidade Católica (PUCRS). Professora nas especializações da Escola Superior da Magistratura Federal do RS (Esmafe). Atuação em direito constitucional e ambiental.

Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira

Doutor em Direito (2011) pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), área de concentração Direito, Estado e Sociedade, com estágio Doutorado-Sandwitch/CAPES, na Universidade Lusiada (Porto/Portugal). Mestre em Direito (2005) pela UFSC, área de concentração Teoria e Filosofia do Direito. Bacharel em Direito (2002) pela UFSC. Professor Doutor Adjunto na Universidade de Caxias do Sul (UCS), atuando nos cursos de Bacharelado, Mestrado Acadêmico e Doutorado em Direito. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria e Filosofia do Direito, Direito Ambiental e Ecologia Política.



© dos organizadores

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Universidade de Caxias do Sul

UCS – BICE – Processamento Técnico

E32 Egressos [recurso eletrônico] : trajetórias de pesquisa do mestrado em Direito Ambiental da UCS / org. Marcia Andrea Bühring, Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira. – Caxias do Sul, RS: Educs, 2017.

Dados eletrônicos (1 arquivo).

ISBN 978-85-7061-897-9

Apresenta bibliografia.

Modo de acesso: World Wide Web.

1. Direito ambiental. 2. Meio ambiente. 3. Pesquisa. I. Bühring, Marcia Andrea. II. Silveira, Clóvis Eduardo Malinverni da.

CDU 2.ed.: 349.6

Índice para o catálogo sistemático:

1. Direito ambiental	349.6
2. Meio ambiente	502
3. Pesquisa	167

Catalogação na fonte elaborada pela bibliotecária
Michele Fernanda Silveira da Silveira – CRB 10/2334.



EDUCA – Editora da Universidade de Caxias do Sul

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

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

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

Home Page: www.ucs.br – E-mail: educa@ucs.br

Sumário

Apresentação	7
As tutelas de urgência do código de processo civil de 2015 e sua aplicabilidade em prol da efetividade da tutela jurisdicional ambiental	9
<i>The emergency care of the 2015 civil process code and its applicability for the effectiveness of environmental jurisdictional treatment</i>	
Augusto Antônio Fontanive Leal	
Dano extrapatrimonial ambiental: transindividualidade e sua aceitação no direito brasileiro	22
<i>Environmental non-patrimonial damage: transindividuality and its acceptance in brazilian law</i>	
Daniel Bellandi	
Panorama da proteção jurídica do meio ambiente nos diferentes níveis: a realidade no Brasil e na América Latina	40
<i>Panorama de la protección jurídica del medio ambiente en diferentes niveles: la realidad en Brasil y América Latina</i>	
Daniela Vasconcellos Gomes	
Mathias Felipe Gewehr	
O estatuto da metrópole: reflexões gerais acerca da normatização	64
<i>El estatuto del metropole: reflexiones generales acerca de la normatización</i>	
Fábio Scopel Vanin	
Titularidade do saneamento e sua privatização	83
<i>Titularity of sanitation and privatization</i>	
Eduardo Coral Viegas	
A tutela do meio ambiente natural e artificial: definições e considerações acerca da poluição	99
<i>The protection of environment natural and artificial: definitions and consideration about pollution</i>	
Frederico Costa De Boni	
Giovanni Bortolini Machado	
A gestão democrática urbana e os desafios do plano diretor em Florianópolis/SC ...	118
<i>The challenges of democratic management: reviewing the urban master plan in Florianopolis</i>	
Karine Grassi	
Renata Piroli Mascarello	

Função social da propriedade urbana e proteção ambiental: estudo de caso na microrregião hidrográfica do Barracão, Município de Bento Gonçalves	141
<i>Social role of urban property and environmental protection: a case study in the river watershed Barracão, Bento Gonçalves County</i>	
Magda Susana Ranzi Cobalchini	
Crise ambiental e crítica do direito: uma proposta em construção.....	162
<i>Environmental crisis of law: a proposal under construction</i>	
Moisés João Rech	
Educação para a sustentabilidade: o caráter extrafiscal do tributo	181
<i>The tribute ambient as form of education for the sustainable</i>	
Patricia Noll	
O regime jurídico dos deveres do estado na proteção do ambiente	194
<i>The legal regime of the state's duties in environmental protection</i>	
Rogério Santos Rammê	
Exploração do pré-sal brasileiro frente aos interesses econômicos e a concretização dos direitos humanos e ambientais	210
<i>Explotación del pre-sal brasileño frente a los intereses económicos y la concretización de los derechos humanos y ambientales</i>	
Viviane Grassi	

Apresentação

A presente obra é um convite tangenciado a ex-alunos do Mestrado da UCS. A coletânea é comemorativa dos **50 anos do curso de Direito da UCS**, e dos 17 anos do curso de Mestrado em Direito Ambiental e Sociedade, e tem como finalidade explicitar de que maneira os egressos do Programa deram continuidade, no meio acadêmico, às pesquisas realizadas em direito ambiental. Ou seja, apresentar o Mestrado como início de uma jornada acadêmica na pesquisa e, eventualmente, no ensino e na extensão.

O texto não é a dissertação de mestrado, mas um vínculo com a área de concentração *Direito Ambiental e Sociedade*. Portanto, é a verificação, de maneira implícita ou explícita, da influência do PPGDir nos trabalhos que o pesquisador realiza ou realizou, após a conclusão do Mestrado.

Cada um dos egressos apresentou, juntamente com o texto, um resumo, brevíário de sua trajetória acadêmica, contendo: nome, título da dissertação defendida na UCS, orientador(a) do trabalho, e breve explicação sobre de que maneira deram continuidade aos estudos na vida acadêmica e profissional: como se deu o vínculo com a área de Direito Ambiental e Sociedade; que maneira esse vínculo foi mantido, em termos acadêmicos ou profissionais; de que maneira levou o pesquisador a novos temas de pesquisa, ou subsidiou sua atuação profissional.

Marcia Andrea Bühring

Autor: Augusto Antônio Fontanive Leal

Título da Dissertação defendida na UCS: *Jurisdição Ambiental: o contrato social e sua expressão no Direito Fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*

Orientador do trabalho: **Prof. Dr. Jeferson Dytz Marin**

Iniciou a pesquisa na área do Direito Ambiental e Sociedade pela participação no grupo de pesquisa ALFAJUS, coordenado por Jeferson Dytz Marin. Atualmente, é doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e continua pesquisando no ramo do Direito Ambiental.

O texto “As tutelas de urgência do Código de Processo Civil de 2015 e sua aplicabilidade em prol da efetividade da tutela jurisdicional ambiental” pode ser observado como uma continuidade da pesquisa realizada na dissertação defendida na UCS, pois integra a busca por uma jurisdição ambiental efetiva.

As tutelas de urgência do Código de Processo Civil de 2015 e sua aplicabilidade em prol da efetividade da tutela jurisdicional-ambiental

The emergency care of the 2015 civil process code and its applicability for the effectiveness of environmental jurisdictional treatment

Augusto Antônio Fontanive Leal^{*}

Resumo: O presente artigo tem por objetivo o estudo da estabilização da tutela de urgência antecipada, quando requerida com antecedência, instituída no Código de Processo Civil de 2015 e a aplicabilidade das tutelas de urgência, na jurisdição ambiental. Estabelecendo a relação entre a tutela antecipada-estabilizada e as *interdictas* do Direito romano, bem como a *référé* do processo civil francês, propiciar-se-á demonstrar sua característica de cognição sumária, que contém uma declaração e se pauta na união entre fato e direito. Com isso, será demonstrado que há uma abertura para um novo modelo do Código de Processo Civil contemporâneo, desvinculando-o de um moderno racionalismo que, atrelado ao normativismo exacerbado, traz ineficiência à jurisdição. Após, pretende-se estudar a aplicabilidade das tutelas de urgência na Lei da Ação Civil Pública, ampliando a efetividade da tutela jurisdicional do ambiente. A pesquisa é qualitativa amparada pelo método hermenêutico, com o uso de pesquisa bibliográfica e documental, pautando-se pela interdisciplinaridade entre História e Direito.

Palavras-chave: Tutelas de urgência. Tutela jurisdicional-ambiental. Ação civil pública.

Abstract: The purpose of this article is to study the stabilization of the urgency guardianship, when required in advance, established in the Code of Civil Procedure of 2015 and the applicability of emergency guardianships in environmental jurisdiction. Establishing the relationship between stabilized early guardianship and the interdicts of Roman law, as well as the refrain of French civil proceedings, will allow us to demonstrate its characteristic of summary cognition that contains a statement and is based on the union between fact and law. With this, it will be demonstrated that there is an opening for a new model in the contemporary civil process, separating it from a modern rationalism that, coupled with the exaggerated normativism, ended up bringing inefficiency to the jurisdiction. Afterwards, it is intended to study the applicability of emergency safeguards in the Law of Public Civil Action, increasing the effectiveness of the judicial protection of the environment. The research will be qualitative supported by the hermeneutic method with the use of bibliographical and documentary research, being guided by the interdisciplinarity between history and Law.

Keywords: Emergency tutelage. Environmental judicial-tutelage. Public civil action.

* Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre e graduado em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Advogado.

1 Introdução

Diante das inovações do Código de Processo Civil de 2015, foram buscadas soluções para uma crise do Judiciário, permeada de velhos paradigmas, como é o caso do critério da verdade absoluta e da ordinariedade do processo. Dentre as reformulações, é possível trazer com destaque a estabilização da tutela antecipada, requerida em caráter antecedente, isto é, antes do ajuizamento da ação principal.

A guinada para um novo modelo, ensejado pela estabilização da tutela antecipada antecedente, serve como uma ferramenta destinada a trazer celeridade e efetividade ao processo civil contemporâneo, encontrando ligação com o antigo instituto dos interditos do Direito romano, exercido pelos pretores, bem como buscando inspiração da *référe* do Direito francês. Nesse cenário, busca-se analisar a possibilidade de que a estabilização da tutela antecipada, requerida em caráter antecedente, represente uma abertura paradigmática no novo Código de Processo Civil brasileiro, pautando-se em uma característica de cognição sumária, que contém uma declaração e se funda na união entre fato e direito. Após, a presente pesquisa é direcionada para a aplicabilidade das tutelas de urgência, na Lei da Ação Civil Pública, ampliando a efetividade da tutela jurisdicional do ambiente.

Com efeito, tem-se por objetivo, com o presente *texto*, o estudo da relação que guarda a tutela antecipada antecedente com a *summaria cognitio* das *interdictas* e a exposição do instituto da *référe* do processo civil francês, como referência para a atual estabilização da tutela antecipada antecedente, prevista no Código de Processo Civil. A hipótese é de que, por meio de um critério de racionalidade moderna, a cognição sumária foi afastada do exercício jurisdicional, separando-se direito e fato, de modo que, pela estabilização da tutela antecipada antecedente, tornou-se possível a aproximação entre direito e fato na cognição sumária. No final, pretende-se demonstrar como a cognição sumária, contendo uma declaração em si, determina uma abertura paradigmática para o processo civil contemporâneo, em uma proposta de reunir direito e fato, possibilitando, ainda, sua aplicabilidade no âmbito de uma ação civil pública, que vise à tutela jurisdicional-ambiental. A pesquisa será qualitativa,

amparada pelo método hermenêutico, com uso de pesquisa bibliográfica e documental, pautando-se pela interdisciplinaridade entre História e Direito.

2 Cognição sumária e estabilização da tutela antecipada antecedente: um olhar reflexivo para o novo Código de Processo Civil

Tem-se por base, neste texto, a tutela antecipada requerida em caráter antecedente disposta no Código de Processo Civil brasileiro, no art. 303, em que é possível considerar uma estabilização da tutela jurisdicional, nos termos do art. 304 do referido Código, ensejando a extinção do processo e possibilitando a revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada-estabilizada, somente mediante ação própria, com prazo de dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, de acordo com o art. 304, §1º, §2º e §5º, do Código de Processo Civil.¹

A estabilização da tutela antecipada, requerida em caráter antecedente, representa uma das inovações presentes no Código de Processo Civil de 2015. Muito embora, por um longo tempo, a possibilidade de estabilizar uma decisão realizada em um juízo sumário, ter sido descartada, parece que a sua possibilidade jurídica passou a ser aceita.

A evolução do processo civil, até seu momento contemporâneo, demonstra que, do resguardo instrumental do antigo Código de Processo Civil de 1973, que em seu art. 273 mencionava ser possível antecipar tão somente os efeitos da tutela, passou-se para uma efetiva estabilização da própria tutela antecipada, reconhecendo a possibilidade jurídica da efetivação da cognição sumária, em prol da celeridade e efetividade processual.

É importante mencionar que a cognição sumária não seria propriamente uma invenção trazida pelo processo civil brasileiro, pois remonta à *summaria cognitio* presente no Direito romano, quando da atividade interdital dos pretores. É certo que, de acordo com Merryman, o Direito romano foi a maior

¹ Neste caso, quando da possibilidade de que o autor não adite a inicial, conforme determina o art. 303, §1º, I do Código de Processo Civil, nem o réu interponha recurso, ensejando a extinção do processo segundo o art. 304 e §1º, também do Código de Processo Civil, adota-se o entendimento de Jobim e Pozatti, no sentido de que devem os efeitos da decisão permanecer, mesmo que advinda de juízo de cognição sumária, pois se trata de uma prestação da tutela jurisdicional. (JOBIM; POZATTI, 2015, p. 408).

contribuição romana para a civilização ocidental, estando os modos de pensamento romanos infiltrados nos sistemas legais ocidentais. (MERRYMAN, 1989, p. 32). Porém, a presença do direito romano, nos ordenamentos jurídicos ocidentais, não implica uma aplicação direta e sem modificações dos antigos institutos. Diversos antigos institutos romanos sofreram interpretações variadas, que trouxeram inefetividade à atividade jurisdicional, como é o caso anterior ao reconhecimento da estabilização da tutela antecipada antecedente.

Considerando o direito romano, Baptista da Silva descreve que havia dois institutos de proteção e defesa de direitos. Eram a *actio* e os *interdicta*; somente a *actio* era desenvolvida através do procedimento ordinário, *ordo judiciorum privatorum*, possuindo natureza jurisdicional. (SILVA, 2007, p. 17).

Por outro lado, como demonstra Saldanha, os interditos eram uma função dos pretores (SALDANHA, 2012, p. 56) e, com o passar do tempo, foram sendo vistos como ausentes de caráter jurisdicional. Esta negativa de se atribuir caráter jurisdicional ocorreu devido, principalmente, a dois fatores: a) ao comando oriundo do interdito não representar composição do litígio, mas um acertamento preventivo instrutório; b) pela natureza publicista do interdito, ao contrário da mera declaração do ordenamento jurídico privado. (SALDANHA, 2012, p. 59).

Consequentemente, a partir da romanística do século XIX e XX, concluiu-se pela rejeição de toda atividade que implicasse ordem, concebida como não jurisdicional, mas meramente administrativa (SALDANHA, 2012, p. 59-60), ocasionando a anteriormente referida inefetividade jurisdicional. Com isso, a cognição sumária passou a ser excluída do processo como possibilidade de declarar algum direito, pois, na racionalidade moderna, somente poderia ser declarado o direito, após um procedimento ordinário que conduzisse o magistrado à verdade e à vontade da lei.

Não obstante, por meio desta separação entre direito e fato, desenvolveu-se um moderno normativismo, que limitou a jurisdição à declaração do direito, excluindo a tutela interdital. (SILVA, 2004, p. 142). Pautou-se, portanto, por um vínculo entre ordinariedade e racionalismo, por meio do qual, somente após a relação processual, o juiz poderia decidir a causa, diferentemente do *praetor* que utilizava a cognição sumária. (SILVA, 2004, p. 143).

Percebe-se que o afastamento da cognição sumária da atividade jurisdicional, além de tratar-se de um equívoco da interpretação romanística

passada, embasou-se pela busca de um estrito formalismo, que conduziria à verdade absoluta. Dito de outro modo, somente por meio de um procedimento específico, normatizado e ordinário, o resultado traria a respectiva segurança jurídica.

Neste sentido, aponta Baptista da Silva para o fato de que, pelo processo de conhecimento, naturalmente ordinário, foi negado ao magistrado o poder de que se valia o pretor romano, na concessão da tutela interdital. Assim, mantendo uma passividade neutra, na duração do processo, somente após se possibilitaria descobrir a vontade da lei, olvidando-se, deste modo, do fato de o juiz começar a formar seu convencimento, desde a atribuição para si da causa. (SILVA, 2004, p. 27-28).

Todavia, nota-se uma mudança no novo Código de Processo Civil brasileiro. Como reconhece Macedo, o Código de Processo Civil de 2015 se comprometeu com a solidificação da jurisdição provisória. Entende a autora que as tutelas definitivas e as tutelas provisórias estão comprometidas com a substancialização dos processos, apesar da jurisdição proveniente do processo de conhecimento estar mais sujeita aos riscos de uma separação do direito material, ao contrário das tutelas provisórias, que necessitam estarem adstritas ao direito material e aos fatos *subjudice*/ não podem ser abstraídas pelo processo ordinário, pois, assim, perderiam o caráter de interditais, para se transformar em julgamentos. (MACEDO, 2015, p. 164). Conclui Macedo, então, que a estabilização da decisão, constante na tutela provisória da jurisdição de urgência, representa um significativo passo rumo a um novo paradigma processual e de prestação jurisdicional. (MACEDO, 2015, p. 175).

A essa perspectiva, como exemplo de distanciamento de um ideal da racionalidade que enseja a ordinização do processo, pode-se citar a *jurisdiction des refere*,² a qual, em que pese não ter os efeitos de coisa julgada na questão principal, tem, na sua provisoriação, uma consolidação definitiva, quando transcorrido o prazo recursal de quinze dias previsto no *article 490* do *Code de Procédure Civile*. Assim sendo, no processo civil francês, a coisa julgada provisória pode, na prática, tornar-se definitiva quando o demandado deixa de

² Trata-se de *les ordonnances de refere*, previstas principalmente nos *articles 484 a 492-1* do *Code de Procédure Civile*. (FRANÇA).

dar continuidade à discussão de fundo no juízo colegiado. (SALDANHA, 2012, p. 378).

Considerando que a provisoriadade das tutelas, de acordo com Baptista da Silva, não deixam de conter declarações, eis que o juízo de verossimilhança contém um efeito declaratório em si, quando da existência do *fumus boni iuris* relativo ao direito afirmado pelo autor (SILVA, 2007, p. 174), confirmou-se que a cognição sumária, realizada neste julgamento, remete à tutela interdital, do histórico pretor romano. (SILVA, 2007, p. 174).

Deste modo, não haveria motivo para negar que o reconhecimento da declaração, na tutela antecipada, requerida em caráter antecedente, que se estabiliza quando da inércia do demandado, contém em si uma declaração, demonstrando uma aproximação entre direito e fato estritamente necessária no juízo deferido da cognição sumária.

A estabilização da tutela antecipada antecedente, quando da inércia do demandado, reconhecida pela extinção do processo, nos termos do art. 304 e do §1º do Código de Processo Civil, demonstra que há o reconhecimento da possibilidade da *summaria cognitio* ser exercida, contendo a decisão da tutela antecipada antecedente um caráter declaratório. Com isso, estar-se-ia diante de uma abertura para uma virada paradigmática processual, reconhecendo a estabilização e substancialização da tutela interdital, exercida em cognição sumária na jurisdição provisória.

3 Risco ambiental e proteção jurisdicional do meio ambiente em função do novo Código de Processo Civil

Inegavelmente, são vividos tempos de crise ambiental, de modo que não raro questões que versam sobre a proteção ambiental tomam forma e compõem as tramas políticas mundiais. Não é por outra razão que Beck (2011, p. 23) demonstrara a existência de produções sociais de riscos, em decorrência de uma busca abstrata por riquezas. (BECK, 2011, p. 27). Trata-se de uma característica da sociedade pós-moderna, pautada na convivência com riscos que geram situações de ameaça.

Por esta razão, torna-se importante que, diante dos efeitos da globalização, inclusive de riscos, possam ser reconsideradas construções

tradicionais jurídicas e normativas, abordando garantias condizentes com uma sociedade de riscos. (CAUBET, 2005, p. 31).

Como estabelece Silveira, apesar de existir uma forma de tutela de interesses difusos, carece-se de uma forma processual adequada para tutelar os direitos coletivos. (SILVEIRA, 2014, p. 100). É importante que, em razão disso, realize-se uma releitura de velhos institutos processuais, possibilitando decisões que sejam pautadas pela participação e pela inclusão. (SILVEIRA, 2014, p. 101).

É neste cenário que se observa a importância de que exista uma aproximação do conteúdo protegido por meio da tutela de direitos difusos e a forma processual a ser exercida no âmbito desta tutela, principalmente em se tratando do direito fundamental ao meio ambiente previsto no art. 225 da Constituição Federal. (BRASIL, 1988).

No plano normativo brasileiro, a proteção dos direitos difusos encontra sua matriz na Lei 7.347/85 (BRASIL, 1985), em se tratando de responsabilidade por danos morais e patrimoniais, inclusive quando estes forem causados ao meio ambiente, como se depreende do art. 1º, inciso I, do mencionado dispositivo legal.

A proteção de direitos difusos, tal como é o caso do meio ambiente por meio da Lei de Ação Civil Pública, muito embora seja a ferramenta utilizada nesta espécie de proteção, encontra dificuldades de adaptação às questões ambientais que envolvem a produção de riscos em um cenário de constantes ameaças abusivas. Com isso, torna-se importante a interpretação de institutos processuais, que possibilitem a maximização ao máximo da tutela processual-ambiental.

O Código de Processo Civil de 2015 prevê, no art. 294, a tutela provisória, que pode ser desmembrada em tutela de urgência e tutela de evidência. As tutelas de urgência, atendendo à subdivisão em tutela antecipada e cautelar, podem ser requeridas de modo antecedente ou incidental.

Em relação à temática ora analisada, a Lei da Ação Civil Pública determina a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, no art. 19, ainda que refira tratar-se do Código de 1973 e, atualmente, esteja em vigor o Código de 2015. Na referida lei, é previsto o ajuizamento de ação cautelar no art. 4º, porém, principalmente, em decorrência da inexistência de ação cautelar autônoma, em função do Código de Processo Civil de 2015, que passou a prever o procedimento

cautelar requerido antecipadamente, é com a possibilidade de concessão de medida liminar prevista no art. 12 da Lei da Ação Civil Pública, que se tem a abertura de aplicabilidade das tutelas provisórias do Código de Processo Civil de 2015.

Trata-se da necessidade de promoção de um diálogo de fontes, principalmente em decorrência da definitiva revogação da ação cautelar realizada pelo Novo Código de Processo. (MACEDO, 2015, p. 178).

Amparada pela realização de uma interpretação sistematizada do conteúdo, que se depreende do art. 4º, combinado com o art. 12 da Lei da Ação Civil Pública, quando for o caso, uma ação civil pública pode ser ajuizada com o requerimento de concessão de tutela de urgência antecipada ou cautelar, dependendo do caso, nos termos do art. 300 do Código de Processo Civil, quando da existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

De acordo com o Código de Processo, a tutela de urgência pode ser concedida em decisão liminar ou após a justificação prévia (art. 300, §2º), sendo que não será concedida quando houver risco de irreversibilidade dos efeitos da decisão. (art. 300, § 3º). Há, ainda, a possibilidade de que seja exigida pelo juiz uma caução real ou fidejussória idônea, a fim de assegurar o resarcimento da parte adversa, que possa sofrer, podendo esta caução ser dispensada em caso de hipossuficiência ou impossibilidade de oferecimento (art. 300, § 1º). Inclui-se, na figura de parte legítima a ajuizar, a ação civil pública aquelas previstas no rol do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, quais sejam, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e a associação que preencha os critérios previstos no art. 5º, V, da referida lei.

As disposições acima previstas encontram sua interpretação no âmbito da formulação de requerimento incidentalmente realizado, uma vez que as tutelas de urgência cautelar a antecipada, requeridas de modo antecedente, encontram aplicação nos arts. 305 e 303, respectivamente, ambos do novo Código de Processo.

O art. 305, do Código de Processo, dispõe sobre petição inicial que vise à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente, a qual deve indicar a lide e seu fundamento, expor sumariamente o direito que se pretende assegurar e o

perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, não parecendo existir mais dúvidas quanto à possibilidade de ajuizamento de referido requerimento, no âmbito de uma ação civil pública, demonstrando inclusive sua ferramenta eficaz para alcançar a tutela jurisdicional do meio ambiente.

Porém, a questão referente à estabilização da tutela de urgência antecipada, requerida em caráter antecedente, no âmbito da Ação Civil Pública, prevista no art. 303 e 304 do Código de Processo Civil, pode gerar polêmica.

Em razão da importância que possui a ferramenta da ação civil pública, como meio de alcance da tutela jurisdicional do meio ambiente, a fim de resguardar um direito fundamental, entende-se pela necessária maximização de seu conteúdo, principalmente em decorrência dos incontáveis riscos presentes nas ações humanas.

Por isso, a virada paradigmática que ocorre no processo civil, depreendida da proposta na estabilização da tutela antecipada, por meio do reconhecimento do exercício da cognição sumária, permite uma aplicação também no caso da ação civil pública. A possibilidade de encurtar o caminho em discussões, que podem tornar-se onerosas e desnecessárias, quando do reconhecimento e acatamento da decisão liminar pelo polo passivo da ação, permitindo a estabilização da tutela, possibilita maior amplitude na proteção ambiental exercida judicialmente.

Além disso, a cognição sumária serve ao fim de desprender o Judiciário das amarras racionalistas da necessidade de cognição exauriente, ensejando uma atuação por meio de um juiz que esteja ideologicamente comprometido com a salvaguarda da natureza. (LUNELLI; MARIN, 2012, p. 16).

A emergência dos riscos ambientais não pode aguardar por uma solução que venha após um longo período de tempo, principalmente em se tratando da já presente institucionalização dos princípios da precaução e prevenção no direito ambiental. Disso decorre a necessária ampliação da tutela do bem da vida que é o bem ambiental, como é o caso do reconhecimento da aplicabilidade da tutela antecipada antecedente e da sua estabilização nos processos coletivos.

No direito ambiental, a precaução se destina a evitar os riscos, e a prevenção é movida em função dos danos, ambas trazendo os contornos da importância do uso das tutelas de urgência em processos coletivos, dispondo, no fundo, de uma tutela jurisdicional que encontra respaldo no dever de fazer ou

não fazer, em decorrência da imposição ao Poder Público e à coletividade de proteção e defesa da natureza, tal como previsto constitucionalmente.

Deste modo, como expressado por Rodrigues (2016, p. 225), a efetividade dos provimentos encontra aproximação da proteção do direito material do ambiente por meio da Constituição Federal, que estabelece a imposição de deveres de fazer e de não fazer, por parte da coletividade e do Poder Público, com o objetivo de alcançar o equilíbrio ecológico. Portanto, não há dúvida de que a utilização das tutelas de urgência encontram utilidade nos princípios da prevenção e precaução, subsistindo, ainda, as características do bem ambiental que, pautado no equilíbrio ecológico, impõe a utilização de técnicas de tutela urgente. (RODRIGUES, 2016, p. 225).

Com isso, a revolução paradigmática, trazida no cenário do processo civil pelo novo Código de Processo Civil, em decorrência da afirmação da cognição sumária, como forma de julgar, desvincilhando a atuação judiciária de uma cognição exauriente, que antigamente foi consolidada como parte de uma proposta racionalista, atua em benefício da tutela jurisdicional do meio ambiente, permitindo-lhe uma diminuição de riscos e danos, por meio dos instrumentos previstos sob a denominação de tutela de urgência.

4 Conclusão

A busca encetada pela modernidade pela verdade real, por meio da exatidão das ciências naturais, levou a uma reconfiguração do processo e um consequente divórcio entre fato e direito. Propunha-se que, resumido a um mero descobridor da vontade da lei, o juiz estivesse tolhido de sua capacidade interpretativa para além da estrita norma positivada.

Em consequência, o processo civil começou a ser visto como mero instrumento apartado do direito propriamente dito, servindo para que o magistrado viesse, por meio dele, a declarar o direito. Isso ocorreria somente após a observação de um ordinário procedimento.

O instituto dos interditos, exercido pelo pretor no Direito romano, foram desvinculados da jurisdição e passaram a não ser vistos como possíveis de serem exercidos pelo magistrado, pois dependiam de um juízo de cognição sumária, impossível para um rito ordinário.

Porém, após a possibilidade de estabilização da tutela antecipada antecedente, com influência da *référé* do Direito francês, tem-se um reconhecimento da cognição sumária e de sua força a embasar uma declaração na tutela jurisdicional.

Assim, a estabilização da tutela antecipada antecedente serve como uma abertura para uma virada paradigmática no processo civil contemporâneo, possibilitando um juízo de cognição sumária capaz de trazer efetividade e celeridade ao processo.

É por meio da compreensão da revolução ocorrida no âmbito da estabilização da tutela antecipada que se depreende a importância da nova questão processual atinente à cognição sumária. O exercício da cognição sumária, como forma de alcançar um justo resultado processual, caminha a favor da proteção e defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, atuando em conjunto com a efetivação dos princípios da precaução e da prevenção, em prol da aplicabilidade na ação civil pública das tutelas de urgência, previstas no Novo Código de Processo.

Referências

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 jul. 2017.
- BRASIL. *Lei 5.869*, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 24 jul. 2017.
- BRASIL. *Lei 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 22 jul. 2017.
- BRASIL. *Lei 13.105/2015*, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 22 jul. 2017.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. Trad. de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.
- CAUBET, Christian Guy. O escopo do risco no mundo real e no mundo jurídico. In: VARELLA, Marcelo Dias. *Governo dos riscos*. Brasília: Rede Latino-Americana-Europeia sobre o Governo dos Riscos, 2005.

FRANÇA. *Code de procédure civil*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

JOBIM, M. F.; POZATTI, F. C. Aspectos procedimentais da tutela de urgência satisfativa requerida em caráter antecedente. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 16, p. 391-415, 2015.

LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN; Jeferson Dytz. Patrimônio cultural e ações coletivas. In: LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson Dytz (Org.). *Ambiente, políticas públicas e jurisdição*. Caxias do Sul: Educs, 2012.

MACEDO, E. H. Tutela provisória no processo coletivo: um diálogo entre o novo código de processo e a lei da ação civil pública. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 13, n. 17, p. 157-183, 2015.

MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. 2. ed. México: FCE, 1989.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e efetividade do direito processual civil: a sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada, em relação ao projeto do novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. *Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos Processos Coletivos em face do risco socialmente intolerável*. Caxias do Sul: Educs, 2014.

Autor: Daniel Bellandi

Título da Dissertação: *Instrumentos jurídicos e econômicos de enfrentamento da degradação ambiental gerada pela prática da obsolescência programada na sociedade de consumo*

Orientador: **Prof. Dr. Sérgio Francisco Carlos Graziano Sobrinho**

Na vida acadêmica, a continuidade aos estudos ocorre, até o presente momento, na publicação de artigos científicos e em breve na publicação em livro de minha dissertação de mestrado. Também é interesse deste autor continuar a pesquisa na mesma linha proposta no Mestrado em Direito da UCS, com aderência na área de Direito Ambiental e Sociedade, explorando, sob outro viés, o tema proposto. Ainda, agregar novos elementos e trabalhar o mesmo em futura tese de doutorado, tudo com vistas ao exercício da docência no Ensino Superior.

O tema ora abordado neste artigo: Dano extrapatrimonial ambiental, instiga este autor a refletir sobre a transindividualidade desta espécie de dano. Por ter vínculo empregatício com instituição financeira, seguidamente o autor confronta-se com empreendimentos financiados pela instituição onde há ocorrência de dano ambiental. A pertinente discussão sobre o ensejo ao dano moral coletivo, gerado pela degradação do meio ambiente, sobretudo pela indivisibilidade dos bens envolvidos e pela tendência à globalização dos danos ambientais, traz consigo uma temática repleta de particularidades e desafios a serem estudados. Alguns destes aspectos estão abordados, ainda que de forma breve, no presente artigo, que não tem a intenção de esgotar o conteúdo atinente a esta matéria, mas de contribuir para a continuidade das pesquisas e reflexões acerca do tema proposto.

Dano extrapatrimonial ambiental: transindividualidade e sua aceitação no direito brasileiro

*Environmental non-patrimonial damage: transindividuality and its acceptance in
brazilian law*

Daniel Bellandi*

Resumo: Este artigo discorre sobre dano extrapatrimonial e a aceitação deste instituto no Direito brasileiro, em especial no tocante ao direito ambiental. Enquanto direito de terceira geração e consagrado como direito fundamental na Constituição Federal de 1988, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado sofre com a lenta adaptação da doutrina e jurisprudência em incorporar o instituto do dano extrapatrimonial ambiental difuso – coletivo – à sua interpretação. O presente trabalho tem como escopo analisar esta aceitação, sob a ótica da transindividualidade, demonstrando ser possível, frente ao ordenamento jurídico brasileiro, a configuração do dano extrapatrimonial à coletividade, em decorrência de lesões ao meio ambiente. Ainda, em breve análise jurisprudencial, demonstrar a evolução dos julgados no tocante ao tema ora proposto.

Palavras-chave: Dano extrapatrimonial. Direito ambiental. Aceitação. Transindividualidade.

Abstract: This article deals with non-patrimonial damage and the acceptance of this institute in Brazilian law, especially with regard to environmental law. While a third generation right and enshrined like a fundamental right in the Federal Constitution of 1988, the right to the ecologically balanced environment suffers from the slow adaptation of doctrine and jurisprudence to incorporate the institute of diffuse and collective environmental damage to its interpretation. The present work has as scope to analyze this acceptance, from the point of view of transindividuality, demonstrating that it is possible in front of the Brazilian legal system to configure the non-patrimonial damage to the collectivity as a result of injuries to the environment. Also, soon, jurisprudential analysis, to demonstrate the evolution of the judges with respect to the subject proposed here.

Keywords: Non-patrimonial damage. Environmental law. Acceptance. Transindividuality.

1 Introdução

O objetivo do presente artigo é trazer à discussão o conceito de dano extrapatrimonial¹ ambiental, bem como inserir este tema em nossa sociedade atual. Inicialmente, trata-se do dano, sua inserção na legislação ambiental e a

* Mestre em Direito pelo programa de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade de Caxias do Sul (UCS) (2014-2016). Graduado em Direito pela UCS (2004). Pós-graduado em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/RIO) (2007). Advogado membro da OAB/RS n. 72.193, atuando na área cível, penal, empresarial e ambiental. Bancário no Banco do Brasil S.A.

¹ Ou moral, como utilizado por alguns doutrinadores. Porém, neste trabalho, defendemos o uso da expressão *dano extrapatrimonial*, menos restritiva, pois não vincula a possibilidade de dano à palavra moral, que pode ter várias significações.

transindividualidade do dano extrapatrimonial ambiental. Em seguida se aborda, em análise de diversas doutrinas, a aceitação desse instituto no direito brasileiro.

Por fim, são juntados alguns julgados de nossos tribunais, que fazem menção ao dano extrapatrimonial ambiental. Em breve abordagem doutrinária e legislativa, este tipo de lesão é diferenciado entre danos materiais e morais (ou extrapatrimoniais), sendo também alvo de estudo a titularidade do meio ambiente, reconhecida pela Constituição Federal brasileira de 1988 como difusa, tornando o dano extrapatrimonial ambiental um dano coletivo, com caráter transindividual.

2 Dano ambiental e reparação

O dano e sua reparação são efeitos da responsabilidade civil. No direito ambiental, a obrigação de reparar ou indenizar os prejuízos causados ao meio ambiente já ocupa a legislação brasileira desde a Lei 6.938/1981 em seu art. 4º, inciso VII:

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.

Esta lei, da Política Nacional do Meio Ambiente, pode ser definida como um dos marcos para o atual tratamento normativo do meio ambiente, principalmente quando faz a transição do modelo antropocêntrico para um novo modelo biocêntrico, colocando como vértice principal a proteção a todas as formas de vida. Édis Milaré, leciona sobre as leis ambientais surgidas a partir dos anos 80:

Não obstante essa imensa gama de diplomas versando sobre itens ambientais, podemos afirmar, sem medo de errar, que somente a partir da década de 1980 é que a legislação sobre a matéria passou a desenvolver-se com maior consistência e celeridade. É que o conjunto das leis até então não se preocupava em proteger o meio ambiente de forma específica e global, dele cuidando de maneira diluída, e mesmo casual, e na exata medida de atender sua exploração pelo homem. (2013, p. 112).

Posteriormente também, o dano ambiental mereceu atenção na Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, § 3º, quando dispõe que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. Rodrigues, em sua obra intitulada *Processo civil ambiental* traz a seguinte colocação sobre a recepção da Lei 6.938/81 pela Carga Magna de 1988:

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a Lei 6.938/81 passou a ter uma relação umbilical com o texto constitucional, especialmente o art. 225, fazendo com que surgisse uma política global do meio ambiente, de modo que a Constituição Federal explicitou os princípios ambientais confeccionados pela Lei 6.938/81. Pode-se dizer, com certeza, que há uma sucessiva e intermitente relação simbiótica entre as normas citadas, e que a Lei 6.938/81 foi recepcionada pelo texto constitucional, merecendo algum reparo em relação às regras de competência legislativa e material sobre o meio ambiente [...]. (2011, p. 25).

Em que pese a legislação ambiental brasileira ter evoluído histórica e significativamente, desde a edição do primeiro Código Florestal em 1934,² foi com o advento da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), recepcionada posteriormente pela Constituição Federal de 1988, que o instituto do dano ambiental foi tratado de maneira ampla e sistematizada.

Com a atual Constituição Federal brasileira de 1988, os danos morais passaram a ter aceitação e previsão expressa, conforme o art. 5º, incisos V e X.³ A reparação pelo dano moral passou a ser considerada cumulada com o dano patrimonial ou independente deste. O termo “moral” empregado na Constituição refere-se, no caso do meio ambiente, ao caráter extrapatrimonial dos danos difusos, encontrando perfeita sintonia com o chamado “dano social”.

² Decreto 23.792 de 1934. Na década de 60, surgiria outro Código Florestal – Lei 4.771/1965 –, revogado em 2012 pela promulgação do Código Florestal em vigor, Lei 12.651/2012.

³ Constituição Federal de 1988, art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Enaltece-se, desta maneira, o caráter supraindividual do dano extrapatrimonial ou, em outras palavras, sua transindividualidade.

Discorridas estas breves linhas sobre o dano e sua reparação, passamos a analisá-los sob a ótica coletiva, e também o meio ambiente, enquanto direito incluído na terceira dimensão e direito fundamental.

3 Transindividualidade do dano extrapatrimonial

A temática dos interesses transindividuais surge, a partir da preocupação com a questão social,⁴ decorrente do surgimento da sociedade de massa, na qual grande parte das relações econômicas e políticas são marcadas pelo desaparecimento da individualidade do ser humano, diante da padronização dos comportamentos e das regras correspondentes.

O direito passa, no período pós-guerras mundiais, a exercer função positiva, acompanhado por um Estado que, além de caráter negativo em face dos direitos e das liberdades individuais, assume postura de promoção de novos direitos, estes quase sempre representados pelas ações sociais. Estas transformações sociais clamam por um modelo de Estado que responda às demandas de direitos de natureza positiva, como direitos econômicos, sociais, culturais (inserindo-se aqui o direito ambiental), em parâmetros de igualdade.

Fensterseifer bem coloca, quando situa esse contexto histórico de transformações culturais, com a preocupação cada vez mais focada na questão ambiental:

Com a degradação e poluição ambiental cada vez mais impactantes sobre a qualidade de vida e o pleno desenvolvimento do ser humano, fragilizando a proteção da dignidade humana, e com a mobilização sociocultural em sua defesa a partir das décadas de 60 e 70, a proteção do ambiente passa a ser reconhecida em sede jurídico-constitucional como um dos valores que compõe o rol dos direitos (humanos) fundamentais. (2008, p. 148).

E no mesmo sentido continua, colocando a questão ambiental como um desafio para o jurista contemporâneo:

⁴ Pode-se entender também – segundo alguns doutrinadores – que surgem com os chamados direitos fundamentais de “segunda geração”, ou direitos sociais.

A questão ambiental é, portanto, um novo enfrentamento histórico a impulsionar novos valores para a seara das relações sociais, formatando, sob o paradigma da transindividualidade, um novo quadro de direitos (e deveres) fundamentais a desafiar o jurista contemporâneo, diante das suas atuais e concretas circunstâncias históricas, culturais e naturais. (2008, p. 148).

No mesmo entendimento, o filósofo italiano Norberto Bobbio pondera brilhantemente:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi, e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos de certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. [...] 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 em um ambiente não poluído. (1992, p. 5).

Em José Joaquim Gomes Canotilho, encontramos esta separação entre as gerações dos direitos, e o posicionamento dos direitos de terceira geração, dentre os quais se situa o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, consagrado através da Constituição Federal brasileira de 1988:

A partir da década de 60 começou a desenhar-se uma nova categoria de direitos humanos vulgarmente chamados direitos da terceira geração. Nesta perspectiva, os direitos do homem reconduzir-se-iam a três categorias fundamentais: os direitos de liberdade, os direitos de prestação (igualdade) e os direitos de solidariedade. (2002, p. 474).

Com esta demanda da sociedade, em que os direitos transindividuais se tornam iminentes, surge o Estado Democrático de Direito. A Constituição de 1988 trouxe, já em sua abertura, esta nova ordem jurídica: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]. Sobre o mesmo tema, valemo-nos aqui das considerações de Lenio Streck, quando afirma em sua obra:

A constituição instituidora do Estado Democrático de Direito apresenta, a partir de uma revolução copernicana do direito constitucional, a determinação da realização substantiva dos direitos sociais, de cidadania e aqueles relacionados diretamente à terceira dimensão de direitos. Para tanto, o Direito assume uma nova feição: a de transformação das estruturas da sociedade. (2002, p. 86).

É necessária singela delineação histórica dos direitos fundamentais e da transindividualidade intrínseca à terceira geração destes direitos. O conflito ambiental apresenta-se na forma coletiva, em razão, sobretudo da indivisibilidade dos bens envolvidos e da grande dispersão dos riscos e danos em matéria de meio ambiente. Ou seja, ocorre a transição da individualidade para a coletividade, da esfera individual para a coletiva, enquanto visa à coletividade como titular do bem-maior defendido nas demandas ambientais – o meio ambiente.

As ações humanas (quer individuais, quer coletivas) degradantes ao meio ambiente não possuem consequências restritas, e seus efeitos não respeitam limites espaciais ou mesmo temporais. A degradação ambiental realizada hoje pode não representar um dano atual, mas o seu efeito para as gerações futuras é muitas vezes irreversível e desconhecedor de fronteiras, podendo causar danos em locais por vezes longínquos daquele em que se desenvolveu a ação degradante. Atinge a mais variada gama de pessoas. Em obra de Ulrich Beck encontramos colocação neste sentido, quando dispõe o autor sobre o que chamou de “globalização dos riscos civilizacionais”:

Isto fica ainda mais claro se tivermos em conta o feitio peculiar, o padrão distributivo específico dos riscos da modernização: *eles possuem uma tendência imanente à globalização*. A produção industrial é acompanhada por um universalismo das ameaças, independente dos lugares onde são produzidas: cadeias alimentares interligam cada um a praticamente todos os demais na face da terra. (2011, p. 43).

É nesta mesma linha, sobre o aspecto transfronteiriço do dano ambiental, que Marcelo Abella Rodrigues coloca:

É importante observar que, em razão da alta capacidade de absorção e contenção da poluição, os danos ocasionados ao meio ambiente não se apresentam de forma imediata. Às vezes, serão necessários anos até que se possa perceber o dano ambiental. Assim, seja por causa dos fenômenos temporais ou espaciais, o dano ambiental muitas vezes só é percebido fora

do tempo e do local em que foi gerado. Além de indivisível pela sua própria natureza, o bem ambiental é também *ubíquo*. A ubiquidade significa que o bem ambiental não encontra fronteiras espaciais e territoriais. Em razão da interligação química, física e biológica dos bens ambientais, não é possível ao ser humano estabelecer limites ou paredes que isolem os fatores ambientais. Ora, quem nunca ouviu dizer que a poluição é transfronteiriça? Isso decorre da ubiquidade do bem ambiental, da sua onipresença. (2011, p. 227).

Em outras palavras, e em análise afeta ao meio ambiente sustentável, Paulo Affonso Lemes Machado aponta:

O meio ambiente é um bem coletivo de desfrute individual e geral ao mesmo tempo. O direito ao meio ambiente é de cada pessoa, mas não só dela, sendo ao mesmo tempo “transindividual”. Por isso, o direito ao meio ambiente entra na categoria de interesse difuso, não se esgotando numa só pessoa, mas se espalhando para uma coletividade indeterminada. Enquadra-se o direito ao meio ambiente na “problemática dos novos direitos, sobretudo a sua característica de “direito de maior dimensão” que contém seja uma dimensão subjetiva como coletiva, que tem relação com um conjunto de atividades [...]. (2013, p. 127).

O dano extrapatrimonial coletivo-ambiental já é assunto bastante discutido, seja na doutrina, seja na jurisprudência,⁵ e sobretudo frente à tendência de constitucionalização do direito em geral. O surgimento dos interesses e direitos transindividuais aponta para novos horizontes jurídicos, e a consolidação destes passa pela aceitação em nossos tribunais do instituto do dano extrapatrimonial coletivo-ambiental. No que concerne ao dano extrapatrimonial, aos interesses coletivos e difuso-ambientais, configuram-se

⁵ Recente julgado do STJ sobre dano extrapatrimonial coletivo – RECURSO ESPECIAL Nº 1.367.923 – RJ (2011/0086453-6) ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. CONDENAÇÃO A DANO EXTRAPATRIMONIAL OU DANO MORAL COLETIVO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO NATURA*.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.
2. A Segunda Turma recentemente pronunciou-se no sentido de que, ainda que de forma reflexa, a degradação ao meio ambiente dá ensejo ao dano moral coletivo.
3. Haveria *contra sensu* jurídico na admissão de resarcimento por lesão a dano moral individual sem que se pudesse dar à coletividade o mesmo tratamento, afinal, se a honra de cada um dos indivíduos deste mesmo grupo é afetada, os danos são passíveis de indenização.
4. As normas ambientais devem atender aos fins sociais a que se destinam, ou seja, é necessária a interpretação e a integração, de acordo com o princípio hermenêutico *in dubio pro natura*. (Grifo nosso).

novos conceitos, sendo resultado da multiplicação de direitos, que se formaram através do fenômeno social. (LEITE, 2014, p. 165).

Não se justifica conceder indenização a prejuízo que atinge somente uma pessoa e, em semelhante situação, negar esta compensação a dano de maior gravidade que atinge toda uma coletividade. Nesse sentido, colacionamos entendimento de Medeiros Neto, quando diz:

A ampliação do dano extrapatrimonial para um conceito não restrito ao mero sofrimento ou à dor pessoal, porém extensivo a toda modificação desvalorosa do espírito coletivo, ou seja, a qualquer ofensa aos valores fundamentais compartilhados pela coletividade e que refletem o alcance da dignidade de seus membros. (2004, p. 178).

Cabe, desta forma, ao direito processual responder ao direito material, como forma de efetivação do direito à tutela jurisdicional efetiva e adequada, sobretudo para salvaguarda jurisdicional, em face de eventual violação dos direitos transindividuais fundamentais. Contudo, a situação do processo civil nesta *era das massas*, em que se reivindica a defesa dos direitos transindividuais é problemática. Afirma Ovídio A. Baptista da Silva que o direito processual civil parou no tempo:

Para ele (o direito processual civil) a história parou no século XIX. Certamente nossos magistrados procuram formar direito, embora o façam dissimuladamente. Daí porque não devemos depositar demasiada esperança na “Reforma do Poder Judiciário”, se não estivermos dispostos a repensar os fundamentos do sistema, superando os ideais do Iluminismo. (2004, p. 318).

Grande parte da legislação processual civil brasileira foi idealizada em um momento histórico diverso do atual, sem a preocupação sobre a existência de litígios em que pudesse figurar uma multiplicidade indeterminada de sujeitos, e em espaço territorial não delimitado. Reside nesta dificuldade a problemática do dano extrapatrimonial-ambiental no Direito brasileiro, estudado em mais detalhes a seguir.

4 Dano extrapatrimonial-ambiental e sua aceitação no direito brasileiro

Toda vez que uma ação humana provocar poluição ou alteração adversa dos elementos constituintes do meio ambiente, com a consequente degradação

do equilíbrio ecológico, haverá a tipificação do dano ambiental. O dano ambiental não é expressamente definido pela legislação brasileira, mas a Lei 6.938/81 estabelece algumas noções gerais sobre degradação ambiental, através do art. 3º, incisos II e III.⁶ Mirra, em sua obra *Ação pública e a reparação do dano ao meio ambiente*, conceitua como dano ambiental:

Toda degradação do meio ambiente, incluindo os aspectos naturais, culturais e artificiais que permitem e condicionam a vida, visto como bem unitário imaterial coletivo e indivisível, e dos bens ambientais e seus elementos corpóreos e incorpóreos específicos que o compõem, caracterizadora da violação do direito difuso e fundamental de todos à sadia qualidade de vida em um ambiente são e ecologicamente equilibrado. (2002, p. 89).

Outra conceituação de dano ambiental é trazida por José Rubens Morato Leite e Ayalan:

Dano ambiental significa, em sua primeira acepção, uma alteração indesejável ao conjunto de elementos chamado meio ambiente, como, por exemplo, a poluição atmosférica; seria, assim, a lesão ao direito fundamental que todos têm de gozar e aproveitar do meio ambiente apropriado. Contudo, em sua segunda conceituação, dano ambiental engloba os efeitos que esta modificação gera na saúde das pessoas e em seus interesses. (2014, p. 98).

No tocante ao dano extrapatrimonial, é possível observá-lo sob dois aspectos: o subjetivo e o objetivo, levando em conta o sujeito lesado. Quando o interesse ambiental atingido – a lesão ambiental – relacionar-se a um interesse individual, provocando sofrimento psíquico, de afeição ou físico à vítima, estaremos diante de um dano extrapatrimonial subjetivo. Configura-se a lesão ambiental subjetiva quando, em consequência desta, a pessoa física venha a sofrer deformidades ou mesmo a falecer, causando sofrimento de ordem direta e interna.

⁶ Lei 6.938/81 – art. 3º – Para os fins previstos nesta lei, entende-se por: II – degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente; III – poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:
a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
c) afetem desfavoravelmente a biota;
d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

O dano extrapatrimonial-ambiental, objetivo, em contrapartida, caracteriza-se pelo prejuízo causado a patrimônio da coletividade, diretamente relacionado à manutenção do equilíbrio ambiental e da qualidade de vida. Ocorre quando o interesse ambiental atingido é o difuso, e os interesses atingidos não repercutem na esfera interna da vítima, mas sim no meio ambiente em que a pessoa vive.

Aqui trazemos exemplificação dada por Vladimir Passos de Freitas, corroborando o entendimento de que o dano extrapatrimonial ambiental pode atingir tanto interesse de ordem subjetiva como objetiva do lesado:

Considere-se o caso de determinado cidadão que, acostumado a pescar nas águas limpas de um rio que passa ao largo de sua cidade, vê-se impossibilitado porque um curtume passou a despejar seus detritos na água sem nenhum tratamento. Tal fato, sem dúvida, atinge o meio ambiente como um todo e origina o dever de reparar o dano e de indenizar a coletividade através de pagamento destinado ao Fundo Nacional do Meio Ambiente (Lei 7.347, de 24.07.1985, art. 13). Todavia, além da lesão genérica, houve outra de caráter específico àquele habitante da comunidade. Se não teve prejuízo patrimonial, certamente sofreu dano espiritual ao ver-se impossibilitado de exercer uma forma de lazer que pode lhe ser essencial ao bem-estar mental. Ele tem legítimo interesse em reivindicar uma reparação específica pelo dano ambiental sofrido. (2002, p. 191-192).

Neste caso, no aspecto objetivo se configura o dano extrapatrimonial ambiental coletivo, com a lesão sofrida pelo meio ambiente e também um dano extrapatrimonial ambiental reflexo (subjetivo), pertinente ao interesse individual atingido. Devido a esta divisão do dano ambiental, observando-se a objetividade ou subjetividade do mesmo, cabe levar em conta que o dano ambiental, por sua vez, constitui uma expressão ambivalente, que designa, certas vezes, alterações nocivas ao meio ambiente e outras, ainda, os efeitos que tal alteração provoca na saúde das pessoas e em seus interesses. (LEITE, 2014, p. 98).

O Código Civil brasileiro vigente, datado de 2002, positiva em seu art. 186 o dano extrapatrimonial: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. A exemplo deste diploma, o ordenamento jurídico brasileiro vem introduzindo dispositivos condizentes com a tendência de

constitucionalização do direito em geral, em especial no que diz respeito à proteção ambiental.

O marco normativo “divisor de águas” quanto à reparabilidade do dano extrapatrimonial é efetivamente a Constituição Federal de 1988. Não somente o instituto do dano extrapatrimonial, mas inclusive a partir da aceitação da defesa do meio ambiente entre os princípios reguladores da atividade econômica, em seu art. 170, VI.⁷ Nas palavras de Tiago Fensterseifer:

Portanto, pode-se dizer que hoje nós nos encontramos diante de uma nova “era” da proteção ambiental no contexto jurídico brasileiro, tendo a Constituição de 1988 incorporado ao seu corpo normativo um capítulo próprio para a tutela do ambiente e, portanto, “constitucionalizado” a proteção ambiental. (2008, p. 159).

Mudanças históricas e legislativas têm levado a doutrina e a jurisprudência a entenderem que, quando são atingidos valores e interesses fundamentais de um grupo, legítimo é conceder a essa coletividade a defesa do seu patrimônio imaterial.

Com o advento da Constituição de 1988, possibilitou-se ultrapassar a barreira do indivíduo para abranger o dano extrapatrimonial à pessoa jurídica e à coletividade. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, elevado à categoria de direito fundamental, deve ter sua proteção estendida não somente à geração presente, mas também para as futuras gerações. Esta titularidade coletiva é o fundamento do dano extrapatrimonial coletivo, categoria na qual se enquadra o dano ambiental ora estudado.

Sabe-se que o bem meio ambiente está ligado a um direito fundamental de todos e se reporta à qualidade de vida que se configura como valor imaterial da coletividade. A lesão a ele impõe importa, além de danos materiais – reparados por meio da recomposição dos micro bens ambientais danificados ou destruídos – danos extrapatrimoniais, os quais são caracterizados pela violação a direito

⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

cuja integridade é de interesse comum e indispensável ao respeito à dignidade humana. (LEITE et al., 2010, p. 212).

Em artigo denominado “O dano ambiental coletivo e a lesão individual”, o renomado jurista Vladimir Passos de Freitas discorre sobre as ações coletivas ambientais no Brasil.

O sucesso da opção brasileira pelas ações coletivas é inegável. Milhares de pedidos foram e são propostos em todo o território nacional. O Brasil é um dos países em que a efetividade das normas ambientais é uma realidade. Saímos há muito tempo da fase dos emocionados discursos para a da imposição de sanções aos infratores. Contamos com precedentes judiciais em todas as áreas do direito ambiental e conquistamos o respeito de outros países em razão de nossa conduta. (2004, p. 28).

Em nosso País, a reparação do dano ambiental opera primeiramente pelo resarcimento à sociedade, ao coletivo. Com a adoção da responsabilidade objetiva do infrator e legitimidade ao Ministério Público, para ingressar em juízo (Lei 6.938/81), medidas estas complementadas por uma específica ação civil pública (Lei 7.437/85), estava aberta a via para a defesa do interesse público. (FREITAS, 2004, p. 27).

Este tipo de lesão extrapatrimonial, sobretudo na seara ambiental, vem sendo questionada por alguns doutrinadores e até pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro, em julgados nos quais se revela posicionamento de não ser indenizável o dano moral coletivo, em situações que envolvam ofensas a direitos transindividuais, em especial danos ao meio ambiente. Nesse entendimento, juntamos acórdão que deu origem ao Recurso Especial 298.281/MG:

RESP 598.281/MG, proposto pelo Ministério Público/MG em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais que, muito embora tenha reconhecido a responsabilidade dos recorridos (Município de Uberlândia e Empreendimentos Imobiliários Canaã Ltda) pelos danos ambientais materiais verificados na ocorrência de processo erosivo nos loteamentos do Bairro Jardim Canaã I e II, no Município de Uberlândia, não admitiu a existência de danos morais ambientais decorrentes de lesão à área de preservação ambiental. O acórdão teve a ementa com a seguinte redação:
PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE

(INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

E o posterior entendimento do STJ, em voto do ministro Luiz Fux:

[...]Deveras, os fenômenos, analisados sob o aspecto da repercussão física ao ser humano e aos demais elementos do meio ambiente constituem dano patrimonial ambiental. O dano moral ambiental caracterizar-se-á quando, além dessa repercussão física no patrimônio ambiental, sucede ofensa ao sentimento difuso ou coletivo – v.g.: o dano causado a uma paisagem causa impacto no sentimento da comunidade de determinada região, quer como v.g; a supressão de certas árvores na zona urbana ou localizadas na mata próxima ao perímetro urbano. Conseqüentemente, o reconhecimento do dano moral ambiental não está umbilicalmente ligado à repercussão física no meio ambiente, mas, ao revés, relacionado à transgressão do sentimento coletivo, consubstanciado no sofrimento da comunidade, ou do grupo social, diante de determinada lesão ambiental. Deveras, o dano moral individual difere do dano moral difuso e in re ipsa decorrente do sofrimento e emoção negativas. Destarte, não se pode olvidar que o meio ambiente pertence a todos, porquanto a Carta Magna de 1988 universalizou este direito, erigindo-o como um bem de uso comum do povo. Desta sorte, em se tratando de proteção ao meio ambiente, podem co-existir o dano patrimonial e o dano moral, interpretação que prestigia a real exegese da Constituição em favor de um ambiente sadio e equilibrado. Sob o enfoque infraconstitucional a Lei n. 8.884/94 introduziu uma alteração na LACP, segundo a qual passou a ficar expresso que a ação civil pública objetiva a responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a quaisquer dos valores transindividuais de que cuida a lei. Outrossim, A partir da Constituição de 1988, existem duas esferas de reparação: a patrimonial e a moral, separadamente, ou seja, pode o cidadão responder pelo dano patrimonial causado e também, cumulativamente, pelo dano moral, um independente do outro. *Ex positis , DOU PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL* interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais para condenar os recorridos ao pagamento de dano moral, decorrente da ilicitude da conduta dos réus para com o Meio Ambiente, nos termos em que fixado na sentença.

Utilizou, *in casu*, o egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais o entendimento de incompatibilidade do dano moral com a noção de transindividualidade, julgando ser necessária a noção de dor ou sofrimento, de caráter individual. Decisão reformada em fundamentação que privilegia a “real exegese da Constituição, em favor de um ambiente sadio e equilibrado”, tal como se infere no voto.

Na mesma mão, encontramos julgados como o Recurso Especial 791.653 – RS, no qual a resultado do julgamento se refere à imposição de reparar os danos extrapatrimoniais ambientais difusos ocasionados à coletividade:

PROCESSUAL CIVIL RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REGULAR ANÁLISE E JULGAMENTO DO LITÍGIO PELO TRIBUNAL RECORRIDO. RECONHECIMENTO DE DANO MORAL REGULARMENTE FUNDAMENTADO. 1. Trata-se de recurso especial que tem origem em agravo de instrumento interposto em sede de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul em desfavor de AGIP do Brasil S/A, sob o argumento de poluição sonora causada pela veiculação pública de *jingle* que anuncia produtos por ela comercializados. O acórdão impugnado pelo recurso especial declarou a perda de objeto da ação no que se refere à obrigação de fazer, isto porque lei superveniente à instalação do litígio regulou e solucionou a prática que se procurava coibir. O arresto pronunciado pelo Tribunal a quo, de outro vértice, reconheceu caracterizado o dano moral causado pela empresa agravante – em razão da poluição sonora ensejadora de dano ambiental – e a decorrente obrigação de reparação dos prejuízos causados à população. Daí, então, a interposição do recurso especial que ora se aprecia, no qual se alega, em resumo, ter havido violação do art. 535 do Código de Processo Civil. 2. Todavia, constata-se que o acórdão recorrido considerou todos os aspectos de relevância para o julgamento do litígio, manifestando-se de forma precisa e objetiva sobre as questões essenciais à solução da causa. Realmente, informam os autos que, a partir dos elementos probatórios trazidos a exame, inclusive laudos periciais, a Corte a quo entendeu estar sobejamente caracterizada a ação danosa ao meio ambiente perpetrada pela recorrente, sob a forma de poluição sonora, na medida em que os decibéis utilizados na atividade publicitária foram, comprovadamente, excessivos. Por essa razão, como antes registrado, foi estabelecida a obrigação de a empresa postulante reparar o prejuízo provocado à população. 3. A regular prestação da jurisdição, pelo julgador, não exige que todo e qualquer tema indicado pelas partes seja particularizadamente analisado, sendo suficiente a consideração das questões de relevo e essencialidade para o desate da controvérsia. Na espécie, atendeu-se com exatidão a esse desiderato. 4. Recurso especial conhecido e não-providio. (Grifo nosso).

Cabe aqui notar o avanço que se observa no debate da questão. Esta emblemática decisão demonstra que tanto o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul quanto o Superior Tribunal de Justiça entenderam ser possível neste processo a caracterização e consequente responsabilização por dano extrapatrimonial ambiental coletivo, inserindo-se efetivamente a coletividade como sujeito passivo desta espécie de dano.

Independentemente das contrariedades da jurisprudência aqui demonstradas, ressaltamos que o meio ambiente ecologicamente equilibrado e a qualidade de vida são direitos das presentes e futuras gerações. A diminuição do bem-estar da coletividade e a ameaça a este bem protegido constitucionalmente devem ocupar as esteiras de nossas produções jurídicas, privilegiando-se sempre a reparação integral dos danos ambientais causados, sejam eles patrimoniais, sejam extrapatrimoniais.

5 Conclusão

Da análise do art. 225 da Constituição Federal, pode-se extrair que a titularidade do meio ambiente é difusa. Todavia, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é conferido a cada um, ressaltando-se a conotação da garantia individual. O dano ambiental, enquanto amparado pela proteção constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado será sempre um dano coletivo, de caráter transindividual.

Tendo como características a sua indivisibilidade e indeterminabilidade, não se esgotando em uma só pessoa, o meio ambiente sadio entra na categoria de interesse difuso. Espalha-se para toda uma coletividade indeterminada. Fato notório é que o meio ambiente ostenta o *status* de direito fundamental para a humanidade, o que por si só impede qualquer interpretação que venha a restringir o seu alcance, não é plausível o reconhecimento do dano extrapatrimonial ambiental coletivo.

Certo é que um indivíduo pode ser resarcido por um dano moral, não havendo razão lógica, tampouco coerente, para que a coletividade não possa igualmente também o ser, principalmente porque estaria se admitindo um dano sem obrigação de reparação.

A título de conclusões, ainda, é possível afirmar que o dano extrapatrimonial coletivo não se confunde com o individual (subjetivo e objetivo), e, em se tratando de proteção ao meio ambiente, podem coexistir o dano patrimonial e o dano moral (extrapatrimonial). A exigência da vinculação obrigatória à noção de dor, sofrimento ou qualquer afetação à integridade psíquica da pessoa para a configuração do dano extrapatrimonial, é imprópria.

O dano extrapatrimonial ambiental está, aos poucos, sendo incorporado à doutrina e jurisprudências brasileiras. Há, sobretudo, um longo caminho a se percorrer para que este tenha efetiva salvaguarda pelo processo civil, permitindo-se que a coletividade possa ser devidamente compensada sempre que afetada no seu direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O sentimento da coletividade, referente às lesões ambientais, relaciona-se à perda da qualidade de vida e do equilíbrio do meio ambiente, não se referindo somente à saúde, mas a tudo que envolve o meio ambiente saudável e sua possível privação advinda de evento danoso.

Os avanços demonstrados pela jurisprudência brasileira devem servir de balizadores para que sejam amenizados os prejuízos causados à coletividade, seja no aspecto material, seja no aspecto extrapatrimonial (moral), servindo o já rico ordenamento pátrio como desestimulador às condutas danosas ao meio ambiente. Porém, a defesa dos direitos transindividuais, tão aclamada pela sociedade nesta “era das massas”, ainda carece de elementos que a torne efetiva.

Referências

- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição federal e a efetividade das normas ambientais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.
- _____. O dano ambiental coletivo e a lesão individual. *Revista de Direito Ambiental*, n. 35, p. 26-38, jul./set. 2004.
- LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti; FROZIN, Rodrigo Augusto Matwijkow. O dano extrapatrimonial ambiental e o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. *Revista NEJ Eletrônica*, v. 15, n. 2, p. 212-228, maio/ago. 2010. Disponível em: <<http://www.univali.br/periodicos>>. Acesso em: 2 jul. 2014.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. 6. ed. São Paulo: RT, 2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. São Paulo: LTR, 2004.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. São Paulo: RT, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Especial 598.281 / MG*. Relator: Min. Luiz Fux. Julg.: 02/05/2006. Órgão julgador: T1 – PRIMEIRA TURMA. Publicação DJ 01-06-2006 P.147. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200301786299&dt_publicacao=01/06/2006>. Acesso em: 2 jul. 2014.

_____. *Recurso Especial 791.653 / RS*. Relator: Min. José Delgado. Julg.: 06/02/2007. Órgão julgador: T1 – PRIMEIRA TURMA. Publicação DJ 15-02-2007 P.218. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200501799351&dt_publicacao=15/02/2007>. Acesso em: 2 jul. 2014.

Autora: Daniela Vasconcellos Gomes

Título da Dissertação: *A importância do exercício da cidadania na efetivação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*

Orientador: **Prof. Dr. Agostinho Oli Koppe Pereira**

Autor: Mathias Felipe Gewehr

Título da Dissertação *A responsabilidade civil no direito ambiental: subsídios para a responsabilização pós-consumo dos fabricantes de embalagens*

Orientador: **Prof. Dr. Agostinho Oli Koppe Pereira**

Sempre tivemos afinidade com os direitos difusos, especialmente aqueles relacionados à proteção do meio ambiente e dos consumidores, tendo mantido vínculo com a área de direito ambiental e sociedade, tanto na carreira profissional quanto na acadêmica, bem como no exercício da advocacia e na docência em diversas instituições de ensino, e nos diversos artigos e capítulos de livros publicados em nível nacional. Nessa trajetória acadêmica, relacionada aos estudos realizados, no Programa de Mestrado em Direito da UCS, destacamos apresentação de tese desse pesquisador Mathias no Congresso Planeta Verde, maior evento brasileiro na área de direito ambiental. Houve seleção de textos desta pesquisadora, Daniela para compor a coletânea *Coleção Doutrinas Essenciais RT*, organizada por Édis Milaré e Paulo Affonso Leme Machado, entre outras participações em eventos e publicações científicas.

Este texto é resultado da continuidade de nossas pesquisas, que são uma constante em nossa vida profissional, de forma a mantermo-nos ativos academicamente e atualizados com os direitos sociais e difusos, objeto principal de nossa atuação na advocacia.

Panorama da proteção jurídica do meio ambiente nos diferentes níveis: a realidade no Brasil e na América Latina

Panorama de la protección jurídica del medio ambiente en diferentes niveles: la realidad en Brasil y América Latina

Daniela Vasconcellos Gomes^{*}
Mathias Felipe Gewehr^{**}

Resumo: O direito ao meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado é reconhecido atualmente como essencial à vida das presentes e futuras gerações. No entanto, apesar da crescente preocupação com a questão ambiental, a efetiva proteção do meio ambiente ainda não é uma realidade. Nesse sentido, o presente trabalho tem por objetivo analisar a proteção do meio ambiente em diversos níveis, especialmente no Brasil e na América Latina. Para isso, foram analisados aspectos relacionados à tutela internacional do meio ambiente, à disciplina do meio ambiente na América Latina e a proteção constitucional do meio ambiente no Brasil. Os resultados permitem concluir que, apesar de ter avançado muito nas últimas décadas, a proteção jurídica do meio ambiente ainda requer atenção em âmbito local, regional e internacional, não apenas em seu aspecto normativo, mas especialmente em sua efetiva aplicação.

Palavras-chave: meio ambiente. Direito internacional. América Latina. Brasil.

Resumen: El derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado actualmente es reconocido como esencial para la vida de las generaciones presentes y futuras. Sin embargo, a pesar de la creciente preocupación con las cuestiones del medio ambiente, la protección efectiva del medio ambiente aún no es una realidad. En este sentido, este trabajo tiene por objetivo analizar la protección del medio ambiente a diversos niveles, sobre todo en Brasil y América Latina. Para ello, hemos analizado aspectos internacionales relacionados con la protección del medio ambiente, a la disciplina del medio ambiente en América Latina y la protección constitucional del medio ambiente en Brasil. Los resultados muestran que, a pesar de avances significativos en las últimas décadas, la protección jurídica del medio ambiente aún requiere atención en ámbito local, regional e internacional, no sólo en su aspecto normativo, pero sobre todo para su aplicación efectiva.

Palabras clave: medio ambiente. Derecho internacional. América Latina. Brasil.

1 Introdução

A tutela do meio ambiente é relativamente recente, mas teve grande crescimento quantitativo e qualitativo nas últimas décadas. Atualmente, o

* Mestre em Direito (UCS). Especialista em Direito Civil Contemporâneo (UCS). Bacharel em Direito (UCS). Advogada (OAB/RS 58.090) e professora universitária (ESMAL, IDC, UCS, FSG, CESF, La Salle). Autora de diversos artigos jurídicos. E-mail: daniela@advogadosdosul.adv.br.

** Mestre em Direito (UCS). Especialista em Direito Público Municipal (Unijuí). Bacharel em Direito (Unijuí). Advogado (OAB/RS 54.294) e professor universitário (FSG, CESF). Autor de diversos artigos jurídicos. E-mail: mathias@advogadosdosul.adv.br.

direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado é reconhecido como o direito fundamental essencial à vida das presentes e futuras gerações, sem o qual não é possível desenvolver uma vida digna.

No entanto, apesar da crescente preocupação com a questão ambiental, a efetiva proteção do meio ambiente ainda não é uma realidade. Nesse sentido, o presente trabalho tem por objetivo analisar a proteção normativa do meio ambiente em diversos níveis, especialmente no Brasil e na América Latina. Para tanto, o desenvolvimento deste estudo se divide em três partes.

A primeira parte faz delineamentos da tutela internacional do meio ambiente, abordando desde as primeiras manifestações de preocupação com a questão ambiental, os principais eventos e instrumentos internacionais voltados à proteção do meio ambiente, além dos primeiros ordenamentos jurídicos a reconhecer a necessidade de tutela do meio ambiente, e a necessidade de cooperação entre os Estados, em termos de proteção ambiental transfronteiriça.

A segunda parte trata da proteção constitucional do meio ambiente na América Latina, fazendo um estudo comparado das constituições de países como Uruguai, Argentina, Paraguai, Chile, Colômbia, Bolívia, Peru e Equador, especialmente em relação à forma de proteção e preservação do meio ambiente nesses países.

A terceira parte aborda a tutela constitucional do meio ambiente no Brasil, com a importância do advento da Constituição Federal de 1988, os delineamentos de proteção ambiental anteriores ao Texto Constitucional vigente, o reconhecimento do direito ao meio ambiente como direito fundamental e sua relação com o próprio direito à vida, e o caráter dúplice do meio ambiente, por ser ao mesmo tempo direito e dever fundamental.

A importância deste trabalho, ressalte-se, é a análise da proteção do meio ambiente em diversos níveis, especialmente no Brasil e na América Latina, de forma a estimular a efetiva proteção do meio ambiente, considerando que a questão ambiental não possui limites, devendo ser alvo de ações e iniciativas conjuntas, de modo a garantir a qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

2 Delineamentos da tutela internacional do meio ambiente

O direito ao meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado possui previsão normativa ampla e destacada dentro do cenário global atual, mas a tutela do meio ambiente é relativamente recente, já que “as primeiras referências normativas relevantes à proteção ambiental no contexto internacional na modernidade começaram a aparecer a partir do século XIX”. (CÂMARA, 2012, p. 17).

Mas foi no século XX, com o crescente processo de industrialização e a decorrente intensificação da degradação ambiental, que a proteção ao meio ambiente tornou-se uma necessidade em nível mundial. Conforme Sirvinskas (2005, p. 365), “como essa degradação não possui fronteiras devidamente delimitadas, resolveu-se criar, na esfera internacional, documentos com a finalidade de se combater a poluição transfronteiriça”.

Conforme Silva:

Na realidade, o aspecto essencialmente “transfronteiriço” do direito ambiental internacional deve ser apreendido em um contexto global de preservação e conservação do conjunto dos recursos ambientais do planeta, já que os danos transfronteiriços constituem somente uma parte da problemática e a proteção ambiental envolve uma complexidade de relações jurídicas em prol da proteção global da biosfera. (2000, p. 98-99).

Assim, a partir da segunda metade do século XX, após a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, começaram a surgir as primeiras normas de proteção internacional ao meio ambiente, como complemento à proteção aos direitos fundamentais, configurando o início do direito internacional ambiental como conhecemos hoje. (PAIVA; OLIVEIRA, 2013).

Nesse contexto, é considerado o grande marco para a formação da tutela internacional do meio ambiente a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, ocorrida em Estocolmo em 1972, que teve por objetivo estabelecer uma agenda internacional de resolução dos diversos problemas ambientais. (SALEME, 2006).

Assim, a tutela ambiental no campo internacional está fundada no Princípio 1 da Declaração de Estocolmo de 1972, que assim estabelece:

Princípio 1 – O homem tem o direito fundamental à liberdade e ao gozo de condições de vida adequadas num meio ambiente de tal qualidade que lhe permita levar uma vida digna e gozar do bem-estar, e tem a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras [...].

Com o advento da Declaração de Estocolmo, o direito ao meio ambiente foi positivado em âmbito internacional, “fato este que certamente lhe conferiu uma maior visibilidade jurídica, possibilitando sua disseminação em outros níveis de organização normativa”. (CÂMARA, 2012, p. 25).

Conforme Biasco,

a partir de la Conferencia de Estocolmo, junto a la preocupación de NNUU por la paz, los derechos humanos y el desarrollo socio económico equitativo, se incorporó la preocupación seguridad ecológica de la tierra; y el derecho de los seres humanos a un medio ambiente sano, pasó a ser la base de los restantes derechos; pues incluye el derecho a un nivel de vida adecuado, a la alimentación, a la vivienda, a la salud y a la educación y otros. (2003, p. 142).

Assim, um significativo avanço foi operado com a realização da Conferência de Estocolmo sobre Meio Ambiente Humano na formação de um novo sistema de tutela ambiental mundial, já que a variável ambiental passou a ser considerada em todas as atividades empreendidas, e a preocupação com o meio ambiente tornou urgente o surgimento de uma legislação protetiva do ambiente, para oferecer meios de diminuir os danos causados pelo homem à natureza.

Nesse aspecto, ressalta Saleme:

Muito avançou-se com a realização da Conferência de Estocolmo para o surgimento de um novo jus, preocupado com a manutenção da vida no planeta e outros aspectos de relevante importância relegados, até então, a segundo plano, sob o ponto de vista governamental. Sua principal função seria criar mecanismos do direito positivo ou não, que possam auxiliar os Estados na defesa do meio ambiente, bem como outros que auxiliem nações prejudicadas por atos de infração ambiental cometidas por seus vizinhos. (2006, p. 26).

Ainda que não exista até o momento um tratado mundial reconhecendo a existência de um direito ambiental global, inúmeros são os registros contemporâneos que denotam uma preocupação mundial com o meio

ambiente.¹ Nesse sentido podem ser citadas as declarações de Estocolmo de 1972, a RIO 92 e a Agenda 21 brasileira, assim como o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988. (SILVA, 2010).

No período compreendido entre a Conferência de Estocolmo de 1972 e a Conferência do Rio de Janeiro de 1992 houve ainda a elaboração do Relatório Nosso Futuro Comum, de 1987, pela Comissão Brundtland, que reconheceu a responsabilidade do atual modelo econômico de desenvolvimento pela degradação ambiental existente no Planeta e apresentou pela primeira vez a ideia de “desenvolvimento sustentável”, essencial para a proteção do meio ambiente. (DIZ; SILVA, 2012).

Além da proteção transfronteiriça conferida ao meio ambiente, por diferentes instrumentos internacionais, os ordenamentos jurídicos de diversos Estados começaram a reconhecer a necessidade de sua proteção, especialmente após a realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente de 1972, quando vários países incluíram o meio ambiente sadio no rol dos direitos humanos fundamentais; atualmente, mais de cem constituições contemplam dispositivos à natureza. (MAZZUOLI; TEIXEIRA, 2013).

A Constituição da Iugoslávia de 1974 estabelece, em seu art. 192: “O homem tem direito a um meio ambiente sadio. A comunidade social assegura as condições necessárias ao exercício deste direito”. (MILARÉ, 2005; FERREIRA FILHO, 2000).

Na Grécia, o art. 24 da Constituição de 1975 dispõe: “A proteção do meio ambiente natural e cultural constitui uma obrigação do Estado. O Estado deve

¹ Conforme Sirvinskas (2005, p. 367), “há inúmeros tratados, convenções, declarações, protocolos, diretrizes, recomendações, regras e princípios internacionais na esfera do meio ambiente. Pode-se citar, por exemplo: a) Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente humano realizada em Estocolmo (1972); b) Conferência das Nações Unidas sobre o ambiente e o desenvolvimento ou Cúpula da Terra realizada no Rio de Janeiro – ECO-92 (1992); c) Convenção sobre a Mudança do Clima (1992); d) Convenção da Pesca (1958); e) Convenção sobre o Direito do Mar (1982); f) Convenção sobre Diversidade Biológica (1992); g) Diretrizes de Montreal para a Proteção do Meio Ambiente Marinho de Fontes Provenientes da Terra; h) Estratégia Global de Abrigo para todos até no Ano 2000; i) Protocolo de Montreal sobre a Camada de Ozônio e os CFCs; j) Protocolo de Kioto; l) Código de Práticas para o Movimento Internacional Transfronteiriço de Lixo Radioativo da Agência Internacional de Energia Atômica; m) outros documentos sobre Educação Ambiental da UNESCO; n) Cúpula Mundial sobre desenvolvimento sustentável ou Cúpula da Terra realizada em Johanesburgo – RIO+10 (2002) etc.”

tomar medidas especiais, preventivas ou repressivas, no propósito de sua conservação". (FERREIRA FILHO, 2000; MILARÉ, 2005).

Na Península Ibérica, o art. 66 da Constituição portuguesa de 1976 prevê: "Todos têm direito a um ambiente de vida humana, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender" (FERREIRA FILHO, 2000). Na Espanha, o art. 45 da Constituição de 1978 estabelece que "todos têm o direito de desfrutar de um meio ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa, assim como o dever de conservá-lo". (MEDEIROS, 2004).

Na Polônia, o art. 12.2 da Constituição de 1976 garante a "proteção e preservação racional do meio ambiente, que constitui um bem nacional", e no art. 71 reconhece a todos os cidadãos "o direito de aproveitar os valores do meio ambiente e o dever de defende-lo". (ROCCA, 2003).

Além desses, países como Argélia (1976) e China (1978) também incluíram em seus textos constitucionais referências à proteção do ambiente. (MILARÉ, 2005). Na América Latina, diversos países inseriram o meio ambiente no âmbito de sua tutela, antes da Constituição brasileira de 1988: Equador e Peru, em 1979; Chile e Guiana, em 1980; Honduras, em 1982; Guatemala, em 1985; Haiti e Nicarágua, em 1987. (MACHADO, 2003).

Conforme Silva,

o ambientalismo passou a ser tema de elevada importância nas Constituições mais recentes. Entra nelas deliberadamente como direito fundamental da pessoa humana, não como simples aspecto da atribuição de órgãos ou de entidades públicas, como ocorria em Constituições mais antigas. (2000, p. 43).

Foi a partir da criação, portanto, de conceitos transfronteiriços e da específica tutela ambiental local, que se criou uma cultura de proteção global do meio ambiente natural, possibilitando a ligação entre os diversos sistemas jurídicos, para buscar-se um modelo de proteção universal do direito ao meio ambiente sadio e pleno, atribuindo-se o *status* de direito fundamental do ser humano.

Nesse processo de criação de uma tutela internacional do meio ambiente, verifica-se a importância de serem estabelecidas áreas internacionais comuns a todos os países do globo, sobretudo para dar-se a adequada e necessária

proteção que estas reclamam, tais como as denominadas “áreas comuns”,² o “patrimônio comum da humanidade”³ e as “preocupações comuns”, pois são desafios ambientais que exigem uma ação comum. (SILVA, 2010).

Conforme Silva,

Se, em relação às preocupações comuns, a ação coletiva é fundamental, já que é impossível, por exemplo, combater os efeitos da mudança do clima sem que os Estados cooperem, em matéria de áreas comuns ou patrimônio comum da humanidade, a cooperação é necessária porque trata-se de áreas e recursos além da jurisdição estatal. (2010, p. 99).

De modo que conceitos, como “áreas comuns”, “patrimônio comum da humanidade” e “preocupações comuns”, são essenciais à compreensão da necessidade de uma tutela global do meio ambiente e sua eficaz proteção, demonstrando a importância que assumem quanto à cooperação e à solidariedade em termos de proteção ambiental além-fronteiras.

A obrigação recíproca entre os Estados é uma necessidade que emerge, a partir da instituição destes conceitos, sobretudo como forma de garantir uma mobilização e uma inter-relação entre os povos, com o objetivo comum de proteger o meio ambiente e de mantê-lo saudável e acessível para as presentes e futuras gerações mundiais.

Esse novo sistema, criado a partir de Estocolmo, e que serviu de suporte para que inúmeras legislações locais e internacionais fossem criadas com a intenção de tutelar o ambiente natural, fez com que surgisse uma nova dinâmica no âmbito do direito internacional, com a criação de um sistema mais aberto e menos positivado, denominado *soft law*, constituído por “normas sem caráter

² Segundo Silva (2010, p. 99), “áreas comuns, localizadas além dos limites da jurisdição nacional, quer dizer, em zonas situadas fora de toda jurisdição nacional e não sujeitas à apropriação pelos Estados, englobam o alto-mar, a Antártica ou Antártida, o espaço exterior. A qualificação ‘comuns’ enseja o livre acesso e o direito de exploração de seus recursos, exceto quando há uma regulação sobre o acesso a esses recursos. Além do dever de cooperar e do intercâmbio de informações, aplica-se a obrigação de não causar danos nesses espaços e a seus recursos”.

³ Quanto ao conceito de patrimônio comum da humanidade, “seu conteúdo ambiental surgiu com a adoção da Convenção da UNESCO sobre a proteção do patrimônio mundial, cultural e natural que afirmou que são considerados como patrimônio natural: “– os monumentos naturais constituídos por formações físicas e biológicas ou por conjuntos de formações de valor universal excepcional do ponto de vista estético ou científico; – as formações geológicas e fisiográficas, e as zonas estreitamente delimitadas detentoras de valor universal excepcional do ponto de vista da ciência, da conservação ou da beleza natural” (art. 2º). (SILVA, 2010, p. 100-101).

obrigatório mas que facilitam a construção de consensos e podem servir de diretrizes para ação por reconhecerem valores que a sociedade internacional pretende proteger". (MOURA, 2012, p. 385).

Atualmente, o meio ambiente é protegido internacionalmente por diversos tratados, declarações, convenções, protocolos, diretrizes, regras e princípios que buscam a cooperação internacional, porque os problemas ambientais não possuem fronteiras, e necessitam de ações e iniciativas conjuntas para o seu enfrentamento. (SIRVINSKAS, 2005).

Nesse sentido, a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento já alertava há quase três décadas:

Nenhum país pode desenvolver-se isoladamente. Por isso a busca do desenvolvimento sustentável requer um novo rumo para as relações internacionais. O crescimento sustentável a longo prazo exigirá mudanças abrangentes para criar fluxos de comércio, capital e tecnologia mais equitativos e mais adequados aos imperativos do meio ambiente. Os mecanismos de uma cooperação internacional maior, necessária para garantir o desenvolvimento sustentável, variarão de setor para setor e em relação a cada instituição. Mas é fundamental que todas as nações se unam para conseguir o desenvolvimento sustentável. (1991, p. 44).

Assim, pode-se dizer que a tutela internacional do meio ambiente possui três diferentes momentos: o primeiro, compreende o período anterior à Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano, em Estocolmo; o segundo abrange a fase entre 1972 e 1992, após a Conferência de Estocolmo e antes da Conferência do Rio de Janeiro; e o terceiro momento se desenvolve desde a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro, em 1992, até os dias atuais. (CÂMARA, 2012).

3 Panorama da proteção constitucional do meio ambiente na América Latina

Assim como em outros pontos do Planeta, na América Latina somente houve maior interesse na proteção ao meio ambiente, após a Conferência de Estocolmo de 1972, já que, no período que antecedeu o evento, não havia preocupação com a questão ambiental de forma ampla, havendo apenas leis esparsas sobre aspectos específicos acerca dos recursos naturais.

No entanto, a preocupação com o meio ambiente tornou-se cada vez mais presente em diversos documentos legislativos nacionais e internacionais, e não foi diferente com os textos constitucionais dos países da América Latina, os quais contemplam a proteção do meio ambiente em diferentes níveis e alcances de proteção.

Conforme Fraga (2004, p. 203): “En el derecho comparado se han adoptado leyes generales sobre la protección del medio ambiente, aunque con alcance muy diverso, pues no siempre responden a una concepción idéntica a lo que se entiende en nuestra doctrina por una norma de este tipo”.

Na Constituição uruguaia de 1967, a proteção do meio ambiente tem lugar na seção de direitos, deveres e garantias da seguinte forma:

Art. 47. La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La Ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores. (URUGUAY, 2009, p. 7-8).

Em relação ao art. 47 da Constituição uruguaia, Rocca afirma:

A su respecto, cabe afirmar que esa norma constitucional no se configura como una norma programática, no obstante la opinión en contrario de algunos legisladores. La aplicación práctica del precepto no está condicionada en lo más mínimo a la entrada en vigencia de otras normas o al cumplimiento de posteriores operaciones administrativas. Es una norma preceptiva, que manda, ordena o instruye a sus destinatarios – públicos o privados – respecto de la conducta a cumplir en una determinada materia: la protección del medio ambiente, sin indicar medios ni fines. (2003, p. 84).

Assim, o Texto Constitucional uruguai declara a proteção do meio ambiente com interesse geral, sendo bem essencial à própria natureza humana, a que todos os cidadãos têm direito a usufruir. A Constituição não se limita a estabelecer princípios orientadores ou diretrizes a serem seguidas, simplesmente estabelece um direito fundamental. (ROCCA, 2003).

Na Constituição argentina, após a reforma de 1994,⁴ a proteção do meio ambiente está prevista no capítulo segundo, de novos direitos e garantias:

⁴ Conforme Cabanillas (2009, p. 15), “la ley 24.309 de 1993 por la que se declara la necesidad de la reforma parcial de la Constitución Federal de 1853, por medio del art. 3º, letra ‘K’, habilitó el

Art. 41. 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. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

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 y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. [...] (ARGENTINA, 2008, p. 20).

De modo que o Texto Constitucional argentino não se preocupa em proteger qualquer hábitat, mas um ambiente saudável e equilibrado, onde a pessoa possa desenvolver uma qualidade de vida, de acordo com suas necessidades. Não se trata apenas de “viver”, mas de “bem-viver”, como dizia Aristóteles, conceito recuperado pela Conferência de Estocolmo de 1972. (CABANILLAS, 2009).

Igualmente na Constituição paraguaia de 1992, o direito a meio ambiente ecologicamente equilibrado está presente na seção II do capítulo I, dedicada ao meio ambiente:

Art. 7º. Toda persona tiene derecho a habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado. Constituyen objetivos prioritarios de interés social la preservación, la conservación, la recomposición y mejoramiento del ambiente, así como su conciliación con el desarrollo humano integral. Estos propósitos orientarán la legislación y política gubernamental pertinente.

Art. 8º. Las actividades susceptibles de producir alteración ambiental serán reguladas por la ley. Asimismo, esta podrá restringir o prohibir aquellas que califique peligrosas. (ABEL; POLETTI, 2009, p. 266).

Conforme Abel e Poletti,

en lo que al ambiente se refiere, el Paraguay lo incorporó como derecho del hombre recién en la Constitución del 92; pero lo hizo colocándolo en el rango de derechos primordiales para el ser humano. Así fue ubicado en el primer capítulo, el cual fue titulado “De la Vida y Del Ambiente”, con lo que se reconoce el amplio relacionamiento de ambos de nuevos de ambos derechos y se les otorga el mismo nivel de importancia. Varias leyes, decretos y resoluciones protectoras del ambiente han sido sancionados en consecuencia de las previsiones constitucionales. (2009, p. 265).

debate a fin de incluir como artículo nuevo a incorporar en el capítulo segundo a su Primera Parte – denominada tradicionalmente como parte ‘dogmática’ –, una cláusula destinada a la ‘preservación del medio ambiente. De este modo, el legislador no sólo se hizo eco del generalizado interés de la sociedad en favor de la explícita positivización de una norma de dicha naturaleza, sino que adaptó la tendencia prevaleciente tanto en el derecho comparado constitucional internacional, como argentino provincial’.”

De modo que o Texto Constitucional paraguaio reconhece o meio ambiente como um direito fundamental que deve ser garantido por meio da edição de leis e elaboração de políticas públicas protetoras do ambiente, sendo, ao mesmo tempo, direito coletivo que corresponde a toda a sociedade, como também direito de titularidade individual. (ABEL; POLETTI, 2009).

Na Colômbia, a previsão constitucional do direito ao meio ambiente representa o marco inicial de todo o direito ambiental no país, que somente começou a se desenvolver a partir do advento da Constituição de 1991. (GÓMEZ, 2009).

Assim, na Constituição colombiana de 1991, dentro do título que trata dos direitos, das garantias e dos deveres dos cidadãos, a questão ambiental está contemplada no capítulo dos direitos coletivos e do ambiente:

Art. 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.

Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

Art. 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas. (COLOMBIA, 2013).

Conforme Gómez,

En la Constitución de 1991 el medio ambiente aparece como un valor supremo, formando parte de ese nuevo pacto que pretende ser la nueva Constitución. Así lo demuestran los numerosos artículos que hacen referencia al asunto. La inclusión del medio ambiente se encuentra dentro de la misma lógica seguida en el mundo de un nuevo contrato no sólo social sino con la naturaleza. (2009, p. 216).

A Constituição colombiana faz referência ao meio ambiente como direito fundamental, princípio orientador do Estado e também como paradigma de um novo modelo de desenvolvimento, além de outras referências ao meio ambiente como condicionante da economia, da propriedade e da empresa, como

elemento da política internacional, e como estrutura organizacional do Estado. (GÓMEZ, 2009).

Na Constituição chilena, a questão ambiental está entre os direitos e deveres constitucionais:

Art. 19. *La Constitución asegura a todas las personas: [...]*

8º. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.(CHILE, 2012).

Nesse sentido, a legislação ambiental chilena pode ser considerada um bom exemplo de legislação geral, com sua Lei de Bases do Meio Ambiente, de 9 de março de 1994, a qual estabelece os princípios, a estrutura administrativa; regula instrumentos horizontais de prevenção ambiental, a educação ambiental, a responsabilidade por danos ambientais, entre outras questões relevantes à proteção ambiental. (FRAGA, 2004).

Na Constituição peruana de 1993, o meio ambiente equilibrado está previsto como direito fundamental da pessoa:

Art. 2. *Toda persona tiene derecho: [...]*

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. (PERU, 2013).

Conforme ressalta Santos

el artículo 2, inciso 22, de la Constitución peruana sanciona que “toda persona tiene derecho a [...] gozar de un ambiente adecuado y equilibrado al desarrollo de su vida”, argumento que es ante todo una declaración y a la vez un reconocimiento por el Estado peruano de tan sustancial y fundamental derecho [...].(2009, p. 310).

O Texto Constitucional peruano somente trata do direito de gozar do meio ambiente equilibrado e adequado, mas não trata do dever do Estado e da sociedade de protegê-lo, ainda que a doutrina constitucional moderna determine que não se possa conceber o gozo de direitos fundamentais, sem os correspondentes deveres. (SANTOS, 2009).

A Constituição da Bolívia de 2009 traz o “bem-viver” como princípio da sociedade, e inclui no título dos direitos fundamentais e as garantias ao meio ambiente, como direito de ordem social e econômico:

Art. 8. I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble).

Art. 33. Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente.

Conforme Gutiérrez,

la consecuencia principal de la constitucionalización del medio ambiente en Bolivia, trae consigo la posibilidad de tutela efectiva frente a las acciones u omisiones de instancias públicas, particulares o individuales que vulneren el mencionado “derecho fundamental”, afectando el desarrollo normal y permanente de la persona. (2009, p. 51).

Além disso, a Carta Política boliviana coloca a proteção e defesa do meio ambiente como dever de todo o cidadão boliviano:

- Art. 108. Son deberes de las bolivianas y los bolivianos: [...]
- 15. Proteger y defender los recursos naturales y contribuir a su uso sustentable, para preservar los derechos de las futuras generaciones.
- 16. Proteger y defender un medio ambiente adecuado para el desarrollo de los seres vivos.

Para Gutiérrez (2009), um aspecto que parece ter sido omitido, no Texto Constitucional boliviano, em matéria ambiental, é a questão que um “direito-dever” exige a universalização da gestão ambiental, já que não é suficiente somente a iniciativa do Poder Público, como também a participação ativa e responsável da cidadania, para que possa se efetivar.

A Constituição do Equador de 2008 igualmente reconhece o direito da população de viver em um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, nos seguintes termos:

Art. 14. Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay. Se declara de interés público la preservación del ambiente,

la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados. (MOURA, 2012, p. 397).

No Equador, a primeira previsão constitucional em matéria ambiental ocorreu em 1983, com a reforma da Constituição de 1979, com o reconhecimento e a garantia de um direito ambiental como um direito civil, inerente à pessoa, pelo simples fato de ser de natureza humana. (ECHEVERRÍA, 2009).

Atualmente, o Texto Constitucional equatoriano declara a proteção do meio ambiente de interesse público, estabelecendo o dever estatal de protegê-lo de forma a garantir às pessoas seus direitos de liberdade e de “bem viver”, sendo as maiores inovações do Texto Constitucional a sistematização dos princípios de direito ambiental, a incorporação das normas processuais ambientais, o reconhecimento e a garantia dos direitos da natureza, além da recuperação de espaços degradados. (ECHEVERRÍA, 2009).

Nesse sentido, ressalta Willemann:

O constitucionalismo sul americano, especialmente Equador e Bolívia, estão mudando a visão do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Passaram da percepção antropocêntrica, de que a natureza tem que servir ao homem satisfazendo seus anseios e vontades, e resgataram os princípios dos seus antepassados, respeitando todos os ecossistemas existentes no Planeta. (2013, p. 10).

Para Moura (2012, p. 397), “as Constituições equatoriana e boliviana têm como fundamento o conceito de bem viver (ou viver bem), que foi introduzido na Constituição do Equador notadamente no art. 14”. Assim, alguns países da América Latina, tais como Colômbia, Equador e Bolívia, estão deixando de seguir a tradição constitucional europeia, para configurar sua própria teoria, baseada na cultura dos povos locais. (WILLEMAN, 2013).

Conforme Rocca,

vale decir, pues, que el Derecho Constitucional latinoamericano se ciñó en el punto a los modelos europeos, pero también a los paradigmas – cada vez más abundantes y precisos – sustentados por el Derecho Internacional, en una evidente interacción, de manera que bien puede caracterizarse la influencia de este último como un supuesto particular del fenómeno, más general, de la “internacionalización del Derecho Constitucional”. (2003, p. 80).

Assim, independentemente do modelo constitucional seguido, tanto o modelo tradicional europeu como aquele baseado nas tradições locais – a exemplo de Bolívia e Equador –, percebe-se uma crescente preocupação com a proteção e a preservação do meio ambiente nos países da América Latina. Apesar de algumas diferenças de conteúdo e alcance no trato da questão ambiental, nos diversos textos constitucionais analisados, deve-se salientar que a tutela do meio ambiente sempre está presente, mostrando grande avanço legislativo nas últimas décadas.

4 A tutela constitucional do meio ambiente no Brasil

No Brasil, o meio ambiente somente obteve efetiva proteção constitucional com o advento da Constituição Federal de 1988, já que os textos constitucionais anteriores não contemplavam qualquer preocupação com a questão ambiental – as poucas referências aos elementos naturais existentes estavam limitadas à regulação de atividades de exploração dos recursos naturais. (MEDEIROS, 2004).

Conforme Silva,

as Constituições Brasileiras anteriores à de 1988 nada traziam especificamente sobre a proteção do meio ambiente natural. Das mais recentes, desde 1946, apenas se extraía orientação protecionista do preceito sobre a proteção da saúde e sobre a competência da União para legislar sobre água, florestas, caça e pesca, que possibilitavam a elaboração de leis protetoras como o Código Florestal e os Códigos de Saúde Pública, de Água e de Pesca. (2000, p. 46).

Conforme Medeiros (2004, p. 61), “partimos de um modelo constitucional que nada disciplinava acerca da proteção ambiental até alcançarmos nível de amparo e de conscientização de proteção ao ambiente, regrado pela Constituição vigente”.

Segundo Silva

a Constituição de 1988 foi, portanto, a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental. Pode-se dizer que ela é uma Constituição eminentemente ambientalista. Assumiu o tratamento da matéria em termos amplos e modernos. Traz um capítulo específico sobre o meio ambiente, inserido no título da “Ordem Social” (Capítulo VI do Título VIII). Mas a questão permeia todo o seu texto, correlacionada com os temas fundamentais da ordem constitucional. (2000, p. 46).

No entanto, ainda que a proteção do meio ambiente somente tenha sido contemplada no atual Texto Constitucional, o Brasil já havia ratificado os mais importantes tratados internacionais sobre meio ambiente, “o que veio a se intensificar após a entrada em vigor do atual texto constitucional brasileiro”. (PAIVA; OLIVEIRA, 2013, p. 133).

Além disso, a edição da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81) foi um importante marco na proteção jurídica do meio ambiente no Brasil. Antes de sua criação, havia apenas algumas normas isoladas para a conservação do meio ambiente – mais especificamente de determinados recursos naturais que despertavam interesse econômico. (SIRVINSKAS, 2005, p. 18).

Conforme Laubé:

Se no Texto Constitucional anterior não havia qualquer previsão expressa sobre o tema, no atual, que é estruturado em nove títulos, constata-se que em cinco delas há referência ao meio ambiente, quais sejam: Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais); Título III (Da Organização do Estado); Título IV (Da Organização dos Poderes); Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira); e Título VIII (Da Ordem Social). (2011, p. 1145).

Nesse sentido, deve-se ressaltar que o avanço na Constituição Federal de 1988 em matéria ambiental não é somente quantitativa, por possuir várias referências ao tema, mas em especial em seu aspecto qualitativo, já que mais importante que as diversas menções ao tema, foi a maneira como o assunto foi tratado. (LAUBÉ, 2011).

Dispõe o *caput* do art. 225 da Constituição Federal:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à saída 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.

Conforme Sirvinskas (2005, p. 44), “os vinte e três princípios contidos na Declaração de Estocolmo de 1972 foram, na sua totalidade, encampados pelo art. 225 da CF. Esses princípios tem por escopo dar efetividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a sadia qualidade de vida do homem”.

Assim, ainda que tardia, a proteção constitucional do meio ambiente no Brasil é considerada uma das mais modernas e avançadas, se comparada aos

Textos Constitucionais de outros países, ao “assegurar a vida, o bem mais fundamental da humanidade, por meio de uma natureza equilibrada”. (WILLEMAN, 2013, p. 5).

Conforme Yoshida

a Constituição brasileira ostenta um dos mais completos e avançados sistemas de tutela ambiental composto pelos fundamentais art. 225 e art. 170, inciso VI, as disposições relativas à competência concorrente e comum em matéria ambiental (arts. 24, VI e 23, VI, VII) e demais disposições dispersas pelo texto constitucional. (2009, p. 72).

Na Constituição brasileira vigente, a qualidade do meio ambiente se transforma em um bem juridicamente protegido, que deve ser protegido, recuperado e revitalizado para assegurar o direito fundamental à vida. (SILVA, 2011). O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental diretamente relacionado com o direito à vida das presentes e futuras gerações. A tutela da qualidade do meio ambiente pode ser considerada em razão de seu objeto, que é a vida – especialmente a qualidade de vida –, uma forma de direito fundamental da pessoa humana. (SILVA, 2000).

O meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem juridicamente tutelado pelo art. 225 da Constituição Federal, é um bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida. Assim, a qualidade do meio ambiente está estreitamente relacionada com a qualidade de vida, e com o próprio direito à vida.

Conforme Silva,

O objeto de tutela jurídica não é tanto o meio ambiente considerado nos seus elementos constitutivos. O que o Direito visa a proteger é a *qualidade do meio ambiente* em função da *qualidade de vida*. Pode-se dizer que há dois objetos de tutela, no caso: um *imediato*, que é a qualidade do meio ambiente; e outro *mediato*, que é a saúde, o bem-estar e a segurança da população, que se vem sintetizando na expressão “*qualidade de vida*”. (2000, p. 78).

Conforme Silva (2011, p. 1123), “o fundamento da constitucionalização do direito ao meio ambiente é a própria dignidade da pessoa humana, das gerações presentes e futuras”. Para Medeiros (2004, p. 113), “ao incluir o meio ambiente como um bem jurídico passível de tutela, o constituinte delimitou a existência de

uma nova dimensão do direito fundamental à vida e do próprio princípio da dignidade humana, haja vista ser no meio ambiente o espaço em que se desenvolve a vida humana”.

Para Yoshida (2009, p. 74), “o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, voltado a assegurar a vida e a dignidade da pessoa humana, preservando a saúde, a segurança, o sossego, o bem-estar da coletividade, entre outros bens e valores, sem os quais não se pode falar em vida digna”.

Conforme Silva,

de nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, o meio ambiente equilibrado, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência. Em conclusão, a proteção ao meio ambiente traduz o modo de proteção à vida, à qualidade de vida, à sobrevivência da espécie humana, que é destinatária dos direitos de terceira geração. (2011, p. 949).

Assim, o meio ambiente é identificado como um direito fundamental de terceira geração, pois está relacionado com a qualidade de vida. Nesse sentido, Ferreira Filho (2000, p. 62) afirma: “de todos os direitos da terceira geração, sem dúvida o mais elaborado é o direito ao meio ambiente”.

Mesmo Bobbio (2004, p. 25), que entende que os chamados direitos de terceira geração “constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata”, reconhece que “o mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído”.

Ressalte-se ainda que a qualidade do meio ambiente é um direito difuso, pois pertencente à coletividade. De modo que, sendo direito difuso indispensável à garantia da vida, o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado deve ser tutelado pelo Estado, o qual deve traçar um plano de ações voltado à sua adequada e efetiva proteção.

Entretanto, o fato de a administração do direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado ficar sob a custódia do Poder

Público não elide o dever da sociedade de atuar na conservação e preservação da direito do qual é titular. (SILVA, 2000).

Conforme Yoshida,

A Constituição Federal, ao mesmo tempo que assegurou o direito fundamental de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impôs, de forma obrigatória, a co-responsabilidade do Poder Público e da coletividade de protegê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, dever este fundado na solidariedade e na equidade intergeracionais. [...] É sob esta dupla visão, de previsão simultânea do direito fundamental e respectivo dever de proteção que o art. 225 da constituição brasileira deve ser analisado. (2009, p. 72-73).

De modo que o direito ao meio ambiente deve ser visto não apenas como direito, mas também como dever fundamental, como ressalta Medeiros:

Esse dever fundamental caracteriza-se pela obrigação incumbida ao Estado e a cada um dos indivíduos partícipes de nossa sociedade em manter um ambiente saudável, sadio e equilibrado, seja por intermédio de cuidados básicos para com o meio, seja através de grandes participações populares na luta pela não-destruição do *habitat* natural. [...] Essa situação estabelecida de um dever fundamental de proteção ambiental de terceira dimensão, ancorada em uma base de solidariedade para a sua execução, reflete que, definitivamente, esse é um direito que se funda na solidariedade por exigir a participação de todos, para que esse mesmo todo mantenha a vida. (2004, p. 124-125).

Assim, o cidadão deve passar de mero titular passivo de um direito fundamental para ser titular também de um dever, o de defender e preservar o meio ambiente. Esse dever está contido no *caput* do art. 225 da Constituição Federal e se refere não apenas a determinadas condutas positivas, como também em abstenções na realização das atividades cotidianas. (SILVA, 2011).

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – como direito fundamental que é, ao preservar uma das condições para que se realize o direito à vida – deve ser concretizado em sua plenitude. Sua fundamentação está alicerçada em diferentes e sólidos pontos do ordenamento e, especialmente, da Constituição Federal de 1988. Resta buscar a sua aplicação de maneira plena, de modo a garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, conforme impõe o texto constitucional.

5 Considerações finais

A proteção jurídica do meio ambiente é relativamente recente, não somente no Brasil, como também no direito comparado. Com o crescente processo de industrialização da sociedade contemporânea, a degradação ambiental tornou-se cada vez maior, até se transformar em uma preocupação mundial, especialmente por ser um problema que não possui fronteiras definidas, sendo prejudicial à coletividade.

Assim, a partir da metade do século XX, começaram a surgir as primeiras normas de proteção internacional ao meio ambiente, sendo o grande marco na tutela internacional do ambiente a Conferência de Estocolmo de 1972, na qual foi reconhecido o direito humano a viver em um meio ambiente saudável, passando a variável ambiental a ser considerada em todas as atividades realizadas.

Ainda que não exista até o momento um tratado mundial reconhecendo a existência de um direito ambiental global, centenas são os registros contemporâneos que denotam uma preocupação mundial com o meio ambiente. Além disso, os ordenamentos jurídicos de diversos Estados reconhecem o meio ambiente como direito fundamental, sendo que atualmente mais de cem constituições contemplam dispositivos dessa natureza.

Tal preocupação com o meio ambiente não foi diferente na América Latina, onde diversos países contemplam a proteção do meio ambiente, em diferentes níveis de proteção. Assim, independentemente do modelo constitucional seguido, se o modelo tradicional europeu, ou aquele baseado nas tradições locais, percebe-se uma crescente preocupação com a proteção e a preservação do meio ambiente nos países da América Latina.

No Brasil, o meio ambiente somente obteve proteção constitucional com o advento da Constituição de 1988, e hoje é considerada uma das mais modernas e avançadas do mundo, assegurando não somente a proteção do meio ambiente, mas a qualidade de vida e o próprio direito à vida das presentes e futuras gerações.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental, reconhecido como tal em diversos instrumentos internacionais e nos textos constitucionais da maioria dos países democráticos, devendo ser

concretizado em sua plenitude. No entanto, não basta a sua previsão normativa, é preciso que seja efetivado – o que somente pode ocorrer quando o meio ambiente for considerado não apenas um direito, mas um dever de todos.

Referências

- ABEL, Sheila R.; POLETTI, Alma. El derecho ambiental en Paraguay. In: STEIGLEDER, Annelise Monteiro; LOUBET, Luciano Furtado (Org.). *O direito ambiental na América Latina e a atuação do Ministério Público*. Porto Alegre: Rede Latino-Americana de Ministério Público Ambiental, 2009. p. 265-292. t. I.
- ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina*. 21 ed. Buenos Aires: AZ, 2008.
- BIASCO, Emilio. Ante el primer decenio de la conferencia de Río de Janeiro sobre el medio ambiente y el desarrollo: preparación de la Cumbre Mundial sobre el desarrollo sostenible Johannesburgo 2002. In: CASAUX, Gastón (Coord.). *Derecho ambiental: Cuadernos de la Facultad de Derecho*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, Tercera Serie, n. 9, p. 139-164, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CABANILLAS, Renato Rabbi-Baldi. El derecho ambiental en la República Argentina. In: STEIGLEDER, Annelise Monteiro; LOUBET, Luciano Furtado (Org.). *O direito ambiental na América Latina e a atuação do Ministério Público*. Porto Alegre: Rede Latino-Americana de Ministério Público Ambiental, 2009. p. 15-30. t. I.
- CÂMARA, Ana Stela Vieira Mendes. Um olhar crítico sobre a proteção jurídica do meio ambiente na esfera internacional ou o que esperar da Rio+20. *Revista internacional de direito ambiental*, v. 1, n. 3, p. 13-38, set./dez. 2012.
- CHILE. *Constitución política de la República*. 15. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2012.
- COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Hidalgo, 2013.
- COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso futuro comum*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.
- DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; SILVA, Carla Ribeiro Volpini. O tratamento jurídico dos impactos transfronteiriços pelo direito internacional ambiental. *Revista brasileira de direito ambiental*, v. 8, n. 29, p. 293-326, jan./mar. 2012.
- ECHEVERRÍA, Hugo. El derecho penal ambiental en el Ecuador. In: STEIGLEDER, Annelise Monteiro; LOUBET, Luciano Furtado (Org.). *O direito ambiental na América Latina e a atuação do Ministério Público*. Porto Alegre: Rede Latino-Americana de Ministério Público Ambiental, 2009. p. 397-421. t. I.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

FRAGA, Jesús Jordano. El derecho ambiental del Siglo XXI. *Revista de direito ambiental*, v. 9, n. 36, p. 200-230, out./dez. 2004.

GÓMEZ, Luís Fernando Macías. Derecho ambiental colombiano. In: STEIGLEDER, Annelise Monteiro; LOUBET, Luciano Furtado (Org.). *O direito ambiental na América Latina e a atuação do Ministério Público*. Porto Alegre: Rede Latino-Americana de Ministério Público Ambiental, 2009. p. 214-240. t. I.

GUTIÉRREZ, Diego. El derecho ambiental en Bolivia. In: STEIGLEDER, Annelise Monteiro; LOUBET, Luciano Furtado (Org.). *O direito ambiental na América Latina e a atuação do Ministério Público*. Porto Alegre: Rede Latino-Americana de Ministério Público Ambiental, 2009. p. 51-57. t. I.

LAUBÉ, Vitor Rolf. Perfil constitucional do meio ambiente. In: MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Org.). *Direito ambiental: fundamentos do direito ambiental*. São Paulo: RT, 2011. p. 1143-1157. (Coleção doutrinas essenciais, v. 1).

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 11. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

MAZZUOLI; Valerio de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o *greening* da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 9, n.1, p. 199-241, jun. 2013.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005.

MOURA, Luiza Diamantino. O novo constitucionalismo latinoamericano e o meio ambiente: as possibilidades de proteção face ao direito ambiental internacional. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO; UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE (Org.). *Direito internacional*. Florianópolis: Funjab, 2012, p. 379-406.

PAIVA, João Ricardo Eustáquio Cardoso de; OLIVEIRA, Luciana Machado. Novo direito internacional: alteridade ao meio ambiente. *Revista Internacional de Direito Ambiental*, v. 2, n. 4, p. 127-146, jan./abr. 2013.

PERU. *Constitución política del Perú 1993*. Atual. César Landa Arroyo y Ana Velazco Lozada. 8. 3d. 3. remp. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013.

ROCCA, Elbio López. Derecho constitucional y medio ambiente. In: CASAUX, Gastón (Coord.). *Derecho ambiental: Cuadernos de la Facultad de Derecho*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, Tercera Serie, n. 9, p. 71-90, 2003.

SALEME, Edson Ricardo. A afirmação do direito ambiental internacional. *Revista de direitos difusos*, v. 7, n. 38, p. 21-32, jul./ago. 2006.

SANTOS, Genaro Uribe. Derecho ambiental peruano. In: STEIGLEDER, Annelise Monteiro; LOUBET, Luciano Furtado (Org.). *O direito ambiental na América Latina e a atuação do Ministério Público*. Porto Alegre: Rede Latino-Americana de Ministério Público Ambiental, 2009. p. 310-321. t. I.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Fundamentos constitucionais da proteção do meio ambiente. In: MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Org.). *Direito ambiental: fundamentos do direito ambiental*. São Paulo: RT, 2011. p. 945-953. (Coleção doutrinas essenciais, v. 1).

SILVA, Solange Teles da. Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: avanços e desafios. In: MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Org.). *Direito ambiental: fundamentos do direito ambiental*. São Paulo: RT, 2011. p. 1119-1142. (Coleção doutrinas essenciais, v. 1).

_____. *O direito ambiental internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

URUGUAY. *Constitución uruguaya de 1967*. Atual. Alberto Pérez Pérez. 6. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009.

WILLEMANN, Ana Cristina. O direito fundamental ao meio ambiente no novo constitucionalismo latino-americano: Bolívia e Equador. *AREL FAAR – Amazon's Research and Environmental Law*, Ariquemes, v. 1, n. 3, p. 31-43, 2013.

YOSHIDA, Consuelo Y. Moromizato. A proteção do meio ambiente e dos direitos fundamentais correlatos no sistema constitucional brasileiro. In: STEIGLEDER, Annelise Monteiro; LOUBET, Luciano Furtado (Org.). *O direito ambiental na América Latina e a atuação do Ministério Público*. Porto Alegre: Rede Latino-Americana de Ministério Público Ambiental, 2009. p. 72-122. t. I.

Autor: Fábio Scopel Vanin

Título da Dissertação: *Instrumentos jurídicos de planejamento da ocupação urbana como garantia de um município ambientalmente sustentável*

Orientador: Prof. Dr. Adir Ubaldo Rech

Após a conclusão do mestrado na Universidade de Caxias do Sul, no campo de atuação profissional, exercei as funções de coordenador de Legislação da Secretaria Municipal do Meio Ambiente (2012) e como secretário municipal do Urbanismo (2013-2016), ambos cargos públicos relacionados ao tema que da dissertação. Hoje sou sócio do escritório Vanin Advogados.

No campo acadêmico, atuo desde 2009 como professor. Com a defesa da Dissertação, passei a lecionar no curso de Direito da FSG, ainda no ano de 2013. Desde o ano passado (2016), assumi a função de coordenador de curso. Atualmente sou doutorando em Direito e Políticas Públicas na Unisc, com bolsa do *Lincoln Institute* (Cambridge, MA, EUA). Na tese desenvolvo pesquisa sobre os aspectos jurídicos dos mecanismos de Solo Criado aplicados aos Grandes Projetos Urbanos.

Este texto tem relação com o direito urbanístico, uma das áreas de destaque no Mestrado da UCS, em especial pelos estudos do Prof. Dr. Adir Ubaldo Rech. Nele são apontados os aspectos gerais de uma norma que surge para suprir uma das maiores lacunas no planejamento das cidades, que é a perspectiva regional dos planos. Visto que a lei está em vigor há pouco mais de três anos, percebo que há um vasto espaço para debates e reflexões e avanços dos institutos jurídicos nela previstos.

O estatuto da metrópole: reflexões gerais acerca da normatização¹

El estatuto del metropole: reflexiones generales acerca de la normatización

Fábio Scopel Vanin

Resumo: O artigo tem como objetivo apontar reflexões acerca do Estatuto da Metrópole. Para o alcance deste objetivo é destacado que o Estatuto da Metrópole avança na regulamentação dos temas constitucionais intermunicipais, em especial na regulamentação do art. 25, §3º da CF/1988. Entretanto, não inova em temas ainda pendentes de regulamentação, que tratam dos planos urbanísticos nacional, estaduais e regionais. No segundo capítulo, são apresentados os conceitos de região metropolitana, aglomeração urbana e microrregiões, assim como o significado de interesse comum e sua relação com o interesse local: onde são impostas limitações em temas que são inviáveis a um município isoladamente, ou que gerem impacto às cidades limítrofes. No terceiro tópico são abordadas as peculiaridades do Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado, como um dos principais instrumentos para a garantia do desenvolvimento intermunicipal, com destaque suas características e processos de elaboração e de fiscalização.

Palavras-chave: Política urbana. Estatuto da Metrópole. Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado.

Resumen: El documento tiene como objetivo identificar las reflexiones que el Estatuto de Metrópolis trae la región metropolitana de Serra Gaúcha. Para lograr este objetivo se pone de relieve que el Estatuto de Metrópolis avanza en la regulación de cuestiones interconstitucionales, especialmente en la regulación del art. 25, párrafo 3 de la CF / 1988, sin embargo, no innova en temas regulatorios pendientes, que trata de los planes urbanos nacionales, estatales y regionales. En el segundo capítulo presenta los conceptos de la metropolitana, la aglomeración urbana y micro, así como el sentido del interés común y su relación con los intereses locales: donde se imponen limitaciones sobre temas que no son factibles a un municipio solo o generen impacto ciudades vecinas. En el tercer tema que abordan las peculiaridades del Plan de Desarrollo Urbano Integrado como uno de los principales instrumentos para garantizar, entre el desarrollo, destacando sus características y procedimientos de preparación y revisión.

Palabras-clave: Política Urbana. Estado de Metrópolis. Plan de Desarrollo Urbano Integrado.

1 Introdução

Uma das principais temáticas, que se apresenta como obstáculo ao desenvolvimento urbano no Brasil, tem sido o que o planejamento urbano; quando é pensado, tem sido feito de forma isolada pelos municípios, sem a

¹ O artigo traz parte das ideias trabalhadas no texto “A Região Metropolitana da Serra Gaúcha e o Estatuto da Metrópole: Possíveis Interlocuções”, publicado no periódico *Juris Plenum – Direito Administrativo*, Caxias do Sul, RS, ano II, n. 6, p. 11-34, abr./jun. 2015.

preocupação com seus reflexos perante as cidades limítrofes, e quase com ausência de definições regionais.

Tal afirmação pode parecer não se confirmar, quando confrontada com o total de unidades territoriais existentes no País: aproximadamente 78, abrangendo 1.308 municípios. Em alguns estados, como Santa Catarina e Ceará, quase a totalidade das cidades compõe estas estruturas.

Sendo assim, como explicar que, mesmo possuindo um grande número de unidades territoriais, não há uma cultura de planejamento intermunicipal no Brasil? A resposta é simples: em primeiro lugar, a criação destas unidades visava muito mais atender a demandas políticas do que a uma percepção de que é necessário avançar no planejamento urbano intermunicipal. Em segundo, até a entrada em vigor do Estatuto da Metrópole, não existiam critérios que criassem um direcionamento do que são cada uma destas unidades territoriais: a região metropolitana, a aglomeração urbana e a microrregião.

Desta forma, este artigo trabalha aspectos gerais da Lei 13.089/2015, que instituiu o Estatuto da Metrópole e, para o alcance deste objetivo, destacando sua regulamentação a partir da Constituição Federal, assim como, os conceitos de Região Metropolitana, Aglomeração Urbana e Microrregiões; a relação entre interesse comum e interesse local, para finalmente indicar as peculiaridades do Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado.

2 A Constituição Federal e o Estatuto da Metrópole

Este primeiro tópico objetiva explorar quais normas constitucionais relacionam-se com o Estatuto da Metrópole, visando situar, dentro do sistema constitucional de direito urbanístico, quais temas previstos na Constituição Federal de 1988 foram alcançados pela Lei Federal 13.089/2015 e se ainda há questões relativas às diretrizes gerais para o planejamento urbano, que ficaram em aberto, necessitando a edição de novas normas.

A Constituição Federal é que “encarta as decisões políticas da sociedade” (VICHI, 2007, p. 113). O objetivo da Política Urbana no Brasil, que consta no art. 182, *caput*, da Constituição Federal, é ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos seus habitantes. Será este o

objetivo que orientará qualquer construção normativa ou ação governamental dessa espécie a ser desenvolvida no território nacional.

Segundo Rocha (1999, p. 36), a efetivação da função social da cidade será cumprida quando o direito à cidade puder ser exercido em sua plenitude: “isto inclui o direito a vida com dignidade, a moradia, a alimentação, a saúde, a segurança, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”. Nesse sentido, observado este preceito, estaria garantido o bem-estar dos habitantes. Com igual entendimento, Cammarosano (2006, p. 22) reforça que o objetivo principal da política urbana é garantir que a cidade seja direcionada aos anseios dos seus habitantes: “[...] parece certo que a finalidade mais imediata dos dispositivos constitucionais em questão é viabilizar a democratização das funções sociais da cidade em proveito de seus habitantes, prevendo mecanismos de promoção do adequado aproveitamento do solo urbano”.

O *caput* do art. 182 da Constituição, além de dispor sobre o objetivo orientador de toda a política pública urbanística a ser realizada no Brasil, aponta outras duas questões fundamentais: que o executor dessa política será o Poder Público municipal e que as diretrizes dessa política serão estabelecidas em lei, estando dispostas no art. 2º da Lei 11.257/2001, o Estatuto da Cidade. No total, o Estatuto da Cidade prevê dezesseis diretrizes, que devem ser compreendidas como um caminho a ser percorrido, para que sejam atingidos os objetivos da política urbana. Assim, da mesma forma que na Constituição Federal encontra-se o objetivo da política urbana, no Estatuto da Cidade estão dispostas as diretrizes que deverão ser observadas na sua execução, incluindo-se as questões regradas pelo Estatuto da Metrópole. Segundo Vichi (2007, p. 122), o Estatuto da Cidade “serve como referencial jurídico para a consecução de políticas urbanas, cumprindo um papel fundamental de sistematização e ordenação coordenada das ações políticas” para a cidade.

O Estatuto da Cidade, que prevê em seu art. 4º, I e II, os planos regionais e o planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, como um dos seus instrumentos, é norma de observação obrigatória na aplicação do Estatuto da Metrópole, conforme disposto no seu art. 1º, § 2º.

Retomando o tema central deste tópico, que é relacionar as normas constitucionais com o disposto no Estatuto da Metrópole, cabe destacar que o

caput do art. 1º, a Lei Federal 13.089/2015 destaca expressamente os seguintes dispositivos constitucionais: os incisos XX do art. 21; IX do art. 23 e I do art. 24; o § 3º do art. 25 e o art. 182 da Constituição Federal.

O art. 182 da CF/1998, que é o núcleo das disposições relativas à política urbana no País, já foi trabalhado, visto que traz os objetivos e é completado pelo significado de função social da cidade e pelas diretrizes indicadas no Estatuto da Cidade, que deverão ser observadas na aplicação do Estatuto da Metrópole.

Os demais dispositivos constitucionais citados pela Lei Federal 13.089/2015, referem-se à repartição de competências previstas na Constituição Federal de 1988, sendo que os incisos XX, do art. 21 e o IX do art. 23, assim como o § 3º do art. 25, tratam de competências materiais e o inciso I do art. 24, de uma competência formal.

O art. 21 define as competências na União e, neste ponto, o Estatuto da Metrópole traz no seu texto o inciso XX, que dispõe sobre a responsabilidade do ente federal em “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”.

Uma leitura mais atenta do disposto no art. 21 revela que a norma traz outra competência material da União relativa ao direito urbanístico, mas que não é trabalhada pela Lei Federal 13.089/2015. O inciso IX determina ser responsabilidade da União “elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social”. Autores como Vichi (2007, p. 163)² e Saule Júnior (2007, p. 84),³ ao tratarem da competência material da União, acerca do planejamento urbano integrado, fazem referência aos dois incisos.

Tendo como base a opção de citar o inciso XX e omitir o inciso IX, fica claro que o objetivo do Estatuto da Metrópole é regulamentar, especificamente, questões relacionadas ao planejamento urbano entre as cidades, integrando

² O art. 21 da Constituição Federal estabelece as competências materiais privativas da União. Em seu inciso IX fixa sua competência para elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social. Ainda no mesmo artigo, inciso XX, fica estabelecida a competência material da União para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos.

³ Ao tratar da necessidade de dar eficácia aos dispositivos constitucionais, visando uma federação de cooperação para o desenvolvimento urbano do Brasil, destaca que o art. 21, incisos IX e XX, outorgam à “União a competência para o estabelecimento de diretrizes de desenvolvimento urbano e da elaboração dos planos nacionais e regionais de ordenação do território.”

seus Planos Diretores (através da formação de regiões metropolitanas, aglomerados urbanos e microrregiões) e reforçar o papel da União em estabelecer diretrizes para este fim. A norma não pôs fim na lacuna e não aponta caminhos no cumprimento da responsabilidade do ente federal em elaborar e executar os planos nacionais e regionais de ordenação do território.

Segundo Silva, os planos nacionais têm fundamental importância visto que são a base da disciplina urbanística que “deverá atuar mediante três graus de intervenção fundamentais que, por sucessivas aproximações, determinam a configuração futura dos espaços habitáveis”, sendo organizados da seguinte forma:

(a) como diretrizes e orientação geral e coordenação macrorregional, agirão os planos urbanísticos federais; (b) como programação urbanística e coordenação microrregional, elaborar-se-ão os planos urbanísticos estaduais; (c) como instrumento urbanístico para as realizações concretas, implantar-se-ão os planos urbanísticos municipais. (2010, p. 110).

Nesse contexto, o Estatuto da Metrópole, tem como objetivo aprimorar a funcionalidade dos Planos Diretores, denominados, no contexto apresentado por Silva, como planos urbanísticos municipais, apresentando importantes instrumentos para um planejamento urbano intermunicipal; entretanto, a norma não avança na integração destes mecanismos com os planos federais e estaduais, que continuarão pendentes de regulamentação.

Tal opção fica ainda mais clara no estudo do texto dos regramentos contidos no Capítulo V, Seção I e II, que trata do apoio da União ao desenvolvimento urbano integrado. Primeiro: existiu veto aos artigos relativos ao fundo, o que agrava ainda mais um dos principais problemas relativos ao planejamento urbano dos municípios, que é a falta de recursos públicos para sua execução. Segundo: as normas são vagas sobre a forma como se dará o apoio e determina, preliminarmente, a formação de uma região metropolitana com gestão plena, com base no disposto nos incisos III e VII do seu art. 2º, para que possa, eventualmente, existir algum tipo de auxílio.

Pela redação do art. 14, fica evidente a exigência de uma organização prévia dos entes locais, sem qualquer auxílio da União, exceto, na construção dos planos de desenvolvimento urbanos integrados, na qual a lei admite meramente

uma possibilidade de apoio. A norma define ainda que um regulamento definirá “requisitos adicionais” para apoio da União às governanças interfererativas, o que, em tese, tornará o apoio ainda mais improvável.

Fica claro que, embora o Estatuto da Metrópole tenha avançado em diversos pontos, em especial como regulamentação do art. 25, § 3º, da Constituição Federal de 1988, como será visto ainda neste tópico, a União, ao legislar a matéria, optou claramente dispor com mais profundidade sobre aqueles temas que impõem responsabilidades aos demais entes e, principalmente, aos municípios, e omitiu-se em questões fundamentais de sua responsabilidade, tornando ainda mais instável o quadro institucional da repartição de receitas e competências, no âmbito do desenvolvimento urbano.

Como importante contribuição neste sentido, cabe destacar obra de Saule Júnior (2007) em que é apresentada uma proposta de lei federal que regulamenta o sistema nacional de desenvolvimento urbano. A ideia do autor é abrangente, dispondo sobre os planos nacional e regional, conforme previsto nos art. 21, IX e art. 43 da CF/1988, que é de responsabilidade da União. Sua implementação representaria avanços na política urbana, visto que estruturaria as ações dos Estados, estruturas regionais e municipais.

Verifica-se, em uma análise comparativa, que parte da proposta de norma trazida pelo autor foi recebida no Estatuto da Metrópole, especialmente a que visa regrar a situação dos municípios situados em uma área metropolitana, aglomeração ou microrregião. Em outras palavras: com a Lei Federal 13.089/2015, a União avança na sua função de definir diretrizes para a política urbana, mas não progride nas suas responsabilidades de elaborar e executar planos, assim como em relação à integração e organização das regiões do País.

Outra norma constitucional trazida expressamente pelo Estatuto da Metrópole é o inciso IX, do art. 23, trata-se da competência material comum de todos os entes federativos na promoção de “programas de construção de moradias” e na “melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.

Neste ponto, entende-se que a Lei Federal 13.089/2015 objetivou ressaltar que estes dois temas: habitação e saneamento, fundamentais para o desenvolvimento urbano sustentável, devem ter atenção especial na formação de consórcios e na definição das funções públicas de interesse comum.

De acordo com o autor Saule Júnior (2007, p. 98), os temas *habitação* e *saneamento*, ao lado de outros, como *trânsito* e *mobilidade urbana*, devem fazer parte de uma “atuação estratégica dos entes federativos”, para haver melhores resultados e eficiência dos serviços, na infraestrutura urbana e no financiamento público, sempre visando o bem coletivo.

A referência ao Estatuto da Metrópole, na competência formal prevista no inciso I do art. 24, tem como finalidade atestar que o direito urbanístico é legislado por normas gerais da União e em caráter suplementar ou subsidiário pelos estados. Neste caso, a Lei Federal 13.089/2015 passa a ser a norma geral que regulamenta as regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, observados os dispositivos do Estatuto da Cidade, necessitando-se a adequação das normas estaduais já existentes ao disposto no seu texto.

Encerrando a abordagem sobre os dispositivos constitucionais trazidos expressamente pelo Estatuto da Metrópole, está o § 3º, do art. 25. Nele, a Constituição define que é competência material dos estados membros a possibilidade de instituir, por meio de Lei Complementar, regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões.

Segundo o Texto Constitucional, tais instrumentos visam o agrupamento de Municípios limítrofes para integrar suas funções de organização, planejamento e execução de funções públicas de interesse comum.

É na regulamentação deste ponto que o Estatuto da Metrópole traz significativo avanço. Os conceitos elencados neste artigo trazem delimitação normativa ao seu alcance, unificando em todo território nacional o que são Regiões Metropolitanas, Aglomeração Urbana e Microrregiões.

Além disso, com o advento da nova norma, muitos mecanismos, como a constituição de unidades territoriais, a governança interfederativa, os instrumentos de desenvolvimento urbano integrado e a atuação da União para este fim são apresentados, dando um direcionamento claro para a política urbana intermunicipal.

Desta forma, verificadas as relações entre a Constituição Federal e o Estatuto da Metrópole, para que se possa avançar no estudo, em especial para, no final, relacionar suas normas com o disposto na Lei Estadual Complementar 14.293/2013, que criou a Região Metropolitana da Serra Gaúcha, passa-se a abordar algumas questões fundamentais, como os conceitos de aglomeração

urbana, região metropolitana e microrregião; o plano de desenvolvimento urbano integrado; e a problemática da relação interesse comum e interesse local.

3 Conceito de Estatuto da Metrópole: reflexões críticas

Dentre as virtudes da Lei Federal 13.089/2015, está a consolidação legal de conceitos. Termos trazidos pela Constituição Federal, como “regiões metropolitanas”, “aglomerações urbanas”, “microrregiões” e “interesse comum”, embora trabalhados e conceituados de forma semelhante pela doutrina, adquirem, agora, significado preciso para que possam ser aplicados, em especial, na execução de políticas pelos entes federativos.

As regiões metropolitanas, segundo Silva (2010, p. 152), já estavam previstas nas Constituições de 1967 e 1969, que atribuía a União a competência de criá-las, através de Lei Complementar, devendo fazer parte “Municípios que fossem parte de uma mesma comunidade socioeconômica”. Com base nesse dispositivo, foi promulgada a Lei Complementar 14/1973, que criou as regiões metropolitanas de: São Paulo, Belo Horizonte, Recife, Salvador, Curitiba, e a Lei Complementar 20/1974, que criou a Região Metropolitana do Rio de Janeiro. De acordo com o autor, embora a União tenha criado, a responsabilidade pela estruturação das regiões foi dos estados-membros, aproximando-se, na prática, da norma prevista na Constituição Federal de 1988, em que essa construção se dá mediante lei complementar estadual.

Na proposta legislativa de Saule Júnior (2007, p. 158-159), o conceito de região metropolitana consiste no “agrupamento de Municípios limítrofes” que tenha, de forma cumulativa, as seguintes características: “um núcleo central com no mínimo 5% (cinco por cento) da população do país ou dois núcleos centrais, que apresentem, conjuntamente, no mínimo, 4% (quatro por cento) da população nacional”; além dessa característica demográfica, o autor sugere outros três requisitos:

Taxa de urbanização de 60% (sessenta por cento), para cada um dos Municípios integrantes da região; população economicamente ativa residente nos setores secundário e terciário de, no mínimo, 65% (sessenta e cinco por cento), considerado cada um dos Municípios integrantes da região; e urbanização contínua, em no mínimo 50% (cinquenta por cento) dos Municípios componentes da região. (2007, p. 158-159).

Silva (2010, p. 153) propõe conceito bem mais simples à Região Metropolitana, definindo-a como “um conjunto de Municípios cujas sedes se unem com certa continuidade urbana em torno de um Município”.

O art. 2º, VII, do Estatuto da Metrópole, dispõe que região metropolitana é a “aglomeração urbana que configure uma metrópole”, sendo metrópole, um “espaço urbano com continuidade territorial” – será necessariamente um município em específico? – “que, em razão de sua população e relevância política e socioeconômica, tem influência nacional ou sobre uma região que configure, no mínimo, a área de influência de uma capital regional”, sendo que a definição do que será área de influência nacional ou de uma capital regional, será dada pelos critérios adotados pelo IBGE.

Ao se confrontarem os dois conceitos teóricos, percebe-se que ambos foram recebidos em parte pelo texto legal. O de Silva, referente à necessidade de uma referência para a região, que pelo seu conceito, seria um município (a metrópole da região metropolitana), pela lei, uma metrópole pode ser constituída por “um espaço urbano com continuidade territorial”. O de Saule Júnior, quanto a requisitos de relevância, que em sua proposta legislativa ficaram expressos e específicos e no Estatuto da Metrópole a cargo do IBGE.

O questionamento levantado nos últimos parágrafos, acerca do conceito de metrópole, que destaca a dúvida se “um espaço urbano com continuidade territorial”, previsto no inciso V, do art. 2º da lei é sinônimo de “Município” como área de influência aos demais, conforme disposto no conceito de Silva, pode encontrar um caminho para a resposta com a leitura do art. 2º, parágrafo único.

O dispositivo traz a informação de que “os critérios para a delimitação da região de influência de uma capital regional”, previstos na descrição do conceito de metrópole, “considerarão os bens e serviços fornecidos **pela cidade à região**” (grifo nosso). Salvo melhor juízo, entende-se que, quando a lei descreve “um espaço urbano com continuidade territorial” está se referindo ao município que influencia os demais e que constitui-se como uma metrópole perante aquela Região Metropolitana.

Embora se refira a outro momento constitucional, as regiões metropolitanas criadas pelas Leis Complementares 14/1973 e 20/1974 têm esta lógica, sempre indicando uma cidade como metrópole de uma região metropolitana. Entende-se, assim, que a regra geral deve ser esta, de uma cidade

como núcleo, e que o legislador, ao dispor da expressão “espaço urbano com continuidade territorial”, optou por garantir discricionariedade ao IBGE, que, em casos excepcionais, poderá deliberar de forma distinta, respeitando peculiaridades regionais.

Ainda sobre este tema, cabe trazer a lição de Moura e Hoshino (2014, p. 4-5) que afirmam que “para angariar status de metrópole, o núcleo da unidade deve ter, no mínimo, a área de influência de uma capital regional, conforme classificação do IBGE”, definindo ainda que tal exigência poderia ser mais restritiva, “porém está adequada à grande diversidade da rede urbana brasileira na qual, em determinadas regiões de menor densidade de ocupação, centros regionais detêm efetivamente a condição de metrópoles”.

Dando sequência ao estudo, torna-se indispensável verificar o que é uma aglomeração urbana, visto que a região metropolitana “é uma aglomeração urbana que constitui uma metrópole”.

Na proposta legislativa de Saule Júnior (2007, p. 158-159), o conceito de aglomeração urbana repetiria o conceito de região metropolitana, reduzindo-se as exigências quanto às questões populacionais pela metade (de 5% para 2,5% e de 4% para 2% da população nacional) e a urbanização contínua (de 50% para 20%). Para Silva (2010, p. 153), trata-se de “de áreas urbanas sem um polo de atração urbana, quer tais áreas sejam das cidades-sedes dos Municípios, ou não”.

O Estatuto da Metrópole definiu como aglomeração urbana a “unidade territorial urbana constituída pelo agrupamento de 2 (dois) ou mais municípios limítrofes”, que têm como características uma “complementaridade funcional e integração das dinâmicas geográficas, ambientais, políticas e socioeconômicas”. Neste ponto, pode-se dizer que o conceito adotado foi o de Silva, visto que não há critérios objetivos a serem definidos, como na proposta de Saule Júnior.

Fica evidente que o que difere uma região metropolitana de uma aglomeração urbana é a existência ou não de uma metrópole, que, conforme a própria norma definiu, é um espaço urbano com continuidade territorial, que exerce influência nacional ou sobre região que configure a área de influência de uma capital regional.

Outro conceito fundamental é o de Microrregião. Saule Júnior (2007, p. 159) mantém a mesma linha dos conceitos propostos anteriormente, definindo

microrregião como o agrupamento de municípios-limítrofes, com um núcleo central de, no mínimo, 0,5% da população nacional; taxa de urbanização acima de 40% e população economicamente ativa, nos setores secundário e terciário de, no mínimo, 45%. Para Silva (2010, p. 153), as microrregiões “formam-se de grupos de Municípios com certa homogeneidade e problemas administrativos comuns, cujas sedes não sejam unidas por continuidade urbana”.

O Estatuto da Metrópole não tem grande preocupação com as microrregiões, que somente estão dispostas em dois artigos. O art. 1º, I, disciplina que a norma também é aplicada às microrregiões, que serão “instituídas pelos Estados com fundamento em funções públicas de interesse comum com características predominantemente urbanas”. No art. 14, § 3º, é referida uma possibilidade de apoio na União em questões voltadas ao desenvolvimento urbano, também das microrregiões.

Pode-se verificar que há uma conceituação própria para cada uma destas espécies de unidades territoriais. Independentemente das peculiaridades, há uma questão que unifica todos estes modelos e é a razão e o objetivo da existência de cada um deles: o interesse comum, como bem ressalta Saule Júnior.

As regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões se caracterizam como unidades regionais estaduais administrativas, que os Estados podem instituir para promoverem ações de cooperação e integração com os Municípios limítrofes destas regiões sobre o planejamento e a execução das funções públicas de interesse comum, como o desenvolvimento urbano e rural, habitação, saneamento ambiental, mobilidade e transporte urbano e política fundiária. (2007, p. 92).

Desta forma, pretende-se agora aprofundar o entendimento de interesse comum e confrontá-lo com o fundamento do interesse local, a fim delimitar o alcance de ambos no exercício da governança interfederativa.

Silva (2010, p. 160-161) alerta, neste sentido, que não se pode confundir as funções públicas de interesse comum, decorrentes do sistema constitucional vigente, com os conceitos de *serviços comuns* e *comunidade socioeconômica* decorrentes do sistema anterior. No atual sistema, o autor entende que os serviços previstos no art. 23 da Constituição Federal, como competências

materiais comuns, ao serem definidas como de interesse de uma Região metropolitana, através de lei complementar estadual específica, perdem as características de serviços locais de interesse municipal e passam a se tornar de interesse metropolitano. Segundo o autor, função pública de interesse comum quer dizer: “funções públicas de interesse comum a Estado, Município na região metropolitana”.⁴

Nesse contexto de subordinação do interesse local ao interesse comum, Saule Júnior (2007, p. 93) destaca duas correntes: uma que entende que há prevalência do interesse local sobre o interesse comum e outra que entende que o interesse comum se sobrepõe ao metropolitano. A primeira tem como representantes Diogo Moreira Neto e Oswaldo Trigueiro. Para estes autores, a autonomia municipal deve se sobrepor, uma vez que “a boa exegese do Texto Constitucional leva à convicção de que a Região Metropolitana nada mais é do que órgão de planejamento” do qual derivam funções de interesse comum.

Outros autores, como Adilson Dallari e Hely Lopes Meirelles, reconhecem um “peculiar interesse metropolitano” em assuntos tipicamente intermunicipais, justificando-se a “transferência de obras e serviços públicos custosos e complexos para uma administração mais alta” e, nestes casos “passa a prevalecer o interesse regional em detrimento ao peculiar interesse local. (SAULE JÚNIOR, 2007, p. 93).

O Estatuto da Metrópole dispõe, no art. 2º, II, ser função pública de interesse comum a “política pública ou ação nela inserida cuja realização por parte de um Município, isoladamente, seja inviável ou cause impacto em Municípios limítrofes”, existindo, segundo a norma, no art. 6º, I, uma “prevalência do interesse comum sobre o local”, conforme a segunda corrente teórica orienta.

Segundo Corralo (2012, p. 120), “a centralidade do poder municipal advém do texto constitucional”, daí pode-se afirmar que “a autonomia municipal erige-

⁴ O autor cita o seguinte exemplo: “Se em um núcleo isolado os serviços de transporte, sistema viário, saneamento básico, uso do solo, produção e distribuição de gás combustível canalizado, aproveitamento de recursos hídricos e controle da poluição ambiental, planejamento integrado do desenvolvimento econômico e social, entre outros, caracterizam serviços locais de peculiar interesse municipal e hão de ser prestados pelo respectivo município, em uma área ou região metropolitana eles desdobram dessa caracterização, porque ultrapassam o interesse puramente local e municipal, e incluem-se entre interesse comum a todos, e, assim hão de conceituar-se como de interesse metropolitano”.

se à condição de direito fundamental, resultado do status de ente federado esculpida na Constituição e as competências locais". A existência de um interesse metropolitano também decorre da Constituição e ambos não são incompatíveis entre si.

Para este entendimento, tem relevante contribuição a classificação proposta por Sundfeld (1993, p. 173), que destaca: "Interesse local é o interesse preponderantemente local", dividindo os municípios em três categorias: a) partícipes de regiões metropolitanas; b) municípios urbanos; e c) municípios rurais. Sendo assim, tendo como base a ação federal e estadual, os primeiros caracterizam-se por uma intensidade menor do interesse local, enquanto os segundos um elevado interesse e os últimos um interesse mediano.

Cabe destacar que, embora o disposto na lei aponte para esta prevalência regional sobre a local, os limites na concepção do que é interesse comum metropolitano, consistem naquilo, conforme disposição da própria norma, que é inviável em âmbito local ou que cause impacto nos entes limítrofes. O que é viável em âmbito local e não causa impacto nos entes vizinhos deverá permanecer na esfera local, visto que, conforme indica Silva (2010, p. 161), as competências que não têm dimensão metropolitana, devem continuar como autonomias específicas dos municípios integrantes.

Uma das questões controversas em razão da supremacia do interesse metropolitano sobre o local diz respeito à adaptação do Plano Diretor pelos municípios integrantes, visto que se trata de competência material exclusiva do ente local, prevista na Constituição Federal de 1988. Este desdobramento se dá na sobreposição do Plano de Desenvolvimento Integrado Regional ao planejamento urbano local, conforme será trabalhado no próximo tópico.

4 Peculiaridades do Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado

No direito urbanístico, há uma previsão legal de diversos planos. Um deles, já consolidado com a edição do Estatuto da Cidade, é o Plano Diretor. Outros, como os Planos nacional, regionais e estaduais, conforme já indicado neste artigo, carecem de normatização. O Estatuto da Metrópole trouxe em seu texto o Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado, que será trabalhado neste tópico.

Um Plano, por ser lei em decorrência dos preceitos do ordenamento jurídico urbanístico do País, deverá observar, em especial os objetivos dispostos na CF/1988, as diretrizes previstas no Estatuto da Cidade, “sob pena de ser mera abstração sem sentido”. No regime jurídico vigente, ele adquire “as características de um procedimento jurídico dinâmico, ao mesmo tempo normativo e ativo”. Normativo, uma vez que “os anteprojetos elaborados por técnicos e especialistas adquirem características de diretrizes para a política do uso do solo e edificação” e ativo, pois, “em seus desdobramentos, se manifesta como conjunto de atos e fundamentos” para a atuação urbanística concreta. (SILVA, 2010, p. 87).

Sendo assim, o Plano é o meio pelo qual se instrumentaliza o planejamento. No aspecto urbanístico, o sistema geral tratará de questões gerais e específicas. As questões gerais, também denominadas preparadoras ou de coordenação, tem caráter menos vinculante, em relação aos particulares, assim como caráter normativo e dependente de instrumentos ulteriores de materialização. Significa existir uma normatividade genérica e abstrata, sendo “vinculantes mais diretamente para as autoridades e órgãos incumbidos do exercício da atividade urbanística”. (SILVA, 2010, p. 92).

Além das questões gerais, os planos podem tratar de questões especiais, também chamadas vinculantes ou particularizadas. Estas normas terão efeitos vinculantes e concretos em relação aos particulares, inclusive em relação aos regimes de economia de mercado, tratando, em especial, de restrições ao direito de propriedade, em que “a ordem constitucional permite a interferência imperativa do Poder Público, por meio da atuação da atividade urbanística”. Assim, estas normas tem natureza executiva, configurando-se como regras concretas de atuação urbanística, sendo vinculante tanto para a administração como para o administrado. (SILVA, 2010, p. 91-92).

O Estatuto da Metrópole traz em seu texto a previsão de um Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado, conceituando, no art. 2º, VI, o documento como o “instrumento que estabelece, com base em processo permanente de planejamento, as diretrizes para o desenvolvimento urbano da região metropolitana ou aglomeração urbana”. Neste sentido, baseando-se na classificação de Silva, o documento, que visa estipular as diretrizes, configura-se como um plano geral.

O Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado é indicado, no art. 9º, I, como um dos instrumentos a serem utilizados no desenvolvimento das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, que deverá ser aprovado por lei estadual, conforme disposto no *caput* do art. 10, e considerar o conjunto de municípios que compõe a unidade territorial e abrange as áreas urbanas e rurais, conforme disposto no art. 12.

Ribeiro, Santos Júnior e Rodriguez (2015, p. 2) referem que o Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado representa um “pequeno avanço” na existência de legitimidade política uma vez que “fazer coincidir o território metropolitano funcionalmente definido com o território metropolitano com representação política é um dos desafios cruciais na construção da autoridade pública necessária à governabilidade destes territórios”. Nesse sentido, os autores salientam que “a implementação de um plano pode ser um processo promissor de congregar forças sociais e políticas das metrópoles em torno de objetivos comuns”, mas, que os mecanismos previstos no Estatuto da Metrópole “são todos consultivos e de baixa efetividade, reduzindo-se a realização de audiências públicas e debates dos municípios envolvidos”.

Os autores se referem ao processo de elaboração e fiscalização do Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado, previsto no inciso I, do art. 12, § 2º, em que estão previstas a promoção de audiências públicas e debates com a participação de representantes da sociedade civil e da população, em todos os municípios que compõem a respectiva unidade territorial urbana; e ao § 4º do art. 10 c/c 8º, II, que dispõe sobre a elaboração e aprovação do plano pelos órgãos da estrutura interfederativa, antes de envio à assembleia legislativa.

Na opinião de Moura e Hoshino (2014, p. 4-5), adotou-se o mesmo modelo de democracia dos Planos Diretores, e o desafio da participação é ainda maior, visto que se buscará “assegurar efetiva participação popular em escala regional-metropolitana, sob a condução de entes diversos e, potencialmente, divergentes”. Tal questão, entretanto, “não invalida a diretriz, ao contrário instiga a reflexão sobre os limites do modelo vigente de planejamento e sua inadiável refundação”.

Outra questão contemplada na norma é o conteúdo mínimo do Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado, previsto no art. 12, § 1º. Destacam-se, nesse sentido, as questões relacionadas às diretrizes para as funções públicas de

interesse comum, para a articulação do parcelamento e das políticas públicas afetas à unidade territorial; o macrozenamento; a delimitação de áreas com restrições ambientais, culturais e de risco; assim como o sistema e controle de suas disposições.

Uma das questões mais polêmicas acerca do Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado retoma um aspecto trabalhado no final do capítulo anterior e refere-se ao art. 10, § 3º e que dispõe sobre compatibilização do conteúdo do Plano Diretor dos municípios que compõem a unidade territorial urbana, em consonância ao art. 6º, I que determina a prevalência do interesse comum sobre o local.

Silva (2010, p.105), ao dispor sobre o tema, afirma que “nem os planos nacionais ou macrorregionais nem os estaduais ou microrregionais poderão invadir a competência reservada aos Municípios para promover o adequado ordenamento do seu território, mediante o planejamento e o controle do uso do solo urbano, e para elaborar e executar o seu plano diretor (CF, arts. 30, VIII, e 182)”; porém, nas regiões metropolitanas, instituídas por lei complementar estadual, “ocorre um tipo de interesse (o metropolitano) que ultrapassa o nível puramente local, inclusive no que tange a aspectos fundamentais do uso do solo intraurbano, porque no caso, se dá uma urbanização contínua, em princípio”, não existindo ilegalidade nas determinações do Estatuto da Metrópole, caso elas abranjam questões de interesse comum: aquelas inviáveis em âmbito local ou que gerem impacto aos municípios-limítrofes.

Uma crítica interessante feita por Moura e Hoshino (2014, p. 8) diz respeito à opção do legislador em citar somente o Plano Diretor e não fazendo referência à obrigatoriedade de adequação de outros planos, como, por exemplo, “Planos de Saneamento Básico, Planos de Mobilidade Urbana, Planos de Gestão de Resíduos Sólidos, Planos Locais de Habitação de Interesse Social, etc.”, que, por muitas vezes, têm impacto regional superior àquelas definições de ordenação de solo e planejamento urbano local.

Desta forma, o Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado é um instrumento fundamental para a efetivação da governança interfederativa de regiões metropolitanas e de aglomerações urbanas; não é incompatível nem interfere, de forma demasiada, caso aplicado nos seus limites seja tratando de

temas inviáveis ao município isoladamente ou que causem impactos além da abrangência local.

Apesar da função fundamental, o Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado deve ser observado com cautela, visto que, segundo Ribeiro, Santos Júnior e Rodriguez (2015, p. 2), a maioria das Leis complementares, anteriores ao Estatuto da Metrópole, já traz muitas de suas exigências “a exemplo do Plano de Desenvolvimento Integrado, o que não garantiu até agora nenhuma grande experiência exitosa de planejamento metropolitano”.

5 Considerações Finais

Tendo em vista o caminho até aqui traçado, indicam-se como considerações finais acerca do artigo desenvolvido, as seguintes afirmações, que podem ser consideradas as principais conclusões acerca do tema trabalhado:

- o Estatuto da Metrópole, embora tenha trazido inovações positivas, deverá ser complementando, em especial, quanto às responsabilidades da União acerca dos planos nacionais e regionais e no auxílio financeiro aos demais entes na efetivação das responsabilidades intermunicipais, para que se efetive a ideia de planejamento urbano em nível de País;
- dentre as inovações positivas está a regulamentação do art. 25, §3º, em especial através das disposições conceituais, que trazem unicidade à expressões Região Metropolitana, Aglomeração Urbana e Microrregiões, em todo o território nacional;
- a indicação de um conceito para interesse comum, como aquilo que não é inviável a um município isoladamente ou cause impacto nas cidades-limítrofes, assim como a indicação de deve existir prevalência do interesse comum sobre o local, respalda o entendimento de uma corrente doutrinária. É indispensável avanços para que esta compreensão se torne precisa e se efetive, não se sobrepondo, erroneamente, ao interesse do município, em situações que não tenham o interesse comum;
- o Plano de Desenvolvimento Integrado é instrumento fundamental para a consecução do interesse comum da unidade territorial urbana, devendo conter processo permanente de planejamento, ser aprovado por lei estadual, considerar o seu conjunto de municípios e abranger as áreas urbanas e rurais. É

indispensável ainda a participação social na sua elaboração e fiscalização, assim como sua observância nos Planos Diretores Municipais. Uma crítica ao Estatuto da Metrópole é a citação expressa no Plano Diretor e a não referência a outros planos, muitas vezes de impacto regional, como o de Resíduos Sólidos e o de Mobilidade Urbana.

Referências

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <<http://bit.ly/1dFiRrW>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

BRASIL. *Lei Federal 13.089*, de 12 de janeiro de 2015. Institui o Estatuto da Metrópole. Disponível em: <<http://bit.ly/1bxHRE7>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

BRASIL. *Lei 11.257*, 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. Disponível em: <<http://bit.ly/1oMRdw6>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

CAMMAROSANO, Márcio. Fundamentos constitucionais do estatuto da cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 21-26.

CORRALO, Giovani da Silva. O Poder Municipal na Elaboração e Execução das Políticas Públicas. *Revista do Direito UNISC*, Santa Cruz do Sul, n. 37, p. 116-130, jan./jun. 2012.

MOURA, Rosa; HOSHINO, Thiago de Azevedo Pinheiro. *Estatuto da Metrópole: enfim aprovado! Mas oferece o que a metropolização brasileira?* Disponível em: <<http://bit.ly/1Gei80h>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos; RODRIGUEZ, Juciano Martins. *Estatuto da Metrópole: o que esperar? Avanços, limites e desafios*. Disponível em: <<http://bit.ly/1E4zaf4>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

ROCHA, Julio César de Sá da. *Função ambiental da cidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

SAULE JÚNIOR, Nelson. Bases Jurídicas para a Instituição de uma Lei Federal sobre o Sistema Nacional de Desenvolvimento Urbano. In: SAULE JÚNIOR, Nelson. *Direito urbanístico: vias jurídicas das políticas urbanas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2007. p. 83-183.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SUNDFELD, Caros Ari. Sistema constitucional das competências. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 272-281, 1993.

VICHI, Bruno de Souza. *Política urbana: sentido jurídico, competências e responsabilidades*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

Autor: Eduardo Coral Viegas

Título da Dissertação: *Gestão de recursos hídricos: uma análise a partir dos princípios ambientais*

Orientador: Prof. Dr. Alindo Butzke

Após o término do mestrado, a essência da dissertação foi convertida no livro GESTÃO DA ÁGUA E PRINCÍPIOS AMBIENTAIS, que foi publicada pela EDUCS, estando atualmente na 2ª edição. Publiquei também artigos na área do direito ambiental. Centrei minha atuação acadêmica como professor em cursos de extensão, especialização e em preparatórios para concurso. Em pós-graduação *lato sensu*, dei aulas na UFRGS, Unisinos, Fundação Escola Superior do Ministério Público e IDC, onde também fui coordenador de curso de extensão. Passei a ser parecerista da Revista de Direito Ambiental da Editora Revista dos Tribunais e articulista na Coluna Ambiente Jurídico, do Conjur. Sou atualmente coordenador do Fórum Internacional de Gestão Ambiental, que é um evento anual destinado a debater questões ligadas ao meio ambiente e, em especial, à gestão hídrica, e que acontece sempre em Porto Alegre, já tendo se tornado tradicional na área. Além disso, intensifiquei minha atuação como palestrante e conferencista em eventos nacionais e internacionais. No Ministério Público, assumi a Promotoria Regional da Bacia Hidrográfica do Rio Gravataí, para a qual estou designado há 2 anos.

A realização do mestrado em Direito Ambiental, na UCS, reforçou meu contato com a gestão dos recursos hídricos e com o direito ambiental, que já existia, mas, como dito, foi intensificado. O título de Mestre ampliou meus horizontes de atuação na área ambiental e, agora, recebo com satisfação o convite para escrever na obra comemorativa dos 50 anos do curso de Direito da UCS e dos 17 anos do curso de Mestrado em Direito Ambiental dessa Universidade.

Titularidade do saneamento e sua privatização

Titularity of sanitation and privatization

Eduardo Coral Viegas*

Resumo: No Brasil, há uma clara distinção entre a propriedade das águas e a titularidade do serviço de fornecimento de água potável, coleta e tratamento de esgoto sanitário. O domínio dos recursos hídricos vem expressamente partilhado na CF entre estados e União. Já a CF e a legislação infraconstitucional silenciam sobre a quem compete prestar o serviço de saneamento. Para se definir essa situação, é necessária uma construção jurídica, que implica afirmar a regra geral de que a função é normalmente dos municípios, por se tratar de serviço de interesse local. Os municípios podem atender à demanda social diretamente; via contrato com empresas dos estados-membros; ou mediante a privatização, com a concessão à iniciativa privada por intermédio de contratos de longa duração. Entendemos que a tendência brasileira de privatizar vai na contramão do que acontece em importantes partes do mundo, mostrando-se contrária aos interesses sociais.

Palavras-chave: Direito ambiental. Recursos hídricos. Privatização. Saneamento básico.

Abstract: There is a clear distinction in Brazil between water's property and the ownership of the drinking water supply service, collection and treatment of sanitary sewage. The domain of the water resources is expressly shared between states and union in Federal Constitution (CF). The CF and the infraconstitutional legislation are silent on who is responsible for providing the sanitation service. To define this situation, its necessary a legal construction, that implies to affirm the general rule that the function is usually of counties, because it is a service of local interest. The counties can directly meet the social demand; via contract with companies of the member-states; or through privatization, with the concession to private initiative through long-term contracts. We understand that the Brazilian tendency on privatization go against of what's happening around important parts of the world, showing itself contrary to the social interests.

Keywords: Environmental law. Natural water resources. Privatization. Basic sanitation.

1 Introdução

A Constituição de 1988 publicizou integralmente as águas, mas não agiu assim em relação ao serviço de saneamento básico, possibilitando que seja prestado pelo Poder Público ou pela iniciativa privada. Muitas vezes há confusão entre a dominialidade dos recursos hídricos e a titularidade do fornecimento da água e do tratamento do esgotamento sanitário, mas seu tratamento jurídico-constitucional é distinto.

* Promotor de Justiça. Mestre em Direito Ambiental. Professor de Direito Ambiental.

O serviço de fornecimento de água comprehende, em linhas gerais, a sua captação em um corpo d'água – superficial ou subterrâneo –; sua condução na forma bruta, chamada tecnicamente de adução; o tratamento, a adução da água tratada, seu armazenamento, e, por fim, a distribuição da água potável aos destinatários.

Por sua vez, o serviço de esgotamento sanitário abrange a coleta, o transporte, o tratamento, e a disposição final do esgoto e dos resíduos do processo de depuração. Essa é uma apertada síntese do procedimento, uma vez que cada uma dessas etapas ou outras de menor expressão guardam suas especificidades, podendo-se exemplificar que o tratamento do esgoto engloba as fases primária, secundária e terciária, que são implantadas, via de regra, subsequentemente.

No Brasil, quem abastece a população com água também é responsável pela destinação dos resíduos líquidos. As redes de fornecimento de água e de coleta de esgoto são diversas, mas a cobrança pelos serviços normalmente é vinculada. Como é muito difícil mensurar a quantidade de esgoto despejado na rede geral, estima-se que quem consome mais água produz mais resíduos líquidos, pelo que a remuneração do serviço de saneamento está atrelada à quantidade de água consumida.

Daí percebe-se que o uso de fonte alternativa em região dotada de saneamento básico implica enriquecimento ilícito, na medida em que o usuário da rede de esgotamento não está pagando – ao menos na proporção devida – pelo serviço que está utilizando, com isso acarretando prejuízo à coletividade, que acabará suportando esse custo gerado e não remunerado por quem era devedor da obrigação de pagar. (VIEGAS, 2005, p. 108-109).

Com o crescimento acelerado e desordenado de ocupação das áreas urbanas, foi necessária a execução de medidas sanitárias prioritárias, até porque nem tudo era possível ser feito com rapidez, tendo em vista, sobretudo, o elevado custo do serviço público em exame. Primeiramente, optou-se por investimentos maiores no fornecimento de água potável, por rede geral, à população.¹ Agora os prestadores do serviço têm a missão de ampliar a referida

¹ Um dos motivos de terem sido privilegiados investimentos em água foram os menores custos em comparação com o serviço de esgotamento sanitário e retornos mais rápidos ante o pagamento de tarifas.

rede e trabalhar mais intensamente na coleta e no tratamento do esgoto sanitário, sendo esse um dos grandes desafios que se enfrentará doravante.

Para que o saneamento público seja efetivo, é necessário que o prestador do serviço público ou privado tenha por norte alguns princípios ou diretrizes, dentre as quais podemos destacar a *universalidade*² e *equidade*: acesso de todos ao saneamento e com o mesmo nível de qualidade, sem discriminação; a *integralidade*: provimento de todas as diversas naturezas do serviço; a *continuidade*: por ser essencial, o serviço não pode sofrer interrupções, salvo em casos excepcionais; a *eficiência e segurança*: o usuário deve receber serviço eficiente e seguro, pois está consumindo um produto que pode gerar graves repercussões em sua saúde, vida, finanças; a *modicidade dos valores cobrados*: necessária para não dificultar o acesso ao serviço, que é, sabidamente, essencial à dignidade da pessoa humana, à preservação e proteção ambiental, bem como ao desenvolvimento sustentável; a *participação social*: em todo o processo que engloba o saneamento, desde o estabelecimento de políticas para o setor até a execução e o controle dos serviços, deve estar presente o acompanhamento efetivo da sociedade, pois é a destinatária do produto do saneamento; o *predomínio do valor social sobre o econômico*: com base nesse princípio, é possível sustentar a cobrança de valores diferenciados para as populações carentes, garantindo-se até mesmo o serviço de modo gratuito para consumos baixos, se a pessoa ou sua família não têm condições de pagar nem o mínimo.³

Tendo-se em conta a *crise da água*, que assola o mundo de forma global, e que sem água não há vida humana, animal ou vegetal, bem como o estabelecimento do uso prioritário dos recursos hídricos para o consumo humano e a dessedentação de animais em situações de escassez (art. 1º, III, da

² Com base no princípio da universalidade, pode-se questionar sobre a obrigação de o Poder Executivo implantar o saneamento de forma integral e imediata no Brasil. Algumas ações vêm sendo propostas com vistas à concretização do direito fundamental ao saneamento básico, mas esbarram, na maior parte das vezes, em dispositivos legais como o art. 3º, III, da Lei 11.445/07, que trata da “ampliação progressiva do acesso de todos os domicílios ocupados ao saneamento básico”. Nesse escopo, transcrevemos parcialmente a seguinte ementa de decisão nos autos de ação civil pública: “Não cabe ao Poder Judiciário eleger as áreas prioritárias para a implantação de programa de universalização do serviço de esgotamento sanitário.” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação n. 70024636144, 22ª Câmara Cível, julgamento ocorrido em 24/7/2008).

³ Não se pode esquecer que água e saúde estão diretamente relacionadas, e que a saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196 da CF), que deve priorizar atividades preventivas (art. 198, II, da CF).

Lei das Águas), chega-se à ilação de que o Poder Público assumiu a dominialidade exclusiva desse recurso natural, como forma de geri-lo visando ao interesse da coletividade.

Mas não há uma contradição entre a publicização integral das águas, pela Constituição de 1988, e a possibilidade jurídico-constitucional de concessão à iniciativa privada de exploração do serviço de saneamento, que tem por base o elemento natural “água”? Ademais disso, há vantagem ou desvantagem social nessa privatização?

2 O sistema de saneamento adotado no Brasil

A Constituição disciplina competir privativamente à União a instituição de diretrizes para o desenvolvimento de saneamento básico (art. 21, XX, da CF) e confere a todos os entes federados competência comum para promover programas de saneamento básico (art. 23, IX, da CF). Assim, instituiu um serviço público próprio⁴ do Estado (MELLO, 1998, p. 435) e de caráter essencial, consoante expressamente consignado pelo Superior Tribunal de Justiça.⁵ Sendo inquestionável a repartição constitucional da propriedade das águas entre a União (art. 20, III) e os estados (art. 26, I), resta saber de quem é a titularidade pela prestação do serviço de saneamento básico.

Para que se possa discorrer acerca da privatização do saneamento básico, é necessário, antes, que se fixem as premissas em torno de quem detém o direito/dever de prestar o serviço público. A base do estudo será focada no direito constitucional positivo, uma vez que, dentre os elementos próprios das Constituições, está o de estabelecer normas que regulam a estrutura do Estado e do Poder, as quais estão compreendidas no Título III da CF/88, que trata especificamente “Da organização do Estado”.

No plano histórico, a União passou a atuar na área de saneamento básico, na década de 1960, quando da criação do BNH e do FGTS, adotando, porém, uma política mais incisiva na década de 1970, época em que foi instituído o Plano

⁴ Reconhece-se, contudo, que há entendimentos no sentido de que se trata de serviço público impróprio do Estado, consoante decidiu o STJ no julgamento do RESP 525500/AL, 2ª Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 10/05/2004, p. 235.

⁵ ERESP 337965/MG, 1ª Seção, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 08/11/2004, p. 155.

Nacional de Saneamento (Planasa), como destaca Victor Carvalho Pinto.⁶ Segue o autor frisando que o Planasa, regulamentado pela Lei 6.528/78, definiu um modelo até hoje seguido, por meio do qual os estados-membros criaram empresas públicas ou sociedades de economia mista (as Companhias Estaduais de Saneamento Básico – CESBs), e por meio delas passaram a prestar o serviço aos municípios, via contratos de concessão.⁷ Essa sistemática foi estimulada pela União, por intermédio da oportunização de financiamentos do FGTS apenas para as paraestatais dos estados, abrangendo aproximadamente 75% dos municípios. Os contratos eram vagos, havendo muitas lacunas de relevo, como a falta de definição dos bens reversíveis ou fórmula para o cálculo de sua amortização.

Victor Pinto (2012) assenta que, “na prática, o serviço é prestado como se fosse de competência estadual, inexistindo qualquer regulamentação municipal”. Prossegue enfatizando que os contratos estão vencendo, o que fará com que os municípios celebrem novos contratos.⁸ Como a Planasa entrou em crise na década de 1990, sendo a maior parte das CESBs ineficientes e deficitárias, muitos municípios têm optado por desvincular-se das paraestatais referidas. Alguns entes federados municipais criaram órgãos próprios para o desenvolvimento direto da atividade, na forma de departamentos ou autarquias, recebendo, com esse perfil institucional, imunidade tributária. O autor salienta, ainda, que outros municípios concederam o serviço à iniciativa privada, o que tem gerado frequentes conflitos com as empresas estaduais, que cobram indenizações pelos investimentos realizados.

Há, portanto, um inquestionável ponto de conflito entre grande parte dos municípios e os estados. De um lado, os estados-membros constituíram paraestatais com a finalidade específica de prestar o serviço de saneamento

⁶ “A Privatização do Saneamento Básico”. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 19 jul. 2012.

⁷ O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul analisou uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra a Corsan (uma CESB) e o Município de Iraí, objetivando a reparação de danos ambientais e sanitários causados em razão da inexistência de sistema de tratamento de esgoto no município. A sentença extinguiu o feito em relação ao município por ilegitimidade passiva. Porém, o TJRS desconstituiu a decisão hostilizada afirmando a solidariedade dos demandados, apesar do convênio existente, porquanto este, de cunho negocial, não pode excluir obrigações da municipalidade na matéria. (Apelação n. 70005902176, 4^a Câmara Cível, julgamento ocorrido em 9/6/2004).

⁸ Neste momento, os contratos com as CESBs já venceram, e alguma alternativa certamente foi tomada no sentido de definir a forma de prestação do serviço.

básico, sendo investidos, via de consequência, vultosos recursos públicos nessa atividade. Por outro, importa saber se, no plano jurídico, os municípios são realmente os titulares do serviço em questão, pois só em caso positivo poderão excluir a participação das CESBs da atividade, assumindo sua execução, ou concedendo-a à iniciativa privada, o que será objeto de análise em seguida.

Hely Lopes Meirelles (1996) deixa bem claro seu posicionamento no sentido de que

as obras e serviços para fornecimento de água potável e eliminação de detritos sanitários domiciliares, incluindo a captação, condução, tratamento e despejo adequado, são atribuições precípuas do Município, como medida de interesse da saúde pública em geral e dos usuários em particular. (1966, p. 307).

No mesmo sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

O serviço público de fornecimento de água e de tratamento de esgoto é essencial para a boa saúde da população, e constitui responsabilidade dos municípios (Suspensão de liminar e de sentença n. 1407/RS – 2011-0143001-3, decisão de 22/06/2011, Ministro Ari Pargendler).

Não obstante a assertiva do renomado administrativista, a matéria guarda certas especificidades que merecem detida atenção. Efetivamente, muitos são os serviços públicos que vêm enumerados pela Carta Magna, que os reparte entre os entes federados, tais como os postais e de correio aéreo nacional (art. 21, X), telecomunicações (art. 21, XI), instalação de energia elétrica e aproveitamento energético dos cursos de água (art. 21, XII, "a"), gás canalizado local (art. 25, § 2º), transporte coletivo local (art. 30, V). Outros estão em zona gris na Lei Maior, caso do saneamento básico.

A Constituição estabeleceu competência comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios para cuidar da saúde (art. 23, II), proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (art. 23, VI), e promover programas de melhoria de condições de saneamento básico (art. 23, IX). Considerando que o fornecimento de água potável à população e o recolhimento e tratamento do esgotamento sanitário têm reflexos na saúde pública e no meio ambiente *nacionais*, à União compete instituir diretrizes gerais e estimular a execução de políticas públicas no setor, como repassando recursos financeiros aos titulares do serviço.

A regra é de que o serviço de saneamento público seja de interesse local, competindo, portanto, sua execução direta ou sob regime de concessão ou permissão⁹ aos municípios (art. 30, V, da CF). Esse é o fundamento constitucional que define a titularidade do saneamento básico aos entes municipais. O interesse público, no caso, caracteriza-se pela realização de todas as fases do saneamento nos estritos limites territoriais locais, não sendo necessário o compartilhamento de instalações e/ou equipamentos com municípios vizinhos. É o que ocorre na maioria das cidades brasileiras.

Todavia, não se pode afirmar ser a referida titularidade exclusiva da municipalidade. Não raras vezes há interesse regional apto a caracterizar como dos estados a competência material sobre serviços de saneamento básico. Na Constituição, o art. 25, §§ 1º e 3º, dá respaldo ao que se sustentou. É necessário, contudo, que os estados editem *lei complementar* para instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios-limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum. Tal interesse afasta a competência dos municípios, como leciona Alaôr Caffé Alves (1998, p. 32).¹⁰

No julgamento da ADIn 1842/RJ, o Supremo Tribunal Federal debruçou-se sobre a constitucionalidade de legislação carioca que instituiu a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos e transferiu a titularidade do poder concedente para prestação de serviços públicos de interesse metropolitano ao Estado do Rio de Janeiro. Parte da ementa está assim vazada:

Inconstitucionalidade da transferência ao estado-membro do poder concedente de funções e serviços públicos de interesse comum. O estabelecimento de região metropolitana não significa simples transferência de competências para o estado. O interesse comum é muito mais que a soma de cada interesse local envolvido, pois a má condução da função de

⁹ Embora possível, no plano puramente normativo, a delegação do serviço de saneamento básico por permissão, a regra é que seja feita por concessão, já que a permissão, por ser ato unilateral de natureza precária, não se compatibiliza com os investimentos elevados que demandam o setor, implicando relação duradoura, estável e com garantias razoáveis em favor de quem assume a prestação do serviço.

¹⁰ Reconhece-se, contudo, que há entendimentos opostos, defendendo a titularidade em todos os casos dos municípios. Nesse sentido citamos o respeitável jurista Toshio Mukai. (2007, p. 38).

saneamento básico por apenas um município pode colocar em risco todo o esforço do conjunto, além das consequências para a saúde pública de toda a região. O parâmetro para aferição da constitucionalidade reside no respeito à divisão de responsabilidades entre municípios e estado.

Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado.

Assim sendo, se houver compartilhamento de instalações e/ou de equipamentos em região metropolitana instituída por lei complementar estadual, o serviço de saneamento assume interesse predominantemente comum, ficando o estado-membro respectivo autorizado a desenvolver, também como titular, trabalhos de fornecimento de água por rede geral e de esgotamento. Mas e quem poderá privatizar o serviço?

3 A privatização do saneamento: legalidade e consequências

Independentemente de o titular do saneamento ser o município ou o estado, é sempre facultada a delegação do serviço. Quando o delegado é da iniciativa privada, utiliza-se comumente a expressão *privatização* do serviço de saneamento básico. Ela é empregada não no sentido de que o Poder Público outorga a titularidade dos serviços ao setor privado, mas a gestão desses serviços,¹¹ inclusive a execução das respectivas obras de infraestrutura, reservando-se a disciplina regulamentar, o controle e a fiscalização próprios do poder concedente. (ALVES, 1998, p. 23). A delegação deve-se dar por concessão ou por permissão, sempre através de licitação, na forma do art. 175 da CF.

Também existe a hipótese de as paraestatais estaduais, criadas por ocasião do Planasa, abrirem seu capital para a iniciativa privada. Mesmo assim, a privatização dá-se em relação à empresa pública ou à sociedade de economia mista, e não à titularidade do serviço, que sequer lhes pertence.

Outro instrumento de *privatização* do setor passou a ser possível pela legislação concernente às parcerias público-privadas. Tal arcabouço legal, que teve início com a edição da Lei Federal 11.079/2004 e se ampliou com as muitas

¹¹ Continuar-se-á utilizando o termo *privatização* dos serviços de saneamento básico, pois é o mais usual e simplificado, sinalando-se, contudo, que a melhor técnica é o uso da *privatização* da execução dos serviços de saneamento básico.

leis estaduais elaboradas, cristaliza a tendência neoliberal que atinge o mundo globalizado.

As parcerias público-privadas (PPPs) são uma extensão das concessões e permissões de serviços públicos, estas disciplinadas pela Lei 8.987/95. A inovação é que as PPPs têm objeto mais amplo. Enquanto nas concessões e permissões o delegado do serviço é remunerado apenas pela tarifa cobrada do usuário, pelas PPPs é possível, além da remuneração por tarifa, a cessão de créditos não tributários, assim como a outorga de direitos sobre bens públicos dominicais e outros meios admitidos em lei (art. 6º da Lei 11.079/2004), tudo devendo constar de cláusula contratual (art. 5º, IV, da Lei das PPPs). Outra vantagem para a iniciativa privada é a possibilidade de contratação por prazo superior a 60 meses, limite imposto pelo art. 57, II, da Lei de Licitações.¹²

Aliás, a Lei das PPPs veda a celebração de contratos por tempo inferior a 60 meses (art. 2º, § 4º, II), prevendo que o prazo de vigência será compatível com a amortização dos investimentos realizados, não podendo, contudo, ser superior a 35 anos (art. 5º, I). A nova sistemática também oferece garantias mais concretas ao contratado (art. 8º), dando a ele mais tranquilidade de que a Administração Pública honrará seus compromissos. Como o objetivo deste trabalho não é aprofundar o estudo das PPPs, destaca-se que o posto acima são apenas algumas das inovações em relação às tradicionais concessões e permissões de serviço público, havendo outras que, sem dúvida, estimularão a iniciativa privada a investir em setores tipicamente públicos, como saneamento básico.

Sinaliza-se que a privatização do serviço de saneamento depende sempre de lei específica que a autorize e fixe seus termos, sendo inconstitucional o art. 2º da Lei 9.074/95¹³ ao dispensá-la nos casos de saneamento básico e limpeza urbana, porquanto viola o princípio da legalidade, como já teve oportunidade de

¹² Reconhece-se, contudo, haver posição no sentido de que esse prazo não pode ser considerado como o limite para as concessões. (MELLO, 1998, p. 473).

¹³ Art. 2º. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observados, em qualquer caso, os termos da Lei 8.987, de 1995.

decidir o Tribunal Pleno do Estado do Rio Grande do Sul (ADIn n. 70001300904).¹⁴

Outra exigência intransponível e inquestionável, em qualquer forma de delegação à iniciativa privada é a licitação pública, como acima visto. A controvérsia surge em relação aos serviços de titularidade dos municípios concedidos às CESBs, que são paraestatais com personalidade jurídica de direito privado, criadas por leis estaduais com a finalidade específica de execução do saneamento básico. No plano constitucional, por um lado, o art. 175 da CF obriga *sempre* a licitação nas hipóteses de concessão ou permissão de serviços públicos; de outro, o art. 37, XXI, da CF, possibilita à legislação ordinária ressalvar casos não sujeitos a certame público. A legislação infraconstitucional incidente é a Lei de Licitações (Lei 8.666/93), que elenca várias hipóteses de dispensa, dispensabilidade e de inexigibilidade de licitação, em seus arts. 24 e 25. O art. 24, VIII, da referida Lei está assim redigido:

Art. 24. É dispensável a licitação:

VIII – para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

Como as CESBs foram criadas na década de 1970, podem renovar indefinidamente com os municípios contratos de concessão de serviço de saneamento básico, independentemente de licitação. Quanto à exigência de que o preço seja compatível ao praticado no mercado, bem aponta Alaôr Caffé Alves (1998, p. 59) que é necessária a verificação de fato, devendo o valor ser razoável e compatível com a média do mercado. O mesmo autor destaca que, no saneamento, não é possível repartir uma mesma infraestrutura para a prestação do serviço por mais de um ente de modo simultâneo, já que, para tanto, seria necessária a implantação de duas redes paralelas, no mesmo limite territorial, o

¹⁴ “Ação direta de inconstitucionalidade. Autorização do Poder Executivo para licitar a concessão de serviço de águas e esgoto. Tema que deve ser submetido à Câmara de Vereadores. Mesmo nos casos de saneamento e limpeza urbana. Inconstitucionalidade formal por ofensa aos princípios da legalidade e da harmonia e independência dos poderes. Ação julgada procedente”.

que considera um absurdo. Por essa razão é que esse tipo de serviço é chamado de *monopólio natural*. (ALVES, 1998, p. 30).

Chegou-se a um ponto no qual faz-se mister uma conclusão: a privatização do saneamento básico no Brasil fere *gravemente* os princípios da economicidade, da razoabilidade, da proporcionalidade e até mesmo o da moralidade. (VIEGAS, 2012, p. 102). Ora, não é dado ao gestor público, mandatário do povo (art. 1º, parágrafo único, da CF), mal administrar os recursos estatais, que são por demais parcós, como se as políticas públicas pudesse ser alteradas a bel-prazer do governante do momento. Se a política de saneamento nacional teve por parâmetro propulsor a titularidade municipal e a constituição de paraestatais dos estados para a execução do serviço por delegação, deve seguir nesse rumo, observadas, evidentemente, situações peculiares, como casos em que municípios maiores têm plenas condições de executar diretamente o serviço em foco ou em que determinada CESB não cumpre definitivamente sua missão legal.

Além da motivação acima declinada, entende-se que o tempo demonstrou que o Brasil agiu com acerto ao estabelecer a política de criação das CESBs, pois só com elas foi possível a efetivação do *subsídio cruzado*, consistente em estabelecer um equilíbrio global de prestação do serviço, importando mais o conjunto de municípios alcançados pela rede de saneamento do que um ou outro especificamente. Assim, se alguns municípios pequenos não são autossustentáveis, outros superavitários fazem com que a empresa estadual consiga se equilibrar financeiramente. Agora, se os municípios com boas condições econômicas resolverem executar diretamente o saneamento ou privatizá-lo, como ficarão, de modo geral, aqueles mais pobres e sua população? Será que as empresas privadas investirão em áreas carentes de recursos financeiros ou, com outras dificuldades importantes, como a deficiência de recursos hídricos?

4 Considerações finais

Dada a relevância do saneamento, sua execução direta pelo Poder Público é uma necessidade se o Brasil tiver como meta a construção de uma sociedade livre, justa e solidária: o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e

da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, e a promoção do bem de todos (art. 3º da CF). Só assim o governo estaria efetivando políticas sociais sérias, conforme os ditames da justiça social (art. 170 da CF).

Contudo, a política neoliberal privatista com que se depara, coincidentemente ou não, está distante desses ideais e, ao mesmo tempo, em plena harmonia com os interesses de grandes corporações transnacionais, que, “apoiadas pelo Banco Mundial e pelo Fundo Monetário Internacional (FMI), estão ofensivamente assumindo a administração dos serviços públicos de água, enquanto aumentam drasticamente o preço dela para os residentes locais, lucram, especialmente, com a busca desesperada do Terceiro Mundo por soluções de combate à crise de água”. (BARLOW; CLARKE, 2003, xxv).

A água é um dos recursos naturais mais importantes para a vida, pois, ao lado do ar que se respira, é fundamental em toda a trajetória delimitada entre o nascimento e a morte. Um bem dessa envergadura não pode estar nas mãos da exploração privada. Pertence a todos, devendo ser administrado pelo Poder Público, ente abstrato que tem como missão a satisfação do interesse social. O Estado tem a incumbência de proteger e de preservar a água para a atual e para as futuras gerações, na medida em que, com o auxílio da sociedade que representa, exerce os encargos de seu depositário e guardião. Mas então por que assegurou, na Constituição, a água como um bem público, mas permitiu, paradoxalmente, a privatização do saneamento?

O saneamento básico é condição mínima de reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Sem água tratada e escoamento do esgoto sanitário, nenhuma família pode constituir-se adequadamente; nenhuma criança tem assegurado seu direito a um desenvolvimento integral, em condições dignas e de liberdade. A falta ou deficiência na prestação desse serviço público essencial gera doenças evitáveis, morte, baixo padrão de qualidade de vida, enfim, sem água o ser humano ao menos pode sair de casa de banho tomado e com sua sede saciada, e que oportunidades de vida terá nos grupamentos sociais?

Quem iniciou a privatização do saneamento foi a França, na década de 1980. Porém, pouco mais de 20 anos após a delegação ao setor privado, Paris percebeu o problema criado e, em 2010, concluiu o processo de reestatização, iniciativa vista como uma “queda do sistema”. Assim, as megacorporações,

símbolos da privatização, deixaram a capital francesa, perdendo mercado e, sobretudo, a imagem de sucesso que vendiam ao mundo.

Na mesma esteira, a Itália submeteu sua legislação (Decreto Ronchi) que tratava da privatização do saneamento a um referendo popular (*referendum abrogativo*), que ocorreu em junho de 2011, tendo a população rejeitado o novo sistema com aproximadamente 95% dos votos, mantendo-se a água como um bem público e gerido pelo Estado.

O vizinho Uruguai também deu demonstração de como o assunto deve ser enfrentado. Em 31 de outubro de 2004, paralelamente à eleição do presidente da república, o povo uruguai foi às urnas para ser consultado acerca dos rumos que seu País deveria dar à água. O resultado é uma emenda constitucional que reconheceu a água como de domínio público estatal, dispondendo ainda que *o serviço público de saneamento e o serviço de abastecimento de água¹⁵ para o consumo humano serão prestados exclusiva e diretamente por pessoas jurídicas estatais*.

Traçando-se um paralelo com nossa legislação, pode-se afirmar que o Uruguai avançou muito. Isso porque, apesar de o Brasil ter declarado por lei (CF e Lei 9.433/97, art. 1º, I) que toda a água é pública, admite a privatização do serviço de saneamento público (CF e Lei 11.445/07, art. 8º).

A par de outros motivos,¹⁶ os governos, sentindo-se pressionados a implementar um efetivo serviço de saneamento, preferem transferir a responsabilidade à iniciativa privada, fazendo-o como forma de se livrar de um “grande problema”, ainda que, assim agindo, estejam gerando danos irreparáveis, ou de difícil reparação, ao interesse público.

Enfim, o Brasil somente assegurará justiça social se estabelecer uma política em torno dos recursos hídricos que se concretize na prática. Ela deve ter como norteadora a diretriz de que a água é integralmente pública, e que, como tal, deve ser gerida com vistas à satisfação prioritária do interesse coletivo. Com

¹⁵ A terminologia foi empregada pela Constituição uruguaia, podendo parecer redundante, já que se sustenta que o serviço de saneamento compreende o de abastecimento de água.

¹⁶ Demoliner cita que o objetivo principal das privatizações é o de “angariar fundos para ‘forrar o caixa’ das prefeituras”. (2008, p. 149). E temos visto que esse propósito não é apenas o de beneficiar o órgão público, mas também agentes públicos envolvidos nos processos de privatização que, não raro, se favorecem com “fortunas” por promover licitações dirigidas/fraudulentas.

essa postura, estará resguardando um direito fundamental do homem e outorgando-lhe melhores níveis de qualidade de vida. No plano externo, a postura ora preconizada reforçará a soberania nacional, que muitas vezes tem sido violada sem que haja respostas adequadas de parte de nossa República Federativa.

Referências

- ALVES, Alaôr Caffé. *Saneamento básico: concessões, permissões e convênios públicos*. São Paulo: Edipro, 1998.
- BARLOW, Maude; CLARKE, Tony. *Ouro azul*. São Paulo: M. Books, 2003.
- DEMOLINER, Karine Silva. *Água e saneamento básico: regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 8. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MUKAI, Toshio. *Saneamento básico: diretrizes gerais. Comentários à Lei 11.445, de 2007*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.
- PINTO, Victor Carvalho Pinto. *A privatização do saneamento básico*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 19 jul. 2012.
- VIEGAS, Eduardo Coral. *Visão jurídica da água*. Porto Alegre: Livraria do Advogado , 2005.
- _____. *Gestão da água e princípios ambientais*. 2. ed. rev. e ampl. Caxias do Sul: Educs, 2012.

Autor: Frederico Costa De Boni

Título da Dissertação: *O Poder de Polícia ambiental como instrumento coercitivo-inibitório de jurisdição administrativo-ambiental*

Orientador: **Prof. Dr. Jeferson Dytz Marin**

Segui fazendo cursos de extensão na área do Direito, com foco na formação de docência, argumentação jurídica e filosofia e orientando monografia em especialização em Direito, na Fundação Universidade Regional de Blumenau.

Passei a militar na área ambiental, tendo diversas demandas, inclusive tendo ajuizado, como parte, ação popular ambiental em face do Município de Novo Hamburgo, onde atuo e ainda publicado artigos sobre o tema, em revistas de universidades do país e jornais de circulação no Estado do RS;

Conselheiro de Ética e Disciplina da OAB da subseção Novo Hamburgo/RS;

Vice-presidente da Comissão de Processo Civil da OAB subseção Novo Hamburgo;

Delegado da Escola Superior da Advocacia – ESA/OAB – Subseção Novo Hamburgo;

Ministro permanentemente palestras na OAB/NH e na Universidade Feevale, abordando temas tais como: ética, meio ambiente e o exercício profissional do advogado.

Artigo encaminhado refere-se à minuciosa análise ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental de 3ª geração da Constituição Federal.

Autor: Gyovanni Bortolini Machado

Título da Dissertação: *O efeito erga omnes na coisa julgada ambiental: uma análise do alcance das ações coletivas que propiciam a tutela do direito fundamental ao meio ambiente*

Orientador: **Prof. Dr. Jeferson Dytz Marin**

Como continuidade dos estudos na vida acadêmica e profissional, saliento o vínculo com a área de direito ambiental e sociedade especialmente como Oficial da Carreira Jurídica da Brigada Militar no comando de policiamento ambiental de Porto Alegre, Região Metropolitana, Vale do Caí, Vale do Taquari e Região Carbonífera; nas orientações metodológicas e nas avaliações de Trabalhos de Conclusão na temática ambiental; em sala de aula ao lecionar a disciplina de gestão da segurança público-ambiental na Pós-Graduação; na Junta Superior de Julgamento de Recursos da Secretaria Estadual do Meio Ambiente ao

julgar os recursos das infrações florestais no estado; na direção de Revista Acadêmica de artigos científicos.

Atuo como professor no curso de Graduação em Administração de Empresas da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul (UERGS); no curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal da Uniritter; orientador metodológico de Trabalhos de Conclusão de Curso de Graduação em Ciências Militares da Academia de Polícia Militar; orientador metodológico de Trabalhos de Conclusão do MBA, em Gestão da Segurança Pública da Academia de Polícia Militar; orientador metodológico de Trabalhos de Conclusão do MBA em Administração Avançada da Academia de Polícia Militar; avaliador de Trabalhos de Conclusão de Curso da Graduação em Direito da Univates; avaliador de Trabalhos de Conclusão de Curso da Graduação em Administração de Empresas da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul (UERGS).

Ainda como presidente do Conselho Editorial da Revista Unidade; comandante da 1ª Companhia do 1º Batalhão Ambiental da Brigada Militar; membro permanente da Junta Superior de Julgamentos de Recursos da Secretaria Estadual do Meio Ambiente.

O artigo encaminhado é uma forma clara e objetiva de tratar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, como direito fundamental de 3ª geração da *Carta Magna* brasileira, analisando-se relevantes aspectos jurídicos de sua tutela, sob a perspectiva natural e artificial.

A tutela do meio ambiente natural e artificial: definições e considerações acerca da poluição

*The protection of environment natural and artificial: definitions and
consideration about pollution*

Frederico Costa De Boni*
Giovanni Bortolini Machado*

Resumo: A realidade mundial apresenta o meio ambiente como um dos assuntos mais discutidos e ao mesmo tempo importantes da atualidade. Acompanhando essa frequência, as legislações acerca do tema vão sendo elaboradas com o intuito de proporcionar uma tutela ambiental mais efetiva, não se limitando à esfera natural, de modo a existir uma preocupação significativa com o plano artificial.

Palavras chaves: Meio ambiente. Tutela. Poluição.

Abstract: The world reality presents the environment as one of the most discussed topics at the same time important today. Accompanying this frequency, the laws on the subject are being developed in order to provide a more effective environmental protection, not limited to the natural aspect, so that there is a significant concern with the artificial plane.

Keywords: Environment. Protection. Pollution.

1 Introdução

Hodiernamente, com a propagação dos interesses acerca do meio ambiente, tornou-se imprescindível o conhecimento e a interação quanto à degradação do ecossistema, em decorrência do desrespeito ao meio ambiente natural, bem como ao descompasso com relação ao crescimento do meio ambiente artificial.

Evidentemente, faz parte do ser humano a busca por melhorias do ambiente em que vive, e logicamente há a necessidade de desenvolver novas tecnologias que lhes tornem a vida mais prática e prazerosa. Porém, percebe-se com o passar do tempo que esta busca vem degradando o meio ambiente

* Mestre em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) e Pós-Graduado em Responsabilidade Civil e Contratos *Lato Sensu* pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos).

* Mestre em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Pós-Graduado em Segurança Pública *Lato Sensu* pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

natural, sem o qual não haveria sequer a sobrevivência da raça humana, sendo que ainda hoje os países que mais poluem não se responsabilizam pela degradação dos recursos naturais disponíveis, que são de propriedade difusa.

Assim, tornou-se de suma importância que hoje se busque por uma adequação do meio ambiente artificial, a fim de preservar o ecossistema como um todo, levando em consideração o direito do ser humano a uma vida digna e saudável, consoante inclusive previsão da Carta Magna.

Ademais, é imprescindível que haja um equilíbrio entre o meio ambiente artificial e o natural, ao passo que a poluição e o desperdício dos recursos naturais existentes hoje, futuramente terão reflexos sem precedentes na vida planetária, inclusive, para continuidade da espécie humana no globo. Por isso, há de se atentar para políticas de reutilização dos recursos e sua preservação, a fim de que futuramente seja alcançada uma qualidade de vida ecologicamente digna e equilibrada.

2 Aspectos relevantes do meio ambiente natural

A formação da expressão *direito ambiental* foi construída com o avanço dos anos, desencadeada por uma evolução de pensamento e do próprio direito. Essa expressão mantém uma ideia de união de regras detalhadas, cujo objetivo é propiciar uma defesa satisfatória ao meio ambiente. Contudo, esse detalhamento não impede que variadas realidades sejam envolvidas nesse sistema, até mesmo porque o termo *ambiente* apresenta um caráter geral, permitindo, por exemplo, a conciliação de legislações acerca dos bens culturais, humanos e do trabalho. Portanto, o que se acompanha é uma evolução na forma de restrição a uma disciplina denominada Direito Ecológico, a qual cede lugar para outra chamada de Direito Ambiental. (ANTUNES, 2001, p. 6).

Em virtude dessa análise, o conceito de meio ambiente é apresentado de maneira ampla. Com a finalidade de conferir à incidência da norma um aspecto positivo, coube ao legislador construir uma definição jurídica indeterminada. (FIORILLO, 2004, p. 19). Muito embora esse caráter geral, torna-se possível formar uma sustentação do ambiente. Nessa esfera, reluz uma interação da união de elementos naturais, artificiais e culturais, capazes de oportunizar o

desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. (SILVA, 2004, p. 20).

A relevância mundial da proteção ambiental se reflete no diagnóstico da impossibilidade de qualquer nação estar livre da obrigação de respeitar o meio ambiente. Esse bem transcende fronteiras, de modo que a sua má utilização abre espaço para um prejuízo que vai além do próprio destruidor, alcançando todos os Estados. Esse argumento já justifica o reconhecimento do direito ao meio ambiente como uma faculdade fundamental do homem. Veja-se que é perfeitamente aceitável asseverar que o meio ambiente existe sem o homem, mas o inverso não pode se confirmar. (MAZZUOLI, 2007, p. 772).

Ocorre que, nos dias atuais, há uma pressão muito significativa para que tudo na sociedade, em todos os países, seja desenvolvido. A palavra *desenvolvimento* virou uma rotina e passou a ser uma ideia de aplicação imediata e desenfreada. Seguir instintos e agir sem pensar nas consequências não parece ser uma boa escolha diante das alternativas que se postam a frente do homem. O binômio do desenvolvimento e do ambiente, ambos tidos como matérias revestidas de previsão constitucional, deve ser observado através de uma lógica de compatibilização, com a finalidade de diagnosticar as questões que envolvem o meio ambiente em um processo de estudo duradouro, sem deixar de identificar as exigências que cada um apresenta, ao mesmo tempo em que o contexto social, cultural, econômico e ecológico são abordados. (SIRVINSKAS, 2006, p. 45).

O meio ambiente é um direito, algo que possui como fundamentação a *Carta Magna* vigente. Persistir na ideia de considerar o meio ambiente como simples interesse difuso representa um pensar estacionado no tempo, em razão da matéria ambiental ser definida, atualmente, como de direito humano fundamental, inserido no rol de direitos da terceira geração. (SILVA, 1997, p. 221).

É bem verdade que a definição sobre o tema não tem unanimidade entre os especialistas. Enquanto há algumas considerações englobando tão somente os componentes naturais, também é fato que existem formulações mais modernas, entendendo-o como um sistema em que ocorrem interações de fatores de ordem física, biológica e socioeconômica. (FEEMA, 1990, p.133).

Parte da doutrina vê o meio ambiente como um conjunto de elementos físico-químicos, construindo ecossistemas naturais e sociais, nos quais o ser

humano está presente. Sua existência se dá tanto no plano individual como de forma coletiva, devendo se fazer efetiva uma interação que obedeça a preservação dos recursos naturais e dos níveis de qualidade determinados.

Outra característica diferenciada é a ligação íntima com direito à vida e à saúde. Isso demonstra como sua tutela é relevante e acaba, consequentemente, dando ênfase à garantia de outros direitos fundamentais, muito embora, em algumas ocasiões, ocorrerem eventuais prejuízos a determinadas liberdades fundamentais, como o direito de propriedade e o direito de ir e vir. (PRIEUR, 1991, p. 135).

A procura pela qualidade de vida é algo natural de acontecer. Tendo em vista a necessidade da sociedade de almejar condições melhores de vida, coube ao operador do direito atender aos anseios sociais, definindo como sadia qualidade de vida o direito de viver em completo bem-estar físico, mental e social, atentando para as condições do meio ambiente, representado no lugar onde as pessoas vivem. (DALLARI, p. 23).

Respirar um ar sadio é um direito que tem ligação com o direito da saúde, o qual pertence à integralidade da população, conforme previsão constitucional. A importância do direito ao meio ambiente prevalecer, sendo protegido e garantido, vai ao encontro do direito à vida, pilar sustentador dos direitos fundamentais. Dessa maneira, as normas constitucionais seguem esse paradigma, tratando da tutela do meio ambiente, de acordo com as premissas do direito principal da Declaração dos Direitos Humanos. (SILVA, 1992, p. 779)

Uma das ramificações dessa área é o meio ambiente natural ou físico, que é composto pela atmosfera, pelos elementos da biosfera, pelas águas (inclusive pelo mar territorial), pelo solo, pelo subsolo (inclusive recursos minerais), pela fauna e flora. Importante, ainda, é salientar que uma de suas características predominantes é a realização do fenômeno da homeostase, responsável pelo equilíbrio dinâmico existente entre os seres vivos e o meio em que vivem. (FIORILLO, 2010, p. 71).

A espécie natural corresponde a uma das formas existentes de meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto em nossa Constituição Federal. Mediante a realização de uma análise na legislação nacional, especificamente no que tange à lei da política nacional do meio ambiente, ratifica-se a percepção de que a espécie em questão possui em sua classificação o ar atmosférico, as águas

superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera e a flora.

Mister se faz salientar que a relevância da ênfase, conferida ao meio ambiente natural, tem sua raiz na identificação do que se considera qualidade ambiental. Com o objetivo de proporcionar um aprofundamento no assunto, refere-se o art. 225 da Constituição Federal, de importância grandiosa ao meio ambiente, o qual não se limita a prever de forma ampla o norte a ser seguido, para que seja feita uma devida proteção, alcançando uma definição no sentido de estabelecer como qualidade ambiental um estágio tal do meio ambiente ecologicamente equilibrado, que seja reluzente a presença de qualidade de vida digna para os seres humanos.

Nesse contexto, está incluído, em nível de observação, aquilo se que entende como sustentador para a sobrevivência da humanidade. A título de exemplificação, cumpre ressaltar o ar, a água e o solo como representantes merecedores de destaque.

Outro ponto enfático é a inter-relação que há entre a população, os recursos naturais e o desenvolvimento, algo não considerado como recente. A proximidade desses campos ocasionou avanços, principalmente no que diz respeito à preocupação social e aos estudos científicos. (HOGAN, 2002). Essa realidade configurou uma tentativa de frear o pensamento de que qualquer ação se justifica em nome do progresso, do bem-estar da sociedade e da vida mais confortável. (MORAES, 2004, p. 8).

Hodiernamente, os problemas ambientais naturais estão espalhados por diversas áreas. Nessa vertente, a análise científica de peritos e cientistas da *UN Environment Programme* (Uep) atesta que, entre aqueles que mais se sobressairão no desenvolver do século, a mudança climática possui presença garantida. Além dela, expõe-se, ainda, a escassez de água, a desertificação, a poluição da água, a perda da biodiversidade, a disposição do lixo, a poluição do ar, a erosão, a poluição química, o buraco na camada de ozônio, a exaustão dos recursos naturais, os desastres naturais e o aumento do nível do mar.

A qualidade ambiental, também, pode ser vislumbrada sob o prisma de se atingir um nível de condições de utilização do meio ambiente adequado, contando, para isso, com um sistema de normas e padrões ambientais estabelecidos cientificamente. Nesse ponto, encontra-se na qualidade ambiental

uma característica de representação referencial ao processo de controle do tema. (MILARÉ, 2000, p. 180).

A partir do instante em que se tem uma identificação robusta sobre o que se entende por ambiente e sua respectiva qualidade, não se pode esquecer de avaliar o outro lado do assunto, qual seja, reconhecer o conteúdo do que deve ser considerada a degradação da qualidade ambiental. Em continuidade à análise em foco, percebe-se que o desrespeito à preservação e manutenção da qualidade ambiental está refletido em qualquer alteração ocasional, em relação às características dos recursos ambientais. Entre tais recursos, é possível mencionar como fatores importantes o ar atmosférico, os mar, o solo e elementos da biosfera.

Precisamente nesse cenário, surge a relação existente entre o meio ambiente, sua qualidade, a degradação e a poluição. Na definição legal de poluição, está na vitrina a degradação da qualidade ambiental, em virtude de atividades que possam causar um prejuízo à saúde, à segurança e ao bem-estar dos indivíduos. Também, oportunidades que propiciem condições desfavoráveis a atividades econômicas e sociais. As atividades que interferirem prejudicialmente na biota, bem como atinjam negativamente padrões estéticos e sanitários do meio ambiente não estão isentos desse quadro. Por fim, cabe, ainda, mencionar as atividades que permitam uma utilização fora dos padrões ambientais quanto a matérias e energias.

A poluição, ora em verificação, não se apresenta com uma única forma. Em que pese existirem diferentes maneiras de se formular uma classificação, ganha espaço aquela que defende existir uma poluição voltada para a atmosfera, uma condizente com o panorama hídrico, uma referente ao solo, uma que trate do som, assim como uma que lide com aquilo que pode ser visto. (SIRVINSKAS, 2006, p. 177). Já o seu ator principal, qual seja, o poluidor, é reconhecido como qualquer pessoa física ou jurídica, seja de direito público ou privado, que possa ser responsabilizado por ações que impliquem degradação ambiental.

Na esfera da atmosfera, entendemos seu conteúdo quando reconhecemos sua definição como a camada de ar na qual o Planeta está envolvido. Observando seus componentes, a parte considerada gasosa recebe a denominação de ar, sendo constituída de 20% de oxigênio, 79% de nitrogênio e

1% de diferentes concentrações de vapor de água, dióxido de carbono, argônio e mais gases nobres. (FERREIRA, 1988, p. 55).

Vislumbra-se sua poluição quando há uma diferença na formação dos elementos evidenciados supra. Diante de uma situação em que as barreiras impostas pela normatização ambiental em vigor forem desobedecidas, em razão do risco causado à saúde, à segurança e ao bem-estar comum, a poluição se fará presente, seja pela fonte estacionária, como as indústrias, seja pela via móvel, como os transportes. (SIRVINSKAS, 2006, p. 179).

Uma outra forma de poluição está relacionada com a utilização da água. Esse recurso natural, vital para a sobrevivência humana, é de suma importância às funções vitais. Com o intuito de esclarecer detalhadamente sobre sua composição, frisa-se que aparece na biosfera de forma líquida, sólida e gasosa, sendo a primeira existente em maior quantidade, aproximadamente 97,72%, dos quais 97% encontrados de característica salgada e 0,72% doce. (FIORILLO, 2000, p. 100).

Cumpre chamar atenção para o fato de que, em que pese sua existência no Planeta ocorrer em uma quantidade mais significativa, apenas 0,002% de tal recurso natural está pronto para beber. A presente informação merece um alarme ainda maior quando revelado que o consumo atual tem uma tendência de crescimento nas próximas três décadas, surgindo a possibilidade do alcance do limite de disponibilidade. (QUADRADO, 2003, p. 43).

A poluição da água é constatada no momento em que há uma alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas desse bem, criando a possibilidade de se causar um prejuízo à saúde, à segurança e ao bem-estar das populações. Seguindo essa corrente, a poluição da água também é identificada quando existe um comprometimento de seu uso nas áreas agrícolas, industriais, comerciais e recreativas, interferindo, ainda, na fauna aquática.

As considerações realizadas realçam a complexidade da situação vivida pelo homem e o dilema que passa a ter, no que tange ao consumo da água. Nesse viés, a poluição hídrica, a degradação da qualidade ambiental da água, em todas as suas formas, indo de encontro aos padrões estabelecidos, evidencia um estado de emergência. (SIRVINSKAS, 2006, p. 200). A mudança das características que constituem a água, impedindo o consumo adequado e sua utilização, precisa

ser freada, haja vista ser plausível a admissão que esse recurso seja o bem mais precioso do milênio. (LEITE, 2000).

Partindo para a esfera do solo, é possível afirmar que sua poluição desonta em consequência da utilização de resíduos sólidos, rejeitos perigosos, agrotóxicos, queimadas, atividade de mineração, cemitérios horizontais, entre outros motivos mais. A legislação nacional identifica a poluição do solo no instante em que há uma degradação da qualidade ambiental por determinadas atividades, as quais acarretem alterações dos padrões ambientais definidos como limites. (SIRVINSKAS, 2006, p. 212).

Clarividente, também, é a preocupação em relação à poluição sonora. Essa afirmação está fundamentada pela atenção dedicada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), a qual fixou essa espécie de degradação como uma das três prioridades ecológicas. Mediante a ocorrência de um aprofundado estudo, foi estabelecido que acima de 70 decibéis o ruído é capaz de causar dano à saúde. Utilizando essa medida padrão como base, constata-se que um funcionamento do ouvido humano em condições ideais, até o término de sua existência, se dará quando a intensidade de som não ultrapassar os 70 decibéis convencionados pela OMS. (MAGRINI, 1995, p. 20) Veja-se que o nível de ruído exposto a duas pessoas conversando entre si, está situado entre 30 (trinta) e 35 (trinta e cinco) decibéis. (FIORILLO, 2003, p. 117).

A OMS estabelece que 70 decibéis já é algo desagradável ao ouvido humano e, a partir de 85 decibéis, inicia um processo de danificação do mecanismo responsável pela audição. Essa observação se faz fundamental para identificarmos como os níveis vindos da natureza dificilmente se tornam prejudiciais. Nesse sentido, excetuando-se as trovoadas, as grandes cachoeiras e as explosões vulcânicas, praticamente não há ruídos atingindo o nível de 85 decibéis. (MAGRINI, 1995, p. 20).

Analizando os demais sentidos, o ouvido pode ser considerado como o único que jamais descansa, mesmo durante o sono. Assim, os ruídos urbanos evitam que o cérebro descance, contrariando as leis da natureza. Em consequência desse problema ambiental, a saúde passa a reivindicar que o Direito não fique indiferente. (CARNEIRO, 2002, p. 3).

Os efeitos estão associados às causas. A ciência não pode ser afastada da ética, bem como a ciência não se separa da política. Francis Bacon já repassava

seu entendimento de que saber é poder, de modo que a ideia de dominação da natureza está enraizada nessa relação de poder através do conhecimento científico. Por esses fatos, em virtude do estudo da tutela ambiental natural, o ser humano tem a obrigação de rever a revolução tecnológica e reinterpretá-la com outro viés: a revolução nas relações de poder mediante uso da tecnologia. (PORTO-GONÇALVEZ, 2006, p. 89).

A crise ecológica atravessa o desrespeito a animais e árvores. Trata de como enxergamos a natureza, como compreendemos nossa relação com ela. O ser humano chega à crise do vínculo, no instante em que não reconhece o que liga a sua figura à natureza, bem como à crise do limite, enquanto não sabe como se distingue da mesma. O ponto de partida para sairmos da crise estabelecida passa por vislumbrar o que nos liga à natureza, assim, como ter ciência do que nos diferencia dela. (OST, 1997, p. 8).

3 Tutela do meio ambiente artificial

Entre as espécies de meio ambiente, consoante previsão do art. 225, da Constituição Federal, existe a do meio ambiente artificial que, de acordo com Édis Milaré, trata-se daquele que não surgiu em decorrência de leis e fatores naturais, mas por processos e moldes diferentes, proveio da ação transformadora do homem. (MILARÉ, 2000, p. 199).

Nesse sentido, o meio ambiente artificial poderá se dar em espaços urbanos abertos ou fechados. Denominam-se espaço urbano fechado: edifícios, casas, clubes, etc. (SIRVINSKAS, 2006, p. 352). Assim, com o desenvolvimento dos espaços urbanos, com aglomerações urbanas, se mostrou necessário o concomitante desenvolvimento de uma política pública urbana, nos exatos termos do art. 25, § 3º da Carta Magna.¹

¹ Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

[...]

§ 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.

No mesmo plano, almejando uma política urbana de desenvolvimento, foi instituído o art. 182 da Constituição Federal,² com o fito de chancelar e promover o desenvolvimento urbano, visando ao bem-estar e atendendo à função social da propriedade, sendo, por isso, merecedor de um capítulo próprio na nossa Lei Maior.

No que concerne aos instrumentos de defesa do meio ambiente artificial, cumpre referir a competência da União, dos estados e municípios. Isto é, compete à União a instituição das diretrizes para o desenvolvimento urbano, sendo que, conforme o art. 3º, III, da CF,³ compete a essa erradicar a pobreza, a marginalização e as desigualdades sociais regionais.

Já na esfera estadual, a competência está prevista no art. 18, § 4º da CF.⁴ No que concerne à esfera municipal, cabe a promoção e o adequado ordenamento territorial, parcelamento do solo urbano, bem como instituir o Plano Diretor, fomentador da política de desenvolvimento urbano, que visará a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos consagrados da Carta Magna, forte ao art. 182, § 1º da CF,⁵ que visa, entre outras coisas, o desenvolvimento das funções sociais da cidade.

Neste condão, cumpre trazer à baila a previsão constitucional de que a função social da propriedade urbana se dá quando atendidas as previsões do

² 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.

³ Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

⁴ Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

[...]

§ 4º – A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 15, de 1996).

5 Art. 182

§ 1º – O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

Plano Diretor, nos exatos termos do §2º, do art. 182 da CF.⁶ Ademais, o próprio art. 225⁷ trata do bem-estar da comunidade, estabelecendo que todos possuem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Referida disposição do art. 182, bem como do art. 183 da CF, foram regulamentadas pela Lei 10.257/2001, que trata do Estatuto da Cidade. Estabelece referido instituto normas de ordem pública e interesse social que

⁶ § 2º – A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

⁷ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º – Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; (Regulamento)

II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; (Regulamento) (Regulamento)

III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (Regulamento)

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; (Regulamento)

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; (Regulamento)

VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (Regulamento)

§ 2º – Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 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.

§ 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.

§ 5º – São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º – As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.⁸

O Plano Diretor, previsto no Capítulo III do Estatuto da Cidade, enquanto instrumento de desenvolvimento urbano, prevê políticas públicas que fomentam a função social da propriedade, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas,⁹ devendo ser revisto a cada dez anos, sendo obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes. Esse deverá conter, entre outras disposições, delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsória, considerando a existência de infraestrutura e de demanda para utilização, nos termos do art. 42, I, da Lei 10.257/2001.¹⁰

A ocupação das áreas urbanas está prevista pelo parcelamento de solo urbano, que deve respeitar sempre as ora mencionadas funções sociais das cidades. Este poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, conforme previsão do art. 2º da Lei 6.766/79, que instituiu o parcelamento do solo urbano, sendo considerado loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados à edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.¹¹

⁸ Art. 1º. Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei.

Parágrafo único. 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 do equilíbrio ambiental.

⁹ Art. 39. 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, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei.

¹⁰ Art. 42. O plano diretor deverá conter no mínimo:

I – a delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, considerando a existência de infraestrutura e de demanda para utilização, na forma do art. 5º desta Lei.

¹¹ Art. 2º. O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes.

§ 1º – Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.

Já o desmembramento consiste na subdivisão de gleba em lotes destinados à edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique a abertura de novas vias e logradouros públicos, nem o prolongamento, a modificação ou a ampliação dos já existentes.¹²

Dentre os aspectos que mais merecem relevância na temática, estão os denominados loteamentos fechados que, conforme assinala José Calos de Freitas (2004, p. 10), não há legislação que os ampare, já que não podem os municípios, por conta disso, autorizar essa modalidade de loteamento. Lei municipal que permite sua implementação contamina o ato de aprovação, porque o município não tem competência legislativa em matéria de condomínio. (FREITAS,

Ocorre que, hodiernamente, a jurisprudência pátria tem entendido pela legalidade de referida modalidade. Isto é, para sustentar, juridicamente, a regularidade do condomínio há distintos argumentos. O primeiro deles é de que o já mencionado art. 8º da Lei 4.591/64, que trata da instituição do condomínio horizontal, permite a instituição do loteamento fechado. Outro argumento em defesa desta forma de instituição do loteamento fechado envolve a atividade dos gestores municipais encarregados da aprovação dos loteamentos. No ato de aprovação do loteamento, muitas vezes com apoio em legislação editada pelas Câmaras Municipais, ruas, praças e demais espaços institucionais, que se incorporam ao patrimônio público como bens de uso comum do povo, são desafetados permitindo-se seu uso privativo aos particulares moradores da área fechada. (BARBOSA, 2017).

Há, por fim, o argumento de que, estando o Estado falhando no seu dever de garantir o direito à segurança pública, legitima a instituição desta modalidade de parcelamento do solo ante à atenuação dos riscos relacionados às questões da violência urbana.

No que concerne ao direito urbanístico, conforme José Afonso da Silva, pode ser conceituado como conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade do Poder Público destinadas a ordenar os espaços habitáveis, o que equivale dizer: conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade urbanística. (SILVA, p. 31).

¹² § 2º – considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes.

E, dentre essas normas, novamente se almeja o alcance da função social da propriedade, bem como dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, entre os quais o do direito ao lazer, que está intimamente ligado aos espaços verdes e à arborização urbana, que traz muitos benefícios, entre os quais, a minimização da poluição atmosférica e sonora, o clima, a estética da paisagem, etc. (SIRVINSKAS, 2006, p. 374).

Cumpre registrar que, consoante guia de planejamento e arborização urbana, uma árvore isolada pode transpirar, em média 400 litros de água por dia, produzindo um efeito refrescante equivalente a cinco condicionadores de ar, com capacidade de 2.500 kcal cada, funcionando 20 horas por dia.

Por fim, cumpre registrar a importância do Ministério Público para a proteção do meio ambiente artificial, em especial através de instrumentos como a Ação Civil Pública (regida pela Lei 7.347/85, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências), acrescentada no art. 53 no Estatuto da Cidade. Entre os avanços e benefícios de referido diploma legal, se depreende a legitimidade ativa de vários entes, com o fito de defesa ao meio ambiente artificial,¹³ dentre os quais, não só o Ministério Público, mas também a Defensoria Pública, a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, autarquias, empresa públicas, fundações ou sociedades de economia mista e associações.

¹³ Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

I – o Ministério Público; (Redação dada pela Lei 11.448, de 2007).

II – a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei 11.448, de 2007).

III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei 11.448, de 2007).

IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

V – a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei 11.448, de 2007).

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei 11.448, de 2007).

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Incluído pela Lei 11.448, de 2007).

4 Considerações finais

O meio ambiente pode ser considerado um dos temas mais discutidos em todo o mundo. A elevação dessa discussão nas últimas décadas ratifica a preocupação planetária com sua própria existência.

Ocorre que a atenção destinada ao sinal de alerta não se encontra mais limitada ao “verde”. A ideia de se implantar uma reanálise criteriosa acerca da integralidade de circunstâncias que envolvem o meio ambiente acaba sendo aceita cada vez mais.

Impera que a consciência de que há não apenas um direito ao meio ambiente natural seja difundida e refletida. O meio ambiente artificial já não é recente, tão pouco irrelevante, a ponto de desmerecer uma produção legal com o intuito de ampliar sua proteção.

A tutela tanto do meio ambiente natural como artificial é vasta em termos de legislação. Cumpre à sociedade observá-la no mesmo patamar, de modo a conseguirmos estabelecer uma convicção geral sobre o cuidado com o tema em destaque, almejando melhorar as condições da garantia do meio ambiente como um todo.

Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BARBOSA, Dênio Dutra. *Loteamento Fechado*. Disponível em:
<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:O4a1LS2KIMcJ:periodicos.uniformg.edu.br:21011/periodicos/index.php/cursodireitouniformg/article/download/25/53+loteamento+fecho+legalidade+stj&cd=6&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Promulgada em 5 de outubro de 1988.

CARNEIRO, Waldir de Arruda Miranda. *Perturbações sonoras nas edificações urbanas: doutrina, jurisprudência e legislação*. 2. ed. ver., atual. e amp. São Paulo: RT, 2002.

COIMBRA, José de Ávila Aguiar. *Direito do ambiente*. Editora RT, p. 64/65.

DEVELOPMENT and Cooperation(D+C), nº3/2002, may/june, published by Deutsche stiftung für internationale Entwicklung (DSE), Bonn, 2002.

FERREIRA, Alberto Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 5. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; DIAFÉRIA, Adriana. *Biodiversidade, patrimônio genético e biotecnologia no direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREITAS, José Carlos de. *Da legalidade dos loteamentos fechados*. Disponível em: <www.mp.sp.gov.br/caoma/DOutrina>. Acesso em: 12 fev. 2004.

FUNDAÇÃO ESTADUAL DE ENGENHARIA DO MEIO AMBIENTE (Rio de Janeiro – RJ). Fecma. *Vocabulário Básico de Meio Ambiente*. Rio de Janeiro, 1990, p. 133-135.

GUIA de planejamento e manejo de arborização urbana, Governo de São Paulo, Secretaria de Energia, Centrais Elétricas de São Paulo. Companhia Paulista de Força e Luz e Eletropaulo. 2009.

HOGAN, Daniel Joseph. *Crescimento populacional e desenvolvimento sustentável*. São Paulo: Malheiros, 2002.

LEITE, Paulo da Costa. *Água – bem mais precioso do milênio*. São Paulo: RT, 2000.

MAGRINI, Rosana Jane. Poluição sonora e lei do silêncio. *Revista LEXML*, Rio de Janeiro, n. 216, out. 1995.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. São Paulo: RT, 2000.

MORAES, Márcia Elayne Berbich. *A (in)eficiência do direito penal moderno para a tutela do meio ambiente* (Lei 9.605/98). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Lisboa: Piaget, 1997.

PORTE-GONÇALVEZ, Carlos Walter. *A globalização da natureza e a natureza da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

PRIEUR Michel. *Droit de l'environnement*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1991.

QUADRADO, Adriano; VERGARA, Rodrigo. Vai faltar água? *Revista Super Interessante*, Ed. 189, jun. 2003.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. *Direito urbanístico brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2006.

Autora: Karine Grassi

Título da Dissertação: *O regime legal das audiências públicas na gestão democrática urbana: análise crítica da legislação com apporte do Banco de Experiências dos planos diretores participativos do Sul do Brasil.*

Orientador: **Prof. Dr. Adir Ubaldo Rech**

Após o término do Mestrado, lecionei um semestre no curso de Direito da Unifacvest, vínculo que cancelei para me dedicar integralmente à seleção de doutorado da UFSC. Atualmente, curso o primeiro ano do Doutorado em Direito pela Universidade de Santa Catarina (PPGD/UFSC) e mantive relação com a linha de pesquisa trabalhada no PPGDIR/UCS. Estou em fase de projeto de tese e continuo pesquisando a gestão democrática das cidades. Meu objetivo é a qualificação acadêmica voltada à carreira na pesquisa científica e no ensino em nível de graduação e pós-graduação.

Com a revisão e atualização do presente texto, pude avaliar minha evolução acadêmica, principalmente com relação aos métodos de pesquisa. Não obstante, na época, o texto foi enviado para um dos eventos mais criteriosos das Ciências Sociais do País e tive a honra de publicá-lo. De todo modo, a continuidade na pesquisa proporcionou-me a oportunidade de atualizar-me, uma vez que se trata de estudo de caso de alterações em Plano Diretor.

Autora: Renata Piroli Mascarello

Titulo da Dissertação: *A produção capitalista do espaço e do direito no contexto da Copa do Mundo de 2014*

Orientadora: **Profa. Dra. Mara de Oliveira**

Após a conclusão do mestrado, procurei ministrar palestras para universitários e coletivos organizados, buscando compartilhar o conhecimento adquirido. No momento, estudo na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Desde março de 2017, curso especialização em política e planejamento urbano, no Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano (IPPUR) e a especialização em Movimentos Sociais, do Núcleo de Estudos em Políticas Públicas e Direitos Humanos (NEPP-DH), ambos na UFRJ. Além das aulas, participo de um grupo de pesquisa sobre mobilidade urbana na cidade do Rio de Janeiro e de um projeto de extensão de regularização fundiária no bairro da Rocinha. Procuro manter contato com a Universidade de Caxias do Sul (UCS) por meio do grupo de pesquisa Direito Ambiental Crítico. Essas oportunidades e vivências expandiram ainda mais a formação adquirida ao longo do mestrado e me permitem continuar estudando o espaço urbano sob um olhar crítico,

interdisciplinar e atento à realidade. Pretendo ingressar no doutorado em breve, pois meu objetivo é a qualificação acadêmica voltada para o ensino em nível de graduação e pós-graduação, pesquisa científica, projetos de extensão e consultoria para entidades e movimentos sociais.

Com a revisão e atualização do presente texto, pude avaliar minha evolução acadêmica, principalmente com relação aos métodos de pesquisa. Não obstante, na época, o texto foi enviado para um dos eventos mais criteriosos das Ciências Sociais do País e tive a honra de publicá-lo. De todo modo, a continuidade na pesquisa proporcionou a oportunidade de atualizar o texto, uma vez que se trata de estudo de caso de alterações Plano Diretor.

A gestão democrática urbana e os desafios do Plano Diretor em Florianópolis/SC^{*}

The challenges of democratic management: reviewing the urban master plan in Florianopolis

Karine Grassi^{**}
Renata Piroli Mascarello^{***}

Resumo: O crescimento da população urbana culminou em uma expressiva desigualdade social e segregação espacial. Para tentar conter um processo de expansão desordenado, a Lei 10.257/01 prevê a gestão democrática da cidade, com a qual é possível, por meio da realização de audiências públicas, dialogar com a população durante a elaboração de planos diretores municipais. A prática nos mostra que os administradores municipais não garantem a gestão democrática, estimulando a mercantilização do espaço urbano. Com base no método dialético-materialista, o presente trabalho pretende analisar os entraves à efetivação da gestão participativa nas cidades brasileiras, sob a égide da economia capitalista e num contexto em que a cidade é vista como mercadoria. Para tanto, é necessário o resgate de alguns conceitos clássicos acerca da democracia e da participação, além de um estudo de caso, que ilustra, em aspectos práticos, os empecilhos apresentados à participação popular nas audiências de modificação de Plano Diretor. Desse modo, questões teóricas e práticas são articuladas para problematizar a cidade como um direito, a elite e o Estado como atores e a mercantilização do solo como dinâmica social.

Palavras-chave: Democracia participativa. Direito à cidade. Cidade-mercadoria.

Abstract: Growth of the urban population culminated in an expressive social inequality and urban segregation. To contain a process of disordered expansion, Law number 10.257/01 foresees democratic management of the city, which makes possible, by publics audiences, the dialogue with the population during the formulation of the municipal master plans. The practice show us that municipal administrators don't asseverate democratic management in the city, stimulate mercantilization of urban space. Based on the method of dialectical materialism, this study aims to examine the barriers to effective participatory management in brazilian cities, under the auspices of the capitalist economy and a context in which the city is seen as a commodity. For this purpose, it is necessary to rescue some classics on democracy and participation concepts, including a case study that illustrates in practical ways, the obstacles presented to popular

* Uma versão anterior do presente texto foi publicada nos Anais do IV Seminário Direito, Pesquisa e Movimentos Sociais, promovido pelo Instituto de Pesquisa, Direitos e Movimentos Sociais (IPDMS), em 2014. A versão atual contém ampliações bibliográficas e atualizações com relação ao estudo de caso.

** Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Bolsista Capes. Mestra pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul (PPGDIR/UCS). Graduada em Direito pela Universidade do Planalto Catarinense (Uniplac). Contato: grassikg@gmail.com

*** Cursa especialização em Política e Planejamento Urbano, no Instituto de Política e Planejamento Urbano da Universidade Federal do Rio de Janeiro (IPPUR/UFRJ). Mestra pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade em Caxias do Sul (PPGDIR/UCS). Graduada em Direito pela UCS. Contato: renata.mascarello@hotmail.co.uk.

participation in the hearings modification of the master plan. Thus, theoretical and practical issues are articulated to problematize the city as a right, the elite and the state as actors and the commodification of land as a social dynamic.

Keywords: Participatory democracy. Right to the city. City-commodity.

1 Introdução

As cidades brasileiras, em um panorama geral, dispõem de um profundo quadro de desigualdade social e exclusão urbana. Diante disso, a Constituição Federal e a Lei 10.257/01 trouxeram mecanismos de participação popular, de modo que os gestores municipais pudessem planejar os municípios juntamente com a população nativa, atendendo, assim, às demandas locais.

Um dos maiores exemplos de gestão democrática diz respeito às audiências públicas para redação dos planos diretores municipais, cujo processo envolve agentes políticos, técnicos e a sociedade civil, sempre com a finalidade jurídico-vinculante de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 182, *caput*, CF/88).

Não obstante o aparato legal disponível (objetivos e instrumentos muito claros), em um contexto em que a cidade é tida como mercadoria, o planejamento das cidades tem sido feito muito mais no sentido de contemplar os interesses de empreendedores imobiliários, de modo que assim mantém esse mercado aquecido, em detrimento dos anseios populares; as cidades deixaram de ser um espaço de efetivação de direitos, para se tornarem um local de violação de direitos. Nesse cenário, o presente trabalho pretende analisar a gestão democrática da cidade, nos planos formal e prático, bem como seus entraves.

Para tanto, inicialmente, faz-se um resgate acerca dos conceitos de democracia e de democracia participativa, e de como eles se aplicam à gestão municipal, sobretudo, do ponto de vista legal. Num segundo momento, abordam-se os entraves à concretização dessa democracia, em especial, com vistas à mercantilização do espaço urbano, e apontam-se algumas de suas consequências, como a violação do direito à cidade e a segregação urbana. Por fim, relata-se um recente exemplo em que os anseios populares foram totalmente reprimidos, em uma clara proteção do Estado à especulação imobiliária e ao mercado da terra.

A estrutura deste trabalho pretende unir os conceitos teóricos a uma situação prática, de modo a mergulhar no plano do dever ser, sem deixar de lado aquilo que se é. Dessa forma, apontam-se categorias teóricas com a possibilidade de testá-las, para além do ponto de vista jurídico e formal, de modo a demonstrar, precisamente, quem atenta contra a democracia participativa municipal, bem como quem tira proveito disso.

2 Elementos da democracia e da participação: do plano teórico ao espaço urbano

Pode-se definir a democracia como “governo no qual o povo toma as decisões importantes a respeito das políticas públicas, não de forma ocasional ou circunstancial, mas segundo princípios permanentes de legalidade”. (HOUAISS; VILLAR, 2001, p. 935). Aristóteles (1998) apontava a democracia como o governo em que os pobres ou as pessoas menos favorecidas são senhores do Estado (p. 106, 121), em oposição à oligarquia, ou governo dos ricos, ainda que sejam a minoria (p. 107, 118). Nesse contexto, Wood (2007, p. 420) observa que, desde logo, “o critério social – pobreza em um caso, riqueza e nobreza no outro – desempenham um papel central em ambas as definições e preponderante ainda em relação ao critério numérico”.

Mais tarde, Lincoln afirmou que a democracia é o governo do povo, para o povo, pelo povo. (Apud BONAVIDES, 2008, p. 50). Dessa máxima, Bonavides salienta que “o povo é sujeito ativo e passivo de todo esse processo, mediante o qual se governam as sociedades livres”, e entende a democracia como o processo de participação emancipador dos governados na formatação da vontade governativa (2008, p. 50, 57-58). O autor ainda menciona que

[...] governar é legislar; governo é legislativo; governa quem legisla. Em se tratando, porém, da democracia, há que atender a este requisito fundamental: legisla quem tem legitimidade. E legitimidade quem tem é o povo. [...] A chave constitucional do futuro entre nós reside, pois, na democracia, que faz soberano o cidadão-povo, o cidadão-governante, o cidadão-nação, o cidadão titular efetivo de um poder invariavelmente superior e, não raro, supremo e decisivo (BONAVIDES, 2008, p. 345, 34).

Para Bonavides (2008, p. 345), o exercício da democracia por meio da participação popular viabiliza a chamada democracia participativa, entendida como o mais alto grau de legitimação e exercício do governo pelos cidadãos. Com isso, “quem obedece não é escravo, quem exerce autoridade não é tirano, quem faz lei não é opressor”. (BONAVIDES, 2008, p. 348). Nessa mesma linha, Müller (2003, p. 115) salienta que uma democracia avançada não trata os cidadãos como súditos, mas como membros do povo soberano, e que isso não é um direito natural idealista, mas um direito de cada pessoa.

Santos (2002, p. 76-77), ao mencionar que não há razão para a democracia assumir apenas uma forma, propõe uma combinação entre a democracia participativa e representativa, consignando que essa junção “pressupõe o reconhecimento pelo governo de que o proceduralismo participativo, as formas públicas de monitoramento dos governos e nos processos de deliberação pública podem substituir parte do processo de representação”.

Em se tratando de gestão municipal, a participação efetiva da população na elaboração e fiscalização do Plano Diretor municipal mostra-se instrumento essencial à proteção e administração dos espaços urbanos, bem como oportunidade de ampliação da democracia. Existe previsão de participação, na legislação infraconstitucional, denominada Estatuto da Cidade; porém, apresenta, sobretudo, caráter formal. O fato de que a efetiva participação social se encontra em estágio de baixa eficácia, remete à consideração de que as culturas administrativa e jurídica possuem bases em um período anterior, isto é, a gestão urbana municipal é, ainda, muito incipiente no País.

A gestão democrática, entendida por Ribeiro (2003, p. 114), como a “distribuição social mais equitativa dos custos e benefícios da urbanização”, está definida, no plano local, pelo instrumento de participação da coletividade no Plano Diretor,¹ com normas e objetivos gerais da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, art. 182, *caput*) e do Estatuto da Cidade (BRASIL, Lei 10.257/2001, art. 40, § 4º, I). O Capítulo III do Estatuto da Cidade garante, desta forma, a participação da comunidade na elaboração e fiscalização do Plano Diretor, em audiências públicas.

¹ A cidade que possuir mais de 20 mil habitantes é obrigada a estabelecer o Plano Diretor, conforme art. 182, § 1º e 2º da CF/88.

Para garantir essa participação, é dever dos Poderes Legislativo e Executivo municipais promoverem “audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade” (BRASIL, Lei 10.257, 2001, art. 40, § 4º, I). Em outras palavras, é garantida a participação social, mediante criação de espaços pelos Poderes Executivo e Legislativo. Nesse sentido, asseveram Ribeiro e Cardoso:

A elaboração de planos diretores deve ser encarada como uma forma de defesa do compromisso do poder público em assegurar um determinado nível de bem-estar coletivo; partindo-se desse ponto de vista, torna-se um desafio a busca de um novo formato de planejamento que seja capaz de gerar intervenções governamentais que efetivamente promovam a melhoria das condições urbanas de vida, sobretudo para o conjunto dos trabalhadores. (2003, p. 108).

O bem-estar da população local depende da oportunidade que lhe é oferecida de manifestação, uma vez que a cidade é o local de maior concentração populacional² (IBGE, 2010, p. 108-110). Ainda, é por meio da previsão legal de participação social e de associações representativas que os cidadãos têm um forte “instrumento de pressão para que expressem seus interesses” (RIBEIRO, 2003, p. 112) que, geralmente, são contrários aos interesses de setores específicos locais, tais como: construtoras, empreendedores e políticos.³ Ribeiro e Cardoso (p. 112), enfatizam que essa experiência “levará à superação das reivindicações ‘a varejo’ e suas virtuais implicações nocivas: a cooptação e o clientelismo”.

Cabe ressaltar que a população de baixa renda, excluída da cidade formal, geralmente encontra sua permanência no espaço urbano irregular e/ou em outros passíveis de riscos:

Suas estratégias de sobrevivência no espaço urbano têm-se materializado nos processos de favelização e periferização, onde prevalecem as irregularidades e a ilegalidade do acesso à terra e precárias condições de sobrevivência, pela carência quantitativa e qualitativa dos equipamentos e

² Segundo o Censo 2010, 81% da população brasileira vive nas cidades.

³ Acerca dos diversos atores sociais, Ribeiro e Cardoso (2003, p. 109-110) identificam os seguintes: “Os proprietários fundiários e imobiliários; os incorporadores e a construção civil; os empreiteiros de obras públicas; os concessionários de serviços públicos e as camadas sociais médias e altas que buscam manter ou melhorar as condições de vida do seu habitat, de forma a reproduzir e ampliar a sua distância social em relação às camadas populares”.

serviços urbanos, e por grandes dificuldades de acesso ao sistema de transporte, impedindo assim sua mobilidade plena no espaço da cidade. (RIBEIRO; CARDOSO, 2003, p. 109- 110).

Correia (2003, p. 154) salienta que é neste contexto decisório que o controle social de Políticas Públicas vislumbra a garantia de uniformidade do acesso aos diversos bens e serviços disponíveis e indispensáveis à população. A política de gestão urbana, assim, deverá compatibilizar o debate entre os diversos atores sociais interessados. Complementa Ribeiro:

[...] assumir claramente um compromisso com o planejamento e materializá-lo em planos e projetos voltados para a redução das desigualdades sociais da cidade capitalista⁴ parece-nos hoje tarefa fundamental para o desenvolvimento de formas mais democráticas e justas de vida em nossas cidades, viabilizando uma reforma urbana abrangente e eficaz. (RIBEIRO; CARDOSO, 2003, p. 118).

A participação é utilizada, em alguns casos, como instrumento de legitimação do controle do Estado, diante de tensões decorrentes de conflitos sociais, tendo em vista que, por meio da participação induzida, procura-se a neutralização dos conflitos. A sociedade é estimulada a cooperar para “integrar-se” socialmente, de modo a mascarar o caráter excludente das políticas públicas. (CORREIA, 2003, p. 160). Não obstante, o fomento à participação efetiva e bem-informada não deixa de ser um importante meio de combate ao clientelismo e ao patrimonialismo, e um instrumento de superação daquele modelo burocrático de gestão que afasta dos processos decisórios seus principais protagonistas e destinatários. Continua sendo um desafio, desta forma, a realização de um amplo diagnóstico a respeito da participação popular nas audiências públicas municipais, levantando as dificuldades, lacunas e subversões ali observadas, a fim de instrumentalizar o debate sobre o fomento de processos

⁴ Roberto Lobato Corrêa (1999, p. 7-10) consigna que cidade do capital, desde a sua concepção, foi calculada para que as relações humanas fossem baseadas no consumo exacerbado, no detimento ao meio ambiente, na supressão da pluralidade e na violência urbana. Não obstante, a cidade capitalista é profundamente desigual e mutável, razão pela qual as condições e relações de produção são reproduzidas por obras fixadas pelo homem, na constituição do meio ambiente artificial.

decisórios mais democráticos, inclusivos e eficazes, na construção de uma cidade para todos.

A participação popular, portanto, ocupa um lugar decisivo na formulação do conceito de democracia. Nesta perspectiva, Souza (2004, p. 333-334) aponta que, muito embora esse instrumento não elimine erros e, tampouco, garanta acertos – tendo em vista que a coletividade pode, livre e soberanamente, tomar uma decisão entendida como injusta ou equivocada –, ela pode “contribuir para minimizar certas fontes de distorção”. Segundo o autor, a ideia de que especialistas devem decidir em nome da maioria é uma falácia, porque grande parte desses técnicos não busca interpretar as necessidades da população à luz de seus próprios valores e critérios. (SOUZA, 2004, p. 333-334). A falta de conhecimento acerca das demandas populares, combinada com a arrogância tecnicista, não resulta somente no desperdício de esforços, tempo e recursos, mas na ineficácia de leis e planos que, ainda que cumpridos, não dialogam com as reivindicações das camadas mais pobres da população.

Nessa temática, Pereira (2007) observa que alguns técnicos envolvidos, por exemplo, nos processos de elaboração de planos diretores municipais estão ainda fortemente vinculados ao pensamento tecnocrático, ficando angustiados por não poderem dar respostas a todos os problemas da cidade e não possuírem todos os dados sobre ela. É perceptível, para o geógrafo, a “desproporção de dados levantados pela leitura técnica e pela leitura comunitária, esta última, muitas vezes, vista apenas como requisito formal da lei podendo contribuir muito pouco para o ‘diagnóstico da cidade’”. (PEREIRA, 2007, 319). Quando os cidadãos tomam parte de processos decisórios, para Souza (2006, p. 53-54) existe igualdade de condições e garantia de acesso igualitário às informações, de modo que a deliberação detém conhecimento de causa. A participação, assim, pode propiciar o exercício pleno da cidadania e da autonomia, equivalente à maior e melhor integração da sociedade, sendo, portanto, a alma de uma gestão que objetiva o real exercício democrático. (SOUZA, 2004, p. 335).

3 A supremacia dos interesses individuais e os obstáculos à concretização da democracia

As discussões trazidas até aqui abordam conceitos amplos, que objetivam a reflexão da matéria ao diagnóstico em si; para melhor compreendê-los e, especialmente, testar a eficácia desses conceitos. É possível aplicar o aporte teórico apresentado a um caso concreto. Para tanto, utilizou-se como pano de fundo o espaço urbano, no qual é possível efetivar o exercício da democracia participativa – por meio da gestão democrática –, e perceber os obstáculos à sua efetivação –, tendo em vista a mercantilização da cidade e os interesses do setor imobiliário. Nesse contexto, para melhor compreensão do objeto prático, aborda-se, respectivamente, os empecilhos para a efetivação da democracia – dentro de um contexto de democracia liberal e capitalista – a cidade como mercadoria e o direito à cidade; posteriormente, faz-se o estudo de caso das audiências públicas para elaboração do Plano Diretor de Florianópolis/SC. Com base nesse diagnóstico, fica clara a diferença entre o discurso e a prática democrática, o motivo pelo qual há essa discrepância e quem se beneficia com essa situação.

3.1 As dificuldades da democracia e da participação popular

Com base no exposto anteriormente, conclui-se que não se pode definir democracia, tão somente, como o governo em que a maioria domina, tendo em vista que a mera quantidade de pessoas nem sempre garante a efetividade de seus interesses. Sobre isso, Aristóteles propõe o seguinte exemplo:

Seja um povo composto de mil e trezentas pessoas ao todo; dentre estas mil trezentas pessoas, suponhamos mil ricas que excluem do governo os trezentos pobres, embora livres e semelhantes a elas a qualquer outro respeito; ninguém dirá que isso é uma democracia. (1998, p. 120).

Essa concepção vigorou até o último quartel do século XVIII; no século seguinte, o conceito de democracia passou a se distanciar de seu significado antigo, conforme explica Wood:

Assim como as classes dominantes buscaram diversas maneiras de limitar na prática a democracia de massa,⁵ elas também adotaram estratégias ideológicas que visavam estabelecer limites para a democracia na teoria. E, assim como “domesticaram” as teorias revolucionárias [...], também se apropriaram da democracia e a naturalizaram, incorporando seu significado aos bens políticos que seus interesses particulares podiam tolerar. (2003, p. 194-196).

A partir daí o poder popular deixou de ser critério principal de valor democrático, havendo uma separação entre a *democracia* e o *demos*. O Estado – convinte com essa separação – tende a produzir, como vetor resultante em termos de ações, “intervenções conforme interesses de grupos e classes dominantes, que dispõem de mais recursos e maior capacidade de influência”. (SOUZA, 2004, p. 326). Existe uma esfera econômica distintiva, com seu próprio sistema de compulsão e coerção, suas próprias formas de dominação, suas próprias hierarquias. (WOOD, 2007, p. 423). Essa esfera econômica é protegida por um Estado corrompido e clientelista, subordinado à atividade econômica, caracterizando uma nova faceta da democracia, que se encontra reduzida ao liberalismo:

A democracia liberal deixa intocada toda a nova esfera de dominação e coação criada pelo capitalismo, sua transferência de poderes substanciais do Estado para a sociedade civil, para a propriedade privada e as pressões do mercado. Deixa intocada vastas áreas de nossa vida cotidiana – no local de trabalho, na distribuição do trabalho e dos recursos – que não estão sujeitas à responsabilidade democrática, mas são governadas pelos poderes da propriedade, pelas “leis” do mercado e pelo imperativo da maximização do lucro. (WOOD, 2003, p. 201).

A autora complementa alegando que o capitalismo “torna possível uma forma de democracia em que a igualdade formal de direitos políticos tem efeito mínimo sobre as desigualdades ou sobre as relações de dominação e de exploração em outras esferas” (WOOD, 2003, p. 103). Se antigamente a democracia significava o governo “do povo, para o povo, pelo povo” ou, ainda, “dos pobres ou das pessoas menos favorecidas”, recentemente, mais parece um

⁵ Gentilli (2005, p. 95), ao citar Salvatore Veca, aponta que a expressão “democracia de massas” alude a uma efetiva socialização da política a um governo de cidadãos, não de súditos. O autor refere, também, que termo “massa” diz respeito a um grupo de pessoas livres e emancipadas, vistas na sociedade como politicamente autônomas e conscientes, capazes de viver em civilização, não na barbárie.

conceito demagógico, utilizado como disfarce ideológico para a satisfação de interesses pessoais.

O capitalismo tornou possível uma democracia limitada, mais “formal” do que “substantiva”, algo nunca antes factível.⁶ (WOOD, 2007, p. 417). Dessa forma, o capitalismo é, em sua análise final, incompatível com a democracia, se por esta compreendermos, tal como o indica sua significação literal, o poder popular ou o governo do povo. (WOOD, 2007, p. 418). Nunca houve uma sociedade capitalista na qual não tenha sido atribuído à riqueza um acesso privilegiado ao poder:

[...] a existência do capitalismo depende da sujeição aos ditames da acumulação capitalista e às “leis” do mercado das condições de vida mais básicas e dos requisitos de reprodução social mais elementares, e esta é uma condição irredutível [...]. Toda prática humana que possa ser convertida em mercadoria deixa de ser acessível ao poder democrático. Isso quer dizer que a democratização deve ir da mão da “desmercantilização”. Mas desmercantilização por definição significa o final do capitalismo. (WOOD, 2007, p. 418).

Refém de privilégios econômicos, a ação estatal, combinada com esforços de oligarquias, traveste-se de democracia e age contra o povo. Essa elite usufrui o poder sempre em proveito próprio, comprometendo com o processo de gestão democrática, uma vez que é baixíssimo o grau de legitimidade participativa. A inexistência da participação popular certifica “a farsa do sistema, assinalando o máximo divórcio entre o povo e as suas instituições de Governo”.⁷ (BONAVIDES, 2008, p. 26).

Aos defensores da democracia real, resta compreender que ela só é vigorosa na medida em que é subsidiada por um desejo de liberação que se volta contra as formas de autoridade e repressão que atingem a experiência mais pessoal (TOURAIN, 1996, p. 23); a democracia, assim sendo, implica a ruptura com as tradições estabelecidas e na tentativa de instituição de novas determinações, normas, leis. (SANTOS, 2002, p. 51). Sobretudo, para Touraine (1996, p. 24-25), a democracia é “a luta de sujeitos, impregnados de sua cultura

⁶ As críticas de Wood, transcritas acima, são dirigidas à democracia representativa, muito embora os apontamentos sirvam para diagnosticar os entraves à efetivação da democracia participativa, ou, até mesmo, a democracia em si.

⁷ Muito embora a constatação de Paulo Bonavides em muito se encaixe no contexto apresentado alhures, observa-se que ela é utilizada pelo autor, originalmente, para criticar a democracia representativa

e liberdade, contra a lógica dominadora dos sistemas”, e seu grande desafio é “produzir a diversidade em uma cultura de massa”, tendo em vista que o regime democrático é a forma política que garante a maior liberdade ao maior número de pessoas, pois protege e reconhece a diversidade.

Em se tratando do espaço urbano, a gestão democrática também se depara com esse tipo de conflito, tendo em vista que as cidades viraram objeto de comércio, em que a propriedade⁸ detém um valor de troca.

Mediante políticas urbanas que oportunizam a defesa de interesses de grupos específicos, a cidade torna-se uma mercadoria:⁹ produto acessível apenas para turistas ou moradores das classes mais altas; em uma palavra, o consumidor. Não bastasse o alto valor de moradias e terrenos imposto pelo setor imobiliário, o Poder Público mantém esse mercado aquecido, na medida em que realiza obras de infraestrutura, capazes de alavancarem ainda mais os valores cobrados. Dessa forma, Bava salienta que “a vida nas cidades se transformou numa mercadoria” e acrescenta:

[...] O espaço público se fragmentou, se privatizou, a segregação se impôs. Bairro rico de um lado, com todos os tipos de serviços públicos disponíveis, shoppings, espaços de lazer, polícia privada garantindo a segurança. Bairros pobres e favelas de outro, ocupações com habitações precárias autoconstruídas, sem esgoto e muitas vezes sem água potável, com a eletricidade vinda de ligações clandestinas, em áreas de risco sujeitas a deslizamentos e inundações, sem equipamentos de educação e saúde, sem transporte público adequado, acossados por uma polícia que criminaliza a pobreza. (BAVA, 2017, s/p.).

Rodrigues (2007) refere que a cidade-mercadoria não é negociável no mercado como um objeto e que não se transmite a “propriedade da cidade em sua totalidade”. O que se vende são fragmentos de lugares, polos de

⁸ Por “propriedade”, entende-se aquela comercializada tanto para fins de moradia, como para fins de prestação de serviços.

⁹ Sobre cidade-mercadoria, entre outros: COUTINHO, Ronaldo. Direito ambiental das cidades: questões teórico-metodológicas. In: COUTINHO, Ronaldo; ROCCO, Rogério (Org.). *O direito ambiental das cidades*. 2. ed. rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; VAINER, Carlos. Quando a cidade vai às ruas. In: MARICATO, Ermínia et al. *Cidades rebeldes: passe Livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2013. GRASSI, Karine; SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. Cidade-Direito versus cidade-mercadoria: a participação popular como instrumento de combate à pobreza política. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 12., 2015, Santa Cruz do Sul. *Anais...* Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2015.

investimentos para capitalistas nacionais e estrangeiros, com o objetivo de aumentarem lucros, rendas e juros, explica a autora. Os fragmentos de lugares para eventos, atividades turísticas e de investimento, visando à incorporação imobiliária de bairros nobres, de condomínios murados e, como totalidade, a cidade-mercadoria vende imagem de prefeitos como “gestores” capitalistas.

Para Maricato a questão está relacionada com “autocronstrução” das moradias:

Em países periféricos ou semi-periféricos e dependentes, como o Brasil, onde a industrialização se deu com salários deprimidos e grande parte dos trabalhadores não se integrou ao mercado de trabalho formal, a moradia também não é obtida regularmente via mercado imobiliário. Frequentemente, mesmo o trabalhador empregado na indústria fordista, não tem poder aquisitivo para comprar sua moradia no mercado legal privado. São por demais conhecidos os expedientes de ocupação de terra e auto-construção da moradia, aos quais apelou a maior parte da população, durante o processo de urbanização da sociedade brasileira, com graves consequências sociais e ambientais como já foi mencionado. (MARICATO, 2002, s/p.).

A autora acrescenta, por fim, que essa cidade deve dispor dos serviços e equipamentos exigidos das cidades globais, ou seja, “hotéis cinco estrelas, centros de convenções, polos de pesquisa tecnológica, aeroportos internacionais, etc., a fim de vender-se com competência”. (2014, p. 20). Esse espaço urbano, visto como mero produto, causa segregação urbana¹⁰ e viola uma série de direitos, sobretudo, o chamado “direito à cidade”, entendido como uma forma superior dos direitos, de acordo com Lefebvre:

O direito à cidade se manifesta como forma superior dos direitos: direito à liberdade, à individualização na socialização, ao habitat e ao habitar. O direito à obra (à atividade participante) e o direito à apropriação (bem distinto do direito à propriedade), estão implicados no direito à cidade. (2001, p. 135).

¹⁰ De acordo com Villaça (2001, p. 143), o mais conhecido padrão de segregação da metrópole brasileira é o do centro *versus* periferia: “O primeiro, dotado da maioria dos serviços urbanos, públicos e privados, é ocupado pelas classes de mais alta renda; a segunda, subequipada e longínqua, é habitada, na maioria, pelos excluídos”; pode-se observar, nesse cenário, que o espaço atua como um mecanismo de exclusão.

Esse conceito, portanto, não pode ser entendido com um simples direito de visita ou de retorno às cidades tradicionais, pois só pode ser formulado como direito à vida urbana, transformada, renovada. (LEFEBVRE, 2001, p. 116-117). Em linha de raciocínio semelhante, Harvey define o direito à cidade:

El derecho a la ciudad es por tanto mucho más que um derecho de acceso individual o colectivo a los recursos que esta almacena o protege; es un derecho a cambiar y reinventar la ciudad de acuerdo con nuestro deseos. Es, además, un derecho más colectivo que individual, ya que la reinvención de la ciudad depende inevitablemente del ejercicio de un poder colectivo sobre el proceso de urbanización. La libertad para hacer y rehaceremos a nosotros mismo y a nuestras ciudades es, como argumentaré, uno de los más preciosos pero más descuidados de derechos humanos. (2013a, p. 20).

Portanto, o direito à cidade é compreendido, nos termos de Harvey, não só como o usufruto de benefícios disponibilizados pelos órgãos públicos, mas principalmente como o direito de modificá-la (2013b, p. 28); entendendo que a cidade-mercadoria acolhe as demandas da elite – no caso, de empreendedores do setor imobiliário –, mudar a cidade significa transformá-la de acordo com as demandas dos segregados urbanos, a qual não vê a cidade como um objeto de valor ou lucro, mas de efetivação de uma série de direitos.¹¹

Fica claro que, para além de pleitos de benfeitorias nos serviços prestados pelos órgãos governamentais, os cidadãos devem demonstrar suas necessidades e pontos de vista, e a administração local, além de permitir essa participação, deve construir espaços adequados para tanto. As violações do direito e a mercantilização das cidades poderiam ser combatidas por meio do Plano Diretor, construído com a participação popular; ocorre que o exercício da democracia participativa representa uma ameaça ao mercado imobiliário, uma vez que as demandas majoritárias nos parecem mais interessadas em buscar, por exemplo, equipamentos públicos que atendam às necessidades básicas da população – os quais não agregam valor à cidade. Ademais, em que pese existir previsão legal para a gestão democrática na elaboração e execução de planos diretores (BRASIL. Lei 10.257, 2001, art. 2º, II), a legislação federal é vaga, delegando a criação de

¹¹ Para exemplificar tais “direitos”, leia-se o art. 2º, inciso I, da Lei 10.257/01, cujo rol é, diferentemente do direito à cidade de Lefebvre e Harvey, taxativo.

requisitos e procedimentos, assim como a fiscalização desse mecanismo, aos municípios.

Dessa forma, coloca-se em questão a efetividade da participação popular nos planos diretores, uma vez que os requisitos legais postos mostram-se, com frequência, insuficientes para tanto. Geralmente, o fato de que audiências públicas ocorreram basta para sustentar a presunção de que teria existido, em dada situação, ampla possibilidade de debates entre gestores e população, de que as reivindicações, opiniões e percepções de riscos urbanos teriam sido efetivamente considerados pelo órgão da administração. Assim, a compreensão meramente formal do requisito legal de participação tende a cobrir com uma aura de legitimidade processos decisórios, em que a percepção social dos problemas – e até mesmo a evidência de vícios técnicos ou jurídicos – foi amplamente desconsiderada, sonegada ou contraposta.

Em estudo de muitos planos diretores brasileiros, realizado pela Rede de Avaliação dos Planos Diretores Participativos, Ribeiro e Santos Júnior comprovam que, de fato, existe a incorporação dos elementos e instrumentos (diretrizes, definições e objetivos da política habitacional, da política de saneamento urbano e mobilidade, gestão democrática, etc.) do Estatuto da Cidade; porém, os autores atentam para o descompasso com a realidade: “Apesar dos avanços no discurso relativo ao direito à cidade, este não se traduz na definição de metas e estratégias efetivas para o enfrentamento da problemática urbana das cidades pesquisadas” (2011, p. 5).

O pensamento de Pereira corrobora, assim, quando afirma a necessidade de adaptação da sociedade/gestor administrativo para a mudança na gestão das cidades e o processo participativo:

O Estatuto da Cidade é condição necessária, mas não suficiente para a construção deste novo tipo de planejamento; o poder público municipal tem papel preponderante na condução do processo: não é suficiente convencê-lo sobre a importância da participação, é preciso convertê-lo ao processo participativo. (2007, p. 322).

Ainda que a decisão final do Plano Diretor não esteja vinculada às demandas da população, tamanha discricionariedade administrativa pode ser questionada. O Poder Público deve estabelecer outros parâmetros mais claros e

objetivos acerca da condução desses espaços participativos, e a forma pela qual será levada em consideração a fala dos presentes.

Em muitos casos, a comunidade encontra “obstáculos” para participar das audiências públicas, resultado de variados interesses envolvidos na modificação do solo urbano. Há, ainda, o fato de que muitas das audiências realizadas, com efetiva presença da coletividade, são exemplos de informações demasiadamente técnicas ou precárias, com a população despreparada e facilmente manipulável.

Cymbalista (2007, p. 28) apresenta, a título de exemplo, a situação de Fortaleza/CE, “cuja prefeitura, após construir um plano diretor ‘de gabinete’, sem participação popular, foi alvo de intensa mobilização social que acabou por invalidar o processo, que teve que ser reiniciado e reconduzido a partir das diretrizes do Estatuto da Cidade”.

As duas últimas atualizações do Plano Diretor de Florianópolis/SC (2014 e 2017) ocorreram e ocorrem com diversos impasses divulgados tanto pela imprensa quanto pela academia, por apresentar falhas na elaboração do texto (desde a construção até o teor final da lei) no caso do Plano de 2014, fator que contribuiu para questionar sua constitucionalidade à época. A atualização em trânsito também está caracterizada por inconsistências e intervenções do Poder Judiciário, especialmente no que tange à participação da população em audiências públicas. O próximo item apresentará a trajetória da elaboração e aprovação do Plano Diretor em vigor (2014) e, por fim, as modificações propostas para 2017, na formulação do referido documento legal.

3.2 Estudo de caso de Florianópolis/SC: os planos de 2014 e 2017

A capital catarinense possui peculiaridades geográficas que demandam planejamento e controle da ocupação dos locais caracterizados por ecossistemas frágeis. Nem todos os espaços estão aptos à ocupação. Há que se levar em conta também as necessidades da comunidade (local ou turística) e as reais necessidades de expansão urbana, contrárias às pressões imobiliárias. É mediante o controle realizado pela população e sua participação na modificação do Plano Diretor municipal, que as políticas públicas são criadas para, de fato, defenderem o direito à cidade.

O Plano Diretor vigente¹² contempla o Estatuto da Cidade, ao tornar a gestão democrática e participativa um de seus princípios fundamentais (Lei Complementar 482, 2014, art. 8º, V), garantida pela realização de audiências públicas (Lei Complementar 482, 2014, art. 298, I). Ocorre que a previsão legal da gestão democrática não garante que ela, de fato, ocorra. Ademais, embora a prefeitura alegue¹³ que realizou reuniões em bairros, a aprovação da redação final do Plano Diretor em vigor coloca esse argumento em cheque, tendo em vista o lamentável episódio ocorrido na data de aprovação da redação final.

Na oportunidade, enquanto os parlamentares votavam e debatiam a redação apresentada, do lado de fora da Câmara de Vereadores, alguns manifestantes, contrários ao projeto em pauta, buscavam participar do processo. A Guarda Municipal permitiu a entrada de oitenta e cinco pessoas na Casa, alegando estar mantendo o limite permitido para participação popular. (HANGAI, 2014). Após o término da sessão, houve conflito entre policiais militares e manifestantes, os quais utilizavam palavras de ordem como “ilha da magia, ela é do povo e não da burguesia” (HANGAI, 2014) e “menos andares, mais verde, mais discussão”. (TAVELLA, 2014). De acordo com a imprensa local, a ação truculenta da polícia deixou ao menos cinco pessoas feridas (ANUNCIAÇÃO, 2017) e outra com traumatismo craniano (FIAMONCINI, 2017). Na semana seguinte à aprovação em 2014, houve outra manifestação. (TAVELLA, 2014).

Não obstante, o mesmo Plano Diretor foi questionado judicialmente, na época da tramitação do seu projeto, após ajuizamento da Ação Civil Pública n. 5021653-98.2013.404.7200/SC pelo Ministério Público Federal, motivado, principalmente, pela falta de participação social na formulação do texto final. A prefeitura, dentre outras alegações, contestou a ação, argumentando que foram mais de sete anos de debates com a população, nos doze distritos da cidade. Alegou, ainda, o princípio da autonomia do município. (SANTA CATARINA, 2013).

O juízo competente suspendeu liminarmente a tramitação, no final de 2013, e decidiu pela informação e oitiva da população local, em cumprimento à legislação, sob pena de multa. (SANTA CATARINA, 2013). Sem acordo em audiência conciliatória, o magistrado Marcelo Krás Borges, na sentença, rebateu os

¹² Lei Complementar 482, de 17 de janeiro de 2014, que institui o Plano Diretor de Florianópolis.

¹³ Alegação presente no processo judicial, que será abordado a seguir.

argumentos, julgou procedente a ação e, em especial, cabe transcrever o seguinte trecho:

[...] A autonomia do Município não é um princípio ilimitado, não podendo ensejar o desenvolvimento desordenado que sempre foi realizado nas grandes cidades do Brasil. Também o direito fundamental à participação popular através de audiências públicas não poderia ser suprimido, sob a alegação da autonomia municipal. A participação popular, como antes explicado, é um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Assim, seu exercício não poderia jamais ser fraudado ou suprimido, sob de ocorrer verdadeira fraude à democracia. Quanto ao mérito, entendo que o Município de Florianópolis está tentando alterar a verdade dos fatos. Com efeito, o Município entende que houve mais de sete anos de discussão em relação ao Plano Diretor. **Tal afirmação não corresponde à verdade dos fatos.** (sem grifos no original) Com efeito, as discussões a respeito do Plano Diretor efetivamente se iniciaram há sete anos. Todavia, o Ministério Público Federal trouxe provas documentais inequívocas de que em 2008 o IPUF [Instituto de Planejamento Urbano de Florianópolis] desmontou as estruturas dos núcleos distritais e deixou de convocar as reuniões do Núcleo Gestor, justamente quando estava sendo preparada audiência pública para discutir o anteprojeto. Assim, o processo de participação foi justamente interrompido quando o anteprojeto iria ser devidamente analisado. A Prefeitura, na época, preferiu que uma empresa de consultoria elaborasse o anteprojeto de lei. [...] revela-se necessário que a União mude sua forma de agir, de forma a tomar medidas administrativas, tais como resoluções, orientações, ofícios, bem como envio de representantes nas audiências públicas, de modo a não tornar a autonomia municipal um dogma absoluto e ilimitado, de modo a causar danos irreparáveis ao Estado Democrático de Direito e ao meio ambiente. (sem grifos no original). (SANTA CATARINA, 2013, 2014).

O magistrado, ainda, afastou a alegação da prefeitura, quanto à realização de oficinas técnicas para suprir a participação da população, uma vez que a ideia é a construção coletiva do plano diretor e não a sua apresentação. Fixou o prazo de sessenta dias para a oitiva da população (informada), a fim de elaborar o Plano Diretor; fixou multa (dez milhões de reais), bem como improbidade administrativa ao Prefeito, em caso de descumprimento. (SANTA CATARINA, TRF4, 2013, 2017).

A lei em vigor foi aprovada em 2014 com 305 modificações e questionada judicialmente, conforme relatado anteriormente. No ano em curso ocorrem novas atualizações no Plano Diretor do Município de Florianópolis, e as polêmicas permanecem, especialmente com diversos debates de ordem política

e jurídica, com o mesmo impasse: falta de participação popular. As audiências públicas, que ocorreram no ano de 2016 e 2017, na sua maioria por determinação judicial, contaram com pouco envolvimento da população, conforme relata a mídia, sobretudo por pouca visibilidade e divulgação das datas. (THOMÉ, 2017).

A última audiência pública, para rever o anteprojeto do Plano Diretor foi suspensa judicialmente (SANTA CATARINA, TRF4, ACP n. 5021653-98.2013.404.7200, 2017), em razão do pedido do Ministério Público de Santa Catarina (MPSC), para que a prefeitura esclarecesse “quais pontos do texto foram debatidos em audiência e quais foram colocados sem consenso popular” (G1/SC, 2017a). Após, ocorreu uma audiência de conciliação (em 28 de julho de 2017) entre o MPSC e a prefeitura, na Justiça Federal. Ficou acordado um cronograma para as atividades de atualização do Plano Diretor. (G1/SC, 2017b). Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em decisão monocrática, acatou o recurso da Prefeitura de Florianópolis e suspendeu todo o trâmite de atualização da legislação municipal, até análise do Colegiado do Tribunal (RBS TV, 2017). Desde modo, o texto vigente é o Plano Diretor de 2014 e a condução dos trabalhos voltará a ter a responsabilidade da Prefeitura de Florianópolis.

4 Considerações finais

A democracia, entendida aqui como a possibilidade de governo do povo, possui também a categoria participativa que, ao ampliar seu conceito inicial, abre espaço para a tomada de decisões coletivas diretamente pela população. Especificamente, o Plano Diretor, a legislação de cada município, deve contemplar a participação da sociedade para a construção/alteração de seu texto, isto é, a gestão democrática do espaço urbano.

Entretanto, a previsão legal de que o administrador municipal deve observar e proporcionar espaço e informações adequados, para que a população possa, de fato, participar, nem sempre é suficiente. O caso apresentado neste artigo – Florianópolis/SC – demonstra a impossibilidade de diálogo aberto com a sociedade, uma vez que não participou da construção do texto da lei; de fato sanado apenas por decisão judicial em primeira instância e, posteriormente, revogado na segunda instância.

Pode-se afirmar, portanto, que a ideologia construída em torno do espaço urbano e a sua mercantilização impedem, de maneira negativa, que a democracia participativa seja efetivada. Os reclames e as necessidades de uma população não serão contemplados apenas pelos serviços e bens disponibilizados pelo Poder Público. É aqui que o direito à cidade deve ser confirmado, também, como o direito de modificação do espaço em que se vive, tendo em vista não apenas o crescimento e lucro do setor imobiliário, mas as necessidades de seus habitantes e, sobretudo, daqueles que mais precisam da tutela do Estado.

Referências

- ANUNCIAÇÃO, Cristiano. *Votação final do Plano Diretor da capital de SC começa com protesto*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2014/01/votacao-final-do-plano-diretor-da-capital-de-sc-comeca-com-protesto.html>>. Acesso em: 6 maio 2014.
- ARISTÓTELES. A política. São Paulo: M. Fontes, 1998.
- BAVA, Silvio Caccia. A cidade como mercadoria. *Le Monde Diplomatique Brasil*. Disponível em: <<https://diplomatique.org.br/a-cidade-como-mercadoria/>> . Acesso em: 22 ago. 2017.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado 1988.
- BRASIL. Lei 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.
- CORREIA, Claudia. Gestão democrática da cidade: construindo uma nova política. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lucio (Org.). *Reforma urbana e gestão democrática: promessas e desafios do Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Revan; FASE, 2003.
- COUTINHO, Ronaldo. Direito ambiental das cidades: questões teórico-metodológicas. In: COUTINHO, Ronaldo; ROCCO, Rogério (Org.). *O direito ambiental das cidades*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CYMBALISTA, Renato. Instrumentos de planejamento e gestão da política urbana: um bom momento para uma avaliação. In: BUENO, Laura Machado de Mello; CYMBALISTA, Renato (Org.). *Planos diretores municipais: novos conceitos de planejamento territorial*. São Paulo: Annablume, 2007. p. 25-32.

FIAMONCINI, Marina. Manifestante agredido pela PM em confronto passa por exames médicos. Disponível em:
http://www.tudosobrefloripa.com.br/index.php/desc_noticias/manifestante_agredido_pela_pm_durante_confronto_passa_por_examens_medicos. Acesso em: 20 ago. 2017.

FLORIANÓPOLIS. Prefeitura de Florianópolis. Lei complementar nº 482, de 17 de janeiro de 2014. Institui o Plano Diretor de urbanismo do município de Florianópolis que dispõe sobre a política de desenvolvimento urbano, o plano de uso e ocupação, os instrumentos urbanísticos e o sistema de gestão. Disponível em: <<http://www.pmf.sc.gov.br/sites/planodiretor/?cms=plano+diretor+de+florianopolis>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

GENTILLI, Victor. *Democracia de massas: jornalismo e cidadania*. Porto Alegre: Edipucrs, 2005.

GRASSI, Karine; SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. Cidade-direito versus cidade-mercadoria: a participação popular como instrumento de combate à pobreza política. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 12., 2015, Santa Cruz do Sul, Anais... Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2015.

G1/SC. Prefeitura de Florianópolis tem até 6 de julho para realizar a última audiência do Plano Diretor. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/prefeitura-de-florianopolis-tem-ateo-dia-6-de-julho-para-realizar-a-ultima-audiencia-do-plano-diretor.ghtml>>. Acesso em: 20 ago. 2017a.

_____. Em audiência, MPF e Prefeitura de Florianópolis decidem cronograma para conferência do Plano Diretor. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/em-audiencia-mpf-e-prefeitura-de-florianopolis-decidem-cronograma-para-conferencia-do-plano-diretor.ghtml>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

HANGAI, Luis Antonio. Confusões ocorreram antes e depois da votação do Plano Diretor. Disponível em: <<http://dc.clicrbs.com.br/sc/noticias/noticia/2014/01/confusoes-ocorreram-antes-e-depois-da-votacao-do-plano-diretor-4382720.html>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

HARVEY, David. *Ciudades rebeldes: del derechos de la ciudad a la revolución urbana*. Trad. de Juanmari Madariaga. Madrid: Ediciones Akal, 2013a.

_____. A liberdade da cidade. In: MARICATO, Ermínia[t al. *Ciudades rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2013b.

HOUAIS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Censo 2010*. Disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br/apps/atlas/>>. Acesso em: 20 ago. 2017. p. 108-110.

LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. 2. ed. São Paulo: Centauro, 2001.

MARICATO, Ermínia. A Copa do Mundo no Brasil: tsunami de capitais aprofunda a desigualdade urbana. In: JENNINGS, Andrew et al. *Brasil em jogo: o que fica da Copa e das Olimpíadas?* São Paulo: Boitempo, 2014.

_____. *Erradicar o analfabetismo urbanístico*. 2002. Disponível em: <http://www.fau.usp.br/deprojeto/labhab/biblioteca/textos/maricato_analfabetismourbano.pdf> Acesso em: 22 ago. 2017.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

RBS/TV. STJ suspende processo de revisão do Plano Diretor de Florianópolis. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/stj-suspende-processo-de-revisao-do-plano-diretor-de-florianopolis.ghtml>>. Acesso em 29 ago. 2017.

RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lucio Cardoso. Plano Diretor e gestão democrática da cidade. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lucio (Org.). *Reforma urbana e gestão democrática: promessas e desafios do Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Revan: FASE, 2003.

RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; SANTOS JÚNIOR, Orlando Alves. Desafios da questão urbana. *Le monde diplomatique Brasil*, ano 4, n. 45, p. 5-6, abr. 2011.

RODRIGUES, Artele Moysés. A cidade como direito. In: COLOQUIO INTERNACIONAL DE GEOCRÍTICA. LOS PROBLEMAS DEL MUNDO ACTUAL: SOLUCIONES Y ALTERNATIVAS DE LA GEOGRAFIA Y LAS CINEICAS SOCIALES, 9., 2007, Porto Alegre. *Anais...* Porto Alegre: UFRGS, 28 de maio – 1º de junho de 2007.

SANTA CATARINA. Tribunal Regional Federal 4ª Região. *Ação Civil Pública n. 5021653-98.2013.404.7200/SC*. Decisão liminar de 18 de dezembro de 2013. Juiz Marcelo Krás Borges. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&elForma=NU&txtValor=50216539820134047200&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave>. Acesso em: 20 ago. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SOUZA, Marcelo Lopes de. *A prisão e a ágora: reflexões em torno da democratização do planejamento e da gestão das cidades*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

_____. *Mudar a cidade: uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbana*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

TAVELLA, Marcone. Protesto em frente ao Tichen pede veto do prefeito de Florianópolis ao Plano Diretor. Disponível em: <<http://dc.clicrbs.com.br/sc/noticias/noticia/2014/01/protesto-em-frente-ao-tichen-pede-veto-do-prefeito-de-florianopolis-ao-plano-diretor-4390111.html>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

TOURAIN, Alain. *O que é a democracia?* Lisboa: Portugal: Instituto Piaget, 1996.

VAINER, Carlos. Quando a cidade vai às ruas. In: MARICATO, Ermínia et al. *Cidades rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas no Brasil*. São Paulo: Boitempo; Carta Maior, 2013.

VILLAÇA, Flávio. *Espaço intra-urbano no Brasil*. São Paulo: Studio Nobel; Fapesp; Lincoln Institute, 2001.

WOOD, Ellen Meiksins. Capitalismo e democracia. In: BORON, Atilio A.; AMADEO, Javier; GONZALEZ, Sabrina (Org.). *A teoria marxista hoje. Problemas e perspectivas*. Buenos Aires: CLACSO, 2007, p. 417-430. Disponível em: <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. *Democracia contra capitalismo: a renovação do materialismo histórico*. São Paulo: Boitempo, 2003.

Autora: Magda Susana Ranzi Cobalchini

Título da Dissertação: Zoneamento ambiental e planejamento de bacias hidrográficas: estudo de caso – do local (Arroio Barracão, no Município de Bento Gonçalves/RS) ao regional (Região Metropolitana da Serra Gaúcha)

Orientador: Prof. Dr. Adir Ubaldo Rech.

A ocupação desordenada em áreas de risco, a falta de infraestruturas sociais, a exemplo de saneamento básico, saúde e transporte, aliadas à falta de planejamento público, ao consumismo exagerado das populações, à poluição da água, do ar e das paisagens, à ausência de áreas verdes nas cidades e a outras mazelas, frutos do caráter predatório da expansão econômico-capitalista, vêm colaborando para a deterioração da qualidade de vida do homem nas cidades.

Diante dessa variedade de constatações, nasceu o presente estudo, desenhado pelas mãos de uma arquiteta urbanista, que, aderindo à linha de pesquisa em Direito Ambiental, Políticas Públicas e Desenvolvimento Socioeconômico, foi em busca de respostas concretas a seus questionamentos reais e contemporâneos sobre a ocupação desordenada do solo em bacias hidrográficas destinadas ao consumo humano, com enfoque no desafio das políticas públicas, que visem às soluções não apenas para as cidades, de forma individual, mas para toda uma região, cuidando do meio ambiente sem impedir o desenvolvimento socioeconômico sustentável.

O presente texto, faz parte do meu dia a dia como arquiteta urbanista e funcionária pública. Tornei-me mais consciente e preocupada, pois entre o amparo legal-ambiental disponível e a dura realidade do jogo de interesses das cidades, ainda prevalece o individual e não a proteção ao que realmente importa, o coletivo, sobremaneira a proteção da água.

Função social da propriedade urbana e proteção ambiental: estudo de caso na microbacia hidrográfica do Barracão, Município de Bento Gonçalves^{*}

Social role of urban property and environmental protection: a case study in the river watershed Barracão, Bento Gonçalves County

Magda Susana Ranzi Cobalchini^{**}

Resumo: Com base nas diretrizes federais sobre o desenvolvimento urbano e sobre a propriedade privada da terra e imóveis, o planejamento, o meio ambiente e a gestão urbana, bem como a resolução de grande parte dos conflitos fundiários, foi repassada à esfera municipal. É no município, por meio da lei do Plano Diretor ou legislação complementar, que são definidos os conceitos de propriedade para a cidade. Verificamos que a função social da cidade e da propriedade urbana serão o elo que ditará o planejamento, a política urbana e o desenvolvimento sustentável de nossas cidades, em prol do bem coletivo de todos os cidadãos. Desta forma, é objeto explicitarmos o que significa função social da propriedade e sua aplicabilidade às cidades, através da análise de caso na Microbacia Hidrográfica do Barracão, área urbana, na cidade de Bento Gonçalves.

Palavras-chave: Função social da propriedade. Cidades. Sustentabilidade ambiental.

Abstract: Based on federal guidelines on urban development and the private ownership of land and property, planning, the environment and urban management, and resolution of most land disputes, it was transferred to the municipal level. It is in the city, through the law of the Master Plan or additional legislation, that the concepts of property to the city are defined. We found that the social function of the city and of urban property would be the link that will dictate the planning, urban policy and sustainable development of our cities in favor of the collective good of all citizens. Thus it is by explicitly object which means social function of property and its applicability to the cities through case analysis along the watershed Shed, urban area in the Bento Gonçalves city.

Keywords: Social function of the city. Cities. Environment sustainability.

1 Introdução

Nos últimos tempos, muito se ouve e se fala sobre “função social da propriedade”, e os arquitetos urbanistas, principalmente os que trabalham em administrações públicas, no setor de urbanismo ou com Planos Diretores, após o advento da Lei Federal 10.257/2001, conhecida como Estatuto da Cidade, que foi criada para regulamentar os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, que tratam da política de desenvolvimento urbano e da função social da

^{**} Mestranda do curso de Mestrado em Direito Ambiental – Linha de Pesquisa em Direito Ambiental, Políticas Públicas e Desenvolvimento Socioeconômico, da Universidade de Caxias do Sul.

propriedade, ficaram frente a frente com a questão e a missão de tornar as cidades mais inclusivas e para todos, tratando o planejamento dos zoneamentos através do olhar da função social da cidade.

No passado, de modo geral, era prática comum prever, nos Planos Diretores, zoneamento somente para as áreas urbanas, delimitando os usos de forma tradicional, separando cada cidade em áreas residenciais, comerciais e industriais. Estas cidades possuíam um anel periférico de áreas ocupadas pela população menos favorecida, que não possuía acesso direto à cidade formal, pois tudo era muito caro e, geralmente, o que não era atividade “boa” jogava-se para as zonas rurais, inclusive indústrias com alto grau poluidor. Confirmam esta situação as pesquisas de Rech e Bühring:

[...] na formação das cidades, historicamente, e, até os dias atuais, sempre houve, na verdade, um pacto de exclusão social, tendo como instrumentos normas urbanísticas informais adotadas pela elite dominante e transformadas em direito nos nossos municípios. (RECH; BÜHRING, 2015, p. 14).

Percorrendo a História, e em especial na leitura da origem das cidades, Coulanges (2003, p. 175) nos instrui: “A lei das cidades não existia para o escravo como não existia para o estrangeiro”. Todo aquele que não cultivava o mesmo deus da cidade, morava fora dos muros ou em outra cidade era considerado estrangeiro. Cidadão era aquele que era admitido na cidade, e a plebe (os de fora da cidade de Roma) ocupava uma terra sem caráter sagrado, profana e sem demarcação. Eram os fora-da-lei. (COULANGES, 2003, p. 221).

Atualmente, podemos facilmente encontrar semelhança nas nossas cidades. Os zoneamentos, que coordenam o uso e a ocupação do solo, em zonas centrais, são e foram sempre dirigidos aos mais favorecidos, que passam a viver dentro dos muros; os demais, os excluídos, são identificados como aqueles que vivem fora dos muros, os que não conseguem acesso à cidade formal e vivem na periferia, cujos zoneamentos não os atingem.

Nesse aspecto, deixam marcas as palavras vigorosas de Ermínia Maricato (2001, p. 37): “Vivenciamos sem cessar uma gigantesca construção de cidades, parte delas feita de forma ilegal, sem a participação dos governos, sem recursos técnicos e financeiros significativos [...]. Segundo a autora, nossa urbanização é

uma “máquina de produzir favelas” e de agressão ao meio ambiente, onde se admite a invasão, mas não o direito à cidade.

Fica, assim, claramente reforçado que as cidades nunca foram inclusivas, socialmente justas e, atualmente, abraçam um novo agravante, as questões ambientais. E este legado de exclusão social deixou um desafio a ser vencido pelas cidades. Nas últimas décadas, no Brasil, a pressão dos movimentos sociais colocou a questão do acesso à terra urbana e à igualdade social no topo da lista das agendas política e de desenvolvimento.

Como resultado das lutas, nova ordem jurídico-urbanística foram abrigadas na Constituição Federal de 1988 e na Lei 10.257 de 2001, Estatuto da Cidade, em cujo art. 1º Parágrafo único, verifica-se:

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 do equilíbrio ambiental. (BRASIL, 2001).

Um novo conceito e um novo olhar passariam a ser lançados sobre a cidade.

Esta legislação, em um mesmo texto, apresenta preocupações com o social e com a devida inclusão do acesso à justiça urbana, do meio ambiente – reconhecendo o patrimônio ambiental da cidade, para o hoje e para as futuras gerações –, de um governo democrático da cidade e o reconhecimento das vocações nas áreas rurais preservando o que lhe é de direito: a produção agrícola, o turismo, as paisagens e o patrimônio histórico.

A lei pretende definir como regular a propriedade urbana de modo que os negócios que a envolvem não constituam obstáculo ao direito à moradia para a maior parte da população, visando, com isso, combater a segregação, a exclusão territorial, a cidade desumana, desigual e ambientalmente predatória. (MARICATO, 2010, p. 7).

O acesso à terra, seja ela urbana, seja rural, sempre foi um dos temas mais importantes da História da humanidade. E o Estatuto da Cidade veio para dar unidade nacional ao trato das cidades. Em seu art. 2º verificamos:

Art. 2º – A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

- I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para às presentes e futuras gerações;
- IV – 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. (MARICATO, 2010, p. 5-22).

Com base nas diretrizes federais sobre o desenvolvimento urbano e sobre a propriedade privada da terra e imóveis, o planejamento, o meio ambiente e a gestão urbana, bem como a resolução de grande parte dos conflitos fundiários, foi repassada à esfera municipal. É no município, por meio da lei do Plano Diretor ou legislação complementar, que serão definidos os conceitos de propriedade para a cidade.

O uso da propriedade urbana refletirá de forma objetiva na qualidade de vida dos habitantes de uma cidade, de modo que essa propriedade somente será assegurada se cumprir sua função social. Assim, a função social da cidade e da propriedade urbana serão o elo que ditará o planejamento, a política urbana e o desenvolvimento sustentável de nossas cidades, em prol do bem coletivo de todos os cidadãos.

Urge, então, entendermos o que significa função social da propriedade e sua aplicabilidade às cidades, através de um estudo de caso na Microrregião Hidrográfica do Barracão na cidade de Bento Gonçalves.

2 Breve conceito de propriedade

Podemos dizer que a propriedade é um dos institutos mais antigos ao homem; teria sua origem entre os gregos e romanos, à época como sendo uma propriedade inicialmente familiar. Aristóteles foi o primeiro a entender que aos bens se deveria dar uma destinação social. (PPGD, 2015, slide n. 6).

Ao discutir a propriedade, Tomás de Aquino começa indagando, na Questão 66 da Suma Teológica: “Se é natural ao homem possuir coisas externas” e, seguindo os ensinamentos de Aristóteles, assegura ser necessário observar “consoante a prudência, a legalidade e a necessidade da propriedade privada

no âmbito da atual condição humana em termos de maior benefício para o bem comum". (SUMA TEOLÓGICA, 2008/2009, p. 1-37).

Assim, a ideia da propriedade privada era colocá-la em um quadro equilibrado, no qual os poderes de utilização estivessem em consonância com o bem-estar da comunidade, do qual o homem é parte.

Outra atribuição, que compete ao homem, no entender de Tomás de Aquino, **em relação aos bens exteriores, é quanto ao uso deles** (Grifo nosso). Tomás de Aquino reduz significativamente a extensão e o alcance do regime da propriedade privada da propriedade: "Sob esse aspecto, o homem não deve ter as coisas exteriores como próprias, mas como comuns, neste sentido que, de bom grado, cada um as partilhe com os necessitados". (SUMA TEOLÓGICA, 2008/2009, p. 1-37).

Até as encíclicas papais, abordando questões sociais, enfocam o problema sob o prisma tomista. A autenticidade cristã do direito de propriedade privada está reafirmada nas encíclicas *Rerum Novarum*, de Leão XIII, e *Mater et Magistra*, de João XXIII, embora não se deixasse de fazer menção ao condicionamento representado pelo bom uso da propriedade. (PPGD, 2015, slide n. 8).

Diante disso, podemos afirmar que a terra é um recurso que pode ser explorado com exclusividade, mas não é propriamente uma mercadoria. Ela tem conotações sociais, culturais e ideológicas que a tornam singular e cuja propriedade tem sido objeto de estudo de historiadores, juristas, sociólogos, filósofos, economistas e políticos, a fim de que se possa deferir-lhe um conceito seguindo sua evolução, dando-lhe função individual ou social.

Percebemos que a propriedade privada, na medida em que a sociedade evolui, tem sofrido uma série de mudanças e restrições no que tange à sua função, diante dos interesses politicossociais, advindo intermináveis polêmicas.

Verifica-se que, no direito romano *dominum*, significava tudo o que pertencia ao chefe da casa, enquanto que *proprietas* indicava, de forma mais ampla coisas corpóreas ou incorpóreas. Embora o Código Civil pátrio, em vários momentos, empregue o vocábulo *domínio* distintamente do termo *propriedade*, comumente empregam-se tais termos como sinônimos. A origem histórica da propriedade emanou do Direito romano, quando então, dotada de misticismo, imperava o individualismo no que tangia à propriedade. (EVANGELISTA, 2015).

A própria produção científica, durante anos, deu ênfase ao aspecto individual da propriedade, como instituto eminentemente de direito privado, cuja disciplina era regida principalmente pelo Código Civil de 1916, o qual conferia ao proprietário o poder de uso ilimitado e incondicionado sobre seus bens. Isto é, a propriedade servia apenas ao dono, e não tinha qualquer função instrumental na lida dos interesses públicos.

Todavia, Duguit tem um entendimento particular:

[...] a propriedade não é um direito subjetivo do proprietário, mas a função do detentor da riqueza; logo, tem este a incumbência de gerir a coisa em prol do interesse coletivo. Ele sustenta estar a propriedade, em consequência da perda do caráter absoluto e intangível dos primórdios assumindo uma situação objetiva, constituída, precipuamente, de deveres impostos aos proprietários, cujas prerrogativas vinculam-se ao cumprimento desses deveres, submetidos, entretanto, à utilidade pública. (1975).

Percebemos com isso que o conceito de propriedade, com o passar dos tempos, foi se transformando e se adequando, embora ainda não tenha sido concluído, pois permanece em constante evolução, ao sabor das discussões e dos interesses da sociedade constituída.

3 Evolução do conceito de função social da propriedade urbana na legislação do Brasil

A propriedade do território brasileiro nasceu naturalmente, com a ocupação pela Coroa portuguesa, e já na famosa carta de Pero Vaz de Caminha havia referência à terra como propriedade do Rei de Portugal. (PPGD, 2015, slide nº20). Mais adiante, à época da edição do Código Civil de 1916, o proprietário tinha o direito pleno de usar, gozar, fruir e dispor da propriedade como bem quisesse e a visão era claramente individualista.

Mas, se antes o Direito de Propriedade era um direito absoluto do proprietário, hoje a Constituição Federal de 1988, em seu art.5º, Incisos XXII e XXXIII, o condiciona à função social da propriedade, conferindo ao direito de propriedade o *status* de direito fundamental. Ou seja, ao mesmo tempo que garantiu a propriedade privada, condicionou-a ao cumprimento de uma função social. (BRASIL, 1988).

Milaré ensina que,

[...] concebida como direito fundamental, a propriedade não é, contudo, aquele direito que se possa erigir à suprema condição de ilimitado e inatingível. Daí o acerto do legislador em proclamar, de maneira veemente, que o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. (MILARÉ, 2004, p. 120).

A Carta Magna estabeleceu que a função social da propriedade urbana estará cumprida quando atendidas às exigências de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor. Nesta esteira, a política de desenvolvimento urbano possui, como objetivo, “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”. (BRASIL, 1988, art. 182).

Para se tornar aplicável, o Texto Constitucional carecia de regulamentação, o que ocorreu com a aprovação, em 2001, da Lei 10.257, denominada Estatuto da Cidade. Dispõe que a política urbana tem, também como objetivo, ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana (art. 2º), sendo certo que seu uso deve ser exercido em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental (parágrafo único do art. 1º). (BRASIL, 2001).

Em comparação com o estabelecido na Constituição Federal, o Estatuto, em seu art. 39, ampliou o conceito de função social da propriedade urbana: além de atender ao Plano Diretor, deverá assegurar o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes da Lei.

Ribeiro (2003, p. 11-25) salienta que o impacto do Estatuto deve ser avaliado, levando-se em consideração que sua aprovação regulamenta o princípio da função social da propriedade. O Estatuto propiciou a efetividade da função social em prol de uma verdadeira política de urbanismo.

É importante salientar que o novo Código Civil, vigente a partir de janeiro de 2003, em seu art. 1.228, parág. 1º, demonstrou clara preocupação com a finalidade social e ambiental da propriedade, estabelecendo que seu exercício deve ocorrer em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico, o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. (BRASIL, 2002, p. 1).

Hoje, com a evolução das discussões, muitos autores já se referem à função socioambiental da propriedade ou simplesmente função ambiental da propriedade. Derani (2002, p. 66) ressalta que “a propriedade protegida pelo direito é aquela em que se desenvolve uma relação de produção sustentável, social e ambiental”.

Da mesma forma, Cavedon (2003, p. 173-195) menciona que “a função ambiental da propriedade resulta da conjunção da proteção legal conferida pelo ordenamento jurídico ao direito de propriedade e ao meio ambiente” e, no entender de Benjamim (1998, p. 63-90), a Carta Magna traz restrições explícitas ao direito de propriedade por meio da instituição da função socioambiental da propriedade, a qual não aparece como abstração, mas como algo que há que ter um efeito concreto. Já Leuzinger (2002) complementa que a função socioambiental está inserida na função social da propriedade, tendo em vista o direito fundamental de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Diante desses pressupostos e estudos, percebe-se que a qualidade de vida dos habitantes de uma cidade está intimamente vinculada ao planejamento urbano, que é realizado pelo Poder Público e instrumentalizado por meio de normas, limitando as liberdades individuais e interferindo, na maioria das vezes, no direito de propriedade. Decorrente disso, o princípio da função social da propriedade passou a ter efeitos jurídicos concretos para o território das cidades por meio de leis de zoneamento, de delimitação de áreas de urbanização prioritária nas quais a retenção especulativa de imóveis urbanos deve ser combatida por instrumentos de intervenção urbana passíveis de aplicação e monitoramento.

4 Aplicação do conceito de função social da propriedade urbana: estudo de caso na microbacia hidrográfica do barracão, Município de Bento Gonçalves, RS, Brasil

A Microbacia do Rio Burati/Arroio Barracão está localizada no Município de Bento Gonçalves/RS, na Bacia n. 8 (Bacia do Atlântico Sul e Sudeste) e Sub-bacia 86, tendo o rio das Antas como descarga. A sua área de abrangência é a Bacia Hidrográfica do Rio Taquari – Antas. (FERRI, 2012).

Bento Gonçalves localiza-se na Encosta Superior do Nordeste do Rio Grande do Sul, a 124 quilômetros da capital Porto Alegre, a uma altitude de 618m do nível do mar. A população estimada de Bento Gonçalves em 2015 era de 113.287 habitantes. A área territorial da cidade tem a extensão de 274,07 Km², compreendida entre as coordenadas 29° 10' de latitude sul e 51° 25' de longitude oeste. Microrregião 311, limita-se ao norte com o município de Veranópolis; ao sul com Garibaldi; a leste com Farroupilha, oeste com Cotiporã, Monte Belo do Sul e Santa Tereza. (IBGE).

A cidade possui um relevo bastante acidentado, caracterizado por escarpas e vales e uma rica rede hidrográfica, sendo cortada por vários arroios. A distribuição espacial da Bacia Hidrográfica do Rio Burati, encontrada em Bento Gonçalves, se junta ao Arroio Barracão, de onde é captada a água que abastece a cidade, com o auxílio das águas de um poço tubular profundo, nas proximidades do ponto de captação. O rio Burati faz parte da bacia hidráulica do sudeste e sub-bacia do rio Jacuí. No seu percurso, junta-se ao rio das Antas, que desemboca no rio Taquari, afluente do rio Jacuí e, este, do rio Guaíba, que vai para a lagoa dos Patos. (CORSAN/BG).

Trata-se da microbacia mais importantes do município, por ser fonte de abastecimento público e por estar localizada a leste-sul, na área urbana. A área total da Bacia do Arroio Barracão é de 40,37 km², mas, na zona urbana, a área é de 13,70km². (PEDRALLI).

O número de economias do município de Bento Gonçalves alcança os 30.202 e a produção de água tratada, em conjunto com a reserva do CASARIN, chega em torno dos 630.000 m³, abastecendo 99% da população do município com água potável. (CORSAN/BG, 2010).

4.1 Histórico dos Planos Diretores e sua relação à preservação de bacias hidrográficas

Fundado em 1890, a partir do desmembramento da Colônia de Dona Isabel (Município de Montenegro), Bento Gonçalves recebeu seu primeiro Plano Diretor em 1971, vigorando sem alterações por longos 21 anos. Todavia, as grandes transformações no desenvolvimento do município, ocorridas em nível de economia urbana, forçaram a realização de estudos e diagnósticos sobre a cidade, que se iniciaram em 1986.

Em 1992, houve a aprovação do novo Plano Diretor, cuja fase de análise e diagnóstico permitiu não só retratar a realidade como evidenciar um grave problema: a deterioração dos mananciais alimentadores da Bacia de Captação de água da Companhia Riograndense de Saneamento (Corsan) que abastece o Município de Bento Gonçalves, através, basicamente, de uma equivocada ocupação do solo, ao longo dos anos. Até 1992, sem contar com uma análise mais profunda da situação, ou um plano de ocupação estritamente ligado à função de contribuir ao Arroio Barracão, aceitou-se pacificamente a tendência expansionista da zona sudeste (SU), onde passaram a surgir vários loteamentos.

Este novo Plano Diretor causou impactos profundos nas pretensões da comunidade de investidores, pois revelou-se um plano mais limitador (em altura, índices, recuos) resultando num plano com legítima preocupação com a cidade, como um todo, inclusive com a boa convivência em harmonia, sem conflitos. Neste período apareceram, também, as primeiras preocupações ambientais. A função social da propriedade encontrava-se inserida, de forma não consciente pelo corpo técnico da prefeitura municipal, na definição de um zoneamento marcado para a qualificação da ambiência da área urbana. Aqui surgiu a área da bacia de contribuição, que passou a ser reconhecida, dado seu zoneamento restritivo, como de ZONA DE PROTEÇÃO AOS MANANCIAIS.

Em 1994, foi nomeada uma comissão para reavaliar este novo Plano Diretor e, um ano após, 1995, criou-se o Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano, que levou em frente os trabalhos de reavaliação do Plano. Na fase de reavaliação do Plano Diretor, através de reuniões técnicas com a Corsan e devido à polêmica de restrição de usos na Microrregião do Barracão, entendeu-se claramente o que realmente representava a ocupação indiscriminada e acelerada da bacia, lado Sul do Município, área do Bairro Santo Antônio. (BENTO GONÇALVES, 1996; 2006).

Estas ocupações estavam deteriorando a bacia em virtude das seguintes causas:

- 1) implantação de loteamentos (acessibilidade dos valores de mercado topografia), sem uma análise mais profunda por parte do município, como contribuição de esgotos ao Arroio Barracão;

- 2) parcela ponderável da área urbana edificada que contribui com seus esgotos para a Bacia; agravando mais o problema, a inexistência de um sistema de esgoto residencial e industrial, que fez com que o regime hídrico do manancial fosse mantido pelos afluentes;
- 3) a diversificação de usos;
- 4) inviabilidade econômica de desapropriar grandes áreas para proteger os mananciais, além do impacto junto àquela parcela da população;
- 5) ritmo acelerado das edificações;
- 6) ausência prolongada de lei municipal para proteção, através de um correto processo de urbanização (como implantação de um sistema de esgoto que protegesse as sangas vertentes e demais contribuintes, a partir do nascedouro, preservando o volume de contribuição);
- 7) ausência de uma lei similar para o Município vizinho de Garibaldi;
- 8) acesso leste, que liga a BR 470 com Caxias do Sul e Farroupilha;
- 9) área considerada estratégica, **pelo mercado imobiliário**, para implantação de indústrias, pela topografia, acesso e infraestrutura.

O Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano, ao elaborar os exaustivos estudos sobre a reavaliação do novo Plano Diretor e, em especial, sobre a Bacia de Captação do Barracão, teve como ponto de partida a Lei Municipal 1.893/90, que disciplina o Uso do Solo para Proteção das Bacias de Contribuição às Barragens do Moinho e do Arroio Barracão. Esta lei resultou de estudos técnicos elaborados por profissionais da Corsan para os Municípios de Farroupilha e Bento Gonçalves, pois a maior parte de nossos mananciais nasce no município a montante, na cidade de Farroupilha.

Este estudo, segundo o Relatório Técnico que acompanhou a Lei 1.893/90, por parte da Corsan, iniciou-se nos anos 80 e salientava a necessidade de um disciplinamento conjunto do Município de Bento Gonçalves e de Farroupilha, no sentido de proteger as parcelas de áreas das bacias de contribuição de água para abastecimento humano, pois toda atividade nociva exercida ocasionaria uma queda na qualidade das águas a jusante (Bento). Foram definidas as áreas de abrangência propostas para a proteção, como sendo aquelas, contidas entre os divisores de água do escoamento superficial contribuinte às barragens supracitadas.

Com tais áreas definidas e delimitadas, a seguir, foram estabelecidas duas áreas: a de maior restrição às atividades poluidoras, dando maior ênfase à proteção dos corpos d'água e uma faixa de menor restrição, chamada de 2ª categoria, fora das faixas de preservação. A escolha do critério – faixa de proteção – encontra ampla justificativa, se considerarmos os tipos de agressões aos quais os cursos d'água têm sido historicamente submetidos provenientes de atividades agropecuárias e industriais.

Desta maneira, em 1996, no novo Plano Diretor, foram ratificadas as recentes zonas de proteção da bacia reconhecidas pela nomenclatura de ZPM1 e ZPM2 (Zona de Proteção aos Mananciais), sendo que a primeira – que abrange toda a bacia de captação, pela proximidade ao curso d'água – sofreu maior restrição de uso e ocupação; a segunda abrange toda a área já urbanizada e apresenta maior abertura de usos e ocupação, resguardada, todavia, a proteção.

A reavaliação de 1992 permitiu, através dos levantamentos efetuados e com a ferramenta fundamental de utilização do levantamento aerofotogramétrico, que marcou a linha do divisor de águas urbano, definição de uma correta política de urbanização daquela zona: lotes maiores que os tradicionalmente adotados, no sentido de manter a densidade demográfica na bacia a nível baixo. Na ZP1, a proposta era de áreas similares a sítios de recreio, e ZP2 a proposta apresentava a urbanização consolidada. Nas zonas de proteção, o licenciamento de atividades a não ser o residencial, dependia de prévia autorização da Secretaria de Saúde e Meio Ambiente do Estado, hoje Fundação Estadual de Proteção Ambiental (Fepam).

Novamente, sem a consciência plena por parte dos técnicos municipais quanto à função socioambiental da propriedade, a mesma foi implantada, pois “a limitação ao exercício pleno do direito de propriedade resta demonstrado da compreensão de sua função social e de seu papel na sociedade”. (MARIN; BRANDELLI, 2011, p. 74).

Assim, as restrições ao direito de propriedade iam além dos usos, restringindo também o parcelamento do solo e definindo, em ambas as Zonas, os lotes maiores que os tradicionalmente conhecidos, média de 360 m², no sentido de manter em níveis baixos de densidade demográfica. Pensava-se que as restrições deveriam ocorrer enquanto não existisse um sistema de esgoto capaz de proteger as sargas e os córregos contribuintes ao Arroio Barracão.

4.2 Implantação do conceito de função social da propriedade urbana após Estatuto da Cidade

Através do advento do Estatuto da Cidade muitas cidades brasileiras deveriam enquadrar-se (até 2006) dentro da nova Política Nacional de Planejamento Territorial dos Espaços Urbanos e Rurais oferecendo aos municípios uma série de instrumentos de gestão das cidades, em especial no que se refere à função social da propriedade e a gestão democrática. (BRASIL, 2001).

Bento Gonçalves aprovou, então, sob a luz desta nova Legislação Federal, o seu novo Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado, em 26 de outubro de 2006.

Neste novo Plano, foi mantido o zoneamento ambiental dos Planos de 1992 e 1996, quanto à Micobacia do Barracão, acrescendo-se um zoneamento específico para as margens dos arroios 1,2,3 e 4 que passou a chamar-se Zona de Preservação Permanente aos Arroios contribuintes ao Barracão. O objetivo da lei era conscientizar as pessoas quanto à necessidade de preservar a água, bem como do seu tratamento de efluentes e, obviamente, propor o florestamento e o reflorestamento com essências nativas, que funcionam como uma barreira de proteção aos corpos de água, no interior das áreas de maior restrição, no sentido de combater e controlar a erosão que atinge os cursos de água.

No diagnóstico de 2006 foi identificada a inexistência, até aquele momento, de Políticas Públicas de Saneamento para a bacia e para a cidade. Com o embasamento técnico expresso no presente caso foi inserida, novamente, no Plano Diretor de 2006 a necessidade de Proteção dos Mananciais da Bacia do Barracão sob o princípio da prevenção como órgão planejador e consciente da fragilidade de abastecimento do município.

No Estatuto da Cidade, em relação às condutas definidoras do não cumprimento da função social da propriedade urbana, em seu art. 5º, par. 1º, inc. I, foi definido apenas imóvel “subutilizado”, que é aquele “cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente”, **e as demais condutas serão definidas por cada município em vista de suas peculiaridades.**

A proteção socioambiental desta bacia hidrográfica é uma das peculiaridades definidas e ratificadas pela Lei Municipal/2006, pois restou confirmado que o único instrumento legal que continha Políticas Públicas de preservação eram os Planos Diretores de 1992, 1996 e 2006, uma vez identificada a importância ambiental da bacia hidrográfica para o abastecimento humano.

Para entender, todo ano o contingente humano cresce rapidamente, mas o contingente de água existente é o mesmo. Este não cresce, ao passo que a população cresce geograficamente. Diante disso, as cidades passaram a ditar normas para o exercício da propriedade, limitando consideravelmente seu uso em nome da sociedade e em busca de sustentabilidade.

Na sequência, a surpresa do Plano Diretor de 2006, que aplicou a Gestão Democrática, é de que, após as reuniões de comunidades, entidades, e resultados de conferências municipais (2003 e 2005), em audiência pública na Câmara de Vereadores, surgiram várias investidas para **acabar** com as restrições desta bacia.

Demonstrando ganância desenfreada do ser humano, embora a Lei aprovada em outubro de 2006, em novembro, os vereadores criaram outra lei, passando as faixas de proteção para 15 m e 30 m, alegando que já havia loteamentos implantados nestas condições onde existiam inúmeros casas irregulares. E enfatiza a Lei:

As águas dos recursos hídricos da Bacia de Contribuição ao Barracão e da Barragem do Moinho, no Distrito de São Pedro, dentro do Município de Bento Gonçalves devidamente demarcado pelo art. 172 da Lei Complementar n. 103, de 26 de outubro de 2006, **destinam-se prioritariamente ao abastecimento público.** (BENTO GONÇALVES, 2010).

Através do inquérito civil: 00722.00064/2012, de 17 de abril de 2012, a Promotoria de Justiça Especializada de Bento Gonçalves promoveu Ação Civil Pública Urbanística decorrente do similar número 00722.00081/2010 instaurado no dia 3 de dezembro de 2010, com pedido de liminar contra o Município de Bento Gonçalves e empresas loteadoras, com base nos seguintes fundamentos: O Plano Diretor estabelecia para as zonas de preservação dos mananciais, denominadas de ZPM1 e ZPM2 lotes grandes respectivamente de 2.500 m² e 450m², objetivando baixa densidade de ocupação.

Para atender a especulação imobiliária, frase retirada da própria Ação Civil, foi encaminhada legislação a Câmara de Vereadores propondo lotes de 240 m², sem embasamento técnico algum, “sem considerar qualquer razão que levou a compreensão embrionária de proteção dos mananciais”, contrariando tudo o que estava proposto no Plano Diretor para proteção do Barracão.

Questões ambientais esbarram em discussões processuais. Nem foi julgado o mérito de toda documentação postada no processo de cunho ambiental e com foco nos direitos difusos. O tempo é aliado do empreendedor. A atuação processual não protegeu o bem ambiental (Bacia Hidrográfica).

Esta é a única bacia hidrográfica do município que contribui para o abastecimento público. Dentro do próprio território municipal não há um consenso de proteção ambiental dos arroios contribuintes a acumulação de água. Recentemente, a especulação imobiliária deu lugar a vários loteamentos aumentando em muito a densificação da bacia. Atualmente soma-se a este fator a especulação para implantação de indústrias.

Os proprietários querem vender. Quando pesa sobre sua propriedade limitações, não veem o coletivo e sua importância. Somente analisam o quanto sua propriedade foi depreciada e o quanto perdeu financeiramente.

Todavia, há que se observar que a propriedade não está ao alvitre de seu dono, no sentido de ser utilizada ou não, já que está inserida em um meio social e tem uma função a cumprir. (MARIN; BRANDELLI, 2011, p .57).

Os índices de construção ou de ocupação ou limitações urbanísticas de determinada área refletem diretamente nos valores de mercado das propriedades e

não se pode esperar assim, que um proprietário que têm limitado o exercício de sua propriedade, não tente, de qualquer forma, burlar possíveis lacunas legais com o propósito de obtenção de uma maior área a ser construída em seu imóvel, no que se entende ser um exercício regular de seu direito. Por isso, sempre que a necessidade de urbanismo apontar para alguma limitação de propriedade pode ocorrer um considerável embate entre política e o direito de propriedade. (MARIN; BRANDELLI, 2011, p. 62).

Para que se possa implantar legislação urbanística, que conceda a uma cidade sua função socioambiental, é necessário trabalhar com diagnósticos, reconhecendo o uso e ocupação do solo, que tem se tornado um tema muito

discutido nos diversos níveis do conhecimento, devido às diversas problemáticas que o uso e a ocupação desordenados trouxeram ao meio ambiente. Ações desenfreadas ligadas ao seu uso e à cobertura se constituem hoje como um dos grandes desafios para as políticas de controle ambiental. (ARAÚJO; TELES; LAGO, 2009, p. 4631-4638).

Para Rocha (1997), o uso da terra é a forma como ela está sendo utilizada pelo homem, e seu levantamento consiste em mapear tudo o que existe sobre a superfície terrestre, sendo um registro básico para o planejamento físico natural de uma região; propicia, também, a detecção de possíveis impactos ambientais decorrentes de práticas predatórias.

Assim, a identificação dos padrões de cobertura e uso da terra é um dos primeiros passos para o conhecimento de suas condições ambientais, sendo um produto indispensável para o planejamento e a gestão das atividades a serem desenvolvidas numa área. (AMORIM, 2007).

As formas de uso e ocupação da terra derivam das atividades socioeconômicas e, por conseguinte, refletem o desenvolvimento do sistema técnico científico e as relações estabelecidas entre sociedade e natureza, além de denunciar o grau de conservação, preservação e degradação dos recursos naturais em face dos processos produtivos. (SANTOS; SOUZA, 2005).

Nardini (2009) afirma que o levantamento do uso do solo, em uma determinada região, torna-se um aspecto de interesse fundamental para a compreensão dos padrões de organização do espaço. O conhecimento das alterações ambientais, provocadas pela ação antrópica, possibilita uma visão dos problemas existentes e produz subsídios para gestão dos recursos naturais.

Com isso, percebemos que o estudo de uso e ocupação do solo constitui importante componente na pesquisa para o planejamento da utilização racional dos recursos naturais, contribuindo na geração de informações para avaliação da sustentabilidade ambiental.

5 Conclusão

Diante do exposto no decorrer da pesquisa, foi possível perceber que o cumprimento da legislação municipal, neste caso, os Planos Diretores, se mostraria como um mecanismo e instrumento fundamental para o

planejamento e o gerenciamento dos recursos hídricos, e que situações de preservação e conservação tem como consequências minimizar os impactos ambientais e garantir uma qualidade de vida melhor para toda a população da cidade, se fossem respeitados.

A discussão dos conflitos ambientais, em bacias hidrográficas, indica a necessidade de uma visão que amplie e diversifique o foco das políticas de intervenção. As informações, deste estudo de caso, deveriam contribuir para uma verdadeira análise sobre os problemas do uso e ocupação do solo, cabendo ao Poder Público e à própria comunidade buscar medidas para a conservação dos recursos hídricos.

Para se discutir, impor condutas, buscar soluções e consensos que levem à proteção ambiental é **necessária a participação dos mais diversos atores** envolvidos e, do outro lado, um Poder Público democrático – na perspectiva ambiental, e responsável –, no que concerne ao direito fundamental de um ambiente equilibrado, cumprindo o papel de implementar políticas públicas que conciliem o crescimento econômico com a preservação do patrimônio ambiental. O Papa Francisco, na Encíclica Verde, 2015, faz um apelo à “necessidade de debates sinceros e honestos” para produzir soluções verdadeiras. (CARTA ENCÍCLICA, 2015).

Ratificando o pensamento de Benjamin (2000), a Carta Magna traz restrições explícitas ao direito de propriedade por meio da instituição da função socioambiental da propriedade, a qual não aparece como abstração, mas como algo que deve ter um efeito concreto.

Os Planos Diretores, analisados, estabeleciam normas de ordem pública e interesse social que regulavam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo. Neles foram definidos os conceitos concretos de propriedade para a cidade. O estudo de caso nos mostrou que a função socioambiental estabelecida para a microbacia do Barracão não é prioridade para a cidade.

Papa Francisco nos lembra que toda a abordagem ecológica deve integrar uma perspectiva social, que tenha em conta os direitos fundamentais dos mais desfavorecidos. O princípio da subordinação da propriedade privada ao destino universal dos bens e, consequentemente, o direito universal ao seu uso é uma “regra de ouro” do comportamento social e o “primeiro princípio de toda a ordem ético-social”. (CARTA ENCÍCLICA, 2015).

Referências

- AMORIM, R.F.; et al. Mapeamento de uso e ocupação do solo na Bacia Hidrográfica Piranhas/Açu utilizando imagens CBERS e técnicas de classificação supervisionada. In: SIMPÓSIO BRASILEIRO DE SENSORIAMENTO REMOTO. 13., 2007, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis, Brasil, 21-26 abril 2007, INPE.
- ARAÚJO, E. P.; TELES, M. G. L.; LAGO, W. J. S. Delimitação das bacias hidrográficas da Ilha do Maranhão, a partir de dados SRTM. In: SIMPÓSIO BRASILEIRO DE SENSORIAMENTO REMOTO, 14., 2009, Natal. *Anais...* Natal, 2009.
- BENJAMIM, A. H. Desapropriação, reserva florestal legal e áreas de preservação permanente. In: FIGUEIREDO, G. J. P. de. (Org.). *Temas de direito ambiental e urbanístico*. São Paulo: IBAP, 1998.
- _____. Palestra no Painel I – A Proteção do Meio Ambiente e o Direito de Propriedade sob a Perspectiva da Constituição Federal. In: SEMINÁRIO DE DIREITO AMBIENTAL IMOBILIÁRIO, 2., 1999; São Paulo – Brasil. *Anais...* São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2000.
- BENTO GONÇALVES. *Relatório de Reavaliação do Plano Diretor*. 1996 e 2006.
- _____. *Lei Complementar 161, de 13 de setembro de 2010*. Altera artigos da Lei Complementar n. 103, de 26 de outubro de 2006, que “dispõe sobre o desenvolvimento urbano e rural do município de Bento Gonçalves, institui o novo plano diretor de desenvolvimento integrado do município de Bento Gonçalves e dá outras providências”.
- _____. *Lei Municipal 1.893/90*, que disciplina o uso do solo para proteção das bacias de contribuição às barragens do Moinho e do Arroio Barracão.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- _____. *Lei 10.257*, de 10 de julho de 2001. Estatuto da Cidade. Casa Civil da Presidência da República, Brasília-DF, 2001. Disponível em: <<http://www.capacidades.gov.br/biblioteca>>. Acesso em: 2017.
- _____. Código Civil. *Lei 10.406/2002*. Institui o Código Civil. Ministério da Justiça, Brasília/DF. D.O.U. de 11.jan.2002, p. 1.
- CARTA ENCÍCLICA. *Laudato Si'*. Do Santo Padre Francisco. *Sobre o Cuidado da Casa Comum*. 24 maio 2015. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/francesco/_pt/encyclicals>. Acesso em: 2017.
- CAVEDON, F. de. S.; et al. Função ambiental da propriedade urbana e áreas de preservação permanente: a proteção das águas no ambiente urbano. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 6., 2003, São Paulo. *Anais...* São Paulo: Imprensa Oficial, 2003. p.173-95.
- CORSAN/BG. Pesquisa efetuada em 1º de julho de 2015.

- _____. *Plano Saneamento*. Lei Municipal 4.840, de 8 de março de 2010.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Trad. de José Cretela Júnior e Agnes Cretela. São Paulo: RT, 2003.
- DERANI, C. A propriedade na Constituição Federal de 1988 e o conteúdo da função social. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 27, 2002.
- DUGUIT, Léon. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*. Trad. de Carlos G. Posada. 2. ed. atual. e aum. Madrid: Francisco Beltran, 1920. Buenos Aires: Heliasta, 1975. p. 26.
- EVANGELISTA, Eduardo Rodrigues. Função/social da propriedade e conceito de princípio jurídico. *Jus Navigandi*, ano 18, n. 3594, maio 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos>>. Acesso em: 16 nov. 2015.
- FERRI, Genuino Antônio; TOGNI, Ana Cecília. *A história da bacia hidrográfica Taquari-Antas*. Lajeado: Univates, 2012.
- IBGE. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 27 nov. 2015
- LEUZINGER, M. D. *Meio ambiente*: propriedade e repartição constitucional de competências. Rio de Janeiro: Esplanada, 2002.
- MARICATO, Ermínia. *Brasil, cidades*: alternativas para a crise urbana. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.
- _____. O estatuto da cidade periférica. In: CARVALHO, Celso Santos; ROSSBACH, Ana Claudia. *O Estatuto da Cidade*: comentado. São Paulo: Ministério das Cidades/Aliança das Cidades, 2010.
- MARIN Jeferson; BRANDELLI Ailor Carlos. *Limitação do direito de propriedade*: a efetividade do Plano Diretor na busca de cidades sustentáveis. In: LUNELLI, Carlos Alberto (Org.). *Direito, ambiente e Políticas públicas*, coordenador. Curitiba: Juruá, 2011.
- MILARÉ, E. *Direito do ambiente*: doutrina, jurisprudência, glossário. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004.
- NARDINI, R. C. *Determinação do conflito de uso e ocupação do solo em áreas de preservação permanente da microbacia do ribeirão Água-Fria, Bofete (SP), visando à conservação dos recursos hídricos*. 2009. 61f. Dissertação (Mestrado em Agronomia/Irrigação e Drenagem) – Faculdade de Ciências Agronômicas, Universidade Estadual Paulista. Botucatu-SP. Unesp, 2009.
- PEDRALLI, Clarel. *Entrevista com o geólogo da prefeitura municipal de Bento Gonçalves*. 2006.
- PPGD. Programa de Pós-Graduação – Mestrado em Direito Ambiental, Aula nº1 de Função Socioambiental da Propriedade. Professora Dra. Marcia Andrea Bühring, formato/ppt, UCS, 2015. *Slide nº 6*. Acesso em: 29.nov.2015.

RECH, Adir Ubaldo; BÜHRING, Marcia Andrea. 2015, Sustentabilidade Urbana, Inscrição 10 e 17. In: **IV CONGRESSO LATINO AMERICANO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, GESTÃO DA INOVAÇÃO E DESENVOLVIMENTO.** 2015. "Proteção Jurídica da Inovação Tecnológica em Energias Renováveis para a Sustentabilidade". Eixo nº 5 – Direito, democracia e sustentabilidade.

RIBEIRO, L.C. de Q. O Estatuto da Cidade e a questão urbana brasileira. In: RIBEIRO, L. C. de Q.; CARDOSO, A. L. (Org.). *Reforma urbana e gestão democrática: promessas e desafios do Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Revan/FASE, 2003. p.11-25.

ROCHA, J. S. M. da. *Manual de projetos ambientais*. Santa Maria-RS. Impressa Universitária, 1997.

SANTOS, Jader de Oliveira; SOUZA, José Nogueira de. Compartimentação geoambiental e riscos à ocupação na Bacia Hidrográfica do Rio Cocó. In: **SIMPÓSIO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA FÍSICA APLICADA. [CD-ROM]**, 11., 2005, São Paulo. *Anais...* São Paulo, 2005. CD-Rom.

SUMA TEOLÓGICA de São Tomás de Aquino. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 10, n. 92, p. 1-37, out. 2008 a jan. 2009. Disponível em:<www.presidencia.gov.br/revistajuridica>. Acesso em: 28 nov. 2015.

Autor: Moisés João Rech

Título da Dissertação: *As raízes da crise ambiental: uma leitura a partir da Dialética do Esclarecimento*

Orientador: *Prof. Dr. Jeferson Dytz Marin*

A continuidade dos estudos realizados no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul deu-se na medida em que fui adentrando na esfera acadêmica. Após a realização do Mestrado, tive a oportunidade de ingressar na carreira docente e, em razão disso, pude aprofundar pesquisas e ampliar horizontes para novas bases teóricas e novos campos de estudo – permanecendo, contudo, na perspectiva crítica do direito. O artigo reflete essa mudança de postura e ampliação de horizontes, nos quais novas problemáticas e referenciais teóricos transitam em conjunto.

O artigo destaca a transição entre as pesquisas realizadas no Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Caxias do Sul, nos anos de 2015 a 2017 e as pesquisas realizadas após a realização do curso. Ainda que as pesquisas tenham pretensões diversas, há a permanência de um núcleo comum: a crítica do direito. Nesse sentido, o artigo resgata a crítica epistemológica do direito e demonstra sua transição para a crítica ontológica da institucionalidade jurídica.

Crise ambiental e crítica do direito: uma proposta em construção

Environmental crisis of law: a proposal under construction

Moisés João Rech*

Resumo: O presente artigo tem como objetivo demonstrar a continuidade dos estudos iniciados no PPG-Dir. da Universidade de Caxias do Sul, no que diz respeito ao tema da dissertação de mestrado, defendida no ano de 2017. A partir de uma nova proposta de leitura da crise ambiental, constatou-se a necessidade de estabelecer uma crítica epistemológica do Direito – em razão de sua incompreensão da real natureza da crise ambiental –; porém, os novos estudos em curso evoluíram para englobar uma crítica ontológica da forma-jurídica, na contramão das posições otimistas, que visualizam o direito a partir de sua suposta carga emancipatória. Diante disso, a revisão bibliográfica e a técnica de análise de conteúdo das obras de Walter Benjamin auxiliam a desconstrução das doutrinas ideológicas, que lançam mão do Direito como instrumento emancipatório.

Palavras-chave: Crítica do direito. Epistemologia. Ontologia. Theodor W. Adorno. Walter Benjamin.

Abstract: This article aims to demonstrate the continuity of studies initiated at PPG-Dir. of the University of Caxias do Sul, regarding the theme of the master's thesis defended in the year 2017. From a new reading proposal of the environmental crisis, it was verified the need to establish an epistemological critique of Law – due to their incomprehension of the real nature of the environmental crisis; However, the new studies under way have evolved to encompass an ontological critique of legal form, contrary to the optimistic positions that view law from its supposed emancipatory charge. Therefore, the bibliographic review and content analysis technique of Walter Benjamin's works help in the deconstruction of the ideological doctrines that use Law as an emancipatory instrument.

Keywords: Criticism of law. Epistemology. Ontology. Theodor W. Adorno. Walter Benjamin.

1 Considerações iniciais

Quando do ingresso ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul no ano de 2015, a proposta de estudo dissertativo, ainda pouco concreta e sem uma metodologia consistente, tratava a respeito – de um ponto de vista otimista e, inevitavelmente, ingênuo – da análise sobre a crise ambiental e a função reguladora do direito, como solução para tal impasse civilizacional. Aos poucos, o projeto tomou contornos nítidos, com metodologia e referenciais teóricos sólidos; além disso, a visão ingênua e otimista foi substituída por uma perspectiva mais madura e, infelizmente, pessimista a

* Mestre (2017) e Bacharel (2015) em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Professor do curso de Bacharelado em Direito da Universidade de Caxias do Sul.

respeito dos potenciais emancipadores do direito. O resultado foi a dissertação com o título *As raízes da crise ambiental: uma análise a partir da dialética do esclarecimento*, defendida em fevereiro de 2017.

As pesquisas em torno do projeto dissertativo ensejaram uma postura crítica ao Direito, em especial ao direito ambiental e sua proposta de tutela do meio ambiente. Essa postura crítica deriva da constatação da incompreensão das raízes da crise ambiental por parte dos jusambientalistas; essa incompreensão lhes custa constantes derrotas em uma guerra, à qual não existe a possibilidade de sucesso – ainda que conquistem algumas vitórias incontestáveis.¹

Diante desse quadro, a proposta de uma crítica do direito, em especial do direito ambiental, busca revelar sua insuficiência na tutela do meio ambiente, ainda que sua importância seja atualmente fundamental. O desenvolvimento e aprimoramento de institutos jurídicos, voltados à defesa e conservação do meio ambiente são, sem dúvida, fundamentais para a tutela ambiental; porém, por si só, são insuficientes como instrumental de regulação e preservação ambiental.

O resultado da crítica epistemológica ao direito, obtido a partir das pesquisas empreendidas durante o curso de mestrado, foi paulatinamente transcendido para uma crítica ontológica do direito; isto é, na esteira do pensamento de Walter Benjamin, a análise crítica do direito busca indicar a violência como origem e forma de manutenção do direito. Diante disso, as análises convergem para um diagnóstico a respeito da relação entre o sujeito e a lei: a constituição de sujeitos incapazes de emanciparem-se e de agirem livremente diante da institucionalidade jurídica.

A proposta do presente artigo é levantar considerações e refletir a respeito da transição dos estudos empreendidos no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul, para estudos e pesquisas posteriores. A postura crítica ao direito manteve-se, porém ainda mais radical: a crítica deixa de ser epistemológica e passa a ser ontológica: o próprio direito está fundamentado

¹ Os tratados internacionais sobre acordos climáticos são exemplos de regulamentações de natureza jurídica que ajudam no combate às mudanças climáticas, como o controle das emissões de CO₂, o controle do uso de agrotóxicos, de depósitos de resíduos, etc. Porém, é lícito lembrar que tais acordos são constantemente desrespeitados, e em algumas vezes sequer aderidos por grandes emissores de CO₂, como recentemente o anúncio do presidente dos Estados Unidos da América – Donald Trump – da saída dos EUA do Acordo de Paris. (McGRATH, 2017).

em constante dialética de violência fundadora e mantenedora da institucionalidade jurídica, a violência mítica.

A pesquisa fundamenta-se em análise qualitativa, com revisão bibliográfica, com técnica de análise de conteúdo das obras de Theodor W. Adorno e, em seguida, Walter Benjamin. O texto, “Para uma crítica da violência”, de 1921 fundamental para compreender a posição de Benjamin na crítica do direito enquanto violência, além de comentadores e estudiosos de seu pensamento, como Giorgio Agamben e Slavoj Žižek.

2 A crise ambiental e crítica do direito

Nas primeiras páginas dos temas preliminares de sua obra jurídica sobre direito ambiental, Milaré (2014, p. 52) afirma que “o desequilíbrio ecológico acentua-se a cada dia que passa”. Esse é de fato um lugar-comum, em que a mente tanto da academia como a do senso comum apoiam-se. Desequilíbrio ecológico, crise ambiental, relação contraditória entre homem e natureza são termos que se tornaram comuns no jargão acadêmico. Para Milaré (2014, p. 52), é evidente que “num prazo muito curto [...] são dilapidados os patrimônios formados lentamente no decorrer dos tempos geológicos e biológicos, cujos processos não voltarão mais. Os recursos consumidos e esgotados não se recriarão”. Um dos motivos pelo qual a noção de crise ambiental ou desequilíbrio ecológico se tornaram tão frequentes no campo acadêmico e do senso comum, é a veiculação de informações de cunho catastrofista e mesmo de agressões ao ambiente, que transitam sem restrições sobre os informes midiáticos. (LANGE, 2005, p. 15) e (FENSTERSEIFER, 2008, p. 19-20).

A obra de Milaré foi trazida, a título de exemplo de como os manuais e cursos sobre direito ambiental tratam a temática da crise ambiental de modo superficial, não suficientemente refletida, muito em virtude de que a reflexão profunda acerca das causas da crise ambiental não constitui o objetivo de tais obras. Assim, a crise ambiental é um fenômeno pressuposto pelos setores da literatura jurídica que discorre a respeito do direito ambiental; ela é um fato dado, imediato, que é evidente por si mesmo e deve ser aceito² – caso não fosse

² Para citar apenas alguns: Milaré (2014), Sirvinkas (2016), Mukai (2004), Lorenzetti (2010), Antunes (2014) e Machado (2014).

um pressuposto, qual a razão de desenvolver institutos jurídicos de tutela do meio ambiente?

Nas páginas de tais manuais de direito ambiental,³ emergem as mesmas noções de crise ambiental e desequilíbrio ecológico, como consequência da relação contraditória entre homem e natureza. Isso se faz óbvio na medida em que o direito – instrumento de controle social – elenca o ambiente como bem jurídico e o tutela por meios coercitivos, evidenciando assim que o ambiente é um valor social e necessita de proteção contra agressões. Assim, a crise ambiental aqui tematizada é concebida pela posição dos juristas que tratam do direito ambiental, e que a pressupõe sem mais.

O Direito, portanto, compreendido como conjunto de normas jurídicas, constitui-se a instância mediadora da relação homem e natureza, o qual disciplina a conduta humana e traça limites de intervenção do homem na

³ Nesse sentido, a título de exemplo, Lange (2005, p. 15) afirma que “ao longo das últimas décadas as expressões ‘ecologia’, ‘conservação’, ‘preservação’, ‘desenvolvimento sustentado’ e ‘meio ambiente’ foram incorporadas ao nosso dia-a-dia [...]. São instrumentos de pensamento, estão presentes nos jornais, propagandas, revistas, livros, vestuário e imaginário coletivo. São o resultado de um processo histórico de reflexão sobre a capacidade do planeta Terra de responder às demandas humanas [...]. As raízes dessa reflexão estão nos primórdios da presença humana na Terra, mas tomam forma e conteúdo no final do século XIX, quando são incorporadas ao pensamento científico vigente”. Do mesmo modo, Medeiros assevera que (2004, p. 15) “vivemos em um período de intensos contrastes no desenvolvimento econômico-político-social da humanidade. Ao mesmo tempo em que a economia mundial aprimora-se para além do industrial, e a sociedade deslumbra-se com as habilidades de nossa civilização para as grandiosas descobertas técnico-científicas [...]. Nossas ações e omissões referentes ao meio ambiente estão destruindo o planeta, colocando em risco a existência da própria civilização”. Por último, Fensterseifer (2008, p. 19-20). “Se as preocupações com a Natureza remontam aos primórdios da humanidade, a ‘questão ecológica’, como problema fundamental necessitado de resposta das comunidades políticas tanto à escala internacional como nacional, coloca-se apenas a partir dos anos 60 e 70 do século XX. [...]. Mas há ainda a referir que, já no início do século XXI, a temática ambiental adquire uma ‘relevância quotidiana’ ainda maior, em virtude do fenômeno das ‘alterações climáticas’. Pois, a (por todos) sentida instabilidade do clima, acompanhada da crescente conscientização de que este se fica a dever à acção humana poluente [...], reintroduz a ‘questão ambiental’ no ‘dia a dia’ dos indivíduos, afastando irremediavelmente ‘velhas resistências’ ou ‘novos ceticismos.’” E continua: “A situação ‘limite’ a que chegamos está associada de forma direta à postura filosófica de dominação do ser humano em face do mundo natural, adotada desde a ciência moderna, de inspiração cartesiana, especialmente pela cultura ocidental.” (FENSTERSEIFER, 2008, p. 24-25). E mesmo para Lorenzetti (2010, p. 16-17), “os cientistas afirmam que chegamos às fronteiras do desenvolvimento colocando em risco a natureza. Esta ideia, amplamente divulgada, baseia-se em um fato de implicações culturais extraordinárias: a natureza, como um todo, é um recurso escasso. [...] A novidade é que a ‘natureza’, como totalidade, e não só suas partes, é o que agora aparece como escasso, o que apresenta um cenário conflituoso diferente dos que conhecemos”.

natureza. A proposta jurídica é, a partir da constatação da crise ambiental, combatê-la mediante instrumentos de intervenção no comportamento humano. Busca-se sancionar condutas lesivas ao meio ambiente e promover a sua preservação e conservação, sempre levando em consideração a tensão entre crescimento econômico e preservação ambiental.

O direito, destarte, atua como um mediador da relação entre homem e natureza, mas seu objetivo consistiu em resolver tal impasse civilizacional. Assim como a ética ambiental ou o mercado verde, ambos mecanismos desenvolvidos para otimizar e garantir um melhor relacionamento do homem com seu ambiente, não possuem uma real eficácia, o direito de igual modo é incapaz de dissolver a contradição fundamental entre homem e natureza. Isso em virtude de que tal contradição decorre de um processo cognitivo fundamental: a diferenciação entre sujeito e objeto, homem e natureza, consciência e coisa.

Diante desse quadro, a crítica proposta afirma que o direito padece de uma incompreensão a respeito da origem primordial da crise ambiental; se sua proposta é uma regulação que objetiva obter um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, fracassará miseravelmente diante das enormes contradições sociais. Uma crítica epistemológica do direito busca atestar a insuficiência da regulamentação jurídica, no controle da crise ambiental, pois, se a hipótese de que a crise ambiental estabelece suas raízes em uma crise epistemológica, então apenas uma reformulação das bases do pensamento será capaz de resolver o impasse ambiental.

Assim, a proposta de uma leitura epistemológica da crise ambiental faz coro com as obras de autores como Enrique Leff, Fritjof Capra, Edgar Morin, François Ost e Bruno Latour. Ambos os autores propõem-se a desenvolver uma análise das origens da crise ambiental a partir da própria relação cognitiva entre homem e natureza; e, nesse sentido, a pesquisa realizada no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul buscou desenvolver uma nova linha interpretativa para as origens da crise ambiental, ainda que igualmente epistemológica: a partir da obra de Theodor W. Adorno e Max Horkheimer, em especial a *Dialética do esclarecimento* de 1944.

Diante disso, a pesquisa buscou analisar as categorias desenvolvidas pelos autores frankfurtianos, no que diz respeito à relação homem e natureza, aplicando-as à crise ambiental. O ponto de partida da obra *Dialética do*

esclarecimento consiste na crítica ao pensamento iluminista, i.e., o pensamento instrumental que desconsidera a qualidade – a diferença – do objeto em razão da crescente diferenciação e do distanciamento entre pensamento e mundo, ou seja, entre homem e ambiente. Adorno e Horkheimer, ao direcionarem sua crítica ao pensamento esclarecido, buscam compreender esse processo de distanciamento, sua consequência: a dominação. Porém, acima de tudo, os autores postulam um retorno a períodos pré-iluministas, mas que o pensamento possa tomar consciência (rememorar) de sua própria origem – a mimesis reprimida.

Diante desse panorama geral, os autores estabelecem a dialética entre mito e esclarecimento, dualidade que encerra a identidade entre os opostos. O mito, para os autores, especialmente o mito grego, consiste na narrativa de natureza mimética, que deixa de identificar os fenômenos naturais com os deuses correspondentes. No período mítico, o indivíduo está preso a uma relação de indeterminação entre o seu ego e o ambiente que o cerca. Tal indeterminação possibilita que o indivíduo, ainda que não possua um eu diferenciado e consciente de si, relaciona-se com o objeto através da proximidade – sem qualquer forma de dominação.

A *Dialética do esclarecimento* encerra uma análise sombria a respeito da razão burguesa, oriunda do berço civilizatório da antiga Grécia, culmina suas sucessões de negações abstratas no berço moderno da alta cultura europeia: Auschwitz. Para os autores, o que está em jogo é a gênese da dominação, em que o *Diamat*, através da luta de classes, mostra-se insuficiente para compreender tal processo: o fascismo. “Em Adorno tal crítica é feita mediante a análise do processo de dominação da natureza pelo homem, o que implica, diferentemente de Marx, conceber esta evolução não a partir da categoria de trabalho” (CAMARGO, 2006, p. 27), mas, por outro lado, a partir da razão instrumental, a qual constitui o movimento histórico da formação do eu, e na qual o trabalho será uma de suas principais manifestações. As teses centrais da *Dialética do esclarecimento* expressam, de um lado, a emergência da subjetividade e da civilização como segunda natureza – por meio de um constante processo de sacrifício e recalque; e, por outro lado, o movimento do pensamento ao longo da tradição filosófica e, nesse segundo sentido, assemelha-se à *Fenomenologia do espírito* de Hegel. Ainda que mito e

esclarecimento sejam opostos, a eles subjaz um princípio fundamental: a dominação da natureza.

A passagem do período mítico para o período iluminista, em especial com a filosofia de René Descartes, culmina com o longo processo de diferenciação entre o indivíduo e o ambiente. Descartes estabelece a dualidade primordial entre sujeito e objeto, *i.e.*, entre substância pensante e substância extensa. Essa proposta de diferenciação entre o eu, autorreferente, pensante e existente, e uma natureza inconsciente, mecânica e pronta a ser dominada, coadunam-se com os interesses do ascendente sociedade de mercado e, ainda, estabelece as bases necessárias para o período iluminista e sua crença do progresso por meio da razão.

Além de Descartes, outro importante teórico da ciência foi Francis Bacon, que destaca que os resultados até então alcançados pela ciência se dão por acaso, e não pelo rigor metodológico empírico-indutivo. Bacon desenvolve seu próprio método científico, de natureza indutiva.⁴ Para Corbisier (1994, p. 72) “esse novo método, até então desconhecido ou não utilizado pelos homens, permitirá o desenvolvimento e o progresso das ciências que, a serviço do homem, permitirão o seu domínio sobre a natureza”. A nova ciência que Bacon postulava deixava de ser contemplativa para atuar concretamente na vida dos indivíduos.

A transformação e o domínio da natureza oriunda, em grande medida das novas descobertas da Revolução Científica, de Galileu, Descartes e Bacon, hipostasiam a razão e desaguam suas correntes na filosofia iluminista: o progresso torna-se palavra de ordem, e a razão o instrumento emancipatório do homem. Assim, o esclarecimento era a real possibilidade de os homens tornarem-se senhores da natureza, dominarem seu medo do desconhecido e conquistarem a liberdade; essa possibilidade remonta à concepção iluminista de Kant, de crença na faculdade da razão como instrumento de liberdade para os homens. Porém, nesse momento apresenta-se a primeira contradição: enquanto

⁴ “Só há e só pode haver duas vias para a investigação e para a descoberta da verdade. Uma, que consiste no saltar-se das sensações e das coisas particulares aos axiomas mais gerais e, a seguir, descobrirem-se os axiomas intermediários a partir desses princípios e da sua inamovível verdade. Esta é a que pra se segue. A outra, que recolhe os axiomas dos dados dos sentidos e particulares, ascendendo contínua e gradualmente até alcançar, em último lugar, os princípios de máxima generalidade. Este é o verdadeiro caminho, porém ainda não instaurado.” (BACON, 1973, p. 22).

o esclarecimento está voltado par a liberdade e autonomia dos sujeitos, ambos são apenas alcançados mediante o domínio da natureza – interna e externa – e dos medos decorrentes do desconhecido: a razão carrega em si a promessa de liberdade, mas somente a conquista por meio da dominação.

Os conceitos kantianos são ambíguos. A razão contém enquanto ego transcendental supra individual a Idéia de uma convivência baseada na liberdade, na qual os homens se organizem como um sujeito universal e superem o conflito entre a razão pura e empírica na solidariedade consciente do todo. A Idéia desse convívio representa a verdadeira universalidade, a Utopia. Mas ao mesmo tempo, a razão constitui a instância do pensamento calculador que prepara o mundo para os fins de autoconservação e não conhece nenhuma outra função senão a de preparar o objeto a partir de um mero material sensorial como material para a subjugação. (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 83).

A razão cria seus próprios monstros. Se de um lado a liberdade é seu objetivo, a dominação é uma necessidade. Assim, a dialética do esclarecimento identifica mito e razão através das categorias “destino” e “repetição”. (DUARTE, 1993, p. 60). O enredamento do esclarecimento no mito consiste na assertiva de que o próprio esclarecimento reproduz as estruturas do mito, aquilo que Adorno e Horkheimer chamam de “conteúdo”, ou seja, o esclarecimento recebe todo conteúdo dos mitos, “para destruí-los, e ao julgá-los, ele cai na órbita do mito. Ele quer se furtar ao processo do destino e da retribuição [...]. (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 26).

Na sociedade burguesa regida pelo pensamento formalista e positivista, a insossa sabedoria da ciência moderna⁵ visa a combater o mito através da repetição do sempre-idêntico (*immergleiche*). A ciência moderna concebe as relações entre coisas, a partir da igualdade abstrata, é dizer, de nivelamento das qualidades, da própria identidade formal. E tendo como objetivo a unificação do conhecimento, a partir de um sistema totalizante em que seja possível derivar todas as coisas, a ponto de que aquilo que se estabeleça, “fora” do sistema

⁵ “A ciência é repetição, aprimorada como regularidade observada e conservada em estereótipos. A fórmula matemática é uma regressão conscientemente manipulada, como já o era o rito mágico; é a mais sublime modalidade do mimetismo. A técnica efectua a adaptação ao inanimado a serviço da autoconservação, não mais como a magia, através da imitação corporal da natureza externa, mas através da automatização dos processos espirituais, isto é, através de sua transformação em processos cegos.” (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 169).

totalizante da ciência, não seja digno de adentrar na realidade do mundo. O elemento de destino do mito é reproduzido no esclarecimento a partir da ideia de tautologia do pensamento, pois tudo se repete no mundo, o destino reproduz sem cessar o que já era. O mundo é concebido a partir da inexorabilidade das leis e caberia aos homens apenas a total adaptação pela integração no todo social, em virtude de que o mundo é algo dado de antemão.

O instrumento do pensamento iluminista é a abstração, e o número o cânone no esclarecimento. A matematização do pensamento está ligada à sua crescente abstração, *i.e.*, à diferenciação entre sujeito e objeto cujo pensamento abstrato nivela as qualidades e fecha os olhos para a sedimentação histórica dos objetos. A abstração formalizante oferece aos esclarecedores “o esquema de calculabilidade do mundo”. (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 22). Nesse sentido, o equivalente, identidade de tudo com tudo se dá pela abstração das qualidades, a lógica formal e a matemática tornaram-se padrões do conhecimento científico e verdadeiro. “A sociedade burguesa está dominada pelo equivalente. Ela torna o heterogêneo comparável, reduzindo-o a grandezas abstratas.” (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 23).

As categorias subjacentes a esse processo de abstração são o princípio da identidade e a angústia mítica. A dominação do objeto pelo sujeito decorre, segundo os autores, de todo medo da alteridade; soma-se a isso o princípio da identidade que opera através da eliminação do diferente, do não idêntico. Para Matos (1989, p. 143), esse princípio utiliza uma razão sem conteúdo, que exclui de si o politeísmo dos valores, a identidade produz a violência diante da alteridade. Para a ciência moderna, leia-se positivismo, tudo o que não se deixa reduzir à identidade conceitual, *i.e.*, reduzir a um protocolo elementar, é privado de sentido. “Tudo o que no pensamento não se presta a esta equação pertence ao discurso emotivo e é essencialmente não-senso.” (MATOS, 1989, p. 143).

É, nesse sentido, portanto, que a crise ambiental manifesta-se: a própria forma de experiência do sujeito com o mundo é deficitária. Segundo Freitas (2001, p. 74), a dialética do esclarecimento é uma constante negação abstrata do objeto, um processo em que o sujeito mutila toda a alteridade, *i.e.*, toda a natureza: a negação abstrata da natureza é a exclusão para fora de si de toda a alteridade – a individualidade é formada sem a mediação da natureza no sujeito, que é recalcada como sacrifício para a formação do ego. Se em um polo a

angústia mítica impele o sujeito a conhecer para dominar – em razão do medo; de outro o princípio da identidade submete o particular ao universal e, de igual modo, desconsidera o objeto (natureza) em sua qualidade: o substrato é uma universalidade formal e reificada.

Diante desse quadro, a crise ambiental estabelece suas raízes na esfera epistemológica, impossibilitando uma reconfiguração da relação homem e natureza simplesmente a partir de regulamentações jurídicas: é necessário uma transformação estrutural, eliminando a troca de equivalentes, ou seja, o pensamento instrumental. Contudo, sem prejuízo da crítica epistemológica ao direito, a proposta de novas pesquisas generaliza a crítica para abranger a própria natureza do fenômeno jurídico, seu aspecto ontológico.

3 Da crítica epistemológica à crítica ontológica do direito

Enquanto a primeira crítica ao direito resultava de análises de natureza epistemológica, a segunda crítica, mais abrangente, resulta de análises ontológicas: o próprio direito em si é incapaz de emancipar, em razão de que sua fundamentação e manutenção se dão em razão da violência. Essa é, para um jurista, uma afirmação desconfortável. Desconforto ainda mais agravado diante da reabilitação – por parte de autores Jürgen Habermas e Niklas Luhmann – do direito como um instrumento emancipatório.

A continuidade das pesquisas a respeito do direito, portanto, direcionaram-se para novos referenciais teóricos, tais como Walter Benjamin, Giorgio Agamben e Slavoj Žižek. Contudo, o texto central para o desenvolvimento de uma crítica ontológica do direito é de Benjamin, intitulado “Para uma crítica da violência”, de 1921. O objetivo do texto de Benjamin não é promover uma reflexão a respeito do lugar da violência no direito moderno, mas, por outro lado, estabelecer um diagnóstico crítico a respeito do direito moderno, a ponto de encontrar uma forma de violência de índole tão subversiva que possui a capacidade de deposição da violência que instaura e conserva a institucionalidade jurídica. Esta é a mesma interpretação de Agamben (2004, p. 84) quando afirma que “o objetivo do ensaio é garantir a possibilidade de uma violência [...] absolutamente ‘fora’ (*ausserhalb*) e ‘além’ (*jenseits*) do direito e

quem como tal, poderia quebrar a dialética entre violência que funda o direito e violência que conserva.”

No texto Benjamin busca uma forma de violência que isenta-se da relação de medialidade, *i.e.*, entre meios e fins. A concepção antiutilitarista, que compreende a relação “meios e fins”, é norteadora do texto “Para uma crítica da violência”. No texto Benjamin parte da distinção entre as duas grandes linhas teóricas do direito: o direito natural e o direito positivo. Em seguida opõe violência ilegal e legal; a violência legal é fundadora e mantenedora do direito, para então, mostrar a cumplicidade entre ambas as categorias. (BERDET, 2014, p. 117).

A centralidade do texto diz respeito às relações entre direito e justiça, a partir das duas correntes do direito: o direito natural e o direito positivo. De um lado, Benjamin afirma que tanto os fins justos perseguidos pelo direito natural são mediados pela violência, assim como os meios justos, perseguidos pelo direito positivo. Seus critérios de legitimidade são construídos retroativamente, a partir da relação entre meios e fins.⁶ Portanto, para Benjamin as duas correntes jurídicas possuem um pressuposto em comum: a relação de meios e fins como critério supremo para julgar a violência do direito. (BENJAMIN, 2011, p. 124).

Em seguida, Benjamin estabelece a dualidade entre a violência de origem mítica e a violência de origem divina. (BERDET, 2014, p. 118). Enquanto a primeira instaura e mantém o direito – é poder constituinte e constituído; a segunda depõe o direito e instaura um novo tempo histórico. Enquanto a violência mítica instaura a mera vida⁷ (*das blossen Leben*) – vida meramente natural presa à sua

⁶ “[...] é claro que a relação mais elementar e fundamental de toda ordem de direito é aquela entre fim e meios. Além disso, que, em princípio, a violência só pode ser procurada na esfera dos meios, não dos fins. Com estas constatações obtêm-se mais aspectos para a crítica da violência e, todavia, talvez diferentes do que pode parecer à primeira vista. Pois, se a violência for um meio, então parece haver, sem mais, um critério para a sua crítica. Este se impõe na pergunta se a violência é em determinados casos meio para fins justos ou injustos. Sendo assim, sua crítica estaria implicitamente dada em um sistema de fins justos. Mas não é bem assim. Pois o que um tal sistema incluiria – aceitando-se a hipótese de que estivesse assegurado contra todas as dúvidas – não é um critério da violência em si mesmo enquanto princípio, mas um critério para os casos de sua aplicação. Permaneceria ainda sempre aberta a questão se a violência em geral, enquanto princípio, é ética, mesmo como meio para fins justos. Desse modo, esta pergunta necessita para sua decisão de um critério mais preciso, de uma diferenciação na esfera dos próprio meios, sem consideração pelos fins aos quais servem.” (BENJAMIN, 2011, p. 122-123).

⁷ Segundo Gagnebin (2014, p. 55), o termo utilizado por Benjamin é *das blossse Leben*, que pode ser traduzido como *mera vida*. O adjetivo *bloss* tem o sentido de “mero”, “simples”, “sem

imanência culpada e sem liberdade –, a violência divina apera a remissão da vida culpada. (GAGNEBIN, 2014, p. 54).

Benjamin postula uma análise dos antagonismos que existem entre o sujeito e a lei, *i.e.*, entre o sujeito e a norma. E, ao levar em consideração a dualidade sujeito/lei, Benjamin constata uma contradição: enquanto por parte dos indivíduos a violência é sempre natural – no sentido de que é sempre exterior ao direito e, por isso, lhe é uma ameaça constante –, para o direito não existem fins naturais. “Poderia se [sic] dizer que um sistema de fins de direito torna-se insustentável se em algum lugar ainda se permite que fins naturais sejam perseguidos de maneira violenta.” (BENJAMIN, 2011, p. 127).

Os “fins naturais” de que fala Benjamin são aspirações que os sujeitos possuem de transformação das relações sociais não previstas no ordenamento jurídico. E como decorrência dessas aspirações de transformação das relações sociais, o direito positivo busca o monopólio da violência⁸ ao colocar limites à ação dos indivíduos. Alcançar fins por meios violentos cabe apenas ao direito, e não por parte dos indivíduos. Portanto, o direito monopoliza a violência não para garantir os fins do direito, mas para garantir sua própria existência, a perpetuação de seu *status quo*. (BENJAMIN, 2011, p. 126).

A dualidade entre violência que funda e que conserva o direito monopoliza os fins naturais, pois não deve existir violência contra e fora do Estado. A violência mítica – que instaura e conserva o direito – procura identificar o exercício de um tipo de violência desempenhada por parte do Estado, por meio de instituições jurídicas que mantêm o *status vinculativo* da lei sobre os sujeitos. Em outras palavras, a violência mítica é a violência soberana e legal que mantém a legitimidade e a aplicabilidade da lei, além do sistema de punição (tribunais)

nenhum suplemento”. Ao contrário do termo *nackt* que significa “nu” no sentido de “despido” em oposição a “coberto”. Portanto, é questionável a partir de um ponto de vista filológico a aproximação que Agamben faz do termo *vida nua* com o termo *mera vida* de Benjamin.

⁸ A respeito disso, Matos (2012, p. 305) destaca que “não há qualquer sentido na tentativa de definir o direito mediante certo plexo de valores agrupados sob o signo altamente indeterminado da justiça. Tanto é assim que ao direito positivo pouco importa se outras ordens normativas – portas por um grupo de criminosos ou por um partido revolucionário, por exemplo, – objetivam com suas ações certas finalidades que podem ser razoavelmente definidas como justas. Na verdade, o que o direito não suporta é que ordenações concorrentes tendam a interferir em sua monopolização da violência. Em síntese: pouco impõe a justeza de certa reivindicação coletiva; importa apenas se ela se aparelha ou não mediante o uso da violência, monopólio da ordem jurídica”.

quando a lei for desrespeitada, e as formas de responsabilidade legal que asseguram a permanência forçosamente obrigada dos indivíduos agirem de acordo com a lei. (BUTLER, 2006, p. 202).

A violência mítica é uma força coercitiva que provém da institucionalidade jurídica e impede que os sujeitos desenvolvam um ponto de vista crítico, se não revolucionário, sobre essa mesma institucionalidade jurídica. (BUTLER, 2006, p. 203-205). Assim, segundo Benjamin (2011, p. 132), a violência mítica desdobra-se em dois tipos de violência, como anteriormente afirmado: a violência que instaura (*rechtsetzend*) e violência que conserva o direito (*rechtserhaltend*). Elas são operacionalizadas através de instituições como: o parlamento, a violência de guerra, a polícia, o militarismo, a pena de morte e os tratados de paz. Assim, a violência que conserva o direito é exercida tanto pela polícia, como pelo militarismo e pela pena de morte, e representa esforços repetitivos e institucionalizados para garantir que a lei continue a ser vinculativa para a população. A violência que instaura o direito é exercida pela violência de guerra; a instauração e criação de um novo direito são sancionadas pelos tratados de paz.

Nesse momento, Benjamin recupera o pensamento anarco-sindicalista de Georges Sorel, especialmente na obra *Reflexões sobre a violência*, o qual posiciona-se a favor de uma visão pessimista e catastrófica da história, ao afirmar que “o pessimista vê as condições sociais formando um sistema encadeado por uma lei implacável, cuja necessidade deve ser suportada, tal como ela é dada em bloco e que só poderia desaparecer com uma catástrofe que a arrastasse por inteiro.” (SOREL, 1992, p. 32).

Para Sorel, após a fase revolucionária da classe burguesa, iniciou-se um processo de investimento na ideologia e na construção de consensos de união entre capital e trabalho – o mesmo fenômeno de decadência por parte da classe burguesa que Lukács diagnosticou em sua obra *A destruição da razão* –; assim, e diante dos consensos criados pela ideologia burguesa a respeito da democracia-liberal, Sorel observa que a única forma de transformação social é uma ativação da luta de classes adormecida: a violência proletária é necessária para reavivar a ferocidade burguesa e, em última instância, chamar as classes a exercerem seu papel histórico. (SOREL, 2013, p. 103).

Opondo-se às correntes da social-democracia, Sorel tece críticas⁹ ao ranço estatista da Segunda Internacional, para a qual havia a necessidade de uma transição capitaneada pelo Estado. (BIER, 2013, p. 209). Para Sorel, a chamada da violência de classe era a única capaz de empreender uma descontinuidade, ou seja, ruptura institucional com os poderes constituintes e conservadores do direito. Uma vez que o direito burguês busca a pacificação dos conflitos, através da ampliação dos direitos dos trabalhadores, trata-se, segundo Althusser (1999, p. 102) de um elemento ideológico por excelência.

A aversão à social-democracia é endossada pela crítica da greve geral política, que contenta-se com um gradualismo ineficiente. Assim, Sorel busca trazer a burguesia de volta às armas, quer ver a burguesia revestida novamente de seu condão revolucionário. “O que pode soar como um tenebroso apelo à guerra é, para o autor francês, uma necessidade histórica ante o amordaçamento da luta de classes frente ao império do reformismo através da força.” (BIER, 2013, p. 211).

As reflexões soreliananas são aproveitadas por Benjamin para desenvolver um de seus conceitos mais enigmáticos: a *violência divina*. A proposta de Benjamin é de uma subversão da violência legal e uma reabilitação da violência divina ou pura, de tal forma a emancipar a humanidade da injustiça, ao romper com a institucionalidade jurídica, *i.e.*, com a violência mítica. Para tanto, as análises de Sorel representam para Benjamin uma importante fonte de estímulo à crítica do direito e do marasmo político, incentivando o acirramento de tensões entre a classe burguesa e a classe proletária. Mas, além disso, o ponto focal do texto benjaminiano é a ruptura com a violência mítica, que instaura e conserva o direito. A proposta de Benjamin consiste na elaboração de uma violência subversiva, capaz de irromper uma descontinuidade sem a instauração de uma nova institucionalidade jurídica. A violência divina é a categoria benjaminiana para buscar tal ruptura e descontinuidade, expiando a vida culpada, a mera vida.

A respeito do conceito benjaminiano de violência divina, tanto Agamben como Žižek empenharam esforços interpretativos para contribuir com o desvelamento

⁹ A violência proletária não só pode garantir a revolução futura, como parece ser também o único meio de que dispõem as nações europeias, embrutecidas pelo humanitarismo, para reencontrar sua antiga energia. Essa violência força o capitalismo a se preocupar unicamente com seu papel material e tende a devolver-lhe as qualidades belicosas que possuía outrora. (SOREL, 1992, p. 103-104).

desse conceito. Para Agamben a violência divina é ato político. Ela não “governa ou executa (*die schaltende*), mas [...] simplesmente age e se manifesta (*die waltende*)”. (AGAMBEN, 2004, p. 96). Assim como é possível associar a parte propositiva de Agamben a respeito da desativação do direito ao torná-lo inoperoso. (AGAMBEN, 2007).

No mesmo sentido de Agamben, Žižek apresenta sua contribuição interpretativa ao conceito benjaminiano de violência divina. Žižek identifica a violência divina com eventos históricos positivamente existentes: o Terror Revolucionário de 1792-1794, como também o Terror Vermelho de 1919 e, porque não, a Comuna de Paris de 1871. Para Žižek (2014, p. 155), a violência divina coincide com o dispositivo biopolítico dos *Homines Sacri*: “Em ambos os casos, matar não é um crime nem um sacrifício.” (ŽIŽEK, 2014, p. 155). Para Žižek (2014, p. 116), a violência divina não consiste em uma intervenção direta de Deus onipotente vindo punir a humanidade por seus pecados; “a violência divina deveria ser assim concebida como divina no sentido preciso do velho adágio latino *vox populi, vox dei*: [...] no sentido de uma assunção heroica da solidão da decisão soberana”. (ŽIŽEK, 2014, p. 157).

A crítica ontológica do direito, portanto, apresenta o diagnóstico sob o signo da violência mítica, que instaura e conserva o direito; ao mesmo tempo, o contrapõe com a possibilidade de uma deposição da institucionalidade jurídica: a violência divina. A influência da crítica do direito de Benjamin é observada quando da proposta de desativação do direito por Agamben (2004, p. 98), ao afirmar que “um dia, a humanidade brincará com o direito, como as crianças brincam com os objetos fora de uso, não para devolvê-los a seu lugar canônico, e sim, para libertá-los definitivamente dele”.

4 Considerações finais

Iniciar a realização de pesquisas no campo do direito oportuniza o desenvolvimento de um pensamento crítico e, acima de tudo, reflexivo a respeito dos diversos institutos jurídicos contemporâneos. Pensar de forma crítica o direito é desafiador diante da dificuldade do ato: é nadar contra a corrente. A crescente jurisdicinalização da vida é a causa, na qual o efeito é o desenvolvimento e aprimoramento de institutos jurídicos anacrônicos, além do

aumento constante de pesquisas e de produções científicas comprometidas a permanecerem no *status quo*.

A mudança é necessária. Porém, o direito não será o instrumento para a mudança – ao contrário, apenas o revolucionamento das relações sociais tornará a política da mudança climática¹⁰ uma realidade. A proposta de uma releitura da crise ambiental, a partir de Theodor Adorno e Max Horkheimer possibilita vislumbrar as origens da crise ambiental, a partir da própria relação cognitiva entre homem e natureza, *i.e.*, entre sujeito e objeto; a regulamentação em nível jurídico não resolve o impasse entre a relação de dominação que o sujeito (homem) exerce sobre o objeto (natureza), mas ao contrário, permanece preso a uma lógica que dissolve a qualidade e particularidade do objeto, em prol da totalidade homogênea.

Por outro lado, a continuação da pesquisa sobre crítica do direito possibilitou o desdobramento da crítica epistemológica, para a crítica ontológica. Parte-se da incompreensão do direito na resolução da crise ambiental, para seu total comprometimento com a estrutura social capitalista. A violência mítica, categoria benjaminiana que busca descrever o processo de fundamentação e manutenção da institucionalidade jurídica, compromete-se com a coerção dos indivíduos, impedindo-os de uma prática política contestadora e revolucionária.

Diante disso, a realização de pesquisa, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul, entre os anos de 2015 a 2017, permanece atuante com novos estudos, conceitos, autores e reflexões a respeito da perspectiva da crítica do direito e de sua institucionalidade mantenedora do *status quo*.

Referências

ADORNO, T. W.; HORKHEIMER, M. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Trad. de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

AGAMBEN, G. *Profanações*. Trad. de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007.

_____. *Estado de exceção*. Trad. de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

¹⁰ Segundo o quinto relatório do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC – Intergovernmental Panel on Climate Changes), publicado em 2014, as mudanças climáticas são resultado de ações antrópicas, *i.e.*, as mudanças climáticas são o resultado da própria ação do homem em seu ambiente. (IPCC, 2015).

- ALTHUSSER, L. *Sobre a reprodução*. Petrópolis: Vozes, 1999.
- ANTUNES, P. de B. *Direito ambiental*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- BACON, F. Novum organum ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza. In: _____. *Novum organum ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza; Nova Atlântida*. Trad. de José Aluysio Reis de Andrade. 4. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 19-237.
- BENJAMIN, W. *Escritos sobre mito e linguagem (1915-1921)*. Trad. de Susana Kampff Lages e Ernani Chaves, organização, apresentação e notas de Jeanne Marie Gagnebin. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BERDET, M. *Walter Benjamin: la passion dialectique*. Paris: Armand Colin, 2014.
- BIER, F. Para além da norma: violência mítica/violência divina em Walter Benjamin. *Idéias*, Campinas, nova série, n. 7, p. 203-224, 2º sem. 2013.
- BUTLER, J. Critique, coercion, and sacred life um Benjamin's Critique of violence. In: VRIES, H. de; SULLIVAN, L. E. (Org.). *Political theologies: public religions in a post-secular world*. New York: Fordham University Press, 2006.
- CAMARGO, S. C. *Modernidade e dominação: Theodor Adorno e a teoria social contemporânea*. São Paulo: Fapesp, 2006.
- CORBISIER, R. *Introdução à filosofia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1994. v. 2, t. I.
- DUARTE, R. *Mímesis e racionalidade: a concepção de domínio da natureza em Theodor W. Adorno*. São Paulo: Loyola, 1993.
- FENSTERSEIFER, T. *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.
- FREITAS, V. *Para uma dialética da alteridade: a constituição mimética do sujeito, da razão e do tempo em Th. Adorno*. 2001. 206 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 2001.
- GAGNEBIN, J. M. *Limiar, aura e rememoração: ensaios sobre Walter Benjamin*. São Paulo: Editora 34, 2014.
- LANGE, M. B. R. A conservação da natureza: conceito e breve histórico. In: RIOS, A. V. V.; IRIGARAY, C. T. H. (Coord.). *O direito e o desenvolvimento sustentável: curso de direito ambiental*. São Paulo: Peirópolis, 2005.
- LORENZETTI, R. L. *Teoria geral do direito ambiental*. São Paulo: RT, 2010.
- MATOS, A. S. de M. C. Nómios Pantokrator? Apocalipse, exceção, violência. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 105, p. 277-342, 2012.

MATOS, O. *Os arcanos do inteiramente outro: a escola de Frankfurt, a melancolia e a revolução.* São Paulo: Brasiliense, 1989.

McGRATH, M. *Cinco efeitos globais da saída dos EUA do Acordo de Paris.* Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-40114352>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

MILARÉ, É. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco.* 7. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: RT, 2014.

MACHADO, P. A. L. *Direito ambiental brasileiro.* 22. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

MUKAI, T. *Direito ambiental sistematizado.* 8.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PAINEL INTERGOVERNAMENTAL DE MUDANÇAS CLIMÁTICAS (IPCC): *Mudanças do clima 2014: impactos, adaptação e vulnerabilidade.* Trad. Magno C. Branco e Karla Sessin-Dilascio. São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.iniciativaverde.org.br//lib/php/download.php?cfg=1&arq=produtos/37_2015_05_04_relatorio_ipcc_portugues.pdf&mde=ProdItem&cod=37>. Acesso em: 10 nov. 2016.

SIRVINSKAS, L. P. *Manual de direito ambiental.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOREL, G. *Reflexões sobre a violência.* Trad. de Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

ŽIŽEK, S. *Violência: seis reflexões laterais.* Trad. de Miguel Serras Pereira. São Paulo: Boitempo, 2014.

Autora: Patricia Noll

Título da Dissertação: *Direito, tributo e meio ambiente: a autopoiese da sociedade diante do risco ecológico*

Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

Doutoranda em educação, professora na UCS, com várias publicações na área ambiental, durante a vida acadêmica após o mestrado.

Inspiração para a continuidade dos estudos, com o aperfeiçoamento da observação dos temas ambientais e seus reflexos nas demais áreas do Direito.

Educação para a sustentabilidade: o caráter extrafiscal do tributo

The tribute ambient as form of education for the sustainable

Patricia Noll

Resumo: É ingênuo e singelo acreditar que uma sociedade que cresceu voltada apenas à perspectiva econômica mudará seus paradigmas diante da crise ambiental anunciada. A conscientização dos valores ambientais deve utilizar-se dos valores econômicos para esta mudança social. Por isso, a implementação de uma tributação ambiental, baseada nos princípios de direito ambiental, é fundamental para a indução de uma sociedade sustentável ou, ao menos, uma das formas uteis à necessária efetivação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito e dever constitucional de todos.

Palavras-chave: Educação ambiental. Tributo ambiental. Princípios de direito ambiental.

Abstract: He is ingenuous and simple to believe that a society that grew come back only to the economic perspective will ahead change its paradigms of the announced ambient crisis. The awareness of the ambient values must be used of the economic values for this of the society change. Therefore the implementation of a based ambient taxation in the principles of enviromental law, is basic for the induction of a sustainable, necessary society the to accomplish of the environment ecological balanced, right and to have constitutional of all.

Keywords: Ambient education. Tribute ambient. Principles of enviromental law.

1 Considerações iniciais

Para muitos ecologistas e defensores da natureza a educação ambiental é uma das mais preciosas “armas” contra a destruição dos recursos naturais, conscientizando o homem de que está inserido na natureza. Porém, o modo pelo qual essa educação será efetivada e realmente trará benefícios a preservação ambiental é que gera dúvidas e questionamentos.

É sabido que a exploração dos recursos naturais sempre foi feita de maneira irracional e desordenada, porque nem de longe passava a preocupação que um dia a “fonte poderia secar”. A meta durante décadas esteve baseada na apropriação da natureza como bênção inesgotável, que poderia ser utilizada sem a necessidade de reposição, ou de controle do uso, acreditava-se fielmente que os recursos eram infinitos.

O homem, no decorrer do tempo, cometeu verdadeiras barbáries contra a natureza, na busca de riquezas. Os recursos naturais não estão no mesmo plano de equivalência dos desejos humanos, o que gera conflitos de interesses.

A educação para preservação do meio ambiente inexistia, da natureza buscava-se apenas a apropriação para o melhoramento da vida do homem e, logo, como meio para se buscar o acúmulo de riquezas, o crescimento econômico, pessoal e das cidades.

O desenvolvimento científico e industrial tem sido guiado pela lógica do mercado, atendendo unicamente aos imperativos da produção e às leis do rendimento econômico. Esse modo de vida tem provocado uma difusão de riscos que alcança uma dimensão global, provocando na natureza um desequilíbrio de tal magnitude, que está comprometendo a própria vida no Planeta. Vive-se uma verdadeira crise ambiental que está pondo em perigo as bases de sustentação do sistema produtivo vigente. Desse modo, pode-se afirmar que a problemática ambiental moderna deriva-se essencialmente da tensão existente entre meio ambiente e desenvolvimento econômico.

Cristiane Derani explica que

aquilo que chamamos de crise ambiental não se reduz a ameaças aos sistemas ecológicos, como água, ar, florestas. Trata-se de uma concomitante, e também daquela decorrente, ameaça as condições sociais de existência. [...] A questão ambiental é, em essência subversiva, posto que é obrigada a permear e a questionar todo o procedimento moderno de produção e de relação homem-natureza, estando envolvida com o cerne da conflituosidade da sociedade moderna. (1997, p. 81).

A divulgação maciça pela mídia, das catástrofes ambientais e do perigo que isso trará para o futuro de todos, ainda não promoveu na humanidade uma conscientização de que os recursos naturais são limitados, e que é necessário adequar suas necessidades ao meio.

Hoje, sabe-se que a natureza não é infinita, que tem seu tempo e suas necessidades, e que a exploração desenfreada agora cobra seu preço, a degradação ambiental, tida por muitos como irreversível.

Assim, fica evidente que a mera informação não é suficiente para promover a reflexão dos cidadãos para a preservação do meio ambiente. É ingênuo e singelo acreditar que uma sociedade que cresceu voltada apenas à perspectiva econômica mudará seus paradigmas diante da crise ambiental anunciada. A educação para esta sociedade pode e deve implantar-se através da indução, positiva e negativa, que o tributo pode exercer sobre as mudanças

sociais, efetivando o dever constitucional de preservar a esta e às futuras gerações um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

2 Os princípios de direito ambiental e a proteção da vida

Os princípios não estabelecem um comportamento específico, mas uma meta, um padrão; não exigem condições para a sua aplicabilidade, apenas servem de pauta para as interpretações das leis. Sobre os princípios, conhecidas as preciosas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello, que assim se pronuncia:

[...] princípio [...] é, por definição, mandamento nuclear do sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. [...] Violar um princípio é mais grave que transgredir uma norma. É a mais grave forma de ilegalidade ou constitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo sistema, subversão de seus valores fundamentais. (1997, p. 546).

O desregramento, o desvirtuamento de um ordenamento jurídico se dá a partir do momento em que os princípios de direito não são respeitados como a base do sistema.

Por isso afirma Sérgio Sérvulo da Cunha (2003, p. 268-269) que “toda norma deve ser lida como se fosse o parágrafo de um artigo cujo *caput* compreende os princípios de que se irradia, e que justificam sua existência como norma”. Segundo o autor, é por essa razão que as normas devem ser aplicadas conforme o espírito e não conforme sua literalidade.

Limongi França (1971) evidencia que os princípios gerais de direito não se circunscrevem apenas a elementos fundamentais do direito positivo, mas vão além dele, na tentativa de completá-lo, para alcançar as bases do direito justo.

Quando se fala em princípios do direito ambiental, é preciso ter a exata noção do que se está tratando, de todos aqueles princípios inerentes à proteção da vida humana, na sua plenitude. Os princípios do direito ambiental estão voltados para a finalidade básica de proteger a vida, em qualquer forma que se

apresente, e garantir um padrão de existência digno para os seres humanos desta e das futuras gerações.

Nesta linha, o princípio da prevenção, especialmente importante na proteção do meio ambiente, representa o que é apenas uma regra de mero bom senso, pois determina que em vez de contabilizar os danos e tentar repará-los, se tente, sobretudo, evitar a sua ocorrência. Corresponde ao ditado popular “mais vale prevenir do que remediar”.

Mas, para os mais desavisados, vale frisar por que é mais vantajoso prevenir. Primeiramente porque, em muitos casos, depois da poluição, ou o dano, ocorrer, é impossível removê-lo, e o mesmo ecossistema jamais poderá ser revivido. É o que acontece quando ocorre a extinção de uma espécie animal ou vegetal. Outrossim, mesmo quando a reconstituição natural é materialmente possível, frequentemente ela é de tal modo onerosa, que esse esforço não pode ser exigido do poluidor, que não terá como executá-la.

Importa salientar, na aplicação deste princípio, que a prevenção atinge os danos concretos cuja **origem é conhecida**; busca evitar a verificação de novos danos, ou pelo menos, de minorar significativamente os seus efeitos.

Já o princípio da precaução vai ainda mais longe: tem sua aplicação em casos de dúvidas. Ele significa que o ambiente deve ter em seu favor o benefício da dúvida, quando haja incerteza, por falta de provas científicas evidentes, sobre o nexo causal entre a atividade e um determinando fenômeno de poluição ou degradação do ambiente. Busca-se evitar o risco ambiental. Logo, atinge os danos em que a **origem é desconhecida**.

Nas palavras de Canotilho (1998), podemos falar de uma espécie de princípio *in dubio pro ambiente*, ou seja, na dúvida sobre a perigosidade de uma certa atividade para o ambiente, decide-se a favor do ambiente e contra o potencial poluidor.

Ainda, é importante ligar o princípio da precaução com o princípio da eficiência (art. 37, *caput*, CF/88), pois, devido à incumbência do Poder Público de liberar novos empreendimentos, deve-se exigir deste uma análise prévia e detalhada, segura, de que o meio ambiente foi resguardado com o legítimo dever de primazia, e que somente em segundo plano está o desenvolvimento econômico.

O princípio do usuário-pagador traz a preocupação com a quantidade dos bens ambientais, estabelecendo uma consciência ambiental de uso racional dos mesmos, permitindo uma socialização justa e igualitária de seu uso.

A ideia principal é fazer compreender que os recursos ambientais são de todos, são bens da coletividade, e que todos podem utilizar estes bens com racionalidade, com noção de proporção, e que o uso indiscriminado e abusivo, ou desproporcional, deve ser cobrado. Traduz-se na ideia de um empréstimo. Logo, aquele que usa o bem em prejuízo dos demais passa a ser devedor desse “empréstimo”. Importa frisar, ainda, que mesmo que o uso não cause qualquer degradação ambiental, o usuário-pagador terá de arcar com os custos deste empréstimo.

Outro importante princípio é o do poluidor-pagador, que, como bem assinala Rodrigues (2005), é a exigência de que o poluidor arque com os custos das medidas de prevenção e controle da poluição. Não há como se negar, portanto, que este princípio apresenta uma veia, uma raiz, ou mesmo uma inspiração na teoria econômica, tendo em vista a sua finalidade de internalizar no preço dos produtos todos os custos sociais (externalidades negativas) causadas pela produção de um bem.

Por externalidades negativas, poder-se-ia dizer que há um enriquecimento do produtor às custas de um efeito negativo suportado pela sociedade. E daí surge a expressão privatização de lucros e socialização das perdas, para designar este fenômeno, irretocavelmente explicado por Cristiane Derani:

Durante o processo produtivo, além do produto a ser comercializado, são produzidas “externalidades negativas”. São chamadas externalidades porque, embora resultantes da produção são recebidas pela coletividade, ao contrário do lucro, que é recebido pelo produtor privado. Daí a expressão “privatização de lucros e socialização das perdas”, quando identificadas as externalidades negativas. Com a aplicação do princípio do poluidor-pagador, procura-se corrigir este custo adicionado a sociedade, impondo-se sua internalização. (1997, p. 158).

Catalan (2005) afirma que há ninguém é dada a possibilidade de comprar o direito de poluir, beneficiando-se do bem ambiental em detrimento da coletividade que é titular. **Não se vende direito de poluir e nem se paga um preço pelo meio ambiente.** Por isso, quem critica o princípio do poluidor-

pagador, por entendê-lo como uma compra ao direito de poluir, o vê meramente pela face econômica da teoria das externalidades. O equívoco ocorre porque se parte de uma premissa errada, qual seja, a de que o bem ambiental é negociável e quantificável e porque não se vislumbra a natureza evidentemente preventiva desde princípio.

O princípio da participação está atrelado à ideia de Estado Democrático de Direito, pois permite, e espera, a atuação do povo; logo, o próprio titular cuida do seu direito. Vários são os meios através dos quais a população pode intervir em prol do meio ambiente, como as ações coletivas, a ação civil pública, a participação nas ONGs, também através de instrumentos administrativos, como as audiências públicas, e nos Conselhos estaduais.

Mas, para participar é essencial estar informado, por isso a importância do princípio da informação ambiental. Como bem assevera Marcelo Abelha Rodrigues (2005), o acesso efetivo à informação constitui elemento fundamental à democracia, não só pelo princípio da transparência (publicidade), mas também porque, a partir dessa transparência, há a possibilidade de participação e evita-se o autoritarismo, servindo como mecanismo de controle dos atos públicos.

Porém, a informação sozinha não trará uma ação eficaz, se não produzir um efeito sobre o informado, e isto só é possível quando se tem consciência da necessidade da preservação do meio ambiente; para isso, o constituinte (art. 225, § 1º, VI) previu a incumbência ao Poder Público de promover a educação ambiental.

A educação ambiental é uma ferramenta para a conscientização de todos sobre a necessidade de preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A educação é um processo, por meio do qual o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente.

Estes princípios representam, na verdade, um único princípio que traduz a necessidade da consciência ambiental. O intuito conjunto destes princípios é fazer com que os cidadãos compreendam que são parte integrante da natureza e que preservá-la é garantir a própria existência.

Porém, a informação e a participação não estão se traduzindo na educação da sociedade de forma que conduza a ações de mudanças sociais eficientes para a prevenção e a precaução dos danos ambientais. A realidade se apresenta em

forma de punição e sanção, pois a sociedade ainda, em sua maioria, está “pagando para ver” a crise ambiental.

Por tais razões, para se efetivar a aplicação dos princípios de direito ambiental, de forma a preservar os recursos ambientais e garantir uma sadia qualidade de vida a todos, comprehende-se que os valores econômicos da atual sociedade podem e devem ser utilizados para encaminhar a mudança social necessária à conscientização dos valores ambientais.

3 A educação ambiental através dos tributos

A premissa é a mesma: é insuficiente pensar que a questão ambiental pode ser elevada à prioridade social apenas em decorrência de uma cultura de preservação, de uma educação e de uma ética voltada ao uso racional dos recursos naturais, ou mais, acreditar que a presente geração efetivamente preservará o meio ambiente diante de um direito das futuras gerações previsto constitucionalmente.

A lei maior de um Estado nem sempre basta para guiar a consciência e a ética dos cidadãos aos quais é destinada.

Por isso, a importância dos princípios do direito ambiental, que formam um caminho a ser seguido pelo Estado e pelos cidadãos, para se efetivar o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Em uma sociedade ideal, o bem de todos e a preservação da qualidade de vida seriam suficientes para frear o uso irracional dos recursos naturais e poluição em busca de lucro, mas a realidade não é a ideal.

Neste passo, os tributos ambientais representam a interferência do Estado, por meio de um de seus instrumentos mais eficazes de mudança social, induzindo, de forma positiva ou negativa, as atitudes dos cidadãos em relação aos recursos naturais.

Sobre a relevância dos tributos ambientais nas políticas públicas, destaca José Marcos Dominguez Oliveira (2007, p. 11) que se trata de “[...] uma ferramenta especialmente hábil ao múnus estatal de defesa ambiental, graças à possibilidade do seu emprego em praticamente todas as fases do ciclo econômico, da extração de recursos naturais à produção e ao consumo final de bens sofisticados”.

Nessa ordem de ideias, o Estado, como organizador política da sociedade, passa a ter função dirigente da economia, ou seja, pode influenciar o sistema econômico a proteger o meio ambiente, através da intervenção nas atividades econômicas, a fim de corrigir as deficiências do mercado.

O Estado precisa se reorganizar; necessita, diante da anunciada crise ambiental, tornar-se um Estado com função de proteção ambiental, um Estado Ambiental.

Dentro desse contexto, considera-se que os denominados tributos ambientais, orientados pelos princípios de direito ambiental, constituem um dos mais importantes instrumentos jurídico-econômicos com os quais conta o Estado, para efeitos de resolver o problema das chamadas externalidades ambientais negativas, que afetam toda a sociedade.

Altamiro (2003), na sua obra *El derecho constitucional a um ambiente sano, derechos humanos y su vinculación com el derecho tributário*, entende que o Estado não pode se furtar de sua tarefa política de promover o direito a um ambiente saudável e, para tanto, deve utilizar-se do poder de intervir no domínio econômico. Assim, para o autor, é função pública intervir no conflito entre ecologia e economia, como condição de conservação da natureza e, ao mesmo tempo, de compatibilização com a necessidade de crescimento.

O autor argumenta que a utilização de mecanismos de mercado, como a carga tributária, em comparação com os regulamentos tradicionais de controle de poluição, apresenta três atrativos básicos: permite às empresas e aos indivíduos elegerem entre reduzir a poluição quando os custos de abatimento são mais convenientes; os instrumentos de mercado contemplam um contínuo incentivo para a redução dos produtos e processos contaminadores, considerando que os regulamentos são minimamente obedecidos e podem levar à arrecadação que, por sua vez, pode ser utilizada para o financiamento de alternativas e reformas na política ambiental.

Cabe ter presente, como indica Oliveira (2007, p. 48-49), que os tributos “fiscais”, os tributos de natureza extrafiscal, dentre eles os tributos ambientais, têm como finalidade a “salvaguarda da liberdade”; permitem ao “contribuinte alternativa de escolha de gravame mais ameno ou a de nenhum gravame tributário, conforme sua atuação se desenvolva neste ou naquele sentido previsto em lei”.

Portanto, a intervenção do Estado por indução é a forma adequada de ação do Estado no caso da aplicação da extrafiscalidade tributária para a promoção da melhoria do meio ambiente. Assim, substitui-se a coação pela indução a determinando comportamento, no caso, a melhoria do meio ambiente; é relevante a abrangência desse tipo de política pública, pela faculdade, a todos os interessados; o apelo econômico contido nos incentivos tributários induz uma educação pela preservação.

É relevante salientar o objeto pretendido pela extrafiscalidade, o estímulo ou o desestímulo de certos comportamentos de interesse social. Quando se pretende estimular a adoção de comportamento adequado ao meio ambiente, em decorrência de posturas lesivas aos bens ambientais, aplica-se a exacerbação tributária, que tem dupla finalidade: induzir à mudança de comportamento e compensar as externalidades negativas ocasionadas pela emissão de poluentes, pelo consumo excessivo de bens ambientais vitais e por outras posturas de impacto negativo. No caminho inverso e como estímulo às iniciativas ambientais positivas, cabe a utilização dos incentivos tributários de caráter desoneratório, como a isenção tributária ou a redução do *quantum* a ser pago.

Segundo Hernández (1998, p. 110), a função ambiental tributária consiste na ideia de introdução do chamado elemento ecológico (consistente no fim imediato de proteção do meio ambiente) na estrutura dos distintos tributos que compõem um determinado sistema tributário.

É possível a diferenciação de alíquotas, atribuindo onerosidade maior a iniciativas de impacto ambiental negativo e desoneração para atividades de impacto ambiental positivo. De outro ângulo, é possível a redução de alíquotas ou da base de cálculo, além da isenção tributária, com o fim de incentivar as práticas de interesse ambiental. Todos esses mecanismos estão constitucionalmente garantidos ao poder que detém o Estado para a instituição de tributos, respeitadas as limitações ao poder de tributar.

As isenções e a redução de alíquota ou da base de cálculo podem ser por prazo determinando, em período suficiente para a efetivação de condições impostas aos beneficiários. Exemplo é a desoneração tributária para investimentos, como a compra de equipamentos ou obras de infraestrutura para adequação ambiental. Nesse caso, a desoneração pode vigorar pelo tempo necessário à recuperação do investimento (parcial ou total).

Da mesma maneira, o Poder Público pode utilizar a tributação através da indução negativa, medida que pode compensar a arrecadação a menor, resultante de iniciativa inversa. É o caso da oneração tributária para as atividades econômicas não adequadas para o tratamento da poluição de sólidos, líquidos ou gasosos.

Por fim, valiosas são as palavras de Altamiro, que bem demonstram a ideia até aqui posta:

Na literatura jurídica relacionada com os problemas ambientais predominam os enfoques sob a perspectiva de castigo ou da sanção contra a indústria que, com sua produção, provoca seqüelas de contaminação no meio ambiente [...] Ditos delineamentos jurídicos, baseados unicamente nas consequências do problema, não contribuem com nenhuma solução, ao contrário, criam muitas vezes incertezas e acrescentam os inconvenientes para aprofundar o conflito. (2003, p. 30).

Assim, a tributação ambiental como aqui proposta é um instrumento eficaz para a educação da sociedade em prol da proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, necessário a uma sadia qualidade de vida, desta e das futuras gerações, tornando a possibilidade de um futuro, um compromisso e não apenas uma promessa.

4 Conclusão

Como afirma Catalan (2005), no pertinente às questões ligadas ao direito ambiental, não se pode esquecer que cada homem não passa de um usufrutuário de uma pequenina parcela do Planeta e que, por consequência, tem o dever de protegê-la e de conservá-la para as gerações vindouras, posto que estas não possuem apenas uma expectativa do direito de receberem o planeta, mas sim um inquestionável e absoluto direito a um meio ambiente equilibrado, em razão do dever dos atuais ocupantes de promover a perpetuação das espécies.

Não é viável contentar-se apenas com o “esverdeamento” dos discursos, sem que se tomem medidas mais concretas no plano da tecnologia, da sociedade, da política e dos próprios indivíduos.

Por isso, é preciso acreditar que as futuras gerações nascerão com a consciência de que o humano é parte da natureza e que as gerações de hoje ainda podem mudar suas concepções e atitudes; acredita-se que a educação pode garantir essa mudança, mas temos que ter a educação às vezes não só como conscientização, mas como indução de comportamentos daqueles que não percebem que nós é que dependemos do Planeta e não o contrário.

É possível mudar, é necessário mudar. Muitos não acreditam no capacidade da sociedade de tornar-se sustentável, ou preferem não acreditar, mas temos um caminho trilhado pelos princípios, que basta segui-los, trabalhar hoje para alimentar a possibilidade de um futuro para as próximas gerações, trata-se de unir as atitudes corretas com a esperança de um ser humano melhor em um mundo melhor.

Nas sábias palavras de Edgar Morin (2005, p. 198), “a esperança sabe que o inesperado pode acontecer e que, na história, o improvável aconteceu com mais freqüência que o provável. [...] A esperança não é certeza. A esperança do possível é gerada sobre o impossível.”

Logo, acreditar na educação como a melhor maneira de atingir a sustentabilidade, seja pela indução positiva ou negativa, seja pela conscientização ou pela coerção tributária, o importante é utilizar-se de todos os meios possíveis para tornar a sustentabilidade algo projetável para o futuro.

Referências

- ALTAMIRO, Alejandro C. El derecho constitucional a um ambiente sano, derechos humanos y su vinculación com ele derecho tributário. In: MARINS, James (Coord.). *Tributação e meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 2003. v. 2. (Coleção Tributação em Debate).
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. (Coleção Stvdia Ivridica).
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Introdução ao direito do ambiente*. Lisboa: Universidade Aberta, 1998.
- CATALAN, Marcos Jorge. Fontes Princiológicas do Direito Ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, v. 38, 2005. Antonio Herman de Vasconcellos Benjamin e Édis Milaré (Coord.).

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. O que é princípio. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Coord.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Lemonad, 1997.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Tributação e mudança social*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Princípios gerais do direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 1971.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HERNÁNDEZ, José Juménez. *El tributo como instrumento de protección ambiental*. Granada: Comares, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*: doutrina, jurisprudência, glossário. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

MODÉ, Fernando Magalhães. *Tributação ambiental*: a função do tributo na proteção do meio ambiente. Curitiba: Juruá, 2003.

MORIN, Edgar. *O Método 6 – Ética*. Porto Alegre: Sulina, 2005.

NABAR, José Casalta. *O dever fundamental de pagar imposto*: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito tributário e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

Autor: Rogério Santos Rammê

Título da Dissertação: *As dimensões da justiça ambiental e suas implicações jurídicas: uma análise à luz de modernas teorias da justiça*

Orientador: Prof. Dr. Wilson Steinmetz

Após a conclusão do curso de Mestrado em Direito na UCS, em 2012, ingressou no Doutorado em Direito da PUCRS, em 2013, vindo a defender a tese intitulada “A proteção jurídica dos serviços ecossistêmicos: um dever fundamental ecológico”, em março de 2017, sendo aprovado com voto de louvor. É docente do Centro Universitário Metodista (IPA), desde fevereiro de 2015, onde leciona as disciplinas de Direito Ambiental, Direito Administrativo, Direitos Humanos e Teoria Geral do Processo. Também é coordenador do curso de Especialização em Direito e Gestão Ambiental e do Projeto de Extensão: O Direito dos Animais, na mesma instituição de ensino. Atua, ainda, como advogado na área do direito ambiental e é membro da Comissão de Direito Ambiental da OAB/RS.

O presente texto é um desdobramento de uma pesquisa mais ampla, desenvolvida pelo autor no curso de doutorado, bem como uma continuidade da pesquisa desenvolvida no mestrado, já que busca identificar o regime jurídico-constitucional dos deveres de proteção de um Estado Socioambiental e Democrático de Direito, em matéria ambiental, tomando como ponto de partida o tema da socioambientalidade.

O regime jurídico dos deveres do estado na proteção do ambiente

The legal regime of the state's duties in environmental protection

Rogério Santos Rammê*

Resumo: Este artigo analisa a correlação existente entre direitos e deveres fundamentais, enfatizando o regime jurídico constitucional dos deveres de proteção do Estado em matéria ambiental, na perspectiva de um Estado Socioambiental e Democrático de Direito. A dupla dimensão (subjetiva e objetiva) do direito-dever ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e o regime jurídico constitucional dos deveres de proteção do Estado são enfatizados a partir de uma perspectiva deontológica dos direitos fundamentais e socioambientais. Pesquisa teórica pautada nos métodos dedutivo e indutivo de abordagem.

Palavras-chave: Deveres de proteção. Meio ambiente. Estado socioambiental. Direitos fundamentais.

Abstract: This paper analyzes the correlation between fundamental rights and duties emphasizing the constitutional regime of the duties that protected the State concerning the environment in the perspective of a Socio-environmental and Democratic State of Law. The dual dimension (subjective and objective) of the right-duty to an ecologically balanced environment, the constitutional regime of the duties that protected the State are emphasized from a deontological perspective of environmental fundamental rights. Theoretical research based on the deductive and inductive methods of approach.

Keywords: Duties of protection. Environment. Socio-environmental state. Fundamental rights.

Introdução

O Estado de Direito brasileiro, no que tange à proteção e garantia de direitos fundamentais, vem atravessando um momento de crise e de contestação por parte da população brasileira. A reivindicação por direitos cresce no cenário social brasileiro a cada dia, ao ritmo da globalização e das novas redes de conexão interpessoal de informação instantânea, desenvolvida a partir do surgimento das novas tecnologias da informação e da comunicação.

Nesse contexto, a gravidade dos problemas políticos, sociais, econômicos, ambientais, morais e jurídicos, exige respostas rápidas e adequadas por parte dos operadores das ciências jurídicas e sociais, a quem impende a missão de construir uma perspectiva de conformação do direito a esses novos tempos. Não basta, apenas, pensar o direito ambiental como sistema ou ordenamento de

* Doutor em Direito (PUCRS). Mestre em Direito (UCS). Especialista em Direito Ambiental (Ulbra). Professor no curso de Direito, do Centro Universitário Metodista (IPA).

normas jurídicas que objetivam assegurar direitos e exigir o cumprimento dos deveres, ou, ainda, atribuir e repartir competências estatais. É preciso repensá-lo como um processo sociocultural de regulação capaz de garantir a coexistência da vida em todas as suas formas, tanto no presente quanto no futuro.

Identifica-se, no âmbito do constitucionalismo pátrio, uma recente inclinação doutrinária a apontar o surgimento de um marco jurídico-constitucional e socioambiental, resultado da convergência necessária da tutela dos direitos sociais e dos direitos ambientais, num mesmo projeto jurídico-político. Nele, ganha cada vez mais relevo a perspectiva da justiça ambiental e os demais valores do socioambientalismo, os quais desafiam o jurista deste tempo a compreender o âmbito de proteção dos direitos e deveres fundamentais socioambientais, bem como a buscar estratégias jurídicas capazes de garantir sua concretização.

Nesse cenário, foi desenhada a presente narrativa, que toma a socioambientalidade como ponto de partida para a construção de uma reflexão sobre os deveres de proteção de um Estado Socioambiental e Democrático de Direito, na proteção do ambiente, enfatizando seu regime jurídico-constitucional.

1. O projeto jurídico-constitucional socioambiental brasileiro

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, e com o amadurecimento de uma leitura constitucional da tutela do ambiente, novas reflexões e percepções surgiram no cenário jurídico-doutrinário brasileiro, identificando o projeto de uma nova ordem jurídico-ecológica, capaz de tornar convergentes as agendas social e ambiental, por meio de uma adequada regulação constitucional-socioambiental.

Exponentes dessa abordagem, Sarlet e Fensterseifer (2010, p. 13) referem que a nova ordem constitucional brasileira é inovadora, ao estabelecer claramente a opção por um novo modelo de Estado “Socioambiental” de Direito, o qual resulta de uma convergência da tutela dos direitos sociais e dos direitos ambientais, em um mesmo projeto jurídico-político, voltado ao desenvolvimento humano em padrões sustentáveis. Inclui-se nesse projeto jurídico-político socioambiental, portanto, uma noção abrangente e integrada dos direitos

econômicos, sociais, culturais e ambientais (Desca). Os autores suprareferidos destacam, assim, o surgimento de um *constitucionalismo socioambiental*, ou ao menos a necessidade de se construir tal noção jurídica, que avança para além do constitucionalismo social.

Esse constitucionalismo socioambiental também pode ser compreendido como um reflexo da contaminação, no espaço jurídico-político, de valores ecológicos e de princípios de justiça ambiental.¹ Este, aliás, é o grande desafio do Estado Socioambiental de Direito contemporâneo: tornar-se um modelo de Estado, em que os valores ecológicos e os princípios de justiça ambiental tornam-se referenciais normativos permanentes, em todas as esferas de atuação estatal.

O Estado Socioambiental de Direito não pode ser indiferente às práticas discriminatórias que oneram de forma injusta o modo de vida, o território, a cultura, as tradições e a saúde de indivíduos ou comunidades humanas, em virtude de raça, condição socioeconômica, localização geográfica, dentre outros fatores (aí a dimensão sociocultural da proteção ambiental); mas também não pode ser indiferente às relações ecológicas que dão sustentação à vida no planeta Terra (dimensão ecológica da proteção do ambiente). Esse último aspecto da proteção do ambiente é onde se insere o dever fundamental ecológico e as obrigações dele decorrentes.

Um dos caminhos que a doutrina especializada vem trilhando, para identificar o marco normativo desse novo modelo de Estado, passa pela redefinição do conceito de dignidade humana, que passa a ser concebido como dotado de dupla dimensão: a social e a ecológica. A dimensão social (ou comunitária) da dignidade da pessoa humana, como referem Sarlet e Fensterseifer (2013, p. 71), implica um permanente “[...] olhar para o outro, visto que o indivíduo e a comunidade são elementos integrantes de uma mesma (e única) realidade político-social”. A dimensão social da dignidade da pessoa humana, portanto, enfatiza não apenas um compromisso moral, mas também jurídico do Estado e dos particulares com a construção de uma estrutura político-

¹ Por princípios de justiça ambiental, compreenda-se o “[...] conjunto de princípios que asseguram que nenhum grupo de pessoas, sejam grupos étnicos, raciais ou de classe, suporte uma parcela desproporcional de degradação do espaço coletivo”. (ACSELRAD; HERCULANO; PÁDUA, 2004, p. 10-11).

social que assegure um mínimo existencial e social para a vida humana com dignidade. Já a dimensão ecológica da dignidade humana não se restringe a algo puramente biológico ou físico, mas contempla, segundo Sarlet e Fensterseifer (2013, p. 72), “[...] a qualidade de vida como um todo, inclusive do ambiente em que a vida humana (mas também a não humana) se desenvolve”. A dimensão ecológica da dignidade humana, portanto, amplia o conteúdo da dignidade da pessoa humana, de modo a assegurar um padrão de qualidade e segurança ambiental mais elevado aos seres humanos.

Dessa remodelação do conceito de dignidade humana exsurge a ideia de um *mínimo existencial ecológico*. Sobre isso, Sarlet e Fensterseife observam:

[...] para além dos direitos já identificados doutrinariamente como “possíveis” integrantes da noção de um mínimo existencial (reconhecidamente controversa, a despeito de sua popularidade), como é o caso de uma moradia digna, de assistência social, de uma alimentação adequada, entre outros, é nosso intento sustentar a inclusão nesse elenco da *qualidade ambiental*, objetivando a garantia de uma *existência humana digna e saudável*, especialmente no que diz com a construção de um bem-estar existencial que tome em conta também a qualidade do ambiente. (2010, p. 14, grifo dos autores).

Em essência, o mínimo existencial ecológico se traduz num princípio basilar do Estado Socioambiental e Democrático de Direito. Decorre, sobretudo, do reconhecimento da fundamentalidade do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado e da constatação de como os atuais processos de degradação ambiental atingem em cheio a dignidade da vida humana. Com efeito, para além de um mínimo existencial-social, o mínimo existencial-ecológico adquire notoriedade como um padrão mínimo de qualidade ambiental para a concretização da dignidade de indivíduos e coletividades humanas. Esse padrão mínimo de qualidade ambiental só será alcançado e assegurado a todos os indivíduos, se efetivamente forem compreendidas e cumpridas as obrigações que decorrem do dever fundamental ecológico.

Cabe destacar que a edificação desse Estado Socioambiental de Direito também passa pela consolidação e o reconhecimento de direitos e deveres fundamentais e socioambientais, os quais decorrem de uma compreensão integrada e interdependente dos direitos e deveres econômicos, sociais, culturais e ambientais.

Os direitos e deveres fundamentais e socioambientais se apresentam como uma resposta necessária do constitucionalismo contemporâneo à problemática socioambiental que se reflete, como bem observa Leff (2001), em uma crise civilizacional, na qual o sonho dourado do desenvolvimento e da modernização, guiado pelo crescimento econômico e pelo progresso tecnológico, apoia-se em um regime jurídico forjado por uma ideologia de liberdades individuais, que privilegia os interesses privados em detrimento dos coletivos. Os direitos e deveres fundamentais e socioambientais emergem, portanto, da crise socioambiental contemporânea, do “grito” da natureza e das lutas sociais que reivindicam justiça em processos de degradação social e cultural, por meio da exploração do ambiente. Seu fortalecimento, portanto, decorre de uma exigência de respeito às identidades étnicas forjadas ao longo da História de um povo e da relação travada com seu entorno ecológico.

Essa perspectiva socioambiental, que caracteriza o projeto de sociedade estabelecido pela CF/88, possui inegável valor. Nessa perspectiva, inclusive, fundamenta-se o conceito amplo de ambiente adotado por esmagadora doutrina do direito ambiental pátrio, a incorporar não apenas o ambiente natural, mas tudo que rodeia e cerca o ser humano, abrangendo o ambiente artificial, o ambiente cultural e o ambiente do trabalho.

2 A proteção do ambiente como direito-dever fundamental e sua dupla dimensão

A seguir, procura-se tecer um panorama geral do *status jurídico* da proteção do ambiente no ordenamento constitucional brasileiro, aproveitando abordagens doutrinárias estrangeiras, que levantam questões polêmicas que, em virtude da semelhança na forma com a qual a maioria das Constituições ocidentais trata a proteção do ambiente, podem gerar alguma inquietação no âmbito jurídico interno.

De início, cumpre examinar a existência da dúplice dimensão (subjetiva e objetiva) do direito fundamental ao ambiente, passando por diferentes posições doutrinárias, eventualmente divergentes, sobre esse tema. Muito embora se possa imaginar haver uma relativa unidade de entendimento, uma análise doutrinária mais aprofundada, sobretudo à luz do direito comparado, permite

compreender que diferentes posições são sustentadas, inclusive no sentido de negar a existência de um direito (subjetivo) fundamental ao ambiente.

Segundo Gomes (2007, p. 27-30), a fórmula do direito ao ambiente revela uma operatividade nula, porquanto entende que seu reconhecimento não surte efeitos para além do simbólico e do pedagógico. Em defesa de sua tese, Gomes ampara-se em argumentos de diversos autores do cenário jurídico internacional, concluindo que o reconhecimento de um direito ao ambiente apresenta uma série de obstáculos estruturais que o inviabilizam, tais como: (a) a *identificação do bem jurídico protegido pelo pretenso direito*, ou seja, o direito ao ambiente, ao fim e ao cabo, se materializa no direito à vida ou no direito à integridade física (na vertente do direito à saúde), os quais são típicos direitos de personalidade já consagrados, que absorvem e anulam em autonomia; (b) a *identificação do titular da prestação do direito*, afinal se o direito ao ambiente é algo que está além do direito à vida de cada indivíduo, seu objeto estaria em um plano comunitário, dificultando a identificação do titular do direito subjetivo; e (c) a *abstração conceitual da noção de qualidade de vida*, porquanto, mesmo que se reconheça no direito ao ambiente um direito à qualidade de vida, estar-se-á diante de uma obrigação exigível de cada Estado, em função de condicionantes objetivas (economia, geografia, cultura, etc.), mas não de um direito subjetivo invocável individualmente.

Nem mesmo a tentativa de atribuir um sentido essencialmente procedural ao direito do ambiente é vista por Gomes como algo capaz de salvá-lo da adjetivação de “fórmula vazia”. Isso porque essa suposta dimensão procedural do direito ao ambiente – consubstanciada nos direitos de acesso à informação, à participação e à justiça em matéria ambiental –, segundo a autora, na verdade, são direitos procedimentais específicos que têm aplicação geral na maioria das convenções e declarações internacionais de direitos humanos. Em síntese, Gomes (GOMES, 2007, p. 99-100), conclui que a via da subjetivação da tutela ambiental pelo reconhecimento de um direito fundamental ao ambiente se revela uma fórmula não apenas inútil, em razão da sobreposição com posições jurídicas já consagradas, como também deficitária, já que a tutela ambiental fica sempre adstrita às necessidades individuais humanas, inviabilizando uma reparação puramente ecológica, desvinculada de interesses humanos. Em razão disso, Gomes entende que a única via possível da

subjetivação da tutela ambiental, numa perspectiva solidarista, que reveste a tutela dos bens coletivos, se dá pelo reconhecimento de um dever de proteção do ambiente.

Essa argumentação ganha força quando analisada a resistência que ainda hoje se verifica, no âmbito do direito internacional público, com relação ao reconhecimento de um direito humano ao ambiente saudável e ecologicamente equilibrado. Muito embora seja inegável que a luta pela proteção do ambiente está inserida em um contexto que não é distinto daquele da luta por direitos humanos – embora nele não se esgote – e que diversos autores nacionais e estrangeiros sustentem a existência do direito humano ao ambiente, a partir de uma perspectiva historicista dos direitos humanos, a questão não é de todo pacífica.

Isso se deve ao fato de que os regimes de proteção internacional dos direitos humanos e dos direitos ambientais, ao longo das últimas décadas, desenvolveram-se, a par da íntima relação e dos pontos de contato existentes, separadamente, gerando lacunas que até hoje carecem de uma melhor sistematização. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos é um bom exemplo. Segundo Courtis (2007, p. 113), no âmbito do Sistema Interamericano, a vinculação entre direitos humanos e proteção do ambiente é um “terreno movediço”, em que quase tudo está por ser feito. Courtis chega a sugerir que, em virtude da ausência efetiva do reconhecimento do direito ao ambiente como um direito justicável, no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a melhor forma de salvaguardar interesses ambientais à Corte Interamericana de Direitos Humanos, é por meio de estratégias indiretas de litígio, invocando outros direitos humanos (substantivos ou adjetivos) igualmente violados em casos de degradação do ambiente.

Contudo, como ressaltado, inúmeras têm sido as abordagens teóricas que se propõem a traçar um paralelo dos sistemas de proteção internacional, na tentativa de fortalecer o reconhecimento do direito ao ambiente como direito humano. Nesse particular, em nível nacional, inegável destaque deve ser dado a Trindade (1993), que já há mais de duas décadas se preocupava em desenvolver uma abordagem teórica de aproximação entre os sistemas de proteção internacional dos direitos humanos e dos direitos ambientais. É possível identificar, na doutrina de Trindade, diversos fundamentos que influenciaram

direta ou indiretamente o constitucionalismo ambiental e brasileiro contemporâneo. Aspecto importante, e que aqui nos interessa em especial, diz respeito à posição de Trindade acerca dos sujeitos e do objeto de proteção do direito ao ambiente, em que se percebe claramente a posição do autor a respeito da existência de uma dupla dimensão (subjetiva e objetiva) desse direito, bem como da sua interação ou integração com outros direitos individuais e sociais pré-existentes.

Também é inegável que a doutrina jurídico-constitucional estrangeira foi e ainda tem sido igualmente decisiva, no desenvolvimento do marco jurídico-constitucional voltado à proteção do ambiente no Brasil. Especificamente no que se refere à discussão acerca da existência ou não de um direito (subjetivo) ao ambiente sadio e equilibrado, merece especial ênfase o debate travado na Europa, em países como Alemanha, Portugal e Espanha, nos quais o tema ganhou maior destaque.²

Na Alemanha, Alexy (2008, p. 443) sustenta que o direito fundamental ao ambiente se caracteriza por ser um “direito fundamental completo”, porquanto composto por “um feixe de posições de espécies bastante distintas”, as quais podem incorporar direitos de defesa, direitos de proteção, direitos a procedimentos e direitos a prestações fáticas.

Ressalta-se que o ordenamento jurídico alemão, até o ano de 1994, não dispunha de um preceito constitucional especificamente dedicado à proteção ambiental, o que induzia uma tutela do ambiente pela via da subjetivação, vinculada a direitos fundamentais como a vida, a integridade física, a propriedade, etc. Entretanto, em 1994, foi inserido o art. 20-A na Lei Fundamental da Alemanha, que qualifica de forma expressa a proteção do ambiente, como uma tarefa fundamental do Estado. Desde então, afirma Gomes (2007, p. 52), parte da doutrina alemã converge na afirmação da proteção do ambiente, como tarefa do Estado e desaconselha a subjetivação.

² No cenário europeu, o tema também ganhou importante destaque na Itália, sobretudo pelo fato de a Constituição italiana não fazer menção expressa a um direito ao ambiente, consagrando apenas o direito à saúde e a tarefa estatal de proteção da paisagem (arts. 32 e 9 respectivamente). Segundo Gomes, tal fato conduziu boa parte da doutrina e a jurisprudência italianas a enveredarem pela via da subjetivação da proteção do ambiente. (GOMES, 2007, p. 45-50).

Segundo Kloepfer (2010, p. 50), a atual sistemática constitucional alemã a tarefa estatal de proteção do ambiente, dirige-se aos três Poderes do Estado, fixando uma proibição de retrocesso (*Rückschrittsverbot*) e garantindo padrões ecológicos mínimos, ou seja, uma ecologização (*Ökologisierung*) do sistema jurídico alemão. Importante é salientar que Kloepfer (2010, p. 46), muito embora reconheça a forte indeterminabilidade de conteúdo do direito subjetivo ao ambiente, admite-o como derivativo do princípio do Estado social, “[...] na medida em que se trata da asseguração do mínimo existencial ecológico”.

Em Portugal, a posição de Gomes – que, como visto, nega a dimensão subjetiva do direito ao ambiente – não corresponde a da doutrina majoritária. Para Canotilho (2008, p. 4), a inclusão, na Constituição da República de Portugal, no catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais, do direito a um ambiente de vida humano sadio e ecologicamente equilibrado (art. 66º da CRP), revela a opção dos constituintes portugueses de reconhecerem, no direito ao ambiente, a natureza de direito fundamental subjetivo. Contudo, não indiferente à crítica contrária, pondera Canotilho:

Independentemente de saber se o direito ao ambiente é um verdadeiro direito subjetivo, tornou-se claro que a problematização constitucional deste direito não deveria limitar-se ao recorte do ambiente como tarefa fundamental do Estado. A orientação jussubjectiva da Constituição Portuguesa é tanto mais de assinalar quanto se assiste, ainda hoje, à elaboração de robustas posições doutrinárias contra a jusfundamentalização ambiental. Precisamente por isso, a primeira ideia forte do enquadramento jurídico-constitucional do ambiente é a de que no ordenamento jurídico português a conformação jurídico-subjetiva do ambiente é indissociável da sua conformação jurídico-objectiva. (2008, p. 4).

Semelhante é a posição do constitucionalista português Silva (2002). Muito embora o autor defenda a ideia de que a defesa do ambiente é tarefa estatal, reconhece o direito ao ambiente como um direito subjetivo fundamental completo – do qual emanam distintas posições jurídicas –, axiologicamente radicado no princípio da dignidade da pessoa humana e dotado de uma dupla faceta, defensiva e prestacional. Segundo o autor, uma coisa é a tarefa objetiva de proteção do ambiente e outra, distinta, é a proteção jurídica e subjetivo-ambiental, a qual decorre “[...] da existência de um domínio individual constitucionalmente protegido de fruição ambiental, que protege o seu titular de

agressões ilegais provenientes de entidades públicas (e privadas)". (SILVA, 2002, p. 95).

Ainda no âmbito do direito constitucional português, merecem especial destaque as posições de Miranda e Vieira de Andrade sobre o tema em questão. Para Miranda (2000, p. 534), a base da subjetivação do direito fundamental ao ambiente não reside propriamente no art. 66º da Constituição da República de Portugal, mas sim na possibilidade, prevista no art. 52º da Constituição portuguesa, de todo e qualquer cidadão português requerer a tutela judicial preventiva e resarcitória, em face de condutas lesivas ao ambiente. Já para Vieira de Andrade (2012, p. 158), o direito ao ambiente é um direito de solidariedade, que não se limita a uma intervenção prestacional do Estado, nem à exigência de respeito a um bem próprio individual, mas trata-se de um verdadeiro "direito circular", cujo conteúdo define-se, essencialmente "[...], em função do interesse comum, pelo menos em tudo que aquilo que ultrapassa a lesão direta de bens individuais".

Na Espanha, ao comentar o art. 45 da Constituição espanhola, Giménez (2002) afirma que o ordenamento constitucional espanhol reconheceu a proteção do ambiente como um direito e um dever, elevando-a à categoria de princípio orientador da política social e econômica daquele país. Assim, Giménez insere o direito ao ambiente no rol dos direitos fundamentais de terceira dimensão, que têm na solidariedade o seu valor-guia. Especificamente sobre a subjetivação do direito ao ambiente, Giménez reconhece a resistência de parte da doutrina em aceitar a ideia de que o art. 45 da Constituição da República da Espanha diga respeito a um direito fundamental ao meio ambiente. Contudo, para a autora, ao invés de negar a dimensão subjetiva do direito ao ambiente, reconhecendo exclusivamente sua dimensão objetiva, mais proveitoso é aprofundar o conceito de direitos de terceira geração ou de solidariedade, os quais se caracterizam por levarem implícitos o dever de sua proteção. (GIMÉNEZ, 2002, p. 78).

Também no âmbito do constitucionalismo espanhol, reconhecendo o direito subjetivo ao ambiente, destaca-se a posição de Echevarria (2005, p. 33-45). Para o autor, o direito ao ambiente é um direito dotado de fundamentalidade material que também se justifica sob o ponto de vista de um direito individual (subjetivo), notadamente por ser imprescindível ao

desenvolvimento da pessoa e por manter relação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em sentido oposto, parte da doutrina constitucional espanhola se inclina para a qualificação da norma do art. 45 da Constituição da Espanha como concretização de um princípio fundamental de atuação do Estado na proteção dos bens ambientais naturais (água, ar, solo, fauna e flora). Um dos adeptos dessa vertente doutrinária na Espanha é Pérez Luño (2005). Para esse autor, muito embora a sobrevivência da espécie humana, cada vez mais ameaçada pela degradação do ambiente, constitua um valor prioritário para qualquer sociedade, isso não implica o reconhecimento de um direito fundamental ao ambiente. Assim, as técnicas de positivação dos direitos fundamentais exigem que eles se refiram a situações jurídicas bem determinadas quanto ao seu objeto e titularidade, o que não ocorre com o pretenso direito fundamental ao ambiente, dada a dificuldade de se estabelecer com precisão o seu conjunto de faculdades constitutivas (PÉREZ LUÑO, 2005, p. 455). Nesse sentido, defende a tutela do ambiente essencialmente como finalidade dos Estados Constitucionais. (PÉREZ LUÑO, 2012).

Por fim, também no âmbito do direito constitucional espanhol, destaca-se a posição de Yarza (2012). Para esse autor resulta impraticável reconhecer a existência de um direito autônomo ao meio ambiente, devido ao objeto desse pretenso direito ser um bem jurídico de caráter coletivo. Contudo, esclarece que isso não implica que o meio ambiente careça de relevância jusfundamental. Ao contrário, para Yarza (2012, p. 97), o interesse na proteção do ambiente pode se conectar à interesses e bens jurídico-individuais, influindo decisivamente na interpretação e aplicação dos direitos que daí decorram. Dessa forma, Yarza adota clara posição, no sentido de que a conexão entre os direitos fundamentais e o meio ambiente pode adotar múltiplas formas, não somente pelos distintos bens jurídicos que são afetados por essa relação, mas também pelas distintas categorias jurídico-fundamentais que essa relação pode traduzir.

No Brasil, há praticamente um consenso doutrinário a respeito do reconhecimento da dupla funcionalidade da proteção do ambiente: tanto objetivo e tarefa do Estado, quanto direito e dever fundamental dos indivíduos que integram a comunidade estatal.

A posição defendida por Sarlet e Fensterseifer (2012, p. 14) é clara, no sentido de reconhecer a existência da dimensão subjetiva da proteção do ambiente, ou seja, de um direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, que se caracteriza por ser um “conjunto diferenciado e complexo de posições subjetivas”. Os autores, à luz do regime jurídico-constitucional da proteção do ambiente no Brasil, igualmente identificam a dimensão objetiva do direito fundamental ao ambiente, a qual guarda íntima relação com a imposição, aos particulares, de deveres fundamentais em matéria ambiental, bem como com o objetivo e a tarefa estatal de proteção e promoção do equilíbrio ambiental. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 13).

Como objetivo e tarefa do Estado, a proteção ambiental assume a forma de deveres de proteção, os quais, segundo Mendes (2004), são deveres que se impõem ao Estado, para evitar riscos, autorizando o Poder Público a atuar em defesa do cidadão, mediante a adoção de medidas de proteção ou prevenção.

Em semelhante sentido, Benjamin (2008) reconhece a fundamentalidade do direito ao ambiente, o qual se alicerça nos valores da “fraternidade” ou “solidariedade”. Na visão de Benjamin, o direito fundamental ao ambiente saudável e equilibrado tem estrutura bifronte (negativa, associada a um *non facere*; e positiva, exigindo prestações positivas do Estado e da sociedade). É direito de exercício coletivo, mas também individual, “[...] não se perdendo a característica unitária do bem jurídico ambiental – cuja titularidade reside na comunidade (‘todos’) – ao reconhecer-se um direito subjetivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. (BENJAMIN, 2008, p. 103).

Destaca-se também a posição de Medeiros (2004), desenvolvida em obra específica sobre o tema, na qual sustenta, a partir de uma interpretação sistemática da proteção constitucional do ambiente, e com forte influência das doutrinas constitucionais germânica e portuguesa, que a proteção constitucional do ambiente no Brasil traduz um típico direito-dever fundamental. Assim, defende que a proteção do ambiente é tanto um direito fundamental, dotado de dupla função (defensiva e prestacional), quanto um dever fundamental de cunho positivo e negativo. (MENEIROS, 2004, p.114-130).

Não menos relevante é a posição defendida por Krell (2013), ao analisar o art. 225, *caput*, da Constituição Federal brasileira. Segundo o autor, o referido dispositivo constitucional consagrou a proteção do ambiente tanto como tarefa

fundamental do Estado (seja como “norma-fim” direcionada ao poder estatal, seja como “tarefa estatal disfarçada”, cuja concretização dependa de intervenção do Poder Público), quanto como direito público subjetivo, ainda que não seja típico, ou seja, divisível, particularizável ou desfrutável individualmente. Para o autor, somente por meio do reconhecimento constitucional de um direito subjetivo ao ambiente equilibrado é que se torna possível reconhecer, no equilíbrio ecológico do ambiente, um bem jurídico autônomo, não dissolvido na proteção de outros bens jurídicos relevantes. Essa dimensão jurídico-subjetiva do direito ao ambiente, porém, guarda íntima correlação com sua dimensão jurídico-objetiva. Assim, muito embora a dimensão subjetiva enfatize o caráter individualista do direito ao ambiente, isso em nada diminui sua dimensão coletiva ou social. (KRELL, 2013, p. 2082).

Com efeito, traçado um panorama geral dos principais argumentos doutrinários a favor e contra da vertente subjetiva da proteção constitucional do ambiente, adota-se a posição em favor do reconhecimento da proteção do ambiente, como típico “direito-dever” fundamental, dotado de uma dupla dimensão subjetiva e objetiva.

Trata-se de um típico direito-dever fundamental, porquanto ambos – o dever e o direito – possuem conteúdo (proteção do equilíbrio ecológico do ambiente) conexo, coligado, muito embora devam ser compreendidos como realidades jurídicas autônomas.

A dimensão subjetiva do direito fundamental ao ambiente se caracteriza por um feixe de posições jurídicas de vantagem, cuja tutela pode ser individualmente reivindicada, muito embora diga respeito a um bem jurídico que é essencialmente coletivo. Já a dimensão objetiva do direito fundamental ao ambiente implica uma mais-valia jurídica à sua dimensão subjetiva, a saber: (a) a eficácia irradiante do direito fundamental ao ambiente a exigir uma aplicação e interpretação a ele conforme; (b) a eficácia horizontal (*Drittewirkung*) do direito fundamental ao ambiente no âmbito das relações privadas e não apenas em face dos poderes públicos; (c) os deveres de proteção do Estado, em matéria ambiental; (d) consequências nos planos organizacional e procedural, que auxiliem na efetivação e proteção do direito fundamental ao ambiente.

Já a esfera do dever fundamental decorre da incorporação pelo ordenamento constitucional brasileiro da proteção ambiental como um valor

comunitário fundamental e essencial à sadia qualidade da vida humana. Ele decorre essencialmente, portanto, de uma perspectiva objetiva de proteção do ambiente, muito embora também implique efeitos subjetivos, consubstanciados na imposição de obrigações que se impõem a todos os indivíduos, na consecução do objetivo comum da proteção do ambiente.

3 A justificação dos deveres de proteção do Estado em matéria ambiental

De modo geral, como já afirmamos, a temática dos deveres fundamentais é ainda pouco abordada pela doutrina nacional. Mesmo a doutrina estrangeira acerca-se do tema com reservas, sendo raros os autores que se dedicam a um enfrentamento aprofundado do assunto.

Nabais (2009) aponta as razões para o esquecimento do tema pela doutrina constitucional contemporânea, citando o próprio sentido originário da ideia de Estado, que objetivava, através do direito, manter o exercício do poder dentro de determinados limites, assegurando assim a liberdade e autonomia individuais. Isso levou a primazia por direitos subjetivos públicos, como posições jurídicas ativas dos titulares em face do poder do Estado.

Segundo a lição de Hesse (2009), pertence à tradição dos direitos fundamentais a ideia de que eles não são apenas direitos subjetivos, mas ao mesmo tempo representam princípios objetivos da ordem constitucional. Ou seja, em um Estado de Direito os direitos fundamentais, além de atuarem como limites da ação estatal, obrigam o Estado a proteger seus conteúdos jusfundamentais, mediante procedimentos adequados; portanto, a compreensão dos direitos fundamentais, como princípios objetivos, adquire uma importância decisiva no âmbito das tarefas do Estado, na medida em que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a esses direitos, não apenas de forma negativa (abstenção de ingerências no âmbito protegido pelos direitos fundamentais), mas também de forma positiva (levar a cabo tudo que seja necessário para a realização dos direitos fundamentais).

Esse efeito de irradiação dos direitos fundamentais, com força conformadora, tem sua raiz jurisprudencial na relevante decisão do caso *Lüth* do *Bundesverfassungsgericht* de 1958. Essa paradigmática decisão reconheceu o

conteúdo jurídico-objetivo dos direitos fundamentais e sua irradiação para toda a ordem jurídica, acrescentando à tradicional eficácia vertical (Estado-cidadão) das normas de direito fundamental uma eficácia horizontal – entre terceiros (os particulares), bem como lançou luzes definitivas para uma nova concepção da ordem constitucional fundada em um sistema objetivo de valores centrado necessariamente na dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2012). Nesse quadro de irradiação inclui-se o encargo constitucional do Estado de Direito de prover as condições objetivas mínimas para o efetivo exercício dos direitos fundamentais.

Mas quais seriam os princípios inspiradores da doutrina dos deveres de proteção jusfundamentais? Fernando Simón Yarza (2012) nomeia-os: (a) *princípio da segurança*, que traduz a ideia de que não basta ao Estado a não intervenção na esfera de liberdade dos indivíduos, mas também se faz necessária uma função estatal protetora dos direitos fundamentais contra as invasões privadas, calcada numa ideia de segurança social; e (b) *princípio do Estado social*, que complementa o princípio da segurança, ampliando o aspecto protetivo dos direitos fundamentais, para além da proteção frente a terceiros, voltado à proteção do indivíduo contra aquelas ameaças que recaem sobre seu âmbito vital efetivo e contra as quais o indivíduo sozinho não tem condições de defender-se, como, por exemplo, a proteção frente a certos riscos ambientais.

No entanto, Yarza (2012) admite que os referidos princípios constituem tão somente uma inspiração material para os deveres de proteção jusfundamentais, não servindo, porém, para criar obrigações justicáveis. Em outras palavras, não traduzem um elenco de deveres de proteção estatal. Para esse fim, faz-se necessária uma análise jurídica constitucional mais densa sobre como se fundamentam os deveres de proteção em concreto.

Uma forma de fundamentar a existência de deveres de proteção jusfundamentais parte da literalidade de certas normas atributivas de direitos, ou seja, decorre de preceitos que não apenas reconhecem direitos, como também os protegem e garantem. Porém, aqui, o cuidado reside, segundo Yarza (2012), em não extrapolar a interpretação literal do âmbito de proteção concretizado no Texto Constitucional.

Também a perspectiva da solução jurídico-defensiva (*abwehrrechtliche Lösung*), em sua matriz teórico-discursiva, pode ser utilizada para fundamentar os deveres jusfundamentais de proteção do Estado. Trata-se de tese que se

baseia no fato de o Estado intervir de diferentes modos nas atividades dos sujeitos privados, seja financiando-as, seja submetendo-as a autorizações, o que permite imputar a ele uma responsabilidade pelo correto exercício das atividades privadas e uma culpa (*in vigilando*), quando esse exercício seja lesivo. Porém, essa tese é alvo de muitas críticas que argumentam que o simples fato de uma ação ou atividade não estar proibida, e sim permitida ou autorizada, não fundamenta uma participação do Estado na sua realização, não se podendo, portanto, imputar ao Estado uma conduta lesiva que decorra da atividade, exceto na hipótese de uma *neutralidade negligente*, que tenha por base um dever de proteção prévio. (YARZA, 2012, p.113).

O compartilhamento da responsabilidade do Estado, relativamente às atividades perigosas decorrentes do dever do Estado de proteção dos direitos fundamentais, na fórmula germânica (*Grundrechtliche Schutzpflichten des Staates*), também fundamenta a existência de deveres de proteção. Trata-se aqui de imputar ao Estado uma posição especial de garante, impondo-lhe uma responsabilidade por uma adequada regulação das atividades de risco. (YARZA, 2012). Ou seja, reconhece-se ao Estado a existência de um dever de proteção especialmente intenso, no âmbito das atividades perigosas.

Mas os fundamentos mais robustos a justificar os deveres de proteção são os que concebem os deveres de proteção como conteúdo jurídico-objetivo dos direitos fundamentais, ou seja, emanações de valor ou de princípio jusfundamentais, bem como aqueles que fundamentam, sem exceder os limites do Texto Constitucional, a existência de um dever de proteção à dignidade humana, baseado na existência de um núcleo de dignidade humana que é garantido pelos direitos fundamentais e que impõe a obrigação estatal de uma proteção essencial dos bens vitais mais básicos.

Tecidas essas observações, parte-se para uma análise mais apurada dos deveres de proteção do Estado brasileiro em matéria ambiental, tendo em vista o marco jurídico-constitucional vigente.

4 Os deveres de proteção do Estado em matéria ambiental à luz do regime jurídico-constitucional brasileiro

A proteção da integridade dos bens ambientais é, inegavelmente, uma missão de natureza pública. Ou seja, há um flagrante interesse público-primário, no desenvolvimento de ações políticas, administrativas, legislativas e jurídicas de tutela ambiental, quer por imperativo constitucional expresso, quer pela carga valorativa jurídico-objetiva que emana do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado (no caso do Brasil, expressamente reconhecido no art. 225 da CF/88).

Como demonstrado, os deveres de proteção do Estado, em matéria ambiental igualmente vinculam-se à dimensão objetiva do direito fundamental ao ambiente, a qual traduz novos valores ecológicos que passaram a ser incorporados no cenário político-comunitário e contemporâneo, muito em decorrência da importância que a temática ambiental alcançou em âmbito internacional.

O reconhecimento dessa dimensão objetiva do direito fundamental ao ambiente e dos deveres de proteção estatais correlatos implica efeitos positivos específicos, bem destacados por Krell (2013): (a) reduz o espaço da livre-conformação do legislador ordinário em todos os níveis da Federação, na elaboração das normas relacionadas com aspectos ambientais; (b) impõe aos parlamentares que sempre levem em consideração a proteção ambiental, no que se refere à regulamentação das atividades públicas e privadas de todas as áreas da vida social; (c) influencia uma adequada interpretação axiológica das leis ordinárias e do exercício do poder discricionário da Administração Pública; (d) impõe que o Poder Público, na formulação de políticas públicas, sempre opte pela alternativa menos gravosa ao ambiente; (e) conduz à proibição de retrocesso ambiental, vetando ao Poder Público a adoção de medidas que reduzam o nível da proteção normativa do ambiente já alcançado sem legítimas razões; (f) implica a judicialização da proteção ao *mínimo existencial ecológico*, núcleo essencial do direito fundamental ao ambiente e à sadia qualidade de vida.

Inegavelmente, os destinatários dos deveres de proteção em matéria ambiental são o Estado, como destinatário geral, e seus Poderes (Legislativo,

Executivo e Judiciário), como destinatários específicos, aptos a implementar as medidas concretizadoras de proteção.

Na perspectiva dos deveres fundamentais e socioambientais, cita-se o art. 225 da Carta de 1988, que ocupa o topo central no espaço jurídico-ambiental ao dispor: *"Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, [...] impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações."* Nesse sentido, para assegurar tal direito constituem, entre outros, deveres do Estado (art. 225, § 1º, e incisos, da CF/88): (a) preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e dos ecossistemas; (b) preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; (c) 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; (d) 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; (e) controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; (f) promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; (g) proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade. A esse respeito, observa-se:

A Constituição brasileira, desta forma, privilegia uma estrita modalidade de posições jurídicas, pois ou são direitos-deveres (ou deveres-direitos pendente a posição do sujeito) de proteção, articulando os direitos subjetivos de sujeitos singulares e plurais, e na esfera pública, tarefas, objetivos, sujeições e deveres de proteção do Estado. É neste sentido que os direitos-deveres socioambientais são direitos e deveres fundamentais, e como tais, gozam de tratamento privilegiado na ordem constitucional e nos tratados internacionais, albergados pelo ordenamento jurídico brasileiro. No espaço constitucional podemos encontrá-los de modo implícito ou explícito. Explicitamente são aqueles referidos expressamente no art. 225 da Constituição de 1988, ao contrário, os implícitos são irradiações ou decorrências da proteção ambiental, pois incorporam, além de os

assegurarem, os atos de valoração ambiental, como o direito à vida, saúde, propriedade, informação, cultura, educação e ao exercício das ações constitucionais, entre outros, logo podemos falar de deveres socioambientais na dimensão objetiva e subjetiva, pois ora exigem a inação, ora a efetiva prestação dos seus destinatários. (MOLINARO; RAMMÉ, 2015, p. 78).

Não podem ser olvidados, porém, os apontamentos de Kloepfer (2010), sobre os principais problemas que assolam a proteção estatal do ambiente: (a) ainda carece de aprofundamento doutrinário e jurisprudencial a adequada medida em que os direitos fundamentais dos destinatários das medidas estatais de proteção ambiental podem arrefecer ou mediar a proteção estatal do ambiente. Logo, não se pode admitir uma posição aprioristicamente sempre favorável à proteção do ambiente, sob pena de submeter os cidadãos a uma ordem intervencionista de direito ambiental; (b) em Estados federados, não raro surgem problemas referentes à distribuição de competências em matéria ambiental, exigindo o aperfeiçoamento de um sistema federativo-cooperativo no trato dessas questões; (c) a ampliação da proteção estatal do ambiente pode ocasionar problemas à democracia e ao Estado de Direito. Assim, a proteção do ambiente no âmbito legislativo esbarra na carência de formação técnico-científica dos legisladores. Ao mesmo tempo, muitas vezes quem detém o conhecimento técnico-científico necessário para a elaboração das normas definidoras de padrões ambientais são as próprias empresas destinatárias das normas, que oneram o ambiente. Isso faz com seja necessário tornar mais transparentes os procedimentos que dão origem aos padrões normativo-ambientais, bem como os critérios e as filosofias que os fundamentam. O mesmo problema se dá no âmbito das decisões judiciais, em que também não existem critérios claros sobre como se deve dar o assessoramento técnico-científico para a construção das decisões judiciais em matéria ambiental.

A democracia representativa também vem sendo colocada em cheque, diante da crescente resistência de parcelas da população, frente a decisões estatais com efeitos potencialmente onerosos ao ambiente, sem que haja critérios claros de mediação e avaliação dos interesses atingidos. Esses problemas inegavelmente afetam e comprometem a tarefa estatal de proteção do ambiente. Daí a importância, cada vez mais evidente, de que o Estado

(Socioambiental e Democrático de Direito) brasileiro, aperfeiçoe um sistema federativo-cooperativo que incorpore valores ecológicos e de justiça ambiental, princípios materiais essenciais para a tutela do ambiente (precaução, prevenção, poluidor-pagador, proibição de retrocesso, gestão racional dos recursos, integração); bem como princípios instrumentais para o bom funcionamento do sistema federativo e da tarefa estatal de proteção ambiental (cooperação e subsidiariedade).

Considerações finais

De todo o exposto, a interrogação que se oferece à reflexão é a seguinte: Quais os limites e desafios que se impõem à intervenção coativa do Poder Judiciário frente ao descumprimento, pelos Poderes Executivo e Legislativo, das tarefas essenciais de proteção ao ambiente, seja pela ação, seja pela omissão? Normalmente, uma análise dessa ordem perpassa o tema da discricionariedade administrativa e legislativa que, para muitos, limita a esfera de ingerência do Judiciário.

Contudo, cada vez mais perde força, em âmbito doutrinário e jurisprudencial, o entendimento de não ser possível buscar, junto ao Judiciário, a condenação da Administração Pública em obrigações de fazer, consistentes na adoção de medidas positivas de proteção do meio ambiente, tudo com base na impossibilidade de controle judicial do mérito administrativo (pautado pelo binômio “oportunidade e conveniência”), salvo se este ofender ao princípio da legalidade estrita. Do contrário, estar-se-ia permitindo ao Judiciário atuar como administrador, ferindo de morte o princípio da separação dos poderes. Assim, o controle judicial dos atos administrativos estaria adstrito ao exame das prescrições legais, expressamente determinadas.

Entretanto, a moderna noção de legalidade, pós Constituição de 1988, sofreu notável evolução, abarcando o que a moderna doutrina publicista define como “legalidade ampla”, compreendendo não apenas a observância à lei estrita mas a toda principiologia atinente ao regime jurídico-constitucional da proteção do ambiente, notadamente pela importância jusfundamental que adquiriu a tarefa estatal de proteção do ambiente.

No tocante especificamente à esfera de competência do Poder Executivo, não há que se falar em ingerência indevida do Poder Judiciário, ou mesmo ofensa ao princípio da separação dos Poderes, quando, diante de uma flagrante omissão ou desvio de sua tarefa-fim (jusfundamental) de proteção do ambiente, impõe à Administração Pública o cumprimento de obrigações de fazer, que objetivem corrigir a proteção estatal insuficiente a determinado bem jurídico ambiental. Afinal não está o Judiciário, quando assim age, criando uma norma inexistente ou uma determinada política pública, penetrando no mérito administrativo e nas esferas da conveniência ou da oportunidade. Está, sim, impondo o cumprimento de uma obrigação pública objetiva implícita ou expressamente prevista na Constituição ou na legislação infraconstitucional.

Deve-se ter claro, portanto, que a discricionariedade administrativa está condicionada pela finalidade jurídico-constitucional do ato a ser praticado pela Administração, daí que o controle que se permite ao Judiciário realizar nesta seara é o controle *finalístico* da discricionariedade administrativa, podendo ser impostas à Administração, caso verificado o desvio de finalidade (na ação ou na omissão das políticas públicas adotadas), obrigações de fazer ou de não-fazer, sem caracterizar com isso ofensa à separação dos poderes. O mesmo ocorre com relação ao Poder Legislativo. Omissões legislativas ou mesmo legislações que se desviam da tarefa estatal de proteção do ambiente, notadamente quando reduzem ou flexibilizam a proteção ambiental já consolidada no plano normativo, também são passíveis de controle finalístico pelo Poder Judiciário.

O papel do Poder Judiciário, nesse particular, assume um viés corretivo. Como já destacado, o atual marco jurídico-constitucional brasileiro impõe ao Estado (Poder Público), em todos os níveis da Federação, a tarefa de proteger o ambiente sadio e ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. Esta tarefa envolve não apenas a proibição de interferir negativamente no ambiente, como também a obrigação de promover ações positivas, prestacionais, que garantam a eficácia e a efetividade do direito de todos ao ambiente sadio e equilibrado.

Disso resulta a possibilidade de reconhecer, via controle finalístico realizado pelo Poder Judiciário, a prática de condutas inconstitucionais (por ação ou por omissão), decorrentes da não adoção de medidas protetivas pelos Poderes Executivo e Legislativo. É possível também reconhecer, além da

possibilidade de o Judiciário impor ao Estado medidas concretas para sanar a omissão ou atuação insuficiente, no âmbito da sua tarefa-fim de promoção e proteção do ambiente, a possibilidade de responsabilização judicial do Estado à reparação dos danos causados a indivíduos e grupos sociais afetados pelos efeitos negativos decorrentes da proteção estatal insuficiente em matéria ambiental.

Há que se atentar, porém, contra os perigos de um ativismo judicial que expresse uma postura interpretativa expansiva das normas constitucionais, para além do marco constitucional estabelecido, externando um juízo claramente axiológico baseado nas convicções particulares do julgador. Trata-se de um limite que não pode ser ultrapassado, sob pena de imporem-se sérios riscos à legitimidade democrática e à separação dos poderes. Especificamente à área ambiental, um desafio que se impõe ao Judiciário para o bom exercício do controle da proteção estatal insuficiente diz respeito à necessidade de aperfeiçoamento dos magistrados em áreas outras, diversas da ciência jurídica, já que o trato das questões ambientais, invariavelmente, exige do julgador conhecimentos interdisciplinares, para além dos conhecimentos meramente jurídico-dogmáticos.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 57-135.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos de gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1-11.
- COURTIS, Christian. *Derechos sociales, ambientales y relaciones entre particulares: nuevos horizontes*. Bilbao: Universidade de Deusto, 2007.

ECHAVARRÍA, Juan José Solozábal. *El derecho al medio ambiente como derecho público subjetivo. Studia Iurídica (81): a Tutela Jurídica do Meio Ambiente: Presente e Futuro*, Coimbra, 2005, p. 33-45.

GIMÉNEZ, Teresa Vicente. Proyección de la justicia ecológica en la ordenación política y jurídica del medio ambiente. In: GIMÉNEZ, Teresa Vicente (Coord.). *Justicia ecológica y protección del medio ambiente*. Madrid: Editorial Trotta, 2002. p. 71-82.

GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*. 2007. 564 f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

KLOEPFER, Michael. A caminho do Estado Ambiental? A transformação do sistema político e econômico da República Federal da Alemanha, através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica. Trad. de Carlos Alberto Molinaro. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 39-72.

KRELL, Andreas Joachim. Comentário ao art. 225, *caput*. In: CANOTILHO, J. J. et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2078-2087.

LEFF, Enrique. Los derechos del ser colectivo y la reapropiación social de la naturaleza: a guisa de prólogo. In:

LEFF, Enrique (Coord.). *Justicia Ambiental: construcción y defensa de los nuevos derechos ambientales, culturales y colectivos en América Latina*. México: PNUMA, 2001., p. 7-33.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000. t. IV.

MOLINARO, Carlos Alberto; RAMMÊ, Rogério Santos. Os deveres de proteção do Estado em matéria ambiental e o controle judicial de proteção insuficiente. *Revista de Direito Ambiental*, v. 20, p. 61-102, 2015.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2009.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

_____. *Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 11-38.

_____; FENSTERSEIFER, Tiago. Deveres fundamentais ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, n. 67, p. 11-70, 2012.

_____; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de direito: lições de Direito do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

YARZA, Fernando Simón. *Medio ambiente y derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2012.

Autora: Viviane Grassi

Título da Dissertação: *Gestão de riscos ecológicos na exploração de petróleo na camada do pré-sal: as tomadas de decisão a partir do princípio da precaução*

Orientadora: **Profª Dra. Maria Carolina Gullo**

Com a titulação de Mestre em Direito, as possibilidades profissionais e acadêmicas se ampliaram em grau exponencial. Como docente no curso de Direito, no Centro Universitário Unifacvest – Lages, SC, foi possível dar continuidade às atividades acadêmicas, principalmente por ter a oportunidade de lecionar a cadeira de Direito Ambiental. A pesquisa relacionada ao petróleo, no contexto risco ecológico, não foi encerrada com a conclusão do curso de Pós-Graduação em Direito da UCS. Além do vínculo com o Grupo de Pesquisa Direito Ambiental Crítico, ligado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UCS, recentemente houve o lançamento da dissertação em formato de livro, pela Editora Lumen Juris. A intenção é dar continuidade à formação acadêmica com o doutoramento, na mesma área de conhecimento.

Exploração do pré-sal brasileiro frente aos interesses econômicos e a concretização dos direitos humanos e ambientais

Explotación del pre-sal brasileño frente a los intereses económicos y la concretización de los derechos humanos y ambientales

Viviane Grassi

Resumo: O presente texto tem como objeto principal a análise do contexto exploratório do petróleo brasileiro da camada do pré-sal, ou seja, *offshore*, a respeito dos interesses econômicos e a concretização dos direitos humano-ambientais. Nessa circunstância, ante as dificuldades de repartição de riquezas – ao desagrado das necessidades humanas básicas, e acerca da infatigável acumulação de capital, o papel da governança é primordial para estabelecer novas políticas, a fim de aperfeiçoar o quadro atual. Busca-se neste artigo analisar os planos de governo, para então verificar de que forma o Brasil, como novo grande provedor de combustíveis fósseis, vai desenvolver e garantir a realização dos direitos humano-ambientais. O trabalho pretende traçar apenas alguns elementos da temática, além de esclarecer os principais pontos da política energética do País. Observou-se que o Estado desempenha papel fundamental para o desenvolvimento sustentável; entretanto, o interesse político tende a secundarizar a discussão em torno da proteção ambiental.

Palavras-chaves: Recursos energéticos fósseis. Pré-sal. Interesses econômicos. Direitos Humanos. Sustentabilidade.

Resumen: El presente texto tiene como análisis del contexto del objeto principal de la explotación petrolera brasileña de la capa presal, es decir, de la costa, sobre los intereses económicos y la realización de los derechos humanos. En esa circunstancia, las dificultades de distribución de la riqueza, el descontento de las necesidades humanas básicas y la infatigable acumulación de capital, el papel del gobierno es esencial para establecer nuevas políticas para mejorar el marco actual. La búsqueda de este artículo examinar planes de gobierno para ver cómo el Brasil como el nuevo proveedor grande de combustibles fósiles, desarrollar y asegurar la realización de los derechos humanos. El trabajo tiene como objetivo extraer sólo unos elementos temáticos, además de aclarar los puntos principales de la política energética del país. Se observó que el estado juega un papel fundamental para el desarrollo sostenible, sin embargo el interés político tiende a descuidar la discusión de la protección del medio ambiente.

Palabras clave: Recursos energéticos fósiles. Presal. Intereses económicos. Derechos humanos. Sostenibilidad.

1 Introdução

O petróleo, como fonte basilar de energia na maioria dos países desenvolvidos, é considerado o maior responsável pelos níveis de desenvolvimento econômico e, portanto, cobiçado no contexto geopolítico e responsável por conflitos internacionais.

O Brasil, com a descoberta de petróleo contido sobre a camada do pré-sal, posiciona-se diante do disparate: o crescimento econômico e a preservação ambiental, para a garantia dos Direitos Humanos. No caso do petróleo, o desafio está na repartição e administração, de modo que propiciem a todos o acesso às riquezas suscitadas, através de políticas fortes e adequadas, com o objetivo de beneficiar o maior percentual crível da população brasileira. Assim, pode-se dizer que o Brasil está em posição econômica distinta em relação a outros países. Apesar disso, essa ascensão econômica demanda uma administração pública atenta em relação a esses novos recursos energéticos, a fim de evitar outros panoramas de exclusão social.

Assim, nessa perspectiva, o modo sustentável de desenvolvimento surge como engrenagem essencial para contornar tal contexto. O consumo inteligente interligado a políticas públicas eficientes pode ser o início de mudança do presente *status*.

A partir desse contexto, o trabalho tem como objetivo geral analisar planos de governo e políticas públicas da área petrolífera, para então verificar como o Brasil se posiciona diante dos problemas de distribuição de riquezas, ao desprazer das necessidades humanas, perante a busca infatigável por acumulo de capital.

2 Interesses econômicos e direitos humanos

A partir do marco histórico da Revolução Industrial, a humanidade vem decompondo seu ambiente em busca do progresso e da geração de riquezas, desconsiderada a finitude dos recursos naturais. Mészáros (2000) aponta que a produção do capital jamais se desenvolveu em qualquer parte da História da humanidade, como na sociabilidade capitalista. Distinguindo-se como um sistema aperfeiçoado na sujeição hierárquica do trabalho em relação ao capital,

esse sistema, em todas as suas formas capitalistas ou pós-capitalistas tem (e deve ter) sua expansão orientada e dirigida pela acumulação. Naturalmente, o que está em questão a este respeito não é um processo delineado pela crescente satisfação das necessidades humanas. Mais exatamente, é a expansão do capital como um fim em si, servindo à preservação de um sistema que não poderia sobreviver sem constantemente afirmar seu poder como um modo de reprodução ampliado. (MÉSZÁROS, 2000, p. 11).

Assim, a sociedade capitalista caracteristicamente se desmente, já que o sistema capital tem por finalidade o acúmulo e a expansão, enquanto as necessidades humanas são desamparadas, ou seja, o que importa realmente é a força do trabalho, como alicerce da riqueza produzida.

2.1 Necessidades humanas e direitos humanos ambientais

Ao se falar em necessidades humanas básicas, surge, quase instantaneamente, o imperativo a sua conceituação. A partir de meados da década de 70, a busca pela conceituação de necessidades básicas teve grande notoriedade no campo das ciências sociais. Desta feita, é preciso reconhecer que se trata de termo dotado de ampla polissemia. Originário do latim *necessitas* (do prefixo, *ne*, não, e do sufixo *cedere*, parar), o termo necessidade expõe vários significados, designando não apenas a ideia de falta ou carência, mas também aquilo que é indispensável ou inelutável. Do Dicionário Aurélio extrai-se:

s.f. Aspiração natural e muitas vezes inconsciente: comer é uma necessidade fisiológica. / Desejo ardente. / O que é necessário. / Indigência, miséria. // Ter necessidade de, precisar. // Ter necessidade de alguém, de alguma coisa, sentir-lhe a falta. // Caso de necessidade, caso de força maior. // &151; S.f.pl. Necessidades naturais, coisas indispensáveis à vida. // Pop. Fazer suas necessidades, urinar, defecar. (2014, s/p.).

Assenta Neef (1998) que as necessidades básicas podem ser enxergadas conforme divisões existenciais e axiológicas. Inicialmente, no caso em que elas se relacionam com as dimensões do *Ser, Ter, Fazer e Estar*. Do ponto de vista das categorias axiológicas, as necessidades básicas se moldam com *subsistência, proteção, afeto, compreensão, participação, lazer, criação, identidade e liberdade*. De forma mais precisa, Pereira (2006) explica que “o termo necessidades possui conotação negativa – identificada com carência –, que define as políticas pelo ângulo das destituições dos sujeitos”. Entretanto, há de se falar que o assunto nunca se apresentou de forma consensual, de acordo com Gomes Júnior e Pereira (2013), em artigo científico, esclarecem: “O tema das necessidades humanas básicas nunca se apresentou de forma consensual [...]. Há, sem dúvida, boas razões para essas divergências”, [a considerar que] [...] a ideia de necessidade remete quase que inevitavelmente a uma situação de

ausência ou falta que, se não for adequadamente atendida, poderá causar sérios prejuízos a quem nela se encontra”.

Nesse passo e pela perspectiva apontada, não há certeza acerca de uma definição concreta do termo “necessidade”. Gomes Júnior e Pereira (2013, p. 51) concluem que “a noção de necessidade encerra mais ambiguidades do que certezas” e que a noção de necessidades humanas segue por duas correntes: “dos economistas políticos neoclássicos, – preferências individuais; e de crescentes adeptos do pensamento pós-moderno, para quem as necessidades são relativas e variam culturalmente”. (GOMES JÚNIOR; PEREIRA, 2013, p. 51).

As necessidades humanas básicas nada mais seriam do que um codinome de precedências particulares difundidas nas sociedades capitalistas, diante do avanço da inovação industrial, do progresso técnico e da comunicação de massa, cuja satisfação só poderá ser provida pelo mercado. (DOYAL; GOUGH 1991). Ainda na linha de pensamento de Doyal e Gough (1991), necessidades humanas básicas são necessidades intermediárias, ou *satisfiers*, que se demonstra como padrão dos requerimentos de uma determinada sociedade, para que se garanta a todo indivíduo o pleno exercício e controle de sua vida, mas sem que se deixe de associar o atendimento das necessidades sociais aos direitos e de ter esses direitos garantidos pelo Estado. (GOMES JÚNIOR; PEREIRA, 2013, p. 56). Assim, são necessidades comuns a qualquer ser humano, portanto, são universais. O que varia de um indivíduo para outro é a sua manifestação e a adequada maneira de satisfazê-las ou atendê-las.

2.2 Meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental

Sampaio (2004, p. 25-28) alude que os direitos fundamentais sempre estão interligados à ideia de direitos humanos básicos do indivíduo. Dogmaticamente, poder-se-ia dizer de um núcleo de direitos e garantias axiologicamente afetados como indispensáveis à vida humana. Formalmente, “os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos na Constituição ou em tratados internacionais” (FAVOREU apud CANOTILHO; LEITE, 2011, p. 116), os quais conferem ao indivíduo uma garantia subjetiva e representativa de valores objetivos de compreensão do ordenamento jurídico. Ou seja, o cumprimento pleno de um direito fundamental, poderá ser exigido pelo indivíduo, por meio da tutela jurisdicional,

obrigando o Estado a agir positiva ou negativamente, para a efetividade do pleito.

Para Sarlet:

Por tais razões, parece correto afirmar que todos os direitos fundamentais (na sua perspectiva objetiva) são sempre, também, direitos transindividuais. É neste sentido que se justifica a afirmação de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também que, de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes. (2007, p. 171).

A doutrina é pacífica no sentido de reconhecer a existência de um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Entretanto, existem pensamentos diversos quanto à sua natureza axiológica. Canotilho e Leite afirmam:

Na doutrina, a valoração dogmática desse direito não é uniforme. Alguns o consideram um direito da personalidade e, simultaneamente, como um direito e uma garantia constitucional, ou seja, direito fundamental na visão da Constituição de 1988 e direito da personalidade, na perspectiva do Direito Privado. Outros o reputam, simultaneamente, direito e princípio, ou, ainda, encarnação de direito humano ou direito subjetivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. (2011, p. 117).

Sarlet e Fensterseifer (2012, p. 36) lecionam, no sentido de que a positivação do direito ao meio ambiente, como um direito fundamental, mostra à interdependência do ser humano e a natureza. Dessa forma, a política ambiental deve ter como foco central a adequação aos obstáculos criados pela crise ecológica. Cumpre analisar outro sentido, qual seja o do direito previsto no *caput* do art. 225, que tem sido emoldurado como uns dos novos direitos fundamentais, os de terceira geração, coletivos, ou de grupos, com fundamento no princípio da solidariedade (VARELLA, 2003, p. 293), os quais dependem intensamente de procedimentos adequados para sua efetivação,

[...] os novos direitos se definem na medida em que eles são novos nas aspirações que expressam, são novos na dimensão humana em áreas onde ela tem sido frequentemente esquecida, tendo sido deixada para o Estado ou Estados... Eles são novos na medida em que podem simultaneamente ser invocados contra o Estado e exigidos deste; mas acima de tudo (e aqui

reside a sua característica essência), eles só podem ser realizados por meio de esforços conjuntos de todos os atores da cena social: o indivíduo e o Estado, corporações públicas e privadas e a comunidade internacional. (BOSSELMANN *apud* SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 37).

Conforme Ayala (2011, p. 243), verifica-se que o direito fundamental em relação ao meio ambiente, garante proteção da vida da pessoa humana, enfatizando um sentido que não se associa ao objeto de proteção de posições jurídicas particulares, mas comunitárias e fundadas na solidariedade. Seguindo a linha do direito constitucional contemporâneo, a Constituição Federal de 1988 sedimentou os cernes normativos de um constitucionalismo ecológico (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 40) e garantiu aos brasileiros o direito ao meio ambiente saudável e equilibrado, que obriga tanto o Estado quanto a sociedade a prezarem esse direito fundamental.

Conforme a doutrina de Sarlet (2007, p. 361), não se pode negar a dificuldade teórica para conceituar o princípio da “dignidade da pessoa humana”. Ainda que seja elevado o grau de incerteza quanto à determinação da expressão gramatical em relação a essa norma, não há dúvidas de que a dignidade da pessoa humana existe, que é algo vivenciado concretamente pelo indivíduo, pois identificam-se situações em que ocorrem violações. (SARLET, 2007, p. 364). Diante de violações à “dignidade da pessoa humana”, na ideia de Sarlet, fica clara a presença de um conteúdo material desse princípio, ao ser formalmente positivado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Sarlet e Fensterseifer (2012, p. 59) encontram em Kant a matriz filosófica da dignidade humana, na qual o ser humano não deve ser “coisificado”, mas sim tido como “um fim em si mesmo”. E, assim, concluem:

Voltando-nos ao direito constitucional positivo, há como partir da premissa de que a CF88, no seu art. 1º, inciso III, consagra expressamente a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental edificante do Estado democrático de Direito, e, portanto, como ponto de partida e fonte de legitimação de toda a ordem estatal, com destaque aqui para o sistema jurídico pátrio. A dignidade da pessoa humana, como, aliás, já tem sido largamente difundido, assume a condição de matriz axiológica do ordenamento jurídico, visto que é a partir deste valor e princípio que os demais princípios (assim como as regras) se projetam e recebem impulsos que dialogam com os seus respectivos conteúdos normativo-axiológicos. (2012, p. 60).

Ainda sobre a dignidade da pessoa humana, mas num ponto de vista diverso, sustenta ainda a dimensão comunicativa e histórica pela qual as concepções individuais e intersubjetivas, dentro de um panorama histórico-cultural, podem proporcionar a variação do conteúdo normativo do princípio. (SARLET, 2007, p. 364). Disso observa-se que se trata de conceito com intensas modificações, em relação ao seu sentido e alcance, como direito fundamental e que “atualmente, pelas razões já referidas, pode-se dizer que os valores ecológicos tomaram assento definitivo no conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana”. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 40).

Diante do que foi visto, a inserção do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado na esfera dos direitos fundamentais, o qual possui influência imediata sobre o contido na norma do princípio da dignidade, passa por constituir o arcabouço de direitos indivíduos.

Portanto, no direito constitucional contemporâneo, consolida-se a formulação de uma dimensão ecológico-inclusiva da dignidade humana, que abrange a ideia em torno de um bem-estar ambiental (assim como de um bem-estar social) indispensável a uma vida digna, saudável e segura. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 40).

Assim, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado passa a conceber a indispensabilidade de um grau ambiental mínimo para a manutenção da vida humana em patamares dignos, aquém dos quais estaria sendo violado seu núcleo essencial. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 41).

Portanto, a vida humana de forma digna e saudável não se concebe no exterior de um ambiente equilibrado. A dignidade humana vai além dos limites dos direitos fundamentais individuais, os quais devem caminhar no mesmo sentido das relações sociais, diante da dimensão ecológica.

2.3 Necessidades econômicas

Diversamente da necessidade de conceituar necessidades básicas humanas, as do capital não precisam de tanta preocupação, uma vez que o mesmo se remete a analogia entre indivíduos na sociedade e sua destinação. Gough (2003) aponta a existência da necessidade básica, que é o lucro, como condição fundamental para sua completa sobrevivência; e, para a produção desse lucro, devem ser satisfeitas necessidades intermediárias que equivalem

aos sistemas legal e monetário, às infraestruturas coletivas de transporte e à transformação da população em assalariados e consumidores (apud GOMES JÚNIOR e PEREIRA, 2013, p. 56-57). Nessa linha se têm os chamados *satisfiers* específicos, que se correspondem às necessidades intermediárias, podendo ser provido pela família, comunidade e principalmente pelo Estado e seus poderes de coercitivos, conforme legitimação territorial. (GOMES JÚNIOR; PEREIRA, 2013, p.57). Os autores, ao citarem a obra *O Capital* de Marx (1982), sustentam que “o ponto de partida para essa argumentação é a forma pela qual o dinheiro se transforma em capital”. Tal transformação ocorre pela troca e pela apropriação do trabalho humano não pago; assim, o capital tende a se expandir com a sua circulação. Assim, a contínua expansão do seu valor é a necessidade do capital. Nesse sentido, Gough (2003, p. 32) esclarece, em sua obra, que a satisfação de necessidades humanas se encontra numa esfera qualitativa, valor de uso, enquanto na reprodução do capital o objetivo é unicamente quantitativa. Portanto “a busca incessante do lucro, por meio da [...] expansão contínua e interminável de seu valor [...]”.

Gomes Júnior e Pereira (2013, p. 57), esclarecem que “toda a complexidade que envolve a conceituação de necessidades humanas e de sua adequada satisfação, prossegue Gough, desaparece e se apresenta livre de contenciosos a ponto de ser medido numa única e objetiva dimensão: o dinheiro”.

Contudo, a relação entre o capital e o trabalho mediada pela exploração da força de trabalho humana não se consubstancia sem um aparato legal e coercitivo; e essa função, que legitima a acumulação, encontra no Estado o seu agente principal, que se vale de seus poderes cujo transito vai do convencimento e mediações entre as partes até o exercício da coerção para garantir a reprodução do capital. (GOMES JÚNIOR; PEREIRA, 2013, p. 57-58).

Portanto, essa relação, existente entre o capital e a exploração da força do trabalho humano, não se concretiza sem a existência de uma estrutura legal. E, dessa forma, a função que legitima a acumulação do capital tem o Estado como agente principal, que através de seus poderes garante sua reprodução.

2.4 Políticas públicas

O modo como o Estado desempenha sua função em nossa sociedade passou por diversas modificações nos últimos tempos. Enquanto nos séculos XVIII e XIX o maior objetivo era a segurança pública e a defesa externa, hoje a função do Estado é promover o bem-estar da sociedade. Para isso é necessária uma série de ações em diferentes áreas; os governos se utilizam das Políticas Públicas, as quais, segundo Carvalho (2008, p. 5), podem ser definidas como “um conjunto de ações e decisões do governo, voltadas para a solução (ou não) de problemas da sociedade”. No mesmo sentido, Bergue (2013, p. 85) anuncia que “entende-se por política pública o conjunto coerente de decisões, de opções e de ações que a administração pública leva a efeito, orientada para uma coletividade e balizada pelo interesse público”. Portanto, as Políticas Públicas se caracterizam pelo conjunto de ações, metas e planos que os governos, em âmbito federal, estadual ou municipal, delineiam para obter bem-estar à sociedade, dentro do interesse público. Bergue (2013, p. 85), de forma bastante acertada, assinala que “o tema das políticas públicas não é novo, mas está em emergência na administração pública brasileira, notadamente a partir da década de 1990, destacando-se como fértil campo de estudo, capaz de congregar as contribuições de diferentes disciplinas”. Portanto, prossegue o autor: “[...] com base em múltiplas perspectivas, as políticas públicas têm seu leito hegemônico no campo resultante da interface entre as ciências sociais, a ciência política e a economia”. (BERGUE, 2013, p. 85).

Oliveira, Anunciação e Carraro (2013) debatem que “há várias maneiras de se descrever, interpretar e explicar políticas públicas na sociedade capitalista e, junto a essas, as do gênero social (agregando as ambientais)”. A partir de uma análise dentro de um contexto de transformações e qualificações das demandas sociais e ambientais, as inovações gerenciais da administração pública recebem maior destaque. A administração pública não deve permitir que decisões e implementações mal-sucedidas coloquem em risco a perfeita execução de determinada política pública.

No setor energético, mais especificamente na questão do petróleo do pré-sal, convém destacar que os *royalties* não são as únicas compensações

governamentais, conforme dispõe o art. 45, da Lei 9.478 de 1997,¹ o qual prevê: o bônus de assinatura, a participação especial o pagamento pela ocupação ou retenção de área. Assim os *royalties* constituem uma compensação financeira mensal à União, incidente sobre o valor total da produção de óleo e gás.

O termo *royalties* significa compensação financeira. Tal denominação possui origem na palavra *Royal*, que se refere a rei, o que é de direito real em relação ao uso de minerais, particularmente através de uma concessão. Num país não monárquico, o Estado assume o papel de *rei* neste aspecto. (MENEZELLO, 2000, p. 242). Assim, afirma-se que *royalties* são quaisquer compensações de cunho financeiro, a serem remuneradas por aquele que explorar atividade petrolífera e de gás natural a estados, municípios, ao Distrito Federal e até mesmo à própria União, pela extração destes bens minerais. No Brasil, a legislação contempla o Decreto 2.705/98, que, em seu art. 11, conceituou *royalties*, como sendo compensação financeira devida pelos concessionários de exploração e produção de petróleo ou gás natural, e serão pagos mensalmente, com relação a cada campo, a partir do mês em que ocorrer a respectiva data de início da produção, vedadas quaisquer deduções. Assim, os *royalties* possuem natureza jurídica compensatória, de modo que devem ser observados os danos que a extração petrolífera pode causar ao ambiente. Neste sentido, Oliveira (2007, p. 217) dispõe que “a compensação advém do dano possível ou real que o ente federativo possa sofrer”. Para os estados que não exploram o pré-sal, a partilha dos *royalties* é, constitucional, visto o contido no parágrafo 1º, do art. 20, da Constituição Federal, a qual assegura o direito dos estados e municípios usufruírem da participação governamental, seja através da participação nos resultados, seja pela compensação financeira pela exploração dos bens inerentes à União.² Os entes federados possuem garantia na participação governamental, diante da compensação sobrevir de possíveis ou reais danos pela exploração do

¹ A Lei dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo; institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo, e dá outras providências.

² Art. 20, § 1º. É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

petróleo. Neste sentido, a doutrina tem firme posicionamento, como, por exemplo, na recente manifestação de Harada:

Compreende-se a inclusão dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, já que a exploração dessas atividades em seus territórios pode trazer prejuízos decorrentes de ocupação de áreas para instalação de equipamentos e de invasão por águas dos reservatórios. Mesmo em se tratando de extração de petróleo ou gás natural, do mar territorial ou da plataforma continental, sempre haverá instalações marítimas ou terrestres, de embarque ou desembarque, que justificam essa compensação. (2009, p. 52).

Na mesma linha, Oliveira:

A indenização decorrerá não de comportamento infracional, de ato ilícito ou de conduta ilegítima que ocasione dano. Advirá de comportamento plenamente legítimo, quando é cabível a atuação, mas, de em decorrência dele, há dano a alguém. Logo, é dano decorrente de comportamento lícito do Poder Público. (2007, p. 217).

Assim, a indenização pela extração de petróleo não decorre de ato infracional e menos ainda de conduta ilícita, que proporcione dano ambiental, mas sim pelos atos legítimos, que em razão daquela, ocasionem prejuízos a outrem. Desse modo, tanto estados quanto municípios produtores, como os que não são produtores, têm direito à participação governamental. Entretanto, em quantidade relativamente menor, a considerar os custos que os estados e municípios produtores possuem em relação aos demais.

Ao buscar o art. 3º *caput* e incisos I, II, III da Constituição Federal de 1988, extrai-se o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, que é construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional para erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais.³ Torronteguy (2011, p. 64) afirma que “por levar-se em consideração o fato de que se destinam a compensar a exploração de um recurso natural não renovável, sendo que uma das formas de erradicação da pobreza se dá mediante a concretização de direitos sociais” e acentua “é que tais

³ Art. 3º da CF de 1988. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II – garantir o desenvolvimento nacional;
III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

recursos deverão ser utilizados na resolução de questões sociais em nosso País, assim como o são em outros, amparadas em nossa Constituição e ainda carentes em termos de concretização” (TORRONTEGUY, 2011, p. 64). Ao fazer análise mais apurada, Grassi entende que,

em vista da imensa disparidade social existente no Brasil, levando-se em conta esses fundamentos da República do Brasil (erradicação da pobreza, marginalização e diminuição das desigualdades sociais e regionais), é fato que a utilização dos royalties do pré-sal se demonstra instrumento base para a materialização daqueles objetivos e das garantias preconizadas pela Constituição Federal, como forma de compensação pela exploração dos recursos naturais não renováveis. (2017, p. 51).

Portanto, de acordo com os objetivos da Constituição Federal de 1988, é função do Estado combater as desigualdades sociais, com recursos advindos de exploração de recursos naturais próprios, de forma que a compensação realmente deve ser utilizada em benefício da sociedade. Assim, é imperativo rever a atitude puramente de contemplar as normas constitucionais e almejar efeito axiológico, ao impor ao Estado o dever de atuar positivamente, com o fito de garantir efetivamente os direitos fundamentais. Nesse sentido, Sarlet afirma: “[...] encontram-se intimamente vinculados as tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como a criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem”. (2007, p. 32). Corrobora a mesma linha Grassi:

Ligado ao fato de que a riqueza natural do território nacional deve servir para alcançar as finalidades de vida para aqueles que o habitam, por ser de competência da União e elaboração e execução de planos nacionais e regionais de desenvolvimento econômico e social, e, por ser o Brasil, país por ora, com sérios défices na efetivação dos direitos sociais essenciais ao pleno exercício da dignidade da pessoa humana é que surge a inquietação acerca da concretização desses direitos, até mesmo quando da compensação por atividade de exploração petrolífera. (2017, p. 52).

O caminho pela efetivação das garantias fundamentais, por meio do uso de recursos provenientes dos *royalties* do pré-sal, deve corroborar a criação de políticas públicas que observem os objetivos do Estado, desenhadas na Constituição Federal de 1988, que contemplem as presentes e futuras gerações.

3 Petróleo brasileiro da camada do pré-sal

A matriz energética oriunda de recursos naturais fósseis possui grande participação no abastecimento de energia no País, no seguimento automotivo. Ademais, no decorrer do século XX, o petróleo e derivados passaram a ser não somente a principal fonte primária de matriz energética mundial – 34,4%, como também em insumo nos setores industriais.

Petróleo, do latim *petroleum*, ou seja, “óleo da pedra” (PALMA, 2011, p. 5), ou qualquer substância oleosa, em sentido bruto, inflamável, é a complexa combinação de hidrocarbonetos, composto em maior parte de hidrocarbonetos alifáticos, alicíclicos e aromáticos, estando sujeito a conter ainda pequenas quantidades de nitrogênio, oxigênio, compostos de enxofre e íons metálicos, essencialmente de níquel e vanádio. Dessa categoria, abrange os petróleos leves, médios e pesados, além de óleos extraídos de areias impregnadas de alcatrão. (PALMA, 2011, p. 5). Estes produtos hidrocarbonatados demandam grandes alterações químicas para a mudança e conversão em matérias-primas para a sua refinação. Trata-se de um recurso natural e abundante até então. Entretanto, sua pesquisa abrange elevados custos e complexidade de estudos. (PALMA, 2011, p. 6). Vale lembrar que a principal fonte energética, serve ainda de base para o beneficiamento de diversos e variados produtos, tais como: benzinas, óleo diesel, gasolina, alcatrão, polímeros plásticos e até mesmo medicamentos. O petróleo já foi motivo de diversas guerras e é a principal fonte de renda de muitos países, principalmente no Oriente Médio. Considerando a capacidade de o Brasil se tornar um dos maiores produtores e exportadores de petróleo, o presidente na ocasião, Luiz Inácio Lula da Silva, passou a divulgar amplamente os benefícios que as jazidas do pré-sal possibilitam ao país, a ponto de oportunizar uma nova origem de recursos em distintos programas, especialmente na área da educação. (PALMA, 2011, p. 7). Concomitantemente, a então ministra da Casa Civil, Dilma Rousseff, afirmava que o Brasil possui plena condição de exportar e produzir petróleo e seus derivados. No entanto, para que esta realidade seja possível, é necessária a criação de novo marco regulatório, que possa dirigir a exploração e gerência destes novos recursos. (PALMA, 2011, p. 7).

Atualmente, o receio com relação à proteção ao meio ambiente possui destaque em toda a sociedade, de modo que cada vez mais se voltem as

atenções para a possível inviabilidade de exploração de recursos naturais, como se fossem abundantes e inesgotáveis. À época do descobrimento das jazidas petrolíferas na camada do pré-sal, não existia proposta de homogênea distribuição, concernente aos recursos petrolíferos aos entes federados. Em razão de tal fato, os estados não produtores reivindicam a repartição dos *royalties* provenientes da comercialização das jazidas petrolíferas do pré-sal, afirmado o cumprimento do princípio federativo e a equidade entre os estados, para que sejam melhor distribuídos esses recursos. Em banda contrária, os estados produtores: Espírito Santo, São Paulo, Rio de Janeiro, pleiteiam a permanência das regras, conforme os termos do art. 20, §1^a, da Constituição Federal de 1988.

Portanto, a partir da descoberta do petróleo da camada do pré-sal, o Brasil se vê num novo cenário energético, enquanto surge a problemática de como serão geridos os riscos provenientes da extração e produção dessa matriz energética.

3.1 Panorama brasileiro pós-descoberta do pré-sal

A exploração petrolífera no País iniciou com força em meados dos anos 50, através da Petrobras, que inicialmente extraia e produzia petróleo em terra até os anos 70. Após, a empresa expandiu seus negócios em extração em águas rasas e, na década de 80, a exploração passou a se dar em águas profundas. Por fim, nos últimos anos, em águas ultraprofundas. A busca por jazidas maiores e minérios na costa brasileira trouxe preocupações ambientais, dado serem recursos finitos, causadores de impactos na biodiversidade marinha. (CHRISTANTE, 2010, p. 20). Com a descoberta pela Petrobras do petróleo localizado abaixo das camadas pós-sal e sal, ou seja, a aproximadamente 5 a 7 mil metros da superfície marinha, a conjuntura histórica se tornou mais relevante, no que tange à exploração das jazidas de petróleo leve, que possui boa qualidade e alta lucratividade.

Em setembro de 2008, foi produzido o primeiro barril de petróleo, a partir do pré-sal, no Brasil, no Estado do Espírito Santo. Estefen (2010, p. 16) garante que a perfuração de poços tem se dado com especial atenção, em razão da espessa camada de sal, além da proteção dos equipamentos diante da figura de

agentes químicos e questões ligadas à proteção do meio ambiente. Os principais riscos cingem-se aos aspectos tecnológicos, dos quais pouco se sabe em relação à sua estrutura. Em certas áreas, a densidade de sal é menor, o que proporciona a extração mais acessível de petróleo. Outro ponto preocupante é com relação à mão de obra que deve ser capacitada e também ao transporte da matéria extraída, já que os campos de pré-sal estão a aproximadamente 300 quilômetros da costa brasileira, talvez uns dos maiores desafios.

4 Políticas públicas em matrizes energéticas no Brasil e desenvolvimento sustentável

O Ministério de Minas e Energia, em parceria com a Empresa de Pesquisa Energética, formulou o Plano Decenal de Expansão de Energia (PDE 2022), que apresenta importantes sinalizações para nortear as ações e decisões relacionadas, voltadas para o equilíbrio entre as projeções de crescimento econômico do País e a necessária expansão da oferta, de forma a garantir à sociedade suprimento energético com adequados custos, em bases técnicas e ambientalmente sustentáveis. O plano prevê (BRASIL; MME e EPE, 2013, p. v) ainda aplicação de recursos⁴ que priorizem investimento na produção de petróleo e gás natural, de 2,1 para 5,5 milhões de barris/dia; da produção de gás natural, de 70,6 para 189,1 milhões de m³/dia.

A política de petróleo, gás natural e combustíveis, ou seja, políticas setoriais, visam a obter objetivamente: preservar o interesse nacional; promover a livre-concorrência, o desenvolvimento; ampliar o mercado de trabalho, a conservação de energia e a valorização dos recursos energéticos; proteger o meio ambiente e os interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos derivados de hidrocarbonetos e biocombustíveis; garantir o fornecimento de derivados de petróleo em todo o território nacional;

⁴ No PDE 2022 estão previstos investimentos globais da ordem de R\$ 1,2 trilhão, dos quais 22,6% correspondem à oferta de energia elétrica; 72,5% a petróleo e gás natural; e 4,9%, à oferta de biocombustíveis líquidos. Dentre os principais parâmetros físicos, haverá ampliação entre o verificado em 2012 e 2022: da capacidade instalada de geração de energia elétrica, de 119,5 para 183,1 GW; da produção de petróleo, de 2,1 para 5,5 milhões de barris/dia; da produção de gás natural, de 70,6 para 189,1 milhões de m³/dia; e da produção de etanol, de 23,5 para 57,3 milhões de m³.

incrementar, em bases econômicas, a utilização do gás natural; aumentar a participação dos biocombustíveis na matriz energética nacional, em bases econômicas, sociais e ambientais; atrair investimentos na produção de energia.

A Secretaria de Petróleo, Gás Natural e Combustíveis Renováveis (SPG) possui atribuições⁵ específicas em relação à proposição de políticas públicas voltadas para a maior participação da indústria nacional de bens e serviços, no setor de petróleo e gás natural. Dada a breve análise do plano energético e das políticas de petróleo do Brasil, é visível a preocupação que existe em garantir tanto os interesses da população como os econômicos. Partindo do pressuposto de que as propostas preservacionistas defendem a supressão de injustiças, riscos e incertezas, isso pode ser o ponto de partida para repensar o setor energético. Mesmo de forma utópica, o desenvolvimento sustentável se posiciona como parâmetro para conciliar a preservação ambiental com a lógica produtivista. Nessa perspectiva, Enrique Leff (2001) afirma que os valores que predominam são meramente econômicos e que o *slogan* “desenvolvimento sustentável” não passa de publicidade do mercado. Seguindo o raciocínio, para o autor “o desenvolvimento, para ser sustentável, implica uma mudança de racionalidade social e produtiva. A alternativa para o neoliberalismo ambiental baseado no mercado é a construção de sociedades sustentáveis”. (LEFF, 2011, p. 62).

Assim sendo, o setor energético, visto a partir da ótica de sustentabilidade, é uma das principais metas ambientalistas em sociedades atuais. Não obstante, dentro do panorama brasileiro é perceptível que o planejamento energético não tenha a intenção de se estruturar a partir de critérios de sustentabilidade, os quais poderiam induzir novas ações e novas práticas. A lógica da produção de energia é tida como o essencial para alavancar os meios de produção e, com isso,

⁵ As atribuições da Secretaria de Petróleo, Gás Natural e Combustíveis Renováveis (SPG) são: promover estudos para conhecimento das bacias sedimentares brasileiras; promover e propor revisões, atualização e correções dos modelos de funcionamento e desempenho dos setores de petróleo, gás natural e combustíveis renováveis, além de monitorá-los e avaliá-los; promover e coordenar programas de incentivo e ações visando à atração de investimentos e negócios para os setores de petróleo, gás natural e combustíveis renováveis; propor diretrizes para a realização de licitações de blocos para E&P; Propor políticas públicas voltadas para a maior participação da indústria nacional de bens e serviços, no setor de petróleo e gás natural; propor, em conjunto com ANP, medidas que minimizem o risco de desabastecimento em situações excepcionais, bem como monitorar o aproveitamento racional das reservas de hidrocarbonetos; formular propostas para a elaboração de planos plurianuais voltados para o setor de petróleo, gás natural e combustíveis renováveis.

a obtenção de lucro, sem que, no entanto, se leve em consideração a necessidade de preservar aquilo que se põe em risco diariamente: a própria vida humana, o Planeta, enfim, o ambiente em si. Tais pontos nos levam a refletir: A quais concepções de vida e valores, que a sociedade é impulsionada, dada a necessidade de produzir tanta energia, numa perspectiva produtivista, a ponto de colocar em risco a própria existência humana? Qual seria o melhor caminho a rumos menos depreciadores da natureza, para conciliar crescimento econômico e preservação do meio ambiente? Essas questões encontram-se numa esfera de incerteza para sua resolução, mas permitem o indicativo de outros rumos e possibilidades, que visem a novos critérios para o processo decisório e que busquem um norte seguro e justo.

Na leitura dos questionamentos de Norberto Bobbio (1984, p. 38) a questão dos valores requer determinados cuidados. O autor questiona: Como ter uma vida política ativa sem valores? Evidentemente, os valores são necessários, mas convém estar ciente de que muito da violência, presente na História, se deveu também às questões de valores. E, ainda, Bobbio (p. 39) numera dois ideais que deveriam nortear a política: a tolerância e a não violência. Entretanto, esses ideais colacionados por Bobbio dizem respeito apenas à questão da política.

Por outro lado, sobre nova perspectiva, tal questionamento vem sendo revisto diante dos riscos gerados pela sociedade industrial, os quais resultam em objetivos mais concretos, a exemplo do desenvolvimento sustentável e a sustentabilidade, ou seja, a procura pela harmonização entre as relações humanas com a natureza, buscando amenizar a degradação ambiental e aumentar a qualidade da vida humana. Ao se buscarem apontamentos que demonstrem incertezas e riscos, assim como outros fatores antes não levados em consideração, pode-se chegar a um processo que permita a escolha de fontes de energia menos lesivas ao ambiente.

A problemática em questão está em como definir e quantificar valores na relação homem e meio ambiente. Leff (2001, p. 62) aponta que o problema ambiental está relacionado com fatores socioeconômicos, nas esferas econômicas, ecológicas, sociais e culturais. Assim, para Leff (2001, p. 62), “a problemática ambiental não é ideologicamente neutra nem é alheia a interesses econômicos e sociais”, mas sua origem está ligada ao processo histórico [...]

“dominado pela expansão do modo de produção capitalista, pelos padrões tecnológicos gerados por uma racionalidade econômica guiada pelo propósito de maximizar os lucros e os excedentes econômicos em curto prazo”.

Portanto, ainda que se dê preferência a ideais socioambientais, estes estarão vinculados aos modelos de expansão capitalista, interligando inovações tecnológicas, seja na área energética, seja em qualquer outra, com a lógica mercantilista. No mesmo sentido, Guillermo Foladori (2001, p. 165) usa o parâmetro conceitual marxista para explicar que existe uma robusta ligação entre a produção capitalista e a degradação ambiental e, portanto, a crise ambiental seria produto da lógica de produção, cujo ideal sempre será o crescimento econômico. Em outras palavras, quando a lógica produtivista põe como prioridade os fatores de produção energética, não leva em conta a preservação ambiental, como afirma Foladori (2001, p. 165) “quando a depredação e/ou poluição constituem uma vantagem econômica, estas se realizam, independente de ser dentro ou fora de casa. Esta forma de se relacionar com os recursos naturais privados se constituem na racionalidade hegemônica”. Do mesmo modo, a lógica do mercado desvirtua o processo decisório cunhando desigualdades sociais e ambientais.

Conclui-se que o *status* de primeiro mundo, onde o consumo é tão almejado, conforme Elmar Altvater (1995, p. 282), tornar-se-ia um paradoxo, algo impraticável em todas as nações, pois não há recursos naturais possíveis de arcar com a demanda industrial. Portanto, o ideal de desenvolvimento, apregoados pelo capitalismo, seria o avesso à preservação ambiental, pois as “atividades econômicas transformam o meio ambiente, e o ambiente alterado constitui uma restrição externa para o desenvolvimento econômico e social”. Mesmo com todas as consequências e os riscos trazidos pelo processo de produção energética, no caso combustíveis fósseis, não é a razão suficiente para modificar a lógica imediatista de gestão.

5 Considerações finais

O ser humano sempre utilizou fontes de energia para suprir suas necessidades básicas de sobrevivência. Essas substâncias, por meio de um processo de transformação, proporcionam energia para que o homem possa

cozinhar seu alimento, aquecer seu ambiente, produzir combustíveis, entre outras atividades. Porém, foi com o advento do modelo econômico-capitalista, baseado num intenso processo de produção e consumo, que a utilização das fontes energéticas teve um aumento extraordinário, pois o setor industrial é altamente dependente de energia para o funcionamento das máquinas, em especial das fontes de origem fóssil (petróleo, gás natural e carvão mineral). As diversas fontes energéticas sem dúvida alguma, quando não realizadas através de políticas públicas, representam, em termos de necessidades humanas básicas, um imenso prejuízo à qualidade de vida da população. Portanto, o acesso à energia é indispensável para o desenvolvimento das atividades humanas e melhorias na qualidade de vida de uma sociedade.

Através dos planos apresentados pelo Ministério de Minas e Energia, é possível formular um balanço energético do Brasil para os próximos anos, para então determinar em quais fontes energéticas haverá um déficit de produção, e que deverá futuramente supri-lo com contribuição de fontes alternativas. A energia advinda do petróleo e de usinas hidroelétricas demonstra potencial de desenvolvimento; entretanto, será a curto prazo, com a necessidade de investimentos para sua manutenção.

Analisando o contexto e as designações das demandas sociais, as inovações da forma gerencial da administração pública auferem maior destaque. O Estado não deve admitir decisões e práticas mal-sucedidas que coloquem em risco o perfeito desempenho de políticas públicas. O desequilíbrio na distribuição de riquezas é problema que afeta diretamente o acesso de todos às necessidades humanas. Por certo, a satisfação de necessidades humanas está na esfera qualitativa, enquanto a reprodução do capital está na quantitativa, de modo que o lucro é sua condição fundamental. Ou seja, para tanto devem ser satisfeitas as necessidades intermediárias – *satisfiers*, para que se garanta a todo indivíduo o pleno exercício e controle de sua vida, mas sem que se deixe de associar o atendimento das necessidades sociais aos direitos e de ter esses direitos garantidos pelo Estado.

Portanto, a presente pesquisa permitiu demonstrar que o Brasil, como mais novo país provedor de energia petrolífera, necessitará se basear em políticas públicas fortes, para então garantir aos cidadãos brasileiros a satisfação de necessidades, tanto na esfera qualitativa quanto na quantitativa.

Referências

- ALTVATER, Elmar. *O preço da riqueza*. São Paulo: Ed. da Unesp, 1995.
- AYALA, P. A. *Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.
- BRASIL. *Constituição Federal*. Constituição de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 19 jun. 2017.
- _____. *Lei 9.478*, de 6 de agosto de 1997. Lei do Petróleo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm>. Acesso em: 19 jun. 2017.
- _____. *Decreto 2.705/1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2705.htm>. Acesso em: 13 jun. 2017.
- _____. Ministério de Minas e Energia. Empresa de Pesquisa Energética. *Plano Decenal de Expansão de Energia 2022*. Ministério de Minas e Energia. Empresa de Pesquisa Energética. Brasília: MME/EPE, 2013.
- _____. Ministério de Minas e Energia. *A Política de Petróleo, Gás Natural e Combustíveis*. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/spg/menu/politica_depetroleo.html>. Acesso em: 12 jan. 2017.
- _____. Ministério de Minas e Energia. *Secretaria de Petróleo, Gás Natural e Combustíveis renováveis (SPG)*. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/spg/menu/Institucional/a_spg.html>. Acesso em: 12 jan. 2017.
- BERGUE, Sandro Trescastro. Gestão estratégica e políticas públicas: aproximações conceituais possíveis e distanciamentos necessários. *Contabilidade, Gestão e Governança*, Brasília, v. 16, n. 2, p. 77-93, maio/ago. 2013.
- CANOTILHO, J. G.; LEITE, J. R. M. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CARVALHO, Edson Ferreira de. *Meio ambiente e direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2008.
- CAVALCANTI, Clóvis (Org.). *Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável*. 1994. Disponível em <http://www.ufbaecologica.ufba.br/arquivos/livro_desenvolvimento_natureza.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2016.
- CHRISTANTE, Luciana. A era da mineração marinha. *Revista UNESP Ciência*, São Paulo, n. 10, ano 1, p. 18-25, jul./2010.

DIÁRIO DO PRÉ-SAL. *Divisão igualitária dos royalties faz justiça ao Brasil, diz deputado*. Disponível em: <<http://diariodopresal.wordpress.com/2010/03/11/6166/>>. Acesso em: 15 maio 2017.

DOYAL, Len. GOUGH, Ian. *A theory of human need*. London: MacMillan, 1991.

ESTEFEN, Segen. Mergulho no pré-sal. *Estado de S. Paulo*, São Paulo, p. 16, ago./2010.

FOLADORI, Guillermo. *Limites do desenvolvimento sustentável*. Trad. de Marise Manoel. Campinas, SP: Ed. da Unicamp; São Paulo: Imprensa Oficial, 2001.

FRANCO, Maria de Assunção Ribeiro. *Planejamento ambiental para a cidade sustentável*. São Paulo: Annablume: Fapesp, 2000.

GOUGH, Ian. *Capital global, necesidades básicas y políticas sociales*. Buenos Aires: Miño y Dávila, 2003.

GRASSI, Viviane. *Pré-sal e gestão do risco ecológico*: o contexto decisório sob a ótica do princípio da precaução. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GOMES JÚNIOR, Newton Narciso; PEREIRA, Potyara Amazoneida Pereira. Necessidades do capital versus necessidades humanas no capitalismo contemporâneo: uma competição desigual. *Argumentum*, Vitória (ES), v. 5, n.1, p. 50- 65, jan./jun. 2013.

LEFF, Enrique. *Alternativas ao neoliberalismo ambiental*. Tierramérica. 2001. Disponível em: <<http://www.ipnoticias.net/portuguese/2002/07/ambiente/alternativas-ao-neoliberalismo-ambiental/>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

LEITE, J. R. M.; AYALA, P. A. *Dano ambiental*: do individual ao coletivo extrapatriomial. 5. ed. São Paulo: RT, 2012.

MARX, Karl. *O Capital (Crítica da Economia Política)*. Livro 1: O processo de produção do capital. 7. ed. São Paulo: Difel, 1982. v. 1.

MAX-NEFF, Manfred. *Desarrollo a escala humana*. Barcelona: Içaria, 1998.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Comentários à lei do petróleo*: lei federal 9.478. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MÉSZÁROS, István. *Produção destrutiva e Estado capitalista*. São Paulo: Ensaio, 1989.

MÉSZÁROS, István. A crise estrutural do capital. *Revista Outubro*, São Paulo, n. 4, 2000. Disponível em: <<http://outubrorevista.com.br/wp-content/uploads/2015/02/Revista-Outubro-Edição-4-Artigo-02.pdf>>. Acesso em 13 out. 2016.

OLIVEIRA, Mara de. ANUNCIAÇÃO, Daniela Andrade da. CARRARO, Gissele. E-book. Direitos socioambientais e políticas públicas: reflexões sobre as indispensáveis relações à efetivação das necessidades humanas básicas. In: SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni. *Princípios do direito ambiental: articulações teóricas e aplicações práticas*. Disponível em:

<http://www.ucs.br/site/midia/arquivos/Principios_de_Direito_Ambiental.pdf>. Caxias do Sul, RS: Educs, 2013. Acesso em: 20 fev. 2014.

OLIVEIRA, Regis Fernando de. *Curso de direito financeiro*. 2. tir. São Paulo: RT, 2007.

PALMA, Carol Manzoli. *Petróleo: exploração, produção e transporte sob a óptica do direito ambiental*. Campinas, SP: Millennium, 2011.

PEREIRA, Potyara Amazoneida Pereira. Políticas públicas e necessidades humanas com enfoque no gênero. *Sociedade em Debate*, Pelotas, ano 68, v. 12, n. 1, p. 67-86, jun./2006.

SAMPAIO, J. A. L. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, Brasília, v. 9, p. 361-388, jan./jun. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni. *Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos processos coletivos em face do risco socialmente intolerável*. Caxias do Sul: Educs, 2014.

TORRONTEGUY. Alessandra Fölzke. *Aplicação dos royalties do petróleo na efetividade dos direitos fundamentais*. São Paulo: Ltr. 75, 2011.

VARELLA, M. D. *Direito internacional econômico ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

