

Cadernos Jurídicos

Ano 20 – Número 48 – Março-Abril/2019

Direito Ambiental



Escola Paulista da Magistratura
São Paulo, 2019



Diretor

Desembargador Francisco Eduardo Loureiro

Vice-Diretor

Desembargador Luís Francisco Aguilar Cortez

Conselho Consultivo e de Programas

Desembargador Aroldo Mendes Viotti

Desembargador Eduardo Cortez de Freitas Gouvêa

Desembargador Francisco José Galvão Bruno

Desembargador Hermann Herschander

Desembargador Milton Paulo de Carvalho Filho

Desembargador Tasso Duarte de Melo

Juiz Gilson Delgado Miranda

Coordenadores da Biblioteca e Revistas

Desembargador Wanderley José Federighi

Juiz Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho

Coordenador da edição

Desembargador Wanderley José Federighi

Cadernos Jurídicos

Direito Ambiental

CADERNOS JURÍDICOS / Escola Paulista da Magistratura
V. 1, nº 1 (2000) - São Paulo: Escola Paulista da Magistratura

Bimestral

2000, v. 1 (1 - 2)
2001, v. 2 (3 - 4 - 5 - 6)
2002, v. 3 (7 - 8 - 9 - 10 - 11 - 12)
2003, v. 4 (13 - 14 - 15 - 16 - 17 - 18)
2004, v. 5 (19 - 20 - 21 - 22 - 23 - 24)
2005, v. 6 (25)
2006, v. 7 (26 - 27 - 28)
2007, v. 8 (29 - 30)
2008, v. 9 (31)
2009, v. 10 (32)
2011, v. 11 (33)
2012, v. 12 (34 - 35)
2013, v. 13 (36 - 37)
2014, v. 14 (38)
2015, v. 15 (39 - 40 - 41)
2016, v. 16 (42 - 43 - 44 - 45)
2017, v. 17 (46)
2019, v. 18 (47 - 48)

Direito

CDU 34(05)

Jurisprudência

CDU 35(05)

ISSN 1806-5449



Escola Paulista da Magistratura
Rua da Consolação, 1.483 – 1º ao 4º andar
CEP 01301-100 / São Paulo - SP
Fones: (11) 3256-6781 / 3257-0356
www.epm.tjsp.jus.br
imprensaepm@tjsp.jus.br

S

U

M

Á

R

I

O

1. A desapropriação e a política pública urbana: Necessidade de releitura do instituto para a adequada tutela de bens ambientais e urbanísticos
Alexandra Fuchs de Araújo
Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho 9
2. Da competência municipal para legislar sobre resíduos sólidos: a Lei Municipal nº 13.316/02 do Município de São Paulo
Aline Rocha Gorga 21
3. Responsabilidade civil ambiental e a jurisprudência do STJ
Álvaro Luiz Valery Mirra 47
4. Responsabilidade compartilhada: o papel dos gestores de risco e os limites da responsabilidade preventiva
Patrícia Faga Iglecias Lemos
Ana Carolina Corberi Famá Ayoub e Silva 73
5. As cavidades naturais subterrâneas como bens ambientais especialmente protegidos
Rafael Tocantins Maltez
Charles dos Santos Cabral Rocha 87
6. Os resíduos sólidos no Brasil e no Direito Comparado: soluções possíveis e soluções inovadoras
Claudia Fidelis
Denise Pipino
Duília Sgrott Reis 113
7. A responsabilidade civil do poluidor indireto e a obrigação *propter rem* dos proprietários de imóveis ambientalmente degradados
Erika Bechara 137
8. Decisão judicial em causas complexas: o caso Cohab Nossa Senhora da Penha/Vila Nova Cachoeirinha
Simone Marques dos Santos Nogueira
Mariana Mencia
Francisco de Assis Comaru 167
9. Poluição sonora: aspectos pontuais
Gilberto Passos de Freitas
Isabella Franco Guerra 185
10. O alcance da Lei 12.651/2012 sobre ações iniciadas e sentenciadas na vigência do antigo Código Florestal
João Francisco Moreira Viegas 223
11. Ativismo judiciário: a intervenção do Judiciário na prova das lides ambientais
Miguel Monico Neto 237
12. A federação imperfeita e o Direito Ambiental
Oswaldo Luiz Palu 249
13. Aspectos gerais da tutela jurídica ambiental da atividade minerária no Brasil
Paulo Alcides Amaral Salles 261

14. A evolução da jurisprudência ambiental	
<i>Ricardo Cintra Torres de Carvalho</i>	279
15. Saneamento básico e insegurança jurídica: comentários à Medida Provisória 844/2018	
<i>Rodrigo Pagani de Souza</i>	
<i>Tiago Cripa Alvim</i>	287

Apresentação

O Direito Ambiental, como já tive a oportunidade de escrever, “é um ramo novo da ciência jurídica. Ainda que houvesse menções esparsas e fragmentárias à questão do ambiente e ao direito que o homem tem a uma vida saudável, em meio a um *environment* que lhe proporcione semelhante vida, em vários textos legais (inclusive em algumas das constituições anteriores), o fato é que, apenas sob a égide da atual Constituição Federal, de 1988, é que passou-se a consagrar o direito a um ambiente sustentável, com base no art. 225 e seus parágrafos, além de outras disposições distribuídas pelo texto da Lei Maior”¹.

O que se tem verificado, em verdade, é um aumento exponencial de trabalhos sobre o tema, desde artigos publicados em jornais e revistas especializadas, até tratados que descem a fundo nas minúcias desse novo ramo da ciência jurídica, que passou a ter a devida atenção da comunidade acadêmica. A própria sociedade tomou pé da situação e da necessidade de se proteger o meio ambiente. De uma atitude de quase descaso que se verificava até fins da década de 1960, deu-se uma conscientização maior das pessoas, ao perceberem os enormes males causados pela nefasta poluição ambiental (principalmente a atmosférica); pelo desmatamento desenfreado de nossas florestas; pela matança predatória de várias espécies animais; e tantas outras atitudes irresponsáveis, com danos que podem ser irreversíveis ao planeta como um todo, caso não sejam combatidos a tempo.

Reconhecendo a importância dessas questões, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo veio a criar duas câmaras especializadas no julgamento das matérias referentes ao meio ambiente, sendo certo que a jurisprudência dessas duas câmaras tem sido verdadeiro paradigma em todo o Brasil, mostrando o caminho correto a seguir para a tão importante defesa da natureza. Nas faculdades de Direito, já há cadeiras específicas dessa matéria.

Por seu turno, a Escola Paulista da Magistratura, preocupada em trazer a lume as discussões sobre os temas mais recentes de todos os ramos do Direito, não poderia ficar à margem do debate. Assim, a par de vários cursos já realizados, busca a Escola, agora, apresentar uma série de trabalhos referentes a alguns dos mais palpitantes temas do Direito Ambiental, reunidos neste mais recente número de seus *Cadernos Jurídicos*.

Várias são as matérias de que trata esse ramo do Direito, sendo grande a sua importância no Brasil contemporâneo. Assim, o presente número de nossa revista traz questões de cabal relevo, como a *desapropriação e a política urbana*; a *competência municipal para legislar sobre resíduos sólidos*; a *responsabilidade civil ambiental*; a *responsabilidade civil do poluidor indireto*; a *poluição sonora*; a *evolução da jurisprudência ambiental*; e diversos outros temas de inegável atualidade. Vários magistrados, com atuação na área em questão, vieram a oferecer a sua visão sobre as ingentes questões do Direito Ambiental, como os juízes Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho, Alexandra Fuchs, Álvaro Luiz Valery Mirra, Rafael Tocantins Maltez, João Francisco Moreira Viegas, Osvaldo Luiz Palu, Ricardo Cintra Torres de Carvalho e outros; isto, sem que se mencionem nomes conhecidos do meio acadêmico, como os professores Erika Bechara e Gilberto Passos de

¹ FEDERIGHI, Wanderley José. José Renato Nalini e a ética ambiental. In: DIP, Ricardo. *Escritos em homenagem a José Renato Nalini*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 128-129.

Freitas, reconhecidos e respeitados no meio jurídico, e que trazem a sua visão sobre temas os mais diversos e complexos, ligados ao Direito Ambiental.

Assim, espera-se que tenha a EPM trazido subsídios para o exame das matérias enfocadas em mais este número da revista *Cadernos Jurídicos*, todas na lista dos temas jurídicos modernos de grande relevo.

Wanderley José Federighi

Desembargador coordenador da Biblioteca e Revistas da EPM

A desapropriação e a política pública urbana: Necessidade de releitura do instituto para a adequada tutela de bens ambientais e urbanísticos

*Alexandra Fuchs de Araújo*¹

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

*Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho*²

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. A função social da cidade e a ação de desapropriação; 2. Ação administrativa e a busca de eficiência; 3. Ação judicial de desapropriação como instrumento de política pública urbana; 4. Estudo de caso; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

1. A função social da cidade e a ação de desapropriação

O Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001, editou as diretrizes gerais de que trata o caput do artigo 182 da Constituição Federal e estabeleceu normas gerais de Direito Urbanístico.

No primeiro capítulo, no parágrafo único do artigo primeiro da lei³, ao apresentar seus princípios e diretrizes, a serem observados por todos seus destinatários, e em especial pelo gestor público, o Estatuto salienta que as suas disposições são “*normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental*”.

Em seu artigo segundo⁴, é explicitado o objetivo da Política Urbana, qual seja, *ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana*. Os incisos que se seguem relacionam as diretrizes que envolvem o planejamento urbano e a gestão municipal.

¹ Mestre em Direito do Estado. Professora da Escola Paulista da Magistratura. Pesquisadora vinculada ao NEPAD. Coordenadora da Célula de Soluções Estratégicas do Grupo de Administração Legal (GEAL) do CRASP.

² Doutor e mestre em Direito do Estado. Professor da Escola Paulista da Magistratura. Pesquisador vinculado ao CEDAU.

³ “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”. Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 25 nov. 2017.

⁴ “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 infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações”. Lei Federal nº 10.257 de 10 de jul. de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 25 nov. 2017.

De acordo com o Estatuto da Cidade⁵ tem-se que o administrador, sobretudo o municipal, deverá orientar e disciplinar as iniciativas públicas e privadas no âmbito da urbe conforme um planejamento aprovado por lei⁶, sendo que qualquer política urbana que se desenvolva em descompasso com este, com a função social predeterminada seja à cidade, seja à propriedade, carece de suporte jurídico.

O planejamento urbano está vinculado ao interesse público sob os mais diversos aspectos. Em áreas de proteção permanente – APP⁷ ou de proteção ambiental – APA⁸ ocupadas, tal instrumento é essencial para evitar enchentes e mortes, garantindo-se, com sua execução eficiente, o próprio direito à vida e ao meio ambiente.

O planejamento urbano, por sua vez, a fim de ser efetivamente executado, requer ações coordenadas no tempo e no espaço, com o objetivo de se garantir a conquista de infraestruturas⁹ indispensáveis à qualidade de vida das pessoas.

A implementação de uma dada infraestrutura urbana normalmente envolve a coordenação de diversos fatores, entre eles a liberação de recursos, a realização de processos licitatórios e a disponibilização de porções mais ou menos extensas do território, em momentos específicos e de forma sincronizada.

O iter de criação de infraestruturas capitaneado pelo Estado pode encontrar resistências cuja superação depende da intervenção do Judiciário.

Neste caso, a experiência revela que as regras processuais vigentes para as ações judiciais, ou pelo menos a leitura que seus intérpretes normalmente fazem delas, pode configurar um obstáculo nada desprezível à eficiência da atividade de planejamento e de urbanização a cargo das autoridades estatais.

⁵ “Art. 4º. Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos: I - planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; II - planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões; III - planejamento municipal, em especial: a) plano diretor; b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo; c) zoneamento ambiental; d) plano plurianual; e) diretrizes orçamentárias e orçamento anual; f) gestão orçamentária participativa; g) planos, programas e projetos setoriais; h) planos de desenvolvimento econômico e social; [...]”. Lei Federal nº 10.257 de 10 de julho de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 25 nov. 2017.

⁶ Sobre a importância do planejamento e de sua implementação para políticas públicas eficientes no âmbito do desenvolvimento das cidades, ver APPARECIDO JUNIOR, José Antonio. *Direito urbanístico aplicado – os caminhos da eficiência jurídica nos projetos urbanísticos*, Curitiba: Juruá, 2017, p. 261 e ss.

⁷ A Área de Preservação Permanente, conforme disposto no art. 4º da Lei nº 12.651/2012, é uma área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações. BRASIL, Lei nº 12.651 de 25 de maio de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm. Acesso em 22 nov. 2017

⁸ Nos termos do art. 15 da Lei nº 9.985/2000, a Área de Proteção Ambiental (APA) é uma extensa área natural destinada à proteção e conservação dos atributos bióticos (fauna e flora), estéticos ou culturais ali existentes, importantes para a qualidade de vida da população local e para a proteção dos ecossistemas regionais. O objetivo principal de uma APA é a conservação de processos naturais e da biodiversidade, através da orientação, do desenvolvimento e da adequação das várias atividades humanas às características ambientais da área. Seu conceito estava previsto originariamente na Lei nº 6.902/1981, mas atualmente as áreas de proteção ambiental são reguladas pela Lei nº 9.985/00. BRASIL, Lei Federal nº 9.985, de 18 de julho de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9985.htm. Acesso em 22 nov. 2017.

⁹ Apesar de admitir muitos significados, para fins deste ensaio empregaremos a expressão “infraestrutura urbana” para designar os serviços ou obras públicas que fazem parte de um ambiente urbano, suporte material para a vida e atividades desenvolvidas pelos integrantes de uma comunidade, do que são exemplos as redes de energia elétrica, de saneamento básico e de gás, bem como os edifícios e espaços artificiais vocacionados ao uso da população em geral. Outra opção de conceituação para o instituto é a que nos é dada por André Castro CARVALHO: “As infraestruturas são instalações essenciais artificiais civis ou militares – mas de uso civil, – com nós e enlaces que acarretam o ‘efeito rede’, devidamente dimensionadas no tempo e espaço, servindo como instrumento para o desenvolvimento econômico e social” (*Direito da infraestrutura*, São Paulo: Quartier Latin, 2014).

A título ilustrativo, vejamos a seguinte questão recorrente nos Tribunais.

Para a realização de uma obra de grande envergadura, não interessa ao gestor obter a posse do terreno A, se não puder obter também, no mesmo momento, a posse dos terrenos adjacentes B e C, e em um instante específico da gestão, sem o que todo um projeto de infraestrutura fica comprometido, inclusive sob a perspectiva do orçamento público, dos financiamentos contratados e dos resultados almejados com aquela iniciativa para a cidade.

Assim, em que pese diversas áreas adjacentes necessárias a uma intervenção urbanística se encontrarem em situação jurídica distinta, com diferentes titulares, o interesse de agir para todas as demandas que se façam necessárias para sua incorporação ao patrimônio público apenas vai estar presente, para o gestor, se todo o conjunto de bens imóveis afetados por um dado projeto for disponibilizado ao Estado simultaneamente.

A proposta deste artigo consiste na análise de um único instituto: a ação de desapropriação. Regulamentada principalmente pelo Decreto-lei nº 3.365/41, referido diploma legal não está plenamente ajustado aos princípios inerentes ao Direito Urbanístico, na medida em que não garante ao gestor que pretenda implementar uma intervenção urbana já planejada a disponibilidade de áreas registradas em matrículas distintas em um mesmo momento da gestão.

Será analisado um caso prático, qual seja, o Projeto Várzeas do Tietê, sob a coordenação da Secretaria de Saneamento e Energia e execução pelo Departamento de Águas e Energia Elétrica – DAEE. O objetivo principal do projeto é recuperar as várzeas remanescentes, a montante da Barragem da Penha e garantir a preservação delas, uma APA – Área de Preservação Ambiental, criada em 1987, assim como o controle de cheias no trecho situado a jusante do Rio Tietê, mitigando o risco de vida experimentado pelos ocupantes do local, em especial durante as cheias de verão.

Ao final, propõe-se uma releitura para este diploma legal, de modo que sua aplicação se dê conforme aos princípios e diretrizes do Estatuto da Cidade e da Constituição.

2. A ação administrativa e a busca da eficiência

Questão a merecer uma maior atenção por parte dos estudiosos do Direito Administrativo é a do impacto da aplicação dos textos normativos na realidade¹⁰.

Ainda apegada a uma visão idealizada do papel da lei na disciplina da ação estatal, boa parte da doutrina continua a trabalhar com os conceitos de discricionariedade ou vinculação para explicar as diferentes formas de adstrição do servidor público ao quanto já lhe seria predeterminado pelo legislador no desempenho de suas tarefas.

¹⁰ Sobre o fenômeno do desenvolvimento entre nós de uma dogmática jurídica voltada à discussão de textos legais e conceitos em abstrato, com pouca preocupação com a realidade, ver FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 49 et seq. Destacamos passagem: “Notamos, assim, que o desenvolvimento da Dogmática no século XIX, ligado à sua função social na época, passa a atribuir aos seus conceitos um caráter abstrato que permite uma emancipação das necessidades cotidianas dos interesses em jogo” (FERRAZ JR., 2015, p. 72). Sintomática a respeito é a proposta de alteração à nossa Lei de Introdução ao Direito Brasileiro prever que gestores e controladores devem, ao decidir com base em valores abstratos, medir as consequências de suas decisões (SUNDFELD; MARQUES NETO, 2013, p. 282). Como na visão de alguns de nossos estudiosos mais renomados uma alteração legal com tal teor se faz necessária para aprimoramento das decisões estatais, fica a pergunta: será que, sem a referida mudança, seria facultado aos juízes e servidores aplicarem o Direito em suas determinações de modo alheio aos respectivos efeitos no mundo fenomênico?

Como se normalmente este já encontrasse em atos gerais e abstratos a resposta para os problemas enfrentados no dia a dia de sua repartição¹¹, costuma-se atribuir ao legislador a culpa por eventual ineficiência no cumprimento das atribuições que lhe cabem.

Afinal de contas, se o burocrata é um mero executor da vontade geral expressa na lei parlamentar, não há liberdade no seu agir¹², mas mero cumprimento impessoal do que fora decidido por parte daqueles que foram eleitos pelo povo para ditar os rumos do nosso Estado.

Segundo uma formulação teórica que confere ao fator humano uma importância menor no aplicar, supostamente mecânico, da lei para a satisfação de carências coletivas¹³, a impessoalidade como princípio da ação administrativa revela duas facetas: uma republicana e outra, diríamos, perversa.

Se por um lado a impessoalidade determina que não haja tratamento privilegiado de uns em detrimento de outros na realização da função administrativa, por outro ela assume um curioso significado no interior da engrenagem da organização burocrática: o de uma certa irresponsabilidade do servidor pelo êxito ou fracasso das decisões tomadas no adimplemento dos deveres do Estado para com os cidadãos¹⁴.

Se não se faz ou o que se faz tem efeitos deletérios no mundo fenomênico, a culpa é da lei, que, de instrumento de racionalização e republicanização do exercício do Poder, passa ser entendida como álibi para a omissão indevida ou para o agir despropositado¹⁵.

A ação ou a inércia administrativa, desde que formalmente obedientes ao texto escrito de atos normativos, para muitos aparentemente escapa a todo interesse jurídico¹⁶.

Como quem atua em nome do Estado seria um ser autômato, sem vontade própria, uma ferramenta encarregada de operar singelas subsunções dos fatos que lhe são apresentados ao quanto lhe é preestabelecido pela lei, muitas vezes a rotina dos órgãos públicos é indiferente à realidade que os cerca.

¹¹ Essa visão idealizada do papel da lei parlamentar na predeterminação da conduta da Administração ganhou o nome de legalidade estrita, enunciada como o dever de os servidores só agirem em havendo autorização legal para tanto e nos termos expressamente previstos em tal habilitação (ZANOBINI, 1955, p. 206-207). Crítica a respeito, situando a lei como uma das fontes da ação administrativa (mas não a única), em especial considerando o dever de vinculação desta à Constituição e à tutela de direitos fundamentais, ver SCHIRATO, Vitor Rhein. Legalidade e tipicidade no exercício da função sancionadora pela administração pública. In: SCHIRATO, Vitor R. (coord.). *Estudos atuais sobre ato e processo administrativo*, p. 169-189, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 174-179.

¹² Celso Antônio Bandeira de Mello, após registrar que cabe ao Poder Legislativo, em um Estado de Direito, disciplinar a atuação do Poder Executivo por meio de regras gerais e abstratas, corolário do tratamento isonômico que deve ser dispensado a todos os cidadãos, pontua que a atividade administrativa: “deverá corresponder à concreção final da vontade popular expressa na lei. Fora da lei, portanto, não há espaço para a atuação regular da Administração” (MELLO, 2008, p. 50).

¹³ Crítica sobre o ponto pode ser conferida, dentre outros, em CASSESE, Sabino. *Le basi del diritto amministrativo*, 5. ed. Milano: Garzanti, 1998, p. 429-433; SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 132 et seq.; MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, 3. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017, p. 166-174.

¹⁴ Hannah Arendt refere-se ao governo burocrático como uma forma anônima de exercício de poder entre as pessoas, pela qual os detentores das prerrogativas estatais não se responsabilizam pelas decisões tomadas (ARENDR, 2005, p. 77-78).

¹⁵ “O legalismo é o que conforta: uma vez que há controle inclemente sobre os atos praticados por agentes públicos, muitas vezes com base em conceitos vagos, agentes públicos dotados de menor capital político podem preferir ater-se ao texto da lei como medida de proteção pessoal. Se é para arriscar o patrimônio, o cargo ou a reputação, ‘fiat lex’, ainda que ‘pereat mundus’. O direito administrativo do medo é o direito administrativo legalista” (MENDONÇA, 2017, p. 671).

¹⁶ Pelo menos é o que se extrai de uma série de observações feitas ao tempo da aprovação da EC nº 19/1998, segundo as quais a ideia de eficiência no exercício da função administrativa seria estranha ao Direito, devendo ser objeto das preocupações da Ciência da Administração. Sobre tal controvérsia, confira-se, por exemplo, Modesto (2000, p. 48-49).

Apesar de, como antídoto à má gestão escudada na lei, a própria Constituição ter passado a prever (como se tanto fosse mesmo necessário) o dever da eficiência como ônus a cargo de quem desempenha função no aparato estatal¹⁷, ainda é comum vermos atuações administrativas completamente dissociadas do imperativo de gerar bons efeitos na vida das pessoas, serviente aos pressupostos e fins que nossa ordem constitucional lhe impõe¹⁸.

E se o que ora foi dito é válido quanto à função administrativa como gênero, naturalmente o é quanto a suas espécies, e, em particular, no que concerne ao desenvolvimento de políticas na seara urbanística.

Como referido na introdução ao presente ensaio, a implantação de uma infraestrutura urbana pode depender da incorporação ao patrimônio estatal de terrenos com diferentes situações dominiais.

E para tal propósito, o DL nº 3365/1941 prevê um rito específico para que a Administração, caso não consiga acordar com o particular a venda do bem¹⁹, busque tal efeito judicialmente, mediante o pagamento de justa e prévia indenização.

Se para a intervenção em tela são necessários terrenos objeto de diferentes matrículas, de acordo com a interpretação hoje conferida à lei, caberia uma ação para a obtenção de cada qual, a serem propostas segundo as regras de organização judiciária pertinentes, sem nem mesmo ser reconhecida conexão entre as demandas, já que, como o que se quer são dois ou mais imóveis, a *causa de pedir* das respectivas lides²⁰ seria distinta.

Se as ações propostas vão ter andamento diverso, se as perícias realizadas no bojo de cada uma delas, estando a cargo de diferentes profissionais, não adotarem os mesmos critérios (redundando em indenizações diferentes para áreas com características semelhantes), se a imissão na posse em favor do Poder Público não ocorrer em todos os locais ao mesmo tempo, correspondem a hipóteses que normalmente são vistas como atinentes ao destino (traçado pela lei) ou à sorte, escapando de qualquer controle por parte do ser humano, esteja este no desempenho de função executiva ou de fiscalização²¹.

3. A ação judicial de desapropriação como instrumento de política pública urbana

As dificuldades práticas que o manejo inadequado do DL nº 3365/1941 pode implicar à eficiência na instalação de uma infraestrutura urbana que extrapole os limites territoriais de uma propriedade tabular justificam a reflexão sobre a necessidade de sua melhor adaptação à realidade, se não por via legislativa, por via interpretativa²².

¹⁷ O art. 37, *caput*, da CR, após modificação que lhe fora introduzida pela EC nº 19/1998, passou a ter a seguinte redação: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 dez. 2017.

¹⁸ Sobre a eficiência como princípio “jurídico” a reger a atuação administrativa, ver estudo recente de Leonardo Coelho RIBEIRO. *O direito administrativo como ‘caixa de ferramentas’*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 77 e ss.

¹⁹ Art. 10 do DL nº 3365/1941 – A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm. Acesso em 10 dez. 2017.

²⁰ Ao menos segundo a compreensão que os processualistas têm acerca do que seria a *causa de pedir* de uma ação.

²¹ Valendo registrar que, quando a indiferença com o problema parte de integrante do Poder Judiciário, tem-se que este acaba por colaborar para que se perpetue o referido estado de coisas na esfera administrativa, de modo alheio à necessidade de eficiência da atividade estatal que depende do acesso a áreas particulares com diversos titulares para se concretizar.

²² Outras críticas ao processo de desapropriação tal como disciplinado pelo DL nº 3365/1941 vêm sendo feitas pela doutrina, em especial no que se refere à inexistência de garantia de um iter que, previamente à declaração de utilidade pública sobre

Seria viável, mesmo sem a alteração de tal diploma, que os atores dos processos de desapropriação atuem de um modo distinto daquele observado na sua tradicional aplicação ou se, como seres inanimados fiéis cumpridores dos respectivos termos, estes nada mais tenham a fazer senão resignar-se com gastos de tempo e recursos materiais advindos da descoordenação entre as distintas lides propostas para um mesmo fim (uma dada obra ou serviço público)?

Nada obstante o caráter marcadamente individualista do DL nº 3365/1941, nos parece que sua leitura teleológica, em especial quando este for empregado para concretização de infraestruturas urbanas, já seria o suficiente para conduzir a reunião das diversas ações judiciais que sejam necessárias para sua implantação perante um mesmo juízo (e, caso em uma dada unidade judiciária atuem mais de um magistrado, perante um mesmo julgador).

Pressuposto para tanto, embora de formulação teórica um tanto singela²³, é que se compreenda o processo de desapropriação dirigido a uma intervenção urbanística como um meio para a realização desta, o qual só será bem empregado caso de fato a obra ou serviço visados pela Administração venham a ser instalados a tempo e modo oportunos.

Na situação delineada, ainda que a experiência revele que pode não ser recomendável a propositura de uma mesma ação contra réus distintos, tendo por objeto áreas diversas, já que a medida poderia suscitar entraves ao andamento da lide e dificuldades na autorização do levantamento dos depósitos pelos donos dos imóveis declarados de utilidade pública, tais demandas, podendo restar prejudicadas reciprocamente se não caminharem de forma harmônica, poderiam ser propostas perante uma mesma Vara ou Seção Judiciária, distribuídas por conexão para um mesmo juiz, o que resultará na compensação futura de processos da mesma classe para as demais varas do mesmo foro com a mesma competência.

O juízo que receber as diversas desapropriações poderá manter todos os processos com o mesmo andamento ao menos até a imissão na posse, garantindo assim que o Poder Público receba toda a área necessária para a intervenção urbanística de uma única vez.

Não bastasse a lógica extraída do raciocínio supra, digno de nota que alteração recente em nossa legislação processual aponta no mesmo sentido.

O novo Código de Processo Civil concebeu instrumentos jurídicos que expressamente autorizam a conexão dos processos em casos como este. No art. 69, o Código estabelece que:

o pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido, prescinde de forma específica e pode ser executado como: I – auxílio

um dado imóvel, permita ao particular atingido pela medida se manifestar a respeito, provocando motivação adequada por parte da autoridade quanto à sua pretensão, inclusive no que se refere ao dever de proporcionalidade nas limitações impostas aos direitos individuais. Sobre o ponto, ver SCHIRATO, Vitor Rhein. A ressurreição da desapropriação para fins urbanísticos *in Boletim de Direito Administrativo – BDA*, n. 8, p. 976/990, São Paulo: NDJ, agosto de 2012, p. 980/981; SCHWARTZMAN, Daniela Carvalho. O processo administrativo no âmbito da desapropriação por utilidade pública: a necessidade de sua adequação ao regime constitucional *in* SCHIRATO, Vitor R. (coord.). *Estudos atuais sobre ato e processo administrativo*, p. 67-110, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 96 e ss.

²³ Mas de difícil concretização à vista da força do hábito quanto à propositura de tal tipo de ação que, como tantas outras que tocam direitos que extrapolam a esfera jurídica de uma só pessoa, continuam a receber tratamento segmentado pelo nosso Judiciário, com enorme desperdício de tempo e recursos materiais e humanos (já que milhares de demandas são propostas perante vários juízes para a apreciação de uma mesma causa), retardando a solução definitiva de conflitos e potencializando o risco de convivência de decisões contraditórias acerca de situações substancialmente idênticas ou muito semelhantes.

direto; II – reunião ou apensamento de processos; III – prestação de informações; IV – atos concertados entre os juízes cooperantes.

Estabelece, ainda em seu parágrafo segundo que:

Os atos concertados entre os juízes cooperantes poderão consistir, além de outros, no estabelecimento de procedimento para: I – a prática de citação, intimação ou notificação de ato; II – a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos; III – a efetivação de tutela provisória; IV – a efetivação de medidas e providências para recuperação e preservação de empresas; V – a facilitação de habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial; VI – a centralização de processos repetitivos; VII – a execução de decisão jurisdicional.

O instituto da cooperação entre juízes, dessa forma, corresponde a fundamento legal explícito a embasar a reunião de processos de desapropriação instrumentais à instalação de grandes obras de infraestrutura, ao menos até que o Poder Público seja imitado na posse na extensa área respectiva.

A solicitação dessa atuação coordenada pode se dar no ato de comunicação processual; de produção de provas; de execução de medidas coercitivas; de recebimento de petições etc.

Juízes com igual competência material podem, por acordo, reunir processos em curso em diferentes foros ou juízos, ficando a cargo de um deles decidir sobre questão comum de fato, como a imissão na posse.

A reunião de ações conexas da competência territorial de juízes diversos, para decisão conjunta (CPC, art. 55, § 1^o²⁴) é instituto já tradicional no Brasil, sem que jamais se haja nela visto violação do princípio do juiz natural. Não se tem aí juízo de exceção, mas regra de modificação da competência, para fins práticos, entre os quais o de evitar decisões contraditórias ou garantir a efetividade das decisões.

Note-se que, conforme parecer final ao projeto de lei, o novo art. 69 visa aperfeiçoar o sistema de cooperação nacional entre órgãos jurisdicionais. Dentro desta *ratio*, inclusive, foi acrescida a cláusula geral do § 3^o, por sugestão dos professores Carlos Alberto Carmona, Paulo Lucon, Cassio Scarpinella Bueno e Ada Grinover²⁵, com a finalidade de garantir a boa concretização do princípio da cooperação em sua aplicação na relação entre juízos. Ora, se a reunião de processos é possível entre juízos de órgãos jurisdicionais pertencentes a ramos diversos do Judiciário, sem violar o princípio do juiz natural, também é possível entre juízes de foro de mesma competência territorial, para garantir

²⁴ “Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir. § 1o Os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 09 jan. 2017.

²⁵ “Relatório das atividades elaborado pelo deputado Sérgio Barradas – PT-BA”, na condição de Relator da Comissão Especial do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: http://files.dellore.com/200000295-c6662c7601/barradas_consolidacao.pdf. Acesso em: 28 dez. 2017. A redação do dispositivo é a seguinte: “§ 3º O pedido de cooperação judiciária pode ser realizado entre órgãos jurisdicionais de diferentes ramos do Poder Judiciário”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 09 jan. 2018.

a efetivação da tutela provisória, qual seja, a concessão da medida urgente de imissão na posse pelo Poder Público para a realização de uma grande obra de infraestrutura.

Após este momento, a cooperação com essa finalidade não mais se justifica e poderá cada processo prosseguir de forma individualizada, embora seja viável sua manutenção sob a jurisdição de um mesmo órgão julgador até o fim da realização da perícia, pois deste modo assegura-se a adoção de critérios homogêneos para a indenização de imóveis em situação equivalente.

Acreditamos que tal modo de proceder preserva tanto os direitos individuais dos atingidos pelos processos de desapropriação como o interesse público subjacente a todas as ações ajuizadas, o qual consiste na aquisição dos meios materiais indispensáveis para a realização de uma intervenção urbanística de infraestrutura. Pois de nada adianta se garantir o objeto imediato da lide se o objeto mediato não for preservado.

4. Estudo de caso: o *Projeto Várzeas do Tietê* e sua implementação

Em 1976 foi elaborado o projeto do Parque Ecológico do Tietê – Núcleo Engenheiro Goulart, inaugurado em 1982 – que marcou o início de um novo paradigma para o controle das enchentes na Região Metropolitana de São Paulo, mediante um programa de preservação das várzeas desocupadas, situadas a montante da Metrôpole²⁶.

Este programa, como toda política pública de longo prazo, atravessa continuamente adaptações. Assim, em junho de 2009, o Governo do Estado de São Paulo lançou o *Projeto Várzeas do Tietê*²⁷, sob a coordenação da Secretaria de Saneamento e Energia e execução pelo Departamento de Águas e Energia Elétrica – DAEE. O objetivo principal do projeto é recuperar as várzeas remanescentes a montante da Barragem da Penha e garantir a sua preservação, objetivando o controle de cheias no trecho situado a jusante do Rio Tietê.

Como intervenção estrutural principal, visando à criação de uma barreira física que previna a ocupação da várzea, consta no projeto a implantação da Via Parque, que ocupará todo o perímetro do Parque Várzeas. Também incluídos no projeto estão os Núcleos de Convivência, distribuídos ao longo do Parque, destinados a consolidar a função social do Parque e também promover a preservação e o fomento da respectiva APA – Área de Preservação Ambiental, criada em 1987 e regulamentada em 1998.

Até o momento, os estudos abrangeram o trecho correspondente à primeira etapa da Implantação do Parque Várzeas, limitado entre a Barragem da Penha e a foz do Córrego Três Pontes (correspondente ao limite municipal entre São Paulo e Itaquaquecetuba). Na sua etapa final, o Projeto Várzeas estender-se-á até Salesópolis.

A região do Jardim Pantanal, da qual faz parte o Itaim Paulista, insere-se na área abrangida pelo Projeto Várzeas.

Desde as fortes chuvas de dezembro de 2009 na região, em especial a chuva do dia 08 de dezembro de 2009, que provocou um prolongado alagamento em diversos bairros

²⁶ A montante é um lugar situado acima de outro, em relação a um rio. A montante é o lugar que está mais próximo das cabeceiras de um rio, a nascente é o ponto mais a montante de um rio. O ponto referencial que se utiliza pode ser uma cidade às margens do rio, uma cachoeira, uma barragem, uma ponte etc. Tudo que está acima de um determinado ponto de referência, subindo a correnteza do rio, diz-se que se situa a montante. Assim, o projeto diz respeito à área a metropolitana mais próxima da nascente do Rio Tietê.

²⁷ Informações sobre o projeto estão disponíveis no link: http://www.dae.sp.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=370:parque-varzeas-do-tiete-o-maior-parque-linear-do-mundo. Acesso em: 22 nov. 2017.

situados no chamado Jardim Pantanal, como Jardim Helena, Jardim Novo Horizonte, Itaim Paulista e Jardim Romano, despertou-se a consciência da urgência em se buscar uma solução para a área.

As áreas que compõem o chamado Jardim Pantanal compreendem uma ocupação com edificações ao longo da faixa ribeirinha, assentadas nas zonas sujeitas às inundações nas épocas de cheias. Esta região possui um longo histórico de alagamentos e reconhece-se que as ocupações contribuíram dramaticamente para o agravamento da situação de inundações. Aterros clandestinos e impermeabilização crescente da área contribuem para a elevação do nível d'água acima do esperado nas épocas de enchente.

Desta maneira, diante deste quadro de alagamentos prolongados, o DAEE e a PMSJ já interferiram na região baixa denominada Jardim Romano em 2011, com a implantação de uma estrutura maciça, de solo importado de boa coesão, denominado '*polder*'. Este consiste em uma barreira (assemelha-se a uma barragem) que impede o alagamento pelas águas de rios e córregos, nos períodos de grandes chuvas, de regiões baixas adjacentes a estes cursos d'água e que estão ocupadas por moradias, muitas das vezes de forma irregular.

Já no bairro Itaim Paulista, o DAEE também desenvolveu estudos para adotar soluções que eliminassem estes alagamentos e teve como objetivos os seguintes pontos: (i) analisar as causas do alagamento persistente que flagelou a região do Jardim Pantanal, entre os meses de dezembro de 2009 e janeiro de 2010 e: (ii) propor uma solução técnica para a mitigação do problema, em locais considerados críticos.

O chamado sistema de *polder*, utilizado para a proteção contra alagamentos de áreas baixas em relação ao corpo hídrico adjacente, constitui solução do tipo convencional em drenagem. Há séculos é empregado, por exemplo, nos Países Baixos (Holanda) para proteção de terras contra as marés. Ao redor do mundo diversos exemplos são encontrados. Na Região Metropolitana de São Paulo existem diversos sistemas implantados: *polders* de proteção de áreas baixas na av. Marginal do Tietê, sob as pontes Atílio Fontana (Anhanguera), da Casa Verde e das Bandeiras; pontes Aricanduva, Limão e Vila Guilherme; *polders* de proteção do bairro Vila Matilde, às margens do Rio Aricanduva, próximo à av. Itaquera; *polder* de proteção das áreas baixas no Município de Pirapora do Bom Jesus, às margens do Rio Tietê.

O processo de edificação de um *polder* é feito a partir da construção de diques em torno das áreas encharcadas para evitar a entrada de água do mar ou do rio. Em seguida as poças de água são bombeadas. Depois de secos, esses terrenos acondicionam canais que permitem a água ser direcionada para outro local ou para outro uso.

Assim, o *polder* constitui-se basicamente de três elementos: (i) um dique (aterro ou muro) de proteção circundando toda a área a ser protegida; a crista deste dique deve ser tal que impeça seu alagamento quando ocorrerem os níveis d'água máximos de projeto do corpo d'água adjacente (rio, lago, mar); (ii) uma rede de microdrenagem e um canal de circunvalação que redireciona as águas para um tanque de acumulação; (iii) um tanque de acumulação com um sistema de bombas para permitir o bombeamento das águas ao corpo d'água adjacente.

Para a execução do projeto para a região, foi celebrado o Convênio nº 203/2015, entre o DAEE, a DERSA – Desenvolvimento Rodoviário S/A e o Município de São Paulo, por intermédio da SEHAB, SIURB e SVMA, para execução de um *polder* na Vila Itaim, no Município de São Paulo. No planejamento administrativo estão previstas algumas desapropriações, remoções e reassentamentos necessários para a execução da obra.



Fonte: <https://professorjamesonnig.wordpress.com/2012/11/20/a-construcao-dos-polders-na-holandia/>

Referido convênio originou-se do 5º Aditivo ao Termo de Compromisso Ambiental – TAC nº 232/2009, firmado com o Ministério Público, a fim de eliminar o risco habitacional na área e garantir a preservação ambiental. No referido TAC foi autorizada a conversão da obrigação da DERSA de plantio de mudas remanescentes de outros TACs em projetos, obras e serviços para a construção do *polder* Itaim, e o DAEE foi incluído no acordo firmado na condição de Compromissário, ficando responsável pela elaboração dos projetos e execução das obras e serviços para a execução do *polder* da Vila Itaim, bem como pelas desapropriações necessárias à sua implantação.

Ainda por força do Convênio nº 203/2015, as obrigações de executar o trabalho social e de implementar as ações de remoção e atendimento habitacional provisório e definitivo das famílias afetadas pela intervenção foram alocadas ao Município de São Paulo, por meio da SEHAB²⁸.

Para a implementação das obras do *polder* Itaim, que já foram contratadas através de um processo licitatório, foram ajuizadas 47 (quarenta e sete) ações de desapropriação pelo DAEE, na forma disciplinada no ajuste. As obras, evidentemente, são em caráter de urgência, e esta urgência se renova a cada ano, quando se aproxima o período de cheias.

Apesar da urgência, em razão do risco de vida a que as famílias estão sujeitas, e mesmo com orçamento a ser executado e com as licitações concluídas para a execução da obra, o projeto ainda não saiu do papel, pois ainda não foi possível cumprir as 47 imissões na posse necessárias para tanto.

Parte das dificuldades decorre da dispersão dos 47 processos entre as varas da Fazenda Pública da Capital²⁹, sendo que até o momento em que este texto é escrito não foi possível para o Poder Público obter os 47 mandados de imissão na posse respectivos.

²⁸ Cláusula 2.1.3. Compete à SEHAB: alínea f – A SEHAB se responsabilizará somente pelo atendimento das 130 (cento e trinta) famílias cadastradas em 2014 pelo DAEE, com atendimento habitacional provisório e/ou definitivo, conforme implantação do projeto em anexo, excluídas aquelas que vierem a ser indenizadas no âmbito dos processos expropriatórios.

²⁹ Entre esses processos, na data de 04 de dezembro de 2017, já havia ordem de imissão na posse em 30 deles, dentre os quais estavam: processo nº 1012754-36.2016.8.26.0053; 1013061-87.2016.8.26.0053; 1011406-80.2016.8.26.0053; 1012958-80.2016.8.26.0053; 1012753-51.2016.8.26.0053; 1012752-66.2016.8.26.0053; 1012821-98.2016.8.26.0053. Mas para as demais 17 ações, sequer havia sido deferida a ordem de imissão, decorridos mais de um ano do pedido judicial formulado para tanto.

Por que isto acontece?

Cada vara possui um ritmo diferente para apreciar os pedidos formulados judicialmente, e mesmo em se tratando de caso urgente, já que há risco de vida para os ocupantes em caso de não concessão das medidas sob exame (expedição e cumprimento dos mandados em caráter de urgência), a dispersão dos processos entre as diversas varas dilui também a premência das imissões, permanecendo o Estado (tanto enquanto Administração, como na condição de Judiciário) alheio ao risco de, no verão de 2018, ocorrer uma tragédia no local.

No caso em análise, o descompasso na apreciação de pedidos por algumas varas da Fazenda Pública impossibilitou que antes do verão de 2018 todas as imissões na posse necessárias pudessem ser realizadas, pois apenas 25 dos 47 processos já tinham mandado expedido na data limite para o seu cumprimento, apesar de os pedidos terem sido formulados em 2016.

5. Conclusão

Neste estudo buscamos refletir sobre o papel da ação de desapropriação como instrumento de política pública urbana.

O DL nº 3365/1941, que trata do instituto sob uma perspectiva marcadamente individualista, não traz dispositivos dirigidos a coordenar a atuação do Poder Público quando uma dada intervenção urbanística, para se concretizar, depender da incorporação ao patrimônio estatal de diversos terrenos com situação dominial distinta.

Ao entendermos que os textos normativos não dizem nada por si sós, mas sim que são a matéria prima a partir da qual seus interpretes deverão extrair os significados (de *poder* ou *dever ser*) a reger sua atuação na realidade, propomos que a aplicação da Lei de Desapropriação se dê, no contexto referido, de modo teleológico, com vistas a viabilizar a oportuna implantação da infraestrutura a que tal ação serve de meio.

As dificuldades enfrentadas pelos gestores para que projeto *Várzeas do Tietê* logre êxito, preservando milhares de vidas e garantindo a tutela do meio ambiente e das condições de existência digna para um sem número de indivíduos, são um exemplo do que, no nosso sentir, não pode mais ser aceito em nosso país, seja no âmbito da Administração Pública, seja no âmbito do Judiciário.

Caso pretendamos avançar rumo a um Estado que, pautando-se pelo dever de um agir eficiente e conforme os ditames do Estatuto da Cidade, não se mostre indiferente aos efeitos perniciosos que sua atuação insular e descoordenada imponha ao mundo fenomênico, aqueles que exercem funções estatais não podem se escusar de suas responsabilidades sob pretexto de serem meros aplicadores da lei parlamentar.

Os órgãos públicos, é bom lembrar, são titularizados por pessoas de carne e osso, e não por máquinas.

Logo, no exercício da competência que lhe cabe, é ônus do servidor de qualquer dos Poderes da República interpretar as leis que pautarão suas decisões com tirocínio, atentos aos fins sociais a que elas se dirigem, bem como às exigências do bem comum.

Se tanto é válido quanto ao gênero, tanto também o é quanto à espécie.

No que diz respeito às ações de desapropriação, apesar de a redação do DL nº 3365/1941 ser omissa quanto à necessidade de coordenação de demandas que tenham por objeto

uma mesma área (nada obstante dividida em matrículas diversas), acreditamos que cabe ao agente do Executivo e, na sua inércia, ao membro do Judiciário, buscar reunir tais feitos sob um único juízo, de modo a racionalizar o respectivo trâmite, sem o que todos perdem: indivíduo, sociedade e Estado.

Referências

APPARECIDO JUNIOR, José Antonio. *Direito urbanístico aplicado – os caminhos da eficiência jurídica nos projetos urbanísticos*. Curitiba: Juruá, 2017.

ARENDR, Hannah. *The promise of politics*. New York: Schocken Books, 2005.

CARVALHO, André Castro. *Direito da infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

CASSESE, Sabino. *Le basi del diritto amministrativo*. 5. ed. Milano: Garzanti, 1998.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle judicial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito administrativo e inovação: limites e possibilidades. In: WALD, Arnaldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. G. (org.). *O direito administrativo na atualidade – estudos em homenagem a Hely Lopes Meirelles*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 665-680.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, ano 8, n. 31, p. 47-55, 2000.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. *O direito administrativo como “caixa de ferramentas”*. São Paulo: Malheiros, 2017.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A ressurreição da desapropriação para fins urbanísticos. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 28, n. 8, p. 976-990, ago. 2012.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Legalidade e tipicidade no exercício da função sancionadora pela administração pública. In: SCHIRATO, Vitor R. (coord.). *Estudos atuais sobre ato e processo administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 169-189.

SCHWARTZMAN, Daniela Carvalho. O processo administrativo no âmbito da desapropriação por utilidade pública: a necessidade de sua adequação ao regime constitucional. In: SCHIRATO, Vitor R. (coord.). *Estudos atuais sobre ato e processo administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 67-110.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de A. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 277-285.

ZANOBINI, Guido. *L'attività amministrativa e la legge in Scritti vari di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 1955. p. 203-218.

Da competência municipal para legislar sobre resíduos sólidos: a Lei Municipal nº 13.316/02 do Município de São Paulo

*Aline Rocha Gorga*¹

Procuradora do Município de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Da competência municipal para legislar sobre matéria ambiental e sobre resíduos sólidos; 3. A Lei Municipal nº 13.316/02 do município de São Paulo: competência municipal para dispor sobre assunto de interesse local em harmonia com as normas gerais previstas na legislação federal; 4. A Lei Municipal nº 13.316/02 como instrumento de logística reversa para a adequada gestão de resíduos sólidos na urbe paulistana; 5. Conclusão; Bibliografia.

1. Introdução

Os resíduos sólidos produzidos pela civilização moderna se tornaram um dos grandes problemas ambientais em todo o planeta. Como consequência do modelo de desenvolvimento econômico adotado pelo sistema capitalista, em que o intenso consumismo foi alçado a padrão de comportamento esperado e incentivado, têm sido descartados em todo o mundo cada vez maiores quantidades de resíduos sólidos, tornando absolutamente necessário o equacionamento de soluções para sua geração, diante dos inegáveis problemas ambientais e à saúde humana por eles ocasionados.

As consequências causadas pelos resíduos sólidos aos quais não é conferida uma destinação ambientalmente correta são, inexoravelmente: o aquecimento global, visto que sua decomposição, notadamente dos resíduos plásticos em contato com matéria orgânica, gera a emissão de gás metano; a poluição ambiental e a contaminação do solo e dos lençóis freáticos, em razão do chorume gerado por sua decomposição; a destruição das áreas de mananciais com o acúmulo de resíduos às beiras dos rios e córregos; a perda de cobertura vegetal, e, no longo prazo, até mesmo a possível desertificação dos oceanos, decorrente do descarte de plástico nos cursos d'água que acabam por desaguar nos oceanos. Digno de nota, aliás, que têm sido descobertas nos oceanos "manchas" enormes de resíduos plásticos boiando, o que tem despertado cada vez mais para a preocupação mundial para a necessidade de se lhes conferir uma destinação adequada.

Um dos primeiros debates mundiais a respeito da gestão ambientalmente adequada dos resíduos sólidos se travou na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (Rio 92 ou Eco 92), que teve curso no Rio de Janeiro em 1992. Nela, produziram-se, dentre outros importantes documentos, a Agenda 21², que tratou do tema em seus capítulos 19

¹ Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura. Possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo. Procuradora Chefe da Segunda Procuradoria do Departamento de Defesa do Meio Ambiente e do Patrimônio da Procuradoria Geral do Município de São Paulo.

² Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2017.

(Manejo ecologicamente saudável das substâncias químicas tóxicas, incluída a prevenção do tráfico internacional ilegal dos produtos tóxicos e perigosos), 20 (Manejo ecologicamente saudável dos resíduos perigosos, incluindo a prevenção do tráfico internacional ilícito de resíduos perigoso), e 21 (Manejo ambientalmente saudável dos resíduos sólidos e questões relacionadas com os esgotos).

Também na Rio 92 divulgou-se o conceito de “desenvolvimento sustentável”, que havia sido cunhado em 1987 no Relatório Brundtland elaborado pela Comissão Mundial de Meio Ambiente e Desenvolvimento³, tendo como ideia central a de satisfação das necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem suas próprias necessidades. Esse conceito foi reafirmado no princípio 3 da Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente nos seguintes termos: “O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras”⁴.

Assim, a questão referente à gestão adequada dos resíduos sólidos passou a ocupar a pauta de diversos países, e a preocupação com sua destinação ambientalmente adequada acabou por ganhar contornos mundiais.

No Brasil, em 2010 foi finalmente editada uma lei nacional estabelecendo normas gerais sobre o assunto. Trata-se da Lei Federal nº 12.305/10, também conhecida como Política Nacional de Resíduos Sólidos, que foi fruto de um processo lento de construção a respeito do tema e decorreu do projeto de lei PL 1.991/07, encaminhado pelo Ministério do Meio Ambiente após anos de debates e discussões no Congresso Nacional e com a sociedade civil, e a elaboração de dois projetos anteriores que acabaram por não prosperar.

A Lei Federal nº 12.305/10 foi sem dúvida um grande avanço legislativo no tratamento do assunto, que, a par de trazer uma série de definições importantes para sua compreensão, contemplou os princípios orientadores e os objetivos que devem ser buscados para a adequada gestão dos resíduos sólidos no país. Além disso, a Política Nacional de Resíduos Sólidos previu instrumentos para o alcance desses objetivos e tratou das responsabilidades pela geração dos resíduos, estabelecendo, expressamente, a responsabilidade compartilhada entre fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes, consumidores e os titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos (art. 30), e, ainda, a obrigação do setor empresarial de proceder, estruturar e implementar sistemas de logística reversa dos resíduos, a qual foi definida, no art. 3º, inc. XII da lei, como “instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada”.

Ocorre que, antes do advento da Política Nacional de Resíduos Sólidos – lei nacional que, nos termos do art. 24 da Constituição da República, dispõe sobre normas gerais a respeito do tema – já haviam sido editadas, em diversas unidades da Federação, leis estaduais e locais dispendo sobre políticas de resíduos sólidos.

Como se sabe, a Constituição brasileira previu, para a legislação de algumas matérias, a competência concorrente entre União, estados e Distrito Federal (art. 24), estabelecendo

³ Disponível em: <https://pt.scribd.com/doc/12906958/Relatorio-Brundtland-Nosso-Futuro-Comum-Em-Portugues>. Acesso em: 13 nov. 2017.

⁴ Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2017.

que, à primeira, compete dispor sobre normas gerais, enquanto que aos estados e Distrito Federal cabe a suplementação dessas normas no âmbito de seus respectivos territórios.

Dentre as matérias passíveis de legislação mediante o exercício da competência concorrente, encontram-se a proteção ao meio ambiente, a defesa do solo e dos recursos naturais, o controle da poluição e a responsabilidade por dano ao meio ambiente (art. 24, incs. VI e VIII). Assim, não resta dúvida a respeito da competência estadual para tratar sobre a matéria dos resíduos sólidos, que está intrinsecamente ligada à proteção ao meio ambiente e do solo, bem como ao controle da poluição.

A questão que se coloca no que diz respeito à competência para legislar sobre a temática dos resíduos sólidos, e que poderia suscitar dúvidas diante de sua não contemplação no art. 24 da Constituição, é a relativa aos municípios: teriam eles competência para legislar sobre o assunto? Estaria tal tema abarcado nos “assuntos de interesse local”, que lhes foi reservado como competência legislativa nos termos do art. 30 da Constituição?

Este artigo pretende abordar a competência legislativa dos municípios para tratar do tema dos resíduos sólidos, e, após assentada tal premissa, discorrer sobre a Lei Municipal nº 13.316/02, de 1º de fevereiro de 2002, do município de São Paulo, que, atenta às peculiaridades da maior cidade brasileira e um dos maiores centros urbanos do mundo, onde são produzidas todos os dias cerca de 20.000 toneladas de resíduos⁵, dispôs sobre a coleta, destinação final e reutilização de embalagens, garrafas plásticas e pneumáticos, estabelecendo metas para a recompra das garrafas plásticas após o uso do produto pelos consumidores, em autêntico sistema de logística reversa.

2. Da competência municipal para legislar sobre matéria ambiental e sobre resíduos sólidos

Os municípios foram alçados, com o advento da Constituição da República de 1988, à categoria de entes federados autônomos, que, ao lado dos estados, do Distrito Federal e da União – e sem qualquer relação de hierarquia em relação a eles – compõem a República Federativa do Brasil. Isto é o que decorre de disposição expressa do art. 18 da Carta Magna, que estabelece de forma peremptória a autonomia dos municípios e deixa clara a ausência de hierarquia entre os entes da Federação.

Foram conferidas pela Constituição da República aos municípios autonomia política (de se organizarem politicamente, por lei orgânica – art. 29), legislativa (de edição de suas próprias leis sobre assuntos de interesse local, a teor do art. 30, inc. I, ou de suplementação da legislação federal e estadual, nos termos do art. 30, inc. II), administrativa (de se autoadministrar sem qualquer interferência dos demais entes da Federação, salvo nas hipóteses constitucionalmente estabelecidas de intervenção estadual – art. 29, podendo, para tal, organizar seu funcionalismo público e administrar seus bens), tributária (de instituir e recolher seus tributos – art. 30, inc. III, c/c art. 156 e art. 158), e financeira (de previsão de seu orçamento e aplicação de suas rendas – art. 30, inc. III).

⁵ Conforme dados constantes do sítio eletrônico da AMLURB – Autoridade Municipal de Limpeza, disponíveis em: http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/regionais/amlurb/coleta_seletiva//index.php?p=229723. Acesso em: 12 nov. 2017. A cidade de São Paulo gera, em média, 20 mil toneladas de lixo diariamente (entre resíduos domiciliares, resíduos de saúde, restos de feiras livres, podas de árvores, entulho etc.). Só de resíduos domiciliares são coletadas cerca de 12 mil toneladas/dia.

Além disso, foram atribuídas a eles competências específicas, relativas à prestação de serviços públicos de interesse local (art. 30, inc. V) e à promoção de adequado ordenamento territorial mediante o planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, inc. VIII), sem prejuízo de competências comuns com os estados e a União, previstas no art. 23 da Constituição, dentre as quais se destaca a de proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (art. 23, inc. VI), a de preservar as florestas, a fauna e a flora (art. 23, inc. VII) e a de cuidar da saúde (art. 23, inc. II).

No que diz respeito à edição de normas relativas ao meio ambiente, tal competência legislativa não foi expressamente atribuída pela Carta Magna brasileira aos municípios, como referido supra.

Inobstante, essa possibilidade resta totalmente albergada pelo sistema constitucional brasileiro, em razão da competência dos municípios para disporem sobre assuntos de interesse local, das competências municipais para combater a poluição em qualquer de suas formas, de preservar as florestas, a fauna e a flora e de cuidar da saúde da população, e, também, para que se possa garantir a própria efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225 da Constituição.

A análise desse tema deve considerar, em primeiro lugar, que a repartição de competências no sistema constitucional brasileiro se baseia no princípio da predominância do interesse, mediante o qual “à União devem ser atribuídas as competências que se refiram aos interesses nacionais; aos Estados-membros, as competências devem ter pertinência com os interesses regionais; aos municípios, as referentes ao interesse local”⁶. E como decorrência da eleição desse critério – a predominância do interesse – para determinar a competência de cada ente da Federação, por certo que os municípios não podem ser privados de editar leis que disponham sobre matéria que guarda íntima relação com o interesse local de sua população e que, além disso, repercute sensivelmente na sadia qualidade de vida de seus habitantes – a matéria ambiental.

Como bem explicitado por Luciola Maria de Aquino Cabral em obra específica sobre o assunto⁷, a aplicação do princípio da predominância do interesse constitui fator determinante para afirmar a competência municipal para legislar sobre o meio ambiente. Em suas palavras:

A expressão interesse local traduz tudo quanto se relacione diretamente aos assuntos de interesse dos municípios, ou seja, aos fatos e matérias em que seu interesse se manifeste de forma predominante. Nessa linha de raciocínio, não se pode negar que a proteção ao meio ambiente afeta diretamente os interesses da totalidade dos munícipes, refletindo em tudo quanto possa contribuir para a qualidade de vida da população. Assim, embora o legislador constituinte não tenha inserido a matéria ambiental de forma explícita dentre as competências atribuídas aos municípios, tal atitude se justifica em decorrência, exatamente, do novo perfil

⁶ MELLO, Rafael Munhoz de. Aspectos Essenciais do Federalismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Editora Revista dos Tribunais, 2002, v. 41, p. 144.

⁷ CABRAL, Luciola Maria de Aquino Cabral. *Competências constitucionais dos municípios para legislar sobre meio ambiente: a efetividade das normas ambientais*. Curitiba: Letra da Lei, 2008, p. 111.

constitucional que carrega a expressão interesse local constante do art. 30, I, do texto constitucional vigente.

Ora, não se pode negar que os maiores reflexos e consequências dos problemas ambientais ocorrem nas cidades, pois é nelas (e não nos Estados ou na União) que as pessoas habitam, trabalham, circulam e se divertem⁸. É nas cidades que são sentidos mais de perto os problemas do meio ambiente alterado ou degradado, como a poluição do ar atmosférico em razão das indústrias poluidoras nelas instaladas; a contaminação dos rios que atravessam seus territórios, que impossibilita a captação de água para o uso da população que ali habita; a deposição indevida de resíduos sólidos em lixões, com a produção de odor e o surgimento de doenças que podem se proliferar, ocasionando problemas de saúde pública; as consequências de desastres ambientais como enchentes e deslizamentos; ou, ainda, as distorções do crescimento urbano desenfreado e os efeitos negativos por ele gerados sobre o meio ambiente urbano.

Desta feita, não se pode conceber que as municipalidades não possam editar normas específicas que disponham sobre matéria tão afeta a seus interesses locais, inclusive porque os problemas de saúde que sua população sofrerá em decorrência de danos ambientais nelas ocorridos serão arcados, de forma mais intensa, pelos hospitais e pela rede de saúde municipal, já que os municípios foram acometidos do dever de cuidar da saúde (art. 23, inc. II da Constituição) e de prestar, ainda que mediante a cooperação técnica e financeira da União e do estado, serviços de atendimento à saúde da população (art. 30, inc. VII da Constituição). Ademais, a prática demonstra que a demanda por habitação por parte da população afetada por desastres ambientais também será colocada, em primeiro lugar, diante dos entes locais, apesar de a questão habitacional ser competência comum entre todos os entes da Federação, a teor do art. 23, inc. IX da Constituição. Ou seja, os desabrigados recorrerão em primeiro lugar às municipalidades em busca de moradia, e poderão, inclusive, passar a ocupar, irregularmente, áreas públicas destinadas a outras finalidades (à implantação de equipamentos públicos ou de viário) ou espaços livres de uso comum do povo, como praças e jardins.

Outro aspecto que deve ser considerado para se concluir no sentido da plena possibilidade de os municípios legislarem sobre matéria ambiental é a sua competência para dispor sobre o adequado ordenamento territorial mediante o parcelamento, uso e ocupação do solo (art. 30, inc. VIII da Constituição) e de executar a política de desenvolvimento urbano, nos termos do art. 182 da Constituição. Por óbvio que o desempenho de tais competências repercute diretamente na questão ambiental, como, aliás, é expressamente reconhecido pela Lei Federal nº 10.257/01, também conhecida por Estatuto das Cidades, que ao dispor sobre a política urbana – cuja execução compete aos municípios – estabelece que as cidades devem ser sustentáveis, entendendo-se como tal, dentre outros aspectos, o direito ao saneamento ambiental (art. 2º, inc. I), bem como que a política urbana deve buscar evitar, na ordenação e controle do uso do solo, a poluição e a degradação ambiental (art. 2º, inc. VI, alínea g).

⁸ Conforme preconiza a Carta de Atenas, de 1933, as funções essenciais das cidades são a habitação, o trabalho, a circulação e o lazer. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2974977/mod_resource/content/3/aula12_Corbusier_Le_A_Carta_de_Atenas.pdf. Acesso em: 13 nov. 2017.

Nessa toada, convém recordar as lições do mestre José Afonso da Silva⁹, que com muita propriedade define o meio ambiente como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”, apresentando um conceito globalizante e unitário que engloba, como abarcador do meio ambiente, tanto o meio ambiente natural quanto o artificial e o cultural.

Conforme ensina o renomado professor¹⁰, o conceito de meio ambiente engloba o meio ambiente artificial, “constituído pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações (espaço urbano fechado) e dos equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral: espaço urbano aberto)”; o meio ambiente cultural, “interligado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico que, embora artificial, em regra, como obra do Homem difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido de valor especial que adquiriu ou de que se impregnou”; e o meio ambiente natural ou físico, “constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico e a flora; enfim pela interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correlação recíproca entre as espécies e as relações destas com o ambiente físico que ocupam”.

À luz desse conceito de meio ambiente, que é o que melhor se coaduna com o disposto no art. 225 da Constituição da República, vê-se, claramente, que não é possível se separar, em compartimentos estanques, o meio ambiente urbano e o meio ambiente natural, de modo que os aspectos relacionados a este último não podem ser suprimidos da competência legiferante dos municípios, que foram incumbidos, por expressa regra constitucional, de promover o planejamento e controle do uso do parcelamento e da ocupação do solo urbano em seus territórios, bem como de executar a política de desenvolvimento urbano.

Em suma, o que se tem é que o critério eleito pelo constituinte para repartir as competências entre os entes da Federação brasileira – o critério da predominância do interesse – não deixa qualquer dúvida quanto ao fato de que a Constituição de 1988 permite cabalmente que os municípios brasileiros legislem sobre matéria ambiental no exercício de sua competência para dispor sobre assuntos de interesse local.

Além disso, a própria efetividade das normas ambientais – tão almejada, à bem da proteção da sadia qualidade de vida da população e da própria dimensão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito fundamental de terceira geração que tem por objeto um bem difuso – está intimamente ligada à competência municipal em matéria ambiental. Isto porque as estruturas da sociedade civil organizada – associações e movimentos sociais – conseguem se articular e atuar de maneira muito mais efetiva – e, em decorrência, exercer a defesa de seus interesses perante os órgãos públicos com maiores chances de êxito – na esfera local do que nas esferas federal e estadual. Assim, a concepção de que os municípios não poderiam editar normas sobre matéria ambiental dificultaria sobremaneira a atuação da sociedade civil na defesa dos interesses difusos relacionados à defesa do meio ambiente.

Explica-se: como a cidadania é um dos fundamentos da República brasileira (art. 1º, inc. II da Constituição da República), e o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, é direito de todos (art. 225) e constitui um direito

⁹ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 9. ed., 2011, p. 20.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 21.

fundamental de terceira geração, devendo ser perseguida, tanto quanto possível, a efetividade de sua proteção, a conclusão que se impõe é que a municipalização da proteção ao meio ambiente é medida necessária para que a coletividade possa participar de forma mais ativa e eficaz das ações voltadas a esse objetivo, bem como para que possa pressionar seus representantes a editarem normas locais, haja vista que é muito mais dificultosa a mobilização social perante os representantes eleitos na esfera federal do que no âmbito local, mesmo em tempos de internet.

Destarte, também sob o prisma da efetividade das normas ambientais, outra conclusão não é possível senão a de que os municípios podem legislar sobre meio ambiente, no exercício de sua competência prevista no art. 30, inc. I da Constituição da República, de legislar sobre assuntos de interesse local.

A jurisprudência, por sua vez, não destoa do entendimento mediante o qual os municípios têm competência para legislar sobre matéria ambiental no exercício da competência prevista no art. 30, inc. I, da Constituição da República.

Debruçando-se sobre o assunto, o STF firmou, em março de 2015, no julgamento do RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 586.224 – São Paulo, em que foi relator o ministro Luiz Fux, tese mediante a qual o município é competente para legislar sobre o meio ambiente da mesma forma que a União e os estados, no limite do seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, inciso VI, c/c 30, incisos I e II, da Constituição Federal). Restou consignado, expressamente, que “não é permitida uma interpretação pelo Supremo Tribunal Federal, na qual não se reconheça o interesse do município em fazer com que sua população goze de um meio ambiente equilibrado”, e assentou-se que existe competência político-administrativa e legislativa dos municípios em matéria de proteção do meio ambiente e de combate à poluição, seja por se tratar de peculiar interesse do município, seja em razão do exercício de uma competência suplementar, na esteira da legislação estadual.

Além disso, foi também negado provimento pelo STF, em junho de 2017, ao RE nº 194.704-MG interposto pela empresa de ônibus São Bernardo Ônibus Ltda. em face de acórdão proferido pelo TJ-MG que declarou a constitucionalidade de normas do município de Belo Horizonte que definem multas para os proprietários de veículos que emitem fumaça acima de padrões considerados aceitáveis. Digno de nota que o RE nº 194.704-MG foi julgado em regime de repercussão geral.

No recurso interposto, sustentou a recorrente que faleceria competência aos municípios para legislar sobre meio ambiente e que haveria legislação federal sobre a matéria; contudo, o STF negou, por maioria, provimento ao recurso, e, nos termos do voto do relator – o então Ministro Carlos Veloso – considerou que cabe ao município legislar sobre a proteção ao meio ambiente e o combate à poluição. Destaca-se no julgado o voto do ministro Celso de Mello, que considerou que a atuação dos municípios para suplementar as legislações estadual e federal sobre o tema não representa conflito de competência com as outras esferas da federação, e que embora caiba à União estabelecer planos nacionais e regionais de proteção ambiental, na eventualidade de surgirem conflitos de competência a resolução deve ocorrer pelos princípios da preponderância de interesses¹¹.

¹¹ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-01/interesse-local-municipio-legislar-meio-ambiente>. Acesso em: 12 nov. 2017.

Além desse julgado do plenário do STF, recentemente, em 29 de setembro de 2017, o ministro Dias Toffoli negou seguimento a recurso extraordinário (RECURSO EXTRAORDINÁRIO 937.488-SÃO PAULO) que impugnava acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que decidira pela constitucionalidade da Lei Municipal nº 16.062/14 do Município de São Paulo, a qual dispõe sobre o descarte de embalagens recicláveis em todos os pontos comerciais situados no Município. Assim foi ementado o acórdão impugnado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 16.062, DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, QUE DISPÕE SOBRE O DESCARTE DE EMBALAGENS RECICLÁVEIS EM TODOS OS PONTOS COMERCIAIS DO MUNICÍPIO, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA ‘AD CAUSAM’, IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E ENFRENTAMENTO DE QUESTÕES FÁTICAS QUE NÃO COMPORTAM ACOLHIDA – NORMA QUE TRATA DE INTERESSE PREDOMINANTEMENTE LOCAL, VISANDO PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE – ASSEGURADA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO ENTE MUNICIPAL PARA LEGISLAR SOBRE MATÉRIA AMBIENTAL, NOS MOLDES DOS ARTIGOS 23, INCISO VI, E 30, INCISOS I E II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – PRECEDENTES DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS – LEI, ADEMAIS, QUE NÃO AFRONTA AS POLÍTICAS NACIONAL E ESTADUAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS, MAS A ELA SE AGREGA – INEQUÍVOCA A DEFESA DO MEIO AMBIENTE, IMPONDO AOS ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS COM VENDAS A VAREJO A MANUTENÇÃO DE UMA URNA AO LADO DE PELO MENOS UM CAIXA, PARA DESCARTE DE EMBALAGENS RECICLÁVEIS PELOS CONSUMIDORES QUE ASSIM DESEJAREM PROCEDER – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À LIVRE INICIATIVA – INCONSTITUCIONALIDADE NÃO VERIFICADA – PEDIDO INICIAL JULGADO IMPROCEDENTE – REVOGADA A LIMINAR. (ADI nº 2192091-98.2014.8.26.0000, Relator Francisco Casconi, julgado em 12 de agosto de 2015)

A decisão monocrática proferida no RECURSO EXTRAORDINÁRIO 937.488-SÃO PAULO considerou que a Lei Municipal nº 16.062/14 do município de São Paulo dispõe acerca de política de proteção ao meio ambiente direcionada aos estabelecimentos varejistas da urbe, constituindo matéria de interesse local do Município por estar relacionada à gestão dos resíduos sólidos produzidos na localidade, especificamente das embalagens recicláveis. Assim, invocando outros precedentes no mesmo sentido, negou seguimento ao recurso interposto por APAS – ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE SUPERMERCADOS, de modo a fazer prevalecer o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que julgou a lei constitucional.

Como se vê, a análise dos julgados recentes demonstra que resta assentada a competência municipal para, atenta a suas peculiaridades locais, legislar sobre meio ambiente, sendo tal entendimento extremamente salutar para a sua proteção e para a defesa da sadia qualidade de vida da população que habita nas cidades brasileiras.

Pois bem.

A gestão e o gerenciamento dos resíduos sólidos é assunto pertinente ao meio ambiente, constituindo, hoje, um dos temas mais desafiadores da seara ambiental, já que sua geração e descarte inadequado constituem um dos maiores problemas atuais e que mais danos ocasionam ao meio ambiente, em especial nas cidades, onde vive a

grande maioria da população brasileira, em que se avolumam as toneladas de resíduos produzidos todos os dias.

Daí porque emerge de maneira clara o nítido interesse local em legislar sobre esse assunto.

3. Lei Municipal nº 13.316/02 do município de São Paulo: competência municipal para dispor sobre assunto de interesse local em harmonia com as normas gerais previstas na legislação federal

No exercício de sua competência para legislar sobre assunto de interesse local relativo à proteção do meio ambiente no território da urbe paulistana¹², foi editada pelo município de São Paulo, em 2002, a Lei Municipal nº 13.316/02, de 1º de fevereiro de 2002, dispondo sobre a coleta, destinação final e reutilização de embalagens, garrafas plásticas e pneumáticos.

Trata-se de uma das primeiras legislações sobre o tema dos resíduos sólidos do país, que foi editada considerando-se a realidade da maior cidade brasileira, que conta com aproximadamente 12 milhões de habitantes e produz, diariamente, cerca de 20.000 (vinte mil) toneladas de resíduos (entre resíduos domiciliares, resíduos de saúde, restos de feiras livres, podas de árvores, entulho etc.). Só de resíduos domiciliares são coletadas cerca de 12 mil toneladas/dia¹³.

Assim, de forma pioneira, previu a Lei Municipal nº 13.316, de 1º de fevereiro de 2002, a obrigatoriedade de as empresas produtoras e distribuidoras de bebidas de qualquer natureza, de óleos combustíveis, lubrificantes e similares, de cosméticos e de produtos de higiene e limpeza darem a destinação final ambientalmente adequada às garrafas e embalagens plásticas utilizadas para a comercialização de seus produtos, bem como de instituírem sistema de logística reversa.

Confira-se:

*LEI MUNICIPAL Nº 13.316, 1º DE FEVEREIRO DE 2002
Dispõe sobre a coleta, destinação final e reutilização de embalagens,
garrafas plásticas e pneumáticos, e dá outras providências.*

¹² Em matéria de proteção ao meio ambiente e à sadia qualidade de vida da população que vive e/ou trabalha em seu território, bem como dos inúmeros brasileiros e estrangeiros que a ele afluem para passear e/ou fazer negócios, o município de São Paulo sempre foi precursor e pioneiro em louváveis iniciativas protetoras tanto de seu meio ambiente natural quanto de seu meio ambiente urbano e cultural. A título de ilustração, cite-se a Lei da Cidade Limpa, Lei Municipal nº 14.223/06, que tem por objeto “a ordenação dos elementos que compõem a paisagem urbana do município”, e foi editada com vistas a combater a poluição visual no município de São Paulo e assegurar o bem-estar estético, cultural e ambiental da população, a segurança das edificações, a percepção e compreensão dos elementos referenciais da paisagem, a preservação da memória cultural etc. Para tanto, proíbe a instalação de anúncios em vias, parques, praças e outros logradouros públicos, nos muros, paredes e empenas cegas de lotes públicos ou privados, edificados ou não, nas árvores de qualquer porte, nas obras públicas de arte, tais como pontes, passarelas, viadutos e túneis etc.

Digno de nota que, após longa batalha jurídica levada a cabo em razão de inúmeras ações ajuizadas por empresas do setor de publicidade impugnando a suposta inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 14.223/06, a questão foi enfim julgada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo que, no Incidente de Inconstitucionalidade nº 163.152-0/3-00, decidiu pela constitucionalidade da Lei municipal em tela.

¹³ Conforme dados constantes do sítio eletrônico da AMLURB – Autoridade Municipal de Limpeza Urbana, disponíveis em: http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/regionais/amlurb/coleta_seletiva//index.php?p=229723. Acesso em: 12 nov. 2017.

Art. 1º – Esta lei trata da coleta, destinação final e reutilização, inclusive através de processos de economia solidária, de embalagens, garrafas plásticas e pneumáticos na cidade de São Paulo.

I – DAS EMBALAGENS E GARRAFAS PLÁSTICAS

Art. 2º – São responsáveis pela destinação final ambientalmente adequada das garrafas e embalagens plásticas utilizadas para a comercialização de seus produtos as empresas produtoras e distribuidoras de:

I – bebidas de qualquer natureza;

II – óleos combustíveis, lubrificantes e similares;

III – cosméticos;

IV – produtos de higiene e limpeza.

Parágrafo único – Considera-se destinação final ambientalmente adequada de garrafas e embalagens plásticas, para os efeitos desta lei:

I – a utilização das garrafas e embalagens plásticas em processos de reciclagem, com vistas à fabricação de embalagens novas ou a outro uso econômico;

II – a reutilização das garrafas e embalagens plásticas, respeitadas as vedações e restrições estabelecidas pelos órgãos competentes da área da saúde.

Art. 3º – As empresas de que trata o artigo 1º estabelecerão e manterão, em conjunto, procedimentos para a recompra das garrafas plásticas após o uso do produto pelos consumidores.

Art. 4º – É proibido o descarte de lixo plástico no solo, em cursos d'água ou em qualquer outro local não previsto pelo ente municipal competente.

Art. 5º – Sem prejuízo da responsabilização por danos ambientais causados pelas embalagens plásticas de seus produtos, a infração aos artigos anteriores sujeita as empresas a uma ou mais das seguintes sanções, aplicadas pelos órgãos municipais competentes:

I – multa, sendo o mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) e o máximo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), valores atualizados pelo IPC;

II – interdição.

Art. 6º – Os valores arrecadados em pagamento de multas por infração a esta lei serão revertidos ao Fundo Especial do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável.

Art. 7º – O procedimento previsto no artigo 2º será implantado segundo o seguinte cronograma:

I – no prazo de um ano da publicação desta lei, recompra de, no mínimo, cinquenta por cento das embalagens comercializadas;

II – no prazo de dois anos da publicação desta lei, recompra de, no mínimo, setenta e cinco por cento das embalagens comercializadas;

III – no prazo de três anos da publicação desta lei, recompra de, no mínimo, noventa por cento das embalagens comercializadas.

II – DOS PNEUMÁTICOS

Art. 8º – As empresas fabricantes, importadoras, distribuidoras e pontos de venda de pneumáticos ficam obrigadas a instituir, em conjunto, sistema de coleta de pneus usados e destinação final

ambientalmente segura e adequada dos pneumáticos inservíveis, isto é, aqueles que não mais se prestem a processo de reforma que permita condição de rodagem adicional.

Parágrafo único – Para o cumprimento do estabelecido no “caput” deste artigo, as referidas empresas e pontos de venda poderão criar centrais de recepção, localizadas e instaladas de acordo com as normas ambientais, urbanísticas e de uso do solo, para armazenamento temporário e posterior destinação final ambientalmente adequada, inclusive mediante a contratação de serviços especializados de terceiros.

Art. 9º – (VETADO)

I – (VETADO)

II – (VETADO)

III – (VETADO)

Art. 10 – (VETADO)

I – (VETADO)

II – (VETADO)

Art. 11 – (VETADO)

I – (VETADO)

II – (VETADO)

Art. 12 – (VETADO)

III – DAS DISPOSIÇÕES COMUNS

Art. 13 – O Poder Público Municipal através de seu órgão competente poderá celebrar acordos de parceria entre cooperativas populares no campo da economia solidária e empresas especializadas em coleta, reciclagem e destinação final de embalagens e garrafas plásticas e pneumáticos, para o cumprimento da presente lei.

Art. 14 – O Poder Público Municipal poderá instituir linhas de financiamento para projetos de economia solidária que visem a coleta, reciclagem e destinação final de embalagens e garrafas plásticas e pneumáticos.

Art. 15 – O Poder Executivo regulamentará esta lei no prazo de noventa dias de sua publicação.

Art. 16 – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Ou seja, a Lei Municipal nº 13.316/02 estabeleceu no ano de 2002, quatro anos antes da edição da Política Estadual de Resíduos Sólidos (Lei Estadual nº 12.300, de 16 de março de 2006) e oito anos antes da edição da Política Nacional de Resíduos Sólidos – Lei Federal nº 12.305/2010 – a obrigatoriedade de as empresas produtoras e distribuidoras dos produtos nela indicados, acondicionados em embalagens plásticas, darem a destinação final ambientalmente adequada aos resíduos sólidos gerados por seus resíduos, e, para tal, instituiu sistema de logística reversa em seu art. 3º.

Após diversos questionamentos judiciais nos quais foi arguida sua inconstitucionalidade, a Lei Municipal nº 13.316/02 foi declarada constitucional pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, por unanimidade, no incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0016895-17.2015.8.26.0000 suscitado pela 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, em julgamento ocorrido em setembro de 2015, no qual se proferiu acórdão ementado nos seguintes termos:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL Nº 13.316, DE 1º DE FEVEREIRO DE 2002, QUE DISPÕE SOBRE A COLETA, DESTINAÇÃO FINAL E REUTILIZAÇÃO DE EMBALAGENS, GARRAFAS PLÁSTICAS E PNEUMÁTICOS E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. DETERMINAÇÃO DE RECOMPRA E DESTINAÇÃO DE EMBALAGENS PLÁSTICAS PELA PRODUTORA E DISTRIBUIDORA DE COSMÉTICOS LOGÍSTICA REVERSA. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA IMPUTADADA AO SETOR EMPRESARIAL. OBSERVÂNCIA À POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS. LEI Nº 12.305, DE 2 DE AGOSTO DE 2010. PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR. INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADA. RETORNO DOS AUTOS À CÂMARA SUSCITANTE PARA APRECIÇÃO DA APELAÇÃO. (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0016895-17.2015.8.26.0000, Relator o Desembargador João Negrini Filho, julgamento em 23 de setembro de 2015)

Portanto, a Lei Municipal nº 13.316/02, válida, eficaz e constitucional, prevê no âmbito da cidade de São Paulo a necessidade de destinação final ambientalmente adequada, bem como a implantação de procedimentos para a recompra, após o uso do produto pelos consumidores, das embalagens e garrafas plásticas utilizadas para a comercialização bebidas de qualquer natureza, óleos combustíveis, lubrificantes e similares, cosméticos e produtos de higiene e limpeza, tudo com vistas a minimizar os graves impactos ambientais gerados pelas toneladas e mais toneladas de resíduos sólidos produzidos pelo consumo desenfreado da sociedade de massas surgida após a Revolução Industrial, que tem no município de São Paulo um de seus grandes expoentes do planeta e, certamente, o maior gerador do Brasil (afinal não há como negar que é no território da urbe paulistana onde ocorre a maior geração de resíduos sólidos do país, tanto em razão de sua grande população quanto em decorrência da pujante atividade econômica e do consumo nela realizados).

Contudo, em que pese tenha tido sua constitucionalidade declarada pelo órgão competente – O Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo – nos termos do art. 97 da Constituição da República, o setor empresarial ao qual foi atribuída a responsabilidade pela destinação final ambientalmente adequada das garrafas e embalagens plásticas utilizadas para a comercialização de seus produtos continua questionando a exigência contida na Lei Municipal nº 13.316/02, alegando, grosso modo, sua incompatibilidade com a superveniente Política Nacional de Resíduos Sólidos – a Lei Federal nº 12.305/10, e a impossibilidade fática de seu cumprimento.

Sem razão, porém.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos prevê expressamente, em seus arts. 31 e 33, situados na Seção atinente à “Responsabilidade Compartilhada”, a obrigação do setor empresarial – e não do Poder Público – instituir e implementar sistemas de logística reversa dos produtos e resíduos gerados após o uso pelos consumidores¹⁴.

Para melhor compreensão, transcrevem-se os dispositivos:

¹⁴ Entendemos que, no âmbito da responsabilidade compartilhada prevista na Política Nacional de Resíduos Sólidos, compete ao poder público local expedir as devidas regulamentações, exercendo sua competência legislativa em matéria ambiental com observância ao interesse local; fiscalizar o cumprimento das leis, exercendo seu poder de polícia; e ainda, prestar o serviço público de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos que foi atribuído a seu encargo pelo art. 36 da Lei Federal n. 12.305/10, estabelecendo, inclusive, sistema de coleta seletiva. Não é de sua responsabilidade dar a destinação ambientalmente adequada aos produtos e respectivos resíduos objeto de sistema de logística reversa.

Lei Federal nº 12.305, de 2 de agosto de 2010

[...]

Art. 31. Sem prejuízo das obrigações estabelecidas no plano de gerenciamento de resíduos sólidos e com vistas a fortalecer a responsabilidade compartilhada e seus objetivos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes têm responsabilidade que abrange:

[...]

III – recolhimento dos produtos e dos resíduos remanescentes após o uso, assim como sua subsequente destinação final ambientalmente adequada, no caso de produtos objeto de sistema de logística reversa na forma do art. 33.

[...]

Art. 33 – São obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, mediante retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de:

I – agrotóxicos, seus resíduos e embalagens, assim como outros produtos cuja embalagem, após o uso, constitua resíduo perigoso, observadas as regras de gerenciamento de resíduos perigosos previstas em lei ou regulamento, em normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama, do SNVS e do Suasa, ou em normas técnicas;

II – pilhas e baterias;

III – pneus;

IV – óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens;

V – lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista;

VI – produtos eletroeletrônicos e seus componentes.

§ 1º Na forma do disposto em regulamento ou em acordos setoriais e termos de compromisso firmados entre o poder público e o setor empresarial, os sistemas previstos no caput serão estendidos a produtos comercializados em embalagens plásticas, metálicas ou de vidro, e aos demais produtos e embalagens, considerando, prioritariamente, o grau e a extensão do impacto à saúde pública e ao meio ambiente dos resíduos gerados.

[...]

§ 3º Sem prejuízo de exigências específicas fixadas em lei ou regulamento, em normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama e do SNVS, ou em acordos setoriais e termos de compromisso firmados entre o poder público e o setor empresarial, cabe aos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes dos produtos a que se referem os incisos II, III, V e VI ou dos produtos e embalagens a que se referem os incisos I e IV do caput e o § 1º tomar todas as medidas necessárias para assegurar a implementação e operacionalização do sistema de logística reversa sob seu encargo, consoante o estabelecido neste artigo, podendo, entre outras medidas:

I – implantar procedimentos de compra de produtos ou embalagens usadas;

II – disponibilizar postos de entrega de resíduos reutilizáveis e recicláveis;

III – atuar em parceria com cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis, nos casos de que trata o § 1º.

§ 4º Os consumidores deverão efetuar a devolução após o uso, aos comerciantes ou distribuidores, dos produtos e das embalagens a que se referem os incisos I a VI do caput, e de outros produtos ou embalagens objeto de logística reversa, na forma do § 1º.

§ 5º Os comerciantes e distribuidores deverão efetuar a devolução aos fabricantes ou aos importadores dos produtos e embalagens reunidos ou devolvidos na forma dos §§ 3º e 4º.

§ 6º Os fabricantes e os importadores darão destinação ambientalmente adequada aos produtos e às embalagens reunidos ou devolvidos, sendo o rejeito encaminhado para a disposição final ambientalmente adequada, na forma estabelecida pelo órgão competente do Sisnama e, se houver, pelo plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos. (Grifo nosso)

Ou seja, está estabelecido na legislação nacional que dispõe normas gerais sobre a gestão e o gerenciamento de resíduos sólidos que cabe aos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de agrotóxicos e óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens (art. 33, incs. I e IV), de pilhas e baterias (art. 33, inc. II), de pneus (art. 33, inc. III), de lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio, de mercúrio e de luz mista (art. 33, inc. V), de produtos eletroeletrônicos e seus componentes (art. 33, inc. VI) e de produtos comercializados em embalagens plásticas, metálicas ou de vidro (art. 33, § 1º) a tomada de todas as medidas necessárias para assegurar a implementação e operacionalização do sistema de logística reversa sob seu encargo. E está ali previsto, expressamente, que, dentre essas medidas, eles podem implantar procedimentos de compra de produtos ou embalagens usadas e disponibilizar postos de entrega de resíduos reutilizáveis e recicláveis.

Além disso, a PNRS dispõe que os comerciantes e distribuidores deverão efetuar a devolução aos fabricantes ou aos importadores dos produtos e embalagens reunidos ou devolvidos pelos consumidores, e que os fabricantes e importadores, por sua vez, darão a destinação ambientalmente adequada a esses produtos e embalagens.

Destarte, uma leitura atenta da PNRS evidencia que existe a total responsabilidade do setor empresarial pela implementação e operacionalização do sistema de logística reversa, o qual foi expressamente previsto como de sua responsabilidade e de seu encargo.

A verdade é que o cotejo da legislação municipal específica às peculiaridades da municipalidade de São Paulo com a superveniente legislação federal sobre o assunto demonstra que, muito ao contrário das alegações dos fabricantes e distribuidores de bebidas de qualquer natureza, de óleos combustíveis, lubrificantes e similares, de cosméticos, e de produtos de higiene e limpeza, as obrigações a eles impostas pela Lei Municipal nº 13.316/02 não passam de desdobramentos mais específicos das exigências gerais previstas expressamente na Lei Federal nº 12.305/10, e, portanto, estão em plena conformidade com o exercício da competência legislativa municipal em matéria de meio ambiente.

Ademais, elas guardam total compatibilidade com os princípios orientadores da Política Nacional de Resíduos Sólidos – mais diretamente com o do poluidor-pagador, o do desenvolvimento sustentável e o do respeito às diversidades locais e regionais.

Vejamos.

A imposição da responsabilidade pela destinação final ambientalmente adequada das garrafas e embalagens plásticas utilizadas para a comercialização de produtos às empresas produtoras e distribuidoras de bebidas de qualquer natureza, de óleos combustíveis, lubrificantes e similares, de cosméticos, e de produtos de higiene e limpeza, assim como o estabelecimento de metas percentuais mínimas de recompra das embalagens comercializadas, previstas no art. 7º da Lei Municipal nº 13.316/02, se coaduna perfeitamente com o **princípio do poluidor-pagador**, à medida que impõe a quem auferir os ganhos com a comercialização dos produtos que geram resíduos as externalidades dessa atividade.

Recorde-se que o princípio do poluidor-pagador preconiza que é o poluidor quem deve suportar o custo das medidas para assegurar a preservação do meio ambiente, e não a coletividade que financia, através do pagamento de tributos, o poder público/titular do serviço público de limpeza urbana.

Tal ideia encontra-se, inclusive, consolidada no princípio 16 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, proclamada por ocasião da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ocorrida no Rio de Janeiro em 1992¹⁵, nos seguintes termos: Princípio 16 – As autoridades nacionais devem procurar promover a internacionalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais.

Assim, impor os ônus do processo de produção e de comercialização de produtos que geram resíduos a quem auferir os benefícios desse processo (compreenda-se, a quem é contemplado com os lucros dessa atividade), nada mais é do que impedir que as externalidades negativas do processo de produção sejam distribuídas a toda a coletividade, e significa observar o princípio do poluidor-pagador, previsto, expressamente, dentre um dos princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos. Daí porque, mais uma vez, se revela a compatibilidade da lei municipal com a legislação federal.

Da mesma forma, as metas, previstas no art. 7º da Lei Municipal nº 13.316/02, de retorno das embalagens comercializadas ao setor produtivo – a quem compete a destinação final ambientalmente adequada – também estão em total conformidade com o princípio do desenvolvimento sustentável elencado no art. 6º da Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Como referido no item 1 supra, o **princípio do desenvolvimento sustentável** é aquele mediante o qual a satisfação das necessidades das gerações atuais não pode privar as gerações futuras de ter acesso aos recursos naturais para que estas também possam satisfazer suas próprias necessidades. Ele foi um dos temas centrais da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em

¹⁵ Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2017.

1992¹⁶, e, no ordenamento jurídico brasileiro, pode ser extraído dos arts. 170, inc. VI¹⁷, e 225¹⁸ da Constituição da República brasileira.

Trata-se da ideia de se conciliar o desenvolvimento econômico com a defesa do meio ambiente, de modo que o primeiro não ocorra de forma predatória e mediante o esgotamento dos recursos ambientais, mas sim se desenrole sem agredir de forma irreversível o meio ambiente nem impedir a renovação dos recursos naturais.

O princípio do desenvolvimento sustentável pauta diversos objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos, previstos no art. 7º da Lei Federal nº 12.305/10. É com fundamento nele, por exemplo, que se deve buscar estimular a adoção de padrões sustentáveis de produção e consumo de bens e serviços (art. 7º, inc. III), o incentivo à indústria da reciclagem (7º, inc. VI), à rotulagem ambiental e ao consumo sustentável (7º, inc. XV), bem como a conferência de prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, os bens, serviços e obras que sejam ambientalmente sustentáveis (art. 7º, inc. XI).

Ora, considerando-se que a Lei Municipal nº 13.316/02 impõe ao setor empresarial a responsabilidade pela destinação final ambientalmente adequada das garrafas e embalagens plásticas utilizadas para a comercialização de bebidas de qualquer natureza; de óleos combustíveis, lubrificantes e similares; de cosméticos e de produtos de higiene e limpeza, bem como impõe metas para a devolução ao setor produtivo das respectivas embalagens comercializadas, forçoso é reconhecer que ela prestigia, também, o princípio do desenvolvimento sustentável, pois suas previsões têm o condão de impedir ou dificultar que esses resíduos tão nefastos, com tempo de vida útil tão longo, sejam descartados indevidamente e causem danos ambientais que contribuam com o esgotamento dos recursos naturais.

¹⁶ A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, proclamada por ocasião da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ocorrida no Rio de Janeiro em 1992, traz diversos princípios sobre o desenvolvimento sustentável, dentre os quais destacamos os seguintes (disponíveis em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>, acesso em: 13 nov. 2017):

Princípio 1 – Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza;

Princípio 3 – O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras.

Princípio 4 – Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste.

Princípio 5 – Para todos os Estados e todos os indivíduos, como requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável, irão cooperar na tarefa essencial de erradicar a pobreza, a fim de reduzir as disparidades de padrões de vida e melhor atender às necessidades da maioria da população do mundo.

Princípio 8 – Para alcançar o desenvolvimento sustentável e uma qualidade de vida mais elevada para todos, os Estados devem reduzir e eliminar os padrões insustentáveis de produção e consumo, e promover políticas demográficas adequadas.

Princípio 9 – Os Estados devem cooperar no fortalecimento da capacitação endógena para o desenvolvimento sustentável, mediante o aprimoramento da compreensão científica por meio do intercâmbio de conhecimentos científicos e tecnológicos, e mediante a intensificação do desenvolvimento, da adaptação, da difusão e da transferência de tecnologias, incluindo as tecnologias novas e inovadoras.

¹⁷ 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;

¹⁸ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. 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.

Finalmente, de se ressaltar que a lei municipal em tela prestigia, ainda, o princípio da Política Nacional de Resíduos Sólidos que determina o **respeito às diversidades locais e regionais**, previsto no art. 6º, inc. IX, da Lei Federal n. 12.305/10.

Segundo o professor Paulo Affonso Leme de Machado¹⁹, referido princípio implica em conferir aos municípios um papel indispensável no que diz respeito à adaptação das normas gerais às situações particulares, especialmente em um país tão diverso, do ponto de vista geográfico, biológico e socioeconômico, como o Brasil. Conforme esclarece ele:

A diversidade geográfica, biológica e socioeconômica não pode ser um pretexto para o descumprimento da norma geral, mas o reconhecimento dessa diversidade visa, pelo contrário, a adaptar o geral ao particular. Por isso não houve um “congelamento” de regras de gestão de resíduos, onde os municípios têm a desempenhar um papel indispensável.

Como se sabe, a realidade paulistana é diferente, nos mais diversos aspectos, da realidade do Brasil. O enorme contingente populacional de pessoas que habitam no município de São Paulo, somado aos demais milhares que a ele acorrem todos os dias para trabalhar, bem como aos turistas e aos que vêm à São Paulo para eventos e negócios, tornam a realidade da urbe paulistana incomparável à de outros centros urbanos no Brasil. Os impactos gerados por tantas pessoas e por tão intensa atividade econômica se refletem no trânsito e nos deslocamentos, nas filas, nas demandas por produtos e serviços, por educação, habitação e saúde, por lazer etc., e, obviamente, repercutem também na quantidade de resíduos produzidos em São Paulo, assim como na dimensão dos danos ambientais que podem ser gerados pela produção desses resíduos.

Daí porque o princípio da Política Nacional de Resíduos Sólidos que prevê o respeito às diversidades locais e regionais (art. 6º, inc. IX da Lei Federal nº 12.305/10) justifica, totalmente, as obrigações previstas na Lei Municipal nº 13.316/02 do município de São Paulo.

4. A Lei Municipal nº 13.316/02 como instrumento de logística reversa para a adequada gestão de resíduos sólidos na urbe paulistana

A Lei Municipal nº 13.316/02 estabelece que as empresas produtoras e distribuidoras de bebidas de qualquer natureza, de óleos combustíveis, lubrificantes e afins, de cosméticos e de produtos de higiene e limpeza estabeleçam procedimentos para o retorno, após a utilização pelos consumidores, das garrafas e embalagens plásticas ao setor empresarial. Além disso, em seu art. 7º instituiu um cronograma para o retorno das embalagens comercializadas.

Com isso, previu a obrigatoriedade de implementação, por parte do setor empresarial, de logística reversa com a finalidade de retorno das garrafas e embalagens plásticas às empresas produtoras e distribuidoras, a quem foi estabelecida a responsabilidade pela destinação final ambientalmente adequada.

¹⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 646.

Foi uma medida pioneira e bastante acertada, especialmente se considerarmos que um dos maiores óbices à destinação ambientalmente adequada dos resíduos é a falta de segregação na origem, com a mistura de resíduos – aos quais se deve conferir uma destinação ambientalmente adequada – com rejeitos – que, por não serem passíveis de aproveitamento, devem ser enviados aos aterros. Essa mistura entre resíduos e rejeitos torna inviável que se proceda à destinação final ambientalmente adequada dos primeiros, e faz com que toneladas de resíduos acabem indo parar, indevidamente, nos aterros.

Nesse contexto, a segregação na origem entre resíduos e rejeitos, com a coleta separada dos resíduos e sua restituição ao setor empresarial, é medida essencial para que se confira aos resíduos destinação ambientalmente adequada – que, no caso das garrafas e embalagens plásticas, compreende a reutilização ou a reciclagem.

Nos termos da Lei Municipal nº 13.316/02, após a segregação na origem dos resíduos, os mesmos devem, portanto, ser restituídos aos responsáveis por lhes conferir destinação ambientalmente adequada – as empresas produtoras e distribuidoras de bebidas de qualquer natureza, de óleos combustíveis, lubrificantes e afins, de cosméticos e de produtos de higiene e limpeza. Digno de nota que essa obrigação não é do titular do serviço público de limpeza urbana em razão do princípio do poluidor-pagador, mencionado supra, pois cabe ao poluidor suportar o custo das medidas para assegurar a preservação do meio ambiente, e não à coletividade que financia, através do pagamento de tributos, o poder público/titular do serviço público de limpeza urbana.

A restituição ao setor empresarial dos resíduos gerados após a utilização dos produtos, realizando-se um fluxo reverso ao de sua distribuição, compreende o que se convencionou denominar de logística reversa. Ela foi conceituada na Política Nacional de Resíduos Sólidos, no art. 3º, inc. XII da Lei Federal n. 12.305/10, como “instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada”.

Diversas razões fazem com que o setor empresarial implemente sistemas de logística reversa. O recolhimento de produtos com defeitos de fabricação, com embalagem aberta ou não consumidos, assim como das sobras de estoques, é feito de forma bastante eficiente, fazendo com que produtos ainda não consumidos retornem às empresas produtoras, em bem-sucedida operação de logística reversa pós-venda.

Igualmente, há seguimentos específicos para a restituição de componentes que apresentam valor econômico ou de produtos já consumidos que serão submetidos à manutenção técnica.

Há, ainda, fatores relacionados à imagem corporativa das empresas, relacionados à sua reputação e à preocupação com a sustentabilidade, que também levam o setor empresarial a equacionar os fluxos reversos e realizar com eficiência o retorno de produtos já consumidos, realizando a logística reversa pós-consumo.

Como esclarece Paulo Roberto Leite²⁰, a logística reversa de pós-venda e de retorno de produtos ainda não consumidos, realizada em razão de objetivos relacionados a garantir

²⁰ LEITE, Paulo Roberto. Logística reversa na atualidade. In: JARDIM, Arnaldo; YOSHIDA, Consuelo; MACHADO FILHO, José Valverde (ed.). *Política nacional, gestão e gerenciamento de resíduos sólidos*. São Paulo: Manole, 2012.

satisfação aos clientes e à manutenção da imagem empresarial, é feita de forma bem sucedida; no entanto, a logística reversa de pós-consumo, que se refere a produtos que já foram consumidos ou simplesmente usados, acaba por ficar difusa entre os diversos elos da cadeia que levam os produtos para o mercado, e, então, faz-se necessário um “fator modificador de mercado, que geralmente é garantido por legislação”, para que sua implementação seja garantida.

A verdade é que a logística reversa tem sido realizada pelo setor empresarial por razões mercadológicas – seja atreladas ao valor econômico proveniente da reutilização ou redistribuição dos produtos ou seus componentes restituídos ou ligadas à imagem e reputação empresarial – mas tem sido relegada a segundo plano no que diz respeito aos resíduos gerados pelo consumo dos produtos produzidos.

Assim, com vistas ao devido equacionamento dessa externalidade negativa do processo de produção e consumo, surge a necessidade de imposição, por legislação, da obrigatoriedade de retorno das embalagens de produtos consumidos às empresas produtivas.

Nesse sentido, a pioneira Lei Municipal nº 13.316/02 do município de São Paulo andou muito bem e deve ser plenamente observada e cumprida.

Os questionamentos e reclamações a respeito da impossibilidade do cumprimento das metas de retorno dos produtos e embalagens nela previstas progressivamente não procedem, especialmente se considerarmos diversos casos de sucesso de logística reversa de recolhimento de resíduos.

Com efeito, existem no Brasil pelo menos três casos de sucesso a comprovar a plena possibilidade de cumprimento dessas metas: os casos das latas de alumínio, das embalagens de agrotóxicos e dos pneus.

No que diz respeito às latas de alumínio, desde 2015 são recicladas quase 98% das latas no Brasil. O índice de reciclagem das latinhas de alumínio de bebidas no Brasil atingiu 97,9% em 2015, conforme dados divulgados pela Associação Brasileira do Alumínio (Abal)²¹ e pela Associação Brasileira dos Fabricantes de Latas de Alta Reciclabilidade (Abralatas)²². No ano de 2016, foram recicladas 280 mil toneladas de latas de alumínio para bebidas das 286,6 mil toneladas disponíveis no mercado, conforme divulgado no sítio eletrônico da Abralatas²³. Digno de nota que, conforme informado pela Abal, esse índice de reciclagem das latas de alumínio coloca o Brasil à frente de países como o Japão e os Estados Unidos, bem como da média da Comunidade Europeia.

Por sua vez, o sucesso da logística reversa dos resíduos (embalagens plásticas) gerados pelo segmento dos agrotóxicos também demonstra a plena possibilidade de cumprimento das metas estabelecidas pela legislação municipal aqui analisada, que determina o recolhimento de embalagens comercializadas dos produtos previstos no art. 2º da Lei Municipal nº 13.316/02.

²¹ Disponível em: <http://abal.org.br/estatisticas/nacionais/reciclagem/latas-de-aluminio/>. Acesso em: 13 nov. 2017.

²² Disponível em: <http://www.abralatas.org.br/brasil-reciclou-979-das-latas-de-aluminio-para-bebidas-em-2015/>. Acesso em: 13 nov. 2017.

²³ Disponível em: <http://www.abralatas.org.br/brasil-reciclou-280-mil-toneladas-de-latas-de-aluminio-em-2016-e-mantem-indice-proximo-a-100/>. Acesso em: 13 nov. 2017.

Como esclarece João César M. Rando²⁴, 94% das embalagens plásticas de agrotóxicos comercializadas no Brasil recebem destinação ambientalmente adequada – o que coloca o Brasil na posição de referência mundial no assunto, ao destinar percentualmente mais embalagens plásticas do que a Alemanha (76%), Canadá (73%) e Japão (50%). Para tal, foi criado um sistema extremamente organizado de logística reversa com vistas ao recolhimento das embalagens em todo o território nacional e à sua restituição aos fabricantes, sistema esse encabeçado por uma organização sem fins lucrativos representativa da indústria fabricante desses produtos – o Instituto Nacional de Processamento de Embalagens Vazias (inpEV). Dentre os fatores que explicam o sucesso de toda a operação, destaca-se a existência de legislação vigente sobre o tema – a Lei Federal nº 7.802/89 e o Decreto Federal nº 4.074/02 – que impõem a obrigatoriedade de devolução das embalagens vazias e de sua destinação ambientalmente adequada e, inclusive, preveem diversas sanções – dentre as quais multas altas – para sua inobservância.

A situação dos pneus também não é diferente, e os resultados extremamente positivos quanto à sua destinação ambientalmente adequada são notáveis. Após a edição da Resolução CONAMA nº 258/99, que instituiu a responsabilidade do produtor e também do importador pelo ciclo total do produto, a indústria de pneus do Brasil se organizou e criou um programa consolidado de pós-consumo que se tornou referência mundial. Como explicitado por Eugênio Deliberato²⁵, o sistema é gerido pela Reciclanip, uma entidade sem fins lucrativos voltada exclusivamente para a coleta e a destinação de pneus inservíveis, que é constituída pelos fabricantes de pneumáticos que investem e sustentam o projeto. Há mais de 1.000 (mil) pontos de coleta distribuídos pelo país e, em cada um desses locais, a Reciclanip recolhe e transporta os pneus até as empresas que conferem a destinação ambientalmente adequada. Apenas no ano de 2010 foram coletados e destinados de forma ambientalmente correta 311.554 toneladas de pneus inservíveis. Além disso, em 2015 a Reciclanip superou a meta de logística reversa estabelecida pelo Ibama e efetuou o recolhimento e destino correto de pneus de 101,7%²⁶, conforme está divulgado em seu sítio eletrônico.

A verdade – demonstrada por esses casos de sucesso – é que é plenamente possível o cumprimento das metas estabelecidas na legislação municipal aqui analisada, relativa ao recolhimento das embalagens comercializadas de bebidas de qualquer natureza, de óleos combustíveis, lubrificantes e afins, de cosméticos e de produtos de higiene e limpeza. Para tal, basta às indústrias de fabricantes se organizarem, se articularem com o setor que faz a distribuição, instituir pontos de coleta, divulgarem a necessidade de restituição das embalagens por parte dos consumidores e fazer os investimentos devidos.

As alegações de impossibilidade de cumprimento da legislação não passam de desculpas para as empresas se eximirem de suas responsabilidades socioambientais, o que vai totalmente de encontro à defesa e proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, colide com os princípios do poluidor-pagador e do desenvolvimento sustentável,

²⁴ RANDO, João Cesar M. Sistema Campo Limpo: a logística reversa das embalagens vazias de agrotóxicos. In: JARDIM, Arnaldo; YOSHIDA, Consuelo; MACHADO FILHO, José Valverde (ed.). *Política nacional, gestão e gerenciamento de resíduos sólidos*. São Paulo: Manole, 2012.

²⁵ DELIBERATO, Eugênio. Os pneus e o meio ambiente. In: JARDIM, Arnaldo; YOSHIDA, Consuelo; MACHADO FILHO, José Valverde (ed.). *Política nacional, gestão e gerenciamento de resíduos sólidos*. São Paulo: Manole, 2012.

²⁶ Disponível em: <http://www.reciclanip.org.br/v3/releases/industria-ja-recolheu-mais-de-4-milhoes-de-toneladas-de-pneus-inserviveis/88/20161129/>. Acesso em: 13 nov. 2017.

e destoa das mais modernas legislações e doutrinas sobre a necessidade de se conferir destino ambientalmente adequado às toneladas de resíduos gerados todos os dias no município de São Paulo.

Vale ressaltar, também, que já se passaram 15 anos desde a edição e início de vigência da Lei Municipal nº 13.316, de 1º de fevereiro de 2002, de modo, então, que já passou tempo suficiente para a implementação do que foi nela estabelecido.

Por fim, mencione-se ainda que no município de São Paulo, de acordo com dados da AMLURB – Autoridade Municipal de Limpeza Urbana (autarquia a quem compete organizar e administrar o desenvolvimento do serviço de limpeza urbana na cidade de São Paulo) do ano de 2016, o custo das operações com coleta domiciliar por mês no território da urbe monta a R\$ 41.824.800,07 com a empresa Loga, que faz a coleta na região noroeste, e a R\$ 51.204.243,24 com a empresa Ecourbis, que atua na região sudoeste²⁷; e os gastos com limpeza urbana mensais são de R\$ 42.450.549,60 com a concessionária Inova e de R\$ 42.094.193,53 com a concessionária Soma. Além disso, a coleta seletiva²⁸ atende a todos os distritos do território da urbe.

²⁷ Conforme se verifica no sítio eletrônico da Autoridade Municipal de Limpeza Urbana – AMLURB, os trabalhos de coleta de resíduos domiciliares, coleta seletiva e hospitalar são atualmente executados pelas concessionárias Ecourbis e Loga – Disponível em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/regionais/amlurb/>. Acesso em: 12 nov. 2017. Diariamente é percorrida uma área de 1.523km² e estima-se que mais de 11 milhões de pessoas são beneficiadas pela coleta. Cerca de 3,2 mil pessoas trabalham no recolhimento dos resíduos e são utilizados cerca de 500 veículos (caminhões compactadores e outros específicos para o recolhimento dos resíduos e serviços de saúde).

²⁸ Coexistem dois sistemas de coleta seletiva no município de São Paulo, quais sejam: 1) a coleta pública realizada atualmente pelas concessionárias Loga e Ecourbis; e 2) a coleta realizada por cooperativas e associações de catadores conveniadas. Em cumprimento ao disposto no art. 7º, inc. XII da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei Federal nº 12.035/10), a municipalidade de São Paulo formalizou convênios com as cooperativas de catadores para que esse nicho de trabalhadores pudesse ser reconhecido e, assim, passasse a integrar o sistema público na coleta seletiva.

Além da coleta porta a porta, a Prefeitura conta também com aproximadamente 1.800 PEVs instalados em locais específicos para receber o material reciclável. Os PEV – **Pontos de Entrega Voluntária**, são uma das estratégias testadas pela Prefeitura para incrementar a coleta seletiva na cidade: a população pode levar os resíduos sólidos recicláveis para os pontos de descarte, espalhados em determinados pontos do município, e a coleta será realizada posteriormente pela concessionária, que destinará os materiais coletados à triagem e posterior reciclagem.

Outra forma ainda adotada pela Prefeitura do município de São Paulo para a coleta de resíduos é a instalação, no território da urbe, dos **Ecopontos**. Trata-se de locais de entrega voluntária de pequenos volumes de entulho (até 1m³), grandes objetos (móveis, poda de árvores etc.) e resíduos recicláveis. Nos Ecopontos, o munícipe poderá dispor o material gratuitamente em caçambas distintas para cada tipo de resíduo. Os materiais recebidos nos Ecopontos vão para as centrais de triagem e cooperativas e, com exceção dos recicláveis, são destinados para aterros designados pela Prefeitura. Existem atualmente 98 (noventa e oito) Ecopontos espalhados por todas as regiões da cidade, e sua localização exata pode ser conferida no sítio eletrônico: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/regionais/amlurb/ecopontos/index.php?p=4626>.

Após a coleta, seja em caminhões, seja em carrinhos de mão, seja retirando-se os resíduos depositados pela população nos PEVs ou nos Ecopontos, os resíduos coletados são levados para as **centrais de transbordo**, que são os pontos de destinação intermediários dos resíduos coletados na cidade, criados em função da considerável distância entre a área de coleta e o aterro sanitário. Neles, é feita a **triagem**, com vistas a separar os resíduos dos rejeitos, e, então, possibilitar: i) a destinação para a reutilização ou reciclagem dos resíduos sólidos que podem ser aproveitados; ou ii) da disposição final ambientalmente adequada daqueles que, depois de esgotadas todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis, não apresentem essa possibilidade – os rejeitos.

O município de São Paulo conta atualmente com três estações de transbordo, que juntas movimentam em torno de 11 mil toneladas/dia: Transbordo Ponte Pequena, Transbordo Vergueiro e Transbordo Santo Amaro. Após todo o processo que ocorre nas centrais de triagem e transbordo, os resíduos que serão destinados à reciclagem saem embalados em fardos.

Por outro lado, os rejeitos não aproveitáveis – *nos termos da Política Nacional de Resíduos Sólidos rejeitos são os resíduos que, após o esgotamento de todas as possibilidades, não apresentem outra possibilidade que não a disposição final – são devidamente conduzidos aos aterros.*

Ademais, registre-se que a municipalidade de São Paulo tem incentivado e promovido a compostagem na urbe paulistana, a fim de dar uma destinação ambientalmente correta aos resíduos orgânicos, nos termos previstos na Política Nacional de Resíduos Sólidos e em seu Plano de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos.

Outrossim, verifica-se que o poder público investe, no município de São Paulo, recursos milionários com a prestação do serviço público de limpeza urbana e de manejo sólidos, desincumbindo-se, pois, plenamente, de suas responsabilidades nessa seara.

Cabe, pois, ao setor empresarial fazer o mesmo com os resíduos gerados pelos produtos por eles comercializados, em observância ao princípio do poluidor-pagador e em cumprimento à legislação ambiental sobre o tema.

5. Conclusão

A imensa quantidade de resíduos sólidos produzidos todos os dias pela sociedade de massas do século XXI se tornou um dos maiores problemas ambientais do planeta. Além de ter aumentado quantitativamente o volume de resíduos produzidos por cada habitante do planeta, percebe-se que os resíduos gerados levam, também, cada vez mais tempo para sua decomposição em razão das matérias-primas mais complexas de que são compostos, como é o caso do plástico e dos produtos altamente contaminantes presentes em baterias e equipamentos eletrônicos.

As consequências geradas pelos resíduos sólidos aos quais não é conferida uma destinação ambientalmente correta são, inexoravelmente: o aquecimento global, visto que sua decomposição, notadamente dos resíduos plásticos em contato com matéria orgânica, gera a emissão de gás metano; a poluição ambiental e a contaminação do solo e dos lençóis freáticos, em razão do chorume gerado por sua decomposição; a destruição das áreas de mananciais, com o acúmulo de resíduos às beiras dos rios e córregos; a perda de cobertura vegetal, e, no longo prazo, até mesmo a possível desertificação dos oceanos, decorrente do descarte de plástico nos cursos d'água que acabam por desaguar nos oceanos.

Resíduos sólidos podem causar, portanto, danos ambientais, e, por essa razão, sua adequada gestão é assunto que, além de dizer respeito à saúde pública, está afeto à matéria ambiental, pois repercute de perto na manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No que diz respeito à edição de normas em matéria ambiental, o art. 24 da Constituição da República estabeleceu expressamente a competência concorrente entre a União, estados e Distrito Federal, não atribuindo tal competência de forma expressa aos municípios.

Inobstante, a possibilidade de os municípios legislar em matéria ambiental resta totalmente albergada pelo sistema constitucional brasileiro, como se verifica da análise combinada dos arts. 30, incs. I e VIII, 23, incs. VI e VII, 182 e 225 da Constituição da República, bem como do princípio da predominância do interesse, que rege a repartição de competências na Federação brasileira.

É nas cidades – e não na União ou nos estados – que as pessoas vivem, trabalham, se locomovem e se divertem. Assim, a edição de normas municipais em matéria ambiental há de ser compreendida como intimamente ligada ao interesse local atribuído aos municípios pelo art. 30, inc. I, da Constituição da República, inclusive porque os problemas de saúde que a população sofrerá em decorrência de eventuais danos ambientais nela ocorridos serão arcados, de forma mais intensa, pelos hospitais e pela rede de saúde municipal, já que os municípios foram acometidos do dever de cuidar da saúde (art. 23, inc. II da Constituição) e de prestar, ainda que mediante a cooperação técnica e financeira da União e do estado, serviços de atendimento à saúde da população (art. 30, inc. VII da

Constituição). Ademais, a prática demonstra que a demanda por habitação por parte da população afetada por desastres ambientais também será colocada, em primeiro lugar, diante dos entes locais, apesar de a questão habitacional ser competência comum entre todos os entes da Federação, a teor do art. 23, inc. IX da Constituição.

Com relação aos resíduos sólidos, as consequências geradas por sua produção refletem mais de perto no âmbito do interesse local, atraindo, assim, a plena competência municipal para legislar sobre esse tema.

No município de São Paulo, são produzidas diariamente 20.000 toneladas de resíduos sólidos, conforme dados constantes do sítio eletrônico da AMLURB – Autoridade Municipal de Limpeza Urbana, disponíveis em: http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/regionais/amlurb/coleta_seletiva//index.php?p=229723. É no território da urbe paulistana onde ocorre a maior geração de resíduos sólidos do país, tanto em razão de sua grande população quanto em decorrência da pujante atividade econômica e do consumo nela realizados.

Em razão desse quadro, foi editada em 2002, no município de São Paulo, a Lei Municipal nº 13.316/02, que dispõe sobre a coleta, destinação final e reutilização de embalagens, garrafas plásticas e pneumáticos. De forma pioneira, previu ela a obrigatoriedade de as empresas produtoras e distribuidoras de bebidas de qualquer natureza, de óleos combustíveis, lubrificantes e similares, de cosméticos e de produtos de higiene e limpeza darem a destinação final ambientalmente adequada às garrafas e embalagens plásticas utilizadas para a comercialização de seus produtos, bem como de instituírem sistema de logística reversa com vistas à devolução dessas embalagens ao setor produtivo.

Trata-se de legislação específica às peculiaridades da municipalidade de São Paulo, e as obrigações por ela instituídas não passam de desdobramentos mais específicos das exigências gerais previstas expressamente na Lei Federal nº 12.305/10, de modo que, com ela, resta totalmente atendida a finalidade do exercício da competência legislativa municipal em matéria de meio ambiente.

Ademais, a Lei Municipal nº 13.316/02 revela-se em total conformidade com os princípios orientadores da Política Nacional de Resíduos Sólidos – mais diretamente com o princípio do poluidor-pagador, com o princípio do desenvolvimento sustentável e com o princípio do respeito às diversidades locais e regionais.

Digno de nota, também, que a Lei Municipal n. 13.316/02 foi declarada constitucional pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, por unanimidade, no incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0016895-17.2015.8.26.0000, julgado em setembro de 2015.

No que diz respeito à obrigatoriedade nela prevista, de implementação, por parte do setor empresarial, de logística reversa com a finalidade de retorno das garrafas e embalagens plásticas às empresas produtoras e distribuidoras – a quem foi estabelecida a responsabilidade pela destinação final ambientalmente adequada –, foi sem dúvida uma medida bastante acertada, especialmente se considerarmos que um dos maiores óbices à destinação ambientalmente adequada dos resíduos é a falta de segregação na origem, com a mistura de resíduos – aos quais se deve conferir uma destinação ambientalmente adequada – com rejeitos – que, por não serem passíveis de aproveitamento, devem ser enviados aos aterros.

Os questionamentos e reclamações a respeito da impossibilidade do cumprimento das metas de retorno dos produtos e embalagens previstas na Lei Municipal nº 13.316/02 de forma progressiva não procedem, especialmente se considerarmos diversos casos de sucesso de logística reversa de recolhimento de resíduos.

Com efeito, existem pelo menos três casos de sucesso a comprovar a plena possibilidade de cumprimento dessas metas: os casos das latas de alumínio, das embalagens de agrotóxicos e dos pneus.

A verdade – demonstrada por esses casos de sucesso – é que é plenamente possível o cumprimento das metas estabelecidas na legislação municipal aqui analisada, relativa ao recolhimento das embalagens comercializadas de bebidas de qualquer natureza, de óleos combustíveis, lubrificantes e afins, de cosméticos e de produtos de higiene e limpeza. Para tal, basta às indústrias de fabricantes se organizarem, se articularem com o setor que faz a distribuição, instituírem pontos de coleta das embalagens e garrafas plásticas, divulgarem a necessidade de sua restituição por parte dos consumidores, assim como conscientizá-los, e fazerem os investimentos devidos.

Em suma, as alegações de impossibilidade de cumprimento da legislação municipal em tela não passam de desculpas para as empresas produtoras e distribuidoras se eximirem de suas responsabilidades socioambientais, o que vai totalmente de encontro à defesa e proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, aos princípios do poluidor-pagador e do desenvolvimento sustentável, e destoa das mais modernas legislações e doutrinas sobre a necessidade de se conferir destino ambientalmente adequado aos resíduos gerados todos os dias no município de São Paulo.

Daí porque a Lei Municipal nº 13.316/02 do município de São Paulo deve ser totalmente observada pelas empresas produtoras e distribuidoras de bebidas de qualquer natureza, de óleos combustíveis, lubrificantes e similares, de cosméticos e de produtos de higiene e limpeza, as quais devem cumprir sua obrigação de conferir destinação final ambientalmente adequada às garrafas e embalagens plásticas utilizadas para a comercialização de seus produtos, bem como de instituírem sistema de logística reversa com vistas ao seu retorno pós-consumo.

Cabe aos operadores do Direito, destarte, especialmente aos membros do Poder Judiciário, atuar com sensibilidade na análise dessa legislação, contribuindo para que a mesma seja cumprida e que suas obrigações sejam totalmente observadas, à bem do meio ambiente ecologicamente equilibrado e da sadia qualidade de vida da população paulistana.

6. Bibliografia

AGENDA 21. *Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento*: de acordo com a Resolução nº 44/228 da Assembleia Geral da ONU, de 22-12-89, estabelece uma abordagem equilibrada e integrada das questões relativas a meio ambiente e desenvolvimento: a Agenda 21. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1995. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2017.

AMLURB – AUTORIDADE MUNICIPAL DE LIMPEZA. Disponível em: http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/regionais/amlurb/coleta_seletiva//index.php?p=229723. Acesso em: 12 nov. 2017.

CABRAL, Lucíola Maria de Aquino. *Competências constitucionais dos municípios para legislar sobre meio ambiente: a efetividade das normas ambientais*. Curitiba: Letra da Lei, 2008.

DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>.

DELIBERATO, Eugênio. Os pneus e o meio ambiente. In: JARDIM, Arnaldo; YOSHIDA, Consuelo; MACHADO FILHO, José Valverde (ed.). *Política nacional, gestão e gerenciamento de resíduos sólidos*. São Paulo: Manole, 2012.

LEITE, Paulo Roberto. Logística reversa na atualidade. In: JARDIM, Arnaldo; YOSHIDA, Consuelo; MACHADO FILHO, José Valverde (ed.). *Política nacional, gestão e gerenciamento de resíduos sólidos*. São Paulo: Manole, 2012.

LE CORBUSIER. *A Carta de Atenas*. Tradução de Rebeca Sherer. São Paulo: Hucitec; Edusp, 1993. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2974977/mod_resource/content/3/aula12_Corbusier_Le_A_Carta_de_Atenas.pdf. Acesso em: 12 nov. 2017.

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

MELLO, Rafael Munhoz de. Aspectos essenciais do federalismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

RANDO, João Cesar M. Sistema Campo Limpo: a logística reversa das embalagens vazias de agrotóxicos. In: JARDIM, Arnaldo; YOSHIDA, Consuelo; MACHADO FILHO, José Valverde (ed.). *Política nacional, gestão e gerenciamento de resíduos sólidos*. São Paulo: Manole, 2012.

RELATÓRIO BRUNDTLAND: nosso futuro comum. Disponível em: <https://pt.scribd.com/doc/12906958/Relatorio-Brundtland-Nosso-Futuro-Comum-Em-Portugues>. Acesso em: 13 nov. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

Responsabilidade civil ambiental e a jurisprudência do STJ

*Álvaro Luiz Valery Mirra*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. O regime jurídico da responsabilidade civil ambiental no Brasil; 3. O dano ambiental reparável; 4. O fundamento da responsabilidade civil ambiental e sua repercussão sobre as causas excludentes da responsabilidade civil; 5. O nexo de causalidade e os sujeitos responsáveis pelo dano ambiental; 6. Os efeitos da responsabilidade civil ambiental; 6.1. A reparação propriamente dita do dano ao meio ambiente; 6.1.1. A reparação integral do dano ambiental; 6.1.2. Modalidades de reparação do dano ao meio ambiente; 6.2. A supressão da atividade ou omissão danosa ao meio ambiente; 7. A imprescritibilidade das pretensões à reparação do dano ambiental e à supressão do fato danoso à qualidade ambiental; 8. Considerações finais; 9. Referências bibliográficas.

1. Considerações iniciais

A responsabilidade civil em matéria ambiental é um tema que sempre se renova e evolui, adquirindo importância cada vez maior nos estudos de direito ambiental.

De fato, por mais que se prestigie a tutela estritamente preventiva do meio ambiente, diante da realidade por todos conhecida, de que as agressões ao meio ambiente, uma vez consumadas, são de difícil, custosa e incerta reparação, não há como negar que, frequentemente, os mecanismos preventivos se mostram limitados e insuficientes à preservação e à conservação da qualidade ambiental.

Isso se dá não só em virtude de certa tolerância da administração e, cada vez mais, da própria legislação, no controle de determinadas atividades degradadoras, como também devido à negligência e à imprudência do homem no exercício das suas atividades. Além disso, determinadas atividades e práticas, por serem em si mesmas perigosas, acarretam danos à qualidade ambiental, independentemente da ocorrência de negligência ou imprudência no seu exercício, o que, não raras vezes, torna ineficaz qualquer mecanismo ou dispositivo de natureza preventiva.

Nesse contexto é que aparece a relevância da responsabilidade civil, não apenas como mecanismo capaz de suprir as insuficiências da prevenção, mas também como expediente em si mesmo preventivo, na medida em que uma ampla responsabilização dos degradadores do meio ambiente na esfera civil acaba tendo como efeito prático, igualmente, desestimular condutas e atividades lesivas à qualidade ambiental.

¹ Doutor em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Diplomado em Estudos Superiores Especializados em Direito Ambiental pela Faculdade de Direito da Universidade de Estrasburgo, França; coordenador-adjunto da área de Direito Urbanístico e Ambiental da Escola Paulista da Magistratura; membro do Instituto “O Direito Por Um Planeta Verde” e da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil (Aprodab).

Daí, portanto, a necessidade que se tem sentido de reafirmar, cada vez mais, a importância da responsabilidade civil como instituto do direito ambiental, voltada, como todos os demais institutos desse ramo do direito, à preservação e à conservação da qualidade ambiental propícia à vida em todas as suas formas.²

A análise que se pretende empreender, na sequência, concerne a alguns dos principais aspectos da responsabilidade civil ambiental, à luz do direito brasileiro e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, como se sabe, no Brasil, é o tribunal superior encarregado de manter a autoridade e a unidade do direito federal, sendo a Corte de Justiça que, nos últimos anos, tem dado a tônica da interpretação do direito federal do meio ambiente no país.

Nesse sentido, a jurisprudência do STJ na matéria apresenta grande relevância, na medida em que a responsabilidade civil ambiental está disciplinada, em larga medida, por normas federais, além de normas constitucionais, motivo pelo qual as decisões da Corte acabam se impondo, na prática, aos demais tribunais federais e estaduais nacionais.

2. O regime jurídico da responsabilidade civil ambiental no Brasil

Aspecto interessante a ser desde logo destacado é o de que a responsabilidade civil ambiental no Brasil está sujeita a um regime próprio e específico, autônomo em relação ao regime comum do direito civil e do direito administrativo, o que deu à responsabilidade civil na área ambiental, entre nós, uma grande amplitude.³

De fato, a responsabilidade civil ambiental constitui um microsistema dentro do sistema geral da responsabilidade civil, com seus próprios princípios e suas próprias regras, resultantes de normas constitucionais (art. 225, § 3º, da CF) e infraconstitucionais (art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981). Daí porque, no direito brasileiro, as normas gerais do direito civil e do direito administrativo, em tema de responsabilidade civil, têm aplicação ao campo ambiental naquilo que não conflitam com o regime especial da responsabilidade civil por danos ao meio ambiente.

Tal regime especial de responsabilidade civil está baseado em alguns pontos particularmente importantes: i) admissão da reparabilidade do dano causado à qualidade ambiental em si mesma considerada, reconhecida esta última como bem jurídico protegido, e do dano moral ambiental; ii) consagração da responsabilidade objetiva do degradador do meio ambiente, decorrente do simples risco ou do simples fato da atividade degradadora, independentemente da culpa do agente; iii) especificidade do nexo causal e correspondente amplitude dos sujeitos responsáveis a partir da noção de “poluidor” adotada pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/1981); iv) aplicação ao dano ambiental do princípio da reparação integral do dano, sem qualquer exceção

² Sobre todos esses aspectos, ver MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 1-4.

³ BENJAMIN, Antônio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n. 9, p. 5-52; MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 441, nota 1199. De acordo, ainda, com Marchesan, Ana Maria Moreira; Steigleder, Annelise Monteiro; Cappelli, Sílvia, “a responsabilidade civil por dano ao meio ambiente é submetida a um regime de direito público, em que se destaca sua tarefa primordial de realizar o interesse público na conservação e recuperação dos bens ambientais” (*Direito ambiental*. 5ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 146).

ou limitação; v) ampliação dos efeitos da responsabilidade civil, que inclui não apenas a reparação propriamente dita do dano ao meio ambiente como também a supressão do fato danoso à qualidade ambiental, por intermédio do que se obtém com a cessação definitiva da atividade ou omissão lesiva ao meio ambiente; vi) imprescritibilidade das pretensões à reparação do dano ambiental e à supressão do fato danoso ao meio ambiente.

Esses são, precisamente, os temas que serão analisados, na sequência, sempre, preferencialmente, como referido anteriormente, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

3. O dano ambiental reparável

O primeiro ponto que revela a especificidade e a amplitude da responsabilidade civil ambiental no Brasil é a admissão da reparabilidade do dano ambiental, como dano causado à qualidade ambiental em si mesma considerada, reconhecida como bem jurídico meritório de proteção.

De fato, o dano ambiental consiste na lesão ao meio ambiente, abrangente dos elementos naturais, artificiais e culturais, como bem de uso comum do povo (art. 225, *caput*, da CF), juridicamente protegido. Significa, ainda, a violação do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito humano fundamental, de natureza difusa (art. 225, *caput*, da CF).

Implica, assim, o dano ambiental, a agressão ao meio ambiente, entendido como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas (art. 3º, I, da Lei n. 6.938/1981), bem incorpóreo e imaterial unitária e globalmente considerado. Também, a diminuição, subtração ou destruição dos bens ambientais e seus elementos corpóreos e incorpóreos – os solos, as águas, o ar, as espécies da fauna e da flora e seus exemplares, os recursos genéticos, os ecossistemas, os processos ecológicos, as paisagens e os bens e valores culturais – que integram o meio ambiente global, bem coletivo indivisível, cuja preservação é assegurada como direito de todos indistintamente.

Nesses termos, é importante observar que os danos ao meio ambiente se manifestam normalmente, em um primeiro plano, que se poderia dizer mais ostensivo e perceptível, nas agressões aos bens ambientais corpóreos e incorpóreos, como se dá com as poluições das águas continentais e oceânicas, do ar e dos solos; com a destruição da fauna e da flora; com a erosão e suas consequências sobre os solos, a vegetação, a fauna nele enfeudada e os cursos d'água; com a degradação de ecossistemas terrestres e aquáticos e dos processos ecológicos a eles relacionados; com a destruição de bens e valores integrantes do patrimônio histórico, artístico, estético, arquitetônico e paisagístico; e com os atentados a praças e espaços de lazer e à ordem urbanística em geral.

Contudo, embora se manifeste a partir de atentados a esses bens e seus elementos, o dano ambiental é mais amplo e vai além deles para atingir o conjunto de relações e interdependências que permite e condiciona a vida, ou, se se preferir, o equilíbrio ecológico e ambiental, como bem incorpóreo global.⁴

⁴ Cf. MIRRA, 2004, p. 89 et seq.

Esse é, propriamente, em toda a sua dimensão, o dano ambiental, como dano coletivo ou difuso, que o Superior Tribunal de Justiça trata, muitas vezes, como dano ambiental público.⁵

Ressalve-se que o dano ambiental, nesse sentido, não abrange o causado às pessoas físicas e jurídicas, individualmente consideradas, e aos bens materiais ou morais próprios e individuais destas, como dano reflexo (“em ricochete”) resultante de degradações ambientais.⁶ Embora passíveis, evidentemente, de reparação, tais danos causados “por intermédio” do meio ambiente são individuais e não coletivos ou difusos, como o reconhece, também, o STJ, que os qualifica como danos privados.⁷

De outra banda, o direito brasileiro passou a admitir, ainda, a reparabilidade do denominado dano moral ambiental, a partir da norma do art. 1º, *caput*, e inciso I, da Lei n. 7.347/1985, com a redação dada pela Lei n. 8.884/1994.

No ponto, é interessante observar que, após uma reticência inicial do STJ no que se refere à reparabilidade dessa modalidade de dano coletivo,⁸ na sequência essa mesma corte de justiça passou a admitir, de forma tranquila, como passível de reparação, o dano moral ambiental em sua vertente supra individual, ou seja, como dano moral experimentado pela coletividade como um todo em decorrência da agressão a bens e valores ambientais.⁹

O dano moral ambiental, em uma concepção mais estrita, consiste, em linhas gerais, no sofrimento, na dor ou no sentimento de frustração da sociedade como um todo, decorrente da agressão a um bem ambiental, ao qual a coletividade se sinta especialmente vinculada, seja por laços de afeição, seja por algum vínculo de especial respeito. Nesses termos, a destruição de determinado monumento que seja especialmente importante para a história de uma cidade, com ofensa à memória ou à dignidade do povo daquela localidade, pode configurar um dano moral ambiental (coletivo); a destruição da praça de certa cidade, com árvores centenárias que definem de maneira especial a paisagem daquela localidade, causadora de grande frustração para a coletividade como um todo, pode, igualmente, acarretar dano moral ambiental.¹⁰

Já em uma concepção mais ampla, o dano moral ambiental é caracterizado, ainda, sempre que houver um decréscimo para a saúde, a tranquilidade e a qualidade de vida em geral de pessoas indeterminadas, como decorrência da agressão a bens ambientais, ou se verificar a perda da oportunidade de fruição pelas gerações atuais e futuras de bens de valor histórico-cultural ou paisagístico. Nessa visão, não se exige, necessariamente,

⁵ STJ – 3ª T. REsp. n. 1.373.788/SP – j. 06.05.2014 – rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; STJ – 4ª T. – AgRg no AgRg no AREsp n. 153.797/SP – j. 05.06.2014 – rel. Min. Marco Buzzi. Na doutrina, refere-se, ainda, ao “dano ecológico puro” (cf. CRUZ, Branca Martins da. Responsabilidade civil pelo dano ecológico: alguns problemas. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n. 5, p. 07 e ss.).

⁶ Cf. MIRRA, 2004, p. 76 et seq.

⁷ STJ – 3ª T. REsp. n. 1.373.788/SP – j. 06.05.2014 – rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; STJ – 4ª T. – AgRg no AgRg no AREsp n. 153.797/SP – j. 05.06.2014 – rel. Min. Marco Buzzi.

⁸ STJ – 1ª T. – REsp n. 598.281/MG – j. 02.05.2006 – rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki. Na doutrina, STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1001-1005.

⁹ STJ – 2ª T. – REsp n. 1.180.078/MG – j. 01.12.2010 – rel. Min. Herman Benjamin; STJ – 2ª T. – REsp n. 1.145.083/MG – j. 27.09.2011 – rel. Min. Herman Benjamin; STJ – 2ª T. – REsp n. 1.198.727/MG – j. 14.08.2012 – rel. Min. Herman Benjamin; STJ – 2ª T. – REsp n. 1.367.923/RJ – j. 27.08.2013 – rel. Min. Humberto Martins; STJ – 2ª T. – REsp n. 1.269.494/MG – j. 24.09.2013 – rel. Min. Eliana Calmon; STJ – 2ª T. – REsp n. 1.410.698/MG – j. 23.06.2015 – rel. Min. Humberto Martins.

¹⁰ PACCAGNELLA, Luís Henrique. Dano moral ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n. 13, p. 45-46; MIRRA, 2004, p. 97-98, 355.

sentimento de dor, sofrimento, indignação, repulsa ou aflição espiritual pela coletividade para a configuração do dano moral ambiental.¹¹

O Superior Tribunal de Justiça adotou a concepção ampla de dano moral ambiental.

Com efeito, em julgado que teve voto condutor da ministra Eliana Calmon, ficou consignado que:

*O dano extrapatrimonial atinge direitos de personalidade do grupo ou coletividade enquanto realidade massificada, que a cada dia reclama mais soluções jurídicas para sua proteção. É evidente que uma coletividade pode sofrer ofensa à sua honra, à sua dignidade, à sua boa reputação, à sua história, costumes e tradições e ao seu direito a um meio ambiente salutar para si e seus descendentes. Isso não importa exigir que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado. Essas decorrem do sentimento de participar de determinado grupo ou coletividade, relacionando a própria individualidade à ideia do coletivo.*¹²

Aliás, nessa mesma linha de entendimento, o STJ já decidiu até mesmo que, em determinadas hipóteses, “o dano moral coletivo surge diretamente da ofensa ao direito ao meio ambiente equilibrado”, como decorrência da “simples violação do bem tutelado”, prescindindo ainda, aqui, da demonstração de dor ou padecimento que derivam da própria violação.¹³

4. O fundamento da responsabilidade civil ambiental e sua repercussão sobre as causas excludentes da responsabilidade civil

Outro aspecto importante a ser considerado é que o regime específico da responsabilidade civil ambiental está fundado, também, na consagração da responsabilidade *objetiva* do degradador do meio ambiente, ou seja, responsabilidade que independe da culpa do agente, fundada no simples risco ou no simples fato da atividade causadora do dano ambiental. É, precisamente, o que dispõem o art. 225, § 3º, da CF e o art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981.

Assim, nessa matéria, basta a comprovação i) do dano causado ao meio ambiente; ii) de uma atividade ou omissão degradadora e iii) do nexos causal entre o dano e o fato da atividade degradadora, sendo irrelevante discutir se houve culpa ou não do agente no episódio.

Sem dúvida, a consagração da responsabilidade objetiva do degradador, além de facilitar a responsabilização de toda conduta e atividade lesiva ao meio ambiente, já que

¹¹ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 292 e ss.; STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 139-148. Sobre o tema, ainda, MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Configuração e indenizabilidade de danos morais coletivos decorrentes de lesão a bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro*. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 54, p. 231-236.

¹² STJ – 2ª T. – REsp n. 1.269.494/MG – j. 24.09.2013 – rel. Min. Eliana Calmon.

¹³ STJ – 2ª T. – REsp n. 1.410.698/MG – j. 23.06.2015 – rel. Min. Humberto Martins.

afasta qualquer discussão a respeito da culpa do agente, tem repercussões importantes também sobre as causas excludentes da responsabilidade civil.

Nesse sentido, a licitude da atividade degradadora, no âmbito da responsabilidade objetiva por danos ambientais, não pode ser invocada para o fim de exonerar o agente da sua responsabilização na esfera civil. Basta, portanto, segundo se tem entendido, nos termos do art. 225, § 3º, da CF, a *lesividade* da atividade, pouco importando a sua legalidade ou ilegalidade.¹⁴

No ponto, é importante lembrar que quem alega que a sua atividade é lícita pretende, na verdade, se valer da excludente da responsabilidade civil do exercício regular de um direito. Ocorre que o exercício regular de direito é uma excludente que exige a responsabilidade civil porque afasta a culpa do agente.¹⁵ E como na responsabilidade objetiva não se discute a culpa do agente, de nada adianta invocar uma excludente que afasta, precisamente, a culpa.¹⁶

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que, em matéria de responsabilidade civil ambiental, tem aplicação a *teoria do risco integral*, de sorte que não podem ser invocadas, tampouco, as excludentes do caso fortuito e da força maior, para o fim de exonerar a responsabilidade civil do degradador do meio ambiente.¹⁷ O STJ, com essa orientação, eliminou a controvérsia que havia na doutrina a esse respeito.¹⁸

A propósito da aplicação da teoria do risco integral na matéria, há uma questão relevante que precisa ser enfrentada.

Com efeito, se o nexos causal é uma das condições da responsabilidade civil em geral, mesmo objetiva, e também da responsabilidade civil ambiental – é uma das *constantes* da responsabilidade civil que deve estar sempre presente, ao lado, normalmente, do dano¹⁹ – e o caso fortuito e a força maior são excludentes da responsabilidade porque rompem ou impedem a formação do nexos causal, como afirmar que o agente não ficaria

¹⁴ BENJAMIN, p. 5-52; LEITE; AYALA, p. 139; MILARÉ, 2015, p. 435-437; MIRRA, 2004, p. 374; NERY JUNIOR, p. 131; STEIGLEDER, 2011, p. 179.

¹⁵ Relevante, nessa matéria, a distinção estabelecida por Caio Mário da Silva Pereira a respeito de duas categorias de causas excludentes da responsabilidade civil: i) aquelas que excluem a responsabilidade civil por afastarem a culpabilidade do agente (legítima defesa, *exercício regular de um direito*, estado de necessidade e estrita obediência a um dever legal) e ii) aquelas que excluem a responsabilidade civil por implicarem deslocamento do nexos de causalidade (fato da vítima, fato de terceiro e caso fortuito ou de força maior). Tal distinção foi analisada pelo eminente civilista em seminário sobre “Responsabilidade Civil”, promovido pela Associação dos Advogados de São Paulo, no período de 23 a 30 de março de 1990, no Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ao abordar o tema “Exclusão da Responsabilidade”, em conferência proferida no dia 28 de março de 1990.

¹⁶ MIRRA, 2004, p. 374.

¹⁷ STJ – 2ª Seção – REsp n. 1.374.284/MG – j. 27.08.2014 – v.u. – rel. Min. Luís Felipe Salomão – recurso que tramitou sob o regime dos recursos repetitivos do art. 543-C do CPC/1973; STJ – 4ª T. – AgRg no AgRg no AREsp n. 153.797/SP – j. 05.06.2014 – rel. Min. Marco Buzzi; STJ – 3ª T. REsp n. 1373788/SP – j. 06.05.2014 – rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; STJ – 4ª T. – AgRg no REsp n. 1412664/SP – j. 11.02.2014 – rel. Min. Raul Araújo; STJ – 2ª Seção – REsp n. 1.114.398/PR – j. 08.02.2012 – rel. Min. Sidnei Beneti – recurso que tramitou sob o regime dos recursos repetitivos do art. 543-C do CPC/1973; STJ – 4ª T. – AgRg no AREsp n. 273.058/PR – j. 09.04.2013 – rel. Min. Antonio Carlos Ferreira. Excluem-se, também, na matéria, a aplicação da teoria do fato consumado (Súmula n. 613 do STJ) e a possibilidade de invocação do princípio da insignificância (STJ – 2ª T. – AREsp n. 667.867/SP – j. 17.10.2018 – rel. Min. Og Fernandes), como expedientes tendentes a excluir ou restringir a ampla responsabilização de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

¹⁸ Como analisa Andreas J. Krell (2004, p. 65), “Esta teoria [do risco integral] parece ser a mais adequada para o Brasil, visto que corresponde aos postulados nitidos da nova axiologia constitucional e ajuda a viabilizar o enfrentamento dos degradadores, que, em sociedades *periféricas*, dificilmente são responsabilizados, devido às características do sistema jurídico *alopoiético*” (*Discricionariedade administrativa e proteção ambiental*: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 65).

¹⁹ CARBONNIER, Jean. *Droit civil*: vol. 4: les obligations. Paris: PUF, 1982, p. 331.

exonerado do dever de reparar os danos causados, uma vez constatada a presença do caso fortuito ou da força maior?

Nessa matéria, a principal questão, em verdade, é saber de quenexo causal se está tratando, como condição da responsabilidade civil ambiental. Sob a ótica do direito ambiental, é preciso distinguir i) o nexocausal entre a *conduta (comissiva ou omissiva) do agente* e o dano ambiental e ii) o nexocausal entre o *fato da atividade*, ou seja, a simples presença ou existência da atividade e o dano ambiental.

Em tal ordem de ideias, no âmbito da responsabilidade objetiva fundada no risco integral, o que se exige é tão só o nexode causalidade entre a existência ou a presença da atividade e o dano ambiental,²⁰ independentemente de qualquer ação ou omissão específica do degradador, ainda que o fator desencadeante da produção do dano ambiental seja um elemento externo à atividade ou um fato da natureza. Idêntico raciocínio vale, também, para o fato de terceiro, que tampouco exclui a responsabilidade civil do degradador.²¹

Anote-se, por fim, que a responsabilidade objetiva e a teoria do risco integral têm sido aplicadas pelo STJ não só no que se refere ao dano ambiental propriamente dito, como dano coletivo ou público (o dano ecológico puro), mas também aos danos individuais acarretados às pessoas físicas e jurídicas em decorrência das agressões aos bens e sistemas ambientais; os danos individuais ou privados reflexos causados “por intermédio” do meio ambiente.²²

5. O nexode causalidade e os sujeitos responsáveis pelo dano ambiental

Condição da responsabilidade civil ambiental, com as peculiaridades acima indicadas, o nexode causalidade entre a atividade ou omissão lesiva e o dano ambiental é, sem dúvida, um dos pontos mais sensíveis da responsabilidade civil ambiental, já que a degradação ambiental decorre, no mais das vezes, de lesões difusas, com efeitos sinérgicos e muitas vezes postergados no tempo, sempre de difícil comprovação, e pode

²⁰ Sobre o tema, Benjamin diz que “Se o evento ocorreu *no curso* ou *em razão* de atividade potencialmente degradadora, incumbe ao responsável por ela reparar eventuais danos causados [...]” (p. 41). De igual forma, Steigleder, segundo a qual, em matéria ambiental, “atenua-se o nexode causalidade, que se transforma em mera ‘conexão’ entre a atividade e o dano [...]” (2011, p. 177). Ainda, no mesmo sentido, Cf. NERY JUNIOR, p. 132-133.

²¹ Nesse sentido, não parece adequada a análise realizada no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “Em que pese a responsabilidade por dano ambiental seja objetiva (e lastreada pela teoria do risco integral), faz-se imprescindível, para a configuração do dever de indenizar, a demonstração da existência de nexode causalidade apto a vincular o resultado lesivo efetivamente verificado ao comportamento (comissivo ou omissivo) daquele a quem se repute a condição de agente causador” (STJ – 2ª Seção – REsp n. 1.596.081/PR – j. 25.10.2017 – rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva – recurso processado sob o regime dos recursos repetitivos). Como se procurou demonstrar no texto, o nexocausal na responsabilidade civil ambiental fundada na teoria do risco integral comporta exame diverso para a sua identificação, sem necessidade de estabelecimento de relação de causa e efeito entre uma conduta (comissiva ou omissiva) ou um comportamento específico do degradador e o dano causado. Basta, tão só, como visto, nexode causalidade entre o simples fato, a simples existência ou a simples presença da atividade e o dano ambiental causado.

²² STJ – 2ª Seção – REsp n. 1.374.284/MG – j. 27.08.2014 – v.u. – rel. Min. Luís Felipe Salomão – recurso que tramitou sob o regime dos recursos repetitivos do art. 543-C do CPC/1973; STJ – 4ª T. – AgRg no AgRg no AREsp n. 153.797/SP – j. 05.06.2014 – rel. Min. Marco Buzzi; STJ – 3ª T. REsp n. 1373788/SP – j. 06.05.2014 – rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; STJ – 4ª T. – AgRg no REsp n. 1412664/SP – j. 11.02.2014 – rel. Min. Raul Araújo; STJ – 2ª Seção – REsp n. 1.114.398/PR – j. 08.02.2012 – rel. Min. Sidnei Beneti – recurso que tramitou sob o regime dos recursos repetitivos do art. 543-C do CPC/1973; STJ – 4ª T. – AgRg no AREsp n. 273.058/PR – j. 09.04.2013 – rel. Min. Antonio Carlos Ferreira.

resultar, ainda, de várias causas concorrentes, simultâneas ou sucessivas, sem que tenha uma única fonte linear.²³

No tema, a doutrina aponta dois problemas distintos de causalidade que devem ser enfrentados na responsabilidade civil ambiental.

O primeiro problema concerne à determinação do nexo de causalidade entre a atividade ou substância potencialmente degradadora, especificamente considerada, e o dano ambiental, o que implica determinar se o dano verificado resulta efetivamente da atividade em questão.²⁴

Aqui, a maior dificuldade está na prova do nexo causal entre o exercício de determinada atividade ou a emissão de certas substâncias por esta última e a degradação ambiental que se verificou.

Consciente das vicissitudes da prova da relação de causalidade na matéria, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido, no tema, i) a inversão do ônus da prova em favor do autor da demanda ambiental, com base na norma do art. 6º, VIII, do CDC ou nos princípios da precaução e do *in dubio pro natura*, carreando, assim, ao indigitado degradador o encargo de demonstrar que a sua atividade ou as substâncias por esta emitidas não acarretaram a degradação do meio ambiente combatida, ou, ainda, ii) a atribuição diversa do ônus da prova, com amparo na teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório, certo que o suposto responsável, normalmente, tem melhores condições de comprovar os fatos contrários àqueles alegados pelo demandante.²⁵

Ademais, deve-se considerar também que, para a avaliação da prova do nexo causal nas demandas ambientais, impõe-se a adoção de juízo de *verossimilhança*, calcado em *probabilidade*, sem que se possa exigir certeza absoluta. A certeza exigida, na matéria, é sempre uma *certeza relativa*.²⁶

E mais: quando se estiver diante da aplicação do princípio da precaução, a avaliação da prova do nexo causal contentar-se-á com juízo de *credibilidade*, fundado na mera *plausibilidade*, dada a incerteza insuperável que envolve as situações ensejadoras da incidência de tal princípio.²⁷

²³ BENJAMIN, p. 44; STEIGLEDER, 2011, p. 172.

²⁴ BENJAMIN, p. 45; STEIGLEDER, 2011, p. 172.

²⁵ STJ – 1ª T. – REsp 1.049.822/RS – j. 23.04.2009 – rel. Min. Francisco Falcão (inversão do ônus da prova com base no art. 6º, VIII, do CDC); STJ – 2ª T. – REsp n. 883656/RS – j. 09.03.2010 – rel. Min. Herman Benjamin (inversão do ônus da prova com base no art. 6º, VIII, do CDC e nos princípios da precaução e do *in dubio pro natura* e atribuição diversa do ônus da prova fundada na teoria do ônus dinâmico da prova); STJ – 2ª T. AgRg no REsp n. 1.192.569/RJ – j. 19.10.2010, rel. Min. Humberto Martins (inversão do ônus da prova com base no princípio da precaução); STJ – 2ª T. – REsp n. 972.902/RS – j. 25.08.2009 – rel. Min. Eliana Calmon (inversão do ônus da prova com base no art. 6º, VIII, do CDC e no princípio da precaução); STJ – 2ª T. – REsp n. 1.060.753/SP – j. 01.12.2009 – rel. Min. Eliana Calmon (inversão do ônus da prova com base no princípio da precaução). Ver, a respeito, ainda, a Súmula n. 618 do STJ: A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental.

²⁶ GOLDENBERG, Isidoro H.; CAFFERATTA, Néstor. *Daño ambiental: problemática de su determinación causal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p. 31-33; BIBILONI, Héctor Jorge. *El proceso ambiental: objeto, competência, legitimación, prueba, recursos*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2005, p. 340-341; MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente*, cit., p. 428-430. Trata-se da denominada *certeza suficiente*, utilizada como critério para a concessão de tutelas jurisdicionais, especialmente quando se está diante dos chamados “casos altamente complexos”, em que a prova de determinados fatos é particularmente difícil ou em que os fatos estão sujeitos a controvérsias científicas, obstáculos esses suscetíveis de superação com base em juízos de probabilidade (MORELLO, 2001, p. 370-375; GOLDENBERG; CAFFERATTA, 2001, p. 46; MIRRA, 2004, p. 429-430).

²⁷ MIRRA, 2001, p. 436-437; 2017, p. 9-17.

O segundo problema proposto pela doutrina relaciona-se com a determinação do nexo causal entre a fonte poluidora ou degradadora e o dano ambiental diante da existência de diversas fontes de poluição ou degradação relacionadas às mesmas substâncias causadoras do dano.²⁸

Nessa matéria, invocam-se, normalmente, duas teorias:

A primeira delas é a teoria da equivalência das condições, segundo a qual, havendo mais de uma causa provável do dano, todas serão reputadas eficientes para produzi-lo, não se podendo distinguir entre causa principal e causas secundárias. É, de regra, a teoria seguida pelos adeptos da responsabilidade civil objetiva fundada no risco integral.²⁹

A segunda teoria é a da causalidade adequada, a qual distingue entre as diversas causas do dano ambiental, aquela que efetivamente criou o risco e acarretou o dano. É a teoria normalmente adotada pelos adeptos da responsabilidade civil objetiva fundada na teoria do risco criado.³⁰

Além delas, há uma terceira teoria, denominada teoria da causalidade alternativa, segundo a qual, quando mais de um agente puder ter causado o dano ambiental ou contribuído para ele, sem que se saiba efetivamente quem o causou ou qual a contribuição de cada um, a solução será a responsabilização solidária de todos.³¹

No direito ambiental brasileiro que, como visto, segundo a interpretação dada à matéria pelo STJ, adotou a teoria do risco integral, a teoria aplicável é a da equivalência das condições, estendendo-se a responsabilidade civil a todos aqueles que, de alguma forma, deram causa ao dano ambiental.

Expressiva, no ponto, a amplitude com que a legislação ambiental brasileira trata os sujeitos responsáveis, por meio da noção de poluidor adotada no art. 3º, IV, da Lei 6.938/1981, segundo o qual poluidor é a “pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, *direta ou indiretamente*, por atividade causadora de degradação ambiental”.

A partir dessa definição de poluidor ou degradador da LPNMA, o STJ passou a entender como viável a responsabilização civil de todos aqueles que, de alguma forma, *direta ou indiretamente*, realizam condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, ampliando, sem dúvida, o espectro dos sujeitos responsáveis por danos ambientais; sejam pessoas físicas, sejam pessoas jurídicas, e no tocante às segundas, sejam de direito privado, sejam de direito público.

Nesse sentido, havendo mais de um causador do dano ambiental – direto ou indireto – todos serão solidariamente responsáveis pela sua reparação, nos termos do art. 942 do Código Civil, podendo o ressarcimento ser exigido indistintamente de um, de alguns ou de todos.³² Na fórmula empregada pelo STJ, que ficou célebre em julgado relatado pelo ministro Herman Benjamin, sob a ótica do nexo de causalidade, para fins

²⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental, cit., p. 45; STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*, cit., p. 172.

²⁹ Cf. MILARÉ, 2015, p. 432; STEIGLEDER, 2011, p. 171-179.

³⁰ MILARÉ, 2015, p. 432; STEIGLEDER, 2011, p. 176.

³¹ BENJAMIN, p. 46; STEIGLEDER, 2011, p. 187. Vale mencionar, também, a teoria do escopo da norma jurídica violada (LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário: análise do nexo causal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 143 et seq.). Sobre todos os aspectos do nexo causal na responsabilidade civil ambiental, Cf. DESTEFENNI, Marcos. *A responsabilidade civil ambiental e as formas de reparação do dano ambiental: aspectos teóricos e práticos*. Campinas: Bookseller, 2005, p. 166-172.

³² STJ – 1ª T. – REsp n. 771.619/PR – j. 16.12.2008 – rel. Min. Denise Arruda.

de responsabilização civil pelo dano ambiental, “equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem”.³³

Com isso, abrem-se diversas possibilidades de responsabilização de condutas (comissivas e omissivas) e atividades degradadoras, com a ampliação dos sujeitos responsáveis por degradações ambientais. Exemplos expressivos a esse respeito são:

- a) a possibilidade da responsabilização civil do adquirente de determinado bem imóvel ou de determinado estabelecimento comercial pelo passivo ambiental, independentemente de ter sido ele o causador ou não do dano ao meio ambiente. É o caso, recorrente na prática, do adquirente de imóvel rural destituído de reserva florestal legal ou de áreas de preservação permanente, que fica obrigado a recompor a vegetação no local, independentemente de ter sido o responsável direto pelo desmatamento, dada, inclusive, a natureza *propter rem* da obrigação em causa, conforme orientação jurisprudencial firmada pelo STJ.³⁴
- b) a possibilidade da responsabilização de determinadas atividades geradoras de resíduos que, mesmo após a utilização do produto pelo destinatário final, ainda permanecem responsáveis pelos danos ambientais causados pelo descarte e pela destinação final desse mesmo produto – a denominada responsabilidade civil ambiental pós-consumo. É o que se dá com os agrotóxicos (Lei n. 7.802/1989), os pneus (Res. Conama n. 416/2009), as pilhas e baterias de telefone celular (Res. Conama n. 401/2008), as embalagens tipo “pet”,³⁵ os resíduos sólidos em geral (Lei n. 12.305/2010).³⁶
- c) a possibilidade da responsabilização civil das instituições financeiras que concedem crédito ou financiamento para atividades efetiva ou potencialmente lesivas ao meio ambiente.
- d) a possibilidade de responsabilização civil do Poder Público pela omissão no dever de controle e fiscalização das atividades degradadoras.

Com relação especificamente à responsabilidade civil das instituições financeiras pelo dano ambiental decorrente das atividades por elas financiadas,³⁷ é importante observar que o dever de reparar os danos decorre, em termos gerais, do art. 12 da Lei n. 6.938/1981 e, sobretudo, do disposto no seu art. 3º, IV, que trata da noção de poluidor, uma vez que o financiador se enquadra na categoria de poluidor indireto.³⁸ Na esteira do entendimento

³³ STJ – 2ª T. – REsp 650.728/SC – j. 23.10.2007 – rel. Min. Herman Benjamin. Ainda, no mesmo sentido, STJ – 2ª T. – REsp n. 1.071.741/SP – j. 24.03.2009 – rel. Min. Herman Benjamin.

³⁴ STJ – 2ª T. – REsp n. 948.921/SP – j. 23.10.2007 – rel. Min. Herman Benjamin; STJ – 2ª T. – REsp n. 263.383/PR – j. 16.05.2005 – rel. Min. João Otávio de Noronha; STJ – 2ª T. – REsp n. 217.858/PR – j. 04.11.2003 – rel. Min. Franciulli Netto. A propósito, e em termos mais amplos ainda, a Súmula n. 623 do STJ: As obrigações ambientais possuem natureza *propter rem*, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor.

³⁵ STJ – 4ª T. – REsp n. 684.753/PR – j. 04.02.2014 – rel. Min. Antonio Carlos Ferreira.

³⁶ Sobre o tema da responsabilidade civil ambiental pós-consumo, Cf. MOREIRA, Danielle de Andrade. *Responsabilidade ambiental pós-consumo: a prevenção e reparação de danos à luz do princípio poluidor-pagador*. São Paulo: Letras Jurídicas; Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2015, especialmente p. 233 e ss., e LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, especialmente p. 131 e ss.

³⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 397-409; GRIZZI, Ana Lucí Esteves; BERGAMO, Cintya Izilda; HUNGRIA, Cynthia Ferragi; CHEN, Josphine Eugenia. *Responsabilidade civil ambiental dos financiadores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2003, p. 31 e ss.; RASLAN, Alexandre Lima. *Responsabilidade civil ambiental do financiador*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, especialmente p. 211 et seq.

³⁸ GRIZZI et al., 2003, p. 34-35; RASLAN, 2012, p. 213-217.

firmado pelo STJ, no julgado antes referido, é civilmente responsável pelo dano ambiental “quem financia para que façam”. Trata-se, portanto, de hipótese de responsabilidade objetiva solidária do agente financeiro, já que, sem o financiamento, a atividade que se revelou degradadora não teria se realizado e, conseqüentemente, o dano ambiental não teria ocorrido.³⁹

Pouco importa, aqui, que a instituição financeira tenha exigido do financiado, para a concessão do financiamento, a obtenção de todas as licenças e autorizações necessárias para o exercício da atividade e a comprovação do cumprimento regular das condições impostas. Desnecessário averiguar, ainda, se o financiador acompanhou o desenvolvimento da atividade empreendida com o financiamento e exerceu adequado controle sobre esta, à vista da legislação ambiental aplicável.

Isso porque, presente o dano ambiental resultante da atividade financiada, emerge, por força da lei, independentemente de qualquer outro requisito ou de qualquer outra condição, o dever de reparar das instituições que financiaram o empreendimento degradador, na qualidade de poluidoras indiretas.

Tal se dá, nunca é demais insistir, em virtude da ampliação do espectro de sujeitos responsáveis pelo dano ambiental, trazido pela CF e pela LPNMA, bastando para o estabelecimento do nexo causal, nesses casos, como visto, o simples fato do financiamento pelas instituições financeiras das atividades causadoras de degradação ambiental.⁴⁰ É, sem dúvida, o que se extrai da orientação firmada pelo STJ.⁴¹

Nessa ordem de ideias, duas questões controvertidas importantes devem ser analisadas: 1) a partir de quando se tem por caracterizada a responsabilidade civil do financiador pelo dano ambiental causado pela atividade financiada e 2) até quando perdura essa responsabilidade.

Como regra, o momento inicial da caracterização da responsabilidade civil do financiador é o da celebração do contrato de financiamento, pouco importando, em princípio, se os recursos já foram entregues ou não.⁴² A partir da celebração do contrato de financiamento, o financiador passa a ser responsável civilmente pelo dano ambiental, uma

³⁹ Para Paulo Affonso Leme Machado, a responsabilidade, no caso, é compartilhada e não solidária (2016, p. 405-406).

⁴⁰ Para Édís Milaré, porém, “o nexo de causalidade apenas se estabelece quando deixarem [as instituições financeiras] de condicionar o empréstimo à comprovação do licenciamento ambiental e demais autorizações necessárias para a implantação e operação do empreendimento” (2015, p. 450). Em termos menos amplos, também, Cf. Paulo Affonso Leme Machado, para quem as instituições financeiras somente respondem civilmente quando deixarem de aplicar corretamente a metodologia da Resolução n. 4.327/2014 do Conselho Monetário Nacional, que estabeleceu procedimentos normativos de prevenção de danos sociais e ambientais (2016, p. 406).

⁴¹ Registre-se, porém, que o próprio STJ, em julgado específico sobre a matéria, deixou de extrair da sua própria orientação inicial a consequência que se esperava. De fato, em decisão proferida em nível de antecipação de tutela, em controvérsia que envolvia empréstimo concedido pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) à Fazenda Pública do Estado de São Paulo, a Corte recusou a existência de nexo de causalidade entre o financiamento da obra pública realizada e os danos ambientais causados por esta (STJ – Al n. 1.433.170/SP – j. 09.12.2014 – rel. Min. Marga Tessler – decisão monocrática proferida em nível de liminar). No julgamento final do recurso, o STJ entendeu que o BID era parte passiva ilegítima na causa, por gozar de imunidade absoluta de jurisdição, estabelecida no Convênio Constitutivo do Banco, aprovado pelo Brasil no Decreto Legislativo n. 18, de 7 de dezembro de 1959 e ratificado pelo Decreto de Promulgação n. 73.131, de 9 de novembro de 1973 (STJ – Al n. 1.433.170/SP – j. 14.11.2017 – rel. Min. Gurgel de Faria). Ao final, portanto, por força da situação específica do BID, o STJ deixou de examinar a questão específica da responsabilidade civil do financiador. Essa observação e a referência ao julgamento final do agravo em questão nos foram feitas pelo Dr. José Roberto Strang, ilustre Procurador do Município de São Paulo, a quem manifestamos nossos sinceros agradecimentos.

⁴² RASLAN, 2012, p. 247. Em sentido diverso estão Grizzi et al., segundo as quais “É a ação de liberação do crédito que instaura o nexo de causalidade entre o financiamento e os danos ambientais causados pela atividade financiada” (2003, p. 51).

vez que foi o contrato em questão que impulsionou o exercício da atividade danosa. E a responsabilidade do financiador perdura, ainda, durante o desenrolar da contratação. Vale dizer: enquanto perdurar o contrato de financiamento, o financiador responde objetiva e solidariamente pelos danos ambientais causados pela atividade degradadora.⁴³

Na realidade, o principal problema surge quando os danos ambientais são causados após a extinção do contrato de financiamento, seja pelo pagamento do mútuo, seja pela resolução do ajuste firmado, devido ao inadimplemento contratual por parte do degradador-financiado.

No ponto, a doutrina tem divergido.

Ana Luci Esteves Grizzi, Cintya Izilda Bergamo, Cynthia Ferragi Hungria e Josephine Eugenia Chen entendem que, após o termo final de vigência do contrato de financiamento, não há mais que se falar em responsabilidade civil do financiador, exceto no caso de este último conceder o empréstimo sem a plena observância das normas ambientais, quando passará a responder sem qualquer limitação temporal.⁴⁴ Já Annelise Monteiro Steigleder⁴⁵ e Alexandre Lima Raslan⁴⁶ sustentam que a responsabilidade civil do financiador persiste em momento posterior, desde que se possa extrair o elemento causal que permita a imputação da responsabilidade, o que nem sempre é fácil na prática.⁴⁷

Parece, no entanto, que, a partir da orientação estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça, o financiador deve ser considerado responsável solidário com o degradador pelo simples fato de ter financiado o empreendimento, na condição de poluidor indireto. E essa responsabilidade perdura enquanto a atividade financiada se desenvolver, de sorte que qualquer dano ambiental decorrente da atividade financiada vai ensejar a responsabilização civil do financiador pelo dano ambiental, ainda que o contrato já se encontre findo ou extinto.

Nessa linha de entendimento, observada, em termos estritos, a jurisprudência do STJ, mesmo quando haja, por exemplo, o inadimplemento contratual por parte do tomador do empréstimo, que não paga o valor mutuado ou descumpre o dever de observar as normas ambientais, com a subsequente resolução do ajuste, caracterizada estará a responsabilidade civil do financiador, ainda mais se já tiver havido a entrega da totalidade do dinheiro para o exercício da atividade. A única ressalva admissível é a da possibilidade de o financiador voltar-se regressivamente contra o financiado, a fim de ressarcir-se junto a este pelas obrigações que lhe tiverem sido impostas na qualidade de poluidor indireto e responsável solidário pela degradação ambiental.

Com relação à responsabilidade solidária do Poder Público pela omissão no controle e fiscalização das atividades causadoras de danos ambientais, é interessante mencionar a orientação estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça, em mais um julgado célebre, relatado pelo ministro Herman Benjamin, no sentido de que o Estado responde objetiva

⁴³ GRIZZI et al., 2003, p. 55-59; RASLAN, 2012, p. 247-249.

⁴⁴ GRIZZI et al., 2003, p. 55-59.

⁴⁵ STEIGLEDER *apud* RASLAN, 2012, p. 249-250.

⁴⁶ RASLAN, 2012, p. 249-251.

⁴⁷ Cf. MILARÉ, 2015, p. 450.

e solidariamente por omissão no cumprimento do dever de fiscalizar as atividades lesivas, muito embora essa responsabilidade seja de *execução subsidiária*.⁴⁸

Nesses termos, o Poder Público, apesar de condenado solidariamente pelos danos causados pelo particular que desempenhou a atividade degradadora, somente será chamado a responder, como poluidor indireto, na fase de execução do julgado, quando o degradador original – devedor principal, poluidor direto – não tiver condições de cumprir as obrigações impostas.⁴⁹

6. Os efeitos da responsabilidade civil ambiental

Outro aspecto que define o regime jurídico específico da responsabilidade civil ambiental é o da amplitude dos efeitos da responsabilidade civil nessa matéria, que abrange não apenas a *reparação propriamente dita do dano ao meio ambiente*, como também a *supressão do fato danoso à qualidade ambiental*, por meio da qual se pode obter, em acréscimo à reparação, a cessação definitiva da atividade ou omissão lesiva ao meio ambiente.⁵⁰

6.1. A reparação propriamente dita do dano ao meio ambiente

6.1.1. A reparação integral do dano ambiental

A primeira questão importante a ser analisada no contexto da reparação propriamente dita do dano ao meio ambiente diz respeito à aplicação do princípio da reparação integral do dano, que é um princípio geral da responsabilidade civil, positivado no direito brasileiro (art. 944, *caput*, do CC).

A noção de reparação aplicável ao dano ambiental, vale anotar desde logo, traz consigo sempre a ideia de *compensação*. Isso no sentido de que a degradação do meio ambiente e dos bens ambientais não permite jamais, a rigor, o retorno da qualidade ambiental ao estado anterior ao dano, restando sempre alguma seqüela do dano que não pode ser totalmente eliminada. Há, na realidade, invariavelmente, algo de irreversível nas lesões ao meio ambiente.⁵¹

Isso não significa, no entanto, que os danos causados à qualidade ambiental não são reparáveis. Na realidade, a reparação do dano ambiental deve sempre conduzir o meio ambiente a uma situação equivalente – na medida do que for praticamente possível – àquela de que seria beneficiário se o dano não tivesse sido causado, compensando-se, ainda, as degradações ambientais que se mostrarem irreversíveis. Ou seja: os danos ambientais podem, em certas circunstâncias, ser irreversíveis, sob o ponto de vista ambiental e ecológico, mas não serão nunca irreparáveis, sob o ponto de vista jurídico.⁵²

⁴⁸ STJ – 2ª T. – REsp n. 1.071.741/SP – j. 24.03.2009 – rel. Min. Herman Benjamin. Ainda: STJ – 2ª T. – REsp n. 1.113.789/SP – j. 16.06.2009 – rel. Min. Castro Meira; STJ – 1ª T. – AgRg no REsp n. 1.001.780/PR – j. 27.09.2011 – rel. Min. Teori Albino Zavascki.

⁴⁹ STJ – 2ª T. – REsp n. 1.071.741/SP – j. 24.03.2009 – rel. Min. Herman Benjamin.

⁵⁰ Cf. MIRRA, 2004, p. 299 et seq.

⁵¹ MIRRA, 2004, p. 306-307.

⁵² MIRRA, 2004, p. 307-308.

Daí a plena aplicação, ao dano ambiental, do princípio da reparação integral do dano.⁵³

Nesse sentido, a reparação integral do dano ao meio ambiente abrange não apenas o dano causado ao bem ou recurso ambiental imediatamente atingido, como também *toda a extensão dos danos produzidos em consequência do fato danoso à qualidade ambiental*.⁵⁴ Bem por isso, a reparação integral do dano ambiental inclui i) os efeitos ecológicos e ambientais da agressão inicial a determinado bem ambiental que estiver no mesmo encadeamento causal (por exemplo, a destruição de espécimes, *habitats* e ecossistemas inter-relacionados com o meio imediatamente afetado ou, até mesmo, a contribuição da degradação causada ao aquecimento global); ii) as perdas de qualidade ambiental havidas no interregno entre a ocorrência do dano e a efetiva recomposição do meio degradado; iii) os danos ambientais futuros que se apresentarem como não meramente hipotéticos;⁵⁵ iv) os danos irreversíveis causados à qualidade ambiental, que de alguma forma devem ser compensados; e v) os danos morais ambientais coletivos resultantes da agressão a determinado bem ambiental.

Essa, inclusive, é a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, em expressivo acórdão da lavra do ministro Herman Benjamin:

[...] 3. A jurisprudência do STJ está firmada no sentido de que, nas demandas ambientais, por força dos princípios do poluidor-pagador e da reparação in integrum, admite-se a condenação, simultânea e cumulativa, em obrigação de fazer, não fazer e indenizar. Assim, na interpretação do art. 3º da Lei 7.347/1985, a conjunção ‘ou’ opera com valor aditivo, não introduz alternativa excludente. Precedentes da Primeira e Segunda Turmas do STJ.

4. A recusa de aplicação, ou aplicação truncada, pelo juiz, dos princípios do poluidor-pagador e da reparação in integrum arrisca projetar, moral e socialmente, a nociva impressão de que o ilícito ambiental compensa, daí a resposta administrativa e judicial não passar de aceitável e gerenciável ‘risco ou custo normal do negócio’. Saem debilitados, assim, o caráter dissuasório, a força pedagógica e o objetivo profilático da responsabilidade civil ambiental (= prevenção geral e especial), verdadeiro estímulo para que outros, inspirados no exemplo de impunidade de fato, mesmo que não de direito, do degradador premiado, imitem ou repitam seu comportamento deletério.

5. Se o meio ambiente lesado for imediata e completamente restaurado ao seu estado original (reductio ad pristinum statum), não há que se falar, como regra, em indenização. Contudo, a possibilidade técnica e futura de restabelecimento in natura (= juízo prospectivo) nem sempre se mostra suficiente para, no terreno da responsabilidade civil, reverter ou recompor por inteiro as várias dimensões da degradação ambiental causada, mormente quanto ao

⁵³ MACHADO, 2016, p. 421-424; MIRRA, 2004, p. 307-308.

⁵⁴ CUSTÓDIO, Helita Barreira. Avaliação de custos ambientais em ações jurídicas de lesão ao meio ambiente. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 652, p. 26; MIRRA, 2003, p. 72-73; , p. 315A responsabilidade civil pelo dano ambiental e o princípio da reparação integral do dano. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n. 32.

⁵⁵ Sobre o dano ambiental futuro, ver CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 120 e ss.

chamado dano ecológico puro, caracterizado por afligir a Natureza em si mesma, como bem inapropriado ou inapropriável. Por isso, a simples restauração futura - mais ainda se a perder de vista - do recurso ou elemento natural prejudicado não exaure os deveres associados aos princípios do poluidor-pagador e da reparação in integrum.

6. A responsabilidade civil, se realmente aspira a adequadamente confrontar o caráter expansivo e difuso do dano ambiental, deve ser compreendida o mais amplamente possível, de modo que a condenação a recuperar a área prejudicada não exclua o dever de indenizar - juízos retrospectivo e prospectivo. A cumulação de obrigação de fazer, não fazer e pagar não configura bis in idem, tanto por serem distintos os fundamentos das prestações, como pelo fato de que eventual indenização não advém de lesão em si já restaurada, mas relaciona-se à degradação remanescente ou reflexa.

7. Na vasta e complexa categoria da degradação remanescente ou reflexa, incluem-se tanto a que temporalmente medeia a conduta infesta e o pleno restabelecimento ou recomposição da biota, vale dizer, a privação temporária da fruição do bem de uso comum do povo (= dano interino, intermediário, momentâneo, transitório ou de interregno), quanto o dano residual (= deterioração ambiental irreversível, que subsiste ou perdura, não obstante todos os esforços de restauração) e o dano moral coletivo. Também deve ser restituído ao patrimônio público o proveito econômico do agente com a atividade ou empreendimento degradador, a mais-valia ecológica que indevidamente auferiu (p. ex., madeira ou minério retirados ao arrepio da lei do imóvel degradado ou, ainda, o benefício com o uso ilícito da área para fim agrossilvopastoril, turístico, comercial). (...)”.⁵⁶

Ressalte-se que o STJ, nesse julgado, foi ainda mais longe em comparação com a orientação doutrinária, ao decidir que a reparação integral do dano ambiental compreende, igualmente, a restituição ao patrimônio público do proveito econômico do agente com a atividade ou empreendimento degradador; a denominada mais-valia ecológica que o empreendedor indevidamente auferiu com o exercício da atividade degradadora.

Questão importante na matéria diz respeito à incidência ou não de alguma exceção ao princípio da reparação integral do dano ambiental, por vezes aceita na teoria da responsabilidade civil, para o fim de limitar a amplitude da reparação pretendida, com base, notadamente, i) no exercício de certo poder moderador dos juízes, movidos por razões de equidade, ii) em disposições legais especiais ou iii) na convenção entre as partes interessadas.⁵⁷

Essa indagação é particularmente relevante se se considerar o disposto no artigo 944 do Código Civil, que, depois de firmar a regra da reparação integral do dano, no *caput*, abriu, no parágrafo único, a possibilidade de o juiz reduzir equitativamente a indenização, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa do agente e o dano

⁵⁶ STJ – 2ª T. - REsp n. 1145083/MG – j. 27.09.2011 – rel. Min. Herman Benjamin.

⁵⁷ Sobre todos esses aspectos e a análise subsequente, ver MIRRA, 2003, p. 73-81; 2004, p. 317-324.

efetivamente causado. A referida norma do Código Civil, como norma geral em tema de responsabilidade civil, teria incidência no âmbito da responsabilidade civil ambiental?

Segundo se tem afirmado, essa exceção ao princípio da reparação integral do dano não tem aplicação à reparação do dano ambiental.

Por um lado, é importante insistir no fato de que a responsabilidade civil ambiental resulta de um sistema próprio e autônomo no contexto da responsabilidade civil, com regras especiais que se aplicam à matéria, em detrimento das normas gerais do Código Civil que com elas não são compatíveis. Nesse sentido, a responsabilidade civil por danos ambientais está sujeita a um regime jurídico específico, instituído a partir da Constituição Federal e da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, que não inclui qualquer norma mitigadora da reparação integral do dano, sendo derogatório, portanto, em tal aspecto, do regime geral do Código Civil.

Por outro lado, nunca é demais lembrar que a responsabilidade civil ambiental tem como fundamento o risco criado pelas atividades degradadoras e não a culpa do degradador, de maneira que configuraria verdadeiro contrassenso se se passasse a levar em conta exatamente a culpa para a delimitação da extensão da reparação pretendida.⁵⁸

Na realidade, limitar a reparação dos danos ambientais em virtude da menor culpa ou da ausência de culpa do degradador significaria, no final das contas, *reinsere*r na responsabilidade objetiva a discussão da culpa do agente, agora não mais para a determinação da responsabilidade civil em si mesma, mas para a definição do montante reparatório, o que o regime instituído a partir da Constituição de 1988 e da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente pretendeu, precisamente, afastar.

No tocante à intervenção do legislador para o estabelecimento de limites legais à reparação do dano, em especial para favorecer o desempenho de determinadas atividades consideradas de particular relevância para o desenvolvimento do país, cumpre observar que, no direito brasileiro, tal expediente não foi adotado em relação à reparação de danos ambientais e nem seria a rigor admissível, tendo em vista a indisponibilidade do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como direito humano fundamental, e do meio ambiente, como bem de uso comum do povo (art. 225, *caput*, da CF).

Finalmente, no que se refere à limitação à reparação de danos ambientais decorrente da convenção entre os interessados, importa considerar, aqui, de maneira especial, a *transação*.

No âmbito da reparação de danos ambientais, devido ao já referido caráter indisponível do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como direito fundamental, e do meio ambiente, como bem de uso comum do povo, não se pode, a rigor, ter como válida a transação que, inclusive, nos termos da própria lei civil, está restrita a direitos patrimoniais de natureza privada (art. 841 do CC).

Não se ignora, aqui, a existência de corrente doutrinária que se manifesta já há algum tempo no sentido de admitir a transação nessa matéria, com base, sobretudo, na Lei n. 7.347/1985, que autoriza a tomada, pelos entes públicos legitimados ao ajuizamento da ação civil pública, do denominado “compromisso de ajustamento de conduta às exigências

⁵⁸ Ver, também, no ponto, NERY JR., Nelson. Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública, cit., p. 131.

legais” (art. 5º, § 6º), que muitos veem como a consagração definitiva no direito positivo brasileiro da admissibilidade de transações em tema de direitos e interesses difusos.⁵⁹

No entanto, parece que, nessa matéria, têm razão aqueles autores que entendem que o conteúdo possível do denominado compromisso de ajustamento de conduta nada tem a ver com o de uma verdadeira transação, por meio da qual se permitiriam concessões mútuas entre as partes.⁶⁰

É interessante observar a respeito que, nos exatos termos da lei, por intermédio do compromisso em questão os degradadores *se comprometem a ajustar as suas condutas às exigências legais*, não fazendo o legislador referência, em momento algum, à possibilidade de se realizarem transações em relação aos direitos protegidos, por meio de concessões favoráveis aos interesses dos causadores de degradações ambientais.

Por essa razão, nesses compromissos de ajustamento de conduta somente podem ser discutidas as condições do cumprimento da obrigação de reparar o dano causado ao meio ambiente, especialmente no que se refere ao prazo para o final adimplemento da obrigação. E, mesmo assim, desde que esse tipo de composição não implique, de alguma maneira, a concessão ao degradador do benefício de reparar apenas parcialmente o dano ambiental, o que estaria definitivamente excluído.

Registre-se, no ponto, que o próprio Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, *como regra*, não se admite transação em tema de dano ambiental, muito embora já tenha considerado, também, *em caráter excepcional*, como válido acordo celebrado nos autos de ação civil pública, em que houve reparação não integral do dano, por entender, naquela hipótese específica, diante das circunstâncias da espécie, como a melhor forma de composição da lesão causada.⁶¹

Portanto, no atual estágio do direito ambiental brasileiro, não se admite qualquer limitação à plena reparabilidade do dano ao meio ambiente. Tendo em vista a indisponibilidade do direito protegido, nenhuma disposição legislativa, nenhum acordo entre os litigantes e nenhuma decisão judicial que tenham como finalidade ou efeito limitar a extensão da reparação do dano ambiental podem ser considerados legítimos. Aqui, a reparação não integral ou incompleta do dano ambiental equivaleria a verdadeira ausência de reparação e implicaria, em última instância, a disposição de um direito humano fundamental, na verdade indisponível.

6.1.2. Modalidades de reparação do dano ao meio ambiente

Com relação às modalidades de reparação do dano ao meio ambiente, é importante observar que o direito brasileiro prestigiou aquelas duas tradicionais conhecidas: a reparação *in natura* e a reparação pecuniária.⁶²

⁵⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 316-329; MILARÉ, 2015, p. 1465 et seq.; NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta: teoria e análise de casos práticos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 130-164.

⁶⁰ AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 77-81; RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 141-159; ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 147-150.

⁶¹ STJ – 2ª T. – REsp n. 299400/SP – j. 01.06.2006 – rel. p/ acórdão Min. Eliana Calmon.

⁶² Existem, no campo doutrinário, outras classificações para as modalidades de reparação do dano ambiental. Para Érika Bechara são três as modalidades de reparação: reparação *in natura* (ou reparação específica); reparação por equivalente (ou

A reparação *in natura* tem sido considerada como o mecanismo mais adequado de compensação do dano ambiental, que é um dano que não tem valor econômico e que, a rigor, não pode ser convertido em unidades monetárias para fins de cálculo de perdas e danos.

Na prática, essa reparação *in natura* do dano ambiental, na extensão acima referida, pela aplicação do princípio da reparação integral do dano, aperfeiçoa-se com a imposição ao degradador – seja ente privado, seja ente público – de *obrigações de fazer*. Exemplos típicos são: a restauração de cobertura vegetal de área irregularmente desmatada, com o replantio de espécies; o restabelecimento das condições estéticas e paisagísticas de área urbana ou rural; o plantio ou replantio de árvores em áreas urbanas; a reintrodução e o repovoamento de espécies animais e vegetais em ecossistemas terrestres e aquáticos degradados; a reabilitação de espécimes animais e vegetais feridos ou machucados; a restituição ao *habitat* natural, quando possível, de exemplares da fauna silvestre, vítimas de captura; a depuração e limpeza de águas poluídas; a restauração e a conservação de bens de valor histórico e cultural – entre outras providências frequentemente admitidas.

Já a reparação pecuniária de danos ao meio ambiente corresponde, como sabido, à condenação do degradador ao pagamento de uma soma em dinheiro.

São várias, na prática, as soluções para a fixação do montante a ser imposto ao degradador do meio ambiente para a reparação do dano ambiental.

A primeira delas é a avaliação das obras e trabalhos necessários à recomposição do meio ambiente, com a condenação do responsável ao pagamento do valor correspondente.

Nesse caso, é importante observar, não se avalia o valor do dano em si mesmo, mas o valor das obras de restauração do meio ambiente. Verifica-se a dimensão da degradação, determina-se o conjunto de medidas de recomposição, incluindo medidas de compensação pela perda de qualidade ambiental no interregno entre o dano e a completa restauração, calcula-se o custo dessas medidas e condena-se o poluidor a pagar a quantia apurada. Aqui, como se vê, a reparação pecuniária nada mais é do que o custo da reparação *in natura*.⁶³

A segunda solução possível para a reparação pecuniária do dano ambiental é a da fixação de determinada soma em dinheiro capaz de compensar, de alguma maneira, a degradação ambiental causada a bens ou sistemas ambientais que, no caso concreto, não são suscetíveis de reparação natural, ou seja, em relação aos quais não se vislumbra a possibilidade de qualquer intervenção capaz de restaurá-los ou reconstituí-los.⁶⁴

compensação ambiental ou ecológica); reparação pecuniária (compensação em dinheiro ou indenização) – Cf. *Licenciamento e compensação ambiental na lei do sistema nacional de unidades de conservação (SNUC)*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 139-146. Já Hortênsia Gomes Pinho, discrimina, dentro do gênero reparação do dano ambiental, a reposição natural, as medidas compensatórias e a indenização pecuniária (cf. *Prevenção e reparação de danos ambientais: as medidas de reposição natural, compensatórias e preventivas e a indenização pecuniária*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 319 e ss.). Na doutrina de Annelise Monteiro Steigleder (2011, p. 211 et. seq.), as formas de reparação do dano ambiental dividem-se em restauração *in situ*, compensação ecológica e indenização. Finalmente, Melissa Ely Melo distingue restauração ambiental e compensação ecológica (cf. *Restauração ambiental: do dever jurídico às técnicas reparatórias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 109 e ss.). Sobre o tema, ainda, LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Direito ambiental: responsabilidade civil e proteção do meio ambiente*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 184-194.

⁶³ MIRRA, 2004, p. 349-351.

⁶⁴ MIRRA, 2004, p. 351-355.

É a alternativa adotada, por exemplo, na hipótese da morte de exemplares da fauna silvestre. Nesses casos, procede-se ao cálculo aproximado do número de espécimes abatidos ou destruídos, multiplica-se esse número pelo valor unitário de mercado de um exemplar da espécie correspondente e acresce-se montante que considere os efeitos nefastos decorrentes do desequilíbrio ecológico que a prática lesiva desencadeou. Com esse resultado, chega-se ao valor total da indenização a ser imposta ao sujeito responsável.⁶⁵

Por fim, há, ainda, já mais no campo doutrinário, propostas de estabelecimento de fórmulas matemáticas capazes de determinar o valor econômico de bens e recursos ambientais e, a partir daí, o montante em dinheiro da reparação a ser concedida, além de tentativas de se criarem tabelas para fins de tarifação da indenização, mediante definição prévia de valores para determinadas degradações ambientais. A aplicação dessas fórmulas e tabelas nos casos concretos ficariam sujeitas ao trabalho de técnicos e peritos, os quais utilizariam os modelos em conformidade com a degradação ambiental verificada, ou seja, de acordo com os elementos da natureza ou do patrimônio cultural atingidos ou com o tipo de degradação causada.⁶⁶

O problema maior que se tem visto no tocante à reparação pecuniária do dano ambiental está relacionado com a destinação do dinheiro obtido nas demandas ambientais.

Isso porque o sistema inicial da Lei n. 7.347/1985 previa o endereçamento do dinheiro para os fundos – federal e estaduais – de reconstituição dos bens lesados (art. 13), cujos órgãos gestores deveriam cuidar para que o dinheiro arrecadado fosse utilizado na recomposição do meio ambiente no próprio local do dano. Ocorre que, na sequência, esse sistema acabou sendo alterado, já que os fundos do art. 13 da Lei n. 7.347/1985 passaram a ser de destinação comum do dinheiro, aos quais todas as verbas são destinadas sem qualquer discriminação a respeito de sua origem.

Com isso, o dinheiro acaba sendo utilizado para o financiamento de projetos de reconstituição de bens ambientais, selecionados pelos órgãos gestores dos fundos, sem qualquer vínculo direto com os bens lesados que deram origem às demandas de responsabilidade civil, o que tem inviabilizado, no mais das vezes, a reparação do dano efetivamente causado.

No que se refere, por fim, ao dano moral ambiental, como dano coletivo, a solução mais frequentemente aceita para a sua reparação está em adaptar, para a esfera coletiva ambiental, os critérios já utilizados pela jurisprudência nacional na reparação do dano moral individual. Leva-se em conta, então, a extensão e a gravidade do prejuízo causado à qualidade ambiental, a conduta do responsável, o proveito econômico obtido pelo degradador com a degradação, a condição econômica e cultural do degradador e a necessidade de estabelecer-se, em acréscimo, uma soma tendente a desestimular a reiteração de novas práticas lesivas.⁶⁷

Outra solução, ainda, talvez mais interessante para a reparação do dano moral ambiental está na realização, às expensas do degradador, de projeto adicional de preservação do meio ambiente, a ser implantado na localidade em que consumada a degradação.

⁶⁵ STJ – 2ª T. – REsp n. 1.164.630/MG – j. 18.11.2010 – rel. Min. Castro Meira.

⁶⁶ Cf. MIRRA, 2004, p. 351-355; STEIGLEDER, 2011, p. 211 et seq.; PINHO, 2010, p. 519 et seq.

⁶⁷ LEITE; AYALA, p. 297-300; MIRRA, 2004, p. 355-357; PACCAGNELLA, p. 44-51. Em sentido diverso, STEIGLEDER, 2011, p. 248-253.

Imagine-se, aqui, a título de ilustração, a destruição de determinado monumento especialmente importante para a história de certa cidade, com ofensa à memória ou à dignidade do povo daquela localidade, como resultado do atentado ao bem cultural em questão, circunstância configuradora do dano moral ambiental. Em tal hipótese, viável se mostra não só a imposição ao degradador do cumprimento de obrigação de fazer consistente na restauração ou reconstrução, na medida do possível, do monumento histórico danificado, com o que se repararia o dano causado ao meio ambiente em si mesmo considerado, como também, cumulativamente, a condenação do responsável ao pagamento de indenização no valor correspondente, por exemplo, ao custo da reforma do prédio da biblioteca ou da Casa da Cultura local, que representaria o projeto adicional de conservação destinado à compensação do dano moral coletivo acarretado.⁶⁸

Por fim, cabe mencionar que, em conformidade com a natureza e a dimensão da degradação ambiental, tem-se admitido, para fins de reparação, em atenção ao princípio da reparação integral do dano causado ao meio ambiente, não apenas a conjugação de várias obrigações de fazer, no âmbito da reparação natural, para o fim de reconstituir a qualidade ambiental degradada ou compensar o dano moral ambiental, como também a conjugação da reparação natural com a reparação pecuniária, em relação à mesma degradação, com a imposição cumulativa ao degradador do cumprimento de obrigações de fazer e do pagamento de indenização em dinheiro, em especial quando se está diante de danos irreversíveis ao lado de danos reversíveis.⁶⁹ Aqui, igualmente, o Superior Tribunal de Justiça é claro em adotar tal solução.⁷⁰

6.2. A supressão da atividade ou omissão danosa ao meio ambiente

No que se refere à supressão da atividade ou omissão danosa ao meio ambiente, como efeito da responsabilidade civil ambiental, importa anotar que se trata de uma providência específica adotada no âmbito da responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente, destinada a agir sobre a *fonte* do dano.⁷¹

O objetivo da supressão do fato danoso ao meio ambiente, por atividade ou omissão, é inviabilizar a renovação do dano já reparado ou em vias de reparação ou impedir o agravamento do dano ainda não reparado. Cuida-se, como se pode perceber, de providência autônoma que pode ser obtida independentemente da reparação do dano ambiental ou cumulativamente com esta.

A supressão da atividade ou omissão lesiva ao meio ambiente distingue-se da reparação do dano ambiental porque esta age diretamente sobre o dano e apenas sobre ele. Já aquela primeira, a supressão do fato danoso, atua sobre a causa do dano, eliminando, na origem, a fonte do dano.

O STJ, vale ressaltar, reconhece, de forma clara, a possibilidade de ser determinada a cessação da atividade ou omissão lesiva ao meio ambiente, no contexto da ação

⁶⁸ MIRRA, 2004, p. 357-358.

⁶⁹ MIRRA, 2004, p. 335.

⁷⁰ STJ – 2ª T. – REsp n. 1.198.727/MG – j. 14.08.2012 – rel. Min. Herman Benjamin; STJ – 1ª T. – REsp n. 1.307.938/GO – j. 16.06.2014 – rel. Min. Benedito Gonçalves; STJ – 2ª T. – AgRg no REsp n. 1.415.062/CE – j. 13.05.2014 – rel. Min. Humberto Martins; STJ – 2ª T. – REsp n. 1.269.494/MG – j. 24.09.2013 – rel. Min. Eliana Calmon. A propósito, ainda, a Súmula n. 629 do STJ: Quanto ao dano ambiental, é admitida a condenação do réu à obrigação de fazer ou à de não fazer cumulada com a de indenizar.

⁷¹ Cf. MIRRA, 2004, p. 367 et seq.

civil pública de responsabilidade por danos ao meio ambiente, em caráter autônomo em relação à reparação propriamente dita dos danos ambientais, inclusive como providência de urgência, já no limiar do processo.⁷²

Em termos práticos, a supressão do fato danoso ao meio ambiente se aperfeiçoa pelo cumprimento de obrigações ou deveres de fazer ou não fazer tendentes i) à modificação do modo do exercício ou exploração da atividade até então degradador do meio ambiente para um modelo não degradador; ii) à cessação temporária ou definitiva da atividade lesiva ao meio ambiente; e iii) à supressão de omissões públicas e privadas causadoras de danos ao meio ambiente.

No tocante à supressão da omissão estatal lesiva ao meio ambiente, dentro do contexto da responsabilidade civil ambiental, por intermédio da imposição de obrigações ou deveres de fazer ao Poder Público, é importante observar que ela conduz, frequentemente, à integração e ao reforço da atuação estatal na área ambiental e, conseqüentemente, à correção e à execução de políticas públicas ambientais. Daí se fala, frequentemente, em controle judicial de políticas públicas na área ambiental, pela via da responsabilização civil do Poder Público, o que já foi admitido, inclusive, de forma expressa, como válido pelo Supremo Tribunal Federal, sem que se possa falar em violação ao princípio da separação de poderes.⁷³

Além disso, a supressão de omissões do Estado na adoção de providências administrativas destinadas a fazer cessar danos e degradações ambientais também tem sido admitida, sem maior controvérsia, pelo STJ, especialmente em tema de saneamento básico (tratamento e despejo final de resíduos e efluentes em cursos d'água);⁷⁴ implantação de sistema de coleta e tratamento de resíduos sólidos;⁷⁵ regularização de parcelamento do solo urbano (loteamentos e desmembramentos irregulares) pelos Municípios;⁷⁶ realização pelo Poder Público de plano de manejo e gestão de unidade de conservação da natureza criada mas não implantada na prática.⁷⁷

7. A imprescritibilidade das pretensões à reparação do dano ambiental e à supressão do fato danoso à qualidade ambiental

Por fim, um último ponto que evidencia a especificidade do regime jurídico da responsabilidade civil ambiental é o relativo à imprescritibilidade das pretensões à reparação do dano ambiental e à supressão do fato danoso à qualidade ambiental.

⁷² STJ – 1ª T. – REsp n. 497.447/MT – j. 06.05.2003 – rel. Min. José Delgado; STJ – 2ª T. – REsp. n. 1.164.630/MG – j. 18.11.2010 – rel. Min. Castro Meira.

⁷³ STF – 1ª T. – AgRg no RE n. 417.408 – j. 20.03.2012 – rel. Min. Dias Toffoli. STF - 2ª T. - ARE n. 903241 AgR - j. 22.06.2018 - rel. Min. Edson Fachin.

⁷⁴ STJ – 2ª T. – REsp n. 1366331/RS – j. 16.12.2014 – rel. Min. Humberto Martins; STJ – 2ª T. – AgRg no AREsp n. 139216/SP – j. 07.11.2013 – rel. Min. Og Fernandes; STJ – 1ª T. – AgRg no AREsp n. 50151/RJ – j. 03.10.2013 – rel. Min. Benedito Gonçalves; STJ – 2ª T. – REsp n. 1366331/RS – j. 16.12.2014 – rel. Min. Humberto Martins; STJ – 2ª T. – REsp n. 1.220.669/MG – j. 17.04.2012 – rel. Min. Herman Benjamin.

⁷⁵ STJ – 1ª T. – REsp n. 575.998/MG – j. 07.10.2004 – rel. Min. Luiz Fux; STJ – 2ª T. – REsp n. 1.367.549/MG – j. 02.09.2014 – rel. Min. Humberto Martins.

⁷⁶ STJ – 2ª T. – REsp n. 1.113.789/SP – j. 16.06.2009 – rel. Min. Castro Meira; REsp n. 333.056/SP – rel. Min. Castro Meira; REsp n. 131697/SP – rel. Min. João Otávio de Noronha; REsp n. 124.714/SP – rel. Min. Francisco Peçanha Martins; REsp n. 259.982/SP – rel. Min. Franciulli Netto; REsp n. 292.846/SP – rel. Min. Humberto Gomes de Barros.

⁷⁷ STJ – 2ª T. – REsp n. 1.163.524/SC – j. 05.05.2011 – rel. Min. Humberto Martins.

Como sabido, via de regra, somente estão sujeitas à prescrição as pretensões relativas a direitos patrimoniais e alienáveis. As pretensões relacionadas a direitos que são emanações imediatas ou se referem ao modo de ser da personalidade (direito à vida, liberdade, honra) e as concernentes à tutela de bens públicos de uso comum, diversamente, não estão sujeitas à prescrição.⁷⁸

Por essa razão, as pretensões relacionadas à reparação do dano ambiental e à supressão do fato danoso à qualidade ambiental, por dizerem respeito a um direito humano fundamental – o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – e à proteção de um bem de uso comum do povo – o meio ambiente –, que são indisponíveis e não têm valor patrimonial propriamente dito, não se submetem à disciplina da prescrição. São, na realidade, *imprescritíveis*.⁷⁹

Nesse sentido, igualmente, já se pronunciou o STJ em mais de uma ocasião.⁸⁰

8. Considerações finais

Como se procurou expor acima, esse é, em linhas gerais, à luz da jurisprudência do STJ, o sistema de responsabilidade civil por danos ao meio ambiente adotado pelo ordenamento jurídico nacional.

Trata-se de um sistema jurídico baseado no reconhecimento da reparabilidade do dano causado à qualidade ambiental em si mesma considerada e do denominado dano moral ambiental, fundado, ainda, na responsabilidade objetiva do degradador, em virtude do risco ou do simples fato da atividade degradadora, independentemente da culpa do agente. Ademais, conforme decidido pelo STJ, tem aplicação, na matéria, a teoria do risco integral, com o conseqüente afastamento das excludentes da licitude da atividade, do caso fortuito, da força maior e do fato de terceiro como causas de exoneração da responsabilidade civil por danos ao meio ambiente, excluídas, do mesmo modo, na matéria, a aplicação da teoria do fato consumado e a possibilidade de invocação do princípio da insignificância.

Sob a ótica do nexos causal, ainda, admite-se, também, a ampliação do espectro de sujeitos responsáveis, ficando abrangidos todos aqueles que, direta ou indiretamente, realizam condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, sejam pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado. Na sugestiva fórmula utilizada pelo STJ, são responsáveis civilmente pelo dano ambiental, “quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem”.

De outra banda, em matéria ambiental, a responsabilidade civil tem como efeitos principais e autônomos não apenas a reparação propriamente dita do dano causado ao meio ambiente, que se submete ao princípio da reparação integral do dano, mas também a supressão de atividades e omissões privadas e públicas danosas ao meio ambiente, por

⁷⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 3ª ed. (rev. e atual. pelo prof. Caio Mario da Silva Pereira). Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980, p. 291-292.

⁷⁹ MILARÉ, 2015, p. 1543-1545; MIRRA, 2004, p. 244-246; LEITE; AYALA, p. 206-209; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 729-731; DESTEFENNI, 2005, p. 179-180.

⁸⁰ STJ – 2ª T. – REsp n. 647.493/SC – j. 22.05.2007 – rel. Min. João Otávio de Noronha; STJ – 2ª T. – REsp n. 1.120.117/AC – j. 10.11.2009 – rel. Min. Eliana Calmon.

meio do que se obtém, em acréscimo à reparação, a cessação, pela correção na fonte, de condutas e atividades lesivas que se encontram na origem das degradações ambientais.

Por fim, reconhece-se a imprescritibilidade das pretensões à reparação do dano ambiental e à supressão do fato danoso ao meio ambiente, dada a indisponibilidade do direito ao meio ambiente, como direito fundamental, e do meio ambiente como bem de uso comum do povo.

Não há dúvida, como resulta claro do quanto analisado, que o sistema jurídico brasileiro de responsabilidade civil ambiental é bastante rigoroso com os degradadores do meio ambiente, rigor esse que tem sido reforçado pela interpretação dada à matéria pelo Superior Tribunal de Justiça, como órgão jurisdicional de superposição na estrutura judiciária brasileira, incumbido de manter a unidade e a uniformidade do direito federal no país.

Tal severidade decorre, em larga medida, da existência, notoriamente conhecida, de importante déficit na implementação do direito ambiental e na proteção do meio ambiente no Brasil, cuja reversão se mostra urgente no presente, sob pena de perpetuarem-se inúmeras e repetidas degradações ambientais.

Nesse sentido, a orientação firmada pelo STJ na matéria evidencia que avança, cada vez mais, no âmbito dos tribunais, a compreensão de que o direito ambiental é um direito voltado para a efetiva proteção do meio ambiente e de que a aplicação desse corpo de normas jurídicas comporta, sempre, uma autêntica obrigação de resultado:⁸¹ a preservação e a conservação da qualidade ambiental propícia à vida em todas as suas formas (art. 3º, I, da Lei n. 6.938/1981), imprescindíveis à realização do tão desejado desenvolvimento sustentável.

Portanto, o rigor na disciplina normativa e no tratamento jurisprudencial da responsabilidade civil ambiental está inserido nesse contexto mais amplo de aperfeiçoamento e reforço na formulação e na aplicação do direito ambiental e encontra plena justificativa na própria finalidade desse ramo do direito e de todos os seus institutos.

9. Referências bibliográficas

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BECHARA, Érika. *Licenciamento e compensação ambiental na lei do sistema nacional de unidades de conservação (SNUC)*. São Paulo: Atlas, 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 9.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. (rev. e atual. pelo prof. Caio Mario da Silva Pereira). Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.

BIBILONI, Héctor Jorge. *El proceso ambiental: objeto, competência, legitimación, prueba, recursos*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2005.

CARBONNIER, Jean. *Droit civil: vol. 4: les obligations*. Paris: PUF, 1982.

⁸¹ PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. 2ª ed. Paris: Dalloz, 1991, p. 8-9.

CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

CRUZ, Branca Martins da. Responsabilidade civil pelo dano ecológico: alguns problemas. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 5.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Avaliação de custos ambientais em ações jurídicas de lesão ao meio ambiente. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 652.

DESTEFENNI, Marcos. *A responsabilidade civil ambiental e as formas de reparação do dano ambiental: aspectos teóricos e práticos*. Campinas: Bookseller, 2005.

GOLDENBERG, Isidoro H.; CAFFERATTA, Néstor. *Daño ambiental: problemática de su determinación causal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

GRIZZI, Ana Luci Esteves et al. *Responsabilidade civil ambiental dos financiadores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

KRELL, Andreas J. *Discrecionabilidade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

LEMONS, Patrícia Faga Iglecias. *Direito ambiental: responsabilidade civil e proteção do meio ambiente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008a.

LEMONS, Patrícia Faga Iglecias. *Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário: análise do nexos causal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008b.

LEMONS, Patrícia Faga Iglecias. *Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Direito ambiental*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELO, Melissa Ely. *Restauração ambiental: do dever jurídico às técnicas reparatórias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Configuração e indenizabilidade de danos morais coletivos decorrentes de lesão a bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n. 54.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. A responsabilidade civil pelo dano ambiental e o princípio da reparação integral do dano. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 32, 2003.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Tutelas jurisdicionais de prevenção e de precaução no processo coletivo ambiental. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 133, mar. 2017.
- MOREIRA, Danielle de Andrade. *Responsabilidade ambiental pós-consumo: a prevenção e reparação de danos à luz do princípio poluidor-pagador*. São Paulo: Letras Jurídicas; Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2015.
- MORELLO, Augusto M. *El proceso civil moderno*. La Plata: Libreria Ed. Platense, 2001.
- NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta: teoria e análise de casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- NERY JUNIOR, Nelson. Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38.
- PACCAGNELLA, Luís Henrique. Dano moral ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 13.
- PINHO, Hortênsia Gomes. *Prevenção e reparação de danos ambientais: as medidas de reposição natural, compensatórias e preventivas e a indenização pecuniária*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.
- PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1991.
- RASLAN, Alexandre Lima. *Responsabilidade civil ambiental do financiador*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Responsabilidade compartilhada: o papel dos gestores de risco e os limites da responsabilidade preventiva

*Patrícia Faga Iglecias Lemos*¹
Advogada

*Ana Carolina Corberi Famá Ayoub e Silva*²
Advogada e bióloga

1. Introdução

A Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/2010) abandona a lógica do planejar, produzir e entregar ao consumidor que, a partir daquele momento, passa a ser o responsável pelo produto e seus resíduos e adota o conceito de ciclo de vida do produto: “do berço ao túmulo”. Assim, surge a chamada responsabilidade pós-consumo, que se dá na “série de etapas que envolvem o desenvolvimento do produto, a obtenção de matérias-primas e insumos, o processo produtivo, o consumo e a disposição final” (art. 3º, IV, da referida norma).

Com o novo regramento surgem novas responsabilidades no âmbito das cadeias produtiva e de distribuição, na esfera do consumo, de coleta, de destinação e disposição e mesmo no âmbito da fiscalização.

São vários os atores: os fabricantes, os importadores, os distribuidores, os comerciantes, os consumidores, os titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos e o poder público, no exercício do poder de polícia e como promotor de políticas públicas ambientais.

O presente artigo pretende analisar o papel desses atores, buscando sempre uma responsabilidade preventiva, papel cada vez mais relevante no âmbito do instituto da responsabilidade ambiental.

2. Gestores de risco

2.1. A cadeia produtiva

A responsabilidade da cadeia produtiva vai além da destinação final ambientalmente adequada dos resíduos, no âmbito da logística reversa ou do Plano de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos, abrangendo outros aspectos como o investimento no desenvolvimento, na fabricação e na colocação no mercado de produtos aptos à reutilização, reciclagem ou outra forma de disposição ambientalmente adequada, após o seu uso, bem como

¹ Professora associada da Faculdade de Direito da USP. Livre-docente, doutora e mestre em Direito pela USP. Superintendente de Gestão Ambiental da USP. Foi Secretária do Meio Ambiente do Estado de São Paulo.

² Doutoranda pelo Programa de Ciência Ambiental da USP (Procam). Especialista em gerenciamento costeiro pela Unesp. Advogada pela Faculdade de Direito da USP e bióloga pela Unesp.

investimento em produtos cuja fabricação e uso gerem a menor quantidade de resíduos sólidos possível; e a divulgação de informações relativas às formas de evitar, reciclar e eliminar os resíduos sólidos associados aos seus produtos.

Conforme apontado em estudo anterior,

*surge, no âmbito da PNRS, uma responsabilidade pela gestão de resíduos via participação em programas governamentais, nacional, estaduais ou municipais, bem como programas próprios de gestão de resíduos, impondo-se um dever de utilização de padrões sustentáveis de produção e consumo, de modo a atender as necessidades das gerações presentes, possibilitando-lhes melhores condições de vida, sem comprometer a qualidade ambiental e o atendimento das necessidades das gerações futuras.*³

Ou seja, ressalta-se que a produção sustentável depende não somente da destinação adequada dos resíduos, mas do desenvolvimento de novas tecnologias e de pesquisa, portanto, de investimentos.

São poucos os julgados que tratam da responsabilidade pós-consumo, sendo que um dos mais expressivos e que aborda a responsabilidade do produtor é do Tribunal de Justiça do Paraná, proferido nos autos da Ap.Civ 118.652-1, tendo como relator o desembargador Ivan Bortoleto.

Tratou-se de ação civil pública proposta pela Associação de Defesa e Educação Ambiental em face de uma empresa de refrigerantes. O acórdão do TJPR reconheceu a responsabilidade pós-consumo da empresa que engarrafava refrigerantes em material plástico tipo PET e determinou a

*adoção de providências em relação à destinação final e ambientalmente adequada das embalagens plásticas de seus produtos, e destinação de parte dos seus gastos com publicidade em educação ambiental, sob pena de multa.*⁴

³ LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 211.

⁴ Destacam-se alguns trechos da ementa: “Se os avanços tecnológicos induzem o crescente emprego de vasilhames de matéria plástica tipo PET (polietileno tereftalato), propiciando que os fabricantes que delas se utilizam aumentem lucros e reduzam custos, não é justo que a responsabilidade pelo crescimento exponencial do volume do lixo resultante seja transferida apenas para o governo ou a população. A chamada responsabilidade pós-consumo no caso de produtos de alto poder poluente, como as embalagens plásticas, envolve o fabricante de refrigerantes que delas se utiliza, em ação civil pública, pelos danos ambientais decorrentes. Esta responsabilidade é objetiva nos termos da Lei 7.347/85, arts. 1.º e 4.º da Lei Estadual 12.943/99, e arts. 3.º e 14, § 1.º, da Lei 6.938/81, e implica na sua condenação nas obrigações de fazer, a saber: adoção de providências em relação a destinação final e ambientalmente adequada das embalagens plásticas de seus produtos, e destinação de parte dos seus gastos com publicidade em educação ambiental, sob pena de multa” (grifos nossos). O Tribunal acolheu, ainda, o pedido de condenação da empresa “na obrigação de fazer, de recolhimento das embalagens dos produtos que vier a fabricar, após o consumo, quando deixadas em parques e praças, ruas, lagos, rios e onde forem encontradas”. Estipulou a obrigação de “dar início imediato a este recolhimento em todas as localidades nas quais distribuir seus produtos”. Facultou, porém, o cumprimento de obrigação alternativa, consistente na adoção de “procedimentos de reutilização e recompra, por preço justo, de no mínimo 50% (cinquenta por cento) das garrafas plásticas que produzir a cada ano, após o uso do produto pelos consumidores, a fim de dar-lhes destinação final ambientalmente adequada, assim entendida a utilização e reutilização de garrafas e outras embalagens plásticas em processos de reciclagem, e para a fabricação de embalagens novas ou para outro uso econômico”.

Determinou, por fim, que a empresa iniciasse uma campanha publicitária “às suas expensas, com destinação de no mínimo 20% (vinte por cento) dos recursos financeiros que vier a gastar anualmente com a promoção de seus produtos, na divulgação

Em sede de Recurso Especial (RESP nº 684.753 – PR), interposto pela empresa ré contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná, o Ministro Relator, acompanhado pela maioria da 4ª Turma do STJ, acatou a fundamentação do acórdão do TJPR salientando que a responsabilidade da empresa ré estava assentada em normas estaduais específicas e que não foram impugnadas em sede do Recurso Especial, razão pela qual negou provimento ao recurso.

Entretanto, o ministro Raul Araújo proferiu voto-vencido em sentido contrário, entendendo que uma decisão que responsabilize a empresa ré por um dano pós-consumo, originado pelo descarte de resíduos pelo consumidor, seria extrapolar a responsabilidade do fornecedor. Nesse sentido, o julgado resultaria em um precedente relevante, que poderia afetar as relações econômicas de produção e consumo existentes no país:

Mas, quero destacar a importância deste precedente para a jurisprudência que formaremos, pois estaremos responsabilizando o fabricante, não por danos causados ao meio ambiente em decorrência do processo produtivo, mas, sim, por dano pós-consumo, decorrente de resíduo do produto consumido, sem a existência de proibição legal na utilização, como insumo, da matéria prima tida por nociva, parte do fabricante. Quer dizer, se esse dano pós-consumo é considerado tão nocivo à coletividade, caberia ao poder público a edição de lei proibindo a utilização desses insumos na produção ou regulando o descarte do resíduo.

[...]

Então, existem inúmeras situações diante das quais estaremos formando um precedente que afetará as relações econômicas de produção e consumo existentes ou realizadas no País, à revelia de disciplina legal, talvez em desigualdade com o que ocorre em outros países desenvolvidos.

[...]

O problema é a repercussão que estamos dando. Estamos responsabilizando o fabricante por dano pós-consumo, o que, naturalmente, constituirá um precedente de dimensão transformadora da realidade econômica do País. Penso que a Quarta Turma deve deliberar se afetamos essas questões a um Colegiado mais amplo do Tribunal. (STJ – 4ª Turma – RESP nº 684.753 – PR – Min. Rel. Antonio Carlos Ferreira – 04.02.14)

Em relação ao caso objeto de análise naquele tribunal, ao se condenar a empresa em obrigação de fazer consistente em recolher as embalagens dos produtos que vier a fabricar, após o consumo, quando deixadas em parques e praças, ruas, lagos, rios e onde forem encontradas, feriu-se frontalmente a regra basilar da responsabilidade

de mensagens educativas de combate ao lançamento de lixo plástico em corpos d'água e no meio ambiente em geral, informando o consumidor sobre as formas de reaproveitamento e reutilização de vasilhames, indicando os locais e as condições de recompra das embalagens plásticas, e estimulando a coleta destas visando a educação ambiental e sua reciclagem", tudo sob pena de multa diária.

A decisão foi objeto de recursos perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, ainda não apreciados. Da análise do mencionado julgado, é possível perceber como a PNRS foi tímida em certos aspectos, trazendo apenas disposições gerais a respeito do gerenciamento de resíduos e, tão somente nos casos da logística reversa estabeleceu a obrigação de recolhimento e disposição ambientalmente adequada dos resíduos.

compartilhada, posto que o consumidor também é um dos gestores do risco. Transferir a responsabilidade do consumidor para o fabricante resulta em um grande desestímulo para mudanças de comportamento imprescindíveis para a efetivação da Política Nacional dos Resíduos Sólidos. Qual a razão para o consumidor se preocupar em jogar a embalagem nos coletores se, ao final, a responsabilidade será do fabricante?

Importante notar que a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos é vista como um conjunto de

atribuições individualizadas e encadeadas dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, dos consumidores e dos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos pela minimização do volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como pela redução dos impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos. (art. 3º, XVII, PNRS)

A viabilidade dessa forma de produção depende necessariamente da participação da sociedade, exigindo produtos sustentáveis e, principalmente, do poder público, por exemplo, via incentivos fiscais.⁵ Cabe ressaltar que a previsão de incentivos fiscais não tem saído da “letra fria da lei”. De fato, ao invés de se concederem incentivos, na prática, o que tem ocorrido, é a bitributação (resíduos de produtos que já foram tributados na sua produção voltam a ser tributados), o que também desestimula a transformação de produtos pós-consumidos e seus resíduos em novos produtos ou matérias-primas para novos produtos.

Quanto aos atores da cadeia produtiva, nos termos dos arts. 13 e 20 da PNRS, impõe-se a criação de plano de gerenciamento de resíduos sólidos para:

- i. resíduos dos serviços públicos de saneamento básico, salvo resíduos sólidos domiciliares e os resíduos de limpeza urbana, como os originários de varrição, limpeza de logradouros e vias públicas e outros serviços de limpeza urbana;
- ii. resíduos industriais (gerados nos processos produtivos e instalações industriais);
- iii. resíduos de serviços de saúde;
- iv. resíduos de mineração, decorrentes de pesquisa, extração ou beneficiamento de minérios;
- v. estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços que: a) gerem resíduos perigosos; e b) gerem resíduos que, mesmo caracterizados como não perigosos, por sua natureza, composição ou volume, não sejam equiparados aos resíduos domiciliares pelo poder público municipal;
- vi. empresas de construção civil, nos termos do regulamento ou de normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama;
- vii. responsáveis por terminais, incluindo portos, aeroportos, terminais alfandegários, rodoviários e ferroviários e passagens de fronteira; e

⁵ Em relação ao papel do poder público, a PNRS traz as seguintes previsões, no art. 7º: “XIII – estímulo à implementação da avaliação do ciclo de vida do produto; XIV – incentivo ao desenvolvimento de sistemas de gestão ambiental e empresarial voltados à melhoria dos processos produtivos e ao reaproveitamento dos resíduos sólidos, incluída a recuperação e o aproveitamento energético; XV – estímulo à rotulagem ambiental e ao consumo sustentável”.

- viii. responsáveis por atividades agrossilvopastoris, quando exigido por órgão do Sisnama, do SNVS ou do Suasa.

Nas hipóteses em que se exige o plano de gerenciamento de resíduos sólidos, há determinação de manutenção de informações completas sobre sua implementação e operacionalização junto ao órgão municipal competente, bem como monitoramento por responsável técnico habilitado de todas as etapas do plano, inclusive o controle da disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos.

Quando exigível, o plano de gerenciamento passa a ser parte integrante do procedimento de licenciamento do empreendimento ou atividade junto ao órgão competente do Sisnama, o que demonstra sua importância, bem como o papel fiscalizatório do órgão ambiental competente, no exercício do poder de polícia ambiental.

Nos termos dos art. 3º, III, e 14, § 1º, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), a responsabilidade do causador do dano ao meio ambiente é objetiva, ou seja, prescinde da perquirição da culpa. Além disso, não há qualquer distinção entre o causador direto ou indireto do dano, seja ele pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado.

A propósito, o art. 27, *caput* e § 1º, da PNRS é claro ao dispor que as pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pelo plano de gerenciamento de resíduos não terão sua responsabilidade excluída no caso de contratação de serviços de coleta, armazenamento, transporte, transbordo, tratamento ou destinação final de resíduos sólidos, ou disposição final de rejeitos em função do gerenciamento inadequado dos respectivos resíduos ou rejeitos.

Tal dispositivo está em total sintonia com as regras gerais aplicáveis à responsabilidade civil ambiental e apenas confirma a aplicabilidade da solidariedade ao caso, como, aliás, já era o entendimento predominante em doutrina e em jurisprudência.

Paralelamente, conforme já apontado em estudo anterior,

[...] introduz-se a mencionada responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto, com o estabelecimento do papel dos gestores do risco. Os fabricantes e os importadores ficam obrigados a cuidar da destinação ambientalmente adequada dos produtos e embalagens reunidos ou devolvidos, e da disposição ambientalmente adequadas de seus rejeitos. Por outro lado, os distribuidores e os comerciantes terão responsabilidade restrita à devolução aos fabricantes ou aos importadores desses produtos e embalagens reunidos ou devolvidos.⁶

É de se apontar, porém, que a responsabilidade compartilhada apresenta-se como exceção à regra geral de solidariedade apenas no âmbito respectivo de atuação dos gestores do risco, regramento essencial que distingue os papéis dos gestores do risco.

Resumindo: não se pode cobrar do consumidor aquilo que deve ser feito pelo fabricante. Não faria sentido determinar que o consumidor dê a destinação ambientalmente adequada ao produto ou resíduo.

⁶ LEMOS, 2012, p. 215.

E a recíproca é verdadeira: não se deve exigir do fabricante aquilo que deve ser feito pelo consumidor. Isso, levando-se em conta a categoria do “consumidor informado” e que tenha acesso a locais para a devolução do produto ou resíduo, conforme será esclarecido no próximo item.

2.2. O consumidor

A proteção ao consumidor, conforme previsão no Código de Defesa do Consumidor, deve incluir o amplo direito à informação. Conforme mencionado, a PNRS lista como responsável, além dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, também o consumidor.

Quanto à responsabilidade do consumidor, a Lei a limita, dele exigindo, sempre que estabelecido sistema de coleta seletiva pelo plano municipal ou na aplicação de seu art. 33, o acondicionamento adequado e diferenciado dos resíduos sólidos gerados e a disponibilização adequada dos resíduos reutilizáveis e recicláveis para coleta ou devolução (art. 35, I e II).

Por outro lado, cabe ao consumidor realizar a devolução após o uso, aos comerciantes ou distribuidores, dos produtos e embalagens objeto de logística reversa (art. 33, § 4º), conforme informação recebida da cadeia produtiva. Ora, não há como impor ao consumidor responsabilidade além do âmbito mencionado.

É de se ressaltar que a

utilização pelo legislador do vocábulo ‘consumidor’, da forma como foi realizada na PNRS, não foi feliz e pode dar margem a discussões a respeito da figura desse gestor de riscos. Seria muito melhor uma referência geral ao ‘possuidor’ do resíduo, conforme se verifica nas Diretivas da União Europeia, que preferiram conceitos mais abertos.⁷

A Diretiva 2008/98/CE traz a distinção entre o **produtor de resíduos**, entendido como qualquer pessoa cuja atividade produza resíduos ou que efetue operações de pré-processamento, de mistura ou outras, que conduzam a uma alteração da natureza ou da composição dos resíduos; e o **detentor de resíduos**, entendido como o produtor de resíduos ou a pessoa singular ou jurídica que tenha a sua posse.

Nesse sentido, não se pode negar que a conscientização e a educação são pressupostos essenciais para que o consumidor cumpra com o seu papel. Entretanto, o consumidor deve ser visto como agente ativo dos sistemas de logística reversa, tendo que cumprir com seus deveres, assim como os demais atores listados pela PNRS. Até mesmo do ponto de vista operacional, vale lembrar que os sistemas de logística não se sustentam a partir do momento em que o resíduo não é voluntariamente e adequadamente devolvido pelo consumidor, conforme mencionado.

⁷ LEMOS, 2012, p. 215.

2.3. O poder público

A sistemática pós-consumo depende de uma efetiva participação do poder público, que poderá atuar por meio de sua **competência legislativa**, que diz respeito, entre outras coisas, à elaboração de planos de resíduos sólidos nas esferas federal, estadual e municipal; à criação do Sistema Nacional de Informações sobre a Gestão dos Resíduos Sólidos (Sinir); e ao estabelecimento de padrões de qualidade ambiental, inclusive no âmbito da produção e distribuição de bens.

Ainda, o poder público poderá atuar por meio de sua **competência material**, via monitoramento e fiscalização ambiental, sanitária e agropecuária; disposição de incentivos fiscais, financeiros e creditícios; licenciamento e revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras; incentivo à adoção de consórcios ou outras formas de cooperação entre os entes federados; entre outros.

Ademais, conforme preceitua o art. 29 da Lei nº 12.305/2010, há previsão de responsabilidade subsidiária do poder público, a quem cabe atuar “com vistas a minimizar ou cessar o dano, logo que tome conhecimento de evento lesivo ao meio ambiente ou à saúde pública relacionado ao gerenciamento de resíduos sólidos”.

Vale destacar uma crítica feita a esse dispositivo em estudo anterior:

[...] Muito já se discutiu a respeito da responsabilidade solidária ou subsidiária do Estado. De fato, para fins de gerenciamento de resíduos, o papel do Poder Público é fundamental, seja legislando para dar cumprimento às disposições da PNRS, seja exercendo seu papel fiscalizatório. Não nos parece adequado afrouxar a malha protetiva do meio ambiente, permitindo que o Poder Público responda apenas subsidiariamente. Tal disposição enfraquece a sistemática de proteção integral e de responsabilidade compartilhada.⁸

Um julgado bastante controverso envolvendo os riscos ambientais e à saúde, advindos das atividades potencialmente nocivas de um aterro sanitário localizado no município de Nova Iguaçu, sob administração da concessionária *Central de Tratamento de Resíduos (CTR-NI)*, o qual recebia resíduos provenientes de municípios vizinhos, nos termos de contrato administrativo celebrado após licitação, resultou da apreciação do AgRg na RCDESP na Suspensão de Segurança 2.479/RJ, pela Corte Especial do STJ,⁹ que ao final restou provido por maioria.

Em seu voto-vencedor, o relator ministro Ari Parglender bem sintetizou o dilema enfrentado na presente decisão:¹⁰

⁸ LEMOS, 2012, p. 227-228.

⁹ “Pedido de suspensão de segurança. Processamento de resíduos sólidos originários de municípios vizinhos no aterro sanitário do Município de Nova Iguaçu. Lesão à ordem e à saúde públicas. O pedido de suspensão dos efeitos de decisão judicial é prerrogativa do Poder Público, e é sob o viés deste que deve ser examinado – na espécie, o Município de Nova Iguaçu. O meio ambiente e a saúde da população dos demais Municípios também devem ser protegidos, mas não às custas da população de um Município que, cumprindo seu papel, deu tratamento adequado aos resíduos sólidos. Agravo regimental desprovido [sic, provido]” (AgRg na RCDESP na SS 2479/RJ, Corte Especial, j. 07.12.2011, rel. Min. Ari Parglender,).

¹⁰ Na mesma linha, Cf. o voto do ministro Teori Zavascki: “Está muito clara a situação de que o lixo é um problema para todo mundo. O Município de Nova Iguaçu, com recursos de seus contribuintes, estabeleceu um serviço municipal de aterro sanitário. A pergunta é essa: é legítimo que os outros Municípios se apropriem, de certo modo, desse serviço de Nova Iguaçu por

O caso é emblemático, porque – qualquer que seja – o respectivo desate trará algum prejuízo. A interrupção do processamento de lixo dos Municípios vizinhos pode acarretar danos ao meio ambiente destes. Já o processamento desse lixo no Município de Nova Iguaçu provoca, nas condições reconhecidas nos autos (lixo originário de hospitais, laboratórios farmacêuticos, indústrias químicas e clínicas médicas, transportado diariamente pelas vias urbanas em trezentos e cinquenta caminhões que derrubam chorume), danos ao meio ambiente e – o que é mais grave – danos à saúde da população que nele reside. [...] O meio ambiente e a saúde da população dos demais Municípios também devem ser protegidos, mas não às custas da população de um Município que, cumprindo seu papel, deu tratamento adequado aos resíduos sólidos. Voto, por isso, no sentido de dar provimento ao agravo regimental, restabelecendo a decisão de fl. 107/111, que deferiu o pedido de suspensão.

Em voto-vista divergente, por sua vez, a ministra Nancy Andrighi se manifestou pelo desprovimento do referido agravo regimental, contrapondo outra série argumentativa:

Neste processo, não há como ter segurança absoluta quanto aos fatos que deram origem à lide. Temos, de um lado, o Município de Nova Iguaçu alegando graves danos ambientais decorrentes do acúmulo de lixo no aterro sanitário regional, se mantidas as autorizações de recebimento de resíduos conforme o modelo vigente antes de exarado o Decreto Municipal 8.994/2011; e, de outro lado, a CTR afirmando que a mesma situação de risco estaria presente caso as autorizações fossem revogadas, já que ‘nas regiões onde não há centro de tratamento de lixo, recorrem-se a vazadouros a céu aberto, que colocam em risco a saúde da população e a higidez ambiental dos recursos naturais. Esta afirmação da CTR vem embasada pelo próprio Estado do Rio de Janeiro, através do Inea – Instituto Estadual do Ambiente, órgão licenciador ambiental do Estado Fluminense, que interveio nos autos do mandamus favoravelmente à manutenção da liminar e concessão da ordem requerida pela CTR’. É absolutamente coerente a decisão dada pelo i. Min. Presidente, no sentido de que o princípio da precaução recomenda que se evitem danos ambientais imediatos. Todavia, se há alegação, acompanhada de sólido aparato probatório, de ambas as partes afirmando que danos ambientais podem ser gerados a partir de qualquer das decisões que se tome nestes autos, referido princípio da precaução poderia servir de argumento, tanto para o deferimento, como para o indeferimento da medida liminar. Em situações como essas, entendo que de melhor alvitre seja manter o quanto ficou decidido pelo Tribunal local que, por estar mais próximo dos fatos e por ter maior vivência quanto às peculiaridades do Estado e dos Municípios que destinam seus

meio de uma concessionária? Na verdade, a concessionária, atuando em nome de interesse privado, fez convênios com outros Municípios. No fundo, ela está defendendo o interesse particular dela. Até que em nome do princípio federativo, que dá uma autonomia administrativa e financeira, além de uma autonomia jurídica e política aos Municípios, em nome desse princípio federativo, não se mostra legítima a postulação de outros municípios, de se servirem, à falta de iniciativas próprias, de um serviço municipal estabelecido por um município vizinho”.

resíduos a Nova Iguaçu, pode ter maiores condições de avaliar qual dos interesses é mais urgente tutelar”. [...] Some-se a isso o fato de que, como bem observado pelo i. Min. Felix Fischer em sua decisão [...], o potencial risco gerado para o aterro regional se realizaria no futuro, com o esgotamento de sua capacidade, ao passo que o prejuízo aos Municípios vizinhos parece ser imediato. Também é digno de nota o fato de que o Ministério Público local [...] também opinou pela manutenção do acórdão do TJ/RJ, o qual restabeleceu as autorizações que haviam sido anuladas pelo Decreto Municipal 8.994/2011. [...] ‘a declaração de nulidade das autorizações traz grave prejuízo ao meio ambiente, causando danos à população de toda a região metropolitana. Onde, de uma hora para outra e sem qualquer planejamento ambiental, se colocarão 3.000 toneladas/dia destinadas ao aterro administrado pela impetrante?’.

Vale destacar que, no “Capítulo V” da Política Nacional de Resíduos Sólidos, encontram-se previstos diversos instrumentos econômicos aplicáveis à gestão compartilhada e integrada de resíduos, restando estipulado que o poder público poderá instituir medidas indutoras e linhas de financiamento para atender, prioritariamente, dentre outros, às iniciativas de estruturação de sistemas de logística reversa e de coleta seletiva, o que poderá ocorrer, por exemplo, via cessão de terrenos públicos, subvenções econômicas e pagamento por serviços ambientais, bem como por meio de incentivos fiscais, financeiros e creditícios (art. 42, V, da Lei 12.305/2010 e art. 80 de seu Decreto Regulamentador – Dec. 7.404/2010).¹¹

Com efeito, os municípios poderão criar, na forma de leis municipais, incentivos econômicos voltados para aqueles consumidores que venham a participar, de fato, do sistema de coleta seletiva estabelecido (art. 35, parágrafo único, da PNRS), com o intuito de estimular a mudança de comportamento da população na gestão de resíduos domiciliares.

Não obstante a PNRS tenha instituído instrumentos econômicos para encorajar a implementação da logística reversa e da coleta seletiva, não restam afastados, mas combinados, os tradicionais mecanismos de comando e controle, como a possibilidade de aplicação de penalidades administrativas (como multas e advertências), na hipótese de descumprimento das obrigações correspondentes.¹²

3. A logística reversa e suas consequências em relação à responsabilidade compartilhada

3.1. A responsabilidade compartilhada no setor empresarial

Para além do consumidor e do poder público, a responsabilidade pelo ciclo de vida dos produtos abrange também o setor empresarial como um todo, dividindo-se as

¹¹ MENDES, João Múcio Amado; LEMOS, Patricia Faga Iglecias. *Sustainable Production and Consumption in Brazil: an Approach towards Economic and Legal Instruments from National Solid Waste Policy*. In: International Solid Waste Association World Congress, 2013, Viena. ISWA World Congress Proceedings. Viena: ISWA, 2013.

¹² *Ibidem*.

responsabilidades conforme as atividades desenvolvidas por cada segmento do setor, quais sejam, fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes.¹³

Nesse sentido, o art. 33, §§ 5º e 6º, da Lei nº 12.305/2010 delimita, expressamente, a responsabilidade de cada um dos segmentos mencionados acima:

- **Comerciantes e distribuidores:** deverão efetuar a devolução aos fabricantes ou aos importadores dos produtos e embalagens reunidos ou devolvidos na forma dos §§ 3º e 4º;
- **Fabricantes e os importadores:** darão destinação ambientalmente adequada aos produtos e às embalagens reunidos ou devolvidos, sendo o rejeito encaminhado para a disposição final ambientalmente adequada [...].¹⁴

Muito embora a PNRS defina responsabilidades específicas para cada segmento, na prática as empresas encontram certas dificuldades no cumprimento de suas atribuições. Há segmentos, como no caso dos óleos lubrificantes, em que empresas se enquadram em mais de um setor, ou até mesmo em todos, quando importam, produzem e comercializam. Em outros casos, há dúvidas acerca do enquadramento de empresas, a exemplo daquelas que apenas detêm a marca de um produto fabricado por terceiro. Ou mesmo aquelas que fabricam produtos complexos compostos por outros produtos – como ocorre no setor automobilístico –, podendo ser enquadradas nas categorias de consumidor, fabricante e até mesmo de comerciante.

Apesar da segmentação das responsabilidades na PNRS, seguindo a lógica da responsabilidade compartilhada, os acordos setoriais e termos de compromissos demonstram que, na prática, há certos impasses no cumprimento estrito do disposto na lei.

Nos casos em que um ou mais setores se reúnem para a implementação de um sistema, as obrigações adicionais acabam sendo assumidas para que os sistemas se sustentem.

3.2. Implicações práticas da responsabilidade compartilhada

A logística reversa, que tem como fundamento a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto, deve ser entendida como um processo de planejamento, implementação e controle do fluxo efetivo e eficiente de matérias-primas, do inventário em curso, bem como dos bens acabados e da informação relacionada, desde o ponto de consumo até o de origem, tendo como propósito a recuperação de valor ou promoção da sua disposição final ambientalmente adequada.¹⁵

A PNRS, ao tratar da logística reversa (art. 3º, XII), de forma ampliativa, conceitua-a como um instrumento de desenvolvimento econômico e social consistente em ações,

¹³ Vide art. 30 da PNRS.

¹⁴ Art. 33, §§ 5º e 6º da PNRS.

¹⁵ ROGERS, Dale S.; TIBBEN-LEMBKE, Ronald S. *Going backwards: reverse logistics trends and practices*. Reno: University of Nevada, Reverse Logistics Executive Council, 1998, p. 2. Disponível em: [www.rlec.org/reverse.pdf]. Acesso em: 28.03.2014. A respeito da distinção entre logística reversa e logística direta, Cf. também: LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; SODRÉ, Marcelo Gomes; ANDRADE, Rita Morais de; LEITÃO, Manuela Prado; GUNN, Lisa; MENDES, João Múcio Amado. Consumo sustentável. In: LEMOS; SILVA; OLIVA (coords.). *Caderno de investigações científicas*. Brasília: ENDC, DPDC-Senacon, p. 169. v. 3. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team={A0FC0A0A-687A-423E-A00A-37E4802B2AE1}]. Acesso em: 28.03.2014.

procedimentos e meios para possibilitar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial para reaproveitamento ou destinação ambientalmente adequada.

No caso dos produtos sujeitos ao sistema de logística reversa, impõem-se aos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes a estruturação e a implementação de sistemas, mediante retorno dos produtos após o uso do consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos.

Como apontamos, cuida-se de disposição aplicável igualmente aos agrotóxicos, seus resíduos e embalagens, outros produtos cuja embalagem, após o uso, constitua resíduo perigoso, pilhas e baterias, pneus, óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens, lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista e produtos eletroeletrônicos e seus componentes.¹⁶

O rol é exemplificativo e pode ser ampliado a depender da viabilidade técnica e econômica da realização da logística reversa, o grau e a extensão do impacto à saúde e ao meio ambiente. De forma geral, nas hipóteses de sujeição à sistemática da logística reversa, cabe aos atores da cadeia produtiva tomar todas as medidas necessárias para a sua implementação e operacionalização, podendo adotar as seguintes ações: i) implantação de procedimentos de compra de produtos ou embalagens usados; ii) disponibilização de postos de entrega de resíduos reutilizáveis e recicláveis; e iii) atuação em parceria com cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis. São responsáveis, pois, pela destinação e disposição ambientalmente adequada dos resíduos e dos rejeitos.

A PNRS, em seu artigo 33, § 1º prevê a implementação dos sistemas de logística reversa por meio de três diferentes formas, sendo: I – acordos setoriais; II – regulamentos expedidos pelo poder público; e III – termos de compromisso.

Os acordos setoriais são caracterizados por um contrato firmado entre o poder público e um ou mais setores: fabricantes, importadores, distribuidores ou comerciantes, tendo em vista a implantação da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto.

Por meio do acordo setorial, associações e sindicatos assumem uma cadeia de responsabilidades de ações para a implementação de etapas da logística reversa, de forma acordada com o Ministério do Meio Ambiente. Muito embora a implementação da logística reversa seja uma obrigação legal, a adesão aos acordos é voluntária.

Conforme informações disponíveis no sítio eletrônico do Ministério do Meio Ambiente do Governo Federal,¹⁷ já foram assinados acordos setoriais referentes às embalagens plásticas de óleo lubrificante, às lâmpadas fluorescentes de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista e às embalagens em geral.

Ademais, para além dos acordos setoriais, outros sistemas de logística reversa foram implementados por meio de leis e atos normativos específicos, abrangendo embalagens de agrotóxicos,¹⁸ óleo lubrificante usado ou contaminado (Oluc),¹⁹ pilhas e baterias²⁰ e pneus inservíveis.²¹

¹⁶ Cf. art. 33, I a VI, PNRS.

¹⁷ <<https://bit.ly/2Cfj72q>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

¹⁸ Lei Federal nº 7.802/1989; Lei Federal nº 9.974/2000; Decreto Federal nº 4.074/2002; e Resolução Conama nº 465/2014.

¹⁹ Resolução Conama nº 362/2005.

²⁰ Resolução nº 401, de 04 de novembro de 2008 e Instrução Normativa Ibama nº 8, de 30 de setembro de 2012.

²¹ Resolução Conama nº 416/2009.

Ainda, estão em discussão acordos setoriais para implementação da logística reversa de eletroeletrônicos (edital de chamamento publicado em 2013) e medicamentos (edital de chamamento publicado em 2013 e 2014), sendo que, em ambos os casos, já foi aprovada a viabilidade técnica e econômica da implantação dos respectivos sistemas.

O poder público poderá ainda celebrar acordos individualizados (termos de compromissos) com setores empresariais, formados por fabricantes, importadores, distribuidores e/ou comerciantes, estabelecendo um sistema de logística reversa. Os termos de compromisso acabam sendo celebrados nas hipóteses em que não há, em uma mesma área de abrangência, acordo setorial ou regulamento específico abrangendo determinado tipo de resíduo, ou para a fixação de compromissos e metas mais exigentes do que os previstos em acordos setoriais ou regulamentos.

Ou seja, no caso dos termos de compromissos, o poder público possui autonomia para firmar acordos abrangendo as demandas locais de certos tipos de resíduos. Se por um lado tal medida visa garantir a efetividade da implantação de sistemas de logística reversa adequados a realidades específicas, por outro lado, para os setores que atuam no Brasil inteiro aderir a uma pluralidade de acordos com diferentes obrigações se torna inviável do ponto de vista econômico e operacional.

A partir dessa constatação, sugere-se que os acordos setoriais trariam maior segurança jurídica para o setor empresarial, posto que seriam obrigações a serem cumpridas no território nacional como um todo. Entretanto, não é o que se vê na prática.

Os acordos setoriais já firmados até o momento com o Governo Federal estão sujeitos a constantes questionamentos, inclusive judiciais, com demandas de revisão das obrigações pactuadas.

O que se deve ter em mente é que o país ainda está em um estágio embrionário de desenvolvimento dos sistemas de logística reversa. As características físicas do território nacional são muito peculiares e desafiadoras. Com isso, os acordos precisam ser colocados em prática para que possam ser identificadas as eventuais falhas dos modelos criados.

Sempre será possível aprimorar os modelos e discuti-los, porém, questionamentos que levem à suspensão das atividades previstas em acordos setoriais ou em termos de compromisso podem comprometer a viabilidade técnica e econômica de projetos como um todo. Setores que, pioneiramente, anteciparam-se na implementação de projetos não podem ser punidos em detrimento daqueles que sequer atendem ao mínimo disposto na PNRS.

Nesse sentido, percebe-se que o Brasil ainda não possui um consenso sobre um modelo efetivo de operacionalização da logística reversa pelos segmentos públicos e privados envolvidos. Entretanto, as fiscalizações e acompanhamentos devem garantir a continuidade das ações práticas de setores que já estão mobilizados, sempre buscando a evolução dos sistemas.

4. Conclusões

Hoje, nos termos da Lei nº 12.305/2010, é possível concluir que a responsabilidade pós-consumo é uma hipótese de responsabilidade preventiva, que tem sustentação nos termos da teoria do interesse tutelado pela ordem jurídica. É possível reconhecer, na ausência de destinação/disposição ambientalmente adequadas de resíduos e/ou produtos pós-consumidos,

a ocorrência de lesão ao interesse difuso de manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos do disposto no art. 225 da Constituição Federal de 1988.

Assim, a responsabilização da cadeia envolvida no pós-consumo se dá de forma preventiva, sem que seja preciso verificar a ocorrência de um dano em seu aspecto naturalístico, ou seja, há responsabilidade por dano futuro.

Antevendo-se um dano, há que se impor obrigações de fazer e de não fazer tanto à cadeia produtiva quanto ao consumidor, conforme dispõe a PNRS. Trata-se de verdadeira responsabilidade preventiva, o que, de qualquer forma, atende ainda aos ditames da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981), ao dispor, em seu art. 3º, III, que poluição consiste na

degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Entretanto, é importante notar que, no caso concreto, “pode haver dano residual quando os atores responsáveis adotam todas as medidas cabíveis e previstas na PNRS e mesmo assim o dano é perpetrado”.²²

Supondo que os atores responsáveis tenham adotado todas as medidas cabíveis e previstas na PNRS, implementando sistema de logística reversa efetivo, e o consumidor informado deixa de entregar os resíduos, jogando embalagens em rios, áreas públicas etc., sem dúvida estaremos diante de um dano ambiental. Entretanto, em tais hipóteses, não será possível aplicar a sistemática da responsabilidade preventiva adotada pela PNRS. Obrigatoriamente, será caso de recorrer ao sistema tradicional de responsabilização, ou seja, aferição do dano, do nexos causal e do responsável no caso concreto.

Referências bibliográficas

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias et al. Consumo sustentável. In: LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; SILVA, Juliana Pereira da; OLIVA, Amaury Martins. (Coords.). *Caderno de investigações científicas*. v. 3. Brasília: ENDC; DPDC-Senacon. p. 169.

MENDES, João Múcio Amado; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Sustainable production and consumption in Brazil: an approach towards economic and legal instruments from national solid waste policy*. In: International Solid Waste Association World Congress, 2013, Vienna. Vienna: ISWA, 2013.

ROGERS, Dale S.; TIBBEN-LEMBKE, Ronald S. *Going backwards: reverse logistics trends and practices*. Reno: Reverse Logistics Executive Council, 1998. p. 2. Disponível em: <www.rlec.org/reverse.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2014

²² LEMOS, 2012, p. 237.

As cavidades naturais subterrâneas como bens ambientais especialmente protegidos

The underground natural cavities as specially protected environmental assets

Rafael Tocantins Maltez¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Charles dos Santos Cabral Rocha²

Advogado

Resumo: este estudo, que versa sobre as cavidades naturais subterrâneas, objetiva qualificá-las juridicamente como bem ambiental e espaço territorial especialmente protegido, e a partir daí afiançar que eventual alteração ou supressão desse patrimônio natural coletivo só poderá ocorrer se devidamente autorizada por lei. Para realizar a tarefa, conta-se com o apoio da técnica de pesquisa bibliográfica, necessária para reunir o referencial teórico disponível sobre a matéria, particularmente doutrina especializada (jurídica e extrajurídica), legislações, projetos de lei, jurisprudências, pareceres e dados de órgãos oficiais. Finda a pesquisa, duas conclusões vêm à tona: (i) as cavidades naturais subterrâneas podem ser juridicamente consideradas bens ambientais e espaços territoriais especialmente protegidos; e (ii) o Decreto n. 6.640/2008, que dispõe sobre a proteção das cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional, é inconstitucional porque ao modificar o Decreto n. 99.556/1990 alterou e suprimiu a proteção até então existente por meio de decreto e não de lei, em violação ao art. 225, § 1º, inc. III da Constituição Federal.

Palavras-chave: Direito Ambiental. Cavidades naturais subterrâneas. Bens Ambientais. Espaços ambientais especialmente protegidos. Decreto n. 6.640/2008.

Abstract: this study focus on underground natural cavities in Brazil and seeks to qualify them as environmental assets and territorial spaces which are to receive special protection, under the terms of article 225, paragraph 1, III, of the Brazilian Constitution, to point out afterwards that any alteration or suppression of this natural assets of common use are allowed only by means of law. In order to accomplish this task, the reliable bibliographical references available on the subject, particularly in specialized doctrine (legal and non-legal), laws, bills, jurisprudence, and data from national and international institutions was collected and analyzed. After this research, two conclusions came to light:

¹ Doutor em Direito Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito do Consumidor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura. Professor no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas.

² Bacharel em Direito, graduado pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas. Pós-Graduando em Direito Militar pela Escola Paulista de Direito. Advogado em São Paulo.

(i) the natural underground cavities can be legally considered environmental assets and territorial spaces which are to receive special protection; and (ii) The Decree n. 6,640 / 2008, which provides for the protection of underground natural cavities in the Brazilian territory, is unconstitutional because it suppressed the existing protection not by law but by modifying the Decree no. 99,556 / 1990, in violation of the article 225, paragraph 1, III, of the Brazilian Constitution.

Keywords: Environmental Law. Underground natural cavities. Environmental Assets. Environmental spaces especially protected. Decree n. 6.640/2008.

1. Introdução

O estudo jurídico das cavidades naturais subterrâneas³ ainda é bastante tímido, assim como a respectiva regulamentação e proteção, não obstante a sua grande importância para o povo brasileiro, especialmente quando se tem em mente o usufruto das presentes e futuras gerações. A complexidade desse patrimônio natural, no entanto, tem suscitado estudos em diversas áreas do conhecimento, como ecologia, geologia, biologia, hidrologia, arqueologia, paleontologia, antropologia, em especial porque abrigam sítios geológicos, arqueológicos, paleontológicos e espécies endêmicas.

Por essa razão, pode-se afirmar que as cavernas têm importância multifacetada em termos de cultura, recursos hídricos, lazer e equilíbrio ambiental. A espeleologia (do grego *spelaiion*: cavernas, e *logos*: estudo), por exemplo, dedica-se a produzir conhecimento sobre as cavidades naturais subterrâneas. A biomimética é outra ciência que pode utilizar as cavidades naturais subterrâneas como fontes de pesquisa; seu escopo é estudar as estruturas biológicas e respectivas funções, procurando aprender com a natureza, identificar suas estratégias e soluções, com vistas a utilizar todo o conhecimento adquirido para a compreensão do fenômeno natural. A designação “biomimética” provém da combinação das palavras gregas *bíos*, que significa vida, e *mimesis*, que significa imitação. Em outros termos, biomimética é a imitação da vida⁴.

Invocar a biomimética na introdução deste estudo é importante para jogar luz sobre a grande importância da proteção e da conservação das cavernas naturais encontradas em solo brasileiro. Afinal, como afirma Feldmann (2014, não paginado): “A biodiversidade subterrânea pode trazer muitas possibilidades em termos de novos medicamentos e mesmo inspirar o setor empresarial a inovações decorrentes desse novo conceito de biomimética”. Mas não é só. A beleza e as formas exóticas das cavernas acabam fomentando outras atividades como o ecoturismo e o sustento de pessoas que utilizam a natureza como fonte de renda, como ocorre na cidade de Bonito, estado de Mato Grosso do Sul.

³ O art. 1º, parágrafo único, do Decreto n. 99.556/1990, alterado pelo Decreto n. 6.640/2008, assim define cavidade natural subterrânea: “todo e qualquer espaço subterrâneo acessível pelo ser humano, com ou sem abertura identificada, popularmente conhecido como caverna, gruta, lapa, toca, abismo, furna ou buraco, incluindo seu ambiente, conteúdo mineral e hídrico, a fauna e a flora ali encontrados e o corpo rochoso onde os mesmos se inserem, desde que tenham sido formados por processos naturais, independentemente de suas dimensões ou tipo de rocha encaixante”.

⁴ Por exemplo, o desenvolvimento de um braço semelhante à estrutura da lagartixa, no nível celular biomimético.

As cavidades naturais subterrâneas ou cavernas compõem um rico ecossistema com peculiaridades únicas. A ausência de luz e a falta de vegetação permitem o desenvolvimento de seres especiais nesses ambientes adversos, como os troglóbios. Essas características, por si sós, já seriam suficientes para aprofundar a riqueza desse patrimônio natural e, especialmente, reconhecer a importância de sua proteção.

2. Definição de bem ambiental

Objeto do direito ambiental, o bem ambiental é considerado de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida de todos os cidadãos (art. 225, *caput*, da CF). Trata-se de bem difuso⁵, de titularidade da coletividade (do povo) e indeterminável⁶, transindividual – pertence a cada um e a todos ao mesmo tempo, pois não está na disponibilidade privada ou pública⁷ –, autônomo, de natureza pública⁸ e de interesse coletivo⁹⁻¹⁰. O bem ambiental, em sua integralidade, é considerado macrobem (inapropriável, indivisível e

⁵ “Para muitos estudiosos do Direito, na classificação de bens, está superada a dicotomia *público e privado* apontada. Surge o conceito de *bem difuso*, sendo seu exemplo típico o meio ambiente, protegido pelo art. 225 da Constituição Federal e pela Lei 6.938/1981. O bem ambiental é, nessa visão englobadora, um bem difuso, material ou imaterial, cuja proteção visa assegurar a sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações. Essa é a melhor concepção *civil-constitucional* do meio ambiente, visando à proteção das presentes e futuras gerações, ou seja, amparando-se direitos *transgeracionais* ou *intergeracionais*” (TARTUCE, 2016, p. 209, grifo do autor). “O bem ambiental, por ser *difuso*, caracteriza-se como uma terceira categoria de bens, que se associa à dos bens *públicos* e à dos bens *privados*” (NERY JUNIOR; NERY, 2009, p. 688, grifo do autor). “O bem ambiental agrega uma dimensão patrimonial e extrapatrimonial, constituindo-se a um só tempo em coisa fora do comércio e em componente indispensável da organização social. Sendo o bem ambiental do povo, de titularidade indeterminável e objeto indivisível, a conclusão inexorável é de que se trata de um bem difuso” (RODRIGUES, 2013, p. 75). “O meio ambiente é um bem difuso de interesse coletivo” (MILARÉ, 2013, p. 506, 511).

⁶ “Toda a sociedade é titular de tal direito [direito difuso], incidindo sobre os bens ambientais uma multiplicidade de interesses (patrimoniais, e não patrimoniais, individuais, coletivos e difusos). [...] A natureza difusa do bem jurídico ambiental, que jamais pode ser confundida com natureza pública (em sentido estrito), implica a fusão dos universos público e privado, mas sempre permeado pela prevalência do interesse de toda a coletividade na sua proteção, bem como pela limitação ao interesse privado e público (secundário) quando esses se colocarem em rota de colisão com a tutela ecológica” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 324, 328-329). Bem ambiental é também concebido como “de natureza difusa, material ou imaterial, cujos titulares são indetermináveis e indeterminados” (NERY JUNIOR; NERY, 2009, p. 688).

⁷ No Estado democrático ambiental, “o bem ambiental deve pertencer à coletividade, e não integra o patrimônio disponível do Estado, impedindo o uso irracional e autoritário do patrimônio ambiental pelo poder público e pelo particular” (LEITE; AYALA, 2014, p. 48).

⁸ “O meio ambiente, embora como interesse (visto pelo prisma da legitimação para agir) seja uma categoria *difusa*, como macrobem jurídico é de *natureza pública* [...] verdadeira *‘universatis corporalis’* – é *imaterial*, não se confundindo com esta ou aquela coisa material (floresta, rio, mar, sítio histórico, espécie protegida etc.) que o forma, manifestando-se, ao revés, como o complexo de bens agregados que compõem a realidade ambiental. Assim, o meio ambiente é bem, mas bem como entidade que se destaca dos vários bens materiais em que se firma, ganhando proeminência, na sua identificação, muito mais o valor relativo à composição, característica ou utilidade da coisa do que a própria coisa. Uma definição como esta de meio ambiente, como macrobem, não é incompatível com a constatação de que o complexo ambiental é composto de entidades singulares (as coisas, por exemplo) que, em si mesmas, também são bens jurídicos: é o rio, a casa de valor histórico, o bosque com apelo paisagístico, o ar respirável, a água potável” (VASCONCELOS apud SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 329-330).

⁹ “A titularidade difusa (de toda a coletividade) que caracteriza o direito a viver em um ambiente sadio, equilibrado e seguro não deixa pairar qualquer dúvida a respeito da natureza pública do Direito Ambiental. [...] A consagração da proteção jurídica ambiental sob o regime de direito fundamental também reforça a natureza pública inerente ao Direito Ambiental. De igual maneira, o papel ou a tarefa atribuída constitucionalmente ao Estado na consecução do objetivo de assegurar o equilíbrio ecológico, sob a fórmula dos deveres de proteção, também incorpora definitivamente o Estado na relação jurídica ambiental, fortalecendo o regime jurídico de natureza pública que lhe dá sustentação” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 372, 373).

¹⁰ “O meio ambiente consiste no equilíbrio ecológico (macrobem) e na higidez do meio e dos recursos naturais, sendo bem público, essencial, comum, geral, difuso, indissociável da qualidade dos seus constitutivos, indivisível, indisponível, imprescritível, inalienável e impenhorável. Esse bem é objeto necessário de proteção e defesa pelo Poder Público e pela coletividade, os quais devem, em conjunto, zelar continuamente por ele” (MILARÉ, 2013, p. 511).

indisponível)¹¹ (LEITE; AYALA, 2014, p. 253). A titularidade dos bens ambientais pertence às presentes e às futuras gerações.

O conceito de bem ambiental de uso comum do povo não se confunde com o do direito administrativo, inscrito no art. 99 do Código Civil brasileiro. Para o direito ambiental, bens de uso comum do povo são aqueles inseridos no art. 3º, inc. V, da Lei n. 6.938/1981: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora em relações e interações que propiciam a vida em todas as suas formas. Estes microbens ambientais (partes) compõem o meio ambiente ecologicamente equilibrado (macrobem ambiental – o todo).

Considerar o bem ambiental como de uso comum do povo significa permitir que seja desfrutado por qualquer pessoa ou por todas, não cabendo somente a um indivíduo, categoria, classe, grupo ou empresa privada: todos são titulares deste direito. Refere-se, pois, à coletividade de pessoas indeterminadas.

Na ideia de bem atribuído à coletividade gravitam o direito de uso e o dever de conservação, de forma a assegurar às próximas gerações as mesmas condições que se tem hoje. O direito ambiental, nesse contexto, visa à tutela jurídica do equilíbrio ecológico (macrobem ambiental) e à proteção do meio ambiente considerado de forma compartimentada em seus elementos constitutivos (microbens ambientais), inclusive preventivamente, com vistas a propiciar, viabilizar e desenvolver não só a vida, mas também e principalmente a qualidade de vida de todos os seres, considerando que para a proteção do todo é essencial a proteção das partes (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 180).

A legislação ambiental infraconstitucional brasileira optou, pelo menos até a fase sistemático-valorativa de sua evolução¹², não pela tutela geral ou global do meio ambiente, mas pela proteção das partes, sem a qual não há como assegurar a proteção do todo.

Embora a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/1981) possa ser considerada “lei geral ambiental”, ainda não existe no Brasil um “Código Ambiental”. A regulação/proteção do meio ambiente é estruturada de forma fracionada em subsistemas específicos (mesmo após o início da fase da “constitucionalização” da proteção ambiental), como a proteção do ar, da água, do solo, da vegetação, da fauna.

A legislação ambiental então existente passou a disciplinar a utilização dos elementos naturais de forma fragmentada, com a criação de microssistemas jurídicos. Com as cavidades naturais subterrâneas não é diferente e elas necessitam, com urgência, atenção específica do legislador para regulamentar esse microbem ambiental de interesse público nacional quanto a sua preservação, manutenção e sustentabilidade, pois a proteção desses bens contribui para o equilíbrio ecológico.

De fato, por meio da tutela do objeto imediato (ar, água, solo, flora, fauna, grandes biomas, cavidades naturais subterrâneas etc. – a parte), obtém-se a tutela do objeto mediato (o equilíbrio ecológico, a qualidade do meio ambiente – o todo).

O conceito jurídico de bem ambiental em sua totalidade ecossistêmica e peculiaríssima não se reduz nem se confunde com o econômico¹³, porque vai além ao abranger

¹¹ Bem jurídico ambiental, portanto, “coloca-se sob a forma de um bem indisponível, tendo em vista que a qualidade e o equilíbrio ecológico não se encontram na esfera de disponibilidade de nenhum indivíduo, grupo social ou mesmo do Estado [...]” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 372).

¹² Segundo classificação de Sarlet e Fensterseifer (2014, p. 180).

¹³ É relevante destacar que o tratamento compartimentado do bem ambiental que leva em conta critérios apenas econômicos pode acarretar problemas ambientais, os quais não podem ser desconsiderados para a adequada proteção jurídica das cavidades

todos os componentes naturais (bióticos e abióticos) essenciais à sadia qualidade de vida; seu valor é, portanto, inestimável¹⁴.

O macrobem ambiental, definido constitucionalmente como de uso comum do povo, não pode ser objeto de apropriação porque não se inclina em direção a interesses puramente econômicos e imediatos. O particular não pode apropriar-se ou dispor da qualidade do meio ambiente. Os bens ambientais ficam, portanto, subordinados a um regime jurídico especial, peculiar e diferenciado, tanto no que concerne ao uso, gozo, fruição e disponibilidade quanto em relação a sua tutela, intervenção, gestão, monitoramento e fiscalização, haja vista não só a sua essencialidade para a sadia qualidade de vida – e não apenas a humana – mas também por sua vinculação a um fim de interesse coletivo intergeracional. Por isso, nem o ente privado nem o público podem ser titulares de direitos sobre o patrimônio natural protegido constitucionalmente. O ente público apenas tem poder para tutelar os elementos naturais não apropriáveis. E aqui reside o motivo de o ente público criar condicionantes a quaisquer atividades, obras e empreendimentos que possam comprometer a qualidade do meio ambiente natural. A pessoa física ou jurídica, pública ou privada, não pode dispor da qualidade do meio ambiente a seu bel-prazer porque não integra a sua disponibilidade.

O bem ambiental do povo, assim como o equilíbrio ecológico, é também indivisível; quer dizer, não se reparte sem que isso represente uma alteração das suas propriedades ecológicas. São bens que já existiam antes mesmo da existência do ser humano. Portanto, esse bem (e o resultado da sua combinação, o equilíbrio ecológico – o todo, o macrobem) é insuscetível de divisão pela vontade humana, sem comprometimento do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida. Há, portanto, interesse público na sua conservação, sujeição à gestão pública e submissão ao controle público.

A proteção do ambiente também se materializa contra condutas do Estado (positivas ou omissivas) e não apenas de particulares, ou seja, o Estado não pode dispor do bem jurídico ambiental, uma vez que não lhe pertence¹⁵.

Em suma, o que distingue os bens ambientais não é o seu domínio, mas o interesse público e a tutela jurídica que incidem sobre eles. Quanto maior a importância de um bem para a sociedade, maior é a tendência à sua publicização, com vistas à obtenção da tutela do Estado e garantia de que todos poderão a ele ter acesso (GRANZIERA, 2011,

subterrâneas. De acordo com Sirvinskas (2010, p. 12-13), o meio ambiente é cada vez mais regulado de forma fragmentada e patrimonializada, acarretando a apropriação da natureza e a fragmentação dos bens ambientais em microssistemas, como por exemplo, a água, as florestas, o solo, o ar, os minérios, os animais, a biodiversidade etc. Nesse modelo, há concentração de riquezas e desequilíbrio do meio social. A fragmentação, a crescente patrimonialização e a apropriação dos bens ambientais mencionados, vale dizer, deslocam-se para o campo econômico, colocando em risco o sistema ecológico na medida em que a utilização excessiva dos recursos naturais poderá causar o seu esgotamento e, por consequência, a estagnação da economia, além de comprometer todas as formas de vida do planeta.

¹⁴ A propriedade e sua função ambiental são pontos de convergência e de conflitos de interesses, os quais o direito tem por objetivo ordenar e equilibrar. Foi a legislação que passou a disciplinar a utilização dos recursos naturais de forma fragmentada, com a criação de microssistemas jurídicos. O bem jurídico teve seu conceito ampliado e não se restringe apenas ao seu valor econômico, pois há bens que não possuem valor econômico como vida, honra e liberdade. Vale acrescentar que: “O conceito jurídico de bem ambiental é mais amplo do que o econômico, pois abrange todos os recursos naturais essenciais à sadia qualidade de vida. Cuida-se do denominado bem de uso comum do povo, o qual transcende o bem pertencente ao particular ou ao Poder Público.” (SIRVINSKAS, 2013, p. 133).

¹⁵ O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no Agl 192.647, assim se manifestou: “Os bens ambientais são bens difusos, de uso comum do povo (CF, art. 225, *caput*); não são bens públicos, pertencentes ao patrimônio público, ou seja, bens de domínio (propriedade) da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios; são bens que estão sob a administração destes entes públicos (administração direta e indireta)” (*apud* REVISTA DE DIREITO AMBIENTAL, n. 1, jan./mar. 2005, p. 305).

p. 13). A proteção dos bens ambientais é uma atribuição de todos os segmentos da sociedade (público e privado) em prol das presentes e das futuras gerações.

3. Definição de espaços territoriais especialmente protegidos

A Constituição Federal, no art. 225, § 1º, inc. III, estabeleceu que o poder público tem o dever de definir, em todas as unidades da federação, os espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, a fim de assegurar a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de instrumento de garantia de efetividade da regra-matriz consignada no *caput* do art. 225 da ordem constitucional em vigor, de um dos mais importantes instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 9º, inc. VI, da Lei n. 6.938/1981) e objetivo específico desta política (art. 4º, inc. II). Todos os entes federativos (União, estados, Distrito Federal e municípios) são competentes para criar uma unidade de conservação da natureza (arts. 7º, inc. X; 8º, inc. X; 9º, inc. X e 10, da Lei Complementar n. 140/2011).

O instituto nominado “espaços territoriais especialmente protegidos” surgiu na Constituição Federal porque “a Sociedade Brasileira de Direito do Meio Ambiente propôs essa inovação aos Constituintes e buscou inspiração na Convenção Africana sobre a Conservação da Natureza (1968)” (MACHADO, 1992, p. 121). Esta Convenção, essencialmente preservacionista, versa sobre a instituição de áreas de conservação, definidas como qualquer área de recursos naturais protegida. Desde então, percebe-se o esforço para definir esses espaços naturais e viabilizar a sua implementação, uma vez que a legislação não trouxe qualquer conceito, tampouco delimitou os espaços territoriais especialmente protegidos, que ainda oscilam na doutrina e na jurisprudência, notadamente pelo fato de o direito ambiental ser uma disciplina jurídica autônoma e relativamente nova no mundo e no Brasil, remontando à década de 1960.

A definição de “áreas protegidas” que sobressai é aquela elaborada no âmbito da International Union for the Conservation of Nature and Natural Resources (IUCN): “Uma área de terra e/ou mar especialmente dedicada à proteção e à manutenção da diversidade biológica e dos recursos naturais e culturais associados, gerenciada por meios jurídicos ou outros eficazes” (INTERNATIONAL UNICIO FOR CONSERVATION OF NATURE, 2004, p.7, tradução nossa)¹⁶.

Outra fonte que colabora para a definição de espaços territoriais especialmente protegidos são os “espaces naturels sensibles” do direito francês:

Os espaços que possuem vocação para serem protegidos devem ser constituídos por zonas, cuja característica natural está ameaçada e apresenta-se vulnerável, de forma atual ou potencial, seja em razão da pressão urbana ou do desenvolvimento de atividades econômicas e de lazer, seja em razão de um interesse particular, tendo em vista a qualidade do local, ou as características animais ou vegetais que lá se encontrem [Tradução nossa] (CONSEIL GÉNÉRAL DES DEUX-SÈVRES, 2009, p. 3)¹⁷

¹⁶ No original: “An area of land and/or sea especially dedicated to the protection and maintenance of biological diversity, and of natural and associated cultural resources, and managed through legal or other effective means.”.

¹⁷ No original: “Les espaces ayant vocation à être protégés doivent être constitués par des zones dont le caractère naturel est menacé et rendu vulnérable, actuellement ou potentiellement, soit en raison de la pression urbaine ou du développement

Na doutrina de Granziera (2011, p. 441):

Os espaços territoriais especialmente protegidos consistem em porções do território – nacional, estadual ou municipal – destacadas das demais áreas pelo Poder Público mediante lei ou decreto, com vista à proteção de valores relacionados com o meio ambiente. Em face do interesse público envolvido, relativo ao direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, esses espaços submetem-se a um regime jurídico especial, de direito público, que impõe restrições ao uso do solo e dos outros recursos naturais ali existentes.

Para Afonso da Silva (2013, p. 250):

Espaços territoriais especialmente protegidos são áreas geográficas públicas ou privadas (porção do território nacional) dotadas de atributos ambientais que requeiram sua sujeição, pela lei, a um regime jurídico de interesse público que implique sua relativa imobilidade e sua utilização sustentada, tendo em vista a preservação e proteção da integridade de amostras de toda a diversidade de ecossistemas, a proteção ao processo evolutivo das espécies, a preservação e proteção dos recursos naturais.

Com base nessas lições, pode-se dizer que “espaços territoriais especialmente protegidos” caracterizam áreas (porção do território nacional), das mais variadas dimensões, reconhecidas e delimitadas pelo poder público como merecedoras de especial proteção, em função de sua importância ecológica, de seus atributos ambientais relevantes, de sua fragilidade e/ou de sua biodiversidade. Em alguns ecossistemas, a preservação ou conservação requerida pode exigir até a quase intocabilidade pelo ser humano. O objetivo é a constituição e a delimitação de áreas de relevância ecológica com regime jurídico especial de proteção, em áreas públicas ou privadas, mas sujeitas ao regime jurídico de interesse público e diferenciado¹⁸, implicando, quando permitida, a sua utilização de maneira sustentável e responsável.

Em que pesem os espaços territoriais especialmente protegidos serem considerados gênero e como tal existem as respectivas espécies, a Lei n. 9.985/2000 acabou gerando certa confusão interpretativa, inclusive por suas imperfeições jurídicas. De fato, consta que essa lei pretendeu regulamentar o art. 225, § 1º, inc. I, II, III e VII, da Constituição Federal, quando instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, dando a impressão de que o conceito de espaços territoriais especialmente protegidos se confunde com o de unidade de conservação. Mas não se pode perder de vista que as unidades de conservação representam apenas uma das espécies de espaços territoriais especialmente protegidos, ao lado de outras, como as reservas indígenas, a reserva da biosfera (Lei n. 9.985/2000), as áreas de preservação permanente e reserva legal (Lei

des activités économiques et de loisirs, soit en raison d'un intérêt particulier, au égard à la qualité du site, ou aux caractéristiques des espèces animales ou végétales qui s'y trouvent.”

¹⁸ Os espaços territoriais especialmente protegidos “terão um regime jurídico de proteção diferenciada, em decorrência de atributos e componentes especiais, cuja integridade justifique sua tutela específica e, portanto, um regime jurídico específico para manutenção de sua integridade” (PADILHA, 2010, p. 329).

n. 12.651/2012), o tombamento ambiental (Decreto n. 25/1937), as áreas de proteção ambiental de relevante interesse ecológico e as reservas extrativistas e servidão ambiental (Lei n. 6.938/1981).

Por força do art. 225, § 4º, da CF, os grandes biomas Floresta Amazônica brasileira, Mata Atlântica, Serra do Mar, Pantanal Mato-Grossense e Zona Costeira estão inseridos na qualificação de espaço territorial especialmente protegido (art. 225, § 1º, inc. III, da CF)¹⁹. Há ainda outros diplomas como a Resolução Conama n. 312/2002, que no art. 7º regula o licenciamento das atividades de carcinicultura na Zona Costeira e prevê que o empreendedor deva destinar à preservação integral, no mínimo e obrigatoriamente, 20% da área total do empreendimento; e a Lei n. 11.284/2006 (disciplina a gestão de florestas públicas, intitulada reserva absoluta), no art. 32 determina que uma área de pelo menos 5% do espaço concedido em termos florestais seja destinada à preservação ambiental (Autor1, 2016, p. 38). Estes dispositivos não foram regulados pela Lei n. 9.950/2000, não se tratando de unidades de conservação.

Como se vê, o conceito de espaço especialmente protegido não pode ser confundido com o de unidades de conservação. Trata-se de relação entre gênero e espécie. Explica-se: espaço territorial especialmente protegido é gênero, unidade de conservação é espécie deste gênero.

Afonso da Silva (2013, p. 250) reforça o entendimento ao afirmar com veemência que espaço territorial especialmente protegido não se confunde com unidades de conservação, mas estas são também espaços territoriais especialmente protegidos.

Segundo o artigo 2º da Convenção da Diversidade Biológica (CDB), área protegida “significa uma área definida geograficamente que é destinada, ou regulamentada, e administrada para alcançar objetivos específicos de conservação” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Convenção sobre a Diversidade Biológica*, 1992).

A Convenção da Diversidade Biológica, assinada pelo Presidente da República do Brasil durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento em junho de 1992, foi ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 2/1994 e promulgada pelo Decreto n. 2.519/1998. A aludida Convenção, totalmente internalizada pelo ordenamento jurídico brasileiro, cumpriu todos os trâmites necessários para que um tratado internacional seja aplicado em âmbitos interno e externo. Portanto, o Brasil deve observar e implementar suas regras, como acontece com qualquer lei. O artigo 8º da Convenção, que trata da conservação *in situ*, especifica os objetivos da conservação, entre os quais dispõe que cada país deve “estabelecer um sistema de áreas protegidas ou áreas onde medidas especiais precisem ser tomadas para conservar a diversidade biológica” (art. 8º, “a”).

A criação dos espaços territoriais especialmente protegidos visa, precipuamente, à proteção da biodiversidade, sem prejuízo da consideração de outros elementos (GRANZIERA, 2011, p. 442).

A existência das diversas espécies garante uma série de serviços ambientais, como conservação do solo, regulação do clima,

¹⁹ No que tange à proteção destes biomas, foram promulgadas duas leis específicas, a Lei n. 11.428/2006 (que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica) e a Lei n. 7.661/1988 (que institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro).

polinização, controle de pragas e doenças e ciclagem de nutrientes [...] Essa diversidade também é responsável pela manutenção dos ambientes naturais. São diversos os fatos geradores da proteção dos espaços. Podem consistir nas características físicas ou bióticas de uma determinada área que, por sua relevância ambiental, ensejam um regime jurídico específico, ou simplesmente a necessidade de manutenção da cobertura vegetal do território brasileiro, como é o caso da reserva legal. Incidência de fragilidades ambientais, em que os recursos naturais ali existentes não resistem aos usos comumente adotados. A expressão fragilidade ambiental diz respeito à susceptibilidade do meio ambiente a qualquer tipo de dano, inclusive à poluição. Daí a definição de ecossistemas ou áreas frágeis como aqueles que, por suas características, são particularmente sensíveis aos impactos ambientais adversos, de baixa resiliência e pouca capacidade de recuperação [...], como os lagos, as lagoas, as encostas de forte declividade, as restingas, os manguezais [...], as águas subterrâneas. (GRANZIERA, 2011, p. 442)

O Ministério do Meio Ambiente elaborou o Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas, instituído pelo Decreto n. 5.758/2006, diploma no qual indica os objetivos, as metas e as estratégias para a conservação das áreas sob proteção.

Os espaços territoriais especialmente protegidos definidos pelo governo brasileiro, que deveriam integrar as áreas protegidas em cumprimento à Convenção, são: áreas terrestres e marinhas, terras indígenas e territórios quilombolas. Essas são as áreas enfocadas no Decreto n. 5.758/2006, as demais áreas protegidas são tratadas no planejamento da paisagem, no âmbito da abordagem ecossistêmica, com função estratégica de conectividade entre os fragmentos naturais e as próprias áreas protegidas.

Ainda, as áreas protegidas podem ser criadas por lei ou decreto, mas só serão desafetadas, ter seus limites e regime jurídicos reduzidos ou suprimidos, mediante edição de lei específica. O dispositivo constitucional é expresso ao autorizar a alteração e a supressão somente por lei.

4. Cavidades naturais subterrâneas como bem ambiental

Do ponto de vista ecológico, as cavidades naturais subterrâneas são consideradas ecossistemas²⁰, uma vez que se compõem de dois elementos que interagem para produzir um sistema com certa estabilidade: biótopo e biocenose²¹.

²⁰ Nesse sentido, ver: LINO (2009); TRAJANO; BICHUETTE (2010, p. 105-112).

²¹ O ecossistema é composto de dois elementos inseparáveis, um lugar (biótopo) e um agrupamento de seres que o ocupa (biocenose) em constante interação recíproca. (AFONSO DA SILVA, 2013, p. 97). “Ecossistema (grego *oikos* (οἶκος), casa + *systema* (σύστημα), sistema: sistema onde se vive). Designa o conjunto formado por todas as comunidades bióticas que vivem e interagem em determinada região e pelos fatores abióticos que atuam sobre essas comunidades. [...] Biocenose designa uma comunidade de vida, vegetal e animal, prosperando, reproduzindo-se e autogerindo-se num espaço determinado, geralmente uma área bastante restrita: um certo *quantum* de vida optimamente regulada em função das condições do meio. Se à biocenose juntarmos o ‘biótopo’, que visa o ambiente abiótico da comunidade de vida, a saber, a luz, a atmosfera e a água, obtemos a representação do ‘ecossistema’, que podemos definir como o sistema funcional formado pela interação da biocenose com o seu biótopo” (OST, 1995, p. 106).

Com efeito, mutabilidade constante é a característica indelével dos ecossistemas; seus diversos componentes (seres vivos e fatores abióticos) sofrem mutações ao longo do tempo, uns influenciando sobre os outros. Os ecossistemas apresentam um intrincado mecanismo de causas e efeitos, com o objetivo de se estabelecer um estado de equilíbrio, porém dinâmico por conta de sua capacidade de alteração (CRETELLA NETO, 2012, p. 84).

As cavidades naturais subterrâneas foram reconhecidas juridicamente na Constituição Federal, no rol dos bens da União (art. 20, inc. X). O legislador constituinte de 1988 também definiu como bens da União: lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como terrenos marginais e praias fluviais; ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; praias marítimas; ilhas oceânicas e costeiras, excluídas as definidas como sede de municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e à unidade ambiental federal e as referidas no art. 26, II; recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; mar territorial; terrenos de marinha e seus acrescidos; recursos minerais, inclusive os do subsolo; sítios arqueológicos e pré-históricos (art. 20, III, IV, V, VI, VII, IX e X).

Nos termos do art. 99, inc. I, do Código Civil, bens públicos são aqueles de uso comum do povo, como rios, mares. A propriedade do solo, contudo, não abrange jazidas, minas e demais recursos minerais, potenciais de energia hidráulica, monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais (art. 1.230 do CC). A Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei n. 9.433/1997) consigna que a água é bem de domínio público (art. 1º, inc. I). Pela Lei n. 5.197/1967 (que dispõe sobre a proteção à fauna), são de propriedade do Estado os animais de quaisquer espécies, em qualquer fase do seu desenvolvimento e que vivam naturalmente fora do cativeiro, constituindo a fauna silvestre, seus ninhos, abrigos e criadouros naturais (art. 1º).

Uma primeira leitura dessas disposições legais permitiria inferir que a Constituição Federal de 1988 e as mencionadas leis teriam adotado a “Teoria do Ambiente” como bem público e, em consequência, o bem ambiental seria um bem patrimonial pertencente ao Estado, ingressando o seu regime jurídico no âmbito do direito administrativo. Contudo, o bem ambiental é um bem de uso comum do povo e deve ser gerido, regulamentado e protegido pelo Poder Público (art. 225, § 1º, da CF), pois seria impossível esperar que bens tão preciosos de todos os pontos de vista, notadamente ecológico, social e econômico, essenciais à vida e à qualidade de vida, ficassem sob a proteção e a gestão de particulares, ao alvedrio da discricionariedade administrativa ou ao sabor dos ventos de critérios meramente políticos. Por essa razão, a natureza jurídica das cavidades naturais subterrâneas reduzidas a bens da União de uso comum do povo, com regime jurídico calcado somente no direito administrativo, necessita de reflexão mais profunda e ancorada na interpretação de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, de forma lógica, teleológica e sistemática.

Com esse propósito, passa-se a construir algumas interpretações que possam colaborar para a adequada definição jurídica das cavidades naturais subterrâneas em face do ordenamento jurídico brasileiro.

a) *O conceito bem de uso comum do povo do Código Civil não é compatível com aquele do art. 225, caput, da Constituição Federal.* O inc. I, do art. 99, do Código Civil é

inconstitucional²² porque os bens citados neste dispositivo, na verdade, são bens difusos, cujo titular é a coletividade. Assim, para adequar o texto constitucional à nova realidade, dever-se-ia ler no *caput* do artigo 20 da Constituição Federal “São bens difusos:” ao invés de “São bens da União: [...]”²³.

b) *Quando a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional se referem a bens públicos de domínio público, de propriedade do Estado, estão implicitamente definindo que são bens geridos pelo poder público e isso não significa que são de sua propriedade.* Bens ambientais são bens difusos de titularidade do povo. O interesse e a legitimidade do poder público sobre esses bens visam apenas a sua proteção. Bem público tem como titular o Estado e bem difuso o povo. A titularidade do bem ambiental é transindividual, cuja característica é o liame que une a todos pelo simples fato de que todos são titulares e responsáveis pelo mesmo bem. Jamais será possível identificar cada um dos componentes do “todo” titular do bem ambiental; seus titulares são indetermináveis e, por isso mesmo, devem, em conjunto com o poder público, protegê-lo e preservá-lo para as gerações presentes e futuras (art. 225, *caput*, da CF) não só em função de sua essencialidade mas também por sua imprescindibilidade para o desenvolvimento e a continuidade da vida no planeta, em todas as suas formas. Em síntese, a menção na Constituição Federal (art. 20, inc. X) de que as cavidades naturais subterrâneas são bens da União não significa que elas sejam de propriedade da União, mas sim que ela é a gestora do patrimônio espeleológico – um bem ambiental valioso e único, de interesse difuso.

c) *Não se exclui a possibilidade de incidirem vários regimes jurídicos sobre as cavidades naturais subterrâneas, dependendo de sua natureza ou destino.* A solução possível encontrada no ordenamento jurídico é a possibilidade de incidência de regimes jurídicos múltiplos, regime jurídico de direito público e de direito difuso, ante o interesse público e a natureza difusa dos bens ambientais, vale dizer, revestem-se de caráter multifacetário. Como exemplo de normas que expressam o interesse público que permeia a regulamentação jurídica dos elementos naturais, merecem destaque aquelas estabelecidas na Lei n. 6.938/1981 (art. 2º, inc. I) e na Lei n. 7.661/1988, principalmente a regra do art. 10 (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 371).

As cavidades naturais subterrâneas podem ser consideradas bens públicos e bens difusos, coexistindo as duas formas sobre o mesmo patrimônio. A coexistência de bens distintos deriva da sua relevância para o ordenamento jurídico e se impõe para a adequada proteção e defesa, de acordo com a utilidade, os valores ecológico, intrínseco e extrínseco, cultural, econômico, científico, existindo, portanto, um regime jurídico plural. O fato de determinado bem ambiental ser objeto de várias normas referentes a

²² “O bem ambiental de natureza jurídica difusa, e que o Código Civil, mesmo o editado em 2002, traz em seu arcabouço artigo inconstitucional, ou seja, o art. 99, I, por ainda considerar o bem mais precioso para a coletividade, vale dizer, o bem de uso comum do povo, como um bem público. O Código Civil de 2002 manteve entendimento, ou seja, que o Poder Público tem o domínio/propriedade e gerenciamento desse bem, quando, na verdade, o seu real poder, segundo a Constituição, é somente o de gerenciamento: art. 225, *caput*, e art. 23, I” (COSTA, 2009, p. 153).

²³ “Não se deve aceitar, desta forma, a qualificação do bem ambiental como patrimônio público, considerando ser o mesmo essencial à sadia qualidade de vida e, portanto, um bem pertencente à coletividade. Nestes termos, conclui-se que o bem ambiental (macrobem) é um bem de interesse público, afeto à coletividade, entretanto, a título autônomo e como disciplina autônoma. [...] não resta dúvida de que o bem ambiental de interesse público deve ser separado da definição de bens públicos e privados do Código Civil Brasileiro de 1916. O Código Civil de 2002, por sua vez, incorre no mesmo erro ao classificar os bens de uso comum do povo como bens públicos. Ao assim proceder, o legislador dispensou ao bem ambiental de interesse público um tratamento restrito, considerando-o como pertencente ao Poder Público e não a toda coletividade, como dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil” (LEITE; AYALA, 2014, p. 90).

regimes jurídicos diversos não infirma a sua natureza de bem unitário, sendo ele regido pelo direito público e pelos direitos difusos.

A partir desse entendimento e com esteio em uma interpretação sistemática, pode-se afirmar que as cavidades naturais subterrâneas têm dupla natureza jurídica – bem público e bem difuso de natureza ambiental. Não há necessidade de cada cavidade natural subterrânea ser declarada bem ambiental, de gestão da União. A norma constitucional é autoaplicável. Desde a promulgação da atual Constituição Federal, todas as cavernas são, automaticamente, bens públicos e difusos ambientais, de administração da União, não se exigindo a indicação de interesses econômico, cultural, ecológico, científico, turístico, arqueológico, paleontológico, paisagístico e/ou cênico²⁴.

As cavidades naturais subterrâneas estão sujeitas a um duplo regime jurídico. Significa dizer que sobre aquelas que merecem proteção total recairia norma que as regulem como patrimônio público nacional, por aportarem informações históricas, por exemplo, e sobre as cavidades que merecem proteção parcial, de manejo sustentável, incidiria um regime jurídico especial, que, além do mais, fixaria critérios para estabelecer áreas de valor científico e outras de valor econômico, por exemplo, a exploração de atividade de ecoturismo.

Portanto, com base em interpretação sistemática, lógica e teleológica, pode-se sustentar que as cavidades naturais subterrâneas têm natureza jurídica de bem público da União e de bem ambiental difuso (ou coletivo); a sua titularidade é do povo e a gestão/administração da União, tendo em vista o interesse público e a tutela jurídica que incide sobre elas, não integrando o patrimônio do particular superficiário nem o patrimônio dos outros entes federativos.

4. Cavidades naturais subterrâneas como espaços ambientais especialmente protegidos

A norma constitucional instituidora dos espaços territoriais especialmente protegidos (art. 225, § 1º, inc. III, da CF) é de eficácia plena²⁵, justamente porque nasceu com todos os requisitos, não havendo exigência expressa para que o legislador infraconstitucional estabelecesse regulamentação e só depois passasse a surtir plenos efeitos. Por essa razão, a norma tem aplicabilidade imediata. Quer dizer: se o legislador não fixar regras para os espaços territoriais especialmente protegidos, o aplicador da norma não pode deixar de cumprir esse dispositivo constitucional, cabendo ao intérprete, em cada caso concreto, considerar o que é espaço territorial especialmente protegido.

Para a efetividade da proteção jurídica sob o regime de espaços territoriais especialmente protegidos, é necessária a relevância ecológica que vise garantir distintas funções: proteção da diversidade genética e das espécies ameaçadas de extinção; estímulo à pesquisa científica e à educação ambiental; recuperação de espaços ambientais, preservação de

²⁴ Aliás, essa era a ideia do Decreto n. 99.556/1990, em sua redação original.

²⁵ “O inciso em análise é autoaplicável, não demandando legislação suplementar para ser implementado, sublinhando-se que nele não está inserida a expressão ‘na forma da lei’. Ainda que contivesse tal expressão, nem por isso retiraria sua força abrangente [...]. O texto constitucional preceitua que o Poder Público deve definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos. Definir os espaços territoriais compreende localizá-los. Aí começa a proteção constitucional, não se esperando que se implantem quaisquer acessórios, como cercas ou casas de guardas” (MACHADO, 1992, p. 147).

ecossistemas e manutenção de função ecológica. Objetiva-se, portanto, a proteção de ecossistemas que exerçam o papel de direito fundamental ao equilíbrio ecológico. Todos esses atributos estão presentes nas cavidades naturais subterrâneas.

As cavidades naturais subterrâneas – cuja relevância transcende a mera classificação como recurso econômico – foram alçadas à categoria constitucional e expressamente qualificadas como bens da União (art. 20, inc. X).

Um raciocínio lógico-racional da questão aponta que as cavidades naturais subterrâneas são merecedoras de proteção jurídica especial e para tanto deve ser realizada uma leitura sistemática das demais normas que as classificam como bens ambientais especialmente protegidos.

Nesse sentido, além da Constituição Federal, normas constitucionais estaduais²⁶, infraconstitucionais e projetos de lei também deram especial atenção às cavidades naturais subterrâneas, indicando de forma clara que são ecossistemas relevantes, merecedores de proteção especial.

Nos termos dos artigos 3º e 4º da Portaria n. 887/1990 do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), resolveu-se:

Limitar o uso das cavidades naturais subterrâneas apenas a estudos de ordem técnico-científica, bem como atividades de cunho espeleológico, étnico-cultural, turístico, recreativo e educativo.

*Declarar a obrigatoriedade de elaboração de Estudo de Impacto Ambiental para as ações ou empreendimentos de quaisquer naturezas, ativos ou não, temporários ou permanentes, previstos ou existentes em áreas de ocorrência de **cavidades naturais subterrâneas** ou de **potencial espeleológico**, que direta ou indiretamente possam ser lesivos a essas cavidades. (Grifo nosso)*

A Resolução Conama n. 347/2004 dispõe que:

*Art. 4º – A localização, construção, instalação, ampliação, modificação e operação de empreendimentos e atividades, considerados efetiva ou potencialmente poluidores ou degradadores do **patrimônio espeleológico** ou de sua área de influência dependerão de prévio licenciamento pelo órgão ambiental competente, nos termos da legislação vigente. (Grifo nosso)*

A Lei Federal n. 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional das Unidades de Conservação, tem entre seus objetivos a proteção das cavidades naturais subterrâneas: “Art. 4º O SNUC tem os seguintes objetivos: [...] VII – proteger as características relevantes de natureza geológica, geomorfológica, **espeleológica**, arqueológica, paleontológica e cultural” (Grifo nosso).

A Lei Federal n. 7.661/1988, que instituiu o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, dispõe sobre a prioridade de conservação e proteção das cavernas, nos seguintes termos:

²⁶ Doze estados da federação possuem regras específicas sobre proteção especial das cavidades naturais subterrâneas em suas constituições.

Art. 3º O PNGC deverá prever o zoneamento de usos e atividades na Zona Costeira e dar prioridade à conservação e proteção, entre outros, dos seguintes bens:

*I – recursos naturais, renováveis e não renováveis; recifes, parcéis e bancos de algas; ilhas costeiras e oceânicas; sistemas fluviais, estuarinos e lagunares, baías e enseadas; praias; promontórios, costões e **grutas** marinhas; restingas e dunas; florestas litorâneas, manguezais e pradarias submersas; [...]*

*III – monumentos que integrem o patrimônio natural, histórico, paleontológico, **espeleológico**, arqueológico, étnico, cultural e paisagístico. (Grifo nosso)*

A Constituição do Estado de São Paulo (art. 197, inc. VI) erige as cavidades naturais subterrâneas ao *status* de áreas de preservação permanente, ou seja, espaço territorial especialmente protegido: “Artigo 197 – São áreas de proteção permanente: [...] VI – **as cavidades naturais subterrâneas**” (Grifo nosso).

O Decreto paulista n. 60.302/2014, que instituiu o Sistema de Informação e Gestão de Áreas Protegidas e de Interesse Ambiental do Estado de São Paulo (SIGAP), considerou as cavidades naturais subterrâneas como áreas protegidas, de interesse ambiental e integrantes do SIGAP (art. 5º, inc. II, “g”):

Artigo 5º – Para os fins previstos neste decreto, são áreas integrantes do SIGAP: [...]

II – outras áreas protegidas, como tais definidas em legislação específica: [...]

*g) **Áreas de Cavidades Naturais Subterrâneas**: todo e qualquer espaço subterrâneo acessível pelo ser humano, com ou sem abertura identificada, popularmente conhecido como caverna, gruta, lapa, toca, abismo, furna, ou buraco, incluindo seu ambiente, conteúdo mineral e hídrico, a fauna e flora ali encontrados e o corpo rochoso onde os mesmos se inserem, desde que tenham sido formados por processos naturais, independentemente de suas dimensões ou tipo de rocha encaixante, e respectivas áreas de influência previstas na legislação. (Grifo nosso)*

A Constituição do Rio de Janeiro caracteriza as cavidades naturais subterrâneas como áreas de preservação permanente: “Art. 268 – São áreas de preservação permanente: [...] II – as praias, vegetação de restingas quando fixadoras de dunas, as dunas, costões rochosos e **as cavidades naturais subterrâneas-cavernas**” (Grifo nosso).

A Constituição do Estado de Minas Gerais estabelece diversas regras para a proteção das cavidades naturais subterrâneas. O constituinte mineiro, ao considerar esse tipo de bioma como patrimônio ambiental e bem cultural, assim consignou:

Art. 208 – Constituem patrimônio cultural mineiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, que contenham referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade mineira, entre os quais se incluem: [...]

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, **espeleológico**, paleontológico, ecológico e científico.

Art. 214 – Todos têm direito a meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, e ao Estado e à coletividade é imposto o dever de defendê-lo e conservá-lo para as gerações presentes e futuras. [...]

§ 7º – Os remanescentes da Mata Atlântica, as veredas, os campos rupestres, **as cavernas**, as paisagens notáveis e outras unidades de relevante interesse ecológico constituem patrimônio ambiental do Estado e sua utilização se fará, na forma da lei, em condições que assegurem sua conservação.

Art. 243 – O Estado, juntamente com o órgão colegiado representativo dos segmentos do setor, definirá a política estadual de turismo, observadas as seguintes diretrizes e ações: [...]

III – desenvolvimento de infra-estrutura e conservação dos parques estaduais, reservas biológicas, **cavernas e abrigos sob rocha** e de todo potencial natural que venha a ser de interesse turístico. (Grifo nosso)

A Lei Estadual de Minas Gerais n. 11.726/2004, a qual dispõe sobre a Política Cultural mineira, também se dedica à proteção do patrimônio espeleológico:

Art. 13 – Os bens e sítios arqueológicos, **as cavidades naturais subterrâneas** e os depósitos fossilíferos sujeitam-se à guarda e proteção do Estado, que as exercerá em colaboração com a comunidade.

§ 1º – O dever de proteção estende-se às áreas de entorno, até o limite necessário à preservação do equilíbrio ambiental, dos ecossistemas e do fluxo das águas e à manutenção da harmonia da paisagem local.

§ 2º – Os limites das áreas de entorno devem ser definidos mediante estudos técnicos específicos, de acordo com as peculiaridades de cada caso.

§ 3º – O Estado dará proteção especial às **áreas cársticas**, das quais manterá cadastro e registro cartográfico específicos e atualizados, destinados a orientar a sua preservação.

Art. 14 – Para os efeitos do disposto nesta lei, consideram-se: [...]

III – **sítios espeleológicos as cavidades naturais subterrâneas.**

Parágrafo único – Constituem **cavidades naturais subterrâneas** os espaços conhecidos como caverna, gruta, lapa, furna ou assemelhados, formados por processos naturais, incluídos o seu conteúdo mineral e hídrico, o corpo rochoso em que estejam inseridos e as comunidades bióticas abrigadas em seu interior.

Art. 15 – A exploração econômica de qualquer natureza, bem como a realização de obra de infra-estrutura e a construção em área identificada como de interesse arqueológico, **espeleológico** ou paleontológico dependem da realização de estudo prévio de impacto

cultural e da aprovação, pelo Conselho Estadual de Cultura, do respectivo relatório de impacto cultural, observado o disposto nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 10. (grifo nosso)

O Decreto Estadual de Minas Gerais n. 20.597/1980 definiu como área de proteção especial o município de Confins e partes dos municípios de Lagoa Santa, Pedro Leopoldo, Matozinhos, Funilândia e Prudente de Moraes, para fins do disposto no art. 13²⁷ da Lei Federal n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979. O mesmo decreto categorizou as cavidades naturais subterrâneas como áreas de preservação permanente (art. 2º, inc. I, “a”²⁸), que é espécie de espaço territorial especialmente protegido.

A Constituição do estado de Sergipe também qualifica as cavernas como áreas de relevante interesse ecológico, conforme se infere do seguinte dispositivo:

Art. 23 – São áreas de relevante interesse ecológico, conforme dispuser a lei: os sítios arqueológicos, as cavernas, as encostas de morro com mais de quarenta e cinco graus de inclinação, a faixa mínima adequada ao redor dos cursos de água, a caatinga e o cerrado, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso de recursos naturais. (Grifo nosso)

A Constituição do estado da Bahia expressamente determina que as cavidades naturais subterrâneas são áreas de preservação permanente: “Art. 215 – São áreas de preservação permanente, como definidas em lei: [...] XII – as cavidades naturais subterrâneas e cavernas” (Grifo nosso).

A Lei Estadual da Bahia n. 10.431/2006 também considera as cavernas como bens e espaços de preservação permanente:

*Art. 89 – Sem prejuízo do disposto na legislação federal pertinente, são considerados de preservação permanente, na forma do disposto no artigo 215 da Constituição do Estado da Bahia, os seguintes bens e espaços: [...]
XII – as cavidades naturais subterrâneas e cavernas, onde são permitidas visitação turística, contemplativa e atividades científicas, além daquelas previstas em zoneamento específico. (Grifo nosso)*

Nos termos da Constituição mato-grossense, é atribuição daquele estado criar espaços protegidos, aí incluídas as cavidades naturais subterrâneas, como forma de se alcançar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as gerações presentes e futuras:

²⁷ “Art. 13. Aos Estados caberá disciplinar a aprovação pelos Municípios de loteamentos e desmembramentos nas seguintes condições: I – quando localizados em áreas de interesse especial, tais como as de proteção aos mananciais ou ao patrimônio cultural, histórico, paisagístico e arqueológico, assim definidas por legislação estadual ou federal; [...]” (MINAS GERAIS, Decreto n. 20.597, 1980).

²⁸ “Art. 2º Para fins de proteção da área definida no art. 1º serão observadas as seguintes condições: I – ficam declaradas de preservação permanente as áreas: a) necessárias à proteção de monumentos naturais notáveis, sítios arqueológicos, paleontológicos e espeleológicos” (MINAS GERAIS. Decreto n. 20.597, 1980, grifo nosso).

*Art. 263 – Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Estado, aos Municípios e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Estado: [...] XIII – definir, criar e manter, na forma da lei, áreas necessárias à **proteção das cavidades naturais**, sítios arqueológicos, paisagens naturais notáveis, outros bens de valor histórico, turístico, científico e cultural. (Grifo nosso)*

A Constituição do estado da Paraíba assim determina a proteção das cavernas com potencial turístico:

*Art. 192 – O Estado, juntamente com os segmentos envolvidos no setor, definirá a política estadual de turismo, observadas as seguintes diretrizes e ações: [...] II – desenvolvimento da infraestrutura e da conservação dos parques estaduais, das reservas biológicas, das inscrições e das **pegadas rupestres, das cavernas**, bem como de todo potencial natural que venha a ser de interesse turístico. (Grifo nosso)*

A Constituição do estado do Ceará também estabelece especial proteção às grutas marinhas e ao patrimônio espeleológico, colocando-os a salvo de toda obra humana que possa desnaturar ou prejudicar suas finalidades essenciais:

*Art. 23. As praias são bens públicos de uso comum, inalienáveis e destinadas perenemente à utilidade geral dos seus habitantes, cabendo ao Estado e a seus Municípios costeiros compartilharem das responsabilidades de promover a sua defesa e impedir, na forma da lei estadual, toda obra humana que as possam desnaturar, prejudicando as suas finalidades essenciais, na expressão de seu patrimônio natural, histórico, étnico e cultural, incluindo, nas áreas de praias: [...] VI – promontórios, costões e **grutas marinhas**; [...] VIII – monumentos que integram o patrimônio natural, histórico, paleontológico, **espeleológico**, étnico, cultural e paisagístico. (Grifo nosso)*

Na Constituição de Goiás, o comando do art. 127, § 1º, inc. II, praticamente repetiu o *caput* do art. 225 da Constituição Federal ao determinar expressamente que compete ao poder público a conservação e a recuperação do patrimônio espeleológico e o categorizou como patrimônio cultural nos seguintes dispositivos:

*Art. 127 – 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, recuperá-lo e preservá-lo.
§ 1º – Para assegurar a efetividade desse direito, cabe ao Poder Público: [...] II – conservar e recuperar o patrimônio geológico, paleontológico, cultural, arqueológico, paisagístico e **espeleológico**.*

Art. 163. O patrimônio cultural goiano é constituído dos bens de natureza material e imaterial, nos quais se incluem: [...]

*IV – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, **espeleológico**, paleontológico, etnológico e científico.*

Art. 164. É dever do Estado e da comunidade promover, garantir e proteger toda a manifestação cultural, assegurar plena liberdade de expressão e criação, incentivar e valorizar a produção e a difusão cultural por meio de: [...]

*V – defesa dos sítios de valor histórico, ecológico, arqueológico, **espeleológico** e etnológico. (Grifo nosso)*

A Constituição do Espírito Santo se baseia na Carta Magna pátria (art. 225, *caput*) para atribuir ao poder público a proteção dos sítios espeleológicos para assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 186, parágrafo único, inc. I):

Art. 186. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente saudável e equilibrado, impondo-se-lhes e, em especial, ao Estado e aos Municípios, o dever de zelar por sua preservação, conservação e recuperação em benefício das gerações atuais e futuras.

Parágrafo único. Para assegurar a efetividade desse direito, além do disposto na Constituição Federal, incumbe ao Poder Público competente:

*I – proteger bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos, **espeleológicos** e paleontológicos. (Grifo nosso)*

A Constituição do Paraná dispõe sobre a importância do patrimônio espeleológico para o meio ambiente ecologicamente equilibrado e admite a utilização, sem comprometer a sua conservação:

Art. 207. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Estado, aos Municípios e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as gerações presente e futuras, garantindo-se a proteção dos ecossistemas e o uso racional dos recursos ambientais.

§ 1º. Cabe ao Poder Público, na forma da lei, para assegurar a efetividade deste direito: [...]

*XV – proteger o patrimônio de reconhecido valor cultural, artístico, histórico, estético, faunístico, paisagístico, arqueológico, turístico, paleontológico, ecológico, **espeleológico** e científico paranaense, prevendo sua utilização em condições que assegurem a sua conservação. (Grifo nosso)*

A Constituição de Tocantins classifica as cavidades naturais subterrâneas como patrimônio cultural:

Art. 138. O Poder Público, com a colaboração comunitária, protegerá o patrimônio cultural, na forma desta Constituição e da lei.

§ 1º. Constituem patrimônio cultural do Estado os bens de natureza material e imaterial, individualmente, ou em conjunto, considerados portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores das sociedades tocantinense e brasileira, nos quais se incluem: [...]

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, científico, ecológico, espeleológico, arqueológico e paleontológico. (Grifo nosso)

O Projeto de Lei n. 855/2011, do deputado Carlos Bezerra (PMDB-MT), objetiva transformar as cavidades naturais subterrâneas em Áreas de Preservação Permanente (APAs), vale dizer, espécie de unidade de conservação e espécie de espaço territorial especialmente protegido. Pelo texto do mencionado PL, a União deverá identificar e delimitar os sítios espeleológicos (área de ocorrência de cavernas) para transformá-los em APAs. A proposta acrescenta artigo à Lei n. 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza. Segundo a lei, APA é uma área dotada de certos atributos considerados importantes para a qualidade de vida e o bem-estar das populações humanas. A legislação e o regulamento das APAs (Decreto n. 4.340/2002) instituem normas para proteger sua diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar a sustentabilidade do uso dos recursos naturais.

Em se tratando de proteção do patrimônio espeleológico, o art. 1º do Projeto de Lei Federal n. 2.832/2003, do ex-deputado Hamilton Casara, assim dispõe: “Esta Lei regula a proteção do patrimônio espeleológico existente no território nacional, em conformidade com o inciso X do art. 20, o inciso V do art. 216 e o inciso III do § 1º do art. 225 da Constituição Federal”. Na concepção do autor deste PL, há relação entre cavidades naturais subterrâneas e espaços territoriais especialmente protegidos.

O Projeto de Lei n. 5.071/1990, de autoria do então deputado federal Fábio Feldmann, dispõe especificamente sobre a proteção das cavidades naturais subterrâneas. O entendimento de cunho preservacionista introduziu inovações no trato jurídico das cavidades naturais subterrâneas.

Da leitura e interpretação lógico-sistemática do ordenamento jurídico que trata das cavidades naturais subterrâneas, depreende-se sua nítida categorização como bens ambientais especialmente protegidos. O legislador constituinte, no entanto, não exemplificou de maneira exaustiva os bens que gozariam de especial proteção (apenas mencionou alguns espaços a serem especialmente protegidos no § 4º do art. 225: A Floresta Amazônica Brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira), ficando tal mister delegado residualmente a constituições estaduais, leis federais, estaduais, municipais e distritais, daí ser possível inferir que está “colmatada” a abertura deixada pela Constituição Federal no que diz respeito às cavidades naturais subterrâneas.

Portanto, as cavidades naturais subterrâneas devem gozar de especial proteção, seja pelas suas características e importância, seja pelo tratamento constitucional e infraconstitucional a elas atribuído, seja ainda em decorrência da regulação conferida pelos órgãos ambientais ou pelos estados da federação. O entendimento do Tribunal Regional Federal da 3ª Região aponta nessa direção ao afirmar que as cavidades naturais subterrâneas se submetem ao regime de proteção relativo aos espaços territoriais especialmente protegidos.

A controvérsia instaurada tem por objeto bem público pertencente à União, conforme expressamente previsto no art. 20, inciso X, da Constituição Federal. Nota-se, ademais, que referida beleza natural submete-se às disposições constitucionais que tutelam o meio ambiente, em especial no que toca à especial proteção que deverá receber do Estado, vedando-se qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção (CF, art. 225, parágrafo 1º, III). (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. PROC. 2000.60.00.004836-6 AMS 722328, grifo nosso).

A doutrina também se inclina nesse sentido. Na concepção do promotor de justiça e coordenador da Promotoria Estadual de Defesa do Patrimônio Cultural e Turístico de Minas Gerais, Marcos Paulo Souza Miranda, “[...] para fins jurídicos, as cavidades naturais subterrâneas e suas áreas de influência são consideradas espaços territoriais especialmente protegidos” (Apud RUCHKYS, 2015, p. 58).

Na verdade, não se pode realizar uma interpretação restritiva com relação à proteção do meio ambiente. O fato de as cavernas atingirem o patamar de bens que gozam de especial proteção, em respeito a comandos constitucional e infraconstitucional, servirá como peça-chave para arguição de inconstitucionalidade de quaisquer diplomas legislativos que ferirem a Constituição Federal ao suprimir ou reduzir a proteção de bens (e os próprios bens) que constitucionalmente gozam de especial proteção.

Portanto, eventual supressão ou alteração desses espaços só poderá ser autorizada por meio de lei em sentido formal, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção, nos expressos termos do art. 225, § 3º, inc. III, da Constituição Federal. A criação de um espaço territorial especialmente protegido pode materializar-se mediante edição de lei ou atos administrativos, como decretos²⁹, mas sua alteração – redução de seus limites, supressão ou mudança de regime jurídico – só será permitida quando lei específica assim autorizar. Como acontece em matéria ambiental, a intenção do constituinte foi, de um lado, facilitar a criação dos espaços territoriais especialmente protegidos (que pode ocorrer por decreto ou lei), de outro, dificultar a redução da proteção ao determinar que só poderá ser realizada por meio de lei³⁰.

A redação do citado art. 225, § 1º, inc. III, da Constituição Federal, inclusive, foi fiel à “Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Panorâmicas Naturais dos Países da América”, assinada e ratificada pelo Brasil, conforme dispõe o seu art. 3º: “os limites dos parques nacionais não serão alterados nem alienada parte alguma deles, a não ser pela ação de **autoridade legislativa competente**, e que as riquezas neles existentes não serão exploradas para fins comerciais” (UNIÃO PAN-AMERICANA. *Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas Naturais dos Países de América*, 1940, grifo nosso).

²⁹ As áreas especialmente protegidas poderão “ser criadas por lei, decreto, portaria ou resolução. A tutela constitucional não está limitada a nomes ou regime jurídicos de cada espaço territorial, pois qualquer espaço entra na órbita do art. 225, § 1º, III, desde que se reconheça que ele deva ser especialmente protegido” (MACHADO, 1992, p. 146).

³⁰ “A Constituição não pretendeu que o país tivesse o mesmo regime jurídico ambiental, mas quis que alguns espaços geográficos fossem especialmente protegidos. Uma proteção especial depende de certa imutabilidade para que seja compreendida, desejada e respeitada – e, portanto, só pode ser modificada com certo grau de dificuldade. Não se pode facilitar a exceção, sendo necessário indicar a busca de outras soluções – que, pelo fato de serem difíceis, não são impossíveis – aos que pretendem desmatar ou desnaturar um espaço especialmente protegido. Fora disso, iremos caminhando para uma destruição progressiva das fontes da sobrevivência para esta e para as futuras gerações.” (MACHADO, 1992, p. 149).

Granziera (2011, p. 444) reforça o entendimento:

O texto constitucional estabelece que somente a lei poderá suprimir esses espaços ou alterar o seu regime jurídico. Essa medida tem por objetivo impedir que atos isolados do Poder Executivo alterem a proteção estabelecida, sem abrir a possibilidade de ampla discussão com a sociedade, no âmbito do processo legislativo.

Na redação original do Decreto n. 99.556/1990, as cavernas e as áreas de influência foram alçadas à categoria de espaços territoriais especialmente protegidos e, ao abrigo do que dispõe a Constituição Federal, em seu art. 225, § 1º, inc. III, qualquer alteração ou supressão só poderia ser realizada por meio de lei, vedada qualquer utilização que pudesse comprometer a integridade dos atributos que justificassem a sua proteção, ou seja, o Decreto n. 6.640/2008 que modificou a redação do Decreto n. 99.556/1990 não poderia autorizar impactos negativos irreversíveis nas cavidades relevantes, uma vez que decreto não é meio hábil para determinar a supressão de espaço territorial especialmente protegido.

4. Conclusão

As cavidades naturais subterrâneas têm natureza jurídica de bem ambiental difuso (ou coletivo), de titularidade do povo. A gestão/administração dessas cavidades compete à União, à luz do art. 20, inc. X, da CF, bem como do interesse público e a tutela jurídica que incide sobre elas. Por essa razão, esses ambientes gozam de especial proteção, uma vez que a Constituição Federal, as constituições de vários estados-membros da federação e a própria legislação infraconstitucional, erigiu-as ao patamar de bens especialmente protegidos.

Em decorrência de interpretação logico-sistemática, chega-se à conclusão de que as cavidades naturais subterrâneas são consideradas espaços territoriais especialmente protegidos (art. 225, § 1º, inc. III, da CF) e que eventual alteração ou supressão só será permitida por meio de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem a sua proteção.

Nos últimos anos, constatou-se que o Executivo e o Legislativo vêm permitindo a destruição de ambientes naturais, em total vilipêndio ao patrimônio espeleológico nacional, que inclui bens de valor histórico, cultural, paleontológico, arqueológico, ambiental e científico, inclusive é fonte de conhecimento da biomimética, ciência que começa a trilhar o caminho do desenvolvimento.

O Decreto n. 6.640/2008 é bom exemplo. Pelo Decreto n. 99.556/1990 em sua redação original, as cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional constituíam patrimônio cultural brasileiro e, como tal, deveriam ser preservadas e conservadas de modo a permitir estudos e pesquisas de ordem técnico-científica, bem como atividades de cunho espeleológico, étnico-cultural, turístico, recreativo e educativo; sua utilização deveria ter consonância com a legislação específica e somente dentro de condições que assegurassem a sua integridade física e a manutenção do respectivo equilíbrio ecológico (art. 2º e 3º). Com este diploma, criou-se expressamente um regime especial de proteção às cavidades subterrâneas, que só poderia ser reduzido ou suprimido por meio de lei (art. 225, § 1º, inc. III, da CF).

Ocorre que o Decreto n. 6.640/2008 modificou o Decreto n. 99.556/1990, passando a permitir impactos negativos irreversíveis em cavidades classificadas como de relevância alta, média e baixa, em flagrante inconstitucionalidade e completo desprezo às potencialidades científica e ambiental das cavidades naturais brasileiras, valendo salientar que muitas ainda nem foram descobertas. Por outro lado, a falta de investimentos e a ausência de proteção desses ambientes naturais por parte do poder público acaba facilitando a destruição desse patrimônio natural sem que se conheçam todas as riquezas que abriga.

Nessa linha de raciocínio, pode-se afirmar que o patrimônio espeleológico brasileiro vem sendo tratado com descaso, relegado ao esquecimento no âmbito das políticas preservacionistas ambientais, como se de patrimônio cultural e ambiental não se tratasse. O descaso é comprovado pelo teor do Projeto de Lei n. 5.071/1990 – dispõe sobre a proteção das cavidades naturais subterrâneas (em 1996 foi apresentado o seu substitutivo de n. 36) –, que tramita há mais de vinte anos e continua pendente de apreciação pelo Plenário da Câmara dos Deputados.

Portanto, reverter esse quadro é urgente, tendo em vista a necessária valorização e preservação do patrimônio espeleológico nacional, não apenas no texto, no mundo do dever-ser, mas lhe conferir a real e efetiva proteção, mediante o correspondente expurgo de diplomas infraconstitucionais que conflitam com a Constituição Federal, diante da sua categorização como bem ambiental a ser especialmente protegido.

Referências

AFONSO DA SILVA, José. *Direito ambiental constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BAHIA. *Constituição*. Promulgada em 5 de outubro de 1989. Disponível em: http://www.mpba.mp.br/institucional/legislacao/constituicao_bahia.pdf. Acesso em: 10 nov. 2015.

BAHIA. *Lei n. 10.431, de 20 de dezembro de 2006*. Dispõe sobre a Política de Meio Ambiente e de Proteção à Biodiversidade do Estado da Bahia e dá outras providências. Disponível em: http://www.seia.ba.gov.br/sites/default/files/legislation/Lei%2010431_2006.pdf. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 2.832/2003*. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7753DE4C3AC21154E0A6F16279D9A3C5.proposicoesWeb1?codteor=191672&filename=PL+2832/2003. Acesso em: 27 nov. 2015.

BRASIL. *Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979*. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6766.htm. Acesso em: 16 nov. 2015.

BRASIL. *Lei n. 7.661, de 16 de maio de 1988*. Institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7661.htm. Acesso em: 19 nov. 2015.

BRASIL. *Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000*. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9985.htm. Acesso em: 23 nov. 2015.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 4 jan. 2017.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Resolução Conama n. 347, de 10 de dezembro de 2004*. Dispõe sobre a proteção do patrimônio espeleológico. Disponível em: http://www.mma.gov.br/port/conama/legislacao/CONAMA_RES_CONS_2004_347.pdf. Acesso em: 19 nov. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agl 192.647. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 1, n. 1, jan./mar. 2005.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. PROC. 2000.60.00.004836-6 AMS 722328. Terceira turma. Relatora Des. Federal Cecília Marcondes. São Paulo, SP. Julgamento 26/07/2006. Publicação 23.08.2006. Disponível em: <file:///C:/Users/autor1/Downloads/Acordao63291343701718.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2015.

CONSEIL GÉNÉRAL DES DEUX-SÈVRES. *Schéma départemental des espaces naturels sensibles*. 2009. p. 3. Disponível em: http://www.deux-sevres.com/deux-sevres/Portals/cg79/Services%20en%20ligne/Publications/ENV_SDENS79.pdf. Acesso em: 27 nov. 2015.

COSTA, Beatriz Souza. *O gerenciamento econômico do minério de ferro como bem ambiental no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Fiuza, 2009.

CRETELLA NETO, José. *Curso de direito internacional do meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESPÍRITO SANTO. *Constituição*. Promulgada em 5 de outubro de 1989. Disponível em: http://www.camara.gov.br/internet/interacao/constituicoes/constituicao_es.pdf. Acesso em: 19 nov. 2015.

FELDMANN, Fabio. *Cavernas brasileiras*. 1º jul. 2014. Disponível em: <http://www.ecodesenvolvimento.org/colunas/fabio-feldmann-1/cavernas-brasileiras>. Acesso em: 7 jul. 2015.

GOIÁS. *Constituição*. Promulgada em 5 de outubro de 1989. Disponível em: http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/constituicoes/constituicao_1988.htm. Acesso em: 19 nov. 2015.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS. *Portaria Ibama n. 887, de 15 de junho de 1990*. Disponível em: http://estudosambientais.com.br/pages/docs/IBAMA_Portaria-887-1990.pdf. Acesso em: 19 nov. 2015.

INTERNATIONAL UNICIO FOR CONSERVATION OF NATURE. *Can protected areas contribute to poverty reduction? Opportunities and Limitations*. 2004. p. 7. Disponível em: <https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/2004-047.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2015.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LINO, Clayton Ferreira. *Cavernas: o fascinante Brasil subterrâneo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Gaia, 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1992. Autor1, 2016.

MATO GROSSO. *Constituição*. Promulgada em 5 de outubro de 1989. Disponível em: http://www.al.mt.gov.br/busca_legislacao/anexos/constituicao_estadual.pdf. Acesso em: 10 nov. 2015.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MINAS GERAIS. *Constituição*. Promulgada em 1989. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/ConstituicaoEstadual.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2015.

MINAS GERAIS. *Decreto n. 20.597, de 4 de junho de 1980*. Define área de proteção especial, compreendendo o município de Confins e partes dos municípios de Lagoa Santa, Pedro Leopoldo, Matozinhos, Funilândia e Prudente de Moraes, para fins do disposto no art. 13 da Lei Federal nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Disponível em: <http://www.siam.mg.gov.br/sla/download.pdf?idNorma=1093>. Acesso em: 19 nov. 2015.

MINAS GERAIS. *Lei n. 11.726, de 30 de dezembro de 1994*. Dispõe sobre a política cultural do estado de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.siam.mg.gov.br/sla/download.pdf?idNorma=2292>. Acesso em: 19 nov. 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre a diversidade biológica*. 1992. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/_arquivos/cdbport.pdf. Acesso em: 23 nov. 2015.

OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Tradução Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PARAÍBA. *Constituição*. Promulgada em 5 de outubro de 1989. Disponível em: <http://gestaounificada.pb.gov.br/interpa/pdf/documentos/constituicao-pb.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2015.

PARANÁ. *Constituição*. Promulgada em 5 de outubro de 1989. Disponível em: <http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=iniciarProcesso&tipoAto=10&orgaoUnidade=1100&retiraLista=true&site=1>. Acesso em: 19 nov. 2015.

RIO DE JANEIRO. *Constituição*. Promulgada em 5 de outubro de 1989. Disponível em: <http://www.alerj.rj.gov.br/processo6.htm>. Acesso em: 23 nov. 2015.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito ambiental esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RUCHKYS, Úrsula de Azevedo *et al.* (org.). *Patrimônio espeleológico em rochas ferruginosas: propostas para sua conservação no quadrilátero ferrífero Minas Gerais*. Campinas: Sociedade Brasileira de Espeleologia, 2015. E-book.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SÃO PAULO. *Constituição*. Promulgada em 5 de outubro de 1989. Disponível em: http://www.al.sp.gov.br/StaticFile/documentacao/cesp_completa.htm. Acesso em: 23 nov. 2015.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa. *Decreto n. 60.302, de 27 de março de 2014*. Institui o Sistema de Informação e Gestão de Áreas Protegidas e de Interesse Ambiental do Estado de São Paulo – SIGAP e dá providências correlatas. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2014/decreto-60302-27.03.2014.html>. Acesso em: 19 nov. 2015.

SERGIPE. *Constituição*. Promulgada em 5 de outubro de 1989. Disponível em: http://www.al.se.gov.br/cese/constituicao_do_estado_de_sergipe_2007.pdf. Acesso em: 10 nov. 2015.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela constitucional do meio ambiente*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 6. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

TOCANTINS. *Constituição*. Promulgada em 5 de outubro de 1989. Disponível em: http://www.al.to.leg.br/arquivos/documento_36878.PDF#dados. Acesso em: 19 nov. 2015.

TRAJANO, Eleonora; BICHUETTE, Maria Elina. Relevância de cavernas: porque estudos ambientais espeleológicos não funcionam. *Espeleo-Tema: revista brasileira dedicada ao estudo de cavernas e carste*, Campinas, v. 21, n. 1, p. 105-112, 2010. Disponível em: http://www.cavernas.org.br/espeleo-tema/espeleo-tema_v21_n1.pdf. Acesso em: 14 jul. 2014.

UNIÃO PAN-AMERICANA. *Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas Naturais dos Países de América*. Washington, DC, 1940. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/gab/asin/inter01.html>. Acesso em: 19 nov. 2015.

Os resíduos sólidos no Brasil e no Direito Comparado: soluções possíveis e soluções inovadoras

Claudia Fidelis
Advogada

Denise Pipino
Juíza de Direito no Estado de Rondônia

*Duília Sgrott Reis*¹
Juíza de Direito no Estado de Rondônia

Resumo: os resíduos sólidos e os problemas por eles ocasionados decorrem da evolução industrial e do crescente consumismo desenfreado. No Brasil, foram analisados por outros campos científicos, como saúde, sendo relegados a um segundo plano, no campo jurídico, que agora se vê compelido a estudá-los diante das alterações causadas ao meio ambiente e à qualidade de vida das pessoas. Neste contexto, apesar da vigência há mais de uma década da Lei n. 12.305/2010 – Política Nacional sobre Resíduos Sólidos – é possível afirmar que ela é pouco conhecida pelos envolvidos na produção dos resíduos sólidos, sejam consumidores, sejam administradores. É necessário incentivo à educação ambiental, à gestão solidária e à responsabilidade compartilhada. Neste aspecto, o estudo objetiva esclarecer a gestão e política de resíduos sólidos, apresentar o seu conceito e espécies, os problemas causados por eles e as soluções encontradas por países desenvolvidos como Alemanha, Japão e Estados Unidos. Posteriormente, abordar as soluções existentes no ordenamento jurídico brasileiro para tais problemas e soluções inovadoras, utilizando a tecnologia apta a minimizá-los, e ainda fomentar o fortalecimento da economia fazendo valer o conceito de desenvolvimento sustentável no que diz respeito a aplicação dos três R da sustentabilidade: Reduzir, Reutilizar e Reciclar.

Palavras-chave: Resíduos Sólidos. Educação Ambiental. Responsabilidade Solidária. Direito Comparado Alemanha, Japão e EUA. Desenvolvimento Sustentável (Reduzir, Reutilizar e Reciclar).

Abstract: solid waste and the problems it causes stem from industrial developments and increasing consumerism. In Brazil, they were analyzed by other scientific fields, such as health, being relegated to a secondary level in the legal field, which now finds itself compelled to study them in the face of the changes caused to the environment and people's quality of life. In this context, despite the validity of Law no. 12,305 / 2010 – Brazilian National Policy on Solid Waste – it is possible to affirm that it is little known to those involved in the production of solid waste, whether consumers or managers. It is necessary to encourage environmental education, solidarity management and shared responsibility.

¹ As autoras são mestrandas em Direito Sócio Ambiental no Minter PUC-Paraná em convênio com a Faculdade Católica de Porto Velho (RO).

In this aspect the study aims to clarify solid waste management and policy, present its concept and species, the problems caused by solid waste, the solutions found by developed countries such as Germany, Japan and the United States. Subsequently, to address the solutions existing in the Brazilian legal system for such problems and innovative solutions, using the technology capable of minimizing them and also foment the strengthening of the economy, making use of the concept of sustainable development with respect to the application of the three R of sustainability: To reduce, to reuse and to recycle.

Keywords: Solid Waste. Environmental Education. Solidarity Responsibility. Comparative Law Germany, Japan and USA. Sustainable Development (Reduce, Reuse and Recycle).

1. Introdução

A rápida urbanização decorrente da revolução industrial, o aumento da população e dos seus padrões de vida, agregados ao aumento de consumo de produtos, promoveram a aceleração da taxa de produção de resíduos sólidos urbanos.

Esses resíduos provocam desperdícios, agravam a degradação ambiental, comprometem a qualidade de vida das populações urbanas, contribuindo, de outro passo, para a manutenção das desigualdades sociais.

Para enfrentar tais dificuldades os municípios se valem de tecnologias, políticas e comportamentos diversificados, mas cuja finalidade é a mesma: controlar os impactos negativos ocasionados pelos resíduos sólidos produzidos e encontrar técnicas de reutilização e reciclagem dos mesmos. A essa combinação de instrumentos/métodos denomina-se gestão de resíduos sólidos, que engloba o gerenciamento, o tratamento, a coleta, o transporte, o processamento e transformação dos resíduos, para que tenha êxito necessário que esteja em consonância com a legislação existente, com os aspectos sociais de proteção ao meio ambiente e à saúde pública, que haja recursos financeiros disponíveis para implementá-la, bem ainda que tenha a participação dos atores envolvidos na produção dos resíduos sólidos e que haja responsabilidade compartilhada entre esses.

2. Política e gestão ambiental dos resíduos sólidos

A preocupação com o meio ambiente tem crescido na sociedade atual. Vive-se em uma intensa crise ambiental, resultado do modelo de desenvolvimento econômico e industrial, presente desde o século XIX, que, “apesar dos benefícios tecnológicos, trouxe, principalmente, em seu bojo, a devastação ambiental planetária”².

Os resíduos têm grande parcela de participação nessa crise ambiental, pois a gestão deles é um problema emergente para a nova sociedade. O crescimento populacional e a ampliação das áreas urbanas contribuem para o aumento de impactos ambientais negativos, sobretudo no que se refere à destinação inadequada de resíduos sólidos urbanos. Além

² LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 22.

disso, segundo Valle³, essa concentração de pessoas nos centros urbanos acaba deixando grande parte da população sem acesso a elementos básicos de sobrevivência, tais como moradia, alimentação, serviços de coleta, destinação de lixo, entre outros elementos essenciais.

Freitas destaca que:

Após longa e árdua discussão, foi promulgada a Lei 12.305, de 2 de agosto de 2010, dispondo sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Nela definiram-se termos técnicos (art. 3º), explicitando-se situações pouco conhecidas (v.g., art. 3º, inc. II: área contaminada: local onde há contaminação causada pela disposição, regular ou irregular, de quaisquer substâncias ou resíduos), fixaram-se os princípios (art. 6º e 7º), os instrumentos (art. 8º), o plano dos resíduos sólidos, daí especificando-se o papel da União, dos Estados e dos Municípios (art. 16 a 19), dispôs-se sobre a responsabilidade compartilhada, ou seja, não apenas dos que geram mas também do poder público (art. 25 a 36), resíduos perigosos, instrumentos econômicos e proibições (v.g., lançamento de resíduos no mar, art. 47, inc. I) e, no que toca às sanções administrativas, remeteu-se à Lei 9.605, de 1998, que, além dos crimes ambientais, trata da matéria nos artigos 70 a 76.⁴

A gestão dos resíduos sólidos é hoje um grande desafio para a política de desenvolvimento sustentável no Brasil, pois apesar da legislação conter determinações de erradicação dos lixões, na prática o gerenciamento dos resíduos ainda é inadequado em grande parte dos municípios brasileiros.

2.1. Conceitos e espécies de resíduos sólidos

A preocupação com a destinação dos resíduos sólidos tem fortes fundamentos, visto que se apresenta como um grande problema para o meio ambiente bem como para vida saudável. A Associação Brasileira de Normas Técnicas⁵ define os resíduos como sendo:

Resíduos nos estados sólido e semi-sólido, que resultam de atividades de origem industrial, doméstica, hospitalar, comercial, agrícola, de serviços e de varrição. Ficam incluídos nesta definição os lodos provenientes de sistemas de tratamento de água, aqueles gerados em equipamentos e instalações de controle de poluição, bem como determinados líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou corpos de água, ou exijam para isso soluções técnica e economicamente inviáveis em face a melhor tecnologia disponível.

³ VALLE, Cyro Eyer do. *Qualidade ambiental: ISO 14000*. 5. ed. São Paulo: Editora Senac, 2004.

⁴ FREITAS, Vladimir Passos de Freitas. *Os resíduos sólidos na civilização de consumo: desafio para a existência de um desenvolvimento sustentável*. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/viewFile/6143/6059>. Acesso em: 11 jan. 2018.

⁵ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *Fórum Nacional de Normatização: NBR 10.004 Resíduos Sólidos*. Rio de Janeiro, 1987. p. 63.

Conforme se verifica, a definição abrange muito mais do que se encerra na terminologia resíduos sólidos, pois abarca restos de diversas atividades, desde a domiciliar até a industrial, de serviço de saúde, lodos entre outros.

A Lei 12.305/2010, que instituiu o Plano Nacional de Resíduos Sólidos, assunto que será adiante abordado, trouxe ainda uma definição mais abrangente no art. 3º, inciso XVI, sobre os resíduos sólidos:

XVI – resíduos sólidos: material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semi sólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível.⁶

Os resíduos sólidos podem ser classificados de acordo com a região e numa classificação simplificada podem ter origem domiciliar, industrial, hospitalar e tecnológica. A variedade e a quantidade de resíduos sólidos crescem desordenadamente sem que se tenham uma destinação correta, o que gera grandes impactos ambientais, pois a grande maioria dos países, sobretudo os subdesenvolvidos, depositam a céu aberto todo e qualquer tipo de resíduo, gerando os chamados “lixões”.

Os resíduos sólidos urbanos (RSU), foco do presente artigo, advém da inter-relação da LNSB (Lei n. 11.445/2007) e da PNRS (Lei n. 13.305/2010), isso porque tais resíduos se identificam como objeto do serviço público de manejo dos resíduos sólidos que se inserem no conceito de serviços públicos de saneamento básico, podendo ser considerado RSU: os resíduos sólidos domésticos; resíduos sólidos equiparados aos domésticos e os resíduos sólidos originários do serviço público de limpeza pública.⁷

“Os resíduos domésticos são os originários das atividades residenciais, e, tendo em vista as características dessas atividades, tais resíduos possuem qualidade e quantidades bem definidas.”⁸ Com relação aos resíduos equiparados aos domésticos, só existirão se houver norma local de equiparação. Em outras palavras, o lixo produzido por um pequeno comércio só será considerado doméstico se houver norma que o equipare. Sendo assim, este passa a ser de responsabilidade do poder público, e passa a receber o mesmo tratamento jurídico dos resíduos domésticos.⁹

⁶ BRASIL. Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm. Acesso em: 27 dez. 2017.

⁷ RIBEIRO, Wladimir Antônio. Introdução à lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos. In: SAIANI, Carlos César Santejo; DOURADO, Juscelino; TONETO JÚNIOR, Rudinei (org.). *Resíduos sólidos no Brasil: oportunidades e desafios da Lei Federal nº 12.305 (lei de resíduos sólidos)*. Barueri: Minha Editora, 2014, p. 102-171.

⁸ RIBEIRO, Wladimir Antônio. Introdução à lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos. In: SAIANI, Carlos César Santejo; DOURADO, Juscelino; TONETO JÚNIOR, Rudinei (org.). *Resíduos sólidos no Brasil: oportunidades e desafios da Lei Federal nº 12.305 (lei de resíduos sólidos)*. Barueri: Minha Editora, 2014, p. 102-171.

⁹ RIBEIRO, Wladimir Antônio. Introdução à lei da política nacional de resíduos sólidos. In: SAIANI, Carlos César Santejo; DOURADO, Juscelino; TONETO JÚNIOR, Rudinei (org.). *Resíduos sólidos no Brasil: oportunidades e desafios da Lei Federal nº 12.305 (lei de resíduos sólidos)*. Barueri: Minha Editora, 2014, p. 102-171.

Os resíduos sólidos originários do serviço público de limpeza pública, que também integram o conceito de RSU, abrangem: serviço de varrição, capina, roçada, poda e atividades correlatas em vias públicas e logradouros públicos; asseio de túneis, escadarias, monumentos, abrigos e sanitários públicos; raspagem e remoção de terra, areia e quaisquer materiais depositados pelas águas pluviais em logradouros públicos; desobstrução e limpeza de bueiros, boca de lobos e correlatos; limpeza de logradouros públicos onde se realizam feiras e outros eventos de acesso aberto ao público.¹⁰

2.2. Legislação internacional e nacional

A preocupação ambiental só se tornou pública na Conferência de Estocolmo em 1972. Nessa conferência chegou-se à conclusão de que era necessário redefinir o conceito de desenvolvimento, pois o mesmo acarretava na área ambiental irreversíveis danos ao meio ambiente. Era visível que a natureza não poderia continuar sendo considerada um bem gratuito e substituível e que possuía capacidade de regeneração para corrigir as devastações provocadas em nome do progresso¹¹. “Para tanto, seria indispensável mobilizar as forças vivas da sociedade em favor de um novo pacto social e de uma gestão responsável dos bens comuns globais.”¹²

De lá pra cá, a maior parte dos países, sobretudo os europeus, vem adotando regras bastante rígidas em relação aos resíduos sólidos. A União Europeia editou várias normas referentes a resíduos sólidos, entre elas cita-se: Diretiva 75/442/CEE, relativa a resíduos; Diretiva 75/439/CEE, relativa a óleos usados; Diretiva 91/157/CEE, relativa a pilhas e acumuladores; Diretiva 94/62/CE, relativa a embalagens e resíduos de embalagens; Diretiva 1999/31/CE, relativa à deposição de resíduos em aterros; Diretiva 2000/53/CE, relativa aos veículos em fim de vida; Diretiva 2000/76/CE, relativa à incineração de resíduos; Diretiva 2002/96/CE, relativa aos resíduos de equipamentos elétricos e eletrônicos.

Vale ressaltar que desde a Conferência de Estocolmo ocorreram outras conferências de âmbito internacional que tiveram a participação do Brasil, podendo citar a Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio de Janeiro, 1992); a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável (Joanesburgo, 2002) e a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio de Janeiro, 2012).

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), conhecida como Conferência do Rio, Eco-92, Cúpula da Terra ou Rio-92, “consagrou o conceito de desenvolvimento sustentável e contribuiu para a mais ampla conscientização de que os danos ao meio ambiente eram majoritariamente de responsabilidade dos países desenvolvidos”¹³. Reconheceu-se a necessidade de os países desenvolvidos apoiarem financeira e tecnologicamente os países em desenvolvimento, para que estes

¹⁰ RIBEIRO, Wladimir Antônio. Introdução à lei da Política Nacional de Resíduos sólidos. In: SAIANI, Carlos César Santejo; DOURADO, Juscelino; TONETO JÚNIOR, Rudinei (org.). *Resíduos sólidos no Brasil: oportunidades e desafios da Lei Federal nº 12.305* (Lei de resíduos sólidos). Barueri: Minha Editora, 2014, p. 102-171.

¹¹ CAMARGO, A. Governança para o século 21. In: TRIGUEIRO, André (coord.). *Meio Ambiente no século 21: 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento*. Rio de Janeiro: Sextante, 2003.

¹² CAMARGO, A. Governança para o século 21. In: TRIGUEIRO, André (coord.). *Meio Ambiente no século 21: 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento*. Rio de Janeiro: Sextante, 2003, p. 308.

¹³ LAGO, André Aranha Corrêa do. *Conferências de desenvolvimento sustentável*. Brasília, DF: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013, p. 14-15.

avançassem em direção ao desenvolvimento sustentável, consagrando assim o princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas.

A Conferência de Joanesburgo (Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, 2002) teve como finalidade precípua estabelecer um plano de implementação que acelerasse e fortalecesse a aplicação dos princípios aprovados no Rio de Janeiro. As dificuldades diagnosticadas em 1992 foram confirmadas, assim como também foi consolidado o conceito de desenvolvimento sustentável como objetivo que exige equilíbrio entre três pilares: as dimensões econômica, social e ambiental¹⁴.

Por fim, a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, em 2012 (Rio+20), centralizou as discussões em torno da economia verde e da governança ambiental global. Essa conferência apresentou um elevado número de atividades paralelas, organizadas por diversos setores da sociedade civil, fortaleceu o conceito de desenvolvimento sustentável como uma das questões centrais da atualidade, evitando que a questão ambiental fosse tratada de forma isolada dos âmbitos político, econômico e social¹⁵.

A Convenção de Basileia é também um marco internacional no que se refere aos resíduos sólidos. Traz em seu bojo mecanismos, controles e formas de rastreamentos dos resíduos perigosos e seu depósito, visando principalmente a conter os riscos à saúde humana e ao meio ambiente. A convenção de Basileia entrou em vigor em 1992, e conta com mais de 150 Estados-partes, entre eles o Brasil. O objetivo inicial da Convenção era impor o dever de informar através da aplicação da regra *prior informed consent* – e oferecer *guidelines* aos Estados para gerirem adequadamente seus resíduos – *Environment Sound Management*. No entanto, o foco da Convenção ao final passou a ser a busca pela implementação e aplicação dos compromissos assumidos pelos Estados-partes na minimização dos resíduos. No Brasil, a Convenção de Basileia foi acatada através do Decreto n. 875 de 1993.

No âmbito nacional, apesar da preocupação ambiental há décadas, até bem pouco tempo atrás a legislação brasileira específica sobre resíduos sólidos era inexistente. Valia-se apenas de alguns poucos atos administrativos. De acordo com Freitas¹⁶:

Apesar de ser grave o problema [produção material inútil ou de reduzida utilidade], do ponto de vista jurídico a área de resíduos e saneamento é deficiente. A competência para legislar sobre o assunto é concorrente entre a União e os Estados-membros, na forma do art. 24, inc. VI e XI da Constituição, que dá a estas pessoas jurídicas de Direito Público competência para editar leis sobre o meio ambiente e saúde pública. No âmbito da União, aguardaram-se muitos anos até que se editasse uma lei com regras sobre o tratamento de resíduos. [...] Finalmente, após longa e árdua discussão, foi promulgada a Lei 12.305, de 2 de agosto de 2010, dispondo sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos. [...]

¹⁴ LAGO, André Aranha Corrêa do. *Conferências de desenvolvimento sustentável*. Brasília, DF: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013, p. 15.

¹⁵ PEREIRA, Aline de Melo Faria. Desafios dos Desenvolvimento Sustentável no Brasil: a política de gestão dos resíduos sólidos. In: CONGRESSO INTERNACIONAL FOMERCO, 16., 2017.

¹⁶ FREITAS, Vladimir Passos de. Os resíduos sólidos na civilização de consumo. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, v. 1, n. 1, jan./jun. 2010, p. 85.

A Lei 12.305/2010 instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), que no mesmo ano foi regulamentada pelo Decreto n. 7.404/2010. Por ela se estabelece princípios, objetivos, instrumentos econômicos aplicáveis e diretrizes para a gestão integrada e gerenciamento dos resíduos sólidos, dispondo inclusive sobre as responsabilidades dos geradores, do poder público, e dos consumidores. Considerada um marco histórico na gestão ambiental do Brasil, a PNRS apresenta uma visão moderna no combate ao que hoje é considerado um grande problema para: o lixo urbano. Freitas¹⁷ sintetiza os principais pontos da lei afirmando que:

Nela definiram-se termos técnicos (art. 3º), explicitando-se situações pouco conhecidas (v.g., art. 3º, inc. II: área contaminada: local onde há contaminação causada pela disposição, regular ou irregular, de quaisquer substâncias ou resíduos), fixaram-se os princípios (art. 6º e 7º), os instrumentos (art. 8º), o plano dos resíduos sólidos, daí especificando-se o papel da União, dos Estados e dos Municípios (art. 16 a 19), dispôs-se sobre a responsabilidade compartilhada, ou seja, não apenas dos que geram mas também do poder público (art. 25 a 36), resíduos perigosos, instrumento econômicos e proibições (v.g., lançamento de resíduos no mar, art. 47, inc. I) e, no que toca às sanções administrativas, remeteu-se à Lei 9.605, de 1998, que, além dos crimes ambientais, trata da matéria nos artigos 70 a 76.

Vale frisar que a Lei n. 11.445/2007, (que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico, nos seus quatro componentes: abastecimento de água; esgotamento sanitário; manejo de resíduos sólidos e manejo de águas pluviais), teve papel fundamental na elaboração do Plano Nacional de Saneamento Básico, pois consiste num eixo central de política para a problemática da disposição de resíduos.

Apesar da legislação em vigor, a situação da má disposição dos resíduos sólidos ainda permanece. De acordo com a Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais (ABRELPE)¹⁸, em 2016 cerca de 71,3 milhões de toneladas de resíduos sólidos urbanos foram coletados, o que confere um aumento de 1,7% ao dia em relação ao ano de 2015.

A expectativa da PNRS era trazer soluções para os problemas no gerenciamento dos resíduos sólidos nos âmbitos municipal, estadual e federal. De acordo com Neto¹⁹:

A Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), através da Lei 12.305 de 2010, tinha como marco 100% do país coberto por soluções sustentáveis de tratamento de RSU até a data de 02/08/2014. Infelizmente, até a data mencionada mais de 60% dos municípios no país continuam com o manejo inadequado, segundo a Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais

¹⁷ FREITAS, Vladimir Passos de. Os resíduos sólidos na civilização de consumo. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, v. 1, n. 1, jan./jun. 2010, p. 87.

¹⁸ <http://www.abrelpe.org.br/Panorama/panorama2016.pdf>.

¹⁹ NETO, Octavio Pimenta Reis. *Modelagem do impacto socioeconômico do tratamento integrado de resíduos sólidos na economia brasileira*. Porto Alegre: Instituto Venturi para Estudos Ambientais, 2016, p. 1.

(ABRELPE), e o restante ainda conta com o uso indiscriminado da terra para a destinação dos resíduos.

Apesar das políticas públicas, a coleta e destinação correta dos resíduos sólidos não são inteiramente seguidas, isso porque muitos municípios não possuem boa infraestrutura, além de outros problemas tais como a má administração do gestor público.

É claro que há problemas específicos de administração pública, de ineficiência e até de corrupção na gestão brasileira de resíduos sólidos. Uma boa expressão disso é o fato de cerca de 10% apenas dos municípios brasileiros terem levado adiante seus planos de resíduos, entrando no círculo vicioso de que não podem receber recursos federais para continuá-los, o que dificulta ainda mais o próprio planejamento. Há práticas e poderes consolidados em contratos de limpeza pública que impedem a emergência de soluções mais dinâmicas e inovadoras. Contrariamente ao que ocorre quando se trata dos setores em que a logística reversa já opera de forma eficiente no Brasil, a esmagadora maioria dos planos hoje existentes, sejam estaduais, sejam municipais, é vaga, genérica e desprovida de metas quantitativas ambiciosas.²⁰

Em países desenvolvidos como a Alemanha, o Canadá, a Espanha, os Estados Unidos e o Japão, foram criadas normas que impõe uma espécie de hierarquia de gestão, onde o lema é primeiro evitar ou minimizar a geração de resíduos sólidos; segundo, os resíduos gerados devem ser reutilizados, ou reciclados, ou tratados; e terceiro, os resíduos restantes devem ser adequadamente descartados. Essa sistemática envolve participação ativa dos governos nacionais e locais, empresas privadas e sociedade civil²¹.

No Brasil, ainda há muito a se percorrer nesse aspecto, ainda não se somam forças no gerenciamento dos resíduos sólidos. A gestão integrada dos resíduos sólidos contribuiria para o crescimento econômico, social e para um meio ambiente sustentável.

3. Resíduos perigosos: caso Recobem

Em face da industrialização passamos a ter problemas com a guarda e destino dos resíduos perigosos.

Para ilustrar essa situação FREITAS destaca que:

Não interessa aqui desfiar os primeiros precedentes naquela nação (EUA), mas um caso merece ser citado como exemplo. Não apenas por ter sido objeto de ação judicial, como por ter sido divulgado por meio do cinema. Refiro-me ao processo que resultou na película A qualquer preço (A Civil Action), dirigida por Steven Zaillian, no ano de 1998, e que teve nos papéis principais John Travolta e Robert

²⁰ ABRAMOVAY, Ricardo; SPERANZA, Juliana S; PETITGAND, Cécile. *Lixo zero: gestão de resíduos sólidos para uma sociedade mais próspera*. São Paulo: Planeta sustentável; Instituto Ethos, 2013, p. 51.

²¹ MAIA, Hérika; BARBOSA, Erivaldo; SILVA, Monica. Análise nacional e internacional da legislação ambiental sobre resíduos sólidos. *In: Revista Espacios*, v. 37, n. 19, 2016.

*Duvall. O tema do filme, baseado em caso real ocorrido em Woburn, proximidades de Boston, estado de Massachusetts, gira em torno de produtos químicos enterrados irregularmente por uma empresa, que contaminam as águas de um rio, gerando câncer na população local (United States District Court – District of Massachusetts. Civil Action n. 82-1672-S, Anne Anderson et al. contra W. R. Grace and Company, Beatrice Foods, Unifi rst Company. Juiz Walter Jay Skinner, j. 10 a 26/05/1986).*²²

No Brasil tivemos caso similar, um drama vivido por moradores dos bairros Jardim Cristal, Jardim Marambaia e Barro Preto, em São José dos Pinhais, região metropolitana de Curitiba, conhecido como **Caso Recobem**.

O jornal *A Tribuna do Paraná*²³ informou que o problema ambiental emergiu em outubro de 1995, quando foi decretada a falência da empresa Recobem Industria e Comércio de Tintas e Vernizes Ltda. Citada empresa havia começado a operar em 1984 e havia sido contratada por outras companhias para serviços de reciclagem e armazenamento de borra de tinta, resíduo altamente tóxico resultante da fabricação ou uso do produto. Sendo constatado após a decretação de sua falência que havia originado 6.669 toneladas de resíduos tóxicos e perigosos²⁴. Uma grande quantidade de material foi estocada de forma irregular – aproximadamente duas mil toneladas de resíduos a granel e 4,6 mil tambores de 200 litros. Vários deles foram enterrados, enquanto outros eram simplesmente deixados em pátios ou galpões, sujeitos à ação do tempo. Substâncias tóxicas foram liberadas no meio ambiente, contaminando o solo, o ar e até água, já que os dois maiores depósitos da empresa ficavam próximos a importantes rios da região, o Miringuava e o Itaqui. Os moradores foram contaminados e passaram a sofrer problemas de saúde tais como: dores de cabeça, sinusite, tonturas e problemas na pele, além de problemas na vesícula. Além disso houve desvalorização imobiliária do local, que necessita ser descontaminado para voltar a ser utilizado, sem gerar problemas de saúde aos seres vivos.

Apenas depois de denúncias de organizações não-governamentais (ONGs) ao Conselho Municipal do Meio Ambiente de São José dos Pinhais a questão começou a ser tratada publicamente.

Os moradores de Jardim Cristal e Jardim Marambaia que teriam sido contaminados e os membros das associações destes bairros, cerca de 800, ingressaram perante o Poder Judiciário contra os contratantes da Recobem, vindicando a descontaminação da área e o pagamento de indenização. Inicialmente, em 2003, a legitimidade foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR). Posteriormente, várias empresas recorreram contestando se a associação poderia realmente entrar com a ação e, em 2006, o Tribunal

²² FREITAS, Vladimir Passos de Freitas. Os resíduos sólidos na civilização de consumo: desafio para a existência de um desenvolvimento sustentável. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 81-107, jan./jun. 2010, p 89-90. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/viewFile/6143/6059>. Acesso em: 11 jan. 2018.

²³ *Caso da Recobem continua na Justiça*, publicado em 13.07.2008. Disponível em: <http://www.tribunapr.com.br/noticias/parana/caso-da-recobem-continua-na-justica>. Acesso em: 11 jan. 2018.

²⁴ HERBERT, Breno Paulo. Estudo da valoração monetária de propriedades contaminadas em ambiente urbano. 2011. Dissertação (Mestrado Profissionalizante em Meio Ambiente Urbano e Industrial) – Setor de Tecnologia, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 50. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/27447/R%20-%20D%20-%20HERBERT%2C%20BRENO%20PAULO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 11 jan. 2018.

de Justiça do Paraná (TJPR) decidiu que as ações não se baseariam em direitos individuais homogêneos e o processo foi extinto sem julgamento de mérito no que se referia às indenizações. A defesa da Associação interpôs recurso no STJ, alegando a dificuldade dos membros da Associação, muitos com poucos recursos financeiros, de entrar individualmente com ações, além do tempo e recursos excessivos que isso consumiria do Judiciário, bem como muitos associados estariam contaminados por metais pesados como cobre e chumbo, já sendo registrado um número de casos de câncer muito acima da média. O recurso foi julgado pelo STJ, e o relator Ministro Fernando Gonçalves afirmou que, no caso, haveria direito homogêneo individual a ser protegido. Ele apontou que os doutrinadores destacam que os atingidos por um fator comum não precisam padecer das mesmas doenças para entrar com ação, precisando apenas que seus problemas tenham origem comum²⁵.

O drama sofrido pela população paranaense também foi transformado em livro-documentário em 2012, denominado: “Guatupê: a saga de um povo”, por Paulo da Silva Filho. Todavia, até o presente momento não houve solução definitiva para o problema.

O que se observa a nível mundial é que inexistem lugares apropriados para acomodar resíduos, sobretudo os mais perigosos. Por esse motivo Freitas destaca:

Os países desenvolvidos procuram exportá-los para países com dificuldades econômicas, mediante compensação financeira. O fato foi exposto com clareza por François Roelants Du Vivier [...], ao mencionar que durante muitos anos e, singularmente, no decurso da década de setenta, bem como no início dos anos oitenta, a Europa Ocidental assistiu ao turismo dos resíduos, sendo exemplo mais conhecido o ‘passeio’ que os 41 barris de dioxina proveniente do acidente de Seveso (Itália, 1976) deram, em 1983. Sabendo aproveitar as lacunas na legislação dos países vizinhos, muitas das deslocamentos e descargas de resíduos foram efetuadas, com toda a legalidade, em espaços membros da Comunidade Europeia! A política de “eliminação ao menor preço” não tem embaraços morais. Assim, a etapa seguinte consistiu na transferência dos resíduos perigosos para os países mais pobres, nomeadamente da África. Durante muito tempo pressentido, o tráfico dos resíduos tóxicos para os países em vias de desenvolvimento só veio a ser revelado, através de provas vergonhasas, pelo Acordo Europeu para o Ambiente, em 1988.

4. Problemas ocasionados pelos resíduos sólidos

No início o homem tinha uma vida simples, consumia aquilo que a natureza produzia, e quando não havia mais insumos disponíveis migrava para outra localidade. Os povos primitivos eram nômades e não se preocupavam em estabelecer bases ou produzir seus alimentos. A caça e a coleta predominavam.

²⁵ *In verbis*: AÇÃO COLETIVA. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. PRODUTOS TÓXICOS. CONTAMINAÇÃO. ÁGUA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. CARACTERIZAÇÃO. 1 – A quantificação dos danos morais e materiais fica relegada à liquidação de sentença e, por isso mesmo, não impede a subsunção da espécie à definição legal de direitos individuais homogêneos, caracterizados por um fato comum, no caso específico o vazamento de produtos tóxicos e a contaminação da água consumida pelos associados. 2 – Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a legitimidade ativa *ad causam* da recorrente. (REsp 982.923/PR, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 10/06/2008, DJe 12/08/2008)

O surgimento da agricultura e pecuária trouxe mudanças à vida nômade. Agora era possível fixar comunidades, estabelecer territórios e dominar certos espaços geográficos, uma vez que a alimentação estava garantida. A capacidade de dominar a produção alimentícia foi uma das primeiras formas de controle da natureza. O domínio das técnicas de plantação, colheita e replantio tornaram a vida do homem primitivo mais fácil. A natureza antes objeto de mistério passava a se tornar uma aliada e cada vez era mais explorada pela sociedade. Este foi apenas um pequeno passo para a evolução industrial que ocorreria milhares de anos depois e seria responsável pela mudança de comportamento, migração da população rural para as cidades, instauração de novos hábitos de consumo e também da maior produção de resíduos.

Inegável que os avanços tecnológicos simplificaram a vida do ser humano e hodiernamente vive-se um dos melhores tempos. As distâncias foram encurtadas, doenças foram curadas ou tiveram seus efeitos reduzidos. A produção industrial diminuiu o tempo de fabricação de objetos ao mesmo tempo que os tornou mais funcionais e tantos outros foram criados. Se a roda foi a maior invenção da humanidade, o domínio das técnicas industriais foi um dos ingredientes fundamentais para a modificação do estilo de vida e do meio ambiente.

A expectativa de vida aumentou a ponto de se dizer que as novas gerações poderão ultrapassar facilmente um centenário de vida e viver com qualidade. A modernidade não trouxe apenas benesses, a produção industrial, tida como uma das responsáveis pela facilitação da vida moderna, também é responsável pela grande produção de resíduos sólidos, cujos malefícios foram e são objeto de vários estudos.

O relatório *What a waste: a global review of solid waste management*, elaborado pelo Banco Mundial, concluiu que no ano de 2012 foram produzidos cerca de 1,3 bilhões de toneladas de resíduos sólidos, os quais devem aumentar para 2,2 bilhões em 2025²⁶.

No Brasil, só no ano de 2015, de acordo com os dados do Programa Panorama de Resíduos Sólidos no Brasil, da Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especial (Abrelpe), foram gerados 79,9 milhões de toneladas de resíduos sólidos urbanos, dos quais 72,5 milhões foram coletados, restando sem destinação 7,3 milhões. Entre os anos de 2014 e 2015 a população brasileira cresceu 0,8%, mesmo percentual observado quanto à geração dos resíduos sólidos²⁷. Os dados ilustram o aumento na produção de resíduos sólidos urbanos e, por conseqüência, o incremento de seus riscos.

Para Milaré, a problemática dos resíduos sólidos está mais definida na atualidade, mais complexa, porquanto o atual estágio da civilização acende alarmes de urgência²⁸. Não se trata apenas da simples procura de espaço para descarte dos resíduos produzidos tanto pela indústria, quanto pelo Estado e pela população.

O cerne da questão é promover o tratamento adequado dos resíduos sólidos para evitar a contaminação das águas e do solo, proliferação de doenças e enfermidades,

²⁶ BHADA-TATA, Perinaz; HOORNWEG, Daniel. What a waste: a global review of solid waste management. *Urban Development Series: knowledge papers*, Washington, n. 15, 2012. 98p. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2012/07/25/00033>. Acesso em: 30 dez. 2017, p. 8-9.

²⁷ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LIMPEZA PÚBLICA E RESÍDUOS ESPECIAIS. *Panorama dos resíduos sólidos no Brasil 2011*: relatório. São Paulo, 2011, p. 16-17. Disponível em: <http://www.abrelpe.org.br/Panorama/panorama2015.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2017.

²⁸ MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.853.

desequilíbrio nos ecossistemas, bem como o manejo adequado de recursos para estes eventos e o reaproveitamento de insumos, não só pela reciclagem como também pelo uso como fontes alternativas de energia, por exemplo.

Os resíduos sólidos poluem o solo e a atmosfera face a emissão de gases como metano e gás sulfídrico, os quais não apenas poluem o ambiente como trazem riscos de explosão²⁹. A contaminação das águas superficiais e subterrâneas, em virtude da percolação do chorume, formado a partir da degradação da matéria orgânica não-controlada, é um fator de maior preocupação, pois sua ação persiste mesmo com o encerramento das atividades dos aterros e lixões.

Há risco nos locais de armazenamento dos resíduos sólidos, porquanto a queima ao ar livre ou em incineradores sem o uso adequado de equipamentos podem dispensar partículas e outros poluentes na atmosfera, potencializando os riscos a um maior número de pessoas, ainda que não residam nas proximidades dos aterros sanitários³⁰.

Ademais, os resíduos sólidos quando não tratados de forma adequada, depositados nos chamados lixões, isto é, lugares inapropriados, são ambientes favoráveis a proliferação de macro e micro vetores de enfermidades, como ratos, baratas, mosquitos, bactérias³¹. Pesquisas indicam que locais próximos aos aterros tem níveis elevados de compostos orgânicos e metais pesados³², assim como os moradores da proximidade³³. Há um aumento no índice de certos tipos de câncer³⁴, anomalias congênitas, abortos e mortes neonatais³⁵. Os profissionais que estão envolvidos diretamente com o manejo dos resíduos podem experimentar agravamento da saúde com problemas respiratórios decorrentes de alterações nas funções pulmonar e contaminação bacteriológica³⁶. Perceptível em relação à saúde pública, os resíduos sólidos urbanos ocupam papel de destaque na cadeia epidemiológica de uma comunidade.

Não apenas impactos ambientais podem ser notados, como orçamentários. Segundo a ONU³⁷, cerca de 20 a 30% dos orçamentos municipais estima a coleta e destinação de resíduos sólidos, muito embora menos da metade da população tenha acesso a esse serviço.

²⁹ PEREIRA, Suellen Silva; MELO, Josandra Araújo Barreto de. Gestão dos resíduos sólidos urbanos em Campina Grande/PB e seus reflexos socioeconômicos. *Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional*, Taubaté, v. 4, n. 4, set./dez. 2008, p.206.

³⁰ GOUVEIA, Nelson. Resíduos sólidos urbanos: impactos socioambientais e perspectiva de manejo sustentável com inclusão social. *Ciênc. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 6, 2012, p. 1507. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012000600014&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 31 dez. 2017.

³¹ PEREIRA, Suellen Silva; MELO, Josandra Araújo Barreto de. Gestão dos resíduos sólidos urbanos em Campina Grande/PB e seus reflexos socioeconômicos. *Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional*, Taubaté, v. 4, n. 4, set./dez 2008, p.206.

³² SISSINO, C. L. S.; MOREIRA, J. C. Avaliação da contaminação e poluição ambiental na área de influência do aterro controlado do Morro do Céu, Niterói, Brasil. *Cad. Saúde Pública*, p. 515-523, 1996.

³³ SANTOS FILHO *et al.* Grau de exposição a praguicidas organoclorados em moradores de aterro a céu aberto. *Rev. Saúde Pública*, p. 515-522, 2003.

³⁴ PUKKALA, E.; PÖNKÄ, A. Increased incidence of cancer and asthma in houses built on a former dump area. *Environ Health Perspect*, p. 1121-1125, 2001.

³⁵ DUMMER, T. J. B. Adverse pregnant outcomes near landfill sites in Cumbria, Northwest, England, 1950-93. *Arch of Environ Health*, p. 692-698, 2003.

³⁶ GOUVEIA, Nelson. Resíduos sólidos urbanos: impactos socioambientais e perspectiva de manejo sustentável com inclusão social. *Ciênc. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 6, p. 1507, jun. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012000600014&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 31 dez. 2017.

³⁷ SENADO FEDERAL. *Aumento da produção de lixo tem custo ambiental*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/em-discussao/edicoes/residuos-solidos/mundo-rumo-a-4-bilhoes-de-toneladas-por-ano>. Acesso em: 30 dez. 2017.

Se de um lado há grande destinação de orçamento para os resíduos sólidos, de outro esse valor sequer é capaz de atingir com plenitude a população, ou seja, maior verba deve ser destinada, o que a seu turno pode colapsar as finanças públicas.

Do ponto de vista econômico, o descarte inadequado dos resíduos sem que estes passem por um processo de reciclagem faz com que materiais recicláveis, como papéis, plásticos e vidros não tenham outra utilidade. Logo, há um desperdício de mão de obra, energia e insumos.

5. Soluções encontradas por países desenvolvidos como Japão, Alemanha e Estados Unidos para tratarem seus resíduos sólidos

O Japão tem área total de aproximadamente 377 mil km², correspondente a cerca de 4% do território brasileiro, ao passo que sua população representa cerca de 66% da população brasileira. Apesar de haver uma grande densidade demográfica, o Japão tem reduzido nos últimos anos a produção de resíduos sólidos urbanos, resultado de uma séria política pública estrategicamente erguida sobre três pilares: reduzir, reutilizar e reciclar³⁸.

Tem-se uma gama de tecnologia e ações voltadas para o controle e tratamento dos resíduos sólidos urbanos. O processo de reciclagem é organizado de forma que há fábricas de eletrônicos que separam as peças dos componentes eletrônicos de acordo com o material de composição. Há várias estações de transferência, nas quais os resíduos passam de pequenos para médios e grandes caminhões até serem comprimidos. As emissões de gases e outros poluentes das usinas de incineração foram reduzidos em 98% graças a adoção de mecanismos de controle de emissão de poluentes e gestão eficaz de energia³⁹.

Os incineradores ocupam papel de destaque, pois são mais eficazes para a redução dos resíduos, muito embora sejam os mais caros. O Japão estuda a instalação de outros meios mais eficazes e mais viáveis sob o ponto de vista econômico e ambiental.

Na França, a gestão dos resíduos é de responsabilidade das autoridades locais, as quais podem autorizar entidades a realizar este processo. A eliminação dos resíduos domiciliares é de responsabilidade das autoridades locais, enquanto que os industriais cabem ao produtor⁴⁰.

Quanto aos resíduos classificados como perigosos, a sua gestão é de competência exclusiva de empresas privadas, sendo vedada a participação do produtor ou detentor desses resíduos a participação no citado processo⁴¹.

³⁸ FADE. *Análise das diversas tecnologias de tratamento e disposição final de resíduos sólidos no Brasil, Europa, Estados Unidos e Japão*, p. 80. Disponível em: <http://www.abetre.org.br/estudos-e-publicacoes/publicacoes/publicacoes-abetre/UFPEFADETecnologiasparaRSU2013.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2017.

³⁹ SENADO FEDERAL. *Como alguns países tratam seus resíduos*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/residuos-solidos/mundo-rumo-a-4-bilhoes-de-toneladas-por-ano/como-alguns-paises-tratam-seus-residuos>. Acesso em: 31 dez. 2017.

⁴⁰ JURAS, Ilidia da A. G. Martins. *Legislação sobre resíduos sólidos: exemplos da Europa, Estados Unidos e Canadá*. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4059908/mod_resource/content/1/AULA%204%20-%20RECOMENDADA%20legislacao_residuos_juras.pdf. Acesso em: 31 dez. 2017.

⁴¹ JURAS, Ilidia da A. G. Martins. *Legislação sobre resíduos sólidos: exemplos da Europa, Estados Unidos e Canadá*. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4059908/mod_resource/content/1/AULA%204%20-%20RECOMENDADA%20legislacao_residuos_juras.pdf. Acesso em: 31 dez. 2017.

A Alemanha é tida como líder mundial tanto em políticas públicas quanto em tecnologias voltadas aos resíduos sólidos. Wendenburg explica que na Alemanha os resíduos sólidos são considerados recursos⁴², logo, devem ser aproveitados ao máximo.

A gestão alemã de resíduos tem um projeto audacioso, qual seja, aumentar o reaproveitamento do lixo ao nível de ser desnecessário o envio para aterros sanitários até o final desta década. A reciclagem tem sido a condutora das políticas públicas de resíduos, tanto que em 2011 a Alemanha reciclou cerca de 63% de seus resíduos urbanos, enquanto que a média europeia no mesmo período foi de apenas 25%⁴³.

A Alemanha, assim como Japão, tem como vetor a incineração do lixo, fator responsável pela taxa virtual zero de lixos encaminhados aos aterros sanitários alemães.

Esses avanços não foram possíveis apenas em virtude da modernização das ações voltadas ao tratamento do lixo, mas principalmente em razão de políticas públicas voltadas a educação ambiental. Em pouco mais de trinta anos, os lixões e aterros sanitários, que na década de 70 eram em número de 50 mil, foram reduzidos para menos de 200 (duzentos)⁴⁴.

Os Estados Unidos é um dos países mais desenvolvidos e ricos do mundo, ocupando, também, os primeiros lugares quanto à produção de lixo. Por se tratar de uma federação, a União estipula as regras gerais a respeito dos resíduos sólidos, delegando aos Estados-membros a responsabilidade de regulamentar as ações e mercado de coleta e reciclagem⁴⁵. Nos EUA, há, portanto, regras gerais estabelecidas pela União, mas a gestão e complementação é feita pelos estados.

No estado da Califórnia, a cidade de San Francisco traçou como meta zerar até o ano de 2020 a remessa de resíduos para aterros sanitários. Um dos pilares fundamentais adotados pela administração municipal são as políticas públicas voltadas à educação ambiental, ensinando a população como promover a separação do lixo e técnicas de reciclagem. **A cidade incentiva a realização de compostagem, quem mais realiza compostagem paga menor taxa de lixo.** Outras medidas foram adotadas, como a proibição de sacolas plásticas⁴⁶ e multas para quem não realizar a reciclagem do lixo⁴⁷.

No estado do Tennessee, a cidade de Chattanooga, que nos anos 1960 ficou conhecida como a cidade mais poluída dos Estados Unidos, hoje ostenta o título de uma das

⁴² WENDERBURG, Hege. *A eficiência dos recursos e gestão de reciclagem: implementação na Alemanha*, 2015. Disponível em: <http://neper.shs.eesc.usp.br/wp-content/uploads/2015/09/1-Gestao-sustentavel-de-residuos.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2017.

⁴³ SENADO FEDERAL. *Como alguns países tratam seus resíduos*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/residuos-solidos/mundo-rumo-a-4-bilhoes-de-toneladas-por-ano/como-alguns-paises-tratam-seus-residuos>. Acesso em: 31 dez. 2017.

⁴⁴ SENADO FEDERAL. *Como alguns países tratam seus resíduos*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/residuos-solidos/mundo-rumo-a-4-bilhoes-de-toneladas-por-ano/como-alguns-paises-tratam-seus-residuos>. Acesso em: 31 dez. 2017.

⁴⁵ FADE. *Análise das diversas tecnologias de tratamento e disposição final de resíduos sólidos no Brasil, Europa, Estados Unidos e Japão*, p. 80. Disponível em: <http://www.abetre.org.br/estudos-e-publicacoes/publicacoes/publicacoes-abetre/UFPEFADETecnologiasparaRSU2013.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2017.

⁴⁶ SENADO FEDERAL. *Como alguns países tratam seus resíduos*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/residuos-solidos/mundo-rumo-a-4-bilhoes-de-toneladas-por-ano/como-alguns-paises-tratam-seus-residuos>. Acesso em: 31 dez. 2017.

⁴⁷ PORTAL G1. *Cidade dos Estados Unidos multa quem não separa o lixo*. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/sao-paulo-mais-limpa/noticia/2012/05/sao-francisco-nos-eua-recicla-80-do-lixo-com-apoio-da-populacao.html>. Acesso em: 31 dez. 2017.

metrópoles americana com a melhor qualidade do ar⁴⁸. A mudança foi possível graças a união entre governo e população e a adoção de políticas públicas voltadas a educação ambiental. A cidade trocou a frota de ônibus para modelos elétricos, foram criadas estações com bicicletas espalhadas ao longo da cidade e disponível 24 horas, assim como a ideia de compartilhamento de carros elétricos, os quais podem ser alugados por hora, fábricas de carvão foram fechadas para evitar a emissão de óxido nítrico⁴⁹.

As iniciativas destacadas demonstram que soluções simples, como a separação do lixo, podem ser tão eficazes quanto tecnologia de ponta para o tratamento dos resíduos sólidos, mas qualquer delas está fadada ao fracasso se não acompanhadas de políticas públicas fortes e voltadas a educação ambiental. Nenhuma cidade pode sustentar seus empreendimentos, no que tange aos resíduos sólidos, sem apoio da população, e este só será possível se houver a compreensão, já enraizada na cultura alemã, do lixo como recurso, cuja má gestão pode acarretar sérios problemas de ordem ambiental, saúde pública e econômica. Educar é o primeiro passo dessa jornada!

6. Soluções possíveis: coleta seletiva, aterro sanitário, reciclagem, compostagem e incineração

A cada ano, 1,3 bilhões de toneladas de lixo são produzidas em cidades do mundo todo. De acordo com o Programa da ONU para o Meio Ambiente (PNUMA), em 2025 o número chegará aos 2,2 bilhões, colocando-nos em uma espécie de crise global de lixo em que o principal vilão é a má gestão por parte dos governos⁵⁰.

O que pode ser feito diante deste quadro? Gestão solidária e responsabilidade compartilhada, por meio da quais se envolvem todas as partes produtoras do lixo para que possa ser feito o planejamento quanto ao lixo produzido, depois quanto a implementação das ações necessárias para dar-lhe destinação e, a seguir, o monitoramento das propostas indicadas. Necessário neste cenário constituir três principais grupos de interessados: os prestadores de serviços, incluindo a autoridade local, que realmente oferece o serviço; os usuários (consumidores), que são os clientes; e agentes externos em um ambiente propício, incluindo o governo nacional e local, que organizam as condições de contorno para que essa mudança seja possível.

Assim, num primeiro momento, incumbe a cada um de nós, na condição de consumidores e corresponsáveis constitucionalmente pelo meio ambiente, adotar uma postura de consumo responsável, objetivando reduzir o volume de resíduos que produzimos diariamente e encaminhando o que for produzido para a adequada coleta, seja ela comum ou seletiva. Tal conduta pode ser obtida através de campanhas de educação ambiental e conscientização dos problemas ocasionados pelo acúmulo de resíduos sólidos, começando com a coleta seletiva. O Ministério do Meio Ambiente, imbuído deste espírito, destaca que os resíduos sólidos:

⁴⁸ JUNTOS NA ÁGUA. *Cidade mais poluída dos EUA hoje é exemplo de sustentabilidade*. Disponível em: <https://www.juntospelaagua.com.br/2016/10/05/cidade-exemplo-em-sustentabilidade/>. Acesso em: 31 dez. 2017.

⁴⁹ JUNTOS NA ÁGUA. *Cidade mais poluída dos EUA hoje é exemplo de sustentabilidade*. Disponível em: <https://www.juntospelaagua.com.br/2016/10/05/cidade-exemplo-em-sustentabilidade/>. Acesso em: 31 dez. 2017.

⁵⁰ *9 soluções para o lixo*. Disponível em: <http://revistagalileu.globo.com/Revista/Common/0,,EMI325029-17579,00-SOLUCOES+PARA+O+LIXO.html>. Acesso em: 10 jan. 2018.

Se manejados adequadamente, adquirem valor comercial e podem ser utilizados em forma de novas matérias-primas ou novos insumos. A implantação de um Plano de Gestão trará reflexos positivos no âmbito social, ambiental e econômico, pois não só tende a diminuir o consumo dos recursos naturais, como proporciona a abertura de novos mercados, gera trabalho, emprego e renda, conduz à inclusão social e diminui os impactos ambientais provocados pela disposição inadequada dos resíduos⁵¹.

6.1. Coleta seletiva

Consiste na segregação dos resíduos na fonte geradora e coleta destes materiais previamente separados. O manejo diferenciado dos resíduos é a essência do conceito de coleta seletiva. O tratamento dado ao resíduo começa na fonte geradora, com a segregação ou separação dos materiais em orgânicos e inorgânicos, e em seguida com a sua disposição para a coleta. A motivação para esse tipo de separação de resíduos decorre do fato de cada tipo de resíduo ter um processo próprio de reciclagem, e na medida em que estão misturados ela se torna muitas vezes inviável ou muito cara. A Política Nacional de Resíduos Sólidos estabelece que a coleta seletiva nos municípios brasileiros deve permitir, no mínimo, a segregação entre **resíduos recicláveis secos e rejeitos (art. 3, inc. V, e 35, da Lei n 12.305/2010)**. Os primeiros são compostos, sobretudo, por metais (como aço e alumínio), papel, papelão, tetrapak, diferentes tipos de plásticos e vidro. Os segundos, **rejeitos**, são os resíduos não recicláveis, são compostos principalmente por resíduos de banheiros (fraldas, absorventes, cotonetes etc.) e outros resíduos de limpeza. Poderá permitir, ainda, a seleção dos **resíduos orgânicos**, que consistem em restos de alimentos e resíduos de jardim (folhas secas, galhos de árvores podadas etc.). Após a separação dessas três espécies de resíduos, os recicláveis secos coletados são geralmente transportados para centrais ou galpões de triagem de resíduos, onde são separados de acordo com sua composição e posteriormente vendidos para a indústria de reciclagem. Os resíduos orgânicos são tratados para geração de adubo orgânico, e os rejeitos são enviados para aterros sanitários.

A Resolução do CONAMA nº 275, de 25 de abril de 2001, prevê o código de cores para os diferentes tipos de resíduos, a ser adotado na identificação de coletores e transportadores, bem como nas campanhas informativas para a coleta seletiva⁵².

Quais os óbices para o sucesso da coleta coletiva?

Korf informa que “Bringhenti e Gunther estudaram a participação social em programas de coleta seletiva de resíduos sólidos urbanos e concluíram que a falta de divulgação dos resultados da coleta, a acomodação e o desinteresse da população, o descrédito relativo às ações oriundas do poder público, e a falta de espaço nas residências para armazenar

⁵¹ *Resíduos Sólidos*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/residuos-solidos>. Acesso em: 11 jan. 2018.

⁵² AZUL: papel/papelão; VERMELHO: plástico; VERDE: vidro; AMARELO: metal; PRETO: madeira; LARANJA: resíduos perigosos; BRANCO: resíduos ambulatoriais e de serviços de saúde; ROXO: resíduos radioativos; MARRON: resíduos orgânicos; CINZA: resíduo geral não reciclável ou misturado, ou contaminado não passível de separação.

os resíduos recicláveis, dentre outros, são fatores que dificultam a participação na coleta seletiva”⁵³.

Além disso, há a falta de planejamento por parte do poder público municipal, infraestrutura inadequada das casas, edifícios e condomínios para selecionar os resíduos sólidos produzidos, e deficiência das empresas terceirizadas contratadas pelo poder público municipal para transportá-los para descarte em local adequado.

Esses problemas e aqueles mencionados anteriormente só podem ser resolvidos através da conscientização ambiental.

De outro passo, é de grande importância que se valorize a função dos **catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis**, que atuam nas atividades da coleta seletiva, triagem, classificação, processamento e comercialização destes resíduos, contribuindo de forma significativa para a cadeia produtiva da reciclagem, motivo pelo qual a Política Nacional de Resíduos Sólidos estabelece como um de seus princípios o “*reconhecimento do resíduo sólido reutilizável e reciclável como um bem econômico e de valor social, gerador de trabalho e renda e promotor de cidadania*” e a “*responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos*”. Concomitante a isso, incentiva a criação e o desenvolvimento de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis e define que sua participação nos sistemas de coleta seletiva e de logística reversa⁵⁴ deverá ser priorizada.

Exemplo de atividade realizada pelos catadores de lixo, da importância do reaproveitamento dos resíduos sólidos e de que daquele local podem ser extraídas boas experiências, foi a criação de uma Orquestra Sinfônica de Reciclados⁵⁵, em Cateura, favela que cresceu ao redor de um aterro sanitário na periferia de Assunção, Paraguai. Composta de 20 crianças e adolescentes, a orquestra de câmara utiliza instrumentos confeccionados a partir de materiais reciclados encontrados em um aterro sanitário de onde os seus pais tiravam o sustento como catadores de lixo. Em 2010, o diretor estadunidense Graham Townsley produziu o filme “Landfill Harmonic”, um documentário que conta a história da orquestra.

6.2. Tecnologias de tratamento e/ou disposição final dos resíduos sólidos urbanos

Korf salienta que o “tratamento de resíduos pode ser compreendido como uma série de procedimentos físicos, químicos e biológicos que tem por objetivo diminuir a carga poluidora do meio ambiente, reduzir os impactos sanitários negativos do homem e o beneficiamento econômico do resíduo”⁵⁶. Esclarece que não há tecnologias melhores que outras, mas sim tecnologias apropriadas e que respeitam os aspectos sociais, ambientais

⁵³ KORF, Eduardo Pavan & outros. GESTÃO INTEGRADA DE RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS: PERSPECTIVAS E DESAFIOS. R. gest. sust. ambient., Florianópolis, v. 5, n. 2, p. 711-744, out. 2016/mar. 2017. Disponível em: file:///C:/Users/duili/Downloads/3624-10107-1-PB.pdf. Acesso em 09 jan. 2018.

⁵⁴ Ela é um instrumento para aplicação da responsabilidade compartilhado pelo ciclo de vida dos produtos e consiste na obrigação dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de determinados tipos de produtos (como pneus, pilhas e baterias, lâmpadas fluorescentes...) de estruturar sistemas que retornem estes produtos ao setor empresarial, para que sejam reinseridos no ciclo produtivo ou para outra destinação ambientalmente adequada.

⁵⁵ Disponível em: <http://www.recycledorchestracateura.com>. Acesso em: 12 jan. 2018.

⁵⁶ KORF, Eduardo Pavan *et al.* Gestão integrada de resíduos sólidos urbanos: perspectivas e desafios. *Rev. Gest. Sust. Ambient.*, Florianópolis, v. 5, n. 2, p. 711-744, out. 2016/mar. 2017. Disponível em: file:///C:/Users/duili/Downloads/3624-10107-1-PB.pdf. Acesso em: 9 jan. 2018.

e econômicos do local onde será implantada. Esta tecnologia não deve ser definida de forma isolada. O sistema de tratamento (rota tecnológica), o modelo de gestão e o arranjo institucional devem ser definidos de forma conjunta, apoiados em políticas públicas, em estudos de viabilidade econômica e com um grande envolvimento da sociedade.

Entre nós as principais opções em substituição aos lixões são o aterro sanitário, a reciclagem, a compostagem e a incineração.

O aterro sanitário é a forma de disposição final dos resíduos sólidos urbanos mais conhecida e difundida. Freitas esclarece, citando Paulo Affonso Leme Machado, que seguindo a sociedade americana de engenheiros civis o aterro sanitário “é método de disposição de refugo na terra, sem criar prejuízos ou ameaças à saúde e segurança pública, pela utilização de princípios de engenharia que confinam o refugo ao menor volume possível, cobrindo-o com uma camada de terra na conclusão de cada dia de operação, ou mais frequentemente, de acordo com o necessário”⁵⁷.

É projetado para receber e tratar o lixo produzido pelos habitantes de uma cidade, para reduzir ao máximo os impactos causados ao meio ambiente e evitando danos a saúde pública. Entre nós, o Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos (PMGIRS) é requisito para que cidades e municípios recebam apoio técnico e financeiro da União Federal, para projetos de aterro sanitário. Sem ele o município arca com todos os custos de implementação. Para facilitar esse planejamento, o Ministério do Meio Ambiente, por meio do Departamento de Ambiente Urbano da Secretaria de Recursos Hídricos e Ambiente Urbano, oferece cursos gratuitos de ensino a distância (EaD), para permitir que municípios com população inferior a 20 mil habitantes tenham acesso a esse recurso⁵⁸. Todavia, nem todos os municípios têm acesso a essa informação.

A segunda opção é a reciclagem. Ela nos remete a ideia de reintrodução de alguma coisa a um determinado ciclo. A Política Nacional de Resíduos Sólidos define em seu Título I – Disposições Gerais – Capítulo II parágrafo Definições – inciso XIV o termo como sendo “o processo de transformação dos resíduos sólidos que envolve a alteração de suas propriedades físicas, físico-químicas ou biológicas, com vistas à transformação em insumos ou novos produtos, observadas as condições e os padrões estabelecidos pelos órgãos competentes do Sisnama e, se couber, do SNVS e do Suasa”. A reciclagem ocupa a quarta posição na ordem de prioridade na gestão e no gerenciamento de resíduos sólidos no Brasil. Segundo pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), o setor de lixo reciclado movimenta cerca de R\$ 12 bilhões por ano. Mesmo assim, o Brasil perde anualmente aproximadamente R\$ 8 bilhões por deixar de reciclar os resíduos que são encaminhados aos aterros ou lixões. Conforme a *Revista da Sustentabilidade*:

entre os possíveis motivos por esse baixo índice de reaproveitamento pode-se citar a até então falta de um marco regulatório para o setor (que foi resolvido com a PNRS); a falta de vontade política dos administradores públicos; baixa capacitação técnica dos técnicos municipais; a insuficiência de técnicos no setor, em especial nos

⁵⁷ FREITAS, Vladimir Passos de. Os resíduos sólidos na civilização de consumo. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 81-107, jan./jun. 2010. p. 89. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/viewFile/6143/6059>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁵⁸ In: *Aterro Sanitário*. Disponível em: <http://www.portalresiduosolidos.com/aterro-sanitario/>. Acesso em: 10 jan. 2018.

*municípios que é quem cabe gerir o problema; falta de investimentos (o PAC, por exemplo, não tem recursos para resíduos sólidos).*⁵⁹

A terceira opção para os resíduos sólidos orgânicos é a compostagem. Os hindus e os greco-romanos tinham a ideia de que os resíduos orgânicos poderiam contribuir para a fertilidade do solo. Entretanto, somente a partir da década de 20, o processo começou a ser estudado cientificamente pelo pesquisador inglês Albert Howard, que criou o processo **indore** de compostagem e deu origem à agricultura orgânica.

A compostagem consiste numa técnica que permite a transformação de restos orgânicos (sobras de frutas e legumes e alimentos em geral, podas de jardim, trapos de tecido, serragem etc.) em adubo. É um processo biológico que acelera a decomposição do material orgânico, tendo como produto final o composto orgânico. A maior vantagem que pode ser citada na utilização desta técnica é que por se tratar de um processo de fermentação que ocorre na presença de oxigênio (aeróbico), permite que não ocorra a formação de gás metano(CH₄), gerado nos aterros por ocasião da decomposição destes resíduos, que é altamente nocivo ao meio ambiente e acelerador do efeito estufa. Além desses benefícios, a compostagem reduz a quantidade de resíduos sólidos nos aterros sanitários, aumentando o tempo de vida útil destes; gera economia ao município porque reduz a necessidade de transporte do resíduo sólido reciclável produzido e permite a diminuição do uso de agrotóxicos/fertilizantes artificiais.

Infelizmente, atualmente, cerca de 55% dos resíduos sólidos produzidos no país são compostos por resíduos orgânicos, que sofrem o soterramento nos aterros e lixões, impossibilitando sua biodegradação.

A forma encontrada pelo poder público, através do Ministério do Meio Ambiente, para reverter essa situação foi lançar em setembro/2017 edital de apoio a projetos de compostagem em municípios ou consórcios públicos intermunicipais que atuem na gestão de resíduos sólidos. No total, foram destinados R\$ 10 milhões para projetos no valor mínimo R\$ 500 mil e no máximo de até R\$ 1 milhão⁶⁰.

A última técnica é a incineração dos resíduos sólidos, que consiste num processo de oxidação seca a alta temperatura, que reduz os resíduos orgânicos e combustíveis à matéria inorgânica, diminuindo significativamente o peso e o volume dos resíduos, atingindo aproximadamente 15% do peso e 90% do volume inicial.

Contudo, a incineração de resíduos somente se justifica nos locais com alta produção de resíduos secos (o chamado lixo seco) e baixa quantidade de resíduos orgânicos (o chamado lixo molhado), porque a alta concentração destes últimos inviabiliza a incineração por não permitir que a chama da incineração atinja as altas temperaturas exigidas para diminuir o seu volume às cinzas, sob pena da quantidade de energia dispendida para manter os incineradores inviabilizar o negócio. Para termos uma ideia, é possível na tabela abaixo comparar a produção de lixo do Brasil e dos EUA, o que evidencia, que no momento, não é viável o uso desta técnica.

⁵⁹ *Revista da Sustentabilidade*. Disponível em: <https://revistadasustentabilidade.wordpress.com/2015/06/10/685/>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁶⁰ *Edital lança R\$ 10 milhões para compostagem*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/index.php/comunicacao/agencia-informma?view=blog&id=2553>. Acesso em: 10 jan. 2018.

	Orgânico	Metais	Plásticos	Papel/ Papelaão	Vidro	Outros (têxtil, madeiras etc.)
Brasil	55%	2%	3%	25%	2%	13%
EUA	11,2%	7,8%	10,7%	37,4%	5,5%	27,4%

Fonte: http://www.abre.org.br/meio_reci_brasil.php.

6.3. Soluções inovadoras

Além das soluções apresentadas, Basto, especialista em planejamento energético e professor de pós-graduação em engenharia na UFRJ, esclarece que outras podem ser experimentadas e que elas nos permitirão ter “a oportunidade de converter os resíduos em combustível, dinamizando a economia interna e gerar postos de trabalho”⁶¹. Para tanto, cita como exemplos a possibilidade de criação de:

- a) **Aterro hi-tech** – a maior companhia americana de gestão de resíduos, a Waste Management, investiu em um método que consiste em instalar um encanamento no solo dos aterros e fazer circular ar nas camadas superiores e um líquido que mistura cerveja e refrigerantes vencidos nas inferiores. O ar ajuda a degradar o material orgânico das superfícies e acelera a produção de metano abaixo. Com o processo, a geração de gás tornou-se quatro vezes mais rápida e os resíduos acumulados diminuíram em 35%, aumentando a vida útil do aterro.
- b) **Crédito de Carbono** – O Protocolo de Kyoto prevê que os países em desenvolvimento podem, quando deixam de poluir, efetuar a venda desse crédito aos países ricos. Assim, o aproveitamento do metano produzido por parte dos detritos, para depois queimá-lo e obter eletricidade, reduz a dispersão daquele gás no meio ambiente, reduzindo o efeito estufa, tendo em vista que tem efeito 23 vezes maior que o efeito causado pelo CO². São exemplos no Brasil de utilização desta técnica o trabalho pioneiro da empresa Nova Gerar, de Nova Iguaçu (RJ – 2004) e os aterros São João e Bandeirantes, na cidade de São Paulo, que eram responsáveis por um quarto da emissão dos gases do efeito estufa em São Paulo. A captura do gás passou a gerar energia suficiente para o consumo de 800 mil pessoas e os créditos de carbono renderam R\$ 140 milhões, metade ficou para as empresas privadas que estruturaram e executaram o projeto, e a outra metade para a Prefeitura de São Paulo.
- c) **Biodigestão** – Em Estocolmo, na Suécia, metade da frota de ônibus municipal circula com combustível gerado a partir do lixo orgânico e esgoto. No Brasil a maioria dos resíduos sólidos (lixo) decorre de produtos alimentícios e deste percentual pouco é transformado em compostagem. Se pudessem ser recolhidos e encaminhados para biodigestores, esse material, após 18 dias, poderia gerar o biogás (mistura de metano, CO² e água) e ser utilizado em substituição ao diesel.

⁶¹ *Revista Galileu*. 9 soluções para o lixo. Disponível em: <http://revistagalileu.globo.com/Revista/Common/0,,EMI325029-17579,00-SOLUCOES+PARA+O+LIXO.html>. Acesso em: 10 jan. 2018.

- d) **Gaseificação do lixo** – Luciano Basto pontua que a gaseificação do lixo gera gases como monóxido de carbono e hidrogênio, de poder combustível. Em seguida eles são queimados para gerar eletricidade e o aproveitamento da energia sobe de 25% a 40%, em relação a incineração.
- e) **Extração de petróleo a partir do plástico** – Nos EUA, uma empresa sediada no Oregon – Agilyx – levou a lógica ao reverso e passou a tirar petróleo de plástico – evitando as operações complexas e poluentes para se conseguir o material fóssil em alto-mar. “No processo, todo tipo de plástico – inclusive o que estiver sujo, contaminado ou engordurado – é aquecido até a forma gasosa, depois passa para um sistema central de condensação. Dali, já sai o óleo cru, como é chamado o petróleo bruto. A usina tem capacidade de converter 10 toneladas de plástico em 2.400 galões de petróleo a cada dia. E não concorre com a reciclagem, uma vez que só utiliza material que iria parar de qualquer maneira no aterro por ser difícil de ser reaproveitado”⁶².

Conclusão

A evolução da sociedade trouxe várias vantagens ao ser humano, mas gerou vários problemas, sendo um deles crescente: a necessidade de bem administrar os resíduos sólidos produzidos. Como esta produção é crescente, estabelece um desafio aos governos e à sociedade civil, não só em relação aos custos, mas também e principalmente em relação ao meio ambiente, seriamente prejudicado pelo descarte inadequado daqueles. A sociedade, tanto quanto os operadores do Direito e governo, devem direcionar maior atenção para a questão dos resíduos sólidos, urgentemente, sob pena de um colapso próximo. Apesar de haver normatização sobre a questão, ainda são insuficientes as providências efetivas tomadas. O depósito inadequado de lixo, sem as devidas precauções, contaminando a terra e lençol freático, chamado de “lixão”, ainda é o principal destino dos resíduos sólidos no Brasil. A degradação do meio ambiente com o lixo ainda é comum, e a exemplo de casos como o caso Recobem, a ação da Justiça não tem sido suficiente para mudar tal realidade ou punir os responsáveis adequadamente. A necessidade de uma mudança de paradigma buscando soluções é premente. Mas não existe solução única para todas as regiões, havendo peculiaridades que determinam as melhores formas de lidar com os resíduos. Uma solução eficaz na Alemanha (como priorizar a incineração, pelo alto índice de lixo seco), dificilmente poderia ser aplicada no Brasil (que apresenta grande percentual de lixo orgânico). Mesmo as principais técnicas difundidas entre nós, que são o aterro sanitário, a reciclagem, a compostagem e a incineração, devem ser combinadas de forma inteligente e diferente em cada região. As práticas mais bem-sucedidas e efetivas são conjuntas, entre as empresas, a sociedade e governo, agindo juntos para solução do problema, passando sempre pela educação e conscientização da população. Imprescindível, portanto, que seja repensado não só o tratamento dos resíduos sólidos no Brasil (como já o fazem vários países desenvolvidos) mas também sua produção e a responsabilização das empresas que lucram com venda de produtos e serviços que gerarão tais resíduos, sem se preocuparem com o lixo resultante. A reciclagem e reutilização de materiais devem passar a ser tratadas como prioridades. A ideia de sustentabilidade tem

⁶² In: *9 soluções para o lixo*. Disponível em: <http://revistagalileu.globo.com/Revista/Common/0,,EMI325029-17579,00-SOLUCOES+PARA+O+LIXO.html>. Acesso em: 10 jan. 2018.

de estar presente em tais discussões, em defesa do meio ambiente e consequentemente do ser humano, no presente, mas também visando proteger as gerações futuras.

Referências bibliográficas

ABRAMOVAY, Ricardo; SPERANZA, Juliana S.; PETITGAND, Cécile. *Lixo zero: gestão de resíduos sólidos para uma sociedade mais próspera*. São Paulo: Planeta sustentável; Instituto Ethos, 2013. Disponível em: <http://www3.ethos.org.br/wp-content/uploads/2013/09/Residuos-Lixo-Zero.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2017.

ABRELPE. *Panorama dos resíduos sólidos no Brasil 2015*. São Paulo: Abrelpe, 2017. Disponível em: <http://www.abrelpe.org.br/Panorama/panorama2016.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2017.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LIMPEZA PÚBLICA E RESÍDUOS ESPECIAIS. *Panorama dos resíduos sólidos no Brasil 2011*. São Paulo, 2011. Relatório. 185p. Disponível em: <http://www.abrelpe.org.br/Panorama/panorama2015.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2017.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *Fórum Nacional de Normatização: NBR 10.004 Resíduos Sólidos*. Rio de Janeiro, 1987.

ATERRO SANITÁRIO. Disponível em: <http://www.portalresiduossolidos.com/aterro-sanitario/>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BHADA-TATA, Perinaz; HOORNWEG, Daniel. *What a waste: a global review of solid waste management*. Urban development series: knowledge papers, Washington, n. 15, 2012. 98p. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2012/07/25/00033>. Acesso em: 30 dez. 2017.

BRASIL. Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm. Acesso em: 27 dez. 2017.

CAMARGO, A. Governança para o século 21. In: TRIGUEIRO, André (coord.). *Meio Ambiente no século 21: 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento*. Rio de Janeiro: Sextante, 2003.

DEMAJOROVIC, Jacques. Da política tradicional de tratamento do lixo à política de gestão de resíduos sólidos: as novas prioridades. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rae/v35n3/a10v35n3.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2017.

DIAS, Sonia Maria. *Lixo e Cidadania: os impactos da política de resíduos sólidos de Belo Horizonte no mundo do trabalho do catador da ASMARE*. Disponível em: <http://www.abep.org.br/~abeporgb/publicacoes/index.php/anais/article/viewFile/1172/1136>. Acesso em: 10 dez. 2017.

DUMMER, T. J. B. Adverse pregnant outcomes near landfill sites in Cumbria, Northwest, England, 1950-93. *Arch of Environ Health*, p. 692-698, 2003.

EDITAL lança R\$ 10 milhões para compostagem. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/index.php/comunicacao/agencia-informma?view=blog&id=2553>. Acesso em: 10 jan. 2018.

FADE. *Análise das diversas tecnologias de tratamento e disposição final de resíduos sólidos no Brasil, Europa, Estados Unidos e Japão*. p. 80. Disponível em: <http://www.abetre.org.br/estudos-e-publicacoes/publicacoes/publicacoes-abetre/UFPEFADETecnologiasparaRSU2013.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2017.

FREITAS, Vladimir Passos de. Os resíduos sólidos na civilização de consumo. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, v. 1, n. 1, jan/jun 2010.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Os resíduos sólidos na civilização de consumo: desafio para a existência de um desenvolvimento sustentável*. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/viewFile/6143/6059>. Acesso em: 11 jan. 2018.

GOUVEIA, Nelson. Resíduos sólidos urbanos: impactos socioambientais e perspectiva de manejo sustentável com inclusão social. *Ciênc. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 6, p. 1503-1510, jun. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012000600014&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 31 dez. 2017.

KORF, Eduardo Pavan *et al.* Gestão integrada de resíduos sólidos urbanos: perspectivas e desafios. *Rev. Gest. Sust. Ambient.*, Florianópolis, v. 5, n. 2, p. 711-744, out. 2016/mar. 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/duili/Downloads/3624-10107-1-PB.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2018.

JUNTOS NA ÁGUA. *Cidade mais poluída dos EUA hoje é exemplo de sustentabilidade*. Disponível em: <https://www.juntospelaagua.com.br/2016/10/05/cidade-exemplo-em-sustentabilidade/>. Acesso em: 31 dez. 2017

JURAS, Ilidia da A. G. Martins. *Legislação sobre resíduos sólidos: exemplos da Europa, Estados Unidos e Canadá*. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4059908/mod_resource/content/1/AULA%20%20-%20RECOMENDADA%20legislacao_residuos_juras.pdf. Acesso em: 31 dez. 2017.

LAGO, André Aranha Corrêa do. *Conferências de desenvolvimento sustentável*. Brasília, DF: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/1047-conferencias-de-desenvolvimento-sustentavel.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2017.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAIA, Hérika; BARBOSA, Erivaldo; SILVA, Monica. Análise nacional e internacional da legislação ambiental sobre resíduos sólidos. *Revista Espacios*, v. 37, n.19, p. 24, 2016. Disponível em: <http://www.revistaespacios.com/a16v37n19/16371924.html>. Acesso em: 28 dez. 2017.

MARCHI, Cristina Maria Dacah Fernandez. *Cenário mundial dos resíduos sólidos e o comportamento corporativo brasileiro frente à logística reversa*. Disponível em: <http://www.okara.ufpb.br/ojs/index.php/pgc/article/view/9062>. Acesso em: 30 dez. 2017.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NETO, Octavio Pimenta Reis. *Modelagem do impacto socioeconômico do tratamento integrado de resíduos sólidos na economia brasileira*. Porto Alegre: Instituto Venturi para Estudos Ambientais, 2016. Disponível em: http://www.firs.institutoventuri.org.br/images/T027_MODELAGEM_DO_IMPACTO_SOCIOECONOMICO_DO_TRATAMENTO_INTEGRADO_DE_RESIDUOS_SOLIDOS_NA_ECONOMIA_BRASILEIRA.pdf. Acesso em: 28 dez. 2017.

PEREIRA, Aline de Melo Faria. Desafios do desenvolvimento sustentável no Brasil: a política de gestão dos resíduos sólidos. In: CONGRESSO INTERNACIONAL FOMERCO, 16., 2017.

PEREIRA, Suellen Silva Pereira; JOSANDRA, Araújo Barreto de Melo. Gestão dos resíduos sólidos urbanos em Campina Grande/PB e seus reflexos socioeconômicos. *Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional*, Taubaté, v. 4, n. 4, p. 193-217, set.-dez./2008.

PORTAL G1. *Cidade dos Estados Unidos multa quem não separa o lixo*. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/sao-paulo-mais-limpa/noticia/2012/05/sao-francisco-nos-eua-recicla-80-do-lixo-com-apoio-da-populacao.html>. Acesso em: 31 dez. 2017.

PUKKALA, E.; PÖNKÄ, A. Increased incidence of cancer and asthma in houses built on a former dump area. *Environ Health Perspect*, p. 1121-1125, 2001.

REVISTA DA SUSTENTABILIDADE. Disponível em: <https://revistadasustentabilidade.wordpress.com/2015/06/10/685/>. Acesso em: 10 jan. 2018.

REVISTA GALILEU. *9 soluções para o lixo*. Disponível em: <http://revistagalileu.globo.com/Revista/Common/0,,EMI325029-17579,00-SOLUCOES+PARA+O+LIXO.html>. Acesso em: 10 jan. 2018.

RIBEIRO, Wladimir Antônio. Introdução à lei da política nacional de resíduos sólidos. In: SAIANI, Carlos César Santejo; DOURADO, Juscelino; TONETO JÚNIOR, Rudinei (org.). *Resíduos sólidos no Brasil: oportunidades e desafios da Lei Federal nº 12.305 (Lei de Resíduos Sólidos)*. Barueri: Minha Editora, 2014. p. 102-171.

SANTOS FILHO, Eladio *et al.* Grau de exposição a praguicidas organoclorados em moradores de aterro a céu aberto. *Rev. Saúde Pública* [on-line], v. 37, n. 4, p. 515-522, 2003. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89102003000400018&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 31 dez. 2017.

SENADO FEDERAL. *Aumento da produção de lixo tem custo ambiental*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/residuos-solidos/mundo-rumo-a-4-bilhoes-de-toneladas-por-ano>. Acesso em: 30 dez. 2017

SENADO FEDERAL. *Como alguns países tratam seus resíduos*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/residuos-solidos/mundo-rumo-a-4-bilhoes-de-toneladas-por-ano/como-alguns-paises-tratam-seus-residuos>. Acesso em: 31 dez. 2017.

SISINNO, Cristina; MOREIRA, Josino Costa. Avaliação da contaminação e poluição ambiental na área de influência do aterro controlado do Morro do Céu, Niterói, Brasil. *Cad. Saúde Pública*[online], v. 12, n. 4, p. 515-523, 1996. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X1996000400010&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 31 dez. 2017.

VALLE, Cyro Eyer do. *Qualidade ambiental: ISO 14000*. 5. ed. São Paulo: Editora Senac, 2004.

WENDERBURG, Hege. *A eficiência dos recursos e gestão de reciclagem: implementação na Alemanha*. 2015. Disponível em: <http://neper.shs.eesc.usp.br/wp-content/uploads/2015/09/I-Gestao-sustentavel-de-residuos.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2017.

A responsabilidade civil do poluidor indireto e a obrigação *propter rem* dos proprietários de imóveis ambientalmente degradados

Erika Bechara¹
Advogada

A legislação ambiental brasileira busca, de forma bastante incisiva, prevenir e reparar danos ambientais, por meio de inúmeros instrumentos previstos na Constituição Federal, na Lei da Política Nacional de Meio Ambiente e demais normas de proteção.

Um dos valiosos instrumentos de proteção do equilíbrio ecológico é a responsabilidade civil, que visa, precipuamente, a reparação de danos causados ao meio ambiente e o restabelecimento da qualidade ambiental.

A responsabilidade civil ambiental recai sobre o poluidor direto e também sobre o poluidor indireto, que, embora não cause o dano, para ele contribui, entendendo a lei que tal contribuição é apta a gerar a sua responsabilização, em regime de solidariedade com o causador direto.

Tangenciando a responsabilidade civil do poluidor indireto, outro instituto presta significativo apoio à recuperação do ambiente lesado: a obrigação *propter rem* dos proprietários de imóveis que sofrem degradação ambiental, por desmatamento, contaminação ou destruição dos recursos naturais. Por força dessa obrigação que grava o imóvel, o titular da propriedade danificada tem o dever de restabelecer o equilíbrio ecológico ainda que não tenha causado ou sequer contribuído para tal perda.

São ambos – responsabilidade civil do poluidor indireto e obrigação ambiental *propter rem* – institutos de alta relevância para o Direito Ambiental. Contudo, ainda é motivo de bastante controvérsia o conceito de poluidor indireto e a amplitude das obrigações ambientais *propter rem*. Por esse motivo, ora nos propomos a aprofundar a reflexão sobre essas figuras cada vez mais lembradas pela doutrina e jurisprudência, mas ainda mal compreendidas e muitas vezes confundidas, arriscando algumas ideias que possam fomentar o debate em torno desses dois institutos.

1. Responsabilidade civil ambiental

A responsabilidade civil é o instituto jurídico destinado a impor ao causador de um dano o dever de repará-lo. No caso da responsabilidade civil ambiental, impõe-se ao causador de danos ao meio ambiente (designado, pela lei, de *poluidor*) a obrigação de repará-lo, por meio da recomposição (reparação *in natura*) ou, não sendo esta possível, pela compensação ou indenização.

A responsabilidade civil pode ser subjetiva ou objetiva.

¹ Mestre e Doutora em Direito Ambiental pela PUC/SP. Professora de Direito Ambiental da PUC/SP e da Saraiva Aprova. Coordenadora assistente do Curso de Especialização em Direito Ambiental da COGAE-PUC/SP. Associada Fundadora e Diretora da Associação dos Professores de Direito Ambiental (APRODAB). Sócia de Szazi Bechara Storto Rosa e Figueiredo Lopes Advogados.

Em ensaio sobre a responsabilidade civil no mundo contemporâneo, Fernando Noronha aponta dois princípios ético-jurídicos atrelados ao instituto, que estabelecem bases bastante distintas para a responsabilização: o princípio da *culpa*, que fundamenta a responsabilidade subjetiva, e o princípio do *risco*, que fundamenta a responsabilidade objetiva. Segundo o autor, o princípio da culpa impõe o dever de reparar os danos causados a bens e pessoas apenas ao agente que atua de forma censurável, i.e., de forma diversa da que lhe é exigível. Portanto, com culpa e dolo. Já o princípio do risco impõe o dever de reparar ao agente que causar danos independentemente de culpa ou dolo, partindo da premissa de que ninguém pode ser obrigado a suportar danos causados por outrem, sendo mais importante saber que um dano foi causado e não tanto quem e porquê o causou:

Quem causa dano deve reparar, porque (e esta é a justificativa) se o ordenamento reconhece ou atribui às pessoas determinados direitos, sobre ela mesma ou sobre bens externos, não devem ser toleradas violações deles, mesmo quando o causador tenha procedido com todos os cuidados exigíveis.²

Por isso que na responsabilidade objetiva, a licitude da atividade geradora do dano não afasta a obrigação de reparação. Afinal, atividades lícitas também podem causar danos. E, de mais a mais, causar danos a outrem é sempre ilícito, restando a conclusão de que em casos tais, a atividade é lícita mas seu resultado é ilícito.

Quanto à responsabilidade civil ambiental, ela é, inegavelmente, objetiva, o que implica dizer que o causador do dano será forçado a repará-lo mesmo que não o tenha causado por culpa ou dolo. O caráter objetivo da responsabilidade civil ambiental está estampado no §1º do art. 14 da Lei 6.938/1981 – Política Nacional do Meio Ambiente:

[...] é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.

Isto posto, para se responsabilizar civilmente o poluidor e obter a reparação ambiental é mister que se comprove presentes apenas os elementos da responsabilidade civil objetiva, quais sejam: atividade, dano e nexo de causalidade.

2. Elementos da responsabilidade civil objetiva

A responsabilidade civil objetiva depende da presença de três elementos para sua concretização: atividade, dano e nexo de causalidade. Logo, a responsabilidade civil ambiental, objetiva que é, depende apenas da existência de atividade poluidora, dano ambiental e nexo de causalidade ligando um ao outro.

Ausente um desses três elementos, não há que se falar em responsabilidade civil – e veja que estamos aqui considerando apenas a responsabilidade civil **objetiva**, que nos

² NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil*. Revista dos Tribunais, v. 761, p. 31-44, mar. 1999.

interessa por ser esta a responsabilidade por dano ambiental, pois a responsabilidade civil **subjativa** exige mais um elemento: a culpa ou o dolo do causador do dano.

Como o foco do presente artigo é a responsabilidade civil do poluidor indireto, repousaremos nossa atenção nos dois elementos da responsabilidade objetiva que influem na sua definição, quais sejam: atividade poluidora e nexos de causalidade.

2.1. Atividade poluidora

Há que se distinguir poluidor (sujeito) de atividade poluidora (fato). O poluidor é quem exerce a atividade poluidora ou quem para ela contribui. É, conseqüentemente, quem responde civilmente pelos danos ambientais decorrentes dessa atividade. Dito de outro modo, a atividade poluidora é o **elemento** necessário da responsabilidade civil, enquanto que o poluidor é o **sujeito** que arca com os resultados da atividade poluidora, i.e, os danos ambientais.

Sendo a atividade poluidora um elemento tão importante da responsabilidade civil ambiental, cumpre identificá-la com precisão.

Quando o art. 14, §1º da Lei 6.938/1981 diz que o poluidor deve reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros **afetados por sua atividade**, não está dizendo que a “atividade” causadora dos danos é um empreendimento ou uma atividade econômica, mas sim um **evento poluidor específico** que provoca alterações adversas no meio ambiente. Esse evento poluidor específico pode ocorrer no âmbito de um empreendimento ou atividade econômica, mas pode também ocorrer no âmbito de atividades corriqueiras da sociedade, desenvolvidas sem qualquer intuito econômico ou lucrativo, como o evento “desmatamento de mata ciliar” levado a efeito pelo proprietário de um rancho inspirado a construir um deque às margens do rio.

Essa compreensão sobre a atividade poluidora pode ser extraída a partir das definições legais de degradação ambiental e poluição, constantes da Lei 6.938/1981:

*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.

Portanto, as atividades que alterem adversamente as características do meio ambiente, prejudicando a saúde, a segurança e o bem-estar; as atividades sociais e econômicas; a flora e a fauna; as condições estéticas e sanitárias ambientais e que descumpram os padrões ambientais de emissão vigentes, são consideradas atividades poluidoras ou atividades causadoras de dano ambiental.

O termo “atividade” é rotineiramente empregado de forma genérica, para se referir a um projeto ou empreendimento (como indústria, usina hidrelétrica, pecuária etc.). Mas não é esse o sentido que se deve dar ao termo “atividade poluidora” invocado pela legislação ambiental. Este, enquanto elemento da responsabilidade civil objetiva, deve estar associado a um **evento poluidor** e não a um projeto ou empreendimento em si.

Dessa forma, para os fins da responsabilidade civil ambiental, atividade poluidora não é a atividade agrícola (empreendimento), mas a aplicação do agrotóxico em desacordo com o receituário ou a supressão da vegetação da Área de Preservação Permanente (APP) para plantio; não é a mineração (empreendimento) mas sim o despejo de resíduos químicos *in natura* nos rios; não é a usina nuclear (empreendimento), mas sim o vazamento de substâncias radioativas na atmosfera; não é a hidrelétrica (empreendimento) mas sim a inundação de uma área, com destruição da flora, fauna, bens culturais e povoados etc.

Disso resulta que, no âmbito de um projeto ou empreendimento, pode haver eventos poluidores (por exemplo, emissão de gases tóxicos na atmosfera por uma indústria, de forma a causar poluição atmosférica) e eventos não poluidores (por exemplo, lançamento de efluentes líquidos no rio após um rigoroso tratamento pela mesma indústria, de sorte a afastar a alteração adversa do corpo hídrico). Neste caso, a mesma pessoa jurídica pode ser considerada poluidora com relação a um evento observado na esfera do seu empreendimento e não poluidora com relação a outros, que não tenham repercussão negativa no ambiente.

2.2. Nexos de causalidade

Não há como determinar que alguém repare um dano se não o causou ou ao menos contribuiu para sua concretização. Por isso que o nexo de causalidade é elemento indispensável da responsabilidade civil.

No âmbito da responsabilidade civil ambiental, o nexo de causalidade ele se estabelece entre a atividade poluidora (por exemplo, lançamento de esgoto industrial sem tratamento no rio) e o dano (contaminação hídrica). Quem executa ou quem contribui para a atividade poluidora (ou atividades poluidoras, pois alguns danos decorrem de mais de uma fonte, como a contaminação de um rio gerada por várias indústrias, cada qual lançando volume significativo de distintas substâncias químicas), consequentemente causa ou contribui para o dano ambiental, logo responde pela reparação.

O Direito Civil conhece diversas teorias sobre o nexo de causalidade, mas a doutrina jurídico-ambiental costuma explorar três delas para justificar o liame causal entre atividade poluidora e dano: teoria da equivalência dos antecedentes (ou teoria da *conditio sine qua non*), teoria da causalidade adequada e teoria dos danos diretos e imediatos.

Em apertada síntese: i) a teoria da equivalência dos antecedentes – a mais aceita pelos doutrinadores ambientais – não distingue causa de condição, de sorte que tudo que contribuir para o resultado danoso será considerado causa do evento; ii) a teoria da causalidade adequada sustenta que nem todas as causas que contribuem para o evento danoso estabelecem o nexo causal entre a atividade e o dano, mas somente as que forem adequadas à produção do resultado, sendo considerada causa adequada aquela que normalmente leva ao resultado danoso; e iii) a teoria dos danos diretos e imediatos,

adotada pelo Código Civil, admite o nexo causal apenas quando o dano é efeito necessário de certa causa.

Apesar de tantas teorias já conhecidas e exploradas, muitos doutrinadores reputam que as teorias sobre o nexo de causalidade aplicadas no Direito Civil não servem adequadamente ao Direito Ambiental.³ Mas como ainda não se desenvolveu uma teoria do nexo causal própria para a responsabilidade civil ambiental, trabalha-se com as existentes, sem ignorar a necessidade de se construir uma teoria mais adequada às especificidades da área.

3. Responsabilidade civil do poluidor direto e indireto

A Lei 6.938/1981 se refere ao causador do dano ambiental como *poluidor*, conforme se extrai do art. 3º, IV:

*Art 3º – Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
[...]
IV – poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.*

Quando a definição legal informa que o poluidor é o responsável direto ou indireto por atividade causadora de degradação ambiental (evento poluidor), oportuniza a subdivisão do poluidor em duas figuras: poluidor direto e poluidor indireto, ambos responsáveis pela reparação do dano ambiental, em regime de solidariedade (art. 942 do Código Civil).

3.1. Poluidor direto

Toda atividade poluidora tem um responsável direto, ou seja, uma pessoa física ou jurídica que executa materialmente a atividade ou que assume todas as consequências que decorrem dela, com fundamento na teoria do risco. Mas nem toda atividade poluidora tem, necessariamente, um responsável indireto.

Pode-se dizer, grosso modo, que o poluidor direto é aquele que executa a atividade da qual diretamente decorre o dano ambiental, i.e, o evento poluidor, enquanto que o poluidor indireto é aquele que contribui para a existência ou ocorrência do evento poluidor sem desenvolvê-lo diretamente.

Em apertada síntese: quem desenvolve/executa a atividade poluidora é o poluidor direto. Quem contribui para a existência ou ocorrência da atividade poluidora é o poluidor indireto.

Como poluidor direto temos, por exemplo, a indústria que despeja seus efluentes líquidos em um rio sem qualquer tratamento prévio, a empresa agrícola que promove queimadas e o município que despeja os resíduos sólidos domiciliares em um terreno baldio. Todos eles executam diretamente a atividade poluidora (despejo de esgoto industrial *in natura*, destruição da vegetação e emissão de gases na atmosfera e deposição de resíduos sólidos em área inadequada).

³ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Instituições financeiras e danos ambientais causados por atividades financiadas*. p. 31.

3.2. Poluidor indireto

Nos termos do art. 3º, IV c/c art. 14, §1º da PNMA, se constatado que a pessoa física ou jurídica se encaixa na definição de poluidor indireto, deve ela responder pelos danos ambientais que de alguma forma viabilizou, em solidariedade com o poluidor direto.

Sendo o poluidor direto o causador do dano, mas resvalando a responsabilidade civil para o indireto, por conta de sua contribuição para o evento lesivo, difícil não traçar um paralelo entre a responsabilidade civil do poluidor indireto e a responsabilidade por fato de outrem há anos manuseada pelo Direito Civil, que faz com que alguém ligado ao responsável direto (autor do dano) por um dever de guarda, vigilância e cuidado, seja compelido a responder pelos danos que não causou mas que, no entendimento da lei, poderia/deveria ter evitado.

Isso nos faz concluir que a responsabilidade indireta não é propriamente uma criação do Direito Ambiental. Este apenas adequou o instituto civilista aos princípios, finalidades e necessidades ambientais.⁴

Mas não é nessa premissa que reside a polêmica sobre a responsabilidade civil do poluidor indireto, já que esta se faz estabelecida de forma bastante clara na lei. A polêmica está é na própria definição de poluidor indireto.

A atividade do poluidor indireto não é a causa do dano ambiental, mas para ele contribui (já que cria condições para o evento poluidor e, portanto, para o dano). E é nessa contribuição que se verifica o **nexo de causalidade** entre o poluidor indireto e o dano ambiental – elemento indispensável para a responsabilização civil do poluidor direto e também do indireto.⁵

Mas qual o tipo de “contribuição” para o dano ambiental que a Lei 6.938/1981 alberga no conceito de poluição indireta e, portanto, torna passível de responsabilização civil?

Antonio Herman Benjamin, ao tratar do conceito de poluidor, reconhece que o vocábulo é amplo, incluindo aqueles que diretamente causam o dano ambiental, como o fazendeiro, o industrial, o madeireiro, o minerador e o especulador, e também aqueles que dão uma **contribuição indireta**, como o banco, o órgão público licenciador, o engenheiro, o arquiteto, o incorporador, o corretor, o transportador, dentre outros.⁶

Sem discordar do jurista, acrescentamos que as pessoas/profissionais por ele indicados no texto são passíveis, sim, de enquadramento no conceito de poluidor indireto, ante a natureza de suas atividades. Mas nem sempre o serão.

Não nos parece que a Lei 6.938/1981 tenha exagerado na amplitude do conceito, a ponto de apontar a existência de uma contribuição para o dano ambiental em toda e qualquer ação que tenha alguma ligação, mínima e periférica que seja, com a atividade poluidora de terceiros. Fosse assim, o consumidor de produtos industrializados seria considerado poluidor indireto por dar uma contribuição significativa para a atividade

⁴ Talden Queiroz Farias e Eduardo Fortunato Bim estão dentre os doutrinadores que defendem que a responsabilização civil indireta não ingressou no ordenamento jurídico por obra do Direito Ambiental mas sim do Direito Civil (*O Poluidor Indireto e a Responsabilidade Civil Ambiental por Dano Precedente*, p. 130)

⁵ Mesmo festejando a previsão legal da responsabilidade civil do poluidor indireto, para evitar que este tire vantagem da degradação ambiental causada pelo poluidor direto, Talden Queiroz Farias e Eduardo Fortunato Bim (2017, p. 130) enfatizam que “somente é possível a responsabilização do poluidor indireto quando sua conduta produziu (indiretamente) o resultado”.

⁶ *Responsabilidade pelo dano ambiental*. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, nº 9, jan/mar 1998, p. 37.

poluidora direta, já que é para atender às suas necessidades que a indústria de bens de consumo existe. De igual forma, o fornecedor de matéria-prima do processo industrial também seria considerado poluidor indireto, haja vista sua contribuição para o pleno desenvolvimento da indústria causadora de poluição.

Por isso, sem medo de reduzir a proteção do meio ambiente contra atividades degradadoras, é necessário apurar o significado de poluidor indireto para evitar injustiça, insegurança jurídica e balizar a boa aplicação da legislação ambiental.

3.2.1. Dever de segurança

É certo que o poluidor indireto não executa a atividade diretamente causadora do dano. Então como se estabelece uma relação de causalidade entre a sua atividade e o dano ambiental causado por outrem?

Se não existe a execução direta da atividade poluidora, a relação de causalidade não é naturalística, mas sim normativa. Significa dizer que a norma faz com que algumas pessoas respondam por um dano que não causaram, por entender que tais pessoas criam condições propícias para o dano (por exemplo, Estado que licencia ou banco que financia o empreendimento responsável pelo evento poluidor) ou estão em posição de evitar o dano mas não o fazem (por exemplo, Estado que se omite na fiscalização). A lei faz com que a contribuição dada para o dano seja considerada uma de suas causas, constituindo assim o nexo de causalidade necessário à responsabilização civil do poluidor indireto.

É correto e desejável que o poluidor indireto seja responsabilizado, pois é inadmissível que alguém que estimule ou contribua de forma relevante para um evento poluidor, muitas vezes extraindo altos benefícios dele, saia ileso em caso de dano ambiental, como se inocente fosse.

Mas é preciso averiguar quem, aos olhos da lei, cria condições propícias para o dano ou está em posição de evitá-lo, pois apenas esses é que dão contribuição juridicamente relevante para o dano, podendo ser considerados poluidores indiretos e, nesta qualidade, serem civilmente responsabilizados em solidariedade com o poluidor direto.

Parte considerável da doutrina tem sustentado a ideia de que só existe contribuição de alguém (poluidor indireto) para o dano causado por outrem (poluidor direto) se esse alguém deixa de observar um **dever de segurança** que lhe foi atribuído pelo ordenamento jurídico, justamente para controlar o dano. É poluidor indireto, portanto, aquele a quem a norma impõe diligências para evitar o evento poluidor e a degradação do meio ambiente, mas não as cumpre, propiciando, pela sua ação indevida ou falta de ação, a ocorrência de danos ambientais.

Enquadrar como poluidor indireto apenas quem deixa de cumprir um dever de segurança imposto pela norma impede a responsabilização abusiva, já que evita que responda pelo dano quem nada poderia ou deveria fazer para barrá-lo, como nos dois exemplos a seguir:

i) o vizinho de uma indústria testemunha uma agressão ambiental mas não intervém junto ao empreendimento para contestá-la, sequer a denuncia para os órgãos ambientais competentes. Tal inércia é moralmente reprovável, mas como a lei não impõe aos vizinhos de empreendimentos potencialmente poluidores o dever de estancar ou

denunciar a agressão, não se pode enquadrar o inerte no conceito de poluidor indireto, muito menos responsabilizá-lo civilmente por tal dano.

ii) o comerciante de agrotóxicos que, por força de lei, só pode vendê-los mediante a apresentação de receituário prescrito por profissional habilitado (art. 13, Lei 7.802/1989), cumpre esse dever de segurança na venda de um defensivo agrícola a um agricultor. O agricultor, por sua vez, ignora totalmente o receituário e utiliza o produto de forma diversa da prescrita, causando danos ambientais. O comerciante não responderá por tais danos, visto que o dever de segurança que a lei lhe impõe é o de não vender agrotóxicos sem se certificar que o usuário foi orientado por um profissional – e esse dever ele cumpriu. A lei não atribui ao comerciante o dever de verificar se o usuário segue a receita do profissional quando da aplicação do defensivo na plantação (e nem seria razoável fazê-lo), então descabe, neste caso, colocar o comerciante no papel de poluidor indireto.

À vista do exposto, serve ao nosso propósito a advertência feita por Sérgio Cavaliere Filho para a responsabilidade civil indireta no Direito Civil, mas pertinente à responsabilidade civil indireta no Direito Ambiental, que esse tipo de responsabilização não ocorre arbitrária e indiscriminadamente:

Para que a responsabilidade desborde do autor material do dano, alcançando alguém que não concorreu diretamente para ele, é preciso que esse alguém esteja ligado por algum vínculo jurídico ao autor do ato ilícito, de sorte a resultar-lhe, daí, um dever de guarda, vigilância ou custódia.⁷

Sobre a relação necessária entre o poluidor indireto e o dever de segurança, Tiago Cardoso Zapater pondera:

O poluidor indireto será considerado causador do dano apenas na medida em que se possa vislumbrar um dever de segurança que vincule a sua atividade à atividade daquele terceiro que diretamente causou o dano e que esse deve foi violado. Essa parece ser a interpretação mais adequada para a expressão ‘indiretamente responsável’, com que a lei qualifica o poluidor indireto. O poluidor indireto, ao menos em tese, poderia desempenhar um papel relevante na prevenção do dano, podendo ingerir e fiscalizar a atividade do terceiro.⁸

⁷ Programa de Responsabilidade Civil, p. 272. O autor defende que a chamada responsabilidade por fato de outrem é, na verdade, responsabilidade por fato próprio omissivo, “porquanto as pessoas que respondem a esse título terão sempre concorrido para o dano por falta de cuidado ou vigilância. Assim, não é muito próprio falar em fato de outrem. O ato do autor material do dano é apenas a causa imediata, sendo a omissão daquele que tem o dever de guarda ou vigilância a causa mediata, que nem por isso deixa de ser causa eficiente”. Conclui, assim, que “a responsabilidade pelo fato de outrem constitui-se pela infração do dever de vigilância. Não se trata, em outras palavras, de responsabilidade por fato alheio, mas por fato próprio decorrente da violação do dever de vigilância. Por isso, alguns autores preferem falar em responsabilidade por infração dos deveres de vigilância, em lugar de responsabilidade pelo fato de outrem” (Op. cit., p. 273).

⁸ Responsabilidade civil do poluidor indireto e do cocausador do dano ambiental – observações e distinções sobre a solidariedade na obrigação de reparar o dano, p. 365, grifo nosso.

No mesmo sentido, Talden Queiroz Farias e Eduardo Fortunato Bim defendem que “a ideia subjacente ao poluidor indireto é a de que ele deve internalizar o dever de cuidado, entrando como uma espécie de garante de terceiro, o causador do dano”.⁹

Ana Maria de Oliveira Nusdeo se posiciona no sentido de que o empreendedor, que é o único que dispõe do controle de todas as informações sobre a mitigação do risco, liga-se ao dano por conta da atividade de risco que desenvolve, concluindo que “há sempre um nexo de causalidade que liga o poluidor ao dano”.¹⁰ Mas o dano pode ter outros cocausadores (os poluidores indiretos), “assim considerados porque violaram dispositivo legal específico de modo a contribuir à ocorrência danosa”.¹¹ E arremata que:

*a caracterização de um causador indireto de dano ambiental, que não está ligado ao dano pelo exercício de uma atividade de risco, exige sua vinculação ao dano por um nexo de causalidade caracterizado: 1) pela efetiva contribuição ao dano e 2) pela violação de um dever legal específico cujo cumprimento teria evitado a ocorrência do dano ou promovido sua mitigação.*¹²

Rômulo Silveira da Rocha Sampaio, sem destoar dos doutrinadores citados, coloca que a responsabilidade civil objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensa o nexo de causalidade e que

*não há nexo entre a ação do indireto, quando ele cumpre com os deveres legais de controle do risco, e o dano. O dano, neste caso, não pode ser atribuído à falta de cuidado do indireto. E, por isso, não há nexo de causalidade que possa conectar o indireto ao dano. Cumprindo com a obrigação legal de internalização da cautela, o indireto rompe o nexo de causalidade com o dano, quando ele efetivamente ocorre. Assim, não há possibilidade jurídica de se responsabilizar o indireto por ausência de comprovação do necessário nexo de causalidade, ainda que esteja dentro do campo da responsabilidade objetiva.*¹³

Para essa corrente, nem toda pessoa que mantém vínculos ou relações jurídicas com o executor direto da atividade poluidora deve ser considerada poluidora indireta. Tais pessoas podem até prestar considerável contribuição para a existência do empreendimento, mas não necessariamente contribuem para o evento poluidor produzido pelo empreendimento. Ou, ainda que remotamente contribuam para o evento poluidor, a lei não lhes imputa o dever de se abster ou de agir para impedi-lo, de modo que a contribuição em questão não tem força suficiente para o estabelecimento do nexo de causalidade.

Trocando em miúdos: os consumidores de produtos industrializados são beneficiados e justificam a existência da indústria. Os seus empregados são beneficiados com os salários

⁹ FARIAS; BIM, 2017, p. 131.

¹⁰ Na verdade, o risco está associado à responsabilidade objetiva do causador direto de danos ambientais, seja ele empreendedor ou não.

¹¹ NUSDEO, 2017, p. 42.

¹² Ibidem, p. 42.

¹³ *Responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras*, p. 22.

pagos pela indústria e fornecem o suporte necessário para a sobrevivência do empreendimento. Os seus fornecedores lucram com a venda de matéria-prima e viabilizam, assim, a própria atividade. Mas nem um, nem outro, ainda que beneficiários do negócio e ainda que responsáveis, em alguma medida, por sua existência, poderá ser considerado poluidor indireto caso a indústria venha a causar danos ambientais. E por que não, se é graças a eles que o empreendimento poluidor existe, e se são eles seus grandes beneficiários? A uma porque não se verifica sua contribuição para os eventos poluidores (da indústria) propriamente ditos,¹⁴ a duas porque a legislação não impõe ao consumidor, ao empregado e ao fornecedor de matéria-prima, só para citar alguns exemplos, o dever de impedir as atividades poluidoras do empreendimento com os quais se relacionam – decerto porque não está ao seu alcance fazê-lo.

3.2.2. Nexo de causalidade entre o poluidor indireto e o dano ambiental à luz da teoria do escopo da norma violada

Como vimos, teorias sobre o nexos de causalidade não faltam. Teoria da equivalência das condições (ou teoria da *conditio sine qua non*), da causalidade adequada e teoria dos danos diretos e imediatos são algumas delas.

Sem adentrar na polêmica discussão acerca das teorias do nexos de causalidade aplicáveis à responsabilidade civil ambiental, cumpre apontar a teoria que melhor justifica a relação causal entre o poluidor indireto e os danos provocados pelo poluidor direto, e que orienta a equilibrada aplicação do instituto da responsabilização indireta.

Mas a teoria do escopo da norma violada é aparentemente a mais condizente com a responsabilidade indireta decorrente da violação de um dever de segurança.

Quando a norma jurídica impõe um dever de segurança, o faz para evitar determinado dano, donde se conclui que, havendo a violação do dever de segurança (portanto, a violação da norma) e ocorrendo um dano que o cumprimento deste dever de segurança poderia evitar, estabelece-se o nexos de causalidade entre eles. Tem-se, com isso, que a relação de causa e efeito é dada pela norma jurídica violada e não pela contribuição fática ou naturalística do agente para o dano (já que esta, em regra, acaba alcançando apenas o causador direto do dano).

Ana Maria de Oliveira Nusdeo pondera que a responsabilização no campo ambiental demanda uma abordagem menos naturalística e mais jurídica para o estabelecimento do nexos de causalidade e arremata que a teoria do escopo da norma violada é a mais adequada para a responsabilidade civil ambiental por atender essa premissa. Afinal, eventual responsabilização de terceiros sem a análise orientada por essa teoria,

¹⁴ O poluidor indireto é a pessoa física ou jurídica que contribui, viabiliza ou se beneficia do evento poluidor e não do empreendimento poluidor. Não é preciso muito esforço para encontrar essa conclusão na própria lei. Afinal, se poluidor indireto é aquele que contribui, indiretamente, para a “atividade causadora de degradação ambiental” e se “atividade causadora de degradação ambiental” é a ação específica ou o evento determinado que gerou o dano, não se pode chamar de poluidor indireto quem viabilizou o empreendimento, mas não viabilizou o evento poluidor propriamente dito. Um empreendimento pode desenvolver atividades poluidoras e não poluidoras. Aquele que viabiliza a existência do empreendimento ou dele tira proveito, mas não tem participação alguma no evento que culminou no dano ambiental, não deve ser chamado a repará-lo. Afinal, a Lei 6.938/1981 só responsabiliza quem contribui para o evento poluidor e não quem contribui para o empreendimento que desenvolve o evento poluidor.

*teria por efeito a possibilidade de responsabilização de qualquer agente com algum tipo de relação jurídica com um degradador: o fornecedor de insumos, o fornecedor de bens de consumo para a empresa degradadora e seus funcionários, prestadores de serviços, o banco financiador, entre outros, o que desvirtuaria os fundamentos da responsabilização baseada no princípio do poluidor-pagador construídos pelo menos desde a edição da Lei 6.938/81.*¹⁵

Para evitar distorções na aplicação dessa teoria, importante entender que o nexo de causalidade só se estabelece se o dano concretizado com a contribuição do responsável indireto for o mesmo que a norma procura evitar com a conduta a ele imposta. Há então que se indagar, diante de uma potencial responsabilização do poluidor indireto: a norma violada pelo indireto visava evitar o dano ambiental causado? Se a violação da norma contribuiu para o dano que ela desejava impedir, haverá o nexo de causalidade. Mas se a norma for violada e o ato violador contribuir para um dano que ela não pretendia impedir, então não se estabelecerá o nexo de causalidade.

Oportuna a lição de Pablo Malheiros da Cunha Frota a esse respeito. Diz ele que, no âmbito da teoria do escopo da norma violada, o magistrado deve pesquisar o âmbito normativo de proteção, para evitar a criação de um risco irrazoável, e aplicar a responsabilidade com respeito à premissa de que os eventos danosos devem ser resultantes do risco relacionado à conduta vedada. E exemplifica sua colocação citando o italiano Capecchi: “um motorista que estaciona o automóvel em vaga para deficientes (local proibido para o citado motorista) e é abalroado por outrem, não pode ter nenhuma responsabilidade sobre o evento abalroamento, visto que “la norma non intendeva prevenire i sinistri, ma solo agevolare i soggetti portatori di handicap”.

¹⁶ O autor traz outro exemplo, de um caso concreto observado no direito anglo-saxão – caso *Gorris v. Scott* – em que uma embarcação naufragou no mar por conta das condições meteorológicas, gerando a morte de um animal que estava sendo transportado. O proprietário do animal reivindicou à transportadora uma reparação, com fundamento na norma que obrigava a embarcação a transportar os animais com as portas fechadas. “O pedido foi julgado improcedente pelo fato de a normativa protetiva visar proteger o contágio de um animal com o outro, e não o de fazê-lo em relação às condições meteorológicas”.

¹⁷ A partir deste entendimento podemos trazer um exemplo da esfera ambiental: a Lei 7.802/1989 (Lei de Agrotóxicos) condiciona a venda de agrotóxicos e afins a apresentação de receituário próprio prescrito por profissional legalmente habilitado (art. 13) e dispõe que o profissional que subscrever uma receita errada, displicente ou indevida deverá responder pelos danos causados à saúde das pessoas e ao meio ambiente em decorrência da utilização do agrotóxico por terceiros (art. 14, “a”). À toda evidência, o que a norma quer evitar é que o agricultor aplique o agrotóxico de forma lesiva, guiado pela errônea prescrição e orientação do profissional. Por isso, mesmo que o profissional ministre uma receita incorreta (indicando quantidade exagerada de defensivo agrícola para aplicação

¹⁵ NUSDEO, 2017, p. 42.

¹⁶ *Responsabilidade por Danos - Imputação e Nexo de Causalidade*, p. 96.

¹⁷ *Ibidem*, p. 96.

exclusiva na plantação de café), não responderá pelos danos ambientais causados pelo agricultor que, **sem qualquer previsão no receituário**, aplique o agrotóxico em vegetação nativa localizada em APP, dizimando-a. A norma dirigida ao profissional foi violada, mas não foi isso que contribuiu para o dano ambiental, já que ele decorreu da aplicação do produto, pelo agricultor, em área não prevista e não indicada pelo receituário.

3.2.3. O Estado licenciador como poluidor indireto

Dentre os deveres atribuídos ao Estado para controlar e impedir danos ambientais está o de realizar o licenciamento de obras e atividades potencialmente causadoras de degradação ambiental ou utilizadoras de recursos ambientais (art. 225, §1º, IV, CF/1988 c/c art. 10, Lei 6.938/1981), sejam elas públicas, sejam elas privadas.

Somente após o regular licenciamento ambiental é que um empreendimento pode ser construído, instalado, ampliado e entrar em operação. Se é graças ao licenciamento que obras e atividades potencialmente poluidoras podem ser implantadas, pode-se dizer que o licenciamento contribui para a existência dos empreendimentos que porventura causem danos concretos ao meio ambiente (estamos falando das obras e atividades licenciadas, naturalmente. Quanto às obras e atividades clandestinas, não há contribuição do Estado licenciador para sua existência – quando muito do Estado fiscalizador). Essa contribuição prestada pelo órgão ambiental para a existência do empreendimento poluidor é suficiente para torná-lo poluidor indireto?

O Estado licenciador pode sim, em tese, ser considerado poluidor indireto, como se extrai, a título de exemplo, do julgado abaixo transcrito, que manteve condenação solidária de um município paulista e da CETESB (órgão responsável pelo licenciamento ambiental no estado de São Paulo) por terem licenciado irregularmente um loteamento, com a ocorrência de danos ambientais e urbanísticos:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. PARCELAMENTO DE SOLO ILEGAL COM INFRAÇÃO DE NORMAS AMBIENTAIS. NULIDADE NÃO CARACTERIZADA. PROVA DA ILICITUDE E DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS EMPREENDEDORES, DA MUNICIPALIDADE, NOS LIMITES DE SUAS AÇÕES, E DA CETESB [...]

[...]

O empreendimento não pode ser considerado regular tão somente porque contou com o licenciamento ambiental e aprovação da Municipalidade. A prova coligida demonstrou que estes atos administrativos eram viciados e que apenas conferiram aparente situação de regularidade a lotes insuscetíveis de aproveitamento, porquanto inseridos em área de preservação permanente e sujeita a inundações. (g.n)

[...]

A ilicitude perpetrada pelos empreendedores teve como anteparo a pessoa jurídica indicada, além de contar com a conivência da Prefeitura e da CETESB, que não só aprovaram como deixaram de coibir a conduta ilegal, ao invés de exercerem oportunamente seu poder/dever de regularizar a situação ou de autuar e forçar a regularização com observância da legislação ambiental. São responsáveis pelos danos ambientais e pela regularização da ocupação com observância

da legislação ambiental, solidariamente, o Município de Boituva e todos os demais requeridos [...] (TJSP – 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Ap. 0236991-79.2009.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Celso Aguilar Cortez, j. 09.05.2013).

Isso não significa que sempre que licenciar um empreendimento será responsável pelos danos ambientais dele decorrentes – afinal, o Estado não é “sócio” do empreendedor para correr todos os riscos do empreendimento com ele.

Na linha do quanto exposto nos tópicos anteriores, há que se averiguar se o órgão ambiental faltou com o dever de segurança que lhe era exigido cumprir por meio do licenciamento ambiental, tendo, assim, criado condições para o dano – dever de segurança esse consistente, grosso modo, na averiguação da conformidade do projeto proposto pelo empreendedor à legislação e padrões de qualidade ambiental vigentes e na imposição de medidas eliminadoras e mitigadoras de impactos/danos ambientais permitidas pelo estado da arte.

Se faltou com o dever de segurança, então prestou contribuição relevante para o empreendimento e para o evento poluidor e deve ser civilmente responsabilizado. Mas se ele cumpriu o dever de segurança no momento de licenciar o projeto e mesmo assim o dano ambiental foi causado – ou por uma fatalidade ou por desídia do empreendedor que após a obtenção da licença deixou de se preocupar em observar as condicionantes impostas pelo órgão ambiental –, sua contribuição para o empreendimento poluidor não tem força jurídica para estabelecer o necessário nexo de causalidade, não podendo ele ser enquadrado como poluidor indireto nem responder civilmente pelos danos ambientais causados pelo direto.

Para avaliar se o órgão ambiental cumpriu adequadamente o dever de segurança próprio do licenciamento ambiental, uma das perguntas que se deve fazer é: se o empreendedor tivesse cumprido as condicionantes estabelecidas nas licenças ambientais e cumprido as orientações do órgão licenciador, o dano teria sido causado? Se a resposta for positiva, é porque o órgão ambiental conduziu o licenciamento da forma esperada e necessária à prevenção do dano. Logo, o evento poluidor não teve a contribuição (jurídica) do licenciamento ambiental.¹⁸ Mas se a resposta for negativa, é porque o órgão ambiental realizou um licenciamento frouxo e não ofereceu qualquer resistência ao evento poluidor.

Imaginemos que o órgão ambiental licenciou uma indústria fabricante de produtos químicos inflamáveis, seguindo todas as normas aplicáveis e com todas as cautelas necessárias para o desenvolvimento inofensivo do empreendimento. Um grupo terrorista a bordo de um avião se lança contra o tanque de resíduos dessa indústria, gerando danos em sua estrutura que, apesar de extremamente resistente, sucumbiu ao impacto da aeronave. Danificado o tanque, substâncias químicas ali armazenadas foram lançadas no solo e nas águas, contaminando-os. Embora seja certo que os produtos químicos não teriam sido liberados no ambiente se o órgão ambiental não tivesse licenciado e assim viabilizado a instalação da indústria, ao Estado não cabe responder solidariamente pelos danos ambientais como poluidor indireto, visto que a licença ambiental viabilizou o

¹⁸ Conforme acentua Tiago Cardoso Zapater (2013, p. 366), “não parece razoável falar em responsabilidade solidária do órgão licenciador se a licença ambiental foi regularmente concedida, mas houve descumprimento das condicionantes da licença”.

empreendimento dentro dos limites exigidos pelo dever de segurança, mas não viabilizou o evento poluidor, qual seja, o lançamento dos poluentes no ambiente. No caso em testilha, quem causou o dano ambiental foram os terroristas e quem contribuiu para o dano foi o empreendimento, pelo simples fato de manipular produtos químicos e produzir resíduos perigosos, que acabaram contaminando e degradando o ecossistema.¹⁹

Concluimos então que, mesmo desejoso de ampliar o alcance da responsabilização civil, o Direito Ambiental não compactua com a ideia de regredir o nexo de causalidade ao infinito para assim atingir o órgão ambiental que licenciou regularmente um empreendimento que, por sua vez, tempos depois, acabou por provocar um desastre ambiental justamente por ter desatendido a licença ambiental e suas condicionantes ou por ter se envolvido em um acidente ambiental não previsto, não autorizado e não tolerado pela licença ambiental. Embora seja possível dizer que o empreendimento poluidor não existiria sem a contribuição do ator estatal, não se afigura razoável responsabilizar o Poder Público como poluidor indireto porque, nos exatos termos da lei, permitiu a instalação e o funcionamento de um empreendimento que, posteriormente, por descuido ou até por dolo do operador, causou danos ambientais.

3.2.4. O Estado fiscalizador como poluidor indireto

A Constituição Federal não deixa dúvidas de que o Estado tem o dever de proteger o meio ambiente contra agressões decorrentes de atividades econômicas e não econômicas, ao dizer que 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” (art. 225) e ao estabelecer inúmeras obrigações ao Poder Público, especificamente, para assegurar a efetividade desse direito (art. 225, §1º).

Uma das formas de atuação estatal em prol do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é a fiscalização de atividades potencialmente degradadoras/poluidoras.

E se a fiscalização tem o condão de impedir atividades degradadoras, a falta de fiscalização pode produzir o efeito contrário, i.e, contribuir para a sua ocorrência. Como acentua Ana Maria de Oliveira Nusdeo, “ao abster-se de fiscalizar, autuar, embargar, fazer desocupar certas áreas, e tendo o monopólio do exercício de tal poder, aponta-se sua grande influência na ocorrência do dano”.²⁰ Daí porque o Estado que não ou mal fiscaliza pode ser considerado poluidor indireto e, via de consequência, ser responsabilizado pelos danos causados pelo poluidor direto, solidariamente.

Mas basta que a fiscalização não tenha existido no caso concreto para que o Estado, automaticamente, seja responsabilizado pela reparação do dano ambiental? Se a resposta for positiva, estaremos atribuindo ao Estado uma onipresença que ele não tem e colocando-o no papel de segurador universal de todas as mazelas ambientais, quando não um verdadeiro “sócio” dos poluidores diretos.

¹⁹ Podemos ficar tentados a defender que, nesse exemplo, o empreendedor é tão vítima do dano ambiental quanto a coletividade, devendo ter sua responsabilidade afastada por conta disso. Todavia, juridicamente não há como dissociar o evento danoso (lançamento/vazamento de resíduos químicos) do empreendimento que gera os resíduos químicos. Por conseguinte, o evento danoso sempre será reputado ao empreendedor, pelo simples fato do evento danoso decorrer do empreendimento.

²⁰ NUSDEO, 2017, p. 32.

Com efeito, fiscalizar é um dever inafastável do Poder Público. Mas isso não impede que se reconheça a impossibilidade de a Administração Pública vigiar “todos o tempo todo” e de impedir toda e qualquer agressão ao meio ambiente. Sendo impossível, não é exigível.

Portanto, para se considerar o Estado como poluidor indireto pela sua inação fiscalizatória, mister verificar o conteúdo e os limites do **dever de segurança** que lhe é atribuído pela Constituição e leis infraconstitucionais.

Deve-se reforçar que a falta da ação estatal não é causa direta do dano ambiental, mas a contribuição que, aos olhos da lei, presta auxílio importante para o evento poluidor. Sob esse aspecto, a valiosa lição de Sérgio Cavalieri Filho mostra que no plano naturalístico a omissão não está em condições de igualdade com a ação.²¹ Em decorrência disso, no plano jurídico, em que a omissão gera o dever de reparação do dano tanto quanto a ação, “a omissão tem natureza normativa e não naturalística, vale dizer, é imposta pelo direito e não pelas leis naturais”.²²

Continua o autor concluindo que a “omissão só tem relevância jurídica quando o direito impõe o dever de agir, dever de praticar um ato para impedir determinado resultado”.²³

Sendo dado ao Estado fiscalizador o dever de identificar ameaças ao meio ambiente e agir prontamente de modo a impedir que se transformem em danos – esse o dever de segurança embutido na fiscalização ambiental – a inação estatal é juridicamente entendida como contribuição para o resultado.

Há que se reconhecer, contudo, a dificuldade em se verificar, nas situações concretas, o dever de antever a ameaça e agir em cada caso concreto, diante de suas circunstâncias específicas. O Estado, por exemplo, tem o dever de fiscalizar e impedir atividades que coloquem em risco o meio ambiente. Mas nem toda vez que uma atividade causar danos ambientais ter-se-á de forma automática e inafastável que o Estado deixou de agir para impedi-los, tendo sido, assim, omissivo.

Yussef Said Cahali, ciente da dificuldade de se apurar quando há para o Estado o dever de praticar um ato para impedir determinado resultado emenda que:

*só no exame de situações concretas permite-se identificar se seria razoavelmente exigível a atuação estatal no sentido da execução da obra ou prestação do serviço devido e cuja ausência ou insuficiência terá sido a causa do dano sofrido pelo administrado.*²⁴

Sem destoar, Celso Antônio Bandeira de Mello admite que não há resposta ainda quanto ao que seria o padrão normal tipificador da obrigação a que o Poder Público estaria legalmente adstrito:

Cabe indicar, no entanto, que a normalidade da eficiência há de ser apurada em função do meio social, do estágio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e da conjuntura da época, isto

²¹ CAVALIERI FILHO, 2015, p. 89.

²² Idem, ibidem.

²³ Idem, ibidem.

²⁴ *Responsabilidade Civil do Estado*, p. 223.

é, das possibilidades reais médias dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso.

Como indicio destas possibilidades há que se levar em conta o procedimento do Estado em casos e situações análogas e o nível de expectativa comum da Sociedade (não o nível de aspirações), bem como o nível de expectativa do próprio Estado em relação ao serviço increpado omissivo, insuficiente ou inadequado. Este último nível de expectativa é sugerido, entre outros fatos, pelos parâmetros da lei que o institui e regula, pelas normas internas que o disciplinam e até mesmo por outras normas das quais se possa deduzir que o Poder Público, por força delas, obrigou-se a um padrão mínimo de aptidão. Por exemplo: se o Poder Público licencia edificações de determinada altura, não poderá deixar de ter, no serviço de combate a incêndio e resgate de sinistrados, meios de acesso compatíveis para enfrentar eventual sinistro. Se o Poder Público despoja os internos em certo presídio de quaisquer recursos que lhe permitam atentar contra a própria vida, não pode eximir-se de responsabilidade em relação ao suicídio de algum ou alguns detentos a respeito dos quais omitiu-se na adoção de igual cautela²⁵

Em um caso concreto de ocupação irregular de mananciais de conhecimento do Poder Público, o STJ decidiu pelo cabimento da responsabilização civil do Estado na qualidade de poluidor indireto, pela ausência de fiscalização. Ainda assim, reconheceu que esse tipo de responsabilização estatal deve se dar apenas em certas situações:

RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL DO ESTADO POR OMISSÃO DE FISCALIZAÇÃO

[...]

9. Segundo o acórdão recorrido, deve ser excluída a responsabilização do Estado, mesmo que reconheça haver o Ministério Público notificado a Secretaria Estadual do Meio Ambiente, que não utilizou meios efetivos para sanar a violação e fazer cessar o dano.

10. Nesse ponto, o Tribunal de Justiça se distanciou da jurisprudência do STJ. Não se imputa ao Estado, nem se mostra viável fazê-lo, a posição de segurador universal da integralidade das lesões sofridas por pessoas ou bens protegidos. Tampouco parece razoável, por carecer de onipresença, exigir que a Administração fiscalize e impeça todo e qualquer ato de infração a lei. No entanto, incumbe ao Estado o dever-poder de eficazmente e de boa-fé implementar as normas em vigor, atribuição que, no âmbito do meio ambiente, ganha maior relevo diante da dominialidade pública de muitos dos elementos que o compõem e da diversidade dos instrumentos de prevenção, repressão e reparação prescritos pelo legislador.

11. Apesar de se ter por certo a inexistência de vigilância ubíqua, é mister responsabilizar, em certas situações, o Estado por omissão, de forma objetiva e solidária, mas com execução subsidiária (impedimento à sua convocação per saltum), notadamente quando não exercida, a tempo, a prerrogativa de demolição administrativa

²⁵ Curso de Direito Administrativo, p. 1.046.

ou de outros atos típicos da autoexecutoriedade insita ao poder de polícia.

12. *Segundo a jurisprudência do STJ, “independentemente da existência de culpa, o poluidor, ainda que indireto (Estado-recorrente) (art. 3º da Lei nº 6.938/81), é obrigado a indenizar e reparar o dano causado ao meio ambiente (responsabilidade objetiva)” (REsp 604.725/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 22/8/2005).*

13. *Recurso Especial provido. (STJ, Recurso especial 1.376.199 - SP (2011/0308737-6), Rel. Ministro Herman Benjamin, j. 19.08.2014)*

Outra celeuma instalada em sede de responsabilidade civil do Estado fiscalizador diz respeito a sua natureza: objetiva ou subjetiva.

A doutrina é unânime em reconhecer que a responsabilidade civil do Estado por comissão é objetiva – e nem poderia ser diferente dada a redação clara do art. 37, §6º da CF/88 nesse sentido.

Essa unanimidade desaparece quando se trata de responsabilidade civil do Estado por omissão pois há doutrinadores de peso defendendo as duas posições. Para uns, a responsabilidade omissiva é subjetiva, assentada na culpa do serviço,²⁶ para outros, objetiva,²⁷ baseada na teoria do risco administrativo. E há doutrinadores defendendo uma posição intermediária, de que a responsabilidade pela inação do Estado é subjetiva se este incorrer em omissão genérica (quando há um dever geral de ação em prol da coletividade), mas objetiva se incorrer em omissão específica (quando pessoas e bens encontram-se diretamente sob proteção ou guarda do Estado).²⁸

O tema merece digressões profundas, não havendo espaço para fazê-las aqui. Mas vale mencionar a constatação de que independentemente da corrente abraçada, todas fecham com a ideia de que a omissão jurídica depende da existência de um dever legal e da efetiva possibilidade de ação estatal para evitar o resultado danoso, daí decorrendo o nexo de causalidade necessário à configuração tanto da responsabilidade subjetiva como da objetiva.²⁹

²⁶ BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 1.043 et seq. Embora o autor defenda a responsabilidade subjetiva do Estado em caso de omissão, aduz que a culpa do Estado é presumida (presunção *juris tantum*) pois, sem isso, “o administrado ficaria em posição extremamente frágil ou até mesmo desprotegido ante a dificuldade ou até mesmo impossibilidade de demonstrar que o serviço não se desempenhou como deveria” (Ibidem, p. 1.048).

²⁷ CAHALI, 2014, p. 221.

²⁸ CAVALIERI FILHO, 2015, p. 337. A diferenciação entre os dois tipos de omissão é dada pelo autor: “Haverá omissão específica quando o Estado estiver na condição de garante (ou de guardião) e por omissão sua cria situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo; a omissão estatal se erige em causa adequada de não se evitar o dano. Em outras palavras, a omissão específica pressupõe um dever especial de agir do Estado, que, se assim não o faz, a omissão é causa direta e imediata de não se impedir o resultado [...]. Em contrapartida, a omissão genérica tem lugar nas hipóteses em que não se pode exigir do Estado uma atuação específica; quando a Administração tem apenas o dever legal de agir em razão, por exemplo, do seu poder de polícia (ou de fiscalização), e por sua omissão concorre para o resultado. Em síntese, na omissão específica o dano provém diretamente de uma omissão do Poder Público; na omissão genérica, o comportamento omissivo do Estado só dá ensejo à responsabilidade subjetiva quando for concausa do dano juntamente com a força maior (fatos da natureza), fato de terceiro ou da própria vítima”.

²⁹ Cf. decisão recente do STF, com repercussão geral, sobre a morte de um detento do sistema prisional: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima

3.2.5. A instituição financeira como poluidora indireta

As instituições financeiras prestam contribuição tão significativa e determinante para empreendimentos com potencial poluidor que a lei entendeu por bem lhes atribuir um dever de segurança com relação a tais financiados, qual seja: condicionar a concessão do crédito à obtenção das licenças ambientais exigíveis.

Nos termos da Lei 6.803/1980, que define as regras para o zoneamento industrial:

Art. 12. Os órgãos e entidades gestores de incentivos governamentais e os bancos oficiais condicionarão a concessão de incentivos e financiamentos às indústrias, inclusive para participação societária, à apresentação da licença de que trata esta Lei.

E nos termos do art. 12 da Lei 6.938/1981:

Art 12. As entidades e órgãos de financiamento e incentivos governamentais³⁰ condicionarão a aprovação de projetos habilitados a esses benefícios ao licenciamento, na forma desta Lei, e ao cumprimento das normas, dos critérios e dos padrões expedidos pelo CONAMA.

Parágrafo único – As entidades e órgãos referidos no “caput” deste artigo deverão fazer constar dos projetos a realização de obras e aquisição de equipamentos destinados ao controle de degradação ambiental e à melhoria da qualidade do meio ambiente.

A lei não diz claramente que as instituições financeiras se tornam responsáveis solidárias com os empreendimentos ao financiá-los.³¹ Mas diz claramente que as instituições

nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. [...] 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento.” Mais adiante o relator complementa: “Deveras, é fundamental ressaltar que, não obstante o Estado responda de forma objetiva também pelas suas omissões, o nexo de causalidade entre essas omissões e os danos sofridos pelos particulares só restará caracterizado quando o Poder Público ostentar o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso, não se desincumbindo dessa obrigação legal. Entendimento em sentido contrário significaria a adoção da teoria do risco integral, repudiada pela Constituição Federal...” (STF – RE 841.526, Rel. Ministro Luiz Fux, j. 30.03.2016).

³⁰ O art. 12 da Lei 6.938/1981 cria um dever apenas para as instituições financeiras GOVERNAMENTAIS. Todavia, há quem defenda que não faz sentido restringir tal dever de segurança aos entes do governo, quando há entes privados exercendo o mesmo papel no mercado financeiro, com os mesmos riscos ambientais. Uma dessas vezes é a do Prof. Paulo Affonso Leme Machado, para quem “as obrigações das instituições financeiras públicas para com o meio ambiente devem ser estendidas às instituições financeiras privadas, pois não se podem isolar setores do sistema financeiro seja nacional, seja internacional” (Direito Ambiental Brasileiro, p. 408-409). Não nos parece absurdo, em interpretação extensiva, fazer incidir o art. 12 aos bancos privados, na medida em que o objetivo claro deste comando normativo é criar mais um mecanismo de prevenção do dano ambiental, bloqueando a destinação de recursos financeiros para projetos, obras e atividades que descumpram as exigências mínimas de proteção do ambiente, consubstanciadas no licenciamento ambiental e no atendimento das normas do Conama. E, nessa toada, se o agente público financiador pode contribuir para um dano ambiental ao viabilizar financeiramente a atividade degradadora, o agente privado financiador, com a mesmíssima conduta, também pode. Por que, então, só um deles teria que adotar a cautela em apreço?

³¹ Na realidade, há uma lei que institui expressamente a responsabilidade solidária das instituições financiadoras em uma situação específica. Trata-se da Lei 11.105/2005 (Lei da Biossegurança) que, em seu art. 2º, § 4º condiciona o financiamento e o patrocínio de atividades e projetos que envolvam OGM e seus derivados à apresentação do Certificado de Qualidade

financeiras **não devem financiar** empreendimentos que, estando sujeitos ao licenciamento ambiental, não obtenham ou não exibam as respectivas licenças. Com isso, a norma estabelece um dever de segurança que, descumprido, acarreta uma consequência: enquadramento da instituição financeira como poluidora indireta caso o empreendimento financiado promova ou enseje atividades lesivas ao meio ambiente, dado que a violação do dever de segurança estabelece o nexo de causalidade (normativo) entre a atividade e o dano.

Isto posto, a instituição financeira responderá solidariamente pelos danos ambientais causados por empreendimento por ela financiado sem as licenças obrigatórias, por ter descumprido o dever de segurança e assim ter contribuído para o empreendimento poluidor e também para o evento poluidor.

Mas é preciso que a responsabilização se atenha aos limites do dever de segurança estabelecido aos bancos. Se o empreendimento, devidamente licenciado, causar danos ambientais em decorrência do desprezo às regras e cuidados básicos de prevenção de impactos durante a operação ou der azo a algum acidente ambiental, em concorrência com caso fortuito ou força maior, a instituição financiadora não poderá ser responsabilizada, até porque ela não pode responder por aquilo que está legal e faticamente fora de seu controle e que ela não pode evitar. Sim, o banco tem como verificar se um empreendimento detém as licenças ambientais exigíveis. Mas não tem como monitorar o dia a dia da atividade – essa tarefa cabe exclusivamente ao Poder Público – ou de eternamente acompanhar o cumprimento das normas ambientais pelo empreendimento que um dia financiou.

Estamos com Édis Milaré que admite serem as instituições financeiras públicas e privadas solidariamente responsabilizadas com o empreendimento se deixarem de avaliar a regularidade ambiental das atividades ou obras financiadas, mas adverte:

não há como se determinar que a instituição financeira fiscalize in loco o empreendimento ou atividade por ela financiada. Sim, porque o poder de polícia é atividade estatal indelegável, o que impede que uma instituição financeira crie um setor de fiscalização que pretenda avaliar pari passu o processo de licenciamento ambiental, inclusive indo a campo para averiguar a adequação das atividades executadas com os seus recursos. Em outros termos, ao mesmo tempo em que isso seria uma total transferência do encargo do poder de polícia estatal às instituições financeiras, a juridicidade da exigência seria bastante questionável.³²

Cumpra verificar também que, por óbvio, nem todo crédito concedido pelas instituições financeiras está sujeito a esse dever de segurança ambiental. Muitos empréstimos são concedidos sem a necessidade de que o banco controle prévia ou posteriormente a utilização dos recursos ou do bem adquirido com tais recursos. Isso porque, pela natureza

em Biossegurança, dispondo: “As organizações públicas e privadas, nacionais, estrangeiras ou internacionais, financiadoras ou patrocinadoras de atividades ou de projetos referidos no caput deste artigo devem exigir a apresentação de Certificado de Qualidade em Biossegurança, emitido pela CTNBio, sob pena de se tornarem corresponsáveis pelos eventuais efeitos decorrentes do descumprimento desta Lei ou de sua regulamentação.”

³² *Direito do Ambiente*, p. 450-451.

da operação, o destino dado ao crédito, pelo financiado, não é e nem deveria ser do conhecimento do banco, o que impede qualquer tipo de fiscalização e atuação preventiva ou corretiva. Como pontifica Anette Martinelli de Mattos Pereira, “o conhecimento da destinação dos recursos é extremamente relevante, eis que baliza a adoção das diligências socioambientais legalmente exigíveis pela instituição financeira”.³³ Logo, em caso de uso indevido dos benefícios ofertados pela instituição bancária em casos tais, com a consequente causação de danos ambientais, não haverá a sua responsabilização indireta.

Ilustrativo o caso decidido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em que o banco que concedeu o *leasing* de um caminhão foi colocado no polo passivo de ação civil pública de reparação de danos ambientais ajuizada pelo Ministério Público, pelo fato de que o arrendatário utilizou o veículo para transporte ilegal de carvão vegetal:

Apelação cível. Ação civil pública. Arrendamento mercantil. Responsabilidade civil da arrendane por ato ilícito de arrendatário. Inexistência. Ilegitimidade passiva caracterizada. Indeferimento da petição inicial mantido. Recurso não provido.

1. O contrato de arrendamento mercantil é complexo, abrangendo várias operações econômicas, não se confundindo com contrato de locação.

2. O arrendante não tem responsabilidade civil por eventual ato ilícito do arrendatário eis que, em face da natureza do contrato, não assumiu tal risco.

3. O disposto na Súmula nº 472 do egrégio Supremo Tribunal Federal é reservada somente para o contrato de locação, não tendo pertinência em contrato de arrendamento mercantil.

4. Assim, a arrendante é parte passiva ilegítima para ação que vise responsabilizá-la por danos ambientais praticados pelo arrendatário.

5. Apelação cível conhecida e não provida, mantido o indeferimento da petição inicial. (TJMG, Ap. 1.0086.11.002438-6/001, Rel. Des. Caetano Levi Lopes, j. 13.04.2012)

Neste caso, não há norma alguma que imponha às instituições financeiras o dever de apurar previamente à concessão do *leasing* se o veículo será destinado à prática de infrações ambientais, muito menos de acompanhar o uso adequado do bem pelo arrendatário. Em consequência, se o arrendatário utilizar o veículo para a prática de infração ambiental, causando danos ao meio ambiente, o arrendante não será considerado poluidor indireto, porque não terá violado dever jurídico de segurança, e tampouco responderá civilmente em solidariedade com o poluidor direto.

3.2.6. O proprietário de imóvel como poluidor indireto

Tem-se ouvido vozes na doutrina e na jurisprudência em prol da responsabilização civil do proprietário de imóvel no qual são desenvolvidas atividades poluidoras por terceiros, melhor dizendo, pelo locatário, comodatário ou arrendatário do terreno ou da edificação.

³³ A responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras e a Resolução CMN nº 4.327/2014, p. 143.

O fundamento desse entendimento é que o proprietário se beneficia com as atividades realizadas pelo poluidor direto, logo se torna poluidor indireto.

Para manter coerência com o posicionamento defendido neste artigo, de que a responsabilidade do poluidor indireto decorre da violação de um dever de segurança imposto pela norma, devemos primeiro detectar qual o dever de segurança atribuído ao proprietário de imóvel para daí então verificar se o fato de alugá-lo ou cedê-lo ao poluidor direto o faz poluidor indireto.

Não compactuamos com a ideia de que a legislação impôs ao proprietário de imóvel um dever de segurança voltado a prevenção de danos ambientais que lhe obrigue a checar se o empreendimento ali instalado detém ou mantém válidas as licenças ambientais exigíveis, se cumpre as condicionantes das licenças obtidas e se toma as cautelas necessárias para impedir eventos poluidores.³⁴ Equivale dizer que a norma não exige que o locador de imóvel adote cautelas e ações ativas para controle da degradação ambiental gerada pelo locatário. Sem que haja um dever de segurança imposto (pela lei) e violado (pelo proprietário), não pode ele ser considerado poluidor indireto mesmo que o locatário/comodatário provoque danos ambientais no seu imóvel ou por meio da atividade nele desenvolvida.

Isso, contudo, não exonera completamente o proprietário. Embora ele não deva ser considerado poluidor indireto, para fins de responsabilização civil por danos ambientais causados pelo locatário/comodatário do imóvel, deve, por determinação constitucional, garantir a função socioambiental da propriedade. Para tanto, há que tomar as providências necessárias para manter os recursos naturais nela existentes ou recuperá-los caso tenham sido destruídos, não importando se quem os destruiu foi o atual proprietário, o anterior ou o locatário/comodatário/arrendatário – eis aqui a obrigação *propter rem*, que não deve ser confundida com responsabilidade civil ambiental, conforme destacaremos adiante.

3.2.6.1. A obrigação do proprietário manter as características ambientais do imóvel

As obrigações *propter rem* de caráter ambiental têm figurado de forma cada vez mais frequente em textos doutrinários e na fundamentação de decisões judiciais, o que tem ampliado o rol de responsáveis pela recuperação do ambiente lesado e, consequentemente, agilizado o retorno ao *statu quo* anterior à degradação ambiental.

Se as obrigações *propter rem* vêm sendo estudadas há muito pelos civilistas, aquelas de caráter ambiental ainda carecem de profundas reflexões pelos estudiosos do Direito Ambiental, merecendo destaque dois pontos a elas relacionados, sobre os quais repousam muitas dúvidas e confusões, quais sejam: i) a distinção entre obrigações *propter rem* e a responsabilidade civil ambiental e ii) a abrangência das obrigações *propter rem* (mais

³⁴ Não se diga que o dever de segurança relativo ao proprietário está no art. 225 da CF/88 que determina que o Poder Público e a coletividade defendam e preservem o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, pois, como acentua Ana Maria de Oliveira Nusdeo (2017, p. 35), “dada a amplitude de sentido da regra constitucional [...] faz-se necessária a definição de deveres específicos. Essa definição decorre de previsões legislativas, que criam obrigações legais”. E completa que “esse amplo mandamento constitucional que impõe envidar esforços para a preservação do meio ambiente não é apto, por si só, para gerar responsabilidade civil por danos ao meio ambiente aos agentes da coletividade”.

especificamente, a relação das obrigações *propter rem* do proprietário com a poluição direta gerada pelo ocupante do imóvel).³⁵

Obrigação *propter rem*, na lição de Silvio Rodrigues, é “aquela em que o devedor, por ser titular de um direito sobre uma coisa, fica sujeito a determinada prestação que, por conseguinte, não derivou da manifestação expressa ou tácita de sua vontade. O que o faz devedor é a circunstância de ser titular do direito real, e tanto isso é verdade que ele se libera da obrigação se renunciar a esse direito”.³⁶

O simples fato de ser proprietário impõe ao sujeito uma série de deveres, voltados a assegurar os atributos da propriedade. Se esses atributos forem descaracterizados, caberá ao proprietário recompô-los. Mas, frise-se, esses deveres não são punições por ato ilícito, tampouco consistem em responsabilização civil do autor de um dano, inclusive porque incidem mesmo quando o proprietário não tenha incorrido em qualquer ilicitude ou causado, sequer contribuído, para um dano à propriedade.

Com relação à obrigação *propter rem* ambiental, decorre ela da função socioambiental da propriedade, que coloca o proprietário em posição indeclinável de garantir a proteção dos recursos ambientais encontrados no imóvel, nos termos do art. 5º, inc. XXIII³⁷ c/c art. 186, II da Constituição Federal.³⁸

Referida proteção engloba a manutenção dos elementos ambientais naturalmente existentes na propriedade, em seu estado original, como também a recomposição dos elementos perdidos por conta de atividade humana ou de fenômenos naturais – salvo as hipóteses em que a própria lei permite intervenção que modifique as características ambientais do imóvel, como autorização excepcional dada pelo Código Florestal para supressão de vegetação nativa em APP (art. 8º, Lei 12.651/2012).

Quando o proprietário aluga, cede em comodato ou arrenda o imóvel a um terceiro, essa obrigação não lhe abandona. Afinal, a função social da propriedade é indissociável do imóvel e quem detém a titularidade da propriedade, detém automática e permanentemente – pelo menos enquanto for proprietário – o ônus que dela nunca se desliga: o ônus da conservação ou recuperação dos recursos naturais. Em decorrência disso, se o locatário (ou comodatário) comprometer esses recursos, o proprietário poderá ser chamado a recuperá-los, com fundamento na obrigação *propter rem* (sem prejuízo, obviamente, da responsabilização civil do poluidor direto, i.e, do locatário/comodatário/arrendatário que executou a atividade poluidora).

Por isso que o Código Florestal (Lei 12.651/2012) dispõe que a obrigação de recuperar a vegetação de preservação permanente e a reserva legal do imóvel, irregularmente suprimidas, tem **natureza real**, sendo, inclusive, transmitida ao sucessor (novo proprietário) no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural (art. 2º, §2º c/c art. 7º, §2º

³⁵ Ricardo Cintra Torres de Carvalho vai além, ao identificar que apesar de frequente no Direito Ambiental, a obrigação *propter rem* ainda vive em um ambiente bastante confuso, associado “à ideia de uma obrigação objetiva ou de solidariedade, que não lhe pertencem, e sem diferenciar a diversa natureza das obrigações tratadas no Direito Ambiental: a obrigação de fazer ou não fazer, a multa administrativa, a multa cominatória e a indenização do dano ambiental. A pergunta é: são todas *propter rem*?” (A obrigação *propter rem*, uma figura frequente no Direito Ambiental)

³⁶ *Curso de Direito Civil - Parte Geral das Obrigações*, p. 105.

³⁷ Art. 5º, inc. XXIII, CF: “a propriedade atenderá a sua função social”.

³⁸ Art. 186, inc. II, CF: “a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: [...] II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente”.

c/c art. 66, §1º)³⁹ – esse é o entendimento aplicado pelo STJ desde o Código Florestal de 1965, conforme se extrai dos arestos abaixo:

ADMINISTRATIVO. MEIO AMBIENTE. ÁREA DE RESERVA LEGAL EM PROPRIEDADES RURAIS: DEMARCAÇÃO, AVERBAÇÃO E RESTAURAÇÃO. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. OBRIGAÇÃO EX LEGE E PROPTER REM, IMEDIATAMENTE EXIGÍVEL DO PROPRIETÁRIO ATUAL.

1. *Em nosso sistema normativo (Código Florestal - Lei 4.771/65, art. 16 e parágrafos; Lei 8.171/91, art. 99), a obrigação de demarcar, averbar e restaurar a área de reserva legal nas propriedades rurais constitui (a) limitação administrativa ao uso da propriedade privada destinada a tutelar o meio ambiente, que deve ser defendido e preservado “para as presentes e futuras gerações” (CF, art. 225). Por ter como fonte a própria lei e por incidir sobre as propriedades em si, (b) configura dever jurídico (obrigação ex lege) que se transfere automaticamente com a transferência do domínio (obrigação propter rem), podendo, em consequência, ser imediatamente exigível do proprietário atual, independentemente de qualquer indagação a respeito de boa-fé do adquirente ou de outro nexo causal que não o que se estabelece pela titularidade do domínio. [...] (STJ – RESP 1.179.316 – SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, j. 15.06.2010)*

ADMINISTRATIVO. DIREITO AMBIENTAL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - APP. RIO SANTO ANTÔNIO. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À INDENIZAÇÃO. DANOS AMBIENTAIS. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. PRAZO PRESCRICIONAL. VACATIO LEGIS NÃO SE PRESUME.

[...]

2. *A obrigação de reparação dos danos ambientais é propter rem, sem prejuízo da solidariedade entre os vários causadores do dano, descabendo falar em direito adquirido à degradação. O novo proprietário assume o ônus de manter a integridade do ecossistema protegido, tornando-se responsável pela recuperação, mesmo que não tenha contribuído para o desmatamento ou destruição: AgRg no REsp 1.367.968/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 12.3.2014, e REsp 1.251.697/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 17.4.2012. (STJ – RESP 1241630 - PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, j. 23.06.2015)*

E, na mesma linha, a Lei estadual paulista 13.577/2009, que dispõe sobre diretrizes e procedimentos para a proteção da qualidade do solo e gerenciamento de áreas contaminadas, encerra que o proprietário é legalmente responsável pela prevenção, identificação e remediação da contaminação existente no imóvel (art. 13, II), não sendo exigível, para tanto, que ele tenha tido qualquer participação nas atividades contaminadoras.

Visto que o proprietário tem obrigação de recuperar os bens ambientais do seu imóvel ainda que degradados por terceiros, por que nossa resistência em chamá-lo de poluidor

³⁹ Se o novo proprietário tem a obrigação de recuperar a APP e a RL, com maior razão o terá aquele que já era proprietário à época do desmatamento (levado a efeito pelo locatário/comodatário/arrendatário).

indireto? Porque, como já dito e repetido, para reputar alguém poluidor indireto é preciso vislumbrar nexo de causalidade entre sua atividade e o dano. O que não ocorre com o proprietário na hipótese em apreço. Ele não causa o dano diretamente, já que nenhuma atividade se desenvolve no local. Nem indiretamente, já que não há dever de segurança imposto ao proprietário de verificar e controlar as atividades desenvolvidas por terceiros no imóvel. Logo, não é a esse título que deve recompor o ambiente lesado.⁴⁰

Tiago Vaitekunas Zapater diferencia obrigação (*propter rem*) e responsabilidade (civil ambiental):

O fundamento teórico dessa distinção e das suas consequências não repousa apenas na estrutura lógica da obrigação propter rem, mas também nos princípios do Direito Ambiental. A obrigação de conservação ambiental do imóvel deriva do princípio da função socioambiental da propriedade, e por esse motivo, adere à propriedade. A responsabilidade civil por danos ambientais deriva do princípio do poluidor-pagador e, por isso, adere ao risco assumido ou gerado por determinadas atividades⁴¹

Édis Milaré, Roberta Jardim de Moraes e Maria Camila Cozzi Pires de Oliveira Dias escreveram juntos um ensaio muito bem fundamentado reforçando o equívoco existente na atribuição do caráter *propter rem* à obrigação de reparar danos ambientais.⁴² Os institutos não se confundem pois a obrigação *propter rem* deriva de um direito real estabelecido sobre determinado bem enquanto que a responsabilidade civil ambiental tem origem na ocorrência de um dano e na constatação do nexo de causalidade entre a atividade desenvolvida por alguém, de forma direta ou indireta, e esse dano. Tudo isso para concluir, com acerto, que “a responsabilidade civil não ‘adere’ a um bem”⁴³ como o faz a obrigação *propter rem*⁴⁴.

Em artigo específico sobre áreas contaminadas tivemos oportunidade de defender que as obrigações *propter rem* não se confundem com a responsabilidade civil do poluidor, sustentando o seguinte ponto de vista, no que tange à obrigação do proprietário de descontaminar seu imóvel ainda que contaminado por terceiro:

...a condenação do proprietário de imóvel à reparação de um dano ambiental que ele não causou nem direta nem indiretamente, não

⁴⁰ Não se pode enxergar no amplo princípio da função socioambiental da propriedade um suposto dever de segurança posto ao proprietário, destinado ao controle das atividades desenvolvidas por terceiros em seu imóvel. Do ponto de vista material, o proprietário não tem conhecimento nem meios e muito menos poder de polícia para acompanhar diuturnamente as atividades realizadas na propriedade ocupada por terceiros e, ao menor sinal de ameaça ambiental, tomar providências acauteladoras. Por isso que não lhe é atribuído um dever legal específico de agir preventivamente em casos tais.

⁴¹ *Áreas Contaminadas e reparação integral* – diferença entre obrigação *propter rem* e responsabilidade civil por dano ambiental, p. 225-226.

⁴² *Reencontrando Derrida*, p. 26.

⁴³ *Ibidem*, p. 33.

⁴⁴ Os autores exemplificam com a situação de um herdeiro de imóvel rural desprovido de Reserva Legal, em que o dever de restabelecê-la decorre do caráter *propter rem* de tal obrigação e não da responsabilidade civil ambiental. “Em consequência, sob a ótica conquistada a partir da desconstrução ora desenvolvida, não se pode pretender atribuir responsabilidade civil ambiental a esse herdeiro por eventuais danos ocasionados pela supressão da área da reserva legal, os quais por alguma razão não possam ser reparados integralmente, certo inexistir qualquer nexo de causalidade entre as atividades conduzidas pelo herdeiro e o eventual dano residual” (*Ibidem*, p. 31).

deve ser estribada na responsabilidade civil objetiva, haja vista a ausência de um dos elementos essenciais para a sua caracterização: o nexo de causalidade entre o fato de ser proprietário e o dano, já que este foi causado por terceiros, não tendo havido, da parte do proprietário, sequer uma participação periférica, que pudesse ser considerada a causa indireta do dano.

Não se quer, com isso, reduzir o alcance da esfera de obrigações do proprietário. Quer-se, apenas, manter a integridade do instituto da responsabilidade civil, que necessita de três elementos para se caracterizar: evento danoso, dano e nexo de causalidade (ou de condicionalidade) entre o primeiro e o segundo.

[...]

A consequência do posicionamento esposado não é a liberação do proprietário do dever de remediar o imóvel contaminado. Em hipótese alguma. É de apenas exigir-lhe esse dever sob outro fundamento: o da obrigação propter rem e não o da responsabilidade civil. Ou seja, de um dever que subsiste por si só, e que não está atrelado à causação de um dano, mas à simples existência de um dano (no imóvel do proprietário).⁴⁵

No que tange à amplitude da obrigação *propter rem* ambiental, há que se destacar que por força dela o proprietário está obrigado a recompor as características ambientais do imóvel destruídas pelo terceiro – locatário, comodatário, arrendatário ou antigo proprietário. E só. Os danos ambientais (além daqueles observados na propriedade) e os danos à saúde que o poluidor direto causar a partir da atividade desenvolvida no imóvel estão fora do campo da obrigação *propter rem* que, de seu turno, está focada unicamente na situação (ambiental) da propriedade, não nos danos externos a ela.

Disso resulta que o descumprimento de obrigações ambientais pelos locatários/possuidores de uma propriedade, que não retirem do imóvel as características ambientais que a lei determina que sejam mantidas, não gerará consequências jurídicas para o proprietário com fundamento na obrigação *propter rem*, mas apenas para os causadores diretos do dano ambiental (no caso, os locatários ou possuidores).

À vista disso, o proprietário que aluga seu imóvel para uma indústria: i) pode vir a ser compelido a recuperar a APP que a locatária desmatou sem licença do órgão ambiental competente para ampliar o seu estacionamento de caminhões; ii) pode vir a ser obrigado a descontaminar o solo degradado com substâncias químicas que vazaram do processo produtivo; iii) não pode vir a ser responsabilizado pela poluição atmosférica gerada pela indústria que, descumprindo as condicionantes da licença ambiental, passou a emitir gases tóxicos na atmosfera; e iv) não pode vir a ser responsabilizado caso a indústria despeje seus resíduos sólidos irregularmente em um terreno baldio vizinho.

Endossamos as colocações de Tiago Vaitekunas Zapater quando argumenta que o novo proprietário – e aqui incluímos o proprietário de imóvel alugado ou cedido a terceiros – tem a obrigação de promover a reparação *in natura* de eventuais danos ambientais existentes no imóvel, “mas não está obrigado a pagar indenização ou prestar

⁴⁵ BECHARA, Erika. *Áreas contaminadas – caracterização, remediação, utilização e informação*, p. 152-153.

compensação pelos danos causados pelo proprietário anterior⁴⁶ ou pelo locatário ou comodatário.

Em resumo: a obrigação *propter rem* que atinge o proprietário é apenas a de recuperar as características ambientais destruídas pela ação dos locatários/possuidores, para repor o imóvel ao estado anterior (reparação *in natura*). As indenizações ou compensações devidas em decorrência do dano ambiental não observado na própria propriedade ou não reparável *in natura* devem ser cobradas unicamente dos causadores do dano, com fundamento em sua responsabilidade civil ambiental.

3.2.6.2. Transferência da titularidade do imóvel e extinção da obrigação do proprietário anterior

Por aderirem ao imóvel e gerarem uma obrigação a quem quer que seja o titular, as obrigações *propter rem* são dotadas de ambulatoriedade. Assim, mudando o proprietário, muda o obrigado.

À vista disso, há doutrinadores que sustentam que a mudança da titularidade do imóvel faz nascer para o novo proprietário uma obrigação ao mesmo tempo que a faz morrer para o antigo.

Nessa esteira, Ricardo Cintra Torres de Carvalho defende que a transmissão da propriedade implica a extinção da obrigação do transmitente e na sua assunção pelo adquirente, arrematando que o transmitente não deve ser mantido no polo passivo das ações ou execuções, por conta de um inconveniente teórico (o transmitente não é mais o titular do direito real e das obrigações acessórias) e de um inconveniente prático (a obrigação é de impossível cumprimento pois quem não é dono do imóvel não pode nele interferir ou alterá-lo).⁴⁷

A compartilhar do mesmo entendimento temos Édis Milaré, Roberta Jardim de Moraes e Maria Camila Cozzi Pires de Oliveira Dias, professando que o dever de cumprimento das obrigações *propter rem* está ligado umbilicalmente à titularidade do bem, haja vista não ser possível o cumprimento de tais ditames “nos casos em que a coisa não está diretamente subordinada ao domínio de uma pessoa”.⁴⁸

Aderimos a essa visão em parte.

Quando o proprietário de um imóvel não for o causador direto ou indireto do passivo florestal ou da contaminação nele existente, sua obrigação de recuperação da área deriva única e exclusivamente da obrigação *propter rem*, de sorte que a transferência da propriedade realmente redunde na extinção da (sua) obrigação. E ele não poderá ser demandado ou mantido no polo passivo de ações ou execuções judiciais pois ao se desfazer do imóvel, livrou-se da obrigação.

No entanto, há proprietários que são também os causadores da degradação ambiental do próprio imóvel, neles então se acumulando tanto a obrigação *propter rem* voltada à restauração das características ambientais da área, como a responsabilidade civil ambiental

⁴⁶ ZAPATER, 2017, p. 225-226.

⁴⁷ A obrigação *propter rem*, uma figura frequente no Direito Ambiental.

⁴⁸ MILARÉ; MORAIS; DIAS, 2017, p. 24.

pelo dano a que deram causa. A diferença é que a primeira perdura apenas enquanto ele for proprietário e a segunda perdura mesmo após a transferência da propriedade.

Assim, é de se concluir que a transferência da propriedade do imóvel extingue a obrigação *propter rem* de que o transmitente era titular. Mas ela não tem o condão de extinguir a responsabilidade civil do causador do dano.

Ilustrando: a indústria contaminou, com seus efluentes, o imóvel no qual estava instalada e do qual era proprietária. É, portanto, poluidora direta, além de titular do imóvel degradado. E, como tal, deve descontaminar o terreno e reparar outros danos ambientais e danos por intermédio do meio ambiente que tenha causado. Caso transfira o estabelecimento industrial e aliene o imóvel para outra empresa, ainda assim permanecerá civilmente responsável pelos danos causados ao imóvel e aos terceiros atingidos pela contaminação.

Não ignoramos que em alguns casos não será possível impor ao poluidor obrigações de fazer no imóvel que já tenha alienado. Como exigir, no caso do exemplo acima, que a indústria ingresse no imóvel para descontaminar a área à revelia do atual proprietário? Ou que o antigo proprietário que tenha, por exemplo, desmatado a APP promova a recomposição da vegetação na propriedade que não mais lhe pertence?

A princípio, portanto, “apenas o proprietário ou possuidor atual pode recompor o meio ambiente, já que dele é o domínio do bem” (TJSP – 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Agravo de Instrumento no 2002710-32.2018.8.26.0000, Rel. Des. Ruy Alberto Leme Cavalheiro, j. 06.09.2018).

Mas não nos parece absurdo que o antigo proprietário (e poluidor) seja condenado a outras obrigações voltadas à reparação dos danos ou até mesmo, a obrigação de dar/pagar, bancando as despesas da descontaminação ou da restauração florestal caso o proprietário atual não tenha recursos para fazê-lo – neste caso, o proprietário atual (que, é sempre bom lembrar, também tem a obrigação *propter rem* de promover a recuperação da qualidade ambiental do terreno), deve autorizar, ainda que mediante condenação judicial, que o proprietário antigo ingresse na propriedade para executar o projeto de recuperação ou restauração da área degradada.

Reconhecendo que o antigo proprietário continua responsável pela poluição que causou (responsabilidade civil ambiental) sem prejuízo da obrigação do atual proprietário de manter as características ambientais do imóvel (obrigação *propter rem* ambiental):

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – CONSTRUÇÃO DE HIDRELÉTRICA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA – ARTS. 3º, INC. IV, E 14, § 1º, DA LEI 6.398/1981 – IRRETROATIVIDADE DA LEI – PREQUESTIONAMENTO AUSENTE: SÚMULA 282/STF – PRESCRIÇÃO – DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO: SÚMULA 284/STF – INADMISSIBILIDADE.

1. A responsabilidade por danos ambientais é objetiva e, como tal, não exige a comprovação de culpa, bastando a constatação do dano e do nexo de causalidade.

2. Excetuam-se à regra, dispensando a prova do nexo de causalidade, a responsabilidade de adquirente de imóvel já danificado porque, independentemente de ter sido ele ou o dono anterior o real causador

dos estragos, imputa-se ao novo proprietário a responsabilidade pelos danos. Precedentes do STJ.

3. A solidariedade nessa hipótese decorre da dicção dos arts. 3º, inc. IV, e 14, § 1º, da Lei 6.398/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente).

4. Se possível identificar o real causador do desastre ambiental, a ele cabe a responsabilidade de reparar o dano, ainda que solidariamente com o atual proprietário do imóvel danificado.

5. Comprovado que a empresa Furnas foi responsável pelo ato lesivo ao meio ambiente a ela cabe a reparação, apesar de o imóvel já ser de propriedade de outra pessoa jurídica (STJ, REsp 1.056.540/GO, Rel. Ministra Eliana Calmon, j. 25.08.2009).

Isto posto, não é errado afirmar que a transferência do imóvel extingue a obrigação *propter rem* do antigo proprietário, que passa a ser do novo titular, mas não extingue a responsabilidade civil do ex-proprietário poluidor, que acabará respondendo pelos danos juntamente com o atual proprietário, ainda que sob fundamento jurídico diverso.

Referências bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BECHARA, Erika. Áreas contaminadas: caracterização, remediação, utilização e informação. In: ROSSI, Fernando F. et al. (Orgs.). *Aspectos controvertidos do direito ambiental: tutela material e tutela processual*. v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 141-161.

BENJAMIN, Antônio Herman. Responsabilidade pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 9, p. 5-52, jan.-mar. 1998.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. A obrigação *propter rem*, uma figura frequente no Direito Ambiental. *Conjur*, Brasília, 25 ago. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2RxQ17X>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Gen/Atlas, 2015.

FARIAS, Talden Queiroz; BIM, Eduardo Fortunato. O Poluidor indireto e a responsabilidade civil ambiental por dano precedente. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 127-146, jan.-abr. 2017.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: imputação e nexos de causalidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MILARÉ, Édis; MORAIS, Roberta Jardim de; DIAS, Maria Camila Cozzi Pires de Oliveira. Reencontrando Derrida. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 134, p. 23-38, jul. 2017.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Instituições financeiras e danos ambientais causados por atividades financiadas. In: YOSHIDA, Consuelo Y. M. et al. (Coords.). *Finanças sustentáveis*

e a responsabilidade socioambiental das instituições financeiras. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 27-44.

PEREIRA, Anette Martinelli de Mattos. A responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras e a Resolução CMN nº 4.327/2014. In: YOSHIDA, Consuelo Y.M. et al. (Coords.). *Finanças sustentáveis e a responsabilidade socioambiental das instituições financeiras*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 141-155.

RODRIGUES, Sílvio. *Curso de Direito Civil: parte geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 1978.

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

ZAPATER, Tiago C. Vaitekunas. Responsabilidade civil do poluidor indireto e do cocausador do dano ambiental: observações e distinções sobre a solidariedade na obrigação de reparar o dano. In: ROSSI, Fernando F. et al. (Orgs.). *Aspectos controvertidos do direito ambiental: tutela material e tutela processual*. v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 339-372.

ZAPATER, Tiago C. Áreas contaminadas e reparação integral: diferença entre obrigação *propter rem* e responsabilidade civil por dano ambiental. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 133, p. 218-228, 2017.

Decisão judicial em causas complexas: o caso Cohab Nossa Senhora da Penha/Vila Nova Cachoeirinha

*Simone Marques dos Santos Nogueira*¹
Advogada

*Mariana Mencio*²
Professora

*Francisco de Assis Comaru*³
Professor

Resumo: procurando trazer uma contribuição ao debate acerca da atuação dos operadores do direito e seu impacto social em causas ambientais, o presente artigo explorará essa questão a partir de alguns aspectos levantados na dissertação de mestrado chamada *Habitação social em áreas contaminadas: um relato da atuação jurídica a partir de estudo do caso de Vila Nova Cachoeirinha*⁴, e que impactam diretamente o processo decisório no âmbito judicial: primordialmente a produção de provas e fatores que acarretam o descumprimento de decisões judiciais no curso do processo.

Palavras-chave: Direito de Moradia. Áreas Contaminadas. Habitação Popular. Meio Ambiente Urbano. Planejamento Urbano.

Sumário: 1. Introdução; 2. Breve histórico do caso Cohab Nossa Senhora da Penha: 2.1. O bairro de Vila Nova Cachoeirinha e a produção de habitação social, 2.2. Histórico processual; 3. Dilação probatória no caso da Cohab Nossa Senhora da Penha e ineficácia da atividade processual: 3.1. Dos laudos periciais, 3.2. Da necessidade de realização de audiências, 3.3. Da necessidade de realização de Inspeção Judicial; 4. Do descumprimento da decisão judicial para desocupação da área: 4.1. Falta de confiança no Poder Público e no Poder Judiciário, 4.2. Comunicação e percepção de riscos; 5. Considerações complementares; 6. Considerações finais.

¹ Mestre em Planejamento e Gestão do Território pela UFABC; bacharel em Direito pela USP; advogada em São Paulo; e-mail: simonems41@gmail.com

² Doutora em Direito Urbanístico pela PUC-SP e professora de Direito Ambiental e Urbanístico da Universidade Federal do ABC; e-mail: mariana.mencio@ufabc.edu.br

³ Doutor em Saúde Pública pela FSP-USP e professor de Planejamento Urbano e Ambiental da Universidade Federal do ABC; e-mail: francisco.comaru@ufabc.edu.br

⁴ Nogueira, S.M.S. *Habitação social em áreas contaminadas: um relato da atuação jurídica a partir de estudo do caso de Vila Nova Cachoeirinha*. 2016. 204f. Dissertação (Mestrado em Planejamento e Gestão do Território) – Centro de Engenharia, Modelagem e Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do ABC, Santo André, 2016. Orientador: Prof. Francisco Comaru; Coorientadora: Profa Mariana Mencio.

1. Introdução

Em âmbito nacional, a Lei nº 6.938/1981 define meio ambiente no inciso I de seu artigo 3º como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Trata-se de conceito amplo que, de acordo com Paulo Affonso Leme Machado (2014, p. 59), visa “atingir tudo aquilo que permite a vida, que a abriga e rege”. Comporta, assim, os fatores bióticos e abióticos, os elementos naturais, artificiais e culturais e todas as suas interações, nas quais estão incluídas as interações dos homens com o ambiente que os cerca, inclusive aquele por ele próprio construído.

Logo, embora a proteção jurídica ao meio ambiente seja uma só e tenha sempre o objetivo de proteger a vida e a qualidade de vida, a partir dessa possibilidade de abrangência conceitual permitida pela legislação, os doutrinadores brasileiros passaram a atribuir ao conceito de meio ambiente grande número de aspectos e de elementos, chegando a uma classificação de caráter metodológico em quatro temas⁵: meio ambiente natural⁶, meio ambiente cultural⁷, meio ambiente do trabalho⁸ e meio ambiente artificial⁹, isso com a finalidade de facilitar a identificação tanto da atividade danosa quanto do bem diretamente degradado.

Esse conceito amplo de meio ambiente foi posteriormente consagrado pela Constituição Federal de 1988, que a ele se referiu em diversos dispositivos tais como artigo 5º caput e inciso LXXIII; artigo 20, inciso II; artigo 23 incisos VI e VII; artigo 24 incisos VI e VIII; artigo 170 inciso VI; artigo 200 inciso VIII, bem como pela legislação infraconstitucional, como no artigo 2º, XII, da Lei 10.257/01, conhecida como Estatuto da Cidade, ou no artigo 3º, I, da Lei nº 6.938/81, que define meio ambiente no inciso I de seu artigo 3º.

Assim, é certo que o conceito de meio ambiente equilibrado vai além da proteção da fauna e da flora pois, apesar de frequentemente associado diretamente à proteção da natureza, a Resolução CONAMA 306/2002 enuncia sua real abrangência:

⁵ Classificação resumida por Tenório (2008) e adotada inclusive pela Justiça Federal de Santa Catarina. Disponível em: http://www.jfsc.jus.br/ambiental/opiniao/meio_ambiente.htm.

⁶ O meio ambiente natural é constituído pelos recursos naturais: solo, água, ar, flora, fauna, ecossistemas, patrimônio genético, biodiversidade e também pela correlação recíproca de cada um destes elementos com os demais.

⁷ O meio ambiente cultural é o patrimônio histórico, artístico, paisagístico, ecológico, científico e turístico, e constitui-se tanto de bens de natureza material, a exemplo dos lugares, objetos e documentos de importância para a cultura, quanto imaterial, a exemplo dos idiomas, das danças, dos cultos religiosos e dos costumes de maneira geral. Embora comumente possa ser enquadrada como artificial, a classificação como meio ambiente cultural ocorre devido ao valor especial que adquiriu.

⁸ Meio ambiente do trabalho, considerado também uma extensão do conceito de meio ambiente artificial, abarca fatores e condições onde a atividade laboral é exercida, como o local de trabalho, as ferramentas e o maquinário, os agentes químicos, biológicos e físicos, as operações, os processos. A relação entre trabalhador e o meio físico que o cerca e sua proteção tem como objetivo a promoção da salubridade e da incolumidade física e psicológica do trabalhador, independente da atividade, do lugar ou da pessoa que a exerça. Está diretamente protegido pelo Artigo 200, inciso VII da Constituição Federal, que coloca como uma das atribuições do Sistema Único de Saúde (SUS) colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

⁹ O meio ambiente artificial, por fim, é o construído ou alterado pelo ser humano, sendo constituído pelos edifícios e equipamentos comunitários e urbanos. Embora esteja mais relacionado ao conceito de cidade, o conceito de meio ambiente artificial abarca também a zona rural, referindo-se simplesmente aos espaços habitáveis, visto que nele os espaços naturais cedem lugar ou se integram às edificações urbanas artificiais. Além das codificações e leis esparsas estaduais e municipais, o meio ambiente artificial encontra-se normatizado, em nível federal, nos artigos 182 e 183 da Constituição Federal e na Lei nº 10.257/2001. Tal lei, conhecida como Estatuto da Cidade, prescreve condutas de ordem pública e de interesse social para proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado delimitado ao perímetro urbano.

Meio Ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química, biológica, social, cultural e urbanística, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

E tais interações humanas, sejam culturais, sociais ou urbanísticas resultam, por sua vez, em relações sociais de diversos graus de complexidade, gerando conflitos e antagonismos, e que são a gênese do Direito (FERNANDEZ, 2010):

A pergunta pelo sentido e finalidade do Direito conduz inevitavelmente à busca dos fundamentos antropológicos da natureza e da conduta humana. O direito e as normas jurídicas (e morais) existem unicamente porque o homem estabelece relações sociais. O ser humano como pressuposto, fundamento e sujeito de todo ordenamento jurídico está orientado para a vida social: a presença e a aceitação do “outro” na convivência é o fundamento biológico do fenômeno social. Qualquer teoria, norma ou discurso que exclua, recuse ou elimine a participação do “outro”, desde a competição até a cooperação, passando pela manipulação ideológica, destrói ou restringe o fenômeno social como condição de nossa humanidade, porque aniquila o processo biológico que o gera (Maturana, 1985).

Havendo a necessidade de se invocar a proteção jurídica em conflitos surgidos a partir de tais interações humanas, deverá ser orientada pelo princípio da dignidade humana que, por sua vez, origina e legitima direitos e assim, por exemplo, no caso específico das interações sociais, culturais e urbanísticas que envolvam questões ambientais, não apenas o direito ao meio ambiente equilibrado estará no cerne da proteção jurídica buscada. Este direito deverá ser interpretado a partir de sua interação com uma série de outros direitos, como moradia digna, saúde, proteção ao trabalhador, educação, entre outros, na busca por uma decisão a mais justa possível.

A partir dessa problemática, tomamos como exemplo o direito à moradia, que traduz necessidade primária do ser humano, condição indispensável para uma vida digna. Nos termos da Constituição Federal, casa é o asilo inviolável do indivíduo, seu refúgio seguro contra intempéries, mas também contra as ingerências do Estado e dos particulares, seu núcleo de relações familiares e sociais e deve corresponder a um local que atenda adequadamente às necessidades básicas do indivíduo, suprindo adequadamente o mínimo existencial de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição Federal). Assim, quando se pensa em direito à moradia adequada, a questão da salubridade da habitação talvez seja o primeiro requisito a ser lembrado, uma vez que uma moradia que não possa propiciar condições necessárias para promoção da saúde daqueles que a utilizam, não atinge sua finalidade constitucional.

Sem um local para morar e vítima de um considerável déficit habitacional, o brasileiro procura nas favelas e nas construções e ocupações clandestinas a solução de tal problema, empreendendo a autoconstrução de moradias. Essa parcela da população, impossibilitada de disputar o mercado imobiliário formal e desamparada pelo Estado que não produz moradia popular em quantidade e condições satisfatórias, ocupa terrenos irregulares, insalubres e áreas contaminadas, afastando-se da salubridade ambiental que lhe é garantida constitucionalmente, mais especificamente no artigo 225 da Constituição Federal.

E existem casos, também, nos quais o próprio Estado, ao produzir ou permitir que se produza habitação social, o faz em terrenos contaminados e para lá direciona diversas famílias, expondo-as a riscos e doenças por um lado, e também as colocando na situação aflitiva de serem removidas e perderem seus lares, justamente por conta dessa situação insalubre que acaba por se constituir, além de tudo, em óbice para a regularização fundiária em nome dos beneficiários dos programas habitacionais.

E o que ocorre quando tais questões são trazidas à apreciação do Poder Judiciário? Como tais conflitos são solucionados? Como são interpretados os fatos e as normas? Serviria o processo civil para efetivamente pacificar tais conflitos?

Para lançar luz em tais indagações foi realizado estudo de caso usando como fio condutor a atuação dos operadores do Direito no âmbito do processo civil. A partir da lista de áreas contaminadas críticas¹⁰ da CETESB, de busca perante o Ministério Público Estadual e consulta a experts e lideranças sociais da área da habitação, foi eleito o caso da Cohab Nossa Senhora da Penha, em Vila Nova Cachoeirinha.

2. Breve histórico do caso Cohab Nossa Senhora da Penha

2.1. O bairro de Vila Nova Cachoeirinha e a produção de habitação social

O distrito de Vila Nova Cachoeirinha localiza-se na Zona Norte da cidade de São Paulo. Nos termos da Lei nº 13.399/2002, sob os cuidados da subprefeitura de Casa Verde/Cachoeirinha, recebeu esse nome pelo fato de ali ter existido um rio e uma cachoeira que servia como área de lazer e de piquenique para os moradores. Tanto o rio quanto a cachoeira foram sofrendo com a ação antrópica ao longo dos anos: esta se localizava onde hoje está implantada a maternidade do bairro (PONCIANO, 2005, p. 323 apud BARAVELLI, 2007, p. 110), e aquele hoje está canalizado em galerias subterrâneas sob a Avenida Inajar de Sousa.

Em meados dos anos 1960, uma grande área daquele bairro, com 606.800m² foi desapropriada pela Prefeitura de São Paulo com a finalidade de ali implantar o Cemitério de Vila Nova Cachoeirinha, autorizado pela Lei Municipal 7.179/68.

A parte leste dessa mesma região foi utilizada durante anos como lixão “semiclan-destino”, ou seja, utilizado pelo poder público, mas que também recebia ilegalmente resíduos das mais diversas procedências¹¹.

Alguns anos mais tarde, além do cemitério, aquela grande área desapropriada passou a abrigar também, na sua porção oeste, uma maternidade-escola (fundada em 1972) e um Hospital Geral, hoje sob responsabilidade da Secretaria de Estado da Saúde.

No começo dos anos 1980, sobre a área remanescente e da qual faz parte essa área contaminada a leste, constitui-se aquilo a que Souza e Silva (1989), tal como mencionado por BARAVELLI (2007, p. 112), chamou de Complexo Vila Nova Cachoeirinha e a apresenta em sua dissertação da seguinte maneira:

¹⁰De acordo com a CETESB: “aquelas que, em função dos danos causados ou dos riscos que oferecem, geram inquietação na população ou conflitos entre os atores envolvidos, havendo a necessidade de um procedimento de gerenciamento diferenciado que contemple a definição de estratégias de intervenção, de comunicação de risco e de gestão da informação”.

¹¹Vide Parecer Técnico 065/ESCC/04 da CETESB, juntado às fls. 202 da Ação de Obrigação de Fazer 0131092-35.8.26.0053 em trâmite perante a 11ª Vara Central da Fazenda Pública.

Figura 2 – Ações judiciais: linha do tempo



Fonte: Elaboração própria.

Existem duas sentenças, uma na Ação Civil Pública 0423317-71.1998.8.26.0053 determinando que a Prefeitura, a seu critério, promova a recuperação da área ou sua demolição dando à área destinação compatível; e outra sentença, na Ação de Obrigação de Fazer nº 0131092-35.2006.8.26.0053 reconhecendo o direito dos moradores a uma indenização.

Das visitas de campo realizadas, foi constatado que, apesar de as ações judiciais tramitarem há tantos anos (quase 20 desde a propositura da primeira ação) e ter sido constatado risco de explosão, havendo inclusive interdição da Prefeitura, autuação da CETESB e liminar para desocupação da área, a grande maioria dos moradores ainda permaneciam em suas residências, tendo sido transferidos para outra Cohab apenas aqueles que, apesar de incluídos no programa habitacional, nem sequer haviam construído suas casas por falta de financiamento e, portanto, ainda não residiam no local.

Apesar de a área estar interditada e haver liminar para sua desocupação, além de os beneficiários originais ainda lá permanecerem, a área foi alvo de novas ocupações, ou seja, mais pessoas passaram a ocupar aquele local contaminado. Não foram tomadas medidas efetivas para a descontaminação da área e, além disso, as medidas que haviam sido tomadas para contenção dos riscos de explosão foram descontinuadas e sua manutenção estava negligenciada.

Tampouco foram produzidos exames para averiguação da saúde da população exposta aos contaminantes e, ainda pior, não foram produzidos laudos periciais que de fato apresentassem uma sólida matriz de classificação de riscos (MCR) para o caso em análise. Essa matriz deveria ser elaborada a partir de cálculos de probabilidade de ocorrência do evento danoso e os impactos que poderiam dele decorrer.

Forçoso concluir, portanto, que o processo civil se mostrou ineficaz e que o acesso à Justiça não produziu os resultados esperados.

Entende-se que o cerne desse problema de falta de efetividade do processo e das decisões judiciais reside, em grande medida, na produção e interpretação das provas produzidas, fator essencial para a tomada de decisão em causas complexas.

3. Dilação probatória no caso da Cohab Nossa Senhora da Penha e ineficácia da atividade processual

Embora ainda não haja consenso a respeito do tema, via de regra assume-se que a definição de complexidade da causa está intimamente ligada não à qualidade do direito pleiteado em juízo, mas à dificuldade de sua demonstração, ou seja, à produção de provas, enquadrando-se o caso em estudo, portanto, nessa categoria, uma vez que a solução da lide envolve:

1. Necessidade de constatação da extensão da contaminação da área;
2. Necessidade de constatação do real risco de explosão;
3. Necessidade de constatação do impacto da contaminação sobre a população exposta;
4. Necessidade de constatação da situação do local para verificação da possibilidade de descontaminação e manutenção da população no local;
5. Necessidade de avaliação das alternativas habitacionais oferecidas à população em caso de necessidade de desocupação da área;
6. Necessidade de oitiva dos envolvidos;
7. Necessidade de realização de audiências de conciliação entre as partes em busca das melhores alternativas;
8. Necessidade de avaliação de cada um dos imóveis para avaliação do valor de indenizações no caso de desocupação da área.

As investigações acima apontadas poderiam ter sido feitas a partir de três modalidades: perícias, audiências e inspeções judiciais.

3.1. Dos laudos periciais

Em causas complexas como a ora analisada, que envolve questão ambiental, os laudos periciais são elementos probatórios imprescindíveis para o processo decisório do magistrado.

A grande complexidade técnica do assunto abordado, alheia aos saberes jurídicos, bem como o caráter vago e por vezes ambíguo das conclusões e recomendações técnicas, faz com que na falta de elementos seguros e objetivos o processo decisório de um provimento judicial seja feito apenas e tão somente com fundamento na mera subsunção do princípio da precaução.

Nos autos das ações acima elencadas, especialmente na Ação Civil Pública 0423317-71.1998.8.26.0053 e Ação de Obrigação de Fazer nº 0131092-35.2006.8.26.0053 foram juntados diversos laudos de perícia ambiental produzidos por diversas empresas: Terramoto, Dynamis, Herjack, Vecctor, Ambiterra, Arcadis e Weber Ambiental. Também foram juntados aos autos alguns pareceres técnicos da CETESB.

Todos apontaram para a existência de gases voláteis com risco de explosão, bem como a presença de alguns contaminantes no solo e em águas subterrâneas. As conclusões, no entanto, são vagas e ambíguas, dando destaque apenas a termos como “existência de risco de explosão”, “existência de contaminação”, sem existir, no entanto, conclusões

seguras a respeito, por exemplo, da mensuração do verdadeiro grau de risco a que a população está exposta.

Foi esta incerteza que levou o Ministério Público a pleitear, e o Poder Judiciário a acatar liminar para imediata desocupação da área¹². Da mesma forma, a inexistência de uma fonte segura e clara a respeito dos riscos a que a população estaria exposta impediram considerações relevantes quanto à real necessidade de evacuação da área e sua demolição. Afinal, não seria relevante notar que, apesar de tanto alarde, passados mais de 20 anos desde que o local foi ocupado para construção de moradia, não houve (felizmente) qualquer explosão.

Uma alternativa seria determinar que os técnicos procedessem à construção, ainda que mais simplificada, de matrizes de classificação de risco, ferramenta baseada no correto entendimento de que a princípio o risco, no sentido próprio da palavra, é um acontecimento previsível, cujas chances de que possa acontecer e o custo dos prejuízos que trará pode ser previamente avaliado (JANCZURA, 2012).

Tal como ensinam Costa *et al.* (2007), a MCR classifica o risco associado a um evento, combinando a classificação da probabilidade de ocorrência do mesmo à classificação da sua severidade.

Segundo Hse (1997 apud COSTA *et al.*, 2007), nessa técnica estabelecem-se duas classificações preliminares (quanto à probabilidade e quanto à severidade), as quais são combinadas em uma classificação final. Cite-se como exemplo de construção dessa Matriz de Classificação de Riscos os elementos também apontados por COSTA *et al.* (2007):

A Tabela 1 apresenta a classificação da possibilidade de ocorrência de um evento em um dos seguintes quatro níveis de probabilidade: alta, média, baixa e improvável. Essa classificação é oriunda dos estudos de Hse (1997) sobre a técnica denominada de Análise Preliminar de Riscos (APR).

Tabela 1 – Classificação do evento quanto à probabilidade de ocorrência

Classificação	Probabilidade
A	Alta probabilidade
B	Média probabilidade
C	Baixa probabilidade
D	Improvável

Fonte: COSTA *et al.* (2007).

A Tabela 2, também oriunda de Hse (1997), apresenta a classificação da gravidade das consequências associadas à ocorrência de um evento em uma das seguintes classes: catastrófica, crítica, marginal e desprezível.

¹² Esta informação foi obtida em entrevista realizada com o Promotor Público responsável pelo caso na época.

Tabela 2 – Classificação da severidade da ocorrência de um evento.

Categoria	Nome	Características
I	Catastrófica	– Mortes ou lesões incapacitantes. – Perda total de instalações e equipamentos.
II	Crítica	– Lesões severas ou incapacitantes com possibilidade de agravamento. – Danos severos a instalações e equipamentos.
III	Marginal	– Lesões moderadas. – Danos moderados a instalações e equipamentos.
IV	Desprezível	– Ausência de lesões, podendo ser necessários primeiros socorros ou tratamento médico menor. – Sem danos ou danos não significativos às instalações e equipamentos.

Fonte: COSTA et al. (2007.)

As classificações preliminares, referentes às classes da severidade e da probabilidade, são combinadas na Matriz de Classificação de Riscos, obtendo-se a classificação final do risco associado ao evento. A Tabela 3, oriunda de Hse (1997) ilustra a MCR e as classes de risco, ao passo que a Tabela 3 apresenta uma descrição verbal dessas classes.

Tabela 3 – Matriz de Classificação dos Riscos, adaptada de Hse (1997)

Classes de Severidade	Classes de Probabilidade			
	A	B	C	D
I	Classe 1	Classe 1	Classe 2	Classe 3
II	Classe 1	Classe 2	Classe 3	Classe 4
III	Classe 2	Classe 3	Classe 4	Classe 5
IV	Classe 3	Classe 4	Classe 5	Classe 5

Fonte: COSTA et al. (2007).

3.2. Da necessidade da realização de audiências

Da análise dos processos em curso, foi possível verificar também que em raríssimas ocasiões foram realizadas audiências com as partes envolvidas, sejam conciliatórias, sejam para obtenção de esclarecimentos.

Entende-se que numa causa com tantas questões e partes envolvidas, e com laudos e pareceres extensos e complexos, as audiências para esclarecimentos são de fundamental importância para ordenar o processo – uma vez que as informações vão sendo perdidas e esquecidas com o decorrer do tempo, e talvez contribuíssem para trazer maior celeridade e efetividade ao processo.

Quanto às audiências conciliatórias, chamar as partes para, por exemplo, buscar meio termo entre a rigidez das exigências da CETESB e a alternativa mais econômica proposta pela Cohab em busca de uma efetiva remediação ambiental¹³, ou para discutirem alternativas conjuntas ou esclarecerem e pacificarem pontos de conflito. Nestas audiências, importante trazer também representantes dos moradores, nos processos em que são parte, uma vez que estes são, na verdade, os maiores interessados imediatos na solução da lide.

Isso porque, embora o direito ao meio ambiente equilibrado seja difuso, são os moradores quem estão sofrendo diretamente os impactos da contaminação, sendo o maior deles, com certeza, o risco de perderem suas casas e a incerteza de não terem novo local para se estabelecerem¹⁴, além do risco à saúde. Nesse sentido, as audiências serviriam, inclusive, para entender a percepção de risco do ponto de vista dos moradores, e que foi um dos motivos pelos quais as decisões judiciais e administrativas de evacuação da área foram descumpridas.

3.3. Da necessidade de realização de inspeção judicial

A inspeção judicial, que tem seu fundamento no artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal, e nos artigos 481 a 484 do Código de Processo Civil traz, sem dúvida, importante contribuição para o processo decisório. Ao tomar contato com a realidade, ao ouvir os envolvidos no local onde os fatos se desencadearam, o magistrado tem a oportunidade de enxergar além do texto seco da lei e da frieza dos autos. Ele terá melhores condições de avaliar o impacto de suas decisões e a própria veracidade da narrativa dos fatos. Infelizmente, em nenhum dos processos analisados foi realizada inspeção judicial.

Fica aqui uma lição ensinada por Jacques Alfonsin (2016) acerca da inspeção judicial:

Um exemplo como esse é muito raro partir de um/a magistrado/a e de um/a promotor/a de justiça. A chamada inspeção ocular, ou seja, aquela na qual juízas/es saem de seus gabinetes e das salas de audiências para ver de perto a realidade de uma terra e de uma gente em disputa, não deveria ser vista como facultativa e o novo Código de Processo Civil até induz esse entendimento, como se observa, por exemplo, em seu artigo 483:

O juiz irá ao local onde se encontra a pessoa ou a coisa quando:

I – julgar necessário para a melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar;

II – a coisa não puder ser apresentada em juízo sem consideráveis despesas ou graves dificuldades;

III – determinar a reconstituição dos fatos.

¹³ Audiência para esta finalidade aconteceu em 2011, por exemplo, no caso de contaminação do Cingapura localizado no chamado Complexo Center Norte e contou com a presença de representantes do Tribunal de Justiça, Prefeitura, Ministério Público e Cetesb (companhia ambiental do estado). Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/10/11/interdicao-do-cingapura-da-o-tom-a-audiencia-hoje-no-judiciario-entre-prefeitura-cetesb-e-mp.htm>.

¹⁴ Em entrevistas realizadas com os moradores, constatou-se que a verdadeira preocupação deles não era com o risco de explosão ou morarem sobre área contaminada. Para aquelas pessoas o maior risco e a maior preocupação era perderem as casas pelas quais tanto lutaram e que inclusive eles mesmos construíram, e ficarem sem uma moradia fixa e em região central, provida de transporte, oportunidades de emprego e equipamentos urbanos.

Parágrafo único. As partes têm sempre direito a assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que considerem de interesse para a causa.

Esse “julgar necessário” pressupõe valores subjetivos, uma ética na pessoa de quem tem poder para julgar, não somente baseada no dever, mas sim na virtude. Há uma diferença notável entre as duas, muito bem sublinhada por Stan Van Hooft em sua obra “Ética da virtude” (Petrópolis: Vozes, 2013). No capítulo que intitulou “Reconciliando a virtude e a justiça”, tomando como exemplo um professor ou uma enfermeira, ele dá uma lição de ética da virtude perfeitamente adequada para um/a juiz/a, em tudo refletida na conduta do juiz e do promotor que visitaram a terra e as famílias rés da reintegração de posse, num sábado de tarde.

É sabido que a excessiva litigiosidade aliada à precariedade do sistema judiciário, carente de magistrados e outros servidores, acarreta aos juízes excesso de trabalho e grande acúmulo de serviço, tornando praticamente impossível o deslocamento necessário à inspeção judicial. Mas existem casos nos quais talvez esse meio probatório não devesse ser descartado, mesmo porque poderia fornecer importantes subsídios apontando para uma determinada direção que muitas vezes poderia tornar mais rápida a solução da lide pois, com uma visão mais ampla e real, o magistrado poderia indeferir diligências inúteis ou procrastinatórias e a prática de atos destinados ao mesmo fim; ou pode, por outro lado, impulsionar o procedimento de ofício quando cabível, contribuindo assim para economia de tempo e de atos processuais e, também, para a celeridade processual.

4. Do descumprimento da decisão judicial para desocupação da área

Finalmente, como última contribuição, serão tecidas algumas considerações a respeito de elementos colhidos a partir de entrevistas com os moradores, e que apontam para os motivos pelos quais a decisão judicial de desocupação da área deixou de ser cumprida.

Pode causar estranheza que, diante do propalado risco de explosão e diante das consequências potencialmente danosas advindas de se morar sobre uma área contaminada, a maior parte dos moradores – na verdade aqueles que de fato lá construíram suas casas – tenha se recusado sistematicamente a deixarem suas casas, mesmo quando judicialmente instados a fazê-lo.

A primeira determinação para desocupação da área foi emitida extrajudicialmente por meio do Auto de Interdição lavrado em 24 de agosto de 2006 pela Prefeitura de São Paulo. Seguiu-se a recusa dos moradores de desocuparem a área e a propositura da Ação de Obrigação de Fazer 0131092-35.8.26.0053, pleiteando em sede de tutela antecipada justamente a permanência em suas casas e a anulação do Auto de Interdição.

Em 10 de janeiro de 2007 o juiz, ao analisar o pedido de tutela antecipada entendeu, no entanto, que esta deveria ser concedida em parte, mantendo o Auto de Interdição e determinando seu exato cumprimento, inclusive mediante a desocupação dos imóveis. Contrariou, portanto, os interesses dos moradores.

Segue-se a partir de então uma série de incidentes por parte dos moradores, que foram sistematicamente obstando o cumprimento daquela decisão judicial e que, de acordo com a pesquisa realizada, decorreram dos seguintes fatores.

4.1. Falta de confiança no poder público e no Poder Judiciário

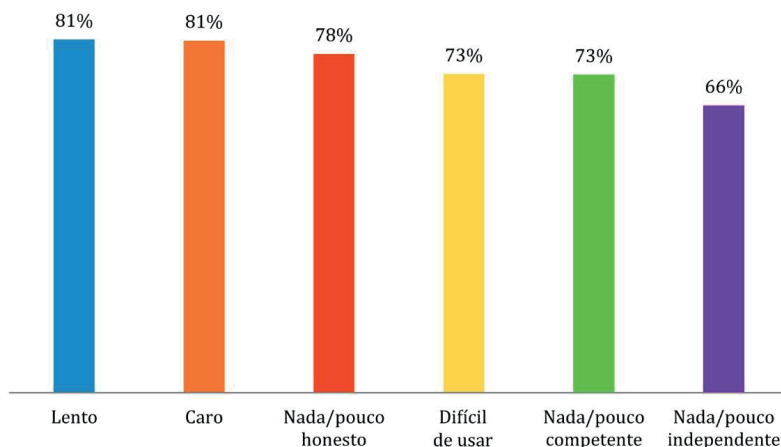
Para a psicologia social e a sociologia, a confiança pode ser entendida como “uma convicção segundo a qual uma pessoa será capaz de agir de uma certa maneira perante uma determinada situação”¹⁵ tratando-se, portanto, da expectativa que se constrói a respeito de como o outro agirá.

No caso específico da ciência política, ramo do saber que se debruça sobre a análise específica da realidade da vida estatal, nas suas mais amplas conexões, inclusive em relação ao Poder Judiciário, Moisés (2005, p. 91) relata que a confiança dos cidadãos nas instituições públicas se constrói a partir do respeito a normas e procedimento e bom funcionamento das instituições que, ademais, asseguram que os interesses dos cidadãos sejam efetivamente levados em conta pelo sistema político e, por outro lado, a confiança é corrompida quando prevalece a ineficiência ou a indiferença institucional diante de demandas para fazer valer direitos assegurados por lei ou generalizam-se práticas de corrupção, de fraude ou de desrespeito ao interesse público.

Ou seja, no imaginário do cidadão brasileiro, bombardeado todos os dias por notícias desmotivadoras de mau uso do poder, sua relação com o Estado já parte de uma desconfortável imagem de desconfiança preconcebida.

No caso específico do Poder Judiciário, a imagem que predomina é a da ineficiência. Fatores estruturais (falta de juízes, condições de trabalho precárias, excesso de processos, sistema processual extremamente formal e burocratizado, entre outros) fazem com que a demora na prestação jurisdicional a torne ineficaz, sendo que essa característica, aliada à dificuldade de acesso à Justiça e dificuldade de compreensão da própria atuação jurisdicional, são responsáveis por essa imagem negativa.

Gráfico 1 – Avaliação do judiciário a partir das diversas dimensões da justiça (aspectos negativos)



Fonte: Relatório ICJBrasil – 1º Semestre/2017 Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

¹⁵ Disponível em: <https://conceito.de/confianca>. Acesso em: 18 out. 2017.

De acordo com o que foi possível apurar naquela pesquisa de mestrado, um dos fatores decisivos para o descumprimento das decisões judiciais está justamente vinculado à falta de credibilidade dos órgãos públicos perante aqueles moradores¹⁶, fruto das condições adversas às quais o mutirão foi reiteradamente submetido ao longo do tempo: paralisações de obras por motivações políticas; dificuldades para obtenção de recursos para construção das moradias; falta de clareza na atuação do poder público; deficitário cumprimento das medidas de emergência por parte da Cohab como, por exemplo, o monitoramento dos gases e o cumprimento das determinações da CETESB.

Além da descrença no poder público, a fala abaixo, extraída de entrevista dada por Jacira Rodrigues (YAMAGUTI, 2003), traduz a desconfiança daqueles moradores também em relação ao Poder Judiciário:

Então é difícil, e eu sou sincera, a gente está buscando ajuda jurídica, a gente não vê saída. Mas sinceramente, eu pensei, entra com uma representação no Ministério Público, vamos lá e batemos o pé e joga na mão do Ministério para ir ganhando tempo, mas e aí que se a gente fizer isso, vai para a mão da Justiça e tem que sair de qualquer jeito, na marra, e não dá mais para negociar e acontece alguma coisa?

Tal era a situação dos moradores de Vila Nova Cachoeirinha, pendendo de um lado o poder público representado pela Prefeitura de São Paulo, Cohab e CETESB, e de outro o Poder Judiciário.

4.2. Comunicação e percepção de riscos

Para amenizar essa crise de confiabilidade, uma alternativa teria sido que o poder público tivesse efetuado uma formal e eficaz comunicação do risco e uma gestão do risco na qual os moradores estivessem integrados. Não foi o que aconteceu.

Assim, um segundo fator que levou a esse reiterado descumprimento das ordens judiciais está relacionado com a ineficiente comunicação dos riscos, bem como a forma de percepção dos riscos pelos moradores, que não foi devidamente considerada ao longo do gerenciamento ambiental daquela área.

Para que seja eficiente, a comunicação de riscos deve ser participativa e calcada numa relação de confiança entre as partes envolvidas, levando em conta o contexto em que a comunicação ocorre, como as mensagens são recebidas pelo receptor, suas perspectivas no processo de tomada de decisão e sua integração no processo de gerenciamento do risco (DI GIULIO, 2010).

Não foi o que se viu no caso estudado. Desde a descoberta da contaminação até a decisão judicial que determinou a desocupação da área, os moradores foram tomando conhecimento dos fatos através de perguntas que faziam aos técnicos da CETESB e

¹⁶ Essa desconfiança transparece no depoimento de José Raimundo de Sousa, líder comunitário:

Foi no ano de 2006 ele deu a área como sendo área interditada foi interditada a área aqui nunca mais e todo mundo teria que sair daqui da área, né? Então nós teríamos até o dia 19/12 para desocupar essa área. Só que como as pessoas sabiam que se a nós saíssemos daqui esta área nunca mais ela se transformaria e nós também íamos ficar desagregados porque cada família estaria morando num local, separados.

funcionários da Cohab¹⁷, quando, na realidade, deveriam ter sido comunicados de maneira formal e bem estruturada.

Essa comunicação informal e truncada, feita sem qualquer cuidado, contribuiu para agravar o já existente clima de incerteza e desconfiança dos moradores em relação ao poder estatal, o que ainda foi corroborado pelo mau gerenciamento da contenção do problema dos gases pela Cohab, que foi reiteradamente advertida e punida pela CETESB.

Esse clima de incerteza prejudicou o cumprimento da liminar de desocupação e foi ainda agravado pela maneira precária com a qual a Cohab conduziu o cumprimento da liminar para desocupação dos imóveis, ofertando valores muito baixos a título de aluguéis e não se posicionando de forma clara em relação a realocação/remanejamento das famílias para moradias similares.

Assim, a confiabilidade no poder público, que já era baixa entre os moradores, ficou ainda mais prejudicada. Afinal, alijados de informações e da efetiva participação na gestão dos riscos a que estavam expostos, os moradores foram postos em situação de vulnerabilidade que, por sua vez, gera desconfiança¹⁸.

Além disso, não houve, por parte do poder público e do Poder Judiciário, a necessária reflexão acerca de como os moradores percebiam o risco ao qual estavam expostos. O que restou claro da participação nas assembleias da Associação de Moradia, de conversas realizadas com os moradores e da leitura das petições formuladas no âmbito judicial ao longo da realização da pesquisa acadêmica, foi que para aquelas pessoas o temor representado pela necessidade de desocupação de suas casas sem o devido acolhimento em moradia similar e sem a justa indenização superava o temor representado pelo risco de explosões – o risco social seria, assim, mais angustiante que o risco ambiental.

Essa forma de percepção do risco por parte de alguns moradores ficou clara, por exemplo, em outra declaração de José Raimundo de Souza que, ao ser indagado acerca do risco representado pelas explosões, referiu-se a necessidade de apenas e tão somente se manterem “respiros” nas casas.

Para ele, gás metano seria apenas um gás que não deveria ficar confinado, e todo o problema seria resolvido. Já em relação à manutenção de sua casa, suas expectativas e anseios são outros. Tal como já relatado, a própria Ação de Obrigação de Fazer

¹⁷ De acordo com Jacira Rodrigues, ex líder do movimento, a primeira comunicação acerca da gravidade da contaminação da área teria sido dada sem qualquer preocupação com a relevância do assunto e os sentimentos dos moradores (YAMAGUTI, 2003, p. 25):

“Então o que está acontecendo desde a primeira notícia que nos foi dada, que foi bem assim: um cidadão falou, que foi o Walter Vendramini, que já foi embora da Cohab, e pegou de surpresa e não preparou as pessoas e foi dizendo: mutirão na Vila Nova Cachoeirinha, não se fala mais a palavra mutirão na Vila Nova Cachoeirinha, mutirão lá acabou, a realidade é esta e não existe mais, não vai mais existir e aquelas unidades que estão lá serão todas derrubadas. E daí foi que virou a cabeça das pessoas, que as pessoas começaram a ficar doentes, entrar em depressão, em desgosto, em desespero. Foi este o momento para as 138 famílias e as 69 unidades.”

¹⁸ E, de acordo com o que consta na f. 7 da petição inicial da Ação 0131092-35.2006.8.26.0053 que tramita perante a 1ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, somente em março de 2004, durante visita da CETESB ao local, os moradores tiveram extraoficialmente a plena ciência da gravidade dos fatos, obtendo posteriormente o Parecer Técnico 065/ESCC/04, juntado às fls. 201 a 212 dos mesmos autos. E pasme Excelência!!!, somente em 2004, precisamente março de 2004, os requerentes e mutirantes, por meio da presença de técnicos da CETESB no local, tomariam conhecimento extra-oficialmente da gravidade dos terríveis acontecimentos. Quando então foram buscar maiores informações e soluções junto ao órgão competente (CETESB), que os colocou a par da situação fornecendo-lhes cópia do Parecer Técnico 065/ESCC/04, conforme docs. 149 a 159.

0131092-35.8.26.0053 foi proposta no intuito de se buscar, em primeiro lugar, a anulação da ordem de interdição e desocupação dos imóveis.

A verdade é que os moradores, principais interessados diretos na solução do problema ambiental para que possam resguardar suas moradias, foram postos em segundo plano no processo de gerenciamento do dano ambiental, nos debates sobre os riscos e nos processos de tomada de decisões. Mesmo tendo sido organizadas reuniões e algumas audiências, os verdadeiros temores e anseios daquela população não foram devidamente percebidos e avaliados, participando os moradores, na verdade, da fase executória dos processos de tomada de decisão – por exemplo, a discussão a respeito da disponibilização de caminhões para realização das mudanças.

No caso específico da Ação Civil Pública 0423317-71.1998.8.26.0053 proposta pelo Ministério Público para regularização do empreendimento da Cohab, o processo tramitou à margem da participação dos moradores, que dela nem sequer tomaram conhecimento. A única menção de trazê-los ao processo foi feita na contestação da Cohab que absurdamente pretendia, via denúncia da lide, que se tornassem corréus e ficassem responsáveis pelas irregularidades apontadas pelo Ministério Público. Embora a Ação Civil Pública tenha rito próprio e no caso estudado seja instrumento para proteção de interesses difusos, não se pode deixar de considerar, conforme nos ensina Martins (2007), que a cidade é uma arena onde direitos difusos, coletivos e individuais se chocam e demandam soluções complexas, sendo necessária a reflexão a respeito da própria natureza e alcance de tais direitos, pois pode ser que ao se tentar proteger um direito difuso, que é de todos mas não é de ninguém e que, portanto, tem enorme grau de indeterminação, se deixe de contemplar outros direitos legítimos e prementes, levando a potenciais distorções na busca pela aplicação da justiça.

5. Considerações complementares

A questão do déficit habitacional e da possibilidade de se descontaminar a área para regularizar aquelas moradias foi palidamente discutida em alguns momentos no processo, mas levou um golpe mortal com a sentença prolatada na Ação Civil Pública 0423317-71.1998.8.26.0053, que deixou ao poder público a escolha de remediar a área ou promover sua demolição, sendo certo que a opção foi por esta última modalidade sob argumento de que os custos para descontaminação para uso residencial seriam muito altos. No local, segundo o poder público, seria construída uma praça.

Mas, em última análise:

1. A descontaminação para uso residencial, mais rígida em relação a parâmetros e procedimentos, é benéfica para a sociedade, não apenas para os moradores, porque o meio ambiente equilibrado é direito de todos;
2. A perda daquelas unidades habitacionais significa deixar de levar em consideração conquistas populares, e de alguma forma pode ser percebido como espécie de punição às famílias residentes. A importância histórica do conjunto habitacional demonstrada em diversas outras teses e dissertações acadêmicas deveria ser motivo para que se promovesse sua manutenção e melhorias. Apesar de suas falhas e das críticas que lhe possam ser feitas, foi uma experiência habitacional nova no contexto brasileiro, cuja proposta partiu de um grupo organizado da população e

por eles mesmos foram erguidas as habitações. Trata-se de patrimônio intangível (histórico e cultural) do povo brasileiro e não um empreendimento de origem desorganizada;

3. A ineficiente gestão do risco efetuada no caso em estudo levou a considerável dispêndio de dinheiro público e à movimentação da máquina judiciária por quase 20 anos, movimentação esta que ainda se estenderá por tempo indeterminado, resultando em uma série de decisões sem eficácia, indo de encontro aos princípios que devem reger o acesso à Justiça (efetividade, celeridade, eficácia). Parece, portanto, que a alegação de excessiva oneração dos cofres públicos para justificar que a remediação ambiental não seja devidamente realizada dentro dos parâmetros de adequação para uso residencial não poderia ser utilizada pela Cohab e pela Prefeitura de São Paulo como único argumento para se esquivarem de tal obrigação;
4. No trato da questão ambiental, os enfoques, holístico e multidisciplinar, devem ser observados e não deve ser perdida a dimensão humana que dela faz parte. Áreas contaminadas, por exemplo, remetem ao mau uso do solo, ocorrência de poluição e degradação que afrontam o direito ao meio ambiente saudável e envolvem direito de moradia, de propriedade e a sua função social, assuntos abordados no artigo 5º, XXII e XXIII, e no artigo 225, ambos da Constituição Federal; nos artigos 1.228, § 1º, e 2.035, ambos do Código Civil; artigo 3º, II da Lei nº 6.766/79, que trata do parcelamento do solo urbano; na Lei nº 6.938/81 e assim por diante.

6. Considerações finais

Passados 20 anos, diversas perícias e intervenções da CETESB e algumas decisões judiciais, inclusive sentenças, até 2016, época em que se encerrou a pesquisa, nada concreto havia sido alcançado, a não ser a degradação ainda maior da situação: a área seguia contaminada; o risco de explosão deixou de ser devidamente monitorado; os moradores continuavam em suas casas sem qualquer apoio ou acompanhamento; não foram feitos quaisquer investimentos para a melhoria das condições de vida daquela população, na verdade nem sequer foram realizados exames para averiguação de sua saúde; muitos recursos públicos foram despendidos e nenhum resultado positivo foi atingido, a não ser, talvez, a realocação de algumas famílias – que faziam parte do programa habitacional mas ainda não haviam construído suas moradias – para outro empreendimento da Cohab em local bem distante e o reconhecimento, na Ação de Obrigação de Fazer, do direito dos moradores a indenizações¹⁹.

Não foi resolvido do problema ambiental nem tampouco do habitacional.

Embora os assuntos trazidos no presente artigo não se constituam novidade, a análise aqui apresentada foi realizada a partir pesquisa em profundidade com abordagem metodológica de estudo de caso e procurou oferecer subsídios que possam contribuir para, em casos futuros e semelhantes, facilitar a tarefa do julgador, a eficiência e a celeridade do processo.

¹⁹ Na época da pesquisa, a sentença não havia transitado em julgado e ainda era recorrível.

6. Referências bibliográficas

- ALFONSIN, J. T. *A ética da virtude como pressuposto de ética da magistratura*. 2016. Disponível em: <http://www.domtotal.com/blog-post.php?blog=jacques&post=964>. Acesso em: out. 2017.
- BARAVELLI, J. E. *O cooperativismo uruguaio na habitação social de São Paulo: das cooperativas FUCVAM à Associação de Moradia Unidos de Vila Nova Cachoeirinha*. 2007. Dissertação. (Mestrado em Arquitetura e Urbanismo) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.
- BRASIL. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, regulamentada pelo Decreto 99.274/90. Define a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e dá outras providências. Brasília, DF, 1981.
- COMPANHIA DE TECNOLOGIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. Áreas Contaminadas Críticas. Disponível em: <http://areascontaminadas.cetesb.sp.gov.br/areas-contaminadas-criticas/>. Acesso em: 24 set. 2017.
- COSTA, H.G. *et al.* Uma contribuição do método ELECTRE TRI à obtenção da classificação de riscos industriais. *Investigação Operacional*, n. 27, p. 179-197, 2007. Disponível em: <http://www.apdio.pt/documents/10180/15550/n12.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2016.
- DI GIULIO, G. M. *et al.* Comunicação e governança do risco: a experiência brasileira em áreas contaminadas por chumbo. *Ambiente & Sociedade*, v. 17, n. 2, p. 283-297, 2010. Disponível em: www.scielo.br/pdf/asoc/v13n2/v13n2a05.pdf. Acesso em: 4 dez. 2015.
- FERNANDEZ, A. Natureza humana, relação jurídica e a função do Direito (Parte I). *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 13, n. 76, 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7737. Acesso em: out. 2017.
- JANCZURA, R. Risco ou vulnerabilidade social? *Textos & Contextos*, Porto Alegre, v. 11, n. 2, p. 301-308, 2012.
- MACHADO, P. A. L. *Direito Ambiental Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MARTINS, M. L. R. Lei Federal do Parcelamento do Solo: tensão e diálogo entre o direito à cidade e o Direito Urbanístico e Ambiental. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, v. 31, p. 83-91, 2007.
- MOISÉS, J. I. Cidadania, confiança e instituições democráticas. *Lua Nova*, v. 65, p. 71-94, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/%0D/ln/n65/a04n65.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017.
- REINACH, H.. Projeto Vila Nova Cachoeirinha. *Espaço & Debates*, n. 14. São Paulo: Cortez, 1984.
- SACHS, C. *São Paulo: políticas públicas e habitação popular*. São Paulo: Edusp, 1999. 277p.
- SANTO AMORE, C. *Lupa e telescópio: o mutirão em foco: São Paulo, anos 90 e atualidade*. 2005. Dissertação (Mestrado em Arquitetura e Urbanismo) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- SÃO PAULO (SP). Lei nº 9.413, de 30 de dezembro de 1981. Dispõe sobre o parcelamento do solo no município de São Paulo, e dá outras providências.
- SÃO PAULO (SP). Lei nº 9.577, de 6 de janeiro de 1983. Autoriza doação de área municipal à Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo – COHAB-SP e dá outras providências.

SÃO PAULO (SP). Lei nº 9.751, de 7 de novembro de 1984. Autoriza doação de áreas municipais à Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo – COHAB, e dá outras providências.

SÃO PAULO (SP). Decreto nº 21.821, de 30 de dezembro de 1985. Fixa normas especiais para a implantação de projeto habitacional de interesse social, vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação, denominado “PROJETO MUTIRÃO NOSSA SENHORA DA PENHA”, localizado em Vila Nova Cachoeirinha.

TENÓRIO, D. *Classificação do Meio Ambiente*. Alagoas: Tribunal Regional Eleitoral, 2008. Disponível em: http://www.jfsc.jus.br/ambiental/opiniaio/meio_ambiente.htm. Acesso em: 24 Jul. 2016.

YAMAGUTI, A. S. Pré-fabricação por ajuda mútua. In: SAMPAIO, M. R. (org.). *Profissionais da cidade*. São Paulo: USP; Unesco, 2003.

Poluição sonora: aspectos pontuais

Gilberto Passos de Freitas¹

Professor e desembargador aposentado

Isabella Franco Guerra²

Advogada

1. Introdução

Tema tão relevante quanto tormentoso é o que diz respeito à poluição sonora. Das formas de poluição, considerando os danos que causa ao homem, a poluição sonora deve merecer uma especial atenção.

Embora não se trate de um problema novo, pois não é de hoje que o direito se ocupa com o ruído, o barulho ou som indesejável, capazes de provocar danos à saúde ou transtornos ao bem-estar do cidadão, a poluição sonora tem se constituído num desafio.

Apesar do grande número de normas existentes no nosso ordenamento jurídico tratando da questão, as medidas que vêm sendo adotadas pelo poder público no sentido de coibi-la não tem surtido o efeito desejado, podendo-se afirmar que o problema é preocupante e tende a se agravar.

Neste trabalho, considerando a extensão do tema, nos limitaremos a analisar apenas os aspectos jurídicos que se nos apresentam como de interesse para uma reflexão e tomada de medidas mais efetivas.

2. Direito ao meio ambiente saudável

Antes de buscar o significado do tema – poluição sonora –, importante ressaltar que todo homem tem o direito fundamental de viver em um meio ambiente saudável.

Nesse sentido, vale atentar para o princípio nº 1 da Declaração de Estocolmo de 1972, quando afirma que: “O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade, e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras”.³

Na mesma linha, o princípio 1 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, tem o seguinte enunciado: “Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Tem direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza”.

¹ Mestre e doutor em Direito das Relações Sociais. Professor do curso de graduação e pós-graduação da Universidade Católica de Santos/SP.

² Pós-graduada em Direito. Professora da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

³ SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Direito Ambiental Internacional*. 2ª ed. Ampl. e atual. Rio de Janeiro: Thex, 2002.

Aliás, na ADI nº 3540-DF o STF reconheceu que meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito humano fundamental de novíssima dimensão, inserido dentre os direitos de solidariedade.⁴

Realmente, conforme anota Tiago Fensterseifer, “A consagração do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental acarreta, como referem Birnie e Boyle, no reconhecimento do ‘caráter vital do ambiente como condição básica para a vida, indispensável à promoção da dignidade e do bem-estar humanos e, para a concretização do conteúdo de outros direitos humanos’. Dessa forma, não se pode conceber a vida – com dignidade e saúde – sem um ambiente natural saudável e equilibrado”.⁵

E quando se fala em ambiente saudável e equilibrado, naturalmente tem-se que falar num ambiente sossegado, tranquilo, ou seja, livre da poluição sonora.

3. Ruído e som

Considerando que a poluição sonora se dá por meio do ruído, que é o som indesejável, devemos de antemão fazer a distinção entre o som e ruído.

O som é qualquer variação de pressão (no ar, na água) que o ouvido humano possa captar cadenciadamente. Para Felipe Augusto Vieira de Andrade, som “é um fenômeno de ordem física representado pela vibração ou oscilação de agentes, coisas, materiais ou objetos que dependendo de valores relacionados à frequência e variação de pressão do ar atmosférico pode tornar-se detectável pelo sistema auditivo”⁶.

Por sua vez, ruído é o som ou conjunto de sons indesejáveis, desagradáveis, perturbadores. Na lição de José Eduardo Figueiredo Dias e Joana Maria Pereira Mendes, ruído é o “estímulo sonoro sem conteúdo informativo para o auditor, que lhe é desagradável ou que o traumatiza, constitui actualmente um dos principais factores de degradação de qualidade de vida e representa, como tal, um elemento importante a considerar no contexto da saúde ambiental e ocupacional das populações”.⁷ Segundo observam Dinah Shelton e Alexandre Kiss, “ao contrário de outros problemas ambientais, o ruído não conduz à poluição química ou orgânica de recursos naturais, mas afeta seres humanos e outros animais diretamente. Em anos recentes o ruído foi reconhecido não somente como um incômodo, mas também como um sério perigo à saúde”.⁸

O ruído, como enfatiza Paulo Affonso Leme Machado, “é caracterizado por atingir pontos de recepção ao acaso. Assim, vê-se que, na maioria das vezes, são indeterminadas”.⁹

A identificação do ruído é feita por meio da utilização de unidades de medição do nível de intensidade sonora, que se expressa em decibéis (dB).

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, ADI 3540-DF, Rel Min Celso de Mello. Julgado em: 01/09/2005, DJ 03/02/2006. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 18. Nov. 2013.

⁵ FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 64-5

⁶ ANDRADE, Felipe Augusto Vieira de. *Poluição sonora: Manual Prático do Promotor de Justiça do Meio Ambiente*, p.289.

⁷ DIAS, José Eduardo Figueiredo, MENDES, Joana Maria Pereira. *Legislação Ambiental Sistematizada e Comentada*, p 214.

⁸ SHELTON, Dinah, KISS, Alexandre. *Manual de Direito Ambiental*. United Nations Environment Programme (UNEP). Programa das Nações Unidas para o meio ambiente (PNUMA). Nairobi. Kenya. Trad.Vladimir Passos de Freitas. P. 121.

⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21ªed, rev, ampl e atual. de acordo com as Leis 12.651/2012 e 12.727/2012 e com o Decreto 7.830/2012. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 802.

4. Da poluição sonora

Poluição, segundo o disposto no inciso III, do art. 3º da Lei 6.938/1981, é a “degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; [...] e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos”.

Tomando por base esse conceito e a distinção entre som e ruído acima mencionada, verificamos que a poluição sonora se caracteriza pela emissão de ruídos em níveis superiores aos estabelecidos pelo poder público que prejudiquem a saúde humana e o bem-estar da população.

A poluição sonora, segundo José Afonso da Silva,¹⁰ “consiste na emissão de barulho, ruídos e sons em limites perturbadores da comodidade auditiva”.

No dizer de Guilherme José Purvin de Figueiredo,

*tanto o ruído contínuo como o intermitente, são altamente lesivos à saúde, tendo, porém, a medicina concluído que os ruídos agudos e os contínuos são os mais nocivos. De acordo com a literatura especializada, a exposição prolongada do ser humano ‘a níveis de intensidade sonora acima dos 90 decibéis produz lesões do ouvido interno, sediadas no órgão de Corti, mais precisamente sua membrana basilar. Há uma perda inicial da sensibilidade para frequências sonoras mais altas, , próximas dos 4000c/s; o audiograma do paciente com surdez profissional mostra uma nítida deflexão da curva que registra os decréscimos da sensibilidade, por volta da frequência referida; isso ocorre bilateralmente, e se manifesta, e regra, tanto no teste de condução aérea como no teste de condução óssea.*¹¹

Dominique Guihal comenta que “o barulho – que aparece em pesquisas de opinião como um dos principais fatores de degradação da qualidade de vida – é de um tratamento jurídico e técnico particularmente complexo. Multiforme, anônimo ou individualizado, permanente ou aleatório, interessa aos aspectos de vizinhança tanto quanto à ordenação do território, a paz social como à saúde pública”.¹²

4.1. Limites de emissão sonora

A identificação do ruído é feita por meio da utilização de unidades de medição do nível do ruído. Com isso, definem-se, também, os padrões de emissão aceitáveis e inaceitáveis, criando-se e permitindo-se a verificação do ponto limítrofe com o ruído.

O nível de intensidade sonora, que corresponde à energia transmitida pelas vibrações, expressa-se habitualmente em dB. A frequência permite distinguir a altura do som e equivale ao número de vibrações por segundo.

A sua unidade de valor é o hertz (Hz), cujos padrões são estabelecidos pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, p. 470.

¹¹ FIGUEIREDO, 2013, p. 443.

¹² GUIHAL, Dominique. *Droit Répressif de L'Environnement*. 3ªed. Paris: Economica, 2008, p. 769, tradução nossa.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS),¹³ o limite tolerável ao ouvido humano é de 65 dB. Acima disso, o nosso organismo passa a ser agredido, sendo certo ainda que outro fator é determinante para mensurar a amplitude da poluição sonora, qual seja, o tempo de exposição.

4.2. Efeitos da poluição sonora

Os efeitos da poluição sonora sobre o ser humano, conforme anotado de início, principalmente nos grandes centros, constitui um problema de saúde pública, a ponto de ser considerada em 1991, pela OMS, como uma das três prioridades ecológicas para a próxima década.

Realmente, além de afetar um número indeterminado de pessoas, a poluição sonora provoca graves danos à saúde humana, afetando o sistema auditivo, cardiológico, nervoso, circulatório, gástrico e psicológico.¹⁴

Para José Gonçalves Neto,

Os efeitos do barulho mostram que há uma forte relação entre a intensidade física do ruído e a extensão de seus efeitos, principalmente na perda auditiva. Mas problemas ainda piores podem ocorrer. Doenças como hipertensão, distúrbios de comunicação e aprendizado, em crianças, e até distúrbios mentais podem ser agravados pela exposição contínua a níveis altos de ruído. E, segundo o pesquisador Yotaka Fukuda, professor de Otorrinolaringologia da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp), a partir dos 70 decibéis as pessoas começam a sentir problemas causados por “desconforto psicológico”. Com 80 decibéis, os batimentos cardíacos se aceleram e a pressão arterial aumenta, assim como o nível de adrenalina no sangue. Já a partir de 90 o sistema auditivo começa a ser afetado. Nesse momento, uma exposição mais prolongada pode deixar sequelas.¹⁵

Aliás, conforme entendeu a Câmara Reservada do Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo:

O ruído em excesso não causa apenas insatisfação e desconforto, senão provoca enfermidades detectadas pela medicina tradicional e pela psiquiatria. Surdez precoce e depressão por falta de sono são apenas uma parcela das consequências da produção de energia sonora em demasia, signo desta era mas que não é impositivo a quem alega perda evidente da sua qualidade de vida.¹⁶

¹³ Disponível em <http://www.euro.who>. Acesso em 18 nov. 2013.

¹⁴ <http://www.who.int/inf-pr-1998/en/pr98-57.html>. Acesso em 18 nov. 2013.

¹⁵ *Excesso de barulho pode causar hipertensão e até doenças mentais*. Artigo publicado no jornal *O Estado de São Paulo*, dia 18.02.2001. p. 2.

¹⁶ TJSP, Agravo de Instrumento nº 535.404-5/9, Relator Desembargador Renato Nalini.

4.3. Fontes de poluição sonora

As fontes causadoras de poluição sonora são as mais diversas e, com fatores como o avanço da tecnologia, o desenvolvimento da indústria e do comércio e o crescimento das cidades, novas fontes vão surgindo.

Com efeito, ao lado das já conhecidas formas de poluição sonora, como as oriundas dos aeroportos, indústrias, bares e casas noturnas, cultos religiosos, trânsito, shows artísticos etc., novas modalidades vão surgindo, com graves consequências para o meio ambiente.

Aliás, como bem anotou Luiz Antonio Rizzato Nunes,

parece que nas sociedades industrializadas contemporâneas, nesta era capitalista do império globalizante em que vivemos, tudo faz barulho. Existe mesmo uma busca incessante em sua produção: são músicas em altos volumes nas lojas e nos restaurantes, nos clubes, nas academias, nos intervalos dos espetáculos teatrais e nos cinemas, nos estádios de futebol, onde há também o barulho das torcidas que atinge toda a redondeza; nas festas de aniversário e de casamento; são shows ao vivo em estádios que vão muito além de suas arquibancadas; são bares, boates e danceterias que invadem o espaço dos vizinhos etc. De fato, todo o sistema é assim. Há excesso de ruído por todos os lados: dos veículos nas ruas, das máquinas nas fábricas, das construções, das oficinas etc. Trata-se de um enorme amontoado de ações barulhentas, algumas ensurdecedoras, nem sempre em nome do tão sonhado progresso. Não posso deixar de fora os sons “privados” dos aparelhos eletrônicos domésticos que saem pelas janelas de apartamentos e casas perturbando os vizinhos com seus exagerados volumes. [...] Enfim, os barulhos, ruídos, sons em altos volumes entram em nossas casas e apartamentos a toda hora sem pedir licença, violando esse nosso direito sagrado ao silêncio e ao sossego.¹⁷

Como se observa, os problemas são dos mais diversos, pelo que apenas faremos menção aos casos que mais polêmicas têm causado, como a poluição sonora provocada pelos aeroportos, helipontos, casas noturnas, shows em locais públicos, templos religiosos e indústrias.

4.3.1. Aeroportos

Os ruídos provocados pelos aviões, tanto na decolagem como na aterrissagem, são dos que mais afetam a saúde humana. Por exemplo, a aterrissagem de um Boeing 747 produz ruído de aproximadamente 92 dB, enquanto que na decolagem se atinge 103 dB, sabendo-se que a consequência mais direta e imediata do ruído acima do limite de 70 dB é a surdez.

Daí dispor o art. 2º, IV, da Resolução nº 1, de 23 de janeiro de 1986, do Conama, que a implantação de aeroportos dependerá da elaboração de Estudo de Impacto Ambiental.

¹⁷ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Direito ao Sossego: uma garantia violada abertamente*. Terra Magazine. Coluna de 30. Mar.2009.

Além disso, não se pode deixar de lado as regras de Direito Urbanístico, conforme se vê do artigo 182 da Constituição brasileira de 1988, quando estabelece que:

A política de desenvolvimento urbano executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Realmente, conforme anota Hely Lopes Meirelles, as normas para construção nas vizinhanças de aeroportos, “são impostas como medida tanto para as edificações e culturas adjacentes ao campo de pouso, como para as próprias aeronaves que se servem das pistas. O Código Brasileiro do Ar (Decreto-Lei nº 32, de 18 de novembro de 1966) alterado pelo Decreto-Lei nº 234, de 28 de fevereiro de 1967) estabeleceu essas limitações (arts. 56 a 58) e o Decreto nº 60.304, de 6 março de 1967 as regulamentou. Tais limitações são fixadas pela autoridade aeronáutica competente mediante a aprovação de um plano de proteção individual de cada aeroporto, que é enviado à prefeitura interessada para ser observado nos projetos de loteamento e de construção na área”.¹⁸

Portanto, para a construção de novos aeroportos, deve-se observar a legislação vigente. O problema que tem surgido diz respeito aos aeroportos construídos há muitos anos e que em seu entorno ocorreu a aglomeração de construções. Nesse caso, tem sido observada a adoção de medidas paliativas, como a fixação de horários de voos, proibição de voos noturnos, uma vez que a teoria da pré-ocupação não pode ser aceita com caráter absoluto, pois seu sentido real diz com a ocupação coletiva do ambiente em que está localizado o aeroporto.

4.3.2. Helipontos

Quando se fala em aeroportos, não se pode deixar de mencionar os helipontos instalados nos grandes centros, cujo movimento aumenta diariamente e que constituem uma crescente causa de poluição sonora.

Aliás, somente em São Paulo se concentra quase metade da frota nacional de helicópteros, composta por 842 unidades, com 158 helipontos registrados e homologados. Observando-se ainda no país há 313 helipontos privados e 35 públicos.¹⁹

Os números apontados, evidentemente, aumentaram e muito. Hoje, tal meio de transporte não só se tornou comum em atividades privadas, mas imprescindível para o exercício de certas atividades públicas, como as ligadas a segurança pública, saúde e informação, tendo em vista o trânsito de veículos.

Consequentemente, considerando a poluição sonora provocada pelos helicópteros em áreas urbanas, necessário se faz que a implantação e utilização de helipontos seja disciplinada pelo poder público Municipal, que é o órgão competente para legislar sobre temas de natureza local (CF/1988, art. 30,I), bem como que a sua instalação seja precedida de um estudo a respeito do impacto de vizinhança.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*, p. 137.

¹⁹ Revista *Aero Magazine*, n. 84, p. 10.

Tais medidas se tornam necessárias, independentemente das implantadas pelo Departamento de Aviação Civil, no que diz respeito ao tráfego aéreo, altura mínima de voo e outras regras de segurança.

4.3.3. Bares e casas noturnas

Os bares, restaurantes e casas noturnas também se constituem uma das maiores fontes de poluição sonora, principalmente por estarem localizados em áreas residenciais ou mistas, bem como em suas proximidades.

Conforme anota Valdir de Arruda Miranda Carneiro,

As casas noturnas, danceterias, bares, restaurantes e afins também costumam acarretar constantes reclamações relativas a incômodos ruidosos por parte da comunidade circunvizinha, situação agravada nos grandes centros urbanos e nas regiões de veraneio. A par das imposições municipais, eventualmente existentes em cada localidade (que, normalmente, além de contemplar limites para os ruídos desses ambientes, costumam determinar obrigatoriedade de tratamento acústico específico para tais estabelecimentos, as emanções sonoras deles oriundas estão sujeitas tanto às restrições de vizinhança do Código Civil (art. 1.277) como as sanções de natureza penal. Importante anotar que, muitas vezes, as atividades desses estabelecimentos acabam por acarretar aglomerações nas redondezas, o que, por sua vez, pode constituir fonte de ruído secundária, mas não menos nociva.²⁰

Daí a importância da legislação local, não só em estabelecer normas a respeito da localização e de funcionamento de tais estabelecimentos, mas, principalmente, na fiscalização. Comprovada a perturbação à tranquilidade alheia, de rigor a adoção de medidas legais, como a aplicação de advertência, multa, suspensão parcial ou total de atividades, independentemente da obrigação de indenizar pela ofensa produzida.

Por outro lado, merece destaque a afirmação feita por Valdir Carneiro e que se refere ao barulho provocado por “aglomerações nas redondezas”, que ultimamente vêm se tornando uma rotina, principalmente por força da proibição de fumar em local fechado. É comum ainda que frequentadores de determinados estabelecimentos nele adquirem bebidas, mas permanecem bebendo na calçada ou na rua, causando desassossego à vizinhança, a configurar a contravenção penal prevista no artigo 42 da respectiva Lei.

Conforme consignado em acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo: “O ruído excessivo não apenas provoca desconforto para a vizinhança de estabelecimentos em que costumeiramente se realizam shows de música ao vivo ou que transmitam som por meio de aparelho próprio. Pode causar sintomas sérios de enfermidades que os psiquiatras

²⁰ CARNEIRO, Valdir de Arruda Miranda. *Perturbações Sonoras nas Edificações Urbanas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 85.

enfrentam diuturnamente em seus consultórios. Depressão derivada de falta de sono é apenas um desses efeitos”.²¹

4.3.4. Templos religiosos

Um dos problemas que sempre vem à baila é o que diz respeito a poluição sonora oriunda de cultos religiosos.

Embora a liberdade de culto, direito fundamental, seja assegurada pela Constituição Federal (art. 5º, VI), não é demais lembrar que essa liberdade não é ilimitada, devendo obedecer às medidas de ordem pública, ou seja, o exercício do culto deve respeitar a lei.

Como bem anotou Rômulo Gobbi:

*Esse direito constitucional tem seus limites, não podendo determinada religião promover seus cultos causando perturbação à vizinhança ou até mesmo aos seus participantes. Tampouco, pode extrapolar o horário estipulado no alvará. O direito de exercer suas atividades religiosas pressupõe o cumprimento de obrigações, mas convém acrescentar que não existe horário permitido para fazer barulho; o que existe é horário para pregar o culto religioso.*²²

Aliás, segundo o Princípio nº 5 da Carta de Salvador,²³ “O livre exercício das manifestações culturais e religiosas é um direito fundamental do cidadão, mas tais manifestações, quando ruidosas, devem submeter-se integralmente à legislação de controle da poluição sonora e ambiental”.

Outrossim, conforme decidiu a Câmara Reservada do Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo:

*Não há necessidade, de outra parte, de cultos que ultrapassem os lindes do templo. A oração não perde sua dignidade e força se pronunciada em volume de menor intensidade. Afinal, Deus não é surdo, mas atento às necessidades humanas. E a lição evangélica é pedi e recebereis, não gritai e recebereis.*²⁴

4.3.5. Indústrias

Quando se fala em poluição sonora e indústria, é preciso distinguir a que ocorre no meio ambiente do trabalho e a que atinge terceiros, em geral moradores da vizinhança, que se refere ao meio ambiente artificial.

²¹ TJSP, Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Agravo de Instrumento nº 99010121823-3 Ubatuba, Rel Desembargador Renato Nalini, julgado 20/05/2010.

²² GOBBI, Rômulo. *Do Silêncio ao Ruído*: um estudo da poluição sonora no contexto do direito ambiental. Dissertação de Mestrado. Universidade Metodista de Piracicaba. Faculdade de Direito 2009, p. 66.

²³ I Seminário Brasileiro sobre Poluição Sonora, realizado em 14 de dezembro de 1999.

²⁴ TJSP, Câmara Reserva do Meio Ambiente, Agravo de Instrumento nº 508.3739-5/0-00. ,Rel. Desembargador Renato Nalini, julgado 18/05/2006.

Com relação à primeira, qual seja, a poluição sonora que ocorre no local de trabalho, se constitui uma das principais causas que afetam a saúde do trabalhador. Consoante preleciona Julio Cesar de Sá da Rocha,

“o ruído é um dos maiores agentes ofensivos ao organismo dos trabalhadores. A ocorrência de perda auditiva tem sido cada vez mais frequente entre trabalhadores químicos e petroquímicos. A exposição do trabalhador a uma intensidade (nível de pressão sonora), a um tipo (contínuo, intermitente ou de impacto), a duração e a qualidade (frequência de sons) acima dos limites tolerados pelo homem podem ocasionar perda auditiva, lesão definitiva do órgão da corti.”²⁵

Quanto à segunda, poluição sonora provocada por estabelecimento industrial que afeta a vizinhança, a saúde dos moradores, cumpre observar que tais atividades não podem ser exercidas em desacordo com as exigências contidas nas normas ambientais que regem a matéria, como as que dispõe sobre o zoneamento ambiental, licença de instalação e funcionamento da atividade, exigência de equipamentos acústicos etc.

4.3.6. Tráfego de veículos

Outra causa de poluição sonora que vem preocupando as autoridades, principalmente nos centros urbanos, é a provocada pelo tráfego de veículos, e decorrem do barulho do motor, de sinais sonoros como buzina, alarme, aparelhos de som e freadas.²⁶

O ruído urbano causado pelo tráfego de veículos, conforme anota Edna Cardoso Dias, “é a principal fonte poluidora das cidades e sua emissão está regulamentada pela Resolução Conama nº 1, de 1º de fevereiro de 1993”.²⁷

No mesmo sentido está a lição de Sebastião Flávio da Silva Filho, para o qual “a poluição sonora decorrente da circulação de veículos se constitui num dos maiores problemas das grandes cidades”.²⁸

Alíás, o Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.504/1997), após estabelecer que os “órgãos e entidades de trânsito pertencentes ao Sistema Nacional de Trânsito darão prioridade em suas ações à defesa da vida, nela incluída a preservação da saúde e do meio ambiente” (art. 1º, par. 5º), em vários dispositivos faz expressa referência à poluição sonora (artigos 21, 22, 24, 29, VI, 41, 104 e 229).

²⁵ ROCHA, Julio Cesar de Sá da. *Direito Ambiental e Meio Ambiente do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997, p. 93.

²⁶ No site da Organização Mundial da Saúde há um artigo interessante sobre poluição. Problemas causados pelo barulho dos carros são identificados. Disponível em <http://www.who.int/inf-pr-1998/en/pr98-57.html>, Press Release WHO 57, 31 de julho de 1998, merece destaque a passagem seguinte: “Traffic noise has emerged in recent years as an ever present but often underestimated pollutant in our lives. In Europe, the population exposed to levels above 65 dB (A) increased from 15% in 1980s to 26% in the early 1990s. For comparison, speech can be understood fairly well with background noise levels up to 55 dB (A). Environmental noise affects health and well-being physically, mentally and socially. There is ample evidence showing that high noise levels interfere with speech and communication, cause sleep disturbance, decreased learning ability and scholastic performance, increase stress-related hormones, blood pressure changes, ischaemic heart disease as well as the use of psychotropic drugs and medicines”. Acesso em: 18 nov. 2013.

²⁷ DIAS, Edna Cardoso. *Manual dos Crimes Ambientais*, p.108.

²⁸ SILVA FILHO, Sebastião Flávio da. *A poluição sonora decorrente da circulação de veículos*. Artigo publicado na Revista CEJ n. 3, p. 42.

Infelizmente, as medidas para coibir a ocorrência de tal modalidade de poluição, principalmente provocadas por motocicletas, têm se mostrado deficientes e vêm causando sérios problemas à população.

4.3.7. Shows

Os shows também constituem uma das formas de poluição sonora que vem crescendo, principalmente nas periferias, onde são realizados em espaços abertos, organizados geralmente em áreas públicas, como ruas, praças e praias, cujo barulho atinge os moradores da região.

Alguns desses eventos são promovidos pelo próprio poder público municipal ou em espaços por ele cedidos, pelo que poderá ser responsabilizado pelos danos provocados, inclusive na esfera criminal.

Conforme entendeu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

O poder público, responsável por imóvel do povo destinado a práticas esportivas mas eventualmente explorado para a finalidade de realização de shows, mesmo considerados atividade cultural, ao cedê-lo, torna-se responsável pelo mau uso da propriedade. Mau uso consistente em emissão sonora causadora de poluição, à luz da normatividade incidente. É poluidor, de acordo com o art. 3º, inciso IV, da Lei 6.938/81 e responde por danos causados a terceiros a esse título.

A Administração Pública não se isenta de observar a normatividade incidente sobre o meio ambiente artificial e não se desonera ao invocar observância de normatividade por ela mesma editada, por meio de órgãos que a integram ou foram criados párea permitida que ela atenda às finalidades para as quais sua existência se preordena. A todos assegurado recorrer à Justiça, na fundante inafastabilidade do controle judicial de toda lesão ou ameaça a direito.²⁹

Essa situação poderá ser evitada com a designação, pelo poder público, de locais em que o ruído não afete o bem-estar da população e se, em local fechado, aplicando-se as tecnologias de controle de ruídos existentes.

5. Poluição sonora e competência legislativa

A competência para legislar sobre o controle da poluição sonora é concorrente, ou seja, a União, os estados, o Distrito Federal e também os municípios poderão legislar a respeito.

Estabelece a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 24 que:

²⁹ Tribunal de Justiça de São Paulo. Câmara Reservada de Meio Ambiente, AC nº 990.10.026200-9 SP, Rel. Desembargador Renato Natini, julgado em 16/09/2010.

Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: VI – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição.

No que concerne à competência do município para legislar, dispõe o art. 30, I, que ele legislará “sobre assuntos de interesse local”. O referido artigo da Constituição brasileira, em seu inciso II, estabelece que o município pode suplementar no que couber à legislação federal e estadual, assim o município, respeitando as normas gerais produzidas pelo Congresso Nacional, poderá legislar sobre o controle da emissão de som e, considerando o princípio do limite, definir, com base nas peculiaridades locais, os padrões de emissões toleráveis.

Como se vê na repartição de competências legislativas, no dizer de Celso Antonio Pacheco Fiorillo,

aplica-se o princípio da predominância dos interesses, de modo que à União caberão as matérias de interesse nacional, aos Estados, as de interesse regional, enquanto aos Municípios tocarão as competências legislativas de interesse local.³⁰

Realmente, em matéria ambiental possui o município competência para editar normas suplementares, observando que elas não podem ser mais tolerantes que as estabelecidas pela União ou estados, podendo, pelo contrário, ser mais restritivas.

Conforme anota Antonio Herman V. Benjamin:

Constitucionalmente, os municípios, por sua vez, receberam autorização para legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e estadual no que couber. Vale dizer, detém o poder de legislar em matéria ambiental, desde que se trate de matéria de caráter local ou, então, para complementar as normas jurídicas promulgadas pela União e Estados. Posição essa que também se encontra na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, segundo a qual ‘os municípios, observadas as normas e padrões federais e estaduais, também poderão elaborar as normas mencionadas no parágrafo anterior’.³¹

Em suma, a poluição sonora, via de regra, é assunto predominantemente de interesse local e, conseqüentemente, cabe à municipalidade zelar pela qualidade de vida da coletividade. Não há dúvida que o município é competente para legislar a respeito.

³⁰ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129.

³¹ BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos. *Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro*. Artigo publicado no Manual Prático da Promotoria do Meio Ambiente. SP, p. 30

6. Competência comum em matéria ambiental

Quanto à competência administrativa, no que diz respeito à poluição sonora, ela é comum entre todos os entes da Federação, como estabelece o artigo 23 da Constituição Federal.

Conforme prelecionam Ana Maria Moreira Marchesan, Annelise Monteiro Steigleder e Silvia Cappelli:

*A Constituição Federal, em seu art. 23, atribuiu competência administrativa comum à União, Estados e Municípios para a proteção do meio ambiente e o controle da poluição. Portanto, qualquer dos três níveis de governo pode agir na defesa ambiental, sem que um deles exclua o outro. Para tanto, aplicarão sua legislação própria nessa matéria, bem como a legislação federal.*³²

Verifica-se que o município é competente para legislar a respeito, que detém o controle e a fiscalização sobre a poluição sonora. Na mesma linha está a lição de Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

*O Município, adotado como ente federativo, conforme preceituam os arts. 1º e 18 da Constituição Federal recebeu autonomia, possuindo competências exclusivas (art. 30) e organização política própria (art. 29). Isso possibilita uma tutela mais efetiva da sadia qualidade de vida, porquanto é no Município que nascemos, trabalhamos, nos relacionamos, ou seja, é nele que efetivamente vivemos. Na verdade, é o Município que passa a reunir efetivas condições de tender de modo imediato às necessidades locais, em especial em um país como o Brasil, de proporções continentais e cultura diversificada.*³³

Em síntese, embora qualquer dos entes federados, União, estados-membros, Distrito Federal e municípios possa agir na proteção do meio ambiente, ao município cabe maior parcela dessa atuação na questão do combate à poluição sonora no meio urbano.

7. A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente e a poluição sonora

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 – é um marco na defesa do meio ambiente, estabelecendo normas gerais que serão aplicadas nacionalmente. No que diz respeito à poluição sonora, não só prevê instrumentos de proteção do homem contra essa grave forma de poluição, como os padrões de qualidade ambiental, zoneamento ambiental, estudo de impacto ambiental, como dispôs a respeito da obrigação do poluidor indenizar e reparar os danos causados por sua atividade (art. 14, §. 1º) e foi o primeiro diploma a prever expressamente o crime de poluição (art. 15), que depois foi revogado pelo artigo 54 da Lei nº 9.605/1998.

³² MARCHESAN, Ana Maria Moreira, STEIGLEDER, Annelise Monteiro, CAPPELLI, Silvia. *Direito Ambiental*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004, p. 132.

³³ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 63.

Daí a sua importância nessa área, que veio a receber um forte apoio e a complementação de outros diplomas, em especial o Estatuto da Cidade.

Nele estão relacionados instrumentos de controle ambiental, como os acima referidos, com vistas a atender ao princípio da prevenção e do dever do poder público de promover a defesa do meio ambiente.

Considerando a presença do interesse público quando está em pauta a qualidade ambiental, em vista a garantir o meio ambiente equilibrado, os princípios do Direito Ambiental servirão como referenciais para a construção e aplicação da legislação ambiental.

O princípio da prevenção, que tem assento constitucional e está consagrado na Lei nº 6.938/1981, estabelece que todos os meios e técnicas conhecidos serão empregados no controle e na prevenção de danos ao meio ambiente. A prevenção está na base do Direito Ambiental. A reparação da lesão ao meio ambiente traz, muitas vezes, situações em que não se consegue restaurar a situação de equilíbrio como existente antes do dano ou, então, a reparação é muito difícil, seja por se mostrar extremamente custosa, seja porque provocou o decréscimo na qualidade de vida.

O princípio da precaução que determina que nas situações de incerteza científica a dúvida não pode ser um cheque em branco autorizando tudo, ao contrário, impõe o dever de cautela, estabelece a inversão do ônus da prova incumbindo ao empreendedor o dever de demonstrar a segurança de sua atividade.

Por sua vez, o princípio da defesa do meio ambiente, inserido no artigo 170, inciso VI da Constituição de 1988, traz a premissa de que as atividades econômicas terão que ser desenvolvidas respeitando os limites e padrões de segurança, qualidade e equilíbrio do meio ambiente.

O princípio da participação popular na defesa do meio ambiente é corolário do estado democrático e presume a participação de todos nas decisões e ações que envolvam o interesse público, aí incluído o dever do cidadão de proteger e zelar pelo meio ambiente.

O princípio do poluidor pagador estabelece que cabe ao empreendedor internalizar as externalidades negativas, razão pela qual os empreendedores deverão adotar medidas de segurança e de prevenção de danos, podendo ser responsabilizados pelos danos que direta ou indiretamente vierem a provocar sobre o meio ambiente.

O princípio da intervenção estatal obrigatória na defesa do meio ambiente incumbe ao poder público agir para evitar e combater a poluição em todas as suas formas.

Portanto, os vários instrumentos do Sistema Nacional do Meio Ambiente permitem ao poder público atuar em prol do meio ambiente e da manutenção da qualidade de vida da população.

7.1. Padrões de qualidade ambiental

Os padrões de qualidade ambiental, como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 9º, inciso I), têm por finalidade estabelecer parâmetros para regular o lançamento de emissão de poluentes visando assegurar a saúde humana e a qualidade do meio ambiente.

Padrão, em sentido estrito, “é o grau de qualidade de um elemento (substância ou produto) que é próprio ou adequado a determinado propósito”.³⁴

³⁴ MOREIRA, Ivana Verocai Dias. *Vocabulário básico de Meio Ambiente*. Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente. 1990, p.149

E qualidade ambiental pode ser entendida como o

Termo empregado para caracterizar as condições do ambiente segundo um conjunto de normas e padrões ambientais preestabelecidos. A qualidade ambiental é utilizada como valor referencial para o processo de controle ambiental.³⁵

Daí se afirmar que o padrão de qualidade ambiental consiste em uma norma que estabelece limites quantitativos e qualitativos de poluentes, com a finalidade de evitar a ocorrência de danos ao meio ambiente e a saúde humana, que tem força legal. São, assim, definidos os níveis máximos permitidos para os poluentes, em regra fixados por meio de médias aritméticas ou geométricas.

Maria Luiza Machado Granziera comenta que o papel da fixação de padrão de qualidade ambiental,

é estabelecer parâmetros, geralmente representados por números, que indicam determinado estado de equilíbrio ambiental, permitindo-se que, no âmbito das atividades licenciadas, seja possível o lançamento de efluentes ou de partículas nos corpos receptores – corpos d'água, atmosfera e solo – em quantidades que sejam, em princípio, seguras sob o ponto de vista da qualidade ambiental.³⁶

7.1.1. Critérios para a fixação

Considerando os reflexos que os padrões de qualidade ambiental podem ter na configuração dos ilícitos administrativos, civis e penais, é oportuno analisar os critérios para o seu estabelecimento e as espécies reconhecidas pela doutrina.

Os padrões de qualidade ambiental, como instrumento de caráter administrativo, são elaborados e redigidos em conceitos próprios, obedecendo certos critérios científicos, a partir dos quais se possa detectar os efeitos nocivos da poluição.

No processo de estabelecimento de parâmetros, conforme ensina Édis Milaré,

desenvolve-se a procura de níveis ou graus de qualidade, de elementos, relações ou conjuntos de componentes, níveis esses geralmente expressos em termos numéricos, que atendam a determinadas funções, propósitos ou objetivos, e que sejam aceitos pela sociedade.³⁷

E afirma:

A lei não dá parâmetros concretos de emissão ou de qualidade. Agiu acertadamente. É tarefa que deve ser reservada para os órgãos técnicos, o que lhes possibilita maior profundidade e exatidão

³⁵ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 1093.

³⁶ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 277.

³⁷ Op. Cit., p. 454.

*científica na fixação dos índices. Considerando-se a constante modificação do conhecimento humano, seria muito rígida a previsão desses padrões por lei, pois dificultaria uma rápida reformulação.*³⁸

7.2. Zoneamento ambiental

O zoneamento, que no dizer de Celso Antonio Pacheco Fiorillo, “constitui uma medida oriunda do poder de polícia, tendo por fundamento a repartição do solo municipal em zonas e a designação de seu uso”³⁹ se constitui um instrumento de grande importância para o controle da emissão de ruídos.

Para José Afonso da Silva, trata-se de um “procedimento urbanístico, que tem por objetivos regular o uso da propriedade do solo e dos edifícios em áreas homogêneas no interesse coletivo do bem-estar da população”,⁴⁰ com a divisão da cidade em zonas (residenciais, comerciais, industriais etc.), concorrer-se-á para o bem-estar da população.

Tal a sua importância para a proteção da saúde e bem-estar da população que o legislador, por meio da Lei nº 6.938/1981, o instituiu como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 9º, II).

Segundo J. Salzedel e W. Preusker, citados por Paulo Affonso Leme Machado, é “um dos mais importantes instrumentos de proteção popular diante do ruído e das vibrações. A redução do ruído é o fim prioritário dos planos ambientais e de desenvolvimento”.⁴¹

A competência para promover o zoneamento pode ser da União, dos estados-membros e dos municípios, sendo que, com relação a esses, deverá ser previsto na Lei do Plano Diretor (CF, art. 182, par. 1º).

Enfim, o zoneamento, ao lado do licenciamento, do estudo de impacto ambiental e de vizinhança, muito concorrerá para a proteção do cidadão contra os efeitos da poluição sonora, principalmente quando se cuida de instalação de estabelecimentos industriais e comerciais.

7.3. Estudo prévio de impacto ambiental e estudo de impacto de vizinhança

Em matéria de controle ambiental, haverá avaliações dos riscos ambientais e no procedimento de licenciamento ambiental, os estudos elaborados por equipes especializadas serão essenciais para que os órgãos públicos ambientais tenham elementos técnicos que subsidiem a decisão do poder público quanto à outorga ou não da licença ambiental.

Nesse sentido, é importante ressaltar que o princípio da intervenção estatal obrigatória na defesa do meio ambiente impõe ao poder público o dever de promover a proteção do meio ambiente, razão pela qual lhe é conferido o poder de polícia administrativo para estabelecer os limites de tolerabilidade ambientais, bem como fiscalizar, pois tem que zelar pela ordem pública ambiental. Dessa forma, cumpre ao Estado avaliar os riscos das atividades que utilizam recursos ambientais ou que possam ensejar danos significativos e

³⁸ Op. Cit., p. 209.

³⁹ FIORILLO, 2003, p. 155.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 3ªed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 232-233.

⁴¹ apud MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, p. 66.

controlá-las, uma vez que a higidez e a qualidade do meio ambiente são essenciais para a uma vida digna.

O estudo prévio de impacto ambiental, previsto no artigo 225, parágrafo 1º, inciso IV da CF/1988 e o estudo de impacto de vizinhança, previsto no Estatuto da Cidade, são mecanismos importantes para buscar a prevenção de danos ao meio ambiente, uma vez que por meio desses estudos equipes técnicas especializadas farão um diagnóstico sobre os possíveis impactos que uma atividade ou empreendimento que se pretenda licenciar poderá causar ao meio ambiente, servindo de base para o poder público avaliar se há condição ou não para outorgar a licença ambiental.

7.3.1. Licenciamento ambiental

O Licenciamento Ambiental, instrumento previsto no inciso IV do art. 9º da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, é um procedimento administrativo de controle ambiental. Ele é fundamental para a prevenção de danos ambientais. O poder público, atuando como polícia administrativa em matéria ambiental, por meio do licenciamento, analisará o pedido de licença para a realização de atividades, obras e empreendimentos públicos ou privados, que possam ser capazes de trazer riscos de impacto significativo ao meio ambiente. As condições que envolvem o projeto serão aferidas tendo em vista a necessidade de conhecer e avaliar os riscos, ou seja, fornecer os meios para o órgão público ambiental decidir se há ou não condições de segurança para anuir com a realização do empreendimento.

Segundo o conceito dado pela Lei Complementar nº 140 de 2011, em seu art. 2º, inciso I, entende-se por

licenciamento ambiental: o procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental.

A Constituição de 1988, ao estabelecer no artigo 23 a competência comum para a defesa do meio ambiente e combater a poluição em todas as suas formas, também determinou no parágrafo único que lei complementar disciplinaria as diretrizes para efetivar o chamado federalismo cooperativo. Então, na Lei Complementar nº 140 de 2011 encontram-se diretrizes para a atuação dos órgãos ambientais e para estes exercerem a competência concernente à expedição das licenças. Assim, resumidamente, pode-se falar que ao Ibama compete o licenciamento de atividades ou empreendimentos com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional; aos órgãos ambientais dos estados e do Distrito Federal compete o licenciamento de empreendimentos ou atividades localizadas em mais de um município e, aos órgãos municipais, o licenciamento de atividades ou empreendimentos de impactos locais.

Segundo ensina Luís Paulo Sirvinskas, “Para a concessão do licenciamento, o órgão municipal competente deverá avaliar os ruídos que, eventualmente, poderão ser emitidos e quais os equipamentos acústicos necessários para minimizar esse impacto negativo”⁴².

⁴² SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 386.

E, prosseguindo, afirma: “Não basta conceder a licença. É necessário que se realize periodicamente a fiscalização dos estabelecimentos licenciados por parte do poder público competente (vistoria, inspeção, monitoramento ou auditoria)”.⁴³

Pelo exposto, é possível observar que qualquer atividade que potencialmente possa causar poluição, como é o caso da poluição sonora, deve se submeter ao licenciamento ambiental, sendo oportuno observar que o Anexo I da Resolução nº 237/1997 do Conama, apresenta um rol de atividades que a ele estão sujeitas, observando-se, entretanto, que se trata de um rol exemplificativo.

7.3.2. Estudo prévio de impacto ambiental

Instrumento de natureza preventiva, que se constitui em uma das etapas do procedimento de licenciamento ambiental, o Estudo Prévio de Impacto Ambiental, de acordo com o disposto no art. 225, par. 1º, IV da Constituição Federal de 1988, é obrigatório para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente.

O EIA é realizado por uma equipe técnica multidisciplinar contratada às expensas do empreendedor, como disciplina o artigo 8º da Resolução nº 1 de 1986 do Conama. Por meio desse instrumento será feito um diagnóstico do empreendimento, obra ou atividade que apresenta a potencialidade de um dano ambiental significativo. A equipe técnica avaliará as condições do empreendimento, projetará os possíveis impactos positivos e negativos, desenvolvendo um estudo que levará em consideração, inclusive, a área que pode sofrer influências da atividade a ser licenciada, identificando e descrevendo os recursos ambientais existentes na área, analisando o meio físico, biológico e socioeconômico.

Segundo Edis Milaré e Antonio Herman V. Benjamin,

*o objetivo central do estudo de impacto ambiental é simples: evitar que um projeto (obra ou atividade), justificável sob o prisma econômico ou em relação aos interesses imediatos de seu proponente, se revele posteriormente nefastos ou catastrófico para o meio ambiente.*⁴⁴

Oportuna, por outro lado, a lição de Flavia Witkowski Frangetto a respeito do Estudo de Impacto Ambiental em face da poluição sonora, quando afirma:

*Entendemos haver responsabilidade do Poder Público quando ele, omissiva ou comissivamente, permite novas instalações capazes de prejudicar a qualidade de vida, por exemplo, a instalação de danceteria em região conforme com o zoneamento, porém em desacordo ao nível de pressão sonora suficiente a não afetar negativamente o ruído de fundo, piorando o padrão de qualidade acústica. É necessário, indiscutivelmente, incluir nos estudos de impactos ambientais exames acurados dos impactos sonoros da instalação de nova atividade.*⁴⁵

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ MILARÉ, Édís; BENJAMIN, Antonio Herman. *Estudo de Impacto Ambiental*. Publicação da CETESB, 1994, p. 21

⁴⁵ *O Direito à Qualidade Sonora*. Revista de Direito Ambiental, v. 19, p. 157.

Esse é também o entendimento de Paulo Affonso Leme Machado, ao afirmar que:

*Cumpra, pois, ao estudo analisar os impactos acústicos prováveis, considerando se as normas de emissão e de imissão de som oficiais estão corretas para o caso concreto, ou se estão aquém das medidas necessárias para a proteção da saúde e do bem-estar dos seres humanos e do meio ambiente.*⁴⁶

7.3.3. Estudo de Impacto de Vizinhança

O Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV) se constitui um importante instrumento para a proteção do meio ambiente no que diz respeito a poluição sonora.

Segundo Vanêsa Buzelato Prestes,

*está dentre os instrumentos de gestão que dependem da regulamentação municipal e que permitem a avaliação dos impactos causados por empreendimentos e atividades urbanas. Trata-se de um instrumento contemporâneo, que atende às exigências da vida moderna e que está integrado ao direito urbano ambiental, que tem sua matriz no cumprimento da função social da propriedade. A partir da análise dos impactos é possível avaliar a pertinência da implantação do empreendimento ou atividade no local indicado, ou seja, avaliar se o proposto está adequado ao local, estabelecendo uma relação da cidade com o empreendimento e do empreendimento com a cidade, considerando o meio no qual está inserido. Além disso, a partir da avaliação de impactos é possível apontar formas de mitigação do impacto gerado, ou seja, minoração dos efeitos do empreendimento ou atividade no meio urbano, além de medidas compensatórias para o mesmo meio no qual a atividade ou empreendimento se instalará.*⁴⁷

Introduzido no nosso ordenamento jurídico pelo Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001), cuida de um instrumento da mais alta relevância para as questões relacionadas com a poluição sonora. No dizer de Ana Maria Moreira Marchesan, o Estudo de Impacto de Vizinhança:

*deverá contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades, incluindo a análise, no mínimo, das seguintes questões: adensamento populacional, equipamentos urbanos e comunitários, uso e ocupação do solo, valorização imobiliária, geração de tráfego e demanda por transporte público, ventilação e iluminação urbana e patrimônio natural e cultural.*⁴⁸

⁴⁶ MACHADO, 2012, p. 563.

⁴⁷ Plano Diretor e Estudo de Impacto de Vizinhança. Procempra.com.br

⁴⁸ Preservação ambiental e ocupação do espaço urbano à luz do estatuto da cidade. Revista de Direito Ambiental, v. 25, p. 299 et seq.

8. Responsabilidade administrativa

O Estado, para exercer os deveres de defender, preservar o meio ambiente e proteger a saúde e o bem-estar dos cidadãos, conforme preleciona Vladimir Passos de Freitas,

*vale-se das normas constitucionais e infraconstitucionais. Quanto às últimas, estabelece, através da lei e de regras que a complementam, a conduta dos que se relacionam com o meio ambiente. Aos infratores independentemente das sanções civis e penais, impõe punições administrativas. Esta relação jurídica que se estabelece entre o Estado e o cidadão é regrada pelo Direito Administrativo. Daí poder dizer-se que no trato do chamado Direito Ambiental, é o Direito Administrativo que se reveste de maior parcela de importância, tantas são as situações por ele reguladas.*⁴⁹

Realmente, o controle da poluição enquadra-se no poder de polícia que, no dizer de Maria Sylvia Zanela Di Pietro,

*corresponde à atividade do Estado, disciplinada por lei, consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público. Dentre os interesses públicos alcançados pelo poder de polícia do Estado está, evidentemente, a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem, que é, de uso comum do povo.*⁵⁰

No mesmo sentido está a lição de Carlos Alfredo Botasse: “o poder de polícia ambiental se traduz na imposição aos particulares das clássicas obrigações de não fazer, abster-se, tolerar e, também, de fazer”.⁵¹

8.1. Infrações, sanções e medidas administrativas ambientais

A Lei nº 9.605/1998, em seus artigos 70 a 76 dispõe a respeito das infrações e sanções administrativas ambientais, que estão regulamentadas pelo Decreto nº 6.514/2008, que revogou o Decreto nº 3.179/1999.

A respeito das sanções administrativas, afirmam Luciana Cardoso Pilati e Marcelo Buzaglo Dantas que:

pode-se considerar um dos mais notáveis avanços da Lei n. 9.605/98, conhecida como Lei de Crimes Ambientais, que disciplinou também aspectos da chamada Administração Ambiental, o fato de unificar as sanções administrativas por conduta infracional praticada contra o meio ambiente, o que fez em seu art. 72. São elas: advertência (inciso I); multa simples (inciso II); multa diária (inciso III); apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos,

⁴⁹ FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito Administrativo Ambiental*, p. 17.

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. *Polícia do Meio Ambiente*. Revista Forense, v. 317, p. 176, et seq.

⁵¹ BOTASSE, Carlos Alfredo. *Derecho Administrativo Ambiental*. La Plata/Argentina: Platense, 1997, p. 63, tradução nossa.

*petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração (inciso IV); destruição ou inutilização do produto (inciso V); suspensão de venda e fabricação do produto (inciso VI); embargo de obra ou atividade (inciso VII); demolição de obra (inciso VIII); suspensão parcial ou total das atividades (inciso IX); e restritiva de direitos (inciso XI).*⁵²

Das sanções acima citadas, considerando os fins deste trabalho, merecem menção à multa, apreensão dos instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração; suspensão de venda e fabricação do produto; embargo de obra ou atividade e suspensão parcial ou total das atividades.

Por fim, cumpre observar que o agente da autoridade, no momento da fiscalização, pode impor ao infrator ambiental as citadas medidas, que tem como objetivo prevenir novas ocorrências, sem que isso implique em violação ao devido processo legal ou contraditório.

8.2.1. Multa simples e diária (incisos II e III do art. 72 da Lei nº 9.605/1998)

A Lei nº 9.605/1998 prevê duas espécies de multa: a simples e a diária (art. 72, incisos II e III). A primeira terá cabimento nos casos de dolo ou negligência, quando o infrator deixar de sanar as irregularidades de que foi advertido ou opuser embargos à fiscalização (art. 72, par. 3º), podendo ser convertida em prestação de serviços (art. 72, par. 4º). A segunda será aplicada aos casos de infração permanente (art. 72 par. 5º).

Os valores das multas serão fixados pelo decreto que regulamenta a Lei dos Crimes Ambientais, nos termos do seu artigo 75, que vão de R\$ 50,00 ao máximo de R\$ 50 milhões, corrigidos periodicamente de acordo com os índices estabelecidos pela legislação pertinente.

8.2.2. Apreensão dos instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração (inciso IV do art. 72 da Lei nº 9.605/1998)

Esta espécie de sanção se constitui em um dos meios mais eficazes no combate à poluição sonora, uma vez que apreendido o instrumento, o petrecho, equipamento ou veículo que esteja causando a poluição, esta cessará, não mais causará danos ao meio ambiente e à saúde do cidadão.

Como bem anota Wallace Paiva Martins, “a rigor, não é sanção propriamente dita, mas providência cautelar que [...] inibe novos atentados [...]”.⁵³

8.2.3. Destruição ou inutilização do produto (inciso V do art. 72 da Lei nº 9.605/1998)

A destruição ou inutilização de bens apreendidos tem por objetivo evitar o uso ou aproveitamento de determinados bens, nos casos em que o seu transporte ou guarda

⁵² *Direito Ambiental Simplificado*, Coord. José Rubens Morato Leite. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 76

⁵³ *A Tutela Administrativa do Meio Ambiente na Lei n. 9.605/98*. Trabalho apresentado no curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1999.

não se mostre possíveis e que possa colocar em risco a segurança da coletividade ou dos próprios agentes públicos.

Essa sanção, em se tratando de poluição sonora, em princípio, não terá aplicação, considerando que, em regra, os instrumentos que a provocam são possíveis de ser apreendidos.

8.2.4. Suspensão de venda e fabricação do produto (inciso VI do art. 72 da Lei nº 9.605/1998)

A suspensão de venda e fabricação do produto pressupõe que este tenha sido devidamente autorizado e, portanto, não apresentava restrições. Constatado, posteriormente, que sua utilização pode provocar danos ao meio ambiente, no caso decorrente da poluição sonora, terá suspensa sua venda ou fabricação.

Conforme observa Édis Milaré, “essa penalidade não vem da tradição do Direito Ambiental, mas do regramento das atividades de polícia sanitária de saúde. Será aplicada quando o produto não estiver obedecendo às premissas legais”.⁵⁴

8.2.5. Embargo de obra ou atividade (inciso VII do art. 72 da Lei nº 9.605/1998)

O embargo, tanto de obra, como de atividade, que ocorrerá no caso em que o agente não observa as normas técnicas ou administrativas na construção licenciada ou na atividade exercida, devendo ser precedido de notificação administrativa, se constitui em um instrumento de grande eficiência para evitar a ocorrência da poluição sonora.

Caso o infrator não cumpra as determinações estabelecidas, a administração poderá se valer de meios coercitivos, usando inclusive de força quando necessário.

8.2.6. Demolição de obra (inciso VIII do art. 72 da Lei nº 9.605/1998)

Da mesma forma que o embargo de obra ou atividade, a demolição de obra que cause poluição sonora, se constitui num meio de evitá-la, desde que haja risco à saúde ou de grave dano à pessoa.

A sanção de demolição de obra, prevista no inciso VII do art. 72 da Lei n. 9.605/1998, segundo dispõe o art. 19 do Decreto nº 6.514/2008, “poderá ser aplicada pela autoridade ambiental, após o contraditório e ampla defesa, quando: I – verificada a construção de obra em área ambientalmente protegida em desacordo com a legislação ambiental; ou II – quando a obra ou construção realizada não atenda às condicionantes da legislação ambiental e não seja passível de regularização”.

Para Édis Milaré, “Trata-se de medida extrema, que só deve ser tomada em caso de irregularidade insanável, de perigo à segurança, à saúde ou de grave dano ambiental”.⁵⁵

⁵⁴ MILARÉ, Édis. *A Responsabilidade Administrativa Ambiental*. Dissertação de Mestrado apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 133.

⁵⁵ MILARÉ, 2011, p. 136.

8.2.7. Suspensão parcial ou total das atividades (inciso IX do art. 72 da Lei nº 9.605/1998)

Segundo dispõe o artigo 110 do Decreto nº 6.514/2008, “A suspensão parcial ou total de atividades constitui medida que visa a impedir a continuidade de processos produtivos em desacordo com a legislação ambiental”.

No dizer de Maria Luiza Granziera,

essa medida ocorre no âmbito do controle ambiental dos órgãos e entidades competentes, toda vez que se detectar a ocorrência de uma infração de dano continuado, como a poluição da água e do ar causada pelo lançamento de efluentes líquidos ou partículas. Cabe salientar que, para esse tipo de dano, em situação corriqueira, aplica-se a multa diária, em procedimento próprio, em que o infrator se compromete a solucionar a questão.⁵⁶

Outrossim, conforme preleciona Curt Trennepohl, essa medida “não deve ser confundida com o embargo ou interdição, que são medidas cautelares e podem ser determinadas pelo agente fiscalizador no ato da constatação do ilícito [...]”.⁵⁷

9. Poluição sonora e responsabilidade do poder público

O município tem obrigação constitucional (artigos 23, VI e 225, § 1º) de zelar pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado, garantindo o direito à saúde e bem-estar de seus habitantes e conseqüentemente, de coibir a ocorrência da poluição sonora.

Se não cumprir com essa obrigação, não adotando as medidas cabíveis e necessárias, ou seja, fiscalizando e coibindo tal forma de poluição, principalmente quando instado para tanto, está sujeito a ser obrigado a indenizar as pessoas que sofreram com as práticas lesivas, ou seja, com o elevado índice de poluição sonora.

Conforme decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

O município tem obrigação constitucional de zelar pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado, garantindo ainda o direito à saúde de seus habitantes. Do conjunto probatório, infere-se que o problema apontado – alto índice de poluição sonora – ultrapassou os limites aceitáveis na vida em sociedade, havendo farta demonstração acerca da necessidade de atuação específica do Município para coibir práticas lesivas a direitos fundamentais dos moradores da Av. do Imigrante e arredores. Não o fazendo, resta configurado o dever de indenizar os moradores pelos danos morais sofridos. Os danos materiais não restaram devidamente comprovados e em razão disso não indeferidos.⁵⁸

⁵⁶ GRANZIERA, 2009, p. 612.

⁵⁷ TRENNEPOHL, Curt. *Infrações contra o Meio Ambiente*. Belo Horizonte: Forum2009, p. 388.

⁵⁸ Ap. Cível. n. 70025585548. Sexta Câmara Cível. Re. Des. Antonio Correa Palmeiro da Fontoura, j. 10.06.2010.

Entretanto, segundo entendeu o mesmo tribunal:

Em se tratando de ato imputado ao ente público por falha no serviço prestado por seus órgãos, a presença do dever de indenizar é de ser analisado sob o prisma da teoria subjetiva, sendo imprescindível a demonstração de uma conduta dolosa ou culposa por parte do agente público, do dano suportado pela vítima e do respectivo nexo de causalidade. Caso em que não restou comprovado nos autos o liame causal entre qualquer ação ou omissão do Município e os danos suportados pela parte autora, decorrentes da poluição sonora existente nos logradouros próximos à sua residência. Impossibilidade de se atribuir ao Município réu o dever de segurador universal, para coibir todos os eventos danosos ocorridos no âmbito de sua circunscrição territorial. Sentença de improcedência mantida.⁵⁹

10. Dano ambiental. Dano moral ambiental

Dano ambiental, no dizer de Alvaro Valery Mirra, é

toda degradação do meio ambiente, incluindo os aspectos naturais, culturais e artificiais que permitem e condicionam a vida, visco como bem unitário imaterial coletivo e indivisível, e dos bens ambientais e seus elementos corpóreos e incorpóreos que o compõem, caracterizadora da violação do direito difuso fundamental de todos à sadia qualidade de vida em um ambiente são e ecologicamente equilibrado.⁶⁰

Podendo o dano atingir não só um indivíduo isolado como um número indeterminado de pessoas, quando se fala em reparação, tem-se que ela pode ocorrer em duas esferas: uma coletiva e outra individual.

Conforme prelecionam José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala,

em vista do interesse individual próprio e do meio ambiente, a finalidade principal do interessado não tem por objetivo imediato a proteção do meio ambiente, que estará sendo tutelado, de forma indireta, pela atitude do demandante, isto é, o interesse protegido, de forma direta, é a lesão ao patrimônio e demais valores das pessoas; e, de forma mediata e incidental, o meio ambiente da coletividade, contribuindo para sua proteção e para o exercício indireto da cidadania ambiental.⁶¹

Realmente, a pessoa individualmente lesada em decorrência da poluição sonora pode se ressarcir por meio dos danos que experimentou (Código Civil, art. 927), sendo importante observar que, em face da lei civil, o direito de oposição a tal espécie de poluição

⁵⁹ Aop. Cível n. 70033379. Décima Câmara Civil. Rel. Des. Paulo Lesas Franz.j. 29.04.2010.

⁶⁰ *Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 89.

⁶¹ *Dano ambiental*. Do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 148.

subsiste, ainda que o nível sonoro seja inferior ao limite estabelecido pelo poder público, assim como que a atividade geradora do ruído tenha sido legalmente autorizada, desde que implique em ofensa aos direitos do cidadão, aos direitos da personalidade.

10.1. Dano moral ambiental

A poluição sonora, conforme assinalado, além de causar danos à saúde, acarreta a perturbação do sossego e da tranquilidade do ser humano. Assim aquele que a provoca, além de responder pelos danos materiais, ainda deve responder pelos danos morais causados às vítimas.

Consoante preleciona Yussef Said Cahali:

Parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, “como a privação ou diminuição daqueles bens que tem um valor precioso na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais efeitos.”⁶²

A esse respeito, é bastante elucidativa a lição de Carlos Alberto Bittar que, ao tratar da fixação do valor da indenização do dano moral, afirma:

“[...] a tendência manifestada pela jurisprudência pátria, é a da fixação de valor de desestímulo como fato de inibição a novas práticas lesivas. Trata-se, portanto, de valor que, sentido no patrimônio do lesante, o possa fazer conscientizar-se de que não deve persistir na conduta reprimida, ou então deve afastar-se da vereda indevida por ele assumida. De outra parte, deixa-se para a coletividade, exemplo expressivo da reação que a ordem jurídica reserva pra infratores nesse campo, e em elemento que, em nosso tempo, se tem mostrado muito sensível para as pessoas, ou seja, o respectivo acervo patrimonial.”⁶³

Aliás, conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

sobrevindo, em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentidos e nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral, passível de indenização.”⁶⁴

No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Poluição sonora. Dano moral ambiental. Possibilidade. A emissão de ruído sonoro acima do permitido na legislação impõe a condenação do responsável pela poluição sonora em indenização por danos morais às vítimas do ato ilícito.”⁶⁵

⁶² *Dano Moral*. Revista dos Tribunais, 1998, p. 20.

⁶³ *Reparação civil por danos morais*: a fixação do valor da indenização, JTACIV SP, v. 147/9).

⁶⁴ 4ª T. REsp. n. 8.768-0-SP. Re. Min. Barros Monteiro.

⁶⁵ Ap. Cível n. 1.0188.05.0355859-0/001. Rel. Des. Adilson Lamounier, j. 25.10.2007.

11. Responsabilidade civil ambiental

Na responsabilidade civil por dano ambiental adotou-se a teoria da objetiva, que está prevista no art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981, sendo recepcionada pelo art. 225, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

Esta forma de responsabilidade prescinde do pressuposto subjetivo, ou seja, a demonstração da culpa do agente, bastando que seja demonstrado o nexo de causalidade entre o fato e o dano.

No dizer de Norma Sueli Padilha,

a responsabilidade objetiva decorre da teoria do risco integral, pela qual todo risco inerente à atividade deve ser atribuído ao empreendedor, ordenando a reparação, inclusive, do dano involuntário, não se cogitando de sua causa, mas apenas de sua simples ocorrência e da existência da atividade da qual adveio, bem como, não admitindo qualquer excluyente de responsabilidade, como no caso fortuito, força maior e ação de terceiros.

De outra parte, segundo José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala,

mesmo em vista a proteção ao interesse individual próprio, poderá o demandante valer-se do aparato específico do meio ambiente e fundar o seu pedido em responsabilidade objetiva, na forma do citado art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81 e do art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002 provando que a sua lesão pessoal foi oriunda de um ato de poluição, degradação ambiental ou risco provocado pelo demandado.⁶⁶

12. Ação civil pública e poluição sonora. Legitimidade ativa do Ministério Público

A Lei nº 7.347/1985 estabeleceu no artigo 5º o rol dos legitimados para mover a ação civil pública na defesa de direitos transindividuais. Dentre os legitimados estão os entes políticos da Federação, pois o Estado tem que atuar em prol do interesse público e na promoção do bem comum, como no caso da defesa da qualidade do ar, do equilíbrio da ordem econômica, proteção do consumidor, proteção da infância e dos idosos, por exemplo. Também são legitimados os entes da administração pública indireta, autarquias, fundações, sociedade de economia mista, empresa pública; por sua vez a Defensoria Pública também foi inserida dentre os legitimados ativos; havendo, ainda, a legitimidade das associações, que deverão estar regularmente constituídas há pelo menos um ano; como também a legitimidade do Ministério Público. Essa legitimidade tem natureza extraordinária, pois identifica-se a substituição processual. É também concorrente e disjuntiva.

Na doutrina e jurisprudência encontra-se pacificado que o Ministério Público está legitimado a propor a ação civil pública para a proteção do meio ambiente no caso de poluição sonora, o que encontra alicerce no artigo 129, III, da Constituição Federal de

⁶⁶ Op. Cit., p. 148.

1988. Como ainda alguns poucos insistem em impugná-la, é importante deixar bem claro que, sendo a poluição sonora uma questão de direito coletivo, por afetar a saúde de toda uma população, tem o Ministério Público legitimidade ativa para ingressar com a ação civil pública.

A Súmula nº 14 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo é bastante clara, afastando qualquer dúvida a respeito:

Em caso de poluição sonora praticada em detrimento de número indeterminado de moradores de uma região da cidade, mais do que meros interesses individuais, há, no caso, interesses difusos a zelar, em virtude da indeterminação dos titulares e da indivisibilidade do bem jurídico protegido.

Aliás, este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

O Ministério Público ostenta legitimidade para propor ação civil pública em defesa do meio ambiente, inclusive, na hipótese de poluição sonora decorrente de excesso de ruídos, com supedâneo nos arts. 1º e 5º da Lei n. 7.347/85 e art. 129, III, da Constituição Federal. Precedentes desta Corte: REsp 791,653/RS, DJ 15.2007; REsp 94.307/MS, DJ 06.06.2005; REsp. 170.958/SP, DJ03.02.1997; REsp 216.269/MG, DJ 28.08.2000 e REsp 97.684/SP, DJ 03.02.1997. (REsp 858547/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 04.08.2008)

Nesse sentido, decisão do STJ no REsp nº 1051306-MG, Relator para acórdão ministro Herman Benjamin, admitindo a legitimidade ativa do Ministério Público para promover a ACP com o fito de fazer cessar a poluição sonora provocada por estabelecimento comercial, atuando o Parquet na defesa do meio ambiente, da saúde, da tranquilidade pública, bens de natureza difusa.⁶⁷

12.1. Ação civil pública e a prova da poluição sonora

Quando se fala em poluição sonora, aspecto que merece ser destacado é o que diz respeito à prova que, em alguns casos, apresenta peculiaridades muito especiais.

Por exemplo, enquanto o ruído provocado por uma indústria pode ser constante, tendo certo tempo de duração, o provocado por um veículo automotor pode ser instantâneo, de curta duração. No primeiro caso, será fácil comprová-lo por meio de uma perícia, enquanto no segundo muitas vezes será quase que impossível.

Assim, tanto as autoridades administrativas como as policiais e judiciárias, quando da apuração da ocorrência da poluição sonora, devem se valer de todos meios de prova, desde que lícitos.

No que diz respeito à ação civil pública, em sendo responsabilidade civil pelo dano causado à saúde humana ou ao meio ambiente objetiva, é aplicável o princípio da inversão do ônus da prova e o da precaução.

⁶⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma, REsp nº 1051306-MG, Rel para acórdão Min Herman Benjamin, julgado em 16/10/2008, DJe 10/09/2010.

A respeito deste princípio, merece ser transcrito tópico de decisão da Câmara Reservada do Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, quando afirma:

[...] os elementos probatórios juntados aos autos já seriam suficientes para fazer incidir sobre a espécie o Princípio da Precaução, segundo o qual “as pessoas e o seu ambiente devem ter em seu favor o benefício da dúvida, quando haja incerteza sobre se uma dada ação os vai prejudicar”. Tal princípio, positivado em documentos internacionais e no ordenamento interno, traduz-se na adaptação de conhecido brocardo latino: in dúbio pro ambiente: ou seja, existindo dúvida sobre a periculosidade que determinada atividade representa para o meio ambiente, deve-se decidir favoravelmente a ele – ambiente – e contra o potencial poluidor. Considera-se perigosa a ação da qual ainda não se verificam quaisquer danos, mas que inspira receio não confirmado por conta da falta de provas científicas, ou quando, havendo danos provocados, não há como comprovar nexo de causalidade entre a lesão e uma determinada causa possível. Vale dizer: sempre que houver “probabilidade não quantificada mínima de que o dano se materialize como consequência da atividade suspeita de ser lesiva”, há necessidade de uma providência de ordem cautelar, mesmo que isso implique numa aparente contradição com um suposto progresso social ou interesse de ordem econômica. Cabe àquele que pratica a atividade de risco comprovar a inocuidade dos procedimentos ao meio ambiente, além de indicar que tomou medidas de precaução específicas.⁶⁸

Cuida-se de hipótese de responsabilidade objetiva, assim um dos requisitos para a configuração da responsabilidade é o nexo causal entre o dano e a poluição causada. E, conforme preleciona Rui Stocco: “Nos casos de responsabilidade objetiva o agente só se isenta de responder se não existir o nexo de causalidade entre o seu agir e o dano produzido”.⁶⁹ É preciso, pois, que fique demonstrado que o dano produzido seja resultado da conduta violadora do dever jurídico.

Por fim, importante destacar o disposto no artigo 18 da lei nº 7.347/1985, pois, se for requerida a prova pericial pelo autor, na esfera da ação civil pública, ele não terá que adiantar a despesa com os honorários periciais.⁷⁰

12.2. Liminar na ação civil pública

Na ação civil pública, segundo dispõe o artigo 12 da Lei nº 7.347/1985, “poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo”.

Essa medida que corresponde ao adiantamento da prestação jurisdicional, em se tratando de poluição sonora, se mostra de grande valia, uma vez que fará cessar a atividade

⁶⁸ Agravo de Instrumento nº 990.10121823-2. Ubatuba. Re. Des. Renato Nalini, j. 20.05.2010.

⁶⁹ STOCCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*, p. 852.

⁷⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, RMS nº30.812-SP, Rel Min Eliana Calmon, julgado em 04/03/2010, DJe 18/03/2010.

danosa, como a suspensão das atividades que extrapolam o alvará de funcionamento quanto ao horário e a emissão de ruídos.

Conforme observa José dos Santos Carvalho Filho, “é imprópria a expressão mandado liminar. O que o juiz concede, na verdade, é a medida liminar, vale dizer, a providência *in limine litis* que objetiva impedir ou paralisar a conduta ofensiva aos interesses tutelados”.⁷¹

13. Métodos alternativos para a solução dos conflitos

13.1. Termo de Ajustamento de Conduta

Previsto no § 6º, do art. 5º, da Lei da Ação Civil Pública, o Compromisso de Ajustamento de Conduta, no dizer de Isabella Franco Guerra, “é o meio pelo qual há um acordo onde uma parte se compromete a ajustar sua conduta conforme as exigências legais”,⁷² que se constitui num instrumento de grande relevância para a defesa do meio ambiente, inclusive contra a poluição sonora.

Instrumento de tutela coletiva, segundo Fernando Reverendo Vidal Akaoui,

*tem o objetivo recolocar o interessado na trilha da legalidade, pois é justamente o afastamento de sua conduta da retidão e respeito que espera em relação aos direitos difusos e coletivos que gera a possibilidade de ação por parte dos legitimados.*⁷³

Para Geisa de Assis Rodrigues,

*é uma forma de solução extrajudicial de conflitos promovida por órgãos públicos, tendo como objeto a adequação de agir de um violador ou potencial violador de um direito transindividual (direito difuso, coletivo ou individual homogêneo) às exigências legais, valendo como título executivo extrajudicial.*⁷⁴

No caso de poluição sonora, o compromisso de ajustamento de conduta pode ter como objeto uma obrigação de não fazer, ou seja, o agente poluidor deverá se comprometer a não praticar a atividade danosa. Realmente, por meio do compromisso, podem ser estipulados horários para o exercício de atividades que causem poluição sonora; a realização de auditoria relativa aos índices de emissão sonora; e a autorização para o ingresso de técnicos, fiscais e outros servidores públicos nas dependências do imóvel, a qualquer hora, para fins de fiscalização do cumprimento do acordo.

Existe, ainda, a possibilidade de no curso de uma ação civil pública haver o acordo e as partes virem a firmar o compromisso de ajustamento de conduta, que nesse caso será homologado pelo juiz e terá força de título executivo judicial.

⁷¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública*. Comentários por artigo Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 343.

⁷² GUERRA, Isabella Franco. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 55.

⁷³ AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental*. 4ªed, rev., ampl., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 71.

⁷⁴ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de conduta*. Rio de Janeiro: Forense, p. 297.

13.2. Mediação

A mediação, segundo o parágrafo único da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, se constitui na “atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

O Código de Processo Civil estabelece regras sobre a mediação judicial, que concorrem para uma solução amigável do conflito, encontrada pelos próprios conflitantes, com a ajuda de terceiros facilitadores, que são os mediadores, onde não há vencedor nem vencido.

Como os conflitos relacionados com a poluição sonora são comuns, alguns com consequências e resultados graves, a mediação se constitui instrumento de mais alta relevância, não só reduzindo o número de conflitos judicializados, como concorrendo para a cultura da paz.

14. Tutela penal

A luta em defesa do meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, conforme já afirmamos,

*tem encontrado no Direito Penal um de seus mais significativos instrumentos. Muitas são as hipóteses em que as sanções administrativas ou civis não se mostram suficientes para a repressão das agressões contra o meio ambiente. O estigma de um processo penal gera efeitos que as demais formas de repressão não alcançam.*⁷⁵

Realmente, a tutela mediante repressão penal do ambiente, conforme anota Ramon Martin Mateo, “é imprescindível, sobretudo pelos efeitos que indubitavelmente tem para evitar condutas ambientalmente indesejáveis”.⁷⁶

Em alguns casos de poluição, especialmente a sonora, o Direito Penal tem sido um forte aliado, considerando a ineficácia de outros meios.

Embora, no nosso ordenamento jurídico, não encontramos um tipo penal exclusivo para a poluição sonora, a conduta poderá ser enquadrada nos artigos 54 e 60 da Lei nº 9.605/1998, assim como no artigo 42 da Lei das Contravenções Penais, que serão analisados na sequência.

14.1. Responsabilidade penal da pessoa jurídica

As maiores causadoras de poluição sonora, que provocam danos à saúde humana, em regra, são as indústrias e empresas comerciais que, por força do disposto no art. 225 § 3º da Constituição Federal de 1988, estão sujeitas às sanções penais.

⁷⁵ FREITAS, Vladimir Passos de, FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a Natureza*. 9ª ed rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.33.

⁷⁶ MATEO, Ramon Martin. *Manual de Derecho Ambiental*, p. 82.

Portanto, nada impede que a pessoa jurídica seja responsabilizada criminalmente pela prática do crime de poluição sonora, desde que a infração, conforme estabelece o artigo 3º da Lei nº 9.605/1998, seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício de sua entidade.

14.2. Crime do artigo 54 da Lei nº 9.605/1998

O crime previsto no art. 54 da Lei nº 9.605/1998, prevê como criminoso a conduta de causar poluição de qualquer natureza, em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana.

Para a caracterização desse crime é necessário que a poluição efetuada pelo agente seja de alto nível, suficiente para causar danos à saúde humana, observando-se que a poluição sonora, à evidência, enquadra-se em poluição de qualquer natureza. Por sua vez, deverá ultrapassar determinados níveis, provocando ou podendo provocar danos no ser humano. Daí se falar que o delito em questão é de dano e de perigo.

No primeiro caso, além da comprovação do dano à saúde, deverá ser demonstrada a violação do nível de poluição estabelecido. No segundo, bastará provar que a poluição foi em nível tal que poderia causar danos à saúde humana. É indispensável, à responsabilização penal, a avaliação dos níveis da poluição havida, bem assim a sua potencialidade de causar danos à saúde humana. Cuida-se de crime de perigo abstrato com relação à saúde humana, não se exigindo para o seu aperfeiçoamento a necessidade da ocorrência de dano, nem tampouco da existência de perigo concreto, contentando-se a lei que a conduta do agente poluidor seja apta a causar danos.

Como se vê, a emissão de ondas sonoras em níveis superiores aos estabelecidos, sendo capazes de causar danos à saúde humana, sem dúvida alguma configura o crime do artigo 54 da Lei nº 9.605/1998, que trata de poluição.

Enfim, o que se faz necessário para a responsabilização penal do agente é a comprovação dos níveis de poluição efetivamente havida, assim como a sua potencialidade de causar danos à saúde humana. Do contrário, quando a conduta, embora inadequada, for insuficiente para causar grave dano, poderá configurar a contravenção penal prevista no artigo 42 da respectiva lei.

Com relação ao *caput*, admissível a tentativa por tratar-se de crime plurissubsistente.

Outrossim, se da poluição resultar lesão corporal grave, como na hipótese de ocorrer caso de debilidade permanente da função auditiva, de conformidade com o disposto no artigo 58 da Lei nº 9.605/1998, as penas serão aumentadas de 1/6 a 1/3.

14.3. Crime do artigo 60 da Lei nº 9.605/1998

Configura o crime previsto no art. 60 da Lei n. 9.605/1998,

Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentos pertinentes.

Das modalidades de condutas previstas no dispositivo supracitado, a que mais interessa ao tema aqui tratado é a de “fazer funcionar” estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, ou seja, que possam causar danos ao meio ambiente.

Cuida-se de crime de perigo, doloso, de menor potencial ofensivo, punindo aquele que, sem licença ou autorização do órgão competente, contrariando as normas legais, coloca em funcionamento um estabelecimento ou serviço que possa causar danos. Caso estes ocorram, o crime será outro, no caso de poluição sonora, em havendo dano à saúde, estará caracterizado o crime do artigo 54 do diploma em questão.

Conforme decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Recurso crime. Delito ambiental. Artigo 60 da Lei 9.605/98. Estabelecimento de atividade potencialmente poluidora. Laudo pericial. Desnecessidade. Suficiência probatória. Condenação mantida. 1– Denunciado que sem licença ambiental, fez funcionar estabelecimento potencialmente poluidor pratica o crime ambiental previsto no art. 60 da Lei 9.605/98. 2– Trata-se de crime de mera conduta, que independe de resultado naturalístico, e de perigo abstrato, sendo desnecessária a realização de perícia. 3– Tese de erro de proibição afastada por se tratar de erro inescusável que não apenas poderia como deveria ser evitado. 4– Prova suficiente para a manutenção do decreto condenatório. 5– Pena privativa de liberdade afastada porque suficiente, na espécie, a aplicação exclusiva da pena de multa, alternativamente cominada.⁷⁷

14.4. Artigo 42 da Lei das Contravenções Penais

A Lei das Contravenções Penais tutela o sossego e o trabalho alheios em seu artigo 42:

Perturbar alguém, o trabalho ou o sossego alheios: I – com gritaria ou algazarra; II – exercendo profissão incomoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais; III – abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos; IV – provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal de que tem guarda.

Segundo preleciona Waldir de Arruda Miranda Sobrinho:

O sossego protegido pelo Código concerne ao estado de quietação necessário ao descanso, repouso ou à concentração do homem comum. Trata-se, pois, da ausência de ruídos ou vibrações que possam causar incômodo, interferindo no trabalho ou descanso a que temo direito.⁷⁸

Portanto, não é qualquer ruído. “A simples suscetibilidade de um indivíduo, a sua maior intolerância ou a irritabilidade de um neurastênico”, conforme anota José Duarte,

⁷⁷ Recurso Criminal n. 71.002617876. Turma Recursal Criminal. Rel. Cristina Pereira Gonzales.j. 12/07/2010.

⁷⁸ Waldir de Arruda Miranda CARNEIRO. *Perturbações onoras nas Edificações Urbanas*. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 16.

não é que gradua a responsabilidade. A excitação auditiva, a percepção dolorosa de sons agudos, a hiperacusia de alguém não é o que justifica a repressão. A perturbação deve, assim, ser incômoda aos que habitam um quarteirão, residem em uma vila, se recolhem a um hospital, frequenta uma biblioteca.

Por outro lado, não há como afirmar que essa figura, descrita no artigo art. 42, tenha sido revogada pelo crime descrito no art. 54 da Lei nº 9.605/1998, uma vez que os objetos jurídicos tutelados pela norma contravencional (art. 42) e pelo tipo penal (art. 54) são distintos.

Com efeito, a infração penal prevista pela Lei das Contravenções Penais, no citado art. 42, como anotado, diz respeito a perturbar o trabalho ou o sossego de alguém, ou seja, uma pessoa, enquanto que no crime descrito no art. 54, além do bem jurídico tutelado ser difuso, essa poluição deverá resultar ou, pelo menos, ter potencialidade de resultar danos à saúde humana.

A respeito da distinção entre o crime de poluição e a contravenção do artigo 42 da respectiva lei, merece transcrição a lição de Silvia Cappelli:

Enquanto o bem jurídico tutelado pela referida contravenção é o sossego e a tranquilidade para trabalhar de qualquer cidadão, no art. 54 da LCA o que se protege é a saúde humana e a vida animal e vegetal. Assim, se o som excessivo causar apenas a ruptura do sossego alheio e inconveniente no exercício de suas funções habituais está-se diante da contravenção penal do art. 42. Porém, se o ruído produzido potencialmente puder ofender a integridade física ou psíquica de qualquer ser humano, ou causar a mortandade de animais ou destruição significativa da flora, a norma aplicável é a do art. 54 da LCA. O art. 54 da Lei 9.605/98 não revogou o art. 42 da Lei das Contravenções Penais, pois as normas possuem âmbito de incidência diferenciado. Ambas podem versar sobre ruído, mas diferenciam-se em intensidade. Enquanto a primeira protege a pessoa humana em seu sossego, a segunda a protege em sua saúde, por isso é necessário comprovar a potencialidade de lesão à saúde provocada pela poluição sonora.⁷⁹

14.5. Aspectos processuais penais

Com relação aos aspectos processuais penais relacionados com a poluição sonora, dois deles devem ser destacados: a prova e as figuras da transação penal e da suspensão condicional do processo.

14.5.1. Prova

Quanto à prova, no que diz respeito ao crime previsto no artigo 54 da Lei nº 9.605/1998, necessário se faz que fique demonstrada a ocorrência de níveis de poluição que ultrapassem

⁷⁹ CAPPELLI, Silvia. *Poluição Sonora e Crime do art. 54 da Lei 9.605/98*. Revista de Direito Ambiental, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 47, p. 205.

os limites estabelecidos pelo poder público, bem assim a sua potencialidade de causar danos à saúde humana.

A propósito, a jurisprudência:

Conforme decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais: "O crime de poluição sonora, previsto no art. 54 da Lei n. 9.605/98, não exige a demonstração de dano efetivo à saúde humana, bastando aquele potencial possível a comprovação da materialidade de forma indireta".⁸⁰

Por outro lado, ainda segundo entendeu a mesma Corte de Justiça: "Constatada a poluição sonora por medição técnica empreendida por policial militar devidamente treinado para fazê-la, não há que se cogitar de ineficácia da prova, sem qualquer mínima prova que a aponte".⁸¹

E no que diz respeito à contravenção penal do artigo 42:

*É prescindível a realização de perícia para a aferição do abuso na produção de ruídos emitidos por instrumento sonoro, bastando a existência de outros meios de provas para estar caracterizada a contravenção penal de perturbação do sossego alheio.*⁸²

"Constatada a poluição sonora por medição técnica empreendida por policial militar devidamente treinado para fazê-la, não há que se cogitar de ineficácia da prova, sem qualquer mínima prova que a aponte".⁸³ (TJMG. Apelação criminal n. 1.0618.06.100180-7/001. Poços de Caldas. Rel. Des. Adilson Lamounier, j. 18.01.2011).

14.5.2. Transação penal e suspensão condicional do processo

As infrações penais relacionadas com a poluição sonora, quais sejam, os crimes descritos nos artigos 54 e 60 da Lei n° 9.605/1998 e a contravenção penal do artigo 42 da respectiva lei, podem ser de menor ou médio potencial ofensivo. Consequentemente, aplicam-se os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, previstos, respectivamente, nos artigos 69 e 89 da Lei n° 9.099/1995 e artigos 27 e 28 da Lei n° 9.605/1998.

Com relação à transação penal, segundo observamos (e nesse ponto não se deve deixar de apreciar a questão dos danos morais):

Recebendo a autoridade judiciária o termo circunstanciado ou o inquérito policial, designará a audiência a que se refere o art. 72 da Lei n. 9.099/95. Nela o juiz esclarecerá o infrator a respeito da composição dos danos e da aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. A finalidade dessa audiência é a conciliação, que, apesar de feita no âmbito penal, terá efeitos civis. A composição dos danos civis (art. 74), que se mostra de grande importância nos casos

⁸⁰ Ap. Crim. N. 16433.05.169449.8.01. Comarca de Montes Claros. Rel.; Des. Herculano Rodrigues, j. 13.09.2207.

⁸¹ Ap. Crim. 1.0518.100180-7/001. Poços de Caldas. Rel. Des. Adilson Lamounier, j. 18.01.2011.

⁸² TJMG. Ap. Crim. N.1.0434.05.001879-6/001. 1ª Câmara, Rel. Des. Fernando Starling, j. 11.03.2008.

⁸³ TJMG. Ap. Crim. N. 1.0618.06.100180-7/001. Poços de Caldas, Rel. des. Adilson Lamounier, j. 18.01.2011.

de infrações ambientais, vem ao encontro do objetivo maior, que é a reparação do dano. Reduzida a termo e homologada pelo juiz, servirá de título hábil para a execução no juízo civil. Tanto o juiz como o representante do Ministério Público deverão dedicar especial atenção a esta circunstância, que certamente influenciará na transação (76).⁸⁴

Quanto à suspensão condicional do processo, no caso do crime do art. 54 da Lei nº 9.605/1998, especial atenção deve ser dada às condições a serem estabelecidas, não só no que diz respeito a reparação dos danos decorrentes da poluição sonora, como a adoção de medidas para que ela não mais ocorra, lembrando que as condições podem ser legais (art. 89 § 1º) e judiciais (art. 89 § 2º), que são aquelas que se mostram mais adequadas ao fato.

15. Considerações finais

Em suma, a poluição sonora é uma das formas mais comuns de impacto negativo sobre o meio ambiente e que repercute diretamente na qualidade de vida das pessoas, diminuindo bem-estar, causando distúrbios na saúde física e psíquica dos indivíduos.

Essa forma de poluição é notoriamente sentida nos centros urbanos, fazendo com que se identifique o papel relevante a partir da competência que a Constituição Brasileira atribui ao ente federativo que tem a atribuição precípua de cuidar de assuntos de interesse local.

As questões envolvendo a função socioambiental das cidades levam o município a ter a responsabilidade de desenvolver políticas públicas relacionadas ao ordenamento do solo que levem em consideração as variantes ambientais, a segurança da população, incluindo o direito ao sossego e a viver em um ambiente hígido.

Tendo em vista que tais questões são de ordem pública, não pode a administração pública se omitir na realização de suas incumbências constitucionais.

A Constituição Brasileira de 1988 estabelece que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial à sadia qualidade de vida, daí a defesa do meio ambiente estar ligada à proteção da saúde, do direito a uma vida digna, de desfrutar de condições estéticas, sanitárias adequadas livres de poluição.

Assim, o poder público tem o dever de estabelecer padrões de controle e qualidade do meio ambiente, para tanto, com base no poder de polícia em matéria ambiental, pode limitar atividades privadas e estabelecer exigências para que a ordem pública ambiental seja respeitada.

Há, portanto, meios para o município promover o controle de atividades poluidoras, podendo responsabilizar e fixar sanções administrativas, como multar e interditar a atividade do poluidor.

O descumprimento pelo administrador público de seu dever de eficiência, de tutela do meio ambiente, do princípio da moralidade administrativa, pode ensejar a propositura da ação popular para anular o ato lesivo. Se uma licença é dada para o funcionamento de um estabelecimento comercial que provoca a poluição sonora, no caso, por exemplo, de uma casa de shows, localizada em área residencial, sem ter havido a colocação do devido

⁸⁴ FREITAS; FREITAS, 2012, p. 361.

revestimento acústico, haverá flagrante ilegalidade, que poderá levar o cidadão a mover uma ação popular ambiental para anular o ato administrativo viciado.

Por outro lado, também é possível mover uma ação civil pública para responsabilizar o poluidor e para determinar a cessação da atividade nociva que produz a poluição sonora e ação penal, inclusive da pessoa jurídica.

Enfim, o objetivo deste trabalho foi apontar alguns dos aspectos mais relevantes da poluição sonora e mostrar que na legislação pátria estão previstos os meios necessários, senão para solucionar o problema, pelo menos minorá-lo, de modo a contribuir para que todo cidadão possa viver em um ambiente saudável, direito consagrado na Constituição Brasileira de 1988 como um direito fundamental.

Referências bibliográficas

- AKAQUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- ANDRADE, Filipe Augusto Vieira de. *Poluição sonora*. In: Manual prático da promotoria de justiça do meio ambiente. São Paulo, 1999.
- AYALA, Patryck de Araujo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial – teoria e prática*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.
- BENJAMIN, Antonio Herman. *Introdução ao direito ambiental*. In: Manual prático da promotoria de justiça do meio ambiente. São Paulo, 1999.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais: fixação do valor da indenização*. Revista JTACIV-SP, 2007.
- BOTASSE, Carlos Alfredo. *Derecho administrativo ambiental*. La Plata: 1997.
- CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- CAPPELLI, Sílvia. *Poluição Sonora e crime do art. 54 da Lei n. 9.605/98*. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 47.
- CAPPELLI, Sílvia; MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Direito Ambiental*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.
- CARNEIRO, Valdir de Arruda Miranda. *Perturbações sonoras nas edificações urbanas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. Comentários por artigo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- DANTAS, Marcelo Buzzaglo. *Direito ambiental simplificado*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. *Polícia do meio ambiente*. Revista Forense, v. 317, p. 176.
- DIAS, Edna Cardoso. *Manual de Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2003.
- DIAS, José Eduardo Figueiredo; MENDES, Joana Maria Pereira. *Legislação ambiental: sistematizada e comentada*. Coimbra: Coimbra Editora.
- EXCESSO de barulho pode causar hipertensão e até doenças mentais. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 18 fev. 2001. p. 2.
- FENSTERSEIFER, Tiago. *Diretos fundamentais e proteção do meio ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. *Curso de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRANGETTO, Flavia V. O direito à qualidade sonora. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 19.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito administrativo ambiental*.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2009.

GUERRA, Isabella Franco. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

KISS, Alexandre. SHELTON, Dinah. *Manual judicial de direito ambiental*. Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente. PNUMA, 2008.

GHUINAL, Dominique. *Droit repressif de l'environnement*. Paris: Economica, 2008.

GOBBI, Rômulo. *Do silêncio ao ruído: um estudo da poluição sonora no contexto do direito ambiental*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba.

LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Preservação ambiental e ocupação do espaço urbano à luz do estatuto da cidade. *Revista de Direito Ambiental*, v. 25, p. 299.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPELLI, Silvia. *Direito ambiental*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

MARTINS, Wallace Paiva. *A tutela administrativa do meio ambiente na Lei n. 9.605/98*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999.

MATEO, Ramon Martin. *Manual de derecho ambiental*. Madrid: Trivium, 1998.

MEIRELLES, Heli Lopes. *Direito de construir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

MILARÉ, Édís. *A responsabilidade administrativa ambiental*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

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

MILARÉ, Édís; BENJAMIN, Antonio Herman. *Estudo de impacto ambiental*. CETESB, 1994.

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

MOREIRA, Ivana Verocai Dias. *Vocabulário básico de meio ambiente*. Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente, 1990.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Direito ao sossego: uma garantia violada abertamente*. Terra Magazine, 2009.

PILATI, Luciana Cardoso; DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Direito ambiental simplificado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

- PRESTES, Vanêsa Buzelato. Plano diretor e estudo de impacto de vizinhança, 2003. Disponível em: <<https://bit.ly/2ADvPrs>>. Acesso em: 8 jan. 2019.
- PRIETO, Mariza Sylvia Zanela. Polícia do meio ambiente. *Revista Forense*, v. 317, p. 176.
- ROCHA, Julio Cesar de Sá da. *Direito ambiental e meio ambiente do trabalho*. São Paulo: LTr. Editora, 1997.
- RODRIGUES, Geissa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- SHELTON, Dinah; KISS, Alexandre. *Manual judicial de direito ambiental*. Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA).
- SILVA FILHO, Sebastião Flavio da. A poluição sonora decorrente da circulação de veículos. *Revista CEJ*, São Paulo, n. 3.
- SILVA, Geraldo Eulálio Nascimento. *Direito ambiental internacional*. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional ambiental*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- SOBRINHO, Waldir de Arruda Miranda. *Perturbação sonora nas edificações urbanas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- STEIGLEDER, Annelise Monteiro; MARCHESAN, Ana Maria Moreira; CAPPELLI, Silvia. *Direito ambiental*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.
- STOCCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. Revista dos Tribunais, 2007.
- TRENNEPOHL, Curt. *Infrações contra o meio ambiente: multas, sanções e processo administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

O alcance da Lei 12.651/2012 sobre ações iniciadas e sentenciadas na vigência do antigo Código Florestal

João Francisco Moreira Viegas¹
Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

Considerações preliminares

A aplicação da lei no tempo é, ainda hoje, um tema tormentoso e polêmico. Certo que, não são raras as ocasiões, em que a aplicação da lei nova às relações já estabelecidas dá ensejo a acirradas discussões e diferentes interpretações. De um lado, a ideia central de segurança jurídica, de outro, a possibilidade e necessidade de mudança.

Constitui grande desafio conciliar essas duas pretensões em aparente antagonismo, especialmente num modelo constitucional como o nosso que, com exceção da Carta de 1937 (a chamada polaca), resguarda o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Nos estreitos limites deste ensaio procurarei expor situações de maior ocorrência, tendo em vista o entendimento hoje prevalente nas Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Aplicação da Lei 12.651/12 nas ações em andamento, mesmo que iniciadas e sentenciadas na vigência do antigo Código Florestal

Nas Câmaras Ambientais, há muito, prevalece o entendimento de que o novo Código Florestal deve ser aplicado a todas as ações em andamento, mesmo àquelas iniciadas e sentenciadas na vigência da lei antiga, sem que isso configure violação à garantia constitucional à ampla proteção ao meio ambiente e ao devido processo legal (art. 5º, LVI, e art. 225, da CF) ou à legislação infraconstitucional sobre a matéria, porque a legislação ambiental é dinâmica e deve atender a situação fática na atualidade, o que permite a adequação dos processos em andamento ao novo Código Florestal. A título de exemplo, transcrevo trechos de acórdãos escolhidos ao acaso.

A lei vigente ao tempo do processamento da ação pode ser aplicada, sem que isso configure violação à garantia constitucional à ampla proteção ao meio ambiente e ao devido processo legal (art. 5º, LVI, e art. 225, da CF) ou à legislação infraconstitucional sobre a matéria, porque a legislação ambiental é dinâmica e deve atender a situação fática na atualidade, o que permite a adequação dos processos em andamento ao estabelecido na Lei nº 12.651/12 (novo Código Florestal).

¹ Integrante da 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do TJSP, Mestre em Direito.

Em suma, estando ainda em curso a ação civil pública, de rigor, a sua adequação, no que couber, às normas e diretrizes do novo Código Florestal – Lei nº 12.651/12, notadamente, no que diz respeito à análise, pelo perito judicial, dos quesitos formulados pelo autor, à luz do novo Código Florestal (Lei nº 12.651/12).

Deste modo, de ser deferida a adaptação da ação civil pública às novas regras introduzidas pela Lei nº 12.651/12, novo Código Florestal, revogado o r. despacho agravado. (Agravo de Instrumento nº 0125852-83.2013.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Rel. Des. Zélia Maria Antunes Alves, j. 22.05.2014)

Conquanto tenha sido a ação proposta sob a égide da Lei nº 4.771/65, vigente à época, necessário salientar a necessidade da aplicação da lei nova concernente à matéria sob exame (Lei nº 12.651/12 e MP nº 571/12), a teor do art. 462 do Código de Processo Civil, já tendo decidido a respeito o Colendo STJ: “As normas legais editadas após o ajuizamento da ação devem levar-se em conta para regular a situação exposta na inicial” (STJ-3ª T., REsp 18.443-0-SP EDcl-EDcl, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 29.6.93, DJU 9.8.93, p. 15.228).

Com efeito, o conceito de Topo de Morro, previsto também na Lei nº 4.775/61 como área de preservação permanente, mantém-se no novo Código Florestal, cujo art. 4º, IX, traz todos os requisitos para a sua identificação, ao contrário da antiga lei, que era complementada pela Resolução 303 do CONAMA quanto a esta questão.

E, aplicando-se à espécie a Lei nº 12.651/2012, vê-se que, de fato, nos elementos foram introduzidos e que devem ser observados, não havendo outra forma senão a realização de prova pericial, como requerido pelo réu nos autos da ação civil, a fim de verificar se houve irregularidade na construção do seu imóvel.

Assim, deve a decisão modificada, a fim de que a prova técnica seja produzida, com base na Lei nº 12.651/12, objetivando com isso, a averiguação da tutela às áreas de preservação permanente. (Agravo de Instrumento nº 2051727-13.2013.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Rel. Des. Paulo Ayrosa, j. 15.05.2014).

Possibilidade de cômputo das Áreas de Preservação Permanente na composição da Reserva Legal

Ao aceitarem a tese da aplicação retroativa do novo Código Florestal para as ações em curso, acabaram as Câmaras por admitir a possibilidade do cômputo das Áreas de Preservação Permanente no cálculo do percentual da Reserva Legal, desde que preenchidos os requisitos do artigo 15. Nesse sentido, os arestos que seguem:

O ordenamento vigente admite o cômputo das Áreas de Preservação Permanente (APPs) no cálculo do percentual da reserva legal, conforme previsão contida no artigo 15, in verbis:

Art. 15. Será admitido o cômputo das Áreas de Preservação Permanente no cálculo do percentual da Reserva Legal do imóvel, desde que:

I – o benefício previsto neste artigo não implique a conversão de novas áreas para o uso alternativo do solo;

II – a área a ser computada esteja conservada ou em processo de recuperação, conforme comprovação do proprietário ao órgão estadual integrante do Sisnama; e

III – o proprietário ou possuidor tenha requerido inclusão do imóvel no Cadastro Ambiental Rural -CAR, nos termos desta Lei.

§ 1º O regime de proteção da Área de Preservação Permanente não se altera na hipótese prevista neste artigo.

§ 2º O proprietário ou possuidor de imóvel com Reserva Legal conservada e inscrita no Cadastro Ambiental Rural – CAR de que trata o art. 29, cuja área ultrapasse o mínimo exigido por esta Lei, poderá utilizar a área excedente para fins de constituição de servidão ambiental, Cota de Reserva Ambiental e outros instrumentos congêneres previstos nesta Lei.

3º O cômputo de que trata o caput aplica-se a todas as modalidades de cumprimento da Reserva Legal, abrangendo a regeneração, a recomposição e a compensação (Redação dada pela Lei nº 12.727, de 2012).

§ 4º É dispensada a aplicação do inciso I do caput deste artigo, quando as Áreas de Preservação Permanente conservadas ou em processo de recuperação, somadas às demais florestas e outras formas de vegetação nativa existentes em imóvel, ultrapassarem: (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

I – 80% (oitenta por cento) do imóvel rural localizado em áreas de floresta na Amazônia Legal; e (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012). (Apelação nº 0060386-31.2011.8.26.0577, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Rel. Des. Moreira Viegas, j. 27.10.2016)

Outrossim, perfeitamente admissível, segundo a novel legislação, o cômputo da área de preservação permanente na reserva legal, desde que preenchidos os requisitos de seu art. 15, devendo a autoridade administrativa, quando da apreciação do projeto de instituição da reserva legal, observar se tais requisitos foram atendidos, quais sejam: que o benefício não implique em novas supressões de vegetação; que a área de APP a ser computada esteja conservada ou em processo de recuperação conforme comprovação do proprietário ao órgão estadual, e, ainda, que tenha sido requerida a inclusão do imóvel no CAR – Cadastro Ambiental Rural. (Apelação nº 0002476-33.2014.8.26.0515, 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Rel. Des. Paulo Ayrosa, j. 9.02.2017)

Em que pese os inúmeros argumentos colacionados a sustentar a vedação da aplicação do dispositivo, certo é que a norma ambiental não se apresenta em dissonância com o mandamento constitucional em defesa ao meio ambiente saudável. Isso porque a possibilidade prevista no art. 15 da Lei nº 12.651/12 se traduz em compatibilização com outros direitos fundamentais, a permitir a efetivação dos constitucionalmente assegurados tais como a propriedade, a livre iniciativa dentre outros.

A propósito, cumpre destacar que a possibilidade assegurada no art. 15 da nova legislação ambiental, ao contrário de representar um retrocesso à proteção ambiental, caracteriza-se como medida efetiva à regularização das propriedades rurais, ao compatibilizar as áreas destinadas à proteção ambiental com as áreas produtivas. (Agravo de Instrumento nº 2241708-90.2015.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Rel. Des. Marcelo Berthe, j. 7.04.2016)

[...] esta C. 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente tem admitido a aplicação do art. 15 do Novo Código Florestal, ressaltando, contudo, que, “Para tanto, imperioso serem preenchidos os requisitos ali previstos, devendo a autoridade administrativa, quando da apreciação do projeto de instituição da reserva legal, observar rigorosamente se tais pressupostos foram atendidos”. (Apelação 4001432-87.2013.8.26.0597, Rel. Des. Vera Angrisani, j. 31/07/2014)

Com efeito, a Lei nº 12.651/12, no artigo 15, admitiu o cômputo das Áreas de Preservação Permanente (APPs) no cálculo do percentual da área de Reserva Legal do imóvel atendidos os requisitos mencionados nos incisos I, II e III do referido artigo. (Apelação nº 1005095-69.2014.8.26.0077, 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Rel. Des. Eutálio Porto, j. 14.04.2016)

Suspensão ou vedação do direito de acesso a benefícios ou incentivos fiscais e financiamentos

Com relação a esse tema vingou o entendimento de que nada aponta para a necessidade de se punir antecipadamente os proprietários ou produtores rurais com a proibição de obter incentivos e benefícios fiscais e financiamentos, de modo a dificultar ainda mais a recomposição do dano ambiental. Confirmam-se os seguintes julgados:

No que tange à vedação de recebimento de benefícios e incentivos fiscais do Poder Público e financiamentos, anote-se que não se demonstra razoável, a procedência do pedido, tendo em vista que a sua imposição pode resultar na inviabilização da própria recomposição do dano ambiental. (Embargos de Declaração nº 0000369-27.2012.8.26.0534, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Rel. Marcelo Berthe, j. 9.06.2016)

A obrigação de não fazer consistente em “não receber benefícios, incentivos fiscais e financiamentos públicos”, todavia, merece ser afastada. Como sempre tenho decidido sobre o tema, tais medidas constituem atribuição da autoridade administrativa ou financeira que concedeu os benefícios, incentivos ou financiamento, nos termos do art. 14, § 3º, da Lei nº 6.938/81, e não do Poder Judiciário, razão pela qual ficam afastadas. (Apelação nº 0028418-02.2011.8.26.0506, 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Rel. Des. Paulo Alcides, j. 9.02.2017)

Por fim, nada aponta para a necessidade de punir antecipadamente os réus com a proibição de obter incentivos e benefícios fiscais e financiamento, de modo a dificultar ainda mais o cumprimento da sentença. Deve-se ressaltar, entretanto, que o artigo 78-A do novo Código Florestal determina que após cinco anos da data de sua publicação, “as instituições financeiras só concederão crédito agrícola, em qualquer das suas modalidades, para proprietários de imóveis rurais que estejam inscritos no Cadastro Ambiental Rural CAR e que comprovem a sua regularidade nos termos desta Lei”. (Apelação nº 0060386-31.2011.8.26.0577, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Rel. Moreira Viegas, j. 27.10.2016)

Possibilidade de dispensa da obrigação de averbação da Reserva Legal na matrícula do imóvel

Uniforme nas Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente, também, o entendimento de que a obrigação de instituir a reserva legal deve ser feita nos termos da Lei Federal nº 12.651/12, que dispensa a sua averbação na matrícula do imóvel caso o proprietário comprove registro da reserva legal no Cadastro Ambiental Rural (CAR), nos termos do artigo 18 do citado diploma.

Contudo, somente efetivar o registro no CAR não se faz suficiente, porquanto necessária sua medição e demarcação, isolamento e conservação. Observe-se que quando se trata de área ocupada ou a ser ocupada pela Reserva Legal o que se pode esperar do proprietário ou posseiro é ou a manutenção da cobertura nativa, por certo se esta ainda existir, ou a regeneração (ativa, com auxílio humano, ou passiva, pela atuação da natureza).

Nesse sentido, os acórdãos abaixo:

A obrigação de instituir a reserva legal deve ser mesmo feita nos termos da Lei Federal nº 12.651/12, que dispensa a sua averbação na matrícula do imóvel caso o proprietário comprove registro da reserva legal no Cadastro Ambiental Rural (CAR), nos termos do artigo 18 do citado diploma.

Sabido que com a publicação da Instrução Normativa nº 2, do Ministério do Meio Ambiente, de 06 de maio de 2014, o CAR passa a ser considerado implantado e o prazo para a inscrição é de um ano, contado daquela data, nos termos do que determina o artigo 29, § 3º, do Novo Estatuto Florestal.

Os requerimentos de instituição de reserva legal devem ser realizados por meio do Sistema de Cadastro Rural Ambiental do Estado de São Paulo (SiCAR-SP), no seguinte endereço eletrônico: <http://www.ambiente.sp.gov.br/sicar/>.

Nesse sentido, a jurisprudência das duas Câmaras Ambientais.

[...]

Contudo, somente efetivar o registro no CAR não se faz suficiente, porquanto necessária sua medição e demarcação, isolamento e conservação. Observe-se que quando se trata de área ocupada ou a ser ocupada pela Reserva Legal o que se pode esperar do proprietário ou posseiro é ou a manutenção da cobertura nativa, por certo se

esta ainda existir, ou a regeneração (ativa, com auxílio humano, ou passiva, pela atuação da natureza).

[...]

Resta salientar que a Lei 12.651/12 não admite a consolidação do uso das propriedades sem o respeito da reserva legal, pois todos os imóveis rurais, independentemente da destinação outrora dada às terras, estão sujeitos à obrigação de instituir e manter dita reserva. Neste ponto, todos os proprietários que não tiverem área reservada aos percentuais mencionados no art. 12 com vegetação estão obrigados a realizar à sua recomposição. (Apelação nº 0001928-74.2012.8.26.0257, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Rel. Des. Moreira Viegas, j. 27.10.2016)

O descumprimento da obrigação de preservar as áreas de preservação permanente, bem como instituir as de reserva legal do imóvel restou demonstrado pelo conjunto probatório. Tal dever legal deve ser cumprido nos termos da Lei Federal nº 12.651/12, que dispensa a sua averbação na matrícula do imóvel caso se comprove o registro da área de reserva legal no Cadastro Ambiental Rural (CAR), conforme dispõe o artigo 18 do citado diploma.

De se ressaltar que as Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente deste egrégio Tribunal de Justiça entendiam permanecer a obrigação de averbação da área de reserva legal junto à matrícula do imóvel enquanto não implementado o CAR.

Ocorre que com a publicação da Instrução Normativa nº 2, do Ministério do Meio Ambiente, de 06 de maio de 2014, o CAR passa a ser considerado implantado e o prazo para a inscrição é de um ano, contado daquela data, nos termos do que determina o artigo 29, §3º, do Novo Estatuto Florestal.

A partir de então, portanto, não mais é necessária a averbação da área de reserva legal na matrícula do imóvel, bastando, portanto, o registro do imóvel no CAR, providência administrativa tomada pelos réus após o ajuizamento da demanda (fls. 504/509, 550/553), o que não implica em extinção desta por falta de interesse de agir, mas a procedência da pretensão por reconhecimento jurídico do pedido. (Apelação nº 0003053-58.2011.8.26.0210, 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Rel. Des. Paulo Alcides, j. 9.02.2017)

Inicialmente, ressalta-se que, antes da implementação do Cadastro Ambiental Rural, pelo Decreto Federal 8.235, de 05 de maio de 2014, as Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente deste egrégio Tribunal de Justiça entendiam permanecer a obrigação de averbação da área de reserva legal junto à matrícula do imóvel.

Isto porque, a exigência legal anterior já era para ter sido realizada, ou seja, o registro da reserva legal já tinha que constar da matrícula do imóvel, caracterizando estado de mora de quem não o fizera, em face da lei anterior, e mesmo que a Lei 12.651/2012 tenha instituído nova obrigação e novo formato de registro, isto não eliminava o cumprimento da lei anterior.

Porém, com a criação do CAR e o estabelecimento de procedimentos a serem adotados para a inscrição, registro, análise e demonstração das informações ambientais sobre os imóveis rurais,

pela Instrução Normativa nº 2 do Ministério do Meio Ambiente, de 06 de maio de 2014, deve-se afastar a obrigação da averbação, conforme dispõe o art. 18, § 4º, do Novo Código Florestal.

De sorte que os apelantes devem proceder não mais à averbação na matrícula do imóvel, mas sim à inscrição do imóvel junto ao CAR, nos termos do art. 29, § 3º, da Lei 12.651/2012, que dispõe que “a inscrição no CAR será obrigatória para todas as propriedades e posses rurais, devendo ser requerida no prazo de 1 (um) ano contado da sua implantação, prorrogável, uma única vez, por igual período por ato do Chefe do Poder Executivo. (Ap. 0000121-74.2009.8.26.0111, Rel. Eutálio Porto, j. 16/04/2015)

A incidência das regras de abrandamento contidas no artigo 68 do Novo Código Florestal aos processos iniciados na vigência da lei anterior

Firmado o entendimento de que as disposições do Novo Código Florestal perfazem normas de ordem pública e gozam de aplicabilidade imediata aos processos em andamento, admitem as Câmaras Reservadas a incidência das regras de abrandamento previstas no artigo 68, desde que comprovado pelo interessado o preenchimento dos requisitos.

Certo que, a Lei 12.651/12 não admite a consolidação do uso das propriedades sem o respeito da reserva legal, pois todos os imóveis rurais, independentemente da destinação outrora dada às terras, estão sujeitos à obrigação de instituir e manter dita reserva. Neste ponto, todos os proprietários que não tiverem área com vegetação correspondente aos percentuais mencionados no art. 12 estão obrigados a realizar a sua recomposição.

Confiram-se os seguintes julgados:

Fixada tal premissa, o artigo 68 da Lei nº 12.651/2012 (cuja alegação de inconstitucionalidade vem sendo refutada pelas Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente) prevê a dispensa da recomposição, compensação ou regeneração, nos percentuais exigidos nesta lei, nos casos em que a supressão de vegetação nativa tenha respeitado os percentuais de reserva legal previstos na legislação vigente à época dos fatos, in verbis:

Art. 68. Os proprietários ou possuidores de imóveis rurais que realizaram supressão de vegetação nativa respeitando os percentuais de Reserva Legal previstos pela legislação em vigor à época em que ocorreu a supressão são dispensados de promover a recomposição, compensação ou regeneração para os percentuais exigidos nesta Lei.

§ 1º. Os proprietários ou possuidores de imóveis rurais poderão provar essas situações consolidadas por documentos tais como a descrição de fatos históricos de ocupação da região, registros de comercialização, dados agropecuários da atividade, contratos e documentos bancários relativos à produção, e por todos os outros meios de prova em direito admitidos.

Na hipótese, os réus alegaram fazer jus à benesse prevista no mencionado dispositivo legal, apresentaram início de prova nesse sentido (depoimentos de funcionários que trabalharam na Fazenda Resfriado entre às décadas de 40 a 80 – fls. 226/231) e postularam a produção de prova pericial, pleito este indeferido pelo Magistrado a quo, ao fundamento de que:

Em momento algum os requeridos alegam que possuem a área de reserva legal, mas apenas insistem que não estão obrigados a reservar 20% do imóvel ou a averbar a área reservada. Ou seja, não pediram perícia para provar que possuem a área reservada. Aliás, no pedido de produção de prova pericial, eles afirmam que a área já havia sido explorada quando a adquiriram, sendo que eles não aumentaram a área desmatada, fato esse que pertence ao mérito e com ele será analisado.

Preservada a convicção do i. Julgador, a análise da contestação apresentada pelos réus demonstra que um dos pontos ventilados foi justamente o de que a propriedade rural objeto da ação tem a situação consolidada, nos termos do artigo 68 do Novo Código Florestal.

E para a aferição de tal circunstância, era essencial a realização da prova pericial, indeferida pelo Juízo de origem. (Apelação nº 0050367-19.2010.8.26.0506, 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Rel. Des. Paulo Alcides, j. 26.11.2015)

Após, o artigo 68 do Código Florestal assim dispõe:

“Art. 68. Os proprietários ou possuidores de imóveis rurais que realizaram supressão de vegetação nativa respeitando os percentuais de Reserva Legal previstos pela legislação em vigor à época em que ocorreu a supressão são dispensados de promover a recomposição, compensação ou regeneração para os percentuais exigidos nesta Lei. § 1º Os proprietários ou possuidores de imóveis rurais poderão provar essas situações consolidadas por documentos tais como a descrição de fatos históricos de ocupação da região, registros de comercialização, dados agropecuários da atividade, contratos e documentos bancários relativos à produção, e por todos os outros meios de prova em direito admitidos”.

Assim, o artigo 68 dispensa os proprietários ou possuidores de imóveis rurais de promover a recomposição, compensação ou regeneração para os percentuais exigidos desde que comprovem pelos meios indicados na própria lei (§ 1º), que realizaram a supressão de vegetação nativa respeitando os percentuais de reserva legal previstos na legislação então em vigor. (Apelação nº 0001928-74.2012.8.26.0257, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Rel. Des. Moreira Viegas, j. 27.10.2016)

Execução de sentenças transitadas em julgado e de termos de ajustamento firmados sob a égide da lei antiga

A respeito desse assunto, não chegaram as Câmaras Ambientais do Tribunal de Justiça de São Paulo a um entendimento uniforme, variando conforme a composição da turma julgadora. O que não é bom ao jurisdicionado.

Sem questionar o acerto ou desacerto de nenhum dos posicionamentos, por serem todos defensáveis, limito-me a apresentar os fundamentos utilizados na defesa de cada um deles e a declarar, desde logo, meu entendimento pela inaplicabilidade da lei nova às ações de execução de sentença transitadas em julgado e aos termos de ajustamento de conduta homologados ao tempo da vigência do antigo Código Florestal. Relaciono alguns julgados que mostram a existência do dissenso.

Não se trata, à evidência, de retroação da lei nova ou de desconsideração da coisa julgada; trata-se da aplicação da lei nova ao cumprimento da sentença e aos atos administrativos a partir de sua vigência e do cumprimento da coisa julgada segundo o novo contexto legal. A sentença admite que as áreas protegidas sejam computadas se previsto na lei; assim era ao tempo da LF nº 4.771/1965 e assim é ao tempo da LF nº 12.651/2012, agora em maior extensão; o relevante é que a sentença determinou que se cumprisse a lei, sem determinar nada diferente dela. A obrigação deve ser cumprida segundo a lei do tempo da execução ante a natureza da imposição (limitação administrativa) e por uma questão de isonomia, para que cidadãos em igual situação não se vejam obrigados a prestações diversas com base tão só na maior rapidez na propositura ou julgamento das demandas. A aplicação da lei nova foi bem determinada. Inexiste ofensa, mas o correto cumprimento da coisa julgada.

Inexiste conflito entre a aplicação da lei nova ao caso concreto e a decisão proferida em Leonildo Isidoro Chiaradia vs IBAMA, Pet-REsp nº 1.240.122-PR, STJ, 2ª Turma, 2-10-2012, Rel. Herman Benjamin, de que o Estado faz uma errônea leitura. (Agravo de Instrumento nº 2064523-36.2013.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Rel. Des. Torres de Carvalho, j. 27.02.2014)

Apesar desse Relator, em outras oportunidades, ter afirmado a possibilidade de aplicação imediata da nova Lei aos processos em trâmite, isto não ocorre em relação a processos em que o trânsito em julgado tenha ocorrido antes da entrada em vigor da Lei 12.651/12, como é o caso dos autos. Não podemos permitir que o agravado utilize-se do procedimento previsto art. 15 do novo regramento ambiental, sob pena de violação à coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, nos termos do art. 5º, inc. XXXVI da CF88.

Não ignoro o fato de que sobre os atos processuais incide o princípio do tempus regit actum, porém a questão ventilada no agravo é de cunho material, porque se refere aos prazos e regras que a Lei defere para o cumprimento da obrigação prevista na sentença.

[...]

Neste sentido tem se posicionado o egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme trecho do voto de relatoria do ilustre Ministro Herman Benjamin, que observa: “De toda maneira, não se deve esperar solução hermenêutica mágica que esclareça, de antemão e globalmente, todos os casos de conflito intertemporal entre o atual e anterior Código Florestal. No entanto, na ausência de fórmula pronta e acabada, quase automática, podem aqui ser externadas algumas regras técnicas, aliás válidas para outros campos do direito material informado pela ordem pública. O esquema é bem simples: o novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e

intransponível da incumbência do estado de garantir a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, §1º, I). No mais, não ocorre impedimento à retroação e alcançamento de fatos pretéritos. Dispõe o art. 6º, caput, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: a nova lei terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (ou, nos termos do art. 5º, XXXVI, da Constituição, com redação assemelhada: a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada). A regra geral, pois, é a irretroatividade da lei nova (lex non habet oculos retro); a retroatividade plasma exceção, blindados, no Direito brasileiro, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Mesmo fora desses três domínios de intocabilidade, a retroatividade sempre será exceção, daí requerendo-se manifestação expressa do legislador, que deve, ademais, fundar-se em extraordinárias razões de ordem pública, nunca para atender interesses patrimoniais egoísticos dos particulares em prejuízo da coletividade e das gerações futuras. [...]. Indubitável que ao legislador compete modificar e revogar suas próprias leis. Ao fazê-lo, porém, seja para substituí-las por outra seja para simplesmente no seu lugar deixar um vazio, a Constituição e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro vedam-lhe atingir direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada constituídos sob o império do regime jurídico anterior. Em suma, a lei pode, sim, retroagir desde que não dilapide o patrimônio material, moral ou ecológico, constitucional ou legalmente garantido, dos sujeitos, individuais ou coletivos: essa a fronteira da retroatividade... Em conclusão, mormente nos processos judiciais em curso, a regra geral será a incidência da legislação florestal, de direito material, vigente à época dos fatos. Incidirá sobre a matéria, por conseguinte, o princípio do tempus regit actum, que governará os atos administrativos ambientais perfeitos, confinada a aplicação do novo regime jurídico, ordinariamente e no atacado, ao futuro, para a frente; tanto mais se o ius superveniens, ao favorecer o interesse individual do particular, acabar por enfraquecer o regime jurídico de tutela do interesse público, dos bens coletivos e das gerações vindouras [...]. (PET no Recurso Especial nº 1.240.122 PR – (2011/0046149-6), 2ª Turma, J. 02/10/2012)

Dessa forma, conclui-se que a r. decisão recorrida deve ser reformada para não se admitir a aplicação da Lei 12.651/12 em prejuízo àquela vigente à época dos fatos, e não a contemporânea ao cumprimento da decisão judicial, em evidente violação à coisa julgada e a segurança jurídica das decisões judiciais. (Agravo de Instrumento nº 2057825-14.2013.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Rel. Des. Moreira Viegas, j. 27.02.2014)

Contudo, conquanto o TAC tenha sido ajustado na vigência da legislação pretérita (Lei nº 4.771/65), a execução se faz na vigência da atual, razão pela qual necessário salientar a necessidade da aplicação da lei nova quanto à matéria sob exame (Lei nº 12.651/12 e MP nº 571/12), a teor do art. 462 do Código de Processo Civil, já tendo decidido a respeito o Colendo STJ: “As normas legais editadas após o ajuizamento da ação devem levar-se

em conta para regular a situação exposta na inicial (STJ-3ª T., REsp 18.443-0-SP EDcl-EDcl, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 29.6.93, DJU 9.8.93, p. 15.228)". (Declaração de voto proferida pelo Des. Paulo Celso Ayrosa M. de Andrade, no Agravo de Instrumento nº 0069303-53.2013.8.26.0000, j. 24.10.2014)

Considerando que o Termo de Ajustamento de conduta fora firmado sob a égide do código florestal revogado, incabível a aplicação do novo Código ao caso.

Aplicar o novo diploma legal, sob alegação de significativas mudanças quanto à reserva legal e áreas de preservação permanente, cuja benesse servirá tão somente ao interesse do particular, não parece razoável.

Isso porque, como se sabe, não se pode afrontar o princípio constitucional da irretroatividade da lei nova para atingir atos jurídicos perfeitos. Esse é um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

[...]

É certo que algumas circunstâncias devem ser analisadas, notadamente do ponto de vista prático, visto que, com as alterações na legislação, algumas exigências encontram dificuldade no cumprimento, como por exemplo, a averbação da reserva legal na matrícula do imóvel.

O § 4º, do artigo 18 do novo diploma legal, dispõe o quanto segue: "O registro da Reserva Legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis".

Portanto, vale dizer que a reserva legal poderá ser inscrita no CAR ou no cartório de registro de imóveis, sendo dispensada neste último caso somente se houver a devida inscrição no CAR.

No entanto, se no momento da execução ainda não houver a implantação do CAR ou se o registro não for aprovado naquele órgão, permanece a obrigação de averbar a reserva legal perante o respectivo cartório de registro de imóveis.

Vale ressaltar, contudo, que a possibilidade de adequações práticas, principalmente no âmbito administrativo, não autoriza a revisão do acordo homologado ou a retroatividade da lei.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça negou a aplicação da Lei 12.651/2012 a fatos ocorridos sob a égide da Lei 4.771/1965 (Código Florestal revogado), sob o argumento da intangibilidade do ato jurídico perfeito e irretroatividade da lei nova. Segue transcrição de parte da decisão:

"incidirá sobre a matéria, por conseguinte, o princípio do *tempus regit actum*, que governará os atos administrativo-ambientais perfeitos, confinada a aplicação do novo regime jurídico, ordinariamente e no atacado, ao futuro, para a frente; tanto mais se o *ius superveniens*, ao favorecer o interesse individual do particular, acabar por enfraquecer o regime jurídico de tutela do interesse público, dos bens coletivos e das gerações vindouras" (REsp 1.240.122-PR, 2ª Turma, STJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, j. 02.10.2012).

Não há direito adquirido à má utilização dos recursos naturais ou à não preservação do meio ambiente. O direito ambiental é intergeracional, com normas cogentes e aplicáveis de forma imediata. O bem ambiental possui natureza híbrida, que não integra o patrimônio do

particular, tampouco do Estado, mas sim da coletividade e, para sua efetivação, existe a derrogação de várias normas de direito público e de direito privado, sob pena de se tornar inviável e inexecutável a proteção prevista em lei.

No mais, verifica-se a possibilidade de dano irreparável ao meio ambiente na eventual continuidade da degradação ambiental. Nessa seara, prevalecem os princípios da prevenção e da precaução, bem assim o interesse da coletividade ao meio ambiente saudável deve se sobrepor ao interesse particular dos agravantes.

As decisões, mais do que um caráter doutrinário, devem ser educativas em uma sociedade que ainda não possui consciência ambiental nem educação ecológica, e o abrandamento em relação ao meio ambiente já acarretou consequências irreversíveis à natureza e à qualidade de vida”. (Agravo de Instrumento 2061857-62.2013.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Rel. Des. Ruy Alberto Leme Cavalheiro, j. 24.04.2014)

O Superior Tribunal de Justiça, por sua Segunda Turma, já se posicionou sobre o assunto, afirmando que o Novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, os direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da “incumbência” do Estado de garantir a preservação e a restauração dos processos ecológicos essenciais.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/ STJ. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EDIFICAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO. INFRAÇÃO AMBIENTAL. PRETENSÃO DE DEMOLIÇÃO. INDEFERIMENTO. NOVA CODIFICAÇÃO FLORESTAL. VIOLAÇÃO A NORMATIVOS CONSTITUCIONAIS. TEMPUS REGIT ACTUM. IRRETROATIVIDADE DA NOVA CODIFICAÇÃO FLORESTAL. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 568/STJ. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 07/STJ. QUESTÃO MERAMENTE JURÍDICA.

1. O juízo de admissibilidade do agravo em recurso especial circunscreve-se ao cabimento, ao interesse (adequação e sucumbência), à legitimidade, à tempestividade e à impugnação de todos os fundamentos adotados na decisão recorrida (regularidade formal), de modo que uma vez atendidos passa-se propriamente ao exame da admissibilidade do recurso especial.

2. A questão do processamento do apelo raro se houver a necessidade de revolvimento fático-probatório tem relação intrínseca com o seu cabimento para julgar “causa decidida” em única ou última instância, o que induz a compreensão de que o âmbito de cognição do recurso especial limita-se ao exame de acórdão e do seu conteúdo julgado, vale dizer, das questões debatidas, enfrentadas e solucionadas no Tribunal “a quo”.

3. Em vista disso, as premissas fáticas e as valorações probatórias que são consideradas no recurso especial são apenas aquelas que constam do teor do acórdão, de modo que se afirmada a ocorrência de determinado fato, a reversão disso em recurso especial é, a princípio,

impossível porque necessária a revisão dos autos para saber se efetivamente o fato não ocorreu.

4. Assim, a Súmula 07/STJ tem incidência quando a desconstituição das premissas fático-probatórias adotadas no acórdão impugnado por recurso especial demandar a compulsão do acervo probatório.

5. O novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, os direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da “incumbência” do Estado de garantir a preservação e a restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I). (AgRg no REsp 1.434.797/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/05/2016, DJe 07/06/2016)

6. Agravo interno não provido. (AgInt no AgInt no AREsp 850.994/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 19/12/2016)

PROCESSO CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE POR DANOS AMBIENTAIS. MATA CILIAR AO REDOR DO RESERVATÓRIO HIDRELÉTRICO DE SALTO SANTIAGO. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DANOS AMBIENTAIS.

REFLORESTAMENTO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INEXISTÊNCIA. ART. 6º, §§ 2º E 3º, DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. NÃO VIOLAÇÃO. NOVO CÓDIGO FLORESTAL. IRRETROATIVIDADE. PRECEDENTES.

1. Não se verifica a alegada violação do art. 535 do CPC/73, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido, que se debruçou na análise da legislação de regência. Tampouco resiste o argumento que o pronunciamento da Corte de origem acerca da exceção disposta no parágrafo único do art. 5º da Resolução CONAMA 302/2002 ensejaria a alteração do julgado, porquanto o acórdão regional fundamentou suas razões de decidir no Código Florestal de 1965.

2. Não foi pleiteado, por ocasião dos embargos de declaração opostos na origem, pronunciamento acerca da referida exceção, de modo que a alegação de omissão nesta instância recursal configura inovação recursal impossível de conhecimento, até mesmo porque não foi cumprido o necessário e indispensável prequestionamento da matéria.

Incidência das Súmulas 282 e 356 do STF.

3. Consoante jurisprudência pacificada nesta Corte, o pedido inicial deve ser interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo, levando em conta todos os fatos e fundamentos jurídicos presentes, de modo que o acolhimento da pretensão extraída da interpretação lógico-sistemática da peça inicial não implica julgamento extra petita.

4. No caso dos autos, relevante destacar que se trata de provimento liminar para a efetivação do pedido principal contido na Ação Civil Pública, qual seja, reflorestamento da mata ciliar, de modo que a

determinação de que se promovam ações reflexas à sua efetivação não pode ser classificada como julgamento extra petita, mormente quando se infere da cautela do magistrado singular que a medida seja efetivada da maneira menos onerosa ao réu, consoante destacado nas razões do acórdão.

5. O novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, os direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da “incumbência” do Estado de garantir a preservação e a restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I). Precedentes.

Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1434797/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 07/06/2016)

Considerações finais

São estas, caro leitor, as anotações que entendi oportuno fazer nessa ocasião. Procurei expor pontos que me pareceram relevantes. Busquei elencar o prático, tão necessário hoje em dia. E havia muito mais de que falar. Mas receio estar falando tudo o que já se sabia. Receba minhas palavras como as de alguém interessado em encontrar soluções válidas para a prestação de bons serviços judiciários, para o bem do povo e tranquilidade da consciência.

Ativismo judiciário: a intervenção do Judiciário na prova das lides ambientais

*Miguel Monico Neto*¹

Desembargador do Tribunal de Justiça de Rondônia

A avaliação das provas pelo magistrado quando do julgamento nas lides ambientais é tarefa que exige sensibilidade, desprendimento e perspicácia, pois na maioria das vezes as instruções processuais são falhas, com provas deficitárias e muito técnicas.

Não há se olvidar que os temas colocados raramente são enfrentados no dia a dia forense, o que também já exige um estudo maior não só do juiz como também das próprias partes, sobretudo da extensa legislação, sempre tendo em vista as peculiaridades dos direitos metaindividuais, sua cotitularidade, imprescritibilidade e indisponibilidade.

Cumprе ressaltar que a deficiência probatória é comum, sobretudo pela dificuldade em se demonstrar e mensurar o dano ambiental que, apesar de atingir a todos, invariavelmente produz consequências muito maiores para a parcela da população mais humilde, que raramente consegue se fazer ouvir.

Conquanto para atribuição do dever de reparação, o Direito Ambiental tenha consagrado a *responsabilidade civil objetiva* por danos ao meio ambiente, que perfaz necessários apenas os requisitos indispensáveis que impliquem na responsabilização civil: *ação lesiva, existência do dano e nexa de causalidade*, ainda há grande dificuldade na sua comprovação.

A consagração da responsabilidade objetiva por danos ao meio ambiente, corolário do princípio do *poluidor pagador*², é baseada na *teoria do risco integral* da atividade potencialmente poluidora do empreendedor que se utiliza de recursos naturais, pois ao se utilizar destes com fins econômicos deve arcar com os danos e as *externalidades*³.

Assim, comprovada a lesão ambiental, torna-se indispensável que se estabeleça uma *relação de causa e efeito* entre o comportamento do agente e o dano dele proveniente. Para tanto, basta que se demonstre a existência do dano sobre o qual o exercício de uma atividade perigosa exerceu uma influência decisiva⁴.

Todavia, a prova judicial da *relação de causalidade*, não raramente, é de grande complexidade e dispendiosa, impedindo muitas vezes que o autor arque com seus custos, contrate peritos ou assistentes técnicos que possam avaliar a extensão dos danos ocorridos e provar a causalidade para que se verifique a reparação integral.

Nessa esteira, é importante ter bem presente no espírito que no Direito Ambiental brasileiro, antes ainda do NCPC, tanto a doutrina como a jurisprudência do STJ já haviam

¹ Professor da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia (Emeron).

² Art. 14 Lei 6.938/81 e art. 225, § 1º, III da CF.

³ A Economia registra que as *externalidades* são os efeitos colaterais das atividades de produção de bens e serviços sobre outras pessoas que não estão diretamente envolvidas com essas atividades. As *externalidades* referem-se ao impacto de uma decisão sobre aqueles que não participaram dessa decisão. As externalidades negativas, que acarretam prejuízos às pessoas, não devem se transformar em custos para a população. Ao revés, seus geradores devem internalizá-las, e arcar com os custos destas.

⁴ LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

consagrado a *inversão do ônus da prova* como forma de facilitar a comprovação do nexo causal nas lides ambientais, dada a amplitude do bem juridicamente protegido.

O tema atualmente está consagrado pelo STJ com a *Súmula 618: A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental*. Porém, mesmo antes da súmula e do NCPC – art. 373, a jurisprudência do STJ (REsp 1.634.006-RO), já era no mesmo sentido, negando recurso interposto por empresa potencialmente poluidora.

No Brasil, a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e *ope legis*, direta ou indireta, como também de cunho estritamente processual e *ope judicis*. Foi assentada, tanto pela doutrina, como pela jurisprudência com fundamento no artigo 6º, inciso VIII, c.c. artigo 117, ambos da Lei 8.078/90 (CDC), que alterou a Lei 7.347/85.

Assim, no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanção natural do seu ofício de condutor e administrador do processo, tudo como corolário do *princípio in dubio pro natura*, o juiz ambiental decidirá pela *inversão do ônus da prova*.

O art. 370, *caput*, do Novo CPC, outorga ao juiz a possibilidade de, mesmo diante da inércia das partes no tocante à produção probatória, determinar tal produção de ofício. Tal postura, permitida pela lei, assume especial relevância quando o tema versa sobre direito ao meio ambiente sadio, impondo uma visão diferenciada por parte do juiz.

*Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.
Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.*

De fato, se o juiz é o destinatário das provas, cabendo a ele indeferir os pedidos procrastinatórios, desnecessários e incompatíveis, na instrução do processo, com muito mais razão poderá, por sua iniciativa, lançar mão de provas novas como forma de corrigir eventual deficiência para esclarecimento da verdade nas lides ambientais.

Não se pode confundir imparcialidade com omissão e neutralidade, pois o juiz atualmente deve ser mais participativo. Este posicionamento tem muito da visão atual da doutrina no sentido da natureza pública do processo, afastando-se da associação que se fazia do processo com o direito privado.

Como anota Daniel Neves⁵, “as justificativas que impediam a atuação oficiosa do juiz, no campo probatório, foram corretamente afastadas pela melhor doutrina”. Ainda que eventualmente o direito pleiteado seja disponível, o juiz não está obrigado a compactuar com o desleixo probatório da parte, o que naturalmente prejudica a qualidade da tutela jurisdicional prestada.

Conquanto se possa argumentar que a produção de prova de ofício possa violar o princípio da igualdade das partes, o fato é que deve ser assegurada pelo juiz uma isonomia real, com tratamento desigual quando necessário, quando há desigualdade entre os sujeitos. Mais uma vez recorre-se à doutrina do professor Daniel Amorim Neves⁶:

⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 646-647.

⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 646-647.

O princípio da igualdade das partes não pode servir de argumento válido à proibição da produção de prova de ofício, considerando-se que a isonomia real exige um tratamento diferenciado dos sujeitos desiguais, nos limites de sua desigualdade. A igualdade de partes desiguais, em termos econômicos ou técnicos, só poderá ser efetivada no processo com a permissão da atividade instrutória de ofício, o que evitará que a vitória ocorra em razão de superioridade econômica ou técnica de uma delas. A paridade de armas, exigência fundamental do contraditório efetivo, muitas vezes exige do juiz uma posição mais ativa na instrução probatória, como forma de igualar, concretamente, as chances de ambas as partes se sagrarem vitoriosas na demanda. Por fim, a atividade instrutória do juiz não contamina sua indispensável imparcialidade, até mesmo porque o juiz não tem condições de determinar a priori o resultado da prova, sendo incorreto imaginar que a determinação da produção de prova possa beneficiar autor ou réu. Na realidade, se a prova efetivamente convencer o juiz, seu resultado beneficiará o titular do direito material, sendo esse o objetivo precípuo da atividade jurisdicional. Por outro lado, não seria parcial o juiz que deixa de produzir prova quando possível, beneficiando a parte que não tinha o ônus de provar? Juiz imparcial não é juiz neutro e tampouco juiz desinteressado na qualidade da prestação jurisdicional. A imparcialidade do juiz não se garante ao impedi-lo de produzir prova de ofício, mas ao exigir o respeito ao contraditório em sua produção e a motivação de suas opções no tocante ao aspecto fático da demanda.

Nessa perspectiva, se mesmo em tema de direito disponível não há impedimento à atuação oficiosa do juiz, é legítimo se concluir que, ao revés, em se tratando de direito ao meio ambiente sadio, direito humano, fundamental, e, portanto, indisponível, o poder instrutório do juiz é de todo legítimo.

De fato, como é cediço, em tema de defesa do direito ao meio ambiente sadio, direito humano, indisponível e fundamental, há que se ter bem assentado, sobretudo pelo juiz no julgamento das lides ambientais propostas, que ele próprio não é um mero espectador dos fatos que lhe são trazidos.

Com efeito, sua eventual inércia poderá consagrar iniquidades e gerar *conflitos intergeracionais de impossível reparação futura*, daí que as regras gerais de distribuição probatória não poderão obstaculizar a proteção do direito fundamental, sobretudo porque a qualidade ambiental, ao tempo que diminuída, não tem como ser restituída.

Tome-se como exemplo uma empresa geradora de energia que é acusada de grande poluição do meio ambiente natural de determinada região, constatando-se danos à qualidade do ar, da água e do solo. Danos ao meio ambiente – bem autônomo e danos reflexos individuais a várias pessoas, ambos oriundos do mesmo fato, ou seja, a poluição resultante da atividade da empresa.

A empresa poluente aduz não ser a responsável pelos danos e procura transferir o ônus de demonstração da relação de causalidade ao autor da ação. O juiz, pela regra da inversão do ônus da prova e com base no *princípio do poluidor pagador*, poderá determinar que a empresa comprove não existir relação de causalidade entre a sua atividade e os danos verificados.

Note-se que para cumprimento da determinação, poderá ser exigido que a empresa, com seus próprios recursos, arque com os custos de uma perícia, nem que para isso se utilize da BAT – *Best Available Technology* – que em tradução livre significa “melhor tecnologia disponível”. Isso tudo com o objetivo de se evitar a perpetuidade de iniquidades e injustiças, o que ocorreria se o ônus dessa prova fosse inteiramente do autor.

A providência será cabível tanto nas ações coletivas, tal como a ação civil pública para proteção do meio ambiente – bem autônomo, como também para as ações de indenização por danos reflexos individuais, já que o poluidor é considerado objetivamente responsável pelos danos *causados ao meio ambiente e a terceiros* em razão de sua atividade, consoante art. 14, par. Único, Lei 6.938/81.

Vale dizer, a responsabilidade objetiva vale tanto para as ações de tutela do dano ambiental (bem autônomo), e, portanto, com repercussão metaindividual, assim como para as ações de danos reflexos, oriundos do mesmo fato, que se constituem danos coletivos ou ainda individuais homogêneos, consoante art. 81, parágrafo único, incisos I, II e III, da Lei 8.078/90.

Na avaliação processual pelo juiz, a inversão do ônus da prova foi assentada, sobretudo, como forma de permitir aos hipossuficientes uma maior igualdade no processo, pois as regras gerais de distribuição da carga probatória poderiam referendar eventuais iniquidades, daí a aplicação do *ônus dinâmico da prova*.

De fato, imperioso lembrar que o juiz tem um papel fundamental na implantação da legislação ambiental, o que não significa *ativismo judicial*. Deveras, ao contrário de outros países, no Brasil o juiz não cria obrigações de proteção do meio ambiente, pois estas jorram da lei, após terem passado pelo crivo do Poder Legislativo, daí não precisarmos de juízes ativistas, pois o ativismo é da lei e do texto constitucional.

Felizmente nosso Judiciário não é assombrado por um oceano de lacunas ou um festival de meias-palavras legislativas. Se lacuna existe, não é por falta de lei, nem mesmo por defeito na lei; é por ausência ou deficiência de implementação administrativa e judicial dos inequívocos deveres ambientais estabelecidos pelo legislador (Min. Herman Benjamin, REsp.650.728/SC).

Logo, a determinação do juiz de inversão do ônus da prova, pela aplicação do *ônus dinâmico da prova*, concretiza e aglutina, antes de tudo, os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *due process*, exigindo-se uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos da demanda, notadamente nas lides ambientais, que trata de direitos indisponíveis e intergeracionais, consoante o STJ:

STJ – [...] O regime geral, ou comum, de distribuição da carga probatória assenta-se no art. 333, caput, do Código de Processo Civil. Trata-se de modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, que, por isso mesmo, sofre abrandamento pelo próprio legislador, sob o influxo do ônus dinâmico da prova, com o duplo objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas (a probatio diabólica, p. ex., a inviabilizar legítimas pretensões, mormente dos sujeitos vulneráveis) e instituir um ambiente ético-processual virtuoso, em cumprimento ao espírito e letra da Constituição de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito.

3. No processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda.

4. O legislador, diretamente na lei (= *ope legis*), ou por meio de poderes que atribui, específica ou genericamente, ao juiz (= *ope iudicis*), modifica a incidência do onus *probandi*, transferindo-o para a parte em melhores condições de suportá-lo ou cumpri-lo eficaz e eficientemente, tanto mais em relações jurídicas nas quais ora claudiquem direitos indisponíveis ou intergeracionais, ora as vítimas transitam no universo movediço em que convergem incertezas tecnológicas, informações cobertas por sigilo industrial, conhecimento especializado, redes de causalidade complexa, bem como danos futuros, de manifestação diferida, protraída ou prolongada.

5. No Direito Ambiental brasileiro, a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e *ope legis*, direta ou indireta (esta última se manifesta, p. ex., na derivação inevitável do princípio da precaução), como também de cunho estritamente processual e *ope iudicis* (assim no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanção natural do seu ofício de condutor e administrador do processo).

6. Como corolário do princípio *in dubio pro natura*, “Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução” (REsp 972.902/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.9.2009), técnica que sujeita aquele que supostamente gerou o dano ambiental a comprovar “que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva” (REsp 1.060.753/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.12.2009).

7. A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, contém comando normativo estritamente processual, o que a põe sob o campo de aplicação do art. 117 do mesmo estatuto, fazendo-a valer, universalmente, em todos os domínios da Ação Civil Pública, e não só nas relações de consumo (REsp 1049822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 18.5.2009).

8. Destinatário da inversão do ônus da prova por hipossuficiência – juízo perfeitamente compatível com a natureza coletiva ou difusa das vítimas – não é apenas a parte em juízo (ou substituto processual), mas, com maior razão, o sujeito titular do bem jurídico primário a ser protegido.

9. Ademais, e este o ponto mais relevante aqui, importa salientar que, em Recurso Especial, no caso de inversão do ônus da prova, eventual alteração do juízo de valor das instâncias ordinárias esbarra, como regra, na Súmula 7 do STJ. “Aferir a hipossuficiência do recorrente ou a verossimilhança das alegações lastreada no conjunto probatório dos autos ou, mesmo, examinar a necessidade de prova pericial são providências de todo incompatíveis com o recurso especial, que se

presta, exclusivamente, para tutelar o direito federal e conferir-lhe uniformidade” (REsp 888.385/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 27.11.2006).

STJ – Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso. [...] (REsp 1286704/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 28/10/2013).

Nesse passo, a determinação de provas fundadas em novas tecnologias que possam detectar o dano e sua projeção para o futuro, com o histórico de medições, possibilitando antecipadamente antever as consequências danosas para as gerações futuras, que poderão ser privadas da qualidade de vida em um meio ambiente equilibrado, bem do qual são cotitulares com as gerações viventes, é providência legal.

Isto se justifica, sobretudo, por tratar-se de matéria de *direito fundamental, metaindividual, indisponível* e de *3ª geração*, pois não se pode olvidar que com o advento da Carta de 1988, o meio ambiente ganhou *status* constitucional. É o que se observa da leitura do art. 225, que impõe ser um *dever de todos* – Poder Público e coletividade – defender e preservar o meio ambiente, bem de uso comum do povo.

Há que se reprimir, assim, que a iniciativa do próprio juiz, dentro de seu poder instrutório no processo de determinar prova que possa efetivamente propiciar-lhe uma visão mais ampla do dano presente e das eventuais consequências danosas futuras, não se constitui em violação do princípio dispositivo que vigora no processo civil, mas, ao revés, providência necessária no processo civil moderno, sobretudo por se tratar de dano a direito metaindividual.

Nesse sentido, colhe-se do STF, MS 22164/SP, Rel. Ministro Celso de Mello:

STF – A QUESTÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO – DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO – PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE – O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

Segue-se, destarte, que qualquer projeto de governo deve necessariamente levar em conta a integridade do bem ambiental de forma a evitar com que haja o desencadeamento de conflitos intergeracionais pela afronta do direito de terceira geração representada pela necessidade de se proteger a saúde e a vida humana em um meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

De fato, com a CF/88 surge um pacto federativo ecológico e uma limitação à discricionariedade do Estado (Legislador, Administrador e Juiz). Assim, a lição de Paulo Affonso Leme Machado, Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer⁷:

Pacto federativo ecológico e limitação à discricionariedade dos entes públicos: insere-se também nesse cenário a discussão a respeito da limitação da discricionariedade do Estado (Legislador, Administrador e Juiz), tanto pelo prisma do exercício de competência legislativa quanto da competência executiva em matéria ambiental, tendo em vista o comando normativo que se extrai do regime jurídico do direito-dever fundamental ao ambiente consagrado na CF/88 (art. 225 e art. 5º, § 2º) que caracteriza os deveres de proteção ambiental atribuídos ao Estado.

A partir de tal premissa, o exercício das competências constitucionais em matéria ambiental, seja por parte do Estado-Legislador, seja em relação ao Estado-Administrador, deve dar-se com estrita observância ao marco constitucional ambiental estabelecido pela Lei Fundamental de 1988. Evidencia-se, de tal sorte, um pacto federativo ecológico com nítido propósito de, para além da consagração normativa de direitos e deveres ecológicos, conferir-lhes a necessária efetividade, o que está subjacente e deve ser sempre perseguida no exercício levado a efeito pelos entes federativos das competências (legislativa e executiva) em matéria ambiental.

A Política Nacional do Meio Ambiente instaurada por meio da Lei nº 6.938/81 tem expressão nacional e, por esse prisma, fornece as bases normativas, alinhada sobretudo ao marco constitucional de 1988, para a consolidação de um pacto federativo ecológico.

Logo, a intervenção do judiciário na matéria de interesse das presentes e futuras gerações se justifica de todos os modos. Aliás, seria verdadeiro contrassenso não reconhecer o judiciário como legítimo guardião da norma ambiental e juiz do dano difuso a ela causado. Veja-se que a intervenção do judiciário em matéria de proteção de direito individual (ex.: dano moral) é plenamente aceita e justificada. Por que não em matéria ambiental cujo bem importa a todos?

Com efeito, o argumento de que a matéria é complexa não sucumbe à menor análise, até porque igualmente também são complexas matérias sobre *softwares*, sobre embriões, sobre a vida humana etc. Tampouco merece maiores digressões o argumento de que se trata de matéria referente à “política pública”, da qual não cabe ao judiciário intervir. De fato, também são matérias de política pública as atinentes a transportes públicos, telecomunicações, e, nem por isso, o judiciário deixa de intervir.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MACHADO, Paulo Affonso Leme; FENSTERSEIFER, Tiago. *Constituição e Legislação Ambiental Comentadas*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 156.

Como mencionado, a discricionariedade do administrador – argumento utilizado por boa parte daqueles que não reconhecem a necessidade de o juiz tratar o tema com a dimensão merecida, rechaçando a intervenção do judiciário em determinadas matérias ambientais – não é tão aberta assim como se pode inicialmente imaginar, pois é regrada pelo próprio legislador. Não há interferência indébita de um poder em outro.

Deveras, inúmeros casos levados a juízo em que esse controle é essencial para o deslinde da causa, v.g., destinação do lixo, saneamento básico, proteção de determinados espaços territoriais, necessitam dessa análise. Se caracterizada a omissão estatal no tocante à aplicação concreta da norma ambiental constitucional, é perfeitamente cabível ao Judiciário avaliar na hipótese concreta o descumprimento ou não das atribuições materiais definidas pelas leis e pela Constituição.

Acresça-se, outrossim, que doutrina e jurisprudência têm se firmado no sentido do entendimento de que é possível ao Judiciário examinar a finalidade dos atos administrativos, assim efetuando o controle para que direitos sociais e fundamentais sejam concretizados de forma plena, *i.e.*, em assonância com o rumo apontado pela CF.

Logo, não há se falar em intromissão indevida no mérito administrativo, mas, ao revés, tão somente no controle finalístico da atuação estatal. Aliás, se assim não se admitir, nas palavras do Ministro Herman Benjamin, poderemos assistir a figura do “Estado Teatral”.⁸ Nessa mesma perspectiva, a doutrina do eminente Procurador do Estado de São Paulo, Derly Barreto e Silva Filho⁹:

Vetar a apreciação jurisdicional dos atos políticos é romper com o equilíbrio no qual se nutre o princípio da tripartição funcional do Poder, porque a Constituição não atribuiu ao órgão executivo o poder de autojulgar-se; é estabelecer o predomínio do Poder Executivo sobre os demais poderes, pois a discricionariedade imanente ao ato político, uma vez isenta de controle judicial, descambaria ao arbítrio; é possibilitar violações de direitos individuais e coletivos através da onipotência descomedida do órgão executivo; é restringir o acesso à justiça, excluindo a apreciação jurisdicional de eventual lesão ou ameaça a direito.

Registre-se, por imperioso, que não se legisla só para a administração pública, mas para todos. Logo, é legítimo concluir que a intervenção do judiciário nas causas de matéria ambiental se justifica de duas formas:

- a) controle formal de atividades da administração. Exemplo: ACP ou ação popular ambiental atinente a violação do processo de licenças ambientais. Violação do princípio do “due process ambiental”.
- b) controle substantivo: como no caso em que a construção de determinada obra viola a legislação ambiental.

⁸ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. *O Estado Teatral e a implementação do Direito Ambiental*. Publicado nos anais do 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental, São Paulo, v. 1, p. 338.

⁹ Disponível em: https://documentos.mpsc.mp.br/portal/Conteudo/cao/cme/artigos/intervencao_poder_judiciario_tripartidacao_poderes.pdf. Acesso em: 6 set. 2017.

No mesmo passo, o Ministro Celso de Mello (RTJ 173/805-810, 806):

O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes.

Mais uma vez cabe invocar o *princípio da ubiquidade*, pois o objeto de proteção ao *meio ambiente* está no epicentro dos direitos humanos, com o que o *direito ao meio ambiente saudável*, direito fundamental, relacionado à sadia qualidade de vida e à dignidade humana, deverá constar toda vez que uma política, atuação, legislação, sobre qualquer tema, atividade, obra, tiver que ser criada e desenvolvida pelos três poderes.

Vale dizer, antes da prática de qualquer atividade, é fundamental estudar o meio ambiente de forma a preservar a vida e a sua qualidade para as presentes e futuras gerações, porquanto diretriz da ordem econômica e condicionante para cumprimento da função social da propriedade. Assim, variável obrigatória em todos os projetos do Estado e da coletividade, conforme leciona Fiorillo¹⁰ quanto ao *princípio da ubiquidade*:

Este princípio vem evidenciar que o objeto de proteção do meio ambiente, localizado no epicentro dos direitos humanos, deve ser levado em consideração toda vez que uma política, atuação, legislação sobre qualquer tema, atividade, obra etc. tiver que ser criada e desenvolvida. Isso porque, na medida em que possui como ponto cardeal de tutela constitucional a vida e a qualidade de vida da pessoa humana, tudo que se pretende fazer, criar ou desenvolver deve antes passar por uma consulta ambiental, para saber se há ou não a possibilidade de que o meio ambiente seja degradado.

Logo, o juiz não poderá deixar de ter os olhos voltados para a dimensão do direito material que está em julgamento, pois se a proteção ao direito ao meio ambiente está no epicentro das decisões do Estado (*princípio da ubiquidade*), também é preciso do Estado-juiz um olhar no mesmo sentido, pois “nenhum dos poderes da República, ninguém, está autorizado, moral e constitucionalmente, a concordar ou a praticar uma transação que acarrete a perda de chance de vida e de saúde das gerações”¹¹.

Assim, é preciso ter sempre presente a importância dos princípios que informam o direito ambiental: *prevenção*; *precaução*; *poluidor pagador*; e *desenvolvimento social*. Sua função é relevante na medida em que, como verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, constituem-se como seu alicerce porquanto são padrões juridicamente vinculantes radicados na exigência de justiça, daí sua importância como fundamento das decisões judiciais.

¹⁰ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, p. 96-97.

¹¹ LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 369.

Segue-se, assim, que por se constituírem como fundamento de todo arcabouço das normas jurídicas do Direito Ambiental, inspirando-as em sua base de criação, propiciam a harmonia interpretativa pela qual deve se buscar na solução concreta.

Possuem, assim, uma função prospectiva, ordenadora, expondo condicionalismos fáticos e jurídicos que podem e devem ser invocadas pelo juiz em suas decisões, o que equivale a dizer que o juiz ambiental conta com um arcabouço jurídico de princípios e normas que o possibilitam decidir em prol do meio ambiente ainda que permaneça alguma dúvida na avaliação da prova (*in dubio pro natura*).

Se pelo *princípio da prevenção* se busca evitar a ocorrência do dano diante dos perigos já comprovados e conhecidos pela ciência, aplicando-se a impactos já conhecidos em que se possa, com certeza, estabelecer um conjunto de nexos de causalidade suficiente para identificar os impactos futuros mais prováveis, pelo *princípio da precaução*, se preconiza que as ações positivas em favor do meio ambiente devem ser tomadas mesmo sem evidência científica absoluta de perigo de dano grave e irreversível.

A precaução, assim, é anterior à própria manifestação do perigo, garantindo margem de segurança da linha de risco, em prol da sustentabilidade. O princípio da precaução tem consequências diretas no âmbito processual, sobretudo em relação à prova do nexo causal na responsabilidade civil objetiva com a aplicação do princípio do ônus dinâmico da prova, consoante art. 373, § 1º do NCP.

De outra banda, em atenção ao *princípio do desenvolvimento sustentável*, deve-se procurar preservar o meio ambiente sadio em favor da equidade impondo uma responsabilidade intergeracional, pois o princípio do desenvolvimento sustentável deve ser entendido como “o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades” (Relatório Brundland, Noruega, 1987, norma 2).

Por fim, quanto ao *princípio do usuário ou poluidor-pagador*, a Lei 6.938/81 dispõe no artigo 4º, VII, previsão de contribuição por parte do usuário pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos, não se confundindo com seu dever de reparação integral do dano, baseada na adoção da teoria do risco integral (art.14). Há um duplo caráter: preventivo e repressivo. Nesse passo, não só o poluidor ou predador está obrigado a indenizar ou reparar o dano ambiental, mas também o simples usuário dos recursos ambientais com fins econômicos.

Por conseguinte, ainda que possam existir críticas a um possível grau elevado de subjetividade na avaliação do caso concreto à luz dos princípios que informam o Direito Ambiental, não se pode relegá-los a segundo plano. Ao revés, devem ser invocados nas decisões de inversão do ônus da prova, tudo em assonância com as funções instrutórias do juiz no processo, o ônus dinâmico da prova, a busca de uma isonomia processual real e a magnitude do bem em julgamento, que poderá afetar gerações futuras.

E, nesse passo, a iniciativa do juiz, na forma de seu poder instrutório, que determine, com fundamento nos mencionados princípios, a realização de perícias ou outras provas no processo, não fere a isonomia processual, tampouco afronta o princípio dispositivo que informa o processo civil, notadamente pela dimensão do bem jurídico ambiental, direito fundamental, metaindividual e indisponível.

Tome-se como exemplo, a hipótese de uma ação civil pública em que se necessite demonstrar o percentual de reserva legal de uma propriedade rural. Não há dúvida da

facilidade da prova feita por sensoriamento remoto por imagens de satélite que possa elucidar ou corrigir a deficiência probatória, sobretudo por esclarecer dados de desmatamentos históricos, limites, datas e outros elementos dos autos. Isso pode ser determinado até mesmo diante da inércia das partes.

Em arremate, o juiz ambiental não é um ativista. O ativismo é da lei e da própria Constituição, pelo que na atividade judiciária de avaliação de provas nas lides ambientais, o juiz não pode abdicar do uso das novas tecnologias disponíveis atualmente, corrigindo eventuais distorções da prova, notadamente para a busca da verdade, a real isonomia das partes e o perfazimento da plena justiça.

A federação imperfeita e o Direito Ambiental¹

Oswaldo Luiz Palu²

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

Palavras-chave: Competência Legislativa Concorrente. Competência Administrativa. Direito Ambiental.

1. Introdução

Como se sabe, a forma federal de Estado surge ao longo do processo histórico de formação dos Estados Unidos da América. No contexto da elaboração da Constituição americana de 1787, os diversos Estados independentes então existentes, membros da Confederação americana, optaram por renunciar a suas respectivas soberanias em prol de um Estado único, do qual passaram a ser Estados-membros. Por não gozarem de soberania, não mais poderiam se autodeterminar plenamente, estando, sempre, submetidos ao poder central, soberano. No entanto, possuiriam autonomia, o que lhes asseguraria as garantias de auto-organização, autogoverno, autolegislação e autoadministração, exercidos nos limites de suas competências. Neste primeiro momento, conhecido como **federalismo clássico ou dual**, a divisão de poderes entre a União, de um lado, e os Estados-membros, de outro, era, fundamentalmente, de exclusão mútua. Ambas as esferas possuíam áreas de atribuições definidas, que se limitavam de forma recíproca³.

Ao longo do século XX, o papel da União no arranjo federal aumentou gradativamente, em decorrência, principalmente, da crescente necessidade de regulação nacional do sistema econômico, notadamente após a Grande Depressão da década de 1930, e da própria passagem do Estado liberal, respeitador de liberdades públicas, para o social ou intervencionista, responsável, diretamente, pela concretização de inúmeros direitos sociais de seus cidadãos. Alteraram-se, com isso, as relações entre União e Estados-membros, resultando no denominado “**federalismo de cooperação**”. Este caracteriza-se, resumidamente, pela preponderância da União na partilha de poderes e pela necessidade de **cooperação** entre todas as esferas federais para a consecução de objetivos comuns⁴. Verifica-se, ante a necessidade de divisão de tarefas entre União e Estados-membros, que o tema da repartição de competências ocupa espaço central em uma federação. Afinal, a realização de determinada função, por parte de ente federado, pressupõe que a respectiva competência lhe tenha sido atribuída. O conceito de Estado federal é, essencialmente, **normativo**, mas não convém esquecer circunstância que deve estar presente em toda federação, ainda que teoricamente, lembrança realizada por ninguém menos do

¹ Colaborou o advogado Guilherme Augusto Azevedo Palu, especialmente na pesquisa de Direito Comparado.

² Integrante da 9ª Câmara de Direito Público e da 1ª Câmara Reservada ao Direito Ambiental. Mestre em Direito Público (PUC/SP). Doutor em Direito do Estado (USP).

³ Cf. SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte-americano atual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984, p. 26.

⁴ Cf. ALMEIDA, Fernanda Dias de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 38.

que o maior jusfilósofo do século XX, Hans Kelsen, que afirmou estar presente em uma federação, além da ordem **local** e da ordem **central** (parciais), uma ordem constitucional **total**, responsável pela convivência das demais. O Poder Legislativo da ordem **central** pode atuar como legislador da ordem **total** (nacional) ou da ordem **central parcial** (federal). Trata-se de mera repartição de competências, atribuída pela Constituição.

Nosso sistema federal foi inaugurado com a Constituição de 1891, inspirado nos EUA. Mas a partir da Constituição de 1934 começa a haver grande expansão das competências da União em detrimento da dos Estados-membros. Tal escalada eleva-se nas Constituições de 1967/69, mas chega ao seu cume na Constituição de 1988, **extremamente centralizadora** (ao contrário do que se propaga), mas que dissimulou a tendência, inserindo, por exemplo, de modo singular em relação ao federalismo padrão, municípios como entes federados autônomos (arts. 1º e 18 da CF/88). “Status” de ente federal, mas não recursos correspondentes. O fato é que tanto a autonomia dos municípios como a dos estados ficou bastante ameaçada em razão da excessiva aglutinação de funções e recursos financeiros no governo central⁵.

A Constituição de 1988, de modo geral – mas em particular na questão das competências dos entes federados –, é confusa, assistemática e contraditória, além de centralizadora, e gerou três níveis de burocracia, sem qualquer organização, voltando às desvantagens do ultrapassado **federalismo dual**, especialmente no custo da burocracia, sem as vantagens de eficiência de um Estado unitário. Então, se em 1891 o Brasil pretendeu ser um Estado federal, dadas as características da sua evolução constitucional e principalmente da Constituição de 1988, está, hoje, mais próximo do que seja um Estado unitário, imperfeito e oneroso, como se viu.

O que restaria do Estado federal de 1891, na Constituição de 1988, não evoluiu além do rebarbativo, antiquado e onerosíssimo **federalismo dual**, mas foi agravado com a justaposição de estruturas administrativas (federal, estaduais e agora municipais) para a consecução de **finalidades afins**, a gerar intermináveis conflitos de atribuição e competência, ineficiência e, claro, gastos dúplices com a estrutura administrativa. A estrutura constitucional do Poder Judiciário foi particularmente desfigurada, com a criação de inéditas, disfuncionais e onerosas quatro instâncias judiciárias. Não por acaso é a segunda estrutura judiciária mais cara no globo, sorvendo 1,2% do PIB, aproximadamente, para seu custeio.

2. O poder normativo do Estado: o modelo da CF/88 na repartição de competências

No que nos interessa, o esquema de partilha de competências entre os entes federados possui inspiração na Lei Fundamental alemã de 1949 (GG/49), a qual reparte as competências de caráter legislativo e administrativo de forma separada, tese também cara a Fernanda Dias Menezes de Almeida⁶. Mas o modelo alemão tem grande racionalidade, sem ser centralizadora.

⁵ Cf. ALMEIDA, Fernanda Dias de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 42-43.

⁶ ALMEIDA, Fernanda Dias de. *Competências na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas 2000.

3. O modelo alemão (lei fundamental de 1949)

No ordenamento que serviu de inspiração aos constituintes de 1988 (no ponto em particular, não na inspiração ideológica), as competências administrativas estão disciplinadas nos arts. 30 e 83 e seguintes da GG/49.

Como norma geral (art. 30 e 83 da GG/49), a execução de competências administrativas genéricas (não-acessórias à determinada lei federal) e das leis federais é função dos Estados-membros, salvo quando disciplinado constitucionalmente de forma diversa. Na Alemanha, com isso, as competências administrativas concentram-se nos Estados-membros. Note-se, também, que há, no país, grande preocupação em disciplinar a partilha de competências entre os entes federativos de maneira clara e congruente, ficando vedada a interferência federal indevida em questões de competência estadual.

A execução de leis federais, em regra, fica a cargo dos Estados-membros, que a implementam de forma independente, com seu corpo burocrático e de servidores, sem estarem submetidos a diretivas federais (ressalvada a hipótese do art. 84 (5) da GG/49)⁷. A União, ou Federação, em tais casos, limita-se a conferir a legalidade da atuação da administração pública estadual pertinente. Municípios não fazem parte do Estado federal na Alemanha.

Excepcionalmente, contudo, os Estados-membros executam leis federais em nome e por conta da União (art. 85 da GG/49). Em tais casos, elencados necessariamente na GG/49, a cúpula da administração pública estadual encontra-se vinculada às diretrizes determinadas pela União, a qual, além disso, também pode fiscalizar sua correta implementação. Ressalte-se, todavia, que os Estados-membros continuam competentes para a execução dos referidos atos normativos. A diferença fundamental consiste em que, nesta hipótese, a União, quando julgar necessário, pode dirigir a atuação estadual, garantindo a observância de seus interesses. Como exemplo, cite-se a execução da Lei de Energia Atômica alemã, de 1960 (art. 87c GG/49 em conjunto com o § 24 (1), da Lei de Energia Atômica).

Além da exceção acima, há outra excepcionalidade à regra geral: as hipóteses em que a União, diretamente, executa suas leis ou é competente administrativamente pela realização de tarefas não-acessórias à determinada lei federal. O exercício de tais competências administrativas é, em alguns casos, facultativo e, em outros, obrigatório, e pode se dar por meio da administração pública direta ou indireta, a depender da situação concreta. Exemplos a este respeito encontram-se nos arts. 87b e d, 88, 89, 90 (3) da GG/49, bem como em dispositivos de seu capítulo X (que trata de questões financeiras e orçamentárias). Especificamente, pode-se mencionar a administração do espaço aéreo do país (art. 87d da GG/49). Por fim, há os controversos casos das denominadas competências administrativas não-escritas. Em geral, elas divergem da regra geral dos arts. 30 e 83 da GG/49, incumbindo à União sua execução. Necessitam, de qualquer forma, de justificativa para existir, a qual pode decorrer, por exemplo, da “natureza da coisa” (como a implementação de programas de radiodifusão para alemães no exterior) ou do próprio “contexto da situação”.

⁷ Note-se que a execução de leis estaduais, a qual, evidentemente, também cabe aos estados-membros, não está disciplinada na GG/49.

Na prática, as funções administrativas são atribuídas, em sua maior parte, aos **Estados-membros**. Além disso, a **previsão constitucional de competências administrativas comuns é estranha ao país**.

Em relação às **competências legislativas**, disciplinadas nos arts. 70 e seguintes da GG/49⁸ a regra geral é ditada pelo art. 70 (1) da GG/49, que encarrega os **Estados-membros de tais competências**, salvo quando constitucionalmente disposto de forma diversa. A prevalência da esfera estadual sobre a federal em matérias de competência legislativa, contudo, é, ao contrário de no campo das competências administrativas, apenas aparente. Afinal, à União incumbe legislar a respeito de grande parte das questões. As competências privativas da União estão previstas nos arts. 71 e 73 da GG/49 e, como no sistema brasileiro, tais matérias cabem, exclusivamente, ao poder central, a não ser que a União, expressamente, autorize os estados a discipliná-las. Ademais, há as competências concorrentes, previstas nos arts. 72 e 74 da GG/49. Nestas questões, a competência legislativa pertence aos estados, quando e na medida em que a União não tiver exercido sua própria competência. Em geral, ela pode exercer sua competência legislativa concorrente livremente. No entanto, em relação às matérias do art. 72 (2) da GG/49, a União pode legislar apenas quando comprovado que a legislação federal é realmente necessária (por exemplo, acerca do direito de permanência de estrangeiros no país). Nos casos de competência concorrente, a legislação federal, na Alemanha, prevalece sobre a estadual. **No entanto, o art. 72 (3) da GG/49 determina matérias em relação às quais os Estados-membros podem emitir lei divergente da União (exemplificadamente, recursos hídricos)**.

Some-se a tal racionalidade o fato de que – nos eventuais conflitos que possa haver – as 1ª e 2ª instâncias judiciárias na Alemanha são unicamente estaduais, **não havendo duplicidade** estadual/federal, não havendo conflitos de competência ou de jurisdição entre quem vai decidir a questão, sendo que apenas tribunais superiores, como a Corte Constitucional, são cortes federais.

4. Competências legislativas na Constituição de 1988

A CF/88, em relação às competências legislativas, como se disse, é confusa. Por um lado, estabelece competências **privativas** aos entes federados, **divididas horizontalmente**. Por outro, determina competências **concorrentes** da União, Estados-membros e Distrito Federal, bem como a competência **suplementar** dos municípios, divididas de maneira **vertical** entre os membros da Federação.

As competências legislativas **privativas, exclusivas, da União** estão previstas exaustivamente no art. 22 da CF/88. Elas podem, se de interesse da União, ser delegadas aos Estados-membros por meio de lei complementar, segundo o parágrafo único do art. 22 da CF/88. As dos Estados-membros, por sua vez, constam do art. 25, §§ 1º, 2º e 3º e do art. 18, § 4º, todos da CF/88. Em suma, possuem competências **residuais**, não enumeradas, remanescentes em relação às da União, além de poderem legislar sobre a criação de municípios, instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões e sobre a exploração dos serviços locais de gás. A referida **competência residual**,

⁸ A tal respeito, note-se que há algumas outras competências legislativas previstas em outros locais da GG/49, bem como as não-escritas. Como a análise exauriente deste tema ultrapassa os objetivos do presente artigo, elas não serão analisadas.

reminiscência história do início do federalismo, dado o grau de centralismo da CF/88, na prática, não tem quase relevância. Quanto aos municípios, detêm competência privativa para legislar sobre questões de interesse local, nos termos do art. 30, I, da CF/88.

Quanto às **competências legislativas concorrentes** – aquelas partilhadas entre União e Estados-membros (e Distrito Federal) nos termos do art. 24 da CF/88 –, aqui cabe à União a edição de **normas gerais** (art. 24, § 1º, da CF/88) e aos Estados-membros (e Distrito Federal) a de **normas suplementares** (art. 24, § 2º, da CF/88). Quando não houver **lei nacional** (editada pela União e não federal) estabelecendo norma geral, poderão os Estados-membros (e o Distrito Federal) determiná-la, para atender a suas necessidades (art. 24, § 3º, da CF/88). Tão logo, contudo, seja editada norma geral no âmbito nacional (da União), fica **suspensa a eficácia** (os termos são da Constituição; não parece ser o mesmo que revogação) da lei estadual (ou distrital) eventualmente existente a tal respeito (art. 24, § 4º, da CF/88), no que lhe contrariar. **Somente no campo da competência concorrente**. Vige, como no modelo inspirador, a regra segundo a qual “Bundesrecht bricht Landesrecht” (o direito federal corta o direito estadual).

Apesar de os municípios não serem mencionados no dispositivo acerca da competência concorrente, é-lhes atribuída competência **suplementar** à legislação **federal e estadual**, na medida em que cabível (**art. 30, II, da CF/88**). Por fim, a CF/88 disciplina, em relação ao Distrito Federal, que lhe cabem as competências legislativas reservadas tanto aos Estados-membros quanto aos municípios (art. 32, § 1º, da CF/88). Os municípios podem suplementar as leis nacionais e as estaduais; o ato de suplementação pode ser por lei local (municipal) ou atos normativos infralegais (decreto regulamentar – atos dos integrantes do Sisnama).

Prevalece o entendimento no STF de que, no eventual conflito entre normas de competências distintas, **aquela oriunda da competência privativa sobre a norma editada com fundamento na concorrente**; por outro lado, é postulado também prestigiado no STF de que no conflito de normas contraditórias ou incongruentes, oriundas das competências concorrentes, **valerá a mais restritiva**. Esta última posição é de duvidoso amparo constitucional, mais parecendo ser um caso de reserva de competência do que de hierarquia de normas. Deve tal postulado ser utilizado apenas no **real** conflito entre normas na **competência concorrente** (daí que um sistema confuso como o da Constituição de 1988 somente prejudique) a evitar mais problemas que soluções. Claro que no conflito entre competências privativas – de um lado – e concorrentes ou suplementares – de outro –, mesmo na hipótese de que a norma oriunda das últimas seja a mais restritiva, não tem validade o postulado da norma mais restritiva. Dada a redação do artigo 23, VII, da Constituição, não se pode deixar de entender que o Código Florestal é uma norma geral; como consequência, pode ser alvo de suplementação legislativa por estados e municípios. A razão pela qual não o fazem, ou a razão de nossa inextrincável mentalidade **centralista**, atávica e presente até hoje não é dada por juristas, mas por sociólogos ou historiadores⁹.

⁹ Em sua imortal obra *Os donos do poder*, Raymundo Faoro (São Paulo: Globo, 2001, p. 192 et seq.) dissecou as origens do antigo referido fenômeno, que se renova paroxisticamente, sob novas roupagens: “A Obra da Centralização Colonial. A obra de resguardo do fisco, do patrimônio real, destrói todas as formas de autoridade local, vinculada às populações e solidária com seus interesses; as milícias de recrutamento nas vilas e nos sertões cedem o lugar aos efetivos portugueses, castrados os capitães-mores com o Regulamento de 1709. O Senado da Câmara desce de sua efêmera dignidade, reduzido a simples auxiliar dos senhores que governam a capitania, servos do poder central, escravos do rei. Os termos, vilas e comarcas se dividem, para atomizar as hostes dos caudilhos, na fórmula consagrada de dividir para governar e para centralizar. Sobre a colônia descem as sufocadoras garras da administração colonial, cortadas nos conselhos do reino, sem respeito pelas peculiaridades

5. Competências administrativas na Constituição de 1988

Além das competências legislativas, há as administrativas. Elas referem-se, basicamente, à **execução** de atividades, funções, encargos (no caso do Direito Ambiental, a polícia administrativa: fiscalização e licenciamento). Primeiramente, não se pode deixar de reconhecer que modelos teóricos nem sempre se aplicam sem óbices (e esse é um defeito eterno das constituições de **cuño racional-normativo**, como a nossa, ao contrário das constituições históricas, muito mais eficazes). Assim, as competências administrativas **não excluem**, de todo, alguma **ação normativa prévia**, a ser realizada **pela própria esfera de poder competente administrativamente**. A diferença essencial entre ambas, com isso, consiste no fato de que as competências administrativas referem-se, essencialmente, a um **poder de fazer**, atuar, poder-dever, enquanto as legislativas tratam, fundamentalmente, do ato de legislar¹⁰ ou, até, de regulamentar.

O art. 23 da CF/88 estabelece, como competências **administrativas comuns** da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, as seguintes matérias de cuño ambiental:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

[...]

VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII – preservar as florestas, a fauna e a flora [...].

Nas competências comuns, **outro erro crasso**, aliás como lembra **Paulo Bessa Antunes**¹¹, quando se atribui competência similar ou idêntica a vários entes, **significa**

do trópico. A ordem pública portuguesa, imobilizada nos alvarás, regimento ordenações, prestigiada pelos batalhões, atravessa o oceano, incorrupta, carapaça imposta ao corpo sem que as medidas deste a reclamem. O Estado sobrepôs-se, estranho, alheio, distante à sociedade, amputando todos membros que resistissem ao domínio. A conquista dos sertões, a descoberta das minas sugerira uma política de transação, agora revogada e anulada, não raro a ferro e fogo. Nenhuma comunicação, nenhum contato, nenhuma onda vitalizadora flui entre o governo e as populações: a ordem se traduz não obediência passiva ou no silêncio. Não admira que, duzentos anos depois, liberdades públicas só existam para divertimento de letrados, agarrados aos sonhos que o litoral traz de outros mundos. Essa organização administrativa e política, que assim se constitui, não é, então, como a da sociedade americana, ‘uma criação consciente dos indivíduos’. Não emana da própria sociedade. Dela não surge como uma transformação do seu todo no tempo e no espaço. É uma espécie de carapaça disforme, vinda de fora, importada. Vasta, complexa, pesada, não está, pela enormidade da sua massa, em correspondência com a rarefação e o tamanho da população, que subordina. Perfeitamente adequada a uma sociedade que possuísse o grau de condensação e complexidade de qualquer sociedade europeia, em fase adiantada de evolução. [...] A administração local, única parcialmente brasileira, será apenas autônoma para pequenas obras, uma ponte, uma estrada vicinal. [...] O Estado não é sentido como protetor dos interesses da população, o defensor das atividades particulares. Ele será apenas o monstro sem alma, o titular da violência, o impiedoso cobrador de impostos, o recrutador de homens para empresas com as quais ninguém se sentirá solidário – salvo os buscadores de benefícios escusos e de cargos públicos [...]. Ao sul e ao norte, os centros de autoridade são sucursais obedientes de Lisboa: o Estado, imposto à colônia antes que ela tivesse povo, permanece íntegro, reforçado pela espada ultramarina, quando a sociedade americana ousa romper a casca do ovo que a aprisiona. A colônia prepara, para os séculos seguintes, uma pesada herança, que as leis, os decretos e os alvarás não lograrão dissolver.”

¹⁰ Cf. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *União, estados e municípios na nova Constituição*: enfoque jurídico-formal. São Paulo: Fundação Faria Lima, 1989, p. 84-85.

¹¹ ANTUNES, Paulo Bessa. *Direito Ambiental*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

não atribuir a nenhum¹². Surge, assim, verdadeira arapuca jurídica, exatamente o que se disse: ao se atribuir a todos os entes federativos a competência para realização de determinada tarefa, acaba-se incumbindo, na prática, a nenhum deles.

As técnicas de repartição de competências administrativas assemelham-se às legislativas. Há, primeiramente, as competências administrativas **privativas**. As da União encontram-se elencadas, exaustivamente, no art. 21 da CF/88. Já as dos Estados-membros são, claramente, residuais não enumeradas, conforme art. 25, § 1º, da CF/88. Por fim, as dos municípios constam do art. 30, III a IX, da CF/88.

Talvez tenha faltado maior reflexão sobre o tema a quem redigiu o texto de 1988; não **deveriam** ser cumpridas **conjuntamente** por todos os entes federados, sendo, diferentemente das competências legislativas concorrentes, cumulativas. A competência material é fundamental e foi tão mal resolvida. O centralismo da Constituição e a absorção pelo ente central da maioria da arrecadação tributária gerou a inação de estados e municípios. Estes, sobre não legislarem no que lhes competia, quando da atuação administrativa do artigo 23, da CF, hoje aplicam normas editadas pelo poder central, ou por vezes utilizam-se de seu poder regulamentar para esmiuçá-las, prática que, se não é inconstitucional ou ilegal, não deveria ser a regra.

A União possui papel de destaque na distribuição de competências administrativas ambientais, segundo a CF/88. Privatamente, cabe-lhe, nos termos do art. 21, IX, da CF/88, “elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social”, incluindo-se, neste campo, os concernentes à proteção ambiental.

Não há qualquer relação de hierarquia entre os entes federativos, aqui possuindo, todos eles, o poder-dever de agir, fiscalizar e proteger o meio-ambiente por meio dos instrumentos cabíveis, como sanções administrativas e licenciamento¹³. E como a partilha de competências administrativas comuns, em grande parte das vezes, não é acompanhada da devida garantia de recursos para sua efetivação, resulta-se, com isso, na grande dependência dos Estados-membros e dos municípios em relação ao poder federal central¹⁴.

Ante o evidente desequilíbrio, a desorganização e a insegurança jurídica que a cumulatividade de tarefas a serem exercidas pelos entes federativos causa, procurou-se regulamentar por lei o tema, em observância ao parágrafo único do art. 23 da CF/88, na Lei Complementar n° 140, de 8 de dezembro de 2011 (LC 140/11), que: “Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora [...]”.

Em seu art. 3º, III, a LC 140/11 dispõe que, ao exercer suas competências comuns ambientais, devem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios “**harmonizar as políticas e ações administrativas para evitar a sobreposição de atuação entre os**

¹² Diz a sabedoria popular que “cachorro de dois donos morre de fome”.

¹³ Cf. CARNEIRO, Ricardo. Responsabilidade administrativa ambiental: sua natureza subjetiva e os exatos contornos do princípio do *non bis in idem*. In: SILVA, Bruno Campos et al. (coord.). *Direito Ambiental: visto por nós advogados*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 585-607.

¹⁴ Cf. ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 98-99.

entes federativos, de forma a evitar **conflitos de atribuições** e garantir uma atuação administrativa eficiente”. Todos os problemas que a Constituição gerou estão descritos, às avessas, no dispositivo referido anteriormente. Claro que a sobreposição na atuação dos entes federativos nas matérias elencadas no art. 23, III, VI e VII da CF/88, deve ser evitada, sob pena, inclusive, de invalidação dos atos que excederem os limites legais¹⁵; a própria Constituição deveria ser alterada, no particular.

Para a divisão de funções entre tais entes, deve-se utilizar o critério da **preponderância do interesse**, verificando-se se de abrangência nacional, regional ou local. Ademais, há que se respeitar, evidentemente, as respectivas competências privativas. Neste sentido, prevê o art. 17 da LC 140/11 o denominado princípio da subsidiariedade, a ser aplicado em questões de licenciamento ambiental. Segundo ele, “**nada será exercido por um poder de nível superior, desde que possa ser cumprido pelo inferior**”¹⁶. Com isso, a atuação de órgãos federais deve (teoricamente) **ser complementar** à dos estaduais e municipais congêneres.

Note-se, também, que o órgão responsável pelo licenciamento ambiental deve ser, em geral, igualmente competente para a fiscalização e para a aplicação de eventuais penalidades administrativas¹⁷.

A efetivação do referido critério de partilha de competências, contudo, na linha de tudo o que se disse do texto de 1988, gera conflitos e divergências entre os diversos níveis da Federação. Afinal, há falta de clareza, em muitos casos, acerca de qual seria o ente federativo e, mesmo dentro de determinada esfera administrativa, de qual seria a agência de controle ou instituto competente.

Saliente-se, também, que a LC 140/11 elencou competências administrativas da União (art. 7°), dos Estados-membros (art. 8°) e dos municípios (art. 9°), cabendo ao Distrito Federal as dispostas nos arts. 8° e 9° (art. 10 da LC 140/11).

De qualquer modo, não é excluída, completamente, a **cooperação** dos entes federativos na execução de suas competências administrativas. Assim, caso a matéria seja de interesse local, é possível que a União ou os Estados-membros, em convênio com o município afetado, intervenham no caso. Dando-se a questão no âmbito supramunicipal, pode o Estado-membro pertinente ser auxiliado pela União ou mesmo por municípios na resolução do **imbróglio**¹⁸.

6. Poder normativo e órgãos não-legislativos

Até agora falamos sobre competência legislativa (de editar leis) e do poder-dever de agir (obrigação de atuar administrativamente). Mas há um campo que medeia ambas as competências, ainda obscuro para certa doutrina, mas imprescindível para o funcionamento regular dos órgãos estatais: o poder de regulamentar leis (poder normativo) do Executivo para poder atuar administrativamente.

¹⁵ Cf. MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 211.

¹⁶ BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 416. v. 1.

¹⁷ Cf. FINK, Daniel *et al.* *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 107.

¹⁸ Cf. Mukai, Toshio, A competência comum na Constituição de 1988 (art. 23 e parágrafo único): Distorções de interpretações, Belo Horizonte: Fórum de Direito Urbano e Ambiental, v. 11, n. 62, mar./abr. 2012, pp. 376-377.

O sistema criado pela lei que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938/81 – norma geral –, sob a Constituição de 1969, pressupõe o poder normativo de órgãos autônomos do Executivo, não materializados em lei. Não há entre nós **reserva legal absoluta** (art. 5.º, II).

Temos, no Brasil vigente, o princípio da **reserva (relativa) de lei**. Para José Afonso da Silva, clara a distinção entre o **princípio da legalidade** e o **da reserva legal**¹⁹ no sentido de que o primeiro, diz o mestre, “significa a submissão e respeito à lei ou a atuação dentro dos limites estabelecidos pelo legislador”, ao passo que o segundo “consiste em estabelecer regulamentação de determinadas matérias deve fazer-se necessariamente por lei formal”. Fora deste, pode atuar o poder regulamentar autônomo (“implied powers” – originada no célebre voto do juiz Marshall, proferido no *leading case* “*McCulloch versus Maryland*”, de 1819). Nessa mesma linha, José Celso de Mello Filho preceitua que “há duas modalidades de reserva de lei: (a) reserva absoluta, que não admite a disciplinação normativa da matéria, senão mediante lei formal; (b) reserva relativa, que legitima, observados os limites e as condições fixadas previamente em lei, a intervenção normativa do Poder Executivo”²⁰.

Em verdade, a competência normativa do Executivo não se pode exaurir no papel meramente secundário de executar fielmente as leis. Rui Barbosa, em oração de 1912, no Senado da República, esforçado na lição de **Giron e de Duguit**, esclarecia que a noção, elementar a todas as Constituições, de que os regulamentos se formulam para executar unicamente as leis ficou reduzida a uma ficção²¹. Sugestiva a explicação de Cabral de Moncada sobre a razão pela qual pouco se trata da reserva legal²².

¹⁹ ‘Comentário Contextual à Constituição’, Malheiros, p. 485, 2005.

²⁰ Cf. MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 429.

²¹ TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público*. São Paulo: Renovar, p. 1.077 et seq. v. 2.

²² “[...] Do conceito rousseauiano de lei decorrem consequências muito claras para a organização dos poderes estaduais. As qualidades normativas da vontade geral colocam o legislador, seu intérprete constante, numa posição especial entre os órgãos estaduais. É neste aspecto que as concepções de Rousseau se distinguem claramente das de Montesquieu, dominado este na preocupação de conter em respeito a soberania estadual, dissociando-se em órgãos distintos e independentes, representativos dos vários estratos sociais numa tentativa de limitação mútua [...]. O monismo legislativo do poder em Rousseau contrasta fortemente com o pluralismo social de Montesquieu, que visava repartir o poder político pelos vários estratos sociais. A soberania rousseauiana tem um só destinatário, o que significa antes de mais que a ideia de constituição mista tão conhecida do pensamento político europeu desapareceu com Rousseau; não há autêntica separação política entre protagonistas diferenciados. A soberania tem um só titular, a Nação, e concretiza-se através da supremacia total do legislativo, seu único representante. O elemento democrático destituiu os elementos aristocráticos e autocráticos na construção do Estado. Ao mesmo tempo, os elementos axiológicos da «vontade geral» tiveram de ser comprimidos de modo à sua consubstanciação no órgão legislativo. O legislador transformou-se no legislativo e a «vontade geral» na da maioria. Foi assim que Rousseau foi interpretado pelo radicalismo revolucionário de 1793. E claro que o legislador rousseauiano não é o poder legislativo do pensamento liberal. [...] Seja como for e para os efeitos que aqui interessam é indiscutível a prevalência absoluta do legislador sobre o executivo, o qual nunca é intérprete autêntico do soberano que é o legislador. A posição puramente executiva daquele órgão do Estado (executivo) é uma constante no pensamento de Rousseau, a ponto de ficar por vezes colocado numa posição mais próxima do súdito do que da de um verdadeiro órgão estadual titular do poder. Poderá dizer-se que para Rousseau o legislativo é o poder supremo do Estado a uma grande distância dos outros por ser ele o único intérprete da vontade geral. Daqui se retira uma subordinação total da administração à lei que influenciou de perto os revolucionários franceses, bem como a inexistência de limites constitucionais à função legislativa. O executivo não contrabalança o legislativo; submetia-se-lhe como seu executor. A distinção rousseauiana entre as duas funções do Estado baseava-se no confronto entre vontade e execução. É pelo menos neste sentido que Rousseau foi por aqueles utilizado. Nesta perspectiva, a própria noção de reserva de lei não faz qualquer sentido. Nada há a esperar dela, muito menos que funcione como critério de repartição de competências entre o legislador e o executivo; nada há a reservar-lhe pois que tudo lhe está reservado. É este o figurino dos sistemas em que impera uma concepção jacobina da lei. As concepções democráticas alicerçadas em Rousseau são centralistas e tototalitárias. Toda a vida democrática se identifica com o quadro parlamentar da produção legislativa, sem que o parlamento se deva deter perante esferas de autodeterminação encabeçadas pelos corpos sociais intermédios cujas competências próprias constituiriam um

Não há delegação de poderes quando o legislador, traçando “standards”, paradigmas, bases ou quadros, transfere ao ato regulamentar, para a concretude de seu comando, atento à flexibilidade necessária à finalidade da lei. Regulamentar não é somente reproduzir analiticamente a lei, mas ampliá-la, completá-la, segundo o seu conteúdo, inclusive criando obrigações não previstas no texto originário, mas logicamente decorrentes da regulamentação²³.

Entre nós, em artigo publicado no *Jornal Carta Forense*, de abril de 2013, o jurista Carlos Ari Sundfeld bem remarca este vezo de nossos autores sobre o assunto, dizendo que “ainda há o ideário do legalismo, ainda forte entre os publicistas brasileiros. Segundo o legalismo, é a lei, e não a Administração, que teria de resolver tudo o que for importante. Regulamento e atos administrativos não devem criar nada [...] o administrador

limite ao domínio total do legislativo sobre todo o conjunto da vida social. Estamos nos antípodas da concepção liberal da democracia. A diferença principal consiste nisto: enquanto que para os liberais a tutela dos direitos subjetivos dos cidadãos se rege pela vontade particular do cidadão, garantindo o Estado as condições necessárias para o respectivo exercício, para Rousseau, a vontade particular de cada um deve subordinar-se à vontade geral de modo a lograr uma tutela conveniente dos direitos subjetivos. A diferença é abissal: enquanto que para os liberais a vontade particular é por si só juridicamente constitutiva, colocado que está o Estado numa posição subsidiária, para Rousseau, só depois de mediatizada pela vontade geral é que ela se eleva à dignidade jurídica. A vontade geral é, portanto, o meio através do qual o corpo eleitoral se transforma em órgão legislativo acabando por ser este o verdadeiro sujeito da vontade política. Da concepção rousseauiana da «vontade générale» decorre uma concepção de lei que se diferencia claramente das concepções liberais. O conceito de lei de Rousseau é o conceito democrático, que coloca a questão da legitimidade da lei mais na sua origem do que no respeito dos limites que os direitos subjetivos dos cidadãos e a autonomia dos corpos intermédios lhe assinalam. A lei aqui vincula estritamente todos os restantes órgãos do Estado reduzindo-os à posição de meros executores, ao mesmo tempo que se identifica com o direito. Para o conceito democrático de lei, fazer leis é criar direito e, por sua vez, o legislador não conhece outros limites à sua ação senão os que decorrem da vontade geral. O conceito democrático de lei exprimeu, em termos políticos, a luta contra o absolutismo na medida em que quis concentrar o poder supremo do Estado na mãos da burguesia ascendente que carecia desesperadamente do poder estadual para confirmar a sua hegemonia a todos os níveis da vida social, econômica e política. De importante há aqui a reter que a ideia de uma vinculação externa do legislador não é característica do conceito democrático de lei mas sim do conceito de lei próprio do Estado-de-Direito que haveria de ser forjado no quadro do pensamento liberal. A lei fica equiparada à constituição, distinguindo-se esta da lei ordinária apenas pelo respectivo objeto, com todas as consequências daí resultantes. No contexto da teoria democrática da lei é só a partir do conceito de lei que se chega ao princípio da legalidade da administração. A noção alemã, mais tardia, de reserva de lei, não desempenha, aqui, qualquer papel. [...] Idênticas considerações são válidas para o poder judicial. A legalidade da administração é aqui, uma consequência direta de seu estatuto de menoridade, portanto o legislativo, e consequentemente não se beneficia de nenhum espaço livre.” (MONCADA, Luís S. Cabral de. *Lei e Regulamento*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 115 et seq.).

²³ Novamente, o insuperável Caio Tácito (*Temas de Direito Público*. São Paulo: Renovar, p. 1077 et seq. v. 2): “É assim no direito anglo-saxônico, em que é largamente conhecido o uso do poder normativo de agências administrativas (*rule making power*), como processo de disciplina das atividades econômicas. Analisando os principais sistemas ocidentais, Enzo Cheli demonstrou, em levantamento feito em 1959, que o centro efetivo da vida do ordenamento e, em particular, a atividade de produção da norma jurídica se transfere progressivamente do Parlamento para o Governo. Após minucioso inventário do fenômeno de ampliação do poder normativo do Executivo na França, Inglaterra, Estados Unidos, Bélgica e Suíça, identifica a tendência de crescimento do poder regulamentar, assim como a expansão dos processos de lei delegada ou de legislação de urgência, a importar no fortalecimento dos instrumentos normativos afetos ao Executivo (*Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, p. 462-528, 1959). Expressivo o depoimento de Bernard Schwartz sobre o panorama do Direito norte-americano: “During the past half century a major task of our developing administrative law was to legitimize the vast delegations of power made to administrative agencies, particular during and after the New Deal period” (*Administrative Law: the Third Century*, p. 295). O sistema norte-americano implantou processos especiais de elaboração de normas pela Administração (*rule making procedure*), com adequada publicidade, liberando, porém, a regulamentação pelos órgãos administrativos das atividades econômicas fiscalizadas (ver: Kenneth Culp Davis – *Administrative Law Treatise*, v. 1, cap. 6, p. 360 et seq.; James Hart – *An Introduction of Administrative Law*, 2. ed. p. 309 et seq.; Bernard Schwartz – *American Administrative Law*, cap. II e III, p. 18 et seq.; Bernard Schwartz – *Le droit administratif américain*, cap. III, Le pouvoir réglementaire, p. 51 et seq.). A liberdade normativa das agências equilibra-se com o controle pelo Congresso da *regulation* administrativa, mediante o processo do veto legislativo (ver: *Congressional control of administrative Regulation: a study of legislative vetoes*, Harold H. Bruff e Ernest Gelhorn, *Harvard Law Review*, maio 1977, 90/1369/7). Na Inglaterra, a tendência incipiente da legislação social do século XIX acelerou, na emergência das guerras do século atual, o processo de delegação do poder normativo, de tal forma que, segundo a afirmativa autorizada de Wade, a legislação administrativa amplamente supera a produção do Parlamento.”

não poderia ser autorizado, mesmo pela lei, a ser algo além de um braço mecânico do legislador. Essa visão estigmatiza a função administrativa, presumindo-a incapaz de fugir à arbitrariedade, se não estiver totalmente limitada pelas escolhas prévias do legislador. [...] É uma visão estranha. Essa visão faz uma caricatura da expediência jurídica – que a Administração tem sido autorizada a criar, com base nas leis, descrevendo-a de modo simplista como desastrosa, incompatível com o estado de direito etc. Por isso sou cético, também quanto a esse **legalismo sebastianista**”.

7. Conclusões

Conclui-se ser urgente que o país alinhe sua ordem constitucional a um perfil racional e eficiente, afastando-se, pelo poder constituinte derivado, do deficiente texto de 1988, a gerar intermináveis conflitos na edição de normas, na fiscalização e no licenciamento ambiental, que teria evidente benefício aos cidadãos, ao meio ambiente, aos agentes econômicos e ao desenvolvimento nacional.

Aspectos gerais da tutela jurídica ambiental da atividade minerária no Brasil

Paulo Alcides Amaral Salles

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

Introdução

Na Conferência “Rio+10”, realizada no ano de 2001, a atividade minerária foi considerada fundamental para o desenvolvimento econômico e social de muitos países, sobretudo diante da essencialidade dos minerais para a manutenção da qualidade de vida dos seres humanos na atualidade.

Indústria, transporte, habitação e tecnologia são exemplos de segmentos da atuação humana que tem relação de extrema dependência da exploração de recursos minerais.

Em nosso país, ao lado da agricultura e do turismo, a mineração se coloca como um dos principais pilares da economia.

A manifesta importância da atividade, no entanto, contrasta com os impactos ambientais por ela causados. De acordo com Romeu Thomé:

Os inegáveis impactos ambientais decorrentes das atividades minerárias constituem fontes inesgotáveis de conflitos entre os empreendedores, sociedade civil e ambientalistas. Uma das principais características da mineração é a rigidez locacional das jazidas. Somente é possível minerar onde há minério e, não raras vezes, esse recurso se encontra exatamente em áreas ambientalmente relevantes. (Manual de Direito Ambiental. 4. ed. rev. aum. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 488, grifo nosso)

Segundo Omar Yazbek Bitar, as principais alterações ambientais causadas pela mineração podem ser resumidas em: supressão de áreas de vegetação, reconfiguração de superfícies topográficas, impacto visual, aceleração de processos erosivos, aumento da turbidez e assoreamento de corpos d’água, emissão de gases e partículas no ar, ruídos, além da propagação de vibrações no solo (BITAR, Omar Yazbek. Recuperación de áreas degradadas por la minería en regiones urbanas. In: UNESCO. *II Curso Internacional de Aspectos Geológicos de Protección Ambiental*. Montevideo: UNESCO, 2002, v.1, p.332-345)

Diante de tal celeuma, invoca-se o princípio do desenvolvimento sustentável, concebido a partir da Conferência de Estocolmo, em 1972, como parâmetro de harmonização entre a exploração de recursos minerais e a menor agressão possível ao meio ambiente.

Como bem esclarece Maria Luiza Machado Granziera:

Embora o conceito de desenvolvimento sustentável tenha se cristalizado somente na preparação da Convenção do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Declaração de Estocolmo já estabelecera, com clareza, a necessidade de assegurar às futuras

gerações os benefícios gerados pelos recursos naturais. O princípio 2 trata da preservação dos ecossistemas para as futuras gerações; o princípio 3 dispõe que deve ser mantida e, sempre que possível, restaurada ou melhorada a capacidade da terra de produzir recursos vitais renováveis. O princípio 4, além de discorrer sobre a responsabilidade do homem na preservação da flora e fauna silvestres, ressalta a importância de seus habitats, cabendo, no planejamento do desenvolvimento econômico, atribuir importância à conservação da natureza, incluída a flora e a fauna silvestres. O princípio 5 determina que os recursos não renováveis da terra devem ser utilizados de forma a evitar o perigo do seu esgotamento futuro e a assegurar que toda a humanidade participe dos benefícios de tal uso. Fica bastante evidente, nesse dispositivo, o conceito subjacente do desenvolvimento sustentável. (Direito Ambiental. 2. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2011, p. 37)

1. Previsão constitucional

1.1. Competência legislativa

A Carta Magna de 1988 estabelece a competência privativa da União para legislar sobre jazidas, minas e outros recursos minerais em seu artigo 22, XII.

Por sua vez, vislumbrando o interesse direto de todos os entes federados na obtenção através da exploração minerária, o legislador constitucional atribuiu a competência material ou administrativa (para fiscalizar as concessões de direito de pesquisa e exploração de recursos minerais) à União, Estados e Municípios, à luz do que dispõe o artigo 23, XI.

1.2. Domínio público

Desde a Constituição brasileira de 1934, a propriedade dos recursos minerais é distinta da do solo. Atualmente, à luz do artigo 20, IX, da Constituição Federal de 1988, são bens da União os recursos minerais, inclusive os do subsolo, garantindo-se ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

Em outras palavras, todos os recursos minerais existentes no país pertencem ao poder público federal. O STF confirma tal entendimento:

O sistema de direito constitucional positivo vigente no Brasil – fiel à tradição republicana iniciada com a Constituição de 1934 instituiu verdadeira separação jurídica entre a propriedade do solo e a propriedade mineral (que incide sobre as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais existentes no imóvel) e atribuiu à União Federal a titularidade da propriedade mineral, para o específico efeito de exploração econômica e/ou de aproveitamento industrial. A propriedade mineral submete-se ao regime de dominialidade pública. Os bens que a compõem qualificam-se como bens públicos dominiais, achando-se constitucionalmente integrados ao patrimônio da União Federal. (RE 140.254-AgR, Rel. Ministro Celso de Mello)

Importante ressaltar que a propriedade do Estado não significa o monopólio na exploração dos recursos minerais, atividade permitida aos concessionários do direito de lavra, conforme prevê o artigo 176 da Carta Magna:

Artigo. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

Ou seja, embora o artigo 20, IX, estabeleça que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, sejam bens da União, o artigo 176 garante ao concessionário da lavra a propriedade do produto de sua exploração.

Em consequência, a desapropriação da propriedade pelo Poder Público, via de regra, não dará direito a indenização pelas jazidas existentes no subsolo. Se, no entanto, tiver sido outorgada autorização para lavra, deverá o expropriante indenizar o concessionário, tendo em vista a possibilidade de apreciação econômica do título que formaliza o ato (o que não ocorre com a jazida em si).

2. Regulamentação infraconstitucional

Em nível infraconstitucional, o principal diploma regulador da atividade minerária no Brasil é o Código de Minas (Decreto n° 227/67), que em seu artigo 1° determina ser da União a competência para administrar os recursos minerais, a indústria de produção mineral e a distribuição, o comércio e o consumo de produtos minerais.

Referido diploma traz conceitos importantes, como a distinção entre mina e jazida trazida pelo seu artigo 4°, *in verbis*:

Considera-se jazida toda massa individualizada de substância mineral ou fósil, aflorando à superfície ou existente no interior da terra, e que tenha valor econômico; e mina, a jazida em lavra, ainda que suspensa.

As minas se subdividem em **manifestadas** (em lavra, ainda que transitoriamente suspensa em 16/07/1934, e que tenha sido manifestada na conformidade do artigo 10 do Decreto 24.642/34 e da Lei n° 94/35) e **concedidas** (quando o direito de lavra é outorgado pelo Ministro do Estado de Minas e Energia), nos termos do artigo 6° do CM.

As jazidas eram classificadas em nove classes pelo artigo 5° do CM, que foi revogado pela Lei n° 9.314/96. Há, no entanto, resoluções do CONAMA que disciplinam o licenciamento ambiental das atividades minerárias que fazem menção a tal classificação.

3. Regimes de aproveitamento mineral

O artigo 176 da CF/1988 estabelece que a pesquisa e a lavra de recursos minerais somente poderão ser realizadas mediante **autorização** ou **concessão** da União, no interesse

nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país.

O Código de Minas vai mais além e prevê que o aproveitamento mineral abrange a autorização de pesquisa, a concessão de lavra, a permissão de lavra garimpeira, o licenciamento e o regime de monopolização (artigo 2º).

A **autorização de pesquisa** é concedida pelo DNPM (Departamento Nacional de Pesquisa Mineral) mediante alvará e se configura como título minerário que outorga o direito de realizar a pesquisa. De acordo com Frederico Amado, ela “consiste na execução de trabalhos necessários à definição da jazida, sua avaliação e a determinação da exequibilidade do seu aproveitamento econômico” (*Direito Ambiental Esquemático*. 4. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 407).

A **concessão de lavra**, por sua vez, tem como pressuposto a expedição de Portaria pelo Ministério de Minas e Energia, e representa uma autorização para a realização de operações necessárias objetivando o aproveitamento industrial da jazida, desde a extração das substâncias minerais úteis até o beneficiamento das mesmas.

De acordo com o STF, a concessão de lavra tem caráter comercial, sendo, portanto, transmissível:

O sistema minerário vigente no Brasil atribui à concessão de lavra – que constitui verdadeira res in commercio –, de caráter negocial e conteúdo de natureza econômico financeira. O impedimento causado pelo Poder Público na exploração empresarial das jazidas legitimamente concedidas gera o dever estatal de indenizar o minerador que detém, por efeito regular de delegação presidencial, o direito de industrializar e de aproveitar o produto resultante da extração mineral. Objeto de indenização há de ser o título de concessão de lavra, enquanto o bem jurídico suscetível de apreciação econômica, e não a jazida em si mesma considerada, pois esta, enquanto tal, acha-se incorporada ao domínio patrimonial da União Federal. (STF, RE 140.254-Agr, Rel. Min. Celso de Mello).

A **garimpagem (lato sensu)**, a seu turno, abarca a garimpagem, a faiscação e a cata, todas elas modalidades rudimentares de mineração, de índole individual, e que dependem de permissão do governo federal.

Tais institutos são previstos no artigo 70 do CM:

Art. 70. Considera-se:

I – garimpagem, o trabalho individual de quem utilize instrumentos rudimentares, aparelhos manuais ou máquinas simples e portáteis, na extração de pedras preciosas, semi-preciosas e minerais metálicos ou não metálicos, valiosos, em depósitos de eluvião ou aluvião, nos álveos de cursos d'água ou nas margens reservadas, bem como nos depósitos secundários ou chapadas (grupiaras), vertentes e altos de morros; depósitos esses genericamente denominados garimpos.

II – faiscação, o trabalho individual de quem utilize instrumentos rudimentares, aparelhos manuais ou máquinas simples e portáteis, na extração de metais nobres nativos em depósitos de eluvião ou

aluviação, fluviais ou marinhos, depósitos esses genericamente denominados faisqueiras;

III – cata, o trabalho individual de quem faça, por processos equiparáveis aos de garimpagem e faiscação, na parte decomposta dos afloramentos dos filões e veeiros, a extração de substâncias minerais úteis, sem o emprego de explosivos, e as apure por processos rudimentares.

Considera-se **regime de permissão de lavra garimpeira** o aproveitamento imediato da jazida mineral que, por sua natureza, dimensão, localização e utilização econômica, possa ser lavrado, independentemente de prévios trabalhos de pesquisa, de acordo com critérios fixados pelo departamento nacional de produção mineral, a teor do artigo 1º da Lei nº 7.805/1989 (que criou o regime de lavra garimpeira).

Os recursos minerais também poderão ser aproveitados pelo **regime de licenciamento** (regulado pela Lei nº 6.567/1978 – dispõe sobre regime especial para exploração e o aproveitamento das substâncias minerais), que se limita à extração de substâncias minerais em áreas restritas, facultado exclusivamente ao proprietário do solo ou a quem dele tiver expressa autorização.

Poderá, ainda, ser objeto de licenciamento o aproveitamento de areias, cascalhos, saibros para a utilização imediata na construção civil, no preparo de agregados e argamassas, desde que não sejam submetidos a processo industrial de beneficiamento, nem se destinem como matéria-prima à indústria de transformação.

4. Licenciamento ambiental das atividades minerárias

O artigo 2º, IX, da Resolução CONAMA nº 01/1986 (que disciplina o EIA-RIMA), elenca a atividade de extração de minérios como causadora de significativa degradação ambiental, tornando obrigatória a prévia realização do referido estudo de impacto ambiental.

Nesse sentido, o artigo 225, §1º, da CF dispõe que incumbe ao Poder Público:

IV – exigir, na forma da lei, para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.

A extração de minerais é regulada pela Resolução CONAMA nº 09/1990, com exceção dos minérios da classe II (disciplinados pela Resolução CONAMA nº 10/1990).

O EIA pode ser dispensado no licenciamento de atividades minerárias de baixo impacto ambiental e aquelas cujo produto da extração for aplicado imediatamente na construção civil; nessas hipóteses, a apresentação de RCA (Relatório de Controle Ambiental) é suficiente para emprestar regularidade ao empreendimento minerário.

Nos demais casos, o EIA/RIMA deve ser apresentado por ocasião do requerimento de **licença prévia (LP)**, à luz do que dispõe o artigo 1º da Resolução CONAMA nº 09/1990.

As etapas seguintes serão a obtenção da **licença de instalação (LI)** e, por fim, a **licença de operação (LO)**, quando só então será autorizada a extração da substância mineral.

Sobre a necessidade de licenciamento ambiental, precedente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

AÇÃO DECLARATÓRIA. PRETENSÃO DE DISPENSA DE ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL PARA EXPLORAÇÃO DE MINÉRIO (“FELDSPATO”) EM ÁREA AMBIENTALMENTE PROTEGIDA (BIOMA DE MATA ATLÂNTICA). IMPROCEDÊNCIA. EXTRAÇÃO DE MINÉRIO PERFAZ ATIVIDADE POTENCIALMENTE CAUSADORA DE DANOS AO MEIO AMBIENTE. EXIGÊNCIA DE LICENCIAMENTO (ARTIGO 2º DA LEI Nº 11.428/2006). AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A DEGRADAÇÃO AMBIENTAL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (Relator Paulo Alcides Amaral Salles, AP. n° 1013453-95.2014.8.26.0053, j. em 26/11/2015)

Em outra ação julgada pela Corte Paulista, determinou-se a cassação da licença para atividade mineratória realizada em área ambientalmente protegida, a destacar a importância do rigor dos órgãos ambientais previamente à expedição do ato administrativo:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Meio ambiente. Antecipação de tutela que determina a cassação da licença e a interrupção da atividade de extração em zona protegida. Admissibilidade. Presença dos pressupostos legais. Incontroverso exercício de extração dentro de Zona de Proteção fixada em resolução. Incidência do princípio da precaução. Bem de relevante amparo. Ausência de perigo de irreversibilidade da medida. Inexistência de direito adquirido à degradação de bem coletivo. Eventual discussão sobre inconsistência ou legalidade da resolução que não pode ser objeto deste recurso. Recurso improvido. (Agravo de Instrumento n° 2187167-44.2014.8.26.0000, Rel. Alvaro Passos, j. em 25/04/2015)

Importante observar que o vencimento da LO implicará em suspensão automática das atividades de lavra, exceto nas hipóteses de prorrogação automática do seu prazo, nos termos do artigo 18, §4º, da Resolução CONAMA n° 237/97.

Uma vez que o licenciamento ambiental consubstancia pressuposto para a efetiva exploração de minério, o órgão ambiental competente deverá, ao negá-lo em quaisquer de suas fases (LP, LI, LO) expor os motivos que o levaram ao indeferimento (artigo 8º da Resolução CONAMA 09/1990).

Ressalte-se, por fim, o dever do licenciante de, por ocasião da apresentação do EIA/RIMA, submeter o plano de recuperação da área degradada (PRAD) à aprovação do órgão estadual ambiental competente, conforme será explicitado mais adiante.

De acordo com Romeu Thomé, “é inequívoco que o titular do registro de licença de exploração mineral deverá cumprir todas as obrigações legais até a data da extinção do título, promovendo, inclusive, a recuperação ambiental da área” (*Manual de Direito Ambiental*. 4. ed. rev. aum. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 512).

5. Dever de recomposição de áreas degradadas em virtude da exploração mineral

O artigo 225, §2º, da Constituição Federal estabelece que “Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei”.

A regulamentar o dever do minerador de reparar danos causados decorrentes de sua atividade estão o artigo 1º do Decreto nº 97.632/89 (os empreendimentos que se destinam à exploração de recursos minerais deverão, quando da apresentação do EIA/RIMA, submeter a aprovação do órgão ambiental competente plano de recuperação de área degradada) e o artigo 19 da Lei nº 7.805/89, que prevê: “O titular de autorização de pesquisa, de permissão de lavra garimpeira, de concessão de lavra, de licenciamento ou de manifesto de mina responde pelos danos causados ao meio ambiente”.

A imposição legal é absolutamente pertinente, pois a mera pesquisa mineral, em algumas situações, tem grande potencial danoso ao meio ambiente. De acordo com Paulo Afonso Leme Machado:

Não se pode olvidar que a pesquisa mineral possibilita diversos trabalhos de campo, como aberturas de escavações visitáveis (artigo 14, §1º, do Decreto Lei 2.276/67), e seria aberrante deixar irrecuperado o meio ambiente que sofreu tais atividades, principalmente no caso em que não houver interesse na obtenção da concessão da lavra. (Direito Ambiental Brasileiro. 12. ed. São Paulo: Malheiros, p. 655).

A responsabilidade do degradador, em tais casos, é objetiva (independente de culpa ou dolo), mesmo com relação a atividades minerárias licenciadas pelos órgãos ambientais.

Sobre o tema, precedentes das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL DANOS AMBIENTAIS COMPROVADOS DEVER DE RECOMPOSIÇÃO. [...] Verificando-se de todo o conjunto probatório que os réus, no desenvolvimento da atividade de extração de areia, promoveram danos ambientais, e não honrando com os compromissos assumidos perante o órgão ambiental competente no tocante à recuperação das áreas degradadas, de rigor a procedência da demanda para condená-los a promover a recuperação ambiental nos termos impostos pela r. sentença. (Apelação com Revisão Nº 0002309-12.2005.8.26.0586, Rel. Paulo Ayrosa)

APELAÇÃO CÍVEL – Ação Civil Pública – Reparação de danos causados por atividade de mineração. 1) Pedido de conversão do julgamento em diligência para reunião de ações conexas – Impossibilidade – Ações propostas em face de empresas distintas e reparação dos danos em locais diferentes – Demanda precedente em fase de execução. 2) Reparação dos danos – Responsabilidade solidária – Empresa pública municipal – Município sucedeu a empresa, que teve suas atividades encerradas em 1999 – Imóvel que pertence ao apelante –

Natureza propter rem da obrigação de reparação da área degradada – Sentença mantida. Recurso improvido. (Ap. Apelação nº 0003461-82.2009.8.26.0642, Rel. Eutálio Porto)

O dever de recomposição dos danos ambientais causados está calcado nas ideias de esgotabilidade dos recursos minerais, de rigidez locacional da jazida e do impacto socioambiental inerente à atividade minerária.

Nesse mister, é essencial considerar a dimensão das reservas e o tempo provável para a sua extensão, além de investigar alternativas para as comunidades que se desenvolveram baseadas nas atividades de mineração superem as dificuldades oriundas da paralisação da extração mineral após sua exaustão. Elabora-se, assim, um plano de fechamento de mina, buscando-se a preservação do meio ambiente cultural, social e biológico, possibilitando o uso futuro da área e a reinserção econômico-social do município e de sua população. (THOMÉ, Romeu. Manual de Direito Ambiental. 4. ed. rev. aum. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 514)

No Projeto de recuperação ambiental da área devem estar previstas providências detalhadas com o objetivo de recomposição do solo degradado, com previsão de restauração da função ecológica, atratividade da fauna e conectividade entre os fragmentos de cobertura vegetal.

6. Mineração em áreas ambientalmente protegidas

Uma das maiores celeumas que envolvem o direito minerário relaciona-se a exploração mineral em áreas ambientalmente protegidas.

O Novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012) elenca diversas regiões que devem ser tuteladas em decorrência da importância das suas características para o ecossistema. A possibilidade ou não de atividades mineratórias em tais espaços naturais será analisada adiante.

6.1. Áreas de preservação permanente

As áreas de preservação permanente podem ser conceituadas como áreas ambientalmente protegidas, cobertas ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas (artigo 3º, II, do Código Florestal)

Como são relevantes ao meio ambiente, devem ter sua cobertura vegetal preservada. Segundo Marcelo Abelha, “a delimitação (limites) segue um critério técnico, levando em consideração a função ecológica que possuem cada uma das áreas. O legislador previu, como no sistema anterior, as hipóteses criadas pela própria lei (arts. 4º e 5º) e as APPs criadas por ato do Poder Executivo (artigo 6º)” (*Direito Ambiental Esquemático*, p. 220).

O próprio legislador, no entanto, traz exceções à regra de vedação ao uso da APP, autorizando a supressão da sua vegetação nos casos de utilidade pública e interesse social, ou ainda nas hipóteses de baixo impacto ambiental (artigo 2º, I, “c”).

Dentre as situações de utilidade pública ensejadoras de autorização para supressão de vegetação em áreas de preservação permanente, a atividade de pesquisa e extração de substâncias minerais já era apontada pela Resolução CONAMA nº 369/2006 (artigo 2º, I, “c”).

Tal condição foi elevada ao patamar de lei com a vigência do Novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), cujo artigo 3º prevê como de:

VIII: utilidade pública

[...]

b) as obras de infraestrutura destinadas às concessões e aos serviços públicos de transporte, sistema viário, inclusive aquele necessário aos parcelamentos de solo urbano aprovados pelos Municípios, saneamento, gestão de resíduos, energia, telecomunicações, radiodifusão, instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais, bem como mineração, exceto, neste último caso, a extração de areia, argila, saibro e cascalho.

E de:

IX – interesse social:

[...]

f) as atividades de pesquisa e extração de areia, argila, saibro e cascalho, outorgadas pela autoridade competente.

Como bem destaca José Ângelo Remédio Júnior, “o Novo Código Florestal inovou ao prever a mineração como uma das hipóteses para a utilização da área de preservação permanente como utilidade pública ou interesse social, de acordo com a substância do objeto da mineração” (REMÉDIO JÚNIOR, 2013, p. 244).

Por sua vez, o artigo 8º dispõe que:

A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em área de preservação permanente somente ocorrerá nas hipóteses de utilidade pública social, de interesse social ou de baixo impacto ambiental.

§1º A supressão de vegetação nativa protetora de nascentes, dunas e restingas somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública.

Da interpretação dos dispositivos mencionados, conclui-se que é vedada, em quaisquer hipóteses, o exercício da atividade mineradora em áreas de vegetação protetora de nascentes, dunas e restinga, quando o objeto da exploração consistir em areia, argila, saibro ou cascalho (atividades não consideradas de utilidade pública pelo legislador).

Os pressupostos para a autorização da atividade minerária em APP (em casos de atividades consideradas de utilidade pública) são: justificativa da necessidade de extração de substâncias minerais na área de preservação; a inexistência de alternativas para a exploração da jazida; apresentação de EIA-RIMA.

Na lição de Romeu Thomé:

O titular de direito mineral outorgado pelo órgão competente, desde que justifique a necessidade da extração de substâncias minerais em APP e a inexistência de alternativas técnico-locacionais para a exploração da jazida, incumbindo-lhe ainda realizar a avaliação do impacto ambiental (apresentação do EIA/RIMA), poderá ser autorizado pelo órgão ambiental competente a suprimir vegetação em área de preservação permanente para a implementação de atividade minerária. (Manual de Direito Ambiental. 4. ed. rev. aum. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 516)

A Resolução CONAMA 369/2006 estabelece, ainda, outras condições para a exploração mineral em APP, quais sejam:

1. Realização da atividade por profissional legalmente habilitado para a extração mineral;
2. A atividade minerária deve ser compatível com as diretrizes do plano de recursos hídricos (quando houver) e não poderá ser autorizada em áreas de remanescente florestal de mata atlântica primária (artigo 7º, IV, V, VI).

A intervenção ou supressão de vegetação em APP para atividades de pesquisa mineral também ficam sujeitos a EIA/RIMA no processo de licenciamento ambiental, caso sejam potencialmente causadoras de impacto ambiental significativo.

Diante da relevância ambiental de tais áreas, há necessidade, ainda, de implementação de medidas mitigadoras e compensatórias, como por exemplo a exigência do cumprimento do PRAD, nos termos do § 8º do citado artigo 7º, *in verbis*:

Artigo 7º [...]

§ 8º. Além das medidas ecológicas, de caráter mitigador e compensatório, previstas no artigo 5º desta Resolução, os titulares de atividades de pesquisa e extração de substâncias minerais em APP ficam igualmente obrigados a recuperar o meio ambiente degradado, nos termos do § 2º do artigo 225 da Constituição e da legislação vigente, sendo considerado obrigação de relevante interesse ambiental o cumprimento do Plano de Recuperação de Área Degradada-PRAD.

6.2. Áreas de reserva legal

A área de reserva legal pode ser definida como uma limitação ao direito de propriedade, baseada na sua função socioambiental. Como efeito, os imóveis rurais deverão preservar um percentual de vegetação com a finalidade de conservação da biodiversidade, abrigo e proteção da fauna e flora silvestres.

Seu conceito e os respectivos percentuais legais estão previstos nos artigos 3º, III, e 12, ambos do Código Florestal:

Art. 3º. Para efeitos desta lei, entende-se por [...]

III – Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa;

[...]

Art. 12. Todo imóvel rural deve manter área com cobertura de vegetação nativa, a título de Reserva Legal, sem prejuízo da aplicação das normas sobre as Áreas de Preservação Permanente, observados os seguintes percentuais mínimos em relação à área do imóvel, excetuados os casos previstos no art. 68 desta Lei: (Redação dada pela Lei nº 12.727, de 2012).

I – localizado na Amazônia Legal:

a) 80% (oitenta por cento), no imóvel situado em área de florestas;

b) 35% (trinta e cinco por cento), no imóvel situado em área de cerrado;

c) 20% (vinte por cento), no imóvel situado em área de campos gerais;

II – localizado nas demais regiões do País: 20% (vinte por cento).

Embora seja tecnicamente possível a utilização dos recursos minerais sob a forma de manejo sustentável (artigo 20 da Lei nº 12.651/2012), os impactos ambientais decorrentes da atividade minerária normalmente são incompatíveis com os caracteres preservacionistas da área de reserva legal.

6.3. Unidades de conservação (UC)

Unidade de Conservação da Natureza pode ser definida como espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivo de conservação e limites definidos, sob o regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção.

O Sistema Nacional de Unidades de Conservação é regido pela Lei nº 9.985/00 (THOMÉ, Romeu. *Manual de Direito Ambiental*. 4. ed. rev. aum. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 518).

De acordo com a legislação regulamentadora, cinco são as características de uma UC: 1) relevância ecológica; 2) criação por ato oficial do Poder Público; 3) delimitação territorial; 4) objetivo de preservação do meio ambiente; 5) regime especial de proteção e afetação em razão do interesse público que justifica sua criação.

De acordo com o grau de preservação, podem ser classificadas em dois grupos: a) de proteção integral ou de uso sustentável (intocáveis); b) de uso direto ou indireto dos recursos ambientais.

Nas UC de proteção integral, devido ao grau máximo de preservação, é absolutamente vedada a atividade mineratória. Já nas UC de uso sustentável, com exceção das reservas extrativistas (artigo 81, § 6º, da Lei do SNUC), não há proibição expressa nesse sentido.

O artigo 7º, § 2º, da Lei do SNUC, estabelece como objetivo básico das UC de uso sustentável a compatibilização entre a conservação da natureza e o uso sustentável de parcela de seus recursos naturais.

Por sua vez, o artigo 25 do Decreto que regulamenta a Lei do SNUC (nº 4.340/02), admite a exploração de recursos florestais e outros recursos naturais em unidades de conservação de uso sustentável, nos limites estabelecidos em lei, através de autorização e de acordo com os objetivos de cada categoria de unidade.

No entanto, diante de ausência de regulamentação expressa, não há consenso doutrinário sobre a possibilidade de exploração minerária em UC de uso sustentável.

Paulo de Bessa Antunes é favorável à exploração, *in verbis*:

O artigo 17 da Lei nº 7.805/89 estabelece a possibilidade de que a pesquisa e a lavra possam ser realizadas em áreas de conservação, desde que haja prévia autorização do órgão ambiental responsável pela administração da unidade de conservação. [...] A matéria deverá ser examinada, portanto, caso a caso, considerando-se os objetivos legais da unidade de conservação, a intangibilidade ou não de seu território e os efeitos concretos previstos na avaliação dos impactos ambientais, da atividade pretendida. (Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2000, p. 345).

Para o professor Patryck Ayala, no entanto, os impactos ambientais das atividades de mineração são incompatíveis com as características preservacionistas das UC:

Ocorre que, se de um lado, não há proibição a esses recursos naturais, assim como também não se definiu um regime jurídico específico para a exploração mineral, e tampouco sejam enumeradas pela Constituição espécies de usos autorizados, convém destacar, de outro lado, que o próprio texto constitucional traça um perfil bem definido das espécies de uso proibido em unidades de conservação, que são exatamente todas aquelas que possam comprometer, ainda que potencialmente, em qualquer medida, a integridade dos atributos que justificaram a instituição do regime especial sobre o espaço natural, como consta claramente do artigo 225, § 1º, III, da CF.

[...]

Sob essa perspectiva, pode-se argumentar que não apenas em relação às unidades de conservação de uso integral, mas também em relação às de uso sustentável, a atividade minerária mostra-se absolutamente incompatível com o regime jurídico constitucional que qualifica a instituição dos espaços naturais especialmente protegidos. (A exploração de atividade econômica em espaços submetidos a regimes de apropriação diferenciados. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens. Direito Constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007).

Nossa posição sobre o tema não diverge, *in totum*, de nenhuma das duas correntes citadas. Em nosso entender, a viabilidade da extração de minério em UC de uso sustentável passa, inevitavelmente, pela detida investigação sobre as peculiaridades da UC, a espécie da atividade extrativista, o seu efetivo potencial sobre o ecossistema local e, por

fim, a apresentação de um plano de manejo individualizado para a unidade de conservação, pena de descaracterização dos atributos ambientais que justificaram a instituição da proteção legal.

Por fim, discute-se a possibilidade de atividades de mineração nas chamadas “zonas de amortecimento” (entorno) das UCs. Tais regiões, como não se localizam no interior da UC, submetem-se a regramento próprio a ser estabelecido pelo órgão responsável pela administração da UC.

De acordo com Romeu Thomé:

Qualquer atividade que afete a zona de amortecimento de uma UC só poderá ser licenciada após a autorização do órgão responsável pela administração da UC. Nos casos em que a zona de amortecimento não esteja estabelecida, deve ser definida a área de incidência da limitação da exploração do entorno da unidade de conservação, sob pena de utilização indiscriminada e degradante do meio ambiente. É exatamente essa a finalidade que as normas ambientais definem uma faixa genérica de proteção no entorno das UC que ainda não fixaram a extensão de sua zona de amortecimento” (Manual de Direito Ambiental, 4. ed. rev. aum. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 521).

A corroborar a necessidade de tais medidas, o artigo 1º, § 2º, da Resolução CONAMA nº 428/2000:

§ 2º Durante o prazo de 5 anos, contados a partir da publicação da Resolução nº 473, de 11 de dezembro de 2015, o licenciamento de empreendimento de significativo impacto ambiental, localizados numa faixa de 3 mil metros a partir do limite da UC, cuja ZA não esteja estabelecida, sujeitar-se-á ao procedimento previsto no caput, com exceção de RPPNs, Áreas de Proteção Ambiental (APAs) e Áreas Urbanas Consolidadas. (redação dada pela Resolução nº 473/2015).

6.4. Área de vegetação de Mata Atlântica

Nos termos do artigo 225, § 4º, da Carta Magna, a Mata Atlântica constitui patrimônio nacional, de forma que sua utilização só poderá ser feita segundo os ditames da legislação ambiental e dentro de condições que assegurem a preservação do equilíbrio ecológico e dos recursos ambientais naturais.

A lei que regula sua utilização e proteção é a nº 11.428/2006 que, na lição de Marcelo Abelha Rodrigues, “não é apenas uma lei de preservação da Mata Atlântica, uma vez que, em fiel cumprimento do texto constitucional (artigo 225, § 4), o legislador cuida de normatizar, mas não de impedir, a utilização econômica do bioma, destacando-se um regime jurídico fixado de acordo com os estágios de regeneração da vegetação” (*Direito Ambiental Esquematisado*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 190).

O artigo 2º da Lei da Mata Atlântica elenca minuciosamente as espécies submetidas ao regime especial de fruição:

Art. 2º. Para os efeitos desta Lei, consideram-se integrantes do Bioma Mata Atlântica as seguintes formações florestais nativas e ecossistemas associados, com as respectivas delimitações estabelecidas em mapa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, conforme regulamento: Floresta Ombrófila Densa; Floresta Ombrófila Mista, também denominada de Mata de Araucárias; Floresta Ombrófila Aberta; Floresta Estacional Semidecidual; e Floresta Estacional Decidual, bem como os manguezais, as vegetações de restingas, campos de altitude, brejos interioranos e encraves florestais do Nordeste. (Vide Decreto nº 6.660, de 2008).

Parágrafo único. Somente os remanescentes de vegetação nativa no estágio primário e nos estágios secundário inicial, médio e avançado de regeneração na área de abrangência definida no caput deste artigo terão seu uso e conservação regulados por esta Lei.

O regime de corte e supressão encontra previsão nos artigos 20 e 21, de acordo com a situação da vegetação existente (primária ou secundária) e seu estágio de regeneração, *in verbis*:

Art. 20. O corte e a supressão da vegetação primária do Bioma Mata Atlântica somente serão autorizados em caráter excepcional, quando necessários à realização de obras, projetos ou atividades de utilidade pública, pesquisas científicas e práticas preservacionistas.

Parágrafo único. O corte e a supressão de vegetação, no caso de utilidade pública, obedecerão ao disposto no art. 14 desta Lei, além da realização de Estudo Prévio de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA.

Art. 21. O corte, a supressão e a exploração da vegetação secundária em estágio avançado de regeneração do Bioma Mata Atlântica somente serão autorizados:

I – em caráter excepcional, quando necessários à execução de obras, atividades ou projetos de utilidade pública, pesquisa científica e práticas preservacionistas.

Quanto às atividades minerárias, a Lei da Mata Atlântica, em seu artigo 32, previu sua possibilidade apenas em áreas de vegetação secundária, mediante licenciamento ambiental e adoção de medidas de compensação:

Art. 32. A supressão de vegetação secundária em estágio avançado e médio de regeneração para fins de atividades minerárias somente será admitida mediante:

I – licenciamento ambiental, condicionado à apresentação de Estudo Prévio de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA, pelo empreendedor, e desde que demonstrada a inexistência de alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto;

II – adoção de medida compensatória que inclua a recuperação de área equivalente à área do empreendimento, com as mesmas características ecológicas, na mesma bacia hidrográfica e sempre que possível na mesma microbacia hidrográfica, independentemente do disposto no art. 36 da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000.

Em outros termos, são expressamente proibidas atividades de exploração mineral em áreas de Mata Atlântica cuja vegetação se encontre em estágio primário de regeneração.

A respeito do tema (extração mineral em área de Mata Atlântica), recente julgado da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, em que votei pela aplicação do princípio da precaução com a finalidade de obstar liminarmente a atividade de mineradora praticada no limite da área ambientalmente protegida, situação que colocava em risco não apenas o bioma local, mas também os trabalhadores da obra, devido ao risco de desmoronamento.

Trata-se de civil pública ambiental proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO proposta contra MAXBRITA COMERCIAL LTDA, com pedido liminar objetivando a suspensão das atividades minerárias exercidas pela ré na área descrita na inicial.

A concessão da tutela provisória de urgência depende da plausibilidade do direito invocado e, sobretudo, do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, conforme previsão contida no artigo 300 do NCPC (Lei n° 13.105/2015).

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves, “aplica-se a esse requisito a máxima do tempo como inimigo, ou seja, o tempo necessário para a concessão da tutela definitiva coloca em manifesto perigo a efetividade do resultado final do processo. Para afastar esse perigo, até porque justiça tardia e ineficaz é sinônimo de injustiça, antecipa-se a tutela em favor da parte que demonstrar a boa probabilidade do seu direito existir”.

O e. Ministro do STF, Teori Zavascki, a seu turno, ensina que “o risco de dano deve ser concreto, atual e grave, ou seja, deve ser iminente, provocar um sério prejuízo à parte e não decorrer de mero temor subjetivo, mas de dados concretamente demonstrados. Entende-se que os inconvenientes gerados pela demora processual, consequências naturais do procedimento desenvolvido em respeito ao contraditório e à ampla defesa, não sejam suficientes para a concessão da tutela antecipada” (A antecipação. Ed. Saraiva, p. 422).

Considero presentes tais requisitos na hipótese em tela.

Ao menos em sumária cognição, a despeito da chancela da CETESB e da Fundação Ambiental, não se constata, com a segurança necessária, a suficiência das medidas contempladas no PRAD (Plano de Recuperação Ambiental) como forma de evitar a intensificação dos danos ambientais narrados na inicial e, além disso, assegurar a incolumidade das pessoas que trabalham na obra.

As fotos apresentadas (fls. 85 e seguintes) bem demonstram que a área rochosa explorada encontra-se no limite da unidade de conservação (Parque Estadual da Serra do Mar), circunstância a sugerir que a continuidade das obras de retaludamento, somada à eventual ocorrência de chuvas, podem causar um grande deslizamento rochoso (como o ocorrido no ano de 2011), conforme observado pelo Juízo de origem.

Importante mencionar a conclusão da Coordenadora da Defesa Civil após vistoria realizada entre o ajuizamento da demanda e a decisão agravada:

“Constatamos um maciço rochoso extremamente fraturado, com paredões perpendiculares, havendo na parte central uma parte com inclinação negativa ao lado da área que desabou em 2011. Essas

circunstâncias caracterizam risco de desmoronamento. A trepidação decorrente das explosões coloca a estabilidade do paredão em xeque, porque não se sabe a profundidade das fraturas. As chuvas podem agravar o risco, por conta do comprometimento da parte terrosa e da infiltração pelas fissuras provocadas pelas explosões. Havia uma intervenção aparentemente aumentada do lado esquerdo, da parte média para baixo, de quem olha de frente para a entrada da pedreira (trata-se da área sudeste indicada pelo Geólogo Paulo em seu depoimento), sendo certo que essa alteração me deixou apreensiva. Esclareço que a atuação da Defesa Civil é sempre na defesa da vida humana e na minimização, na medida do possível, de prejuízos. Deste modo, verificado o risco na atividade de mineração, nossa atuação está limitada a remover famílias residentes no entorno, não abrangendo interdição da atividade” (fl. 640).

Ressalvadas as peculiaridades e as proporções de cada caso, não podemos olvidar o ocorrido em Mariana/MG, em que inúmeros alertas prévios foram feitos às autoridades ambientais locais que, estranhamente, aquiesceram com a continuidade da atividade mineradora que ocasionou um dos maiores danos ambientais da história desse país.

Em tais situações, “A cautela é medida que se impõe. Uma questão que afeta o meio ambiente e a saúde pública, com evidente repercussão no direito à vida, não pode passar incólume à apreciação do Poder Judiciário. Nesse sentido, coadunado com o receio da irreparabilidade do dano, incide na espécie o princípio da precaução, segundo o qual “as pessoas e o seu ambiente devem ter em seu favor o benefício da dúvida, quando haja incerteza sobre se uma dada ação os vai prejudicar” (CANOTILHO, J. J.; LEITE, José Rubens Morato. Direito Constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 41). Por tais razões, até que estudos mais aprofundados sobre a área em questão sejam realizados (lembrando que está agendada uma vistoria conjunta no local – pela Fundação Florestal, CETESB e Defesa Civil de Santos – com a finalidade de atestar a estabilidade geotécnica da área – fl. 665), voto pela manutenção da r. decisão impugnada.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso. (Agravo de Instrumento nº 2037612-45.2017.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do TJ/SP, j. em 03/08/2017).

7. Crimes ambientais relacionados a atividade mineratória

O potencial ofensivo ao meio ambiente decorrente de atividades de extrativismo mineral fez com que o legislador, além de impor uma série de procedimentos regulamentadores previamente necessários à sua realização, previsse consequências administrativas e penais para hipóteses de exercício da atividade em desconformidade com a legislação de regência.

Nesse sentido, os artigos 44 e 55 da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98):

Artigo 44. Extrair de florestas de domínio público ou consideradas de preservação permanente, sem prévia autorização, pedra, areia, cal ou qualquer espécie de minerais:

Pena: detenção, de seis meses a um ano.

Artigo 55. Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida:

Pena: detenção de seis meses a um ano, e multa.

A Lei de Crimes Ambientais ainda prevê causas de aumento de pena, ao dispor em seu artigo 58:

Artigo 58. Nos crimes dolosos previstos nesta Seção, as penas serão aumentadas:

I – de um sexto a um terço, se resulta dano irreversível à flora ou ao meio ambiente em geral.

II – de um terço até a metade, se resulta lesão corporal de natureza grave a outrem;

III – até o dobro, se resulta morte de outrem.

Um vez que os recursos minerais são considerados bens da União, à luz do artigo 20, IX, da Constituição Federal, compete à Justiça Federal processar e julgar os delitos mencionados, nos termos do artigo 109, IV, da CF (compete à Justiça Federal processar e julgar “os crimes políticos e infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços e interesses da União”).

Nesse sentido, o entendimento do Eg. STJ:

PENAL E PROCESSO PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. EXTRAÇÃO DE CASCALHO SEM AUTORIZAÇÃO. ART. 55 DA LEI 9.605/98. PROPRIEDADE PRIVADA. IRRELEVÂNCIA. RECURSO MINERAL. BEM DA UNIÃO. ART. 20, IX, DA CF. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, IV, DA CF.

1. Cuidando-se de delito contra bem da União, explicitamente trazido no artigo 20 da Constituição Federal, mostra-se irrelevante o local de sua prática, pois onde o legislador constituinte não excepcionou, não cabe ao intérprete fazê-lo.

2. Conflito conhecido para julgar competente o JUÍZO FEDERAL DE RONDONÓPOLIS SJ/MT, suscitante (CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 116.447 – MT (2011/0062400-4), Rel. Maria Thereza de Assis Moura). PROCESSUAL PENAL – EXTRAÇÃO ILEGAL DE RECURSOS MINERAIS – RIO DE DOMÍNIO DA UNIÃO – ARTIGO 20, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. – O artigo 20, IX, da Constituição Federal, dispõe que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União. Assim sendo, a competência para o processo e julgamento do caso é da Justiça Federal. – Ordem concedida para, anulando o feito processado perante a Justiça Estadual, determinar a competência da Justiça Federal, prosseguindo-se, assim, somente a denúncia oferecida pelo parquet federal no processo nº 1999.61.13.004979-4. (HC 23286/SP, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA).

Importante observar que o Decreto nº 6.514/2008, em seus artigos 45 e 63, prevê, para as mesmas condutas tipificadas nos artigos 44 e 55 da Lei nº 9.605/98, infrações administrativas puníveis com multa de até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

A evolução da jurisprudência ambiental

Ricardo Cintra Torres de Carvalho

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

1. Introdução

A consciência ambiental vem crescendo e domina a pauta dos governos, das políticas públicas e da busca da sustentabilidade dos empreendimentos; mas é consenso hoje que a atividade legislativa, educativa e as iniciativas de governo não bastam. É preciso que tais regras sejam reforçadas e feitas cumprir por um Judiciário independente e forte, preparado para interferir quando necessário; e aí avulta a compreensão da jurisprudência.

A questão ambiental se desenvolve, conforme o consenso mundial, em torno do desenvolvimento sustentável, aquele que atende às vertentes econômica, social e ambiental permitindo às futuras gerações um desfrute do planeta em condições pelo menos assemelhadas, se não melhores, às que temos hoje. Como coordenar as três vertentes, sempre em tensão? É preciso ter em mente o seguinte: primeiro, o ponto central do desenvolvimento sustentável está nas futuras gerações, pois a sustentabilidade não é exatamente um problema para hoje ou para nós que logo não estaremos mais aqui nem suportaremos as consequências do que fizermos hoje; segundo, a preocupação com as futuras gerações implica em uma perspectiva temporal ampla que ultrapassa anos ou décadas; terceiro, as três vertentes não devem ser vistas como três colunas, mas como um triângulo em que a base influenciará os outros dois lados, e não o contrário; e quarto, a base deve ser necessariamente a vertente ambiental, pois apenas essa apresenta a perspectiva temporal de longo prazo e apenas essa configura a *conditio sine qua non* das outras duas. Em outras palavras, o ambiente sobrevive sem as demais, mas nenhuma das outras sobrevive sem um ambiente saudável.

A jurisprudência ambiental reflete essa tensão; compreende a predominância da vertente ambiental sem menosprezar as vertentes social e econômica e olha para o futuro enquanto cuida de problemas concretos que exigem uma solução hoje. O estudo da jurisprudência ambiental envolve a compreensão de alguns fatores: (a) a complexidade das normas produzidas nos três níveis de governo, nem sempre coerentes entre si, a dificultar a definição da norma aplicável a cada caso. São pelo menos cinco órgãos geradores de normas ambientais: a União e suas agências (CONAMA e IBAMA), os estados e suas agências (SMA e CETESB) e os municípios (plano diretor, leis esparsas e seus regulamentos). A rápida sucessão e alteração das leis e regulamentos nesses três níveis criam um complexo conflito das leis no tempo; (b) o crescimento e a urbanização da população ao mesmo tempo em que se fortalecia a consciência e a legislação ambiental, de modo que sua aplicação encontrou inúmeras situações consolidadas, de difícil reversão; (c) a necessidade de adequar o instrumental jurídico existente às peculiaridades da proteção ambiental, dando margem a uma lenta, mas constante definição de novos institutos; (d) a peculiaridade de cada caso concreto, a exigir a análise particularizada de cada processo e suas circunstâncias; e (e) a dificuldade de execução das decisões proferidas ante a alteração da situação de fato ou da legislação promulgada no período. A aparente,

às vezes real, incoerência dos julgados pode ser compreendida à luz desses fatores, da complexidade dos casos em si e de estarmos em uma fase de aprendizado e de evolução doutrinária e jurisprudencial.

Trabalhamos no direito ambiental com os princípios da precaução e da prevenção (que compõem o conhecido *in dubio pro natura*), do poluidor-pagador e da ampla responsabilidade civil e administrativa no contexto maior do desenvolvimento sustentável. O desenvolvimento sustentável, o coração da preocupação ambiental, envolve na aprovação dos empreendimentos a consideração dos aspectos ambiental, econômico e social; de uma forma simples, é o uso do planeta que não prejudique as futuras gerações. Tais preocupações refletem na norma constitucional: o art. 3º indica o desenvolvimento nacional (inciso II), a erradicação da pobreza e a redução da desigualdade social (inciso III) como objetivos fundamentais da República; o art. 170 VI indica a defesa do meio ambiente como um dos princípios da ordem econômica e o art. 225 descreve o dever de todos de proteger e recompor o meio ambiente. O desenvolvimento sustentável, no entanto e apesar do papel central na sociedade moderna e no direito ambiental, é uma noção conflituosa cuja difícil aplicação reflete na jurisprudência a seguir delineada e nos demais momentos de estudo: exige um compromisso ou, como se diz hoje, uma ponderação que os juízes vêm tentando fazer: compor a realidade de que viver polui e de que o crescimento da população implica no uso sempre maior dos recursos naturais, uma população que precisa dormir, trabalhar, comer e se divertir em um mundo cada vez menor.

2. A centralidade do direito ambiental

Tal dificuldade foi analisada na ADI nº 3.540-DF, Pleno, 1-9-2005, Rel. Celso de Mello, que versava a possibilidade de uso de área de proteção permanente em caso de utilidade pública ou interesse social (a redação dada ao art. 4º da LF nº 4.771/65 pela MP nº 2.166-67/01), que assentou que o direito ao meio ambiente equilibrado é um direito de todos e um direito fundamental, a ser implantado pelas três esferas de governo e por todos nós; e anota em *obiter dicta* que “a própria Constituição Federal autoriza a interferência humana no meio ambiente com propósitos empresariais voltados à exploração econômica de recursos minerais, desde que adotadas medidas de restauração ou recomposição do ambiente”, no art. 225 § 2º [o receio da PGR era a aprovação pelo CONAMA de projetos de mineração]. A proibição da interferência em APP pode causar dano maior ao ambiente, conforme a razão dela. Segundo o relator, “atento à circunstância de que existe um permanente estado de tensão entre o imperativo de desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II), de um lado, e necessidade de preservação do meio ambiente (CF, art. 225), de outro, torna-se essencial reconhecer que a superação desse antagonismo, que opõe valores constitucionais relevantes, dependerá da ponderação concreta, em cada caso ocorrente, dos interesses e direitos postos em situação de conflito, em ordem a harmonizá-los e impedir que se aniquilem reciprocamente, tendo-se como vetor interpretativo, para efeito da obtenção de um mais justo e perfeito equilíbrio entre as exigências da economia e da ecologia, o princípio do desenvolvimento sustentável, tal como formulado nas conferências internacionais e reconhecido em valiosos estudos doutrinários que lhe destacam o caráter eminentemente constitucional [cita CELSO FIORILLO, Curso, 2005, pág. 27/30] [...] [desde que] a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo dos direitos fundamentais, dentre os quais avulta o direito à preservação do meio ambiente”.

3. A adequação dos conceitos jurídicos

A adequação dos conceitos jurídicos tradicionais à realidade ambiental foi feita, entre outros, pelo Ministro Herman Benjamin em prolífica produção doutrinária e em acórdãos relevantes no STJ. Eu citaria alguns aspectos: **(a)** a nova conformação do direito de propriedade, em que a adequação ambiental se apresenta como uma obrigação integrante do próprio domínio, um dos aspectos da função social mencionada nos art. 5º XXIII, 170 III e 182 § 2º da Constituição Federal; **(b)** a natureza propter rem da obrigação ambiental, que integra a propriedade e se transmite ao adquirente, de que decorre a preservação e a recomposição do ambiente por quem detenha a propriedade; **(c)** a responsabilidade civil ampla, objetiva, do degradador direto e indireto, pela recomposição do ambiente degradado e pela indenização do dano irreversível. Como dito então, responde quem faz, quem deixa fazer, quem lucra com o malfeito e quem financia o degradador; **(d)** a responsabilidade da administração em seus diversos níveis pela ação ou omissão, isto é, pelo descumprimento do dever de proteger o ambiente e evitar a degradação.

Alado desses conceitos de larga aceitação, há outros arguidos, mas que vêm tendo aplicação controversa: **(e)** a indenização do chamado dano intermediário, aquele que medeia a degradação e a recomposição, que a doutrina e alguns juízes entendem que deva ser indenizado, e outros, entre eles as duas Câmaras Ambientais do nosso tribunal, vêm aplicando em raras hipóteses; **(f)** o princípio do não retrocesso hoje em voga e que implica na não aplicação de leis que reduzam a proteção ambiental, mas de difícil mensuração pelo necessário respeito ao Legislativo e suas opções políticas e pela nem sempre fácil definição do que seja “retrocesso”; **(g)** a necessidade de uma nova formulação, mais afeita à realidade ambiental e sua mutação constante, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito.

4. A evolução da jurisprudência das Câmaras Ambientais

As Câmaras Ambientais foram criadas no final de 2005 e, com o passar dos anos, focaram sua atuação no meio ambiente natural; deixaram de analisar o meio ambiente urbano (direito urbanístico, posturas municipais), o meio ambiente cultural, a saúde pública, que por vezes vinham às nossas mãos, exceto quando de algum modo vinculados à legislação ambiental propriamente dita. Não é uma separação fácil e os casos de interpenetração são resolvidos conforme suas características.

É uma litigância que varia no tempo e que pode ser separada em alguns grupos, com as respectivas dificuldades:

- (a)** aterros sanitários e saneamento básico (lançamento de efluentes não tratados em curso d'água), movidas contra a administração por ação ou omissão, hoje em menor quantidade. Não são ações difíceis em si, mas complexas pela interferência judicial em políticas públicas e na administração do sempre insuficiente orçamento; salvo algumas exceções, determinamos à administração o licenciamento e a correta operação dos aterros, enfrentando depois uma lenta execução. A dificuldade está na dependência de atos de terceiro (o financiamento e o licenciamento da obra), na lentidão às vezes justificada

- da administração e na fixação e cobrança da multa cominatória, que tem sido pouco eficaz nesses casos;
- (b) parcelamento irregular envolvendo direito urbanístico e direito ambiental. Tais ações eram movidas contra o empreendedor e contra a administração, mas não contra os adquirentes, com base no efeito erga omnes da decisão e no pedido de indenização de quem fosse prejudicado; mas, recentemente, o STJ reviu a questão e vem determinando a citação dos que tiverem degradado por mão própria (usualmente quem construiu), trazendo a oscilação que hoje se vê: há quem anule a sentença para correção do polo passivo, a posição que vem prevalecendo, e quem apenas ressalve a ineficácia contra os não citados, se arguida em embargos de terceiro. A condenação do empreendedor é problemática, pois os lotes foram vendidos e não tem ele como regularizar o loteamento (se envolver a alteração física dos lotes) sem o auxílio da administração, e nem sempre tem dinheiro para cumprir a sentença (regularização física e jurídica, implantação da infraestrutura);
 - (c) intervenção em área de preservação permanente pela administração e pelo particular na forma de obras públicas, ocupações por grupos humanos ou construção em loteamentos legalizados. São sempre ações difíceis. Não se admite a intervenção em área de preservação, salvo se licenciada pela administração (referendada na ADI nº 3.540-DF, já vista); isso resolve boa parte da feitura de obra pública. A construção em APP em loteamentos ou em propriedades legalizadas é mais complexa; parte da jurisprudência determina a demolição e recomposição da área, parte, como as nossas Câmaras Ambientais, permite caso a caso a sobrevivência da construção se licenciada no prazo que concedemos, uma vez que a compensação determinada pelo órgão ambiental pode ser mais vantajosa para o ambiente que a demolição e abandono da área. As ocupações ou invasões são mais complicadas, não pela questão técnica, mas pela questão humana; envolvem grande número de pessoas de baixa renda cuja remoção e dificuldade de alocação causa um problema social, sem que se possa exigir da administração moradia para essas pessoas; são execuções conturbadas, lentas, que às vezes adormecem;
 - (d) recomposição das áreas de preservação permanente e da reserva legal na zona rural, que compõem a maior parte da nossa litigância, atualmente em redução. As duas questões já não são controvertidas: a lei determina e hoje os réus admitem a importância e a necessidade da recomposição do ambiente. As áreas de preservação permanente envolvem a dificuldade de sua simples caracterização como nos casos de topo de morro, de restinga, de reservatórios naturais e artificiais, da largura da APP a depender dessa própria caracterização e da natureza urbana ou rural da área. A reserva legal envolve basicamente a compensação com a APP, hoje prevista na lei, mas discutida em ADI por infração ao princípio do não retrocesso. Ambas dão origem a uma demorada execução, pois além da inércia de muitos réus, a recomposição é trabalhosa e demorada em si, ficando difícil às vezes diferenciar a dificuldade natural (que não enseja sanção) da inércia, que configura descumprimento;
 - (e) a queima da palha da cana-de-açúcar, com centenas de ações trabalhosas no Estado todo, ainda que reduzidas ultimamente. Esta queima originou dois grupos de ações. Um, as ações movidas pelo Ministério Público visando à proibição da

- queima em si e à indenização do dano ambiental; a Câmara Ambiental entendeu que a queima não podia ser proibida, se autorizada pelo órgão ambiental, dividindo-se quanto à indenização: parte indefere o pedido por entender que a atividade lícita não gera indenização, e que mesmo a queima não autorizada, pois nessa parte indiferenciada da outra não implica nesse pagamento (é suficiente a pesada multa administrativa); e parte manda indenizar, às vezes com base na produção estimada do canavial, às vezes com base no valor do carbono expelido. Outro, as ações anulatórias e as execuções das multas administrativas impostas pela CETESB em que se discute a natureza objetiva ou subjetiva da multa, ainda controvertida nas Câmaras e que envolvem a análise do nexa entre a conduta e o dano; a aplicação das excludentes do fato de terceiro, do caso fortuito ou da força maior, que surge nas áreas próximas à zona urbana ou às rodovias, assunto igualmente não pacificado; e a autuação, não por queimar, mas por beneficiar-se da infração, sempre aplicada às usinas, em que as Câmaras de modo majoritário mantêm a sanção;
- (f) aplicação da legislação ambiental na zona urbana, que traz uma dificuldade própria teórica e prática. A dificuldade teórica reside na sensação, mais que uma certeza, de que o Código Florestal tem por paradigma a zona rural com seus espaços abertos, áreas grandes e a riqueza de atributos mencionados na lei, reforçada pela leitura conjunta dos art. 182, que cuida da política urbana e remete a proteção ambiental ao plano diretor, e 225, que fala em um equilíbrio ecológico e uma preservação de espécies de difícil obtenção no meio ambiente artificial; e na observação de que o humano desgarrou-se por completo da natureza, com ela não interage e construiu um ambiente próprio para si, a justificar um olhar diferente na questão. A dificuldade prática reside na conformação mesma das cidades, que se manifesta de duas formas distintas: uma, a ocupação dos espaços por parcelamentos regulares ou irregulares e a apropriação das áreas de preservação, em especial ao longo dos cursos d'água, por numerosa população, tornando difícil a remoção das pessoas ou a demolição de construções e avenidas para a recomposição ambiental; outra, que decorre daquela, é a discussão sobre a sobrevivência dessas áreas ou, como chamamos nos acórdãos, a perda da função ambiental a extinguir, em decorrência dessa mesma perda, a área de proteção. Dois exemplos práticos, dentre muitos: a construção de um conjunto de prédios a menos de trinta metros de um pequeno curso d'água, contaminado e parte encanado, em que a demolição implicaria na quase inviável recomposição ambiental apenas daquele trecho pequeno; a retificação e o envelopamento de um córrego, a construção de uma avenida dos dois lados e a demolição tão somente de uma faixa de três a quatro metros (pois até onde chegava a faixa ciliar) depois da avenida e da calçada, que permaneceriam.

5. A execução ambiental

Esses anos nos mostraram as dificuldades da execução dos termos de ajuste de conduta e das decisões judiciais; quase todas decorrem de algumas peculiaridades dessas ações, que resumo a seguir: **(a)** são execuções de obrigação de fazer às quais não estamos habituados. Nestas, precisamos da atividade do réu, porque apenas ele pode cumprir a

sentença; no entanto, fazemos a execução sem ouvi-lo em audiência, sem dar atenção às suas dificuldades, sem adequar o prazo de cumprimento à realidade de cada um, sem convencê-lo (e o juiz pode muito, nessa parte) nem envolvê-lo propriamente na execução; **(b)** são execuções naturalmente demoradas que dependem da apresentação de um projeto, da aprovação do órgão ambiental, do plantio em época própria, do cuidado das mudas e da substituição das que morreram; **(c)** como a natureza nunca dorme e não espera, a lentidão do processo faz com que a realidade existente na execução já não corresponda, em muitos casos, à realidade que levou à condenação; a execução pode estar exaurida, pode necessitar de outro modelo ou pode ter-se impossibilitado pela mudança ocorrida no local; **(d)** em decorrência dessa mesma demora, altera-se também a questão de direito, levando à complexa solução do conflito da lei no tempo. Esse conflito leva a uma visão diferente do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, que exige a adequação às execuções que se prolongam no tempo, conforme o STF tem reconhecido em diversas situações; **(e)** assim como a natureza, também a vida não espera; as propriedades são vendidas, parceladas, desmembradas, criando uma situação nova no polo passivo de difícil acomodação na noção tradicional de solidariedade, que não se amolda bem à obrigação de fazer: como obrigar alguém a interferir na propriedade que não é mais sua? É uma questão ainda não resolvida; tem prevalecido a noção tradicional, mas há acórdãos afastando a responsabilidade do alienante e exigindo o cumprimento pelo adquirente; e **(f)** discutimos hoje em todas as sessões, em inúmeros processos, a aplicação da lei nova aos TAC e às decisões transitadas em julgado; as câmaras se dividem entre as duas posições, parte afastando a lei nova, parte mandando aplicá-la.

Em um resumo do que expus, a maior parte dos casos analisados pelas Câmaras Ambientais não se refere a intervenção nova, mas a intervenções mais antigas e ou em áreas consolidadas ou em áreas urbanas; e algumas situações se apresentam: **(a)** intervenção de baixo impacto, antigas, em APP de curso d'água e topo de morro (a maioria, sempre residências) na zona rural: temos determinado a demolição e a recomposição, mas concedendo prazo para que o interessado licencie a obra junto ao órgão ambiental, se isso for possível; **(b)** intervenção em APP em zona urbana, usualmente em margem de córrego. Temos considerado vários aspectos: (i) a perda da função ambiental, como ocorre em cursos d'água retificados, envelopados, canalizados, em meio ou ao lado de avenidas ou ruas, quando entendemos suficiente a metragem de 15 metros da LF nº 6.766/79; (ii) a perda da função ambiental quando parte está canalizada, parte passa ao fundo de construções em zonas consolidadas e se torna impossível recompor a APP em seu curso todo, ou em parte dele, ou restaurar a qualidade e a função das águas; (iii) a existência de legislação municipal, parcelamento do solo aprovado, possível compensação ambiental, a situação concreta do parcelamento e das construções, com o possível aproveitamento da faixa de 15 metros; e (iv) as APP objeto de invasão e ocupação desordenada, como ocorre com as margens de córregos e de represas, como no caso de São Paulo. Como indicado na ADI nº 3.540, fazemos essa ponderação em cada caso concreto, às vezes determinando a demolição e recomposição, às vezes concedendo prazo para eventual licenciamento, às vezes permitindo a permanência da intervenção; e temos considerado o resultado concreto da intervenção, uma vez que diversos casos demonstraram uma melhoria das condições ambientais da região. Fora desses casos, a regra é a condenação do réu a cessar a intervenção e recompor a área protegida, como ocorre nas áreas rurais em geral.

O STF concluiu que a tensão entre o desenvolvimento nacional e a preservação do meio ambiente deve ser superada por uma ponderação concreta, em cada caso, dos

interesses e direitos postos em conflito; permitida assim a intervenção em APP, cabe ao órgão ambiental (e, em última instância, ao juiz) analisar a sua pertinência, realizar a mesma ponderação e estabelecer, se for o caso, as medidas mitigadoras e compensatórias a serem adotadas pelo empreendedor. Tal intervenção foi regulamentada pela Resolução CONAMA nº 369/06 de 28-3-2006, que entre outras disposições delimitou os casos de utilidade pública, interesse social e baixo impacto; tais situações foram novamente definidas pelo art. 2º incisos VIII, IX e X da LF nº 12.651/12 que ampliou as hipóteses de intervenção em supressão em casos de utilidade pública, interesse social e baixo impacto, dispensando para quase todas elas a inexistência de alternativa técnica e locacional.

A jurisprudência ambiental é uma obra em evolução; há peculiaridades que explicam as diferentes decisões para casos parecidos, mas que não são iguais. Esse panorama singelo ajuda a entender, ao menos em parte, de que maneira e com qual dificuldade as Câmaras Ambientais de São Paulo vêm analisando as questões que lhe são submetidas.

Saneamento básico e insegurança jurídica: comentários à Medida Provisória 844/2018

Rodrigo Pagani de Souza¹
Advogado

Tiago Cripa Alvim²
Advogado

Introdução

Objeto deste estudo, a Medida Provisória nº 844, de 6 de julho de 2018 (MP 844/2018 ou MP), alterou a Lei do Saneamento Básico (um apelido oficial da Lei Federal nº 11.445/2007, que “[e]stabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico...”),³ a lei que cria e cuida da Agência Nacional de Águas – ANA (Lei Federal nº 9.984, de 17 de julho de 2000) e também o diploma que cuida de seu quadro de pessoal (Lei Federal nº 10.768, de 19 de novembro de 2003). Em sua ementa, a MP declara seu objetivo de atualizar o marco legal do saneamento básico.

Duas observações relevantes. Primeiro, não comentaremos todos os dispositivos da MP, mas aqueles nos quais detectamos problemas tais que, à primeira vista, chamaram a nossa atenção e mereceram pronta análise.

Segundo, a MP 844/2018 teve sua vigência de 09/07/2018 a 19/11/2018,⁴ tendo caducado sem aprovação do Congresso brasileiro. Pouco depois, o Executivo Federal editou outra Medida Provisória sobre o mesmo tema: a de nº 868, de 27 de dezembro de 2018, publicada no Diário Oficial da União no dia seguinte, último dia útil, de verdade, do ano e do mandato de Michel Temer. Assim, este texto deve ser lido considerando o impacto que a MP 844/2018 causou nos autores ao se quedarem diante do então recente texto normativo, tal como editado. Nosso intuito foi o de registrar o impacto da medida no momento de sua vigência, alertando para problemas a nós evidentes desde logo. Com isso, se não contribuirmos para o *saneamento* desses problemas, ao menos ficamos esperançosos de que a “fotografia histórica” possa servir de ponte para novos estudos sobre a MP seguinte e, quiçá, sobre o marco consolidado.

Nessa linha de foco naquilo que nos pareceu desde logo problemático, os comentários aqui alinhados estruturam-se, primeiro (vide item 1), em breve apontamento dos propósitos declarados da MP em sua exposição de motivos e os problemas detectados (tanto no diagnóstico que os anima quanto nas soluções efetivamente previstas). Na sequência,

¹ Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP.

² Mestre em Direito Público pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Consultor da UNCITRAL-ONU para concessões e PPPs.

³ Encontra-se a expressão em página do Executivo Federal: *Lei do Saneamento Básico garante direitos aos usuários de serviços de água e esgoto*. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2012/04/lei-do-saneamento-basico-garante-direitos-aos-usuarios-de-servicos-de-agua-e-esgoto>. Acesso em: 10 ago. 2018.

⁴ O que pode se verificar no Diário do Congresso Nacional de 22/11/2018. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=2&datDiario=22/11/2018&paginaDireta=00740>. Acesso em: 17 jan. 2019.

passamos a elucidar cada um dos problemas que pudemos identificar (itens 2 a 5), para então concluirmos.

1. Objetivos da medida provisória e problemas centrais no seu conteúdo

Na Exposição de Motivos – EM que acompanha a MP, narram-se problemas afetos ao saneamento básico,⁵ notadamente à coleta de esgotos e ao manejo de resíduos sólidos.

Aponta-se na mesma exposição de motivos que, sendo os municípios os titulares dos serviços públicos de saneamento básico (e o teor da MP admite, ainda, que o seja o Distrito Federal), há “grande variabilidade de regras regulatórias”, tendo isso se mostrado “um obstáculo ao desenvolvimento do setor e à universalização dos serviços”. Indica-se, então, que a MP objetiva: i) *garantir maior segurança jurídica aos investimentos no setor de saneamento básico*; ii) *aperfeiçoar a legislação de gestão dos recursos hídricos e a de saneamento básico*; e iii) *aprimorar a articulação entre as políticas públicas dessas duas áreas*.

A MP também atribui à ANA *competência para elaborar normas nacionais de referência regulatória para o setor de saneamento básico, que servirão como balizadores das melhores práticas para os normativos dos diferentes reguladores de saneamento básico*. Declara também que intenta coordenar e racionalizar as ações federais no setor, essencialmente no planejamento das ações e na oferta de linhas de crédito para financiamento, tendo a necessidade de coordenação⁶ levado à criação do Comitê Interministerial de Saneamento Básico – Cisb.

Ademais, a MP pretende, segundo sua exposição de motivos, adequar as *regras de consórcios públicos ao setor de saneamento*, a partir do diagnóstico de que a dispensa de licitação para a contratação das empresas estaduais de saneamento tem sido fator responsável pela redução da concorrência no setor.

Objetiva a MP, ainda, ampliar os serviços de saneamento em assentamentos urbanos irregulares. Por fim, permite à ANA a contratação de servidores para o cumprimento de suas novas atribuições.

Quais os problemas detectados, seja nos diagnósticos que animam a MP, segundo sua exposição de motivos, seja naquilo que propriamente ela dispõe?

O fio condutor das alterações na legislação brasileira sobre saneamento básico, agora mirando-se efetivamente o corpo de MP para além do que se afirma na sua justificativa oficial, parece ter sido o interesse – legítimo, juridicamente tutelado – de promover mais investimentos privados no setor.

Porém, o veículo eleito, a medida provisória, é manifestamente inadequado.⁷ É verdade que os pressupostos da “relevância e urgência” para a edição de medidas

⁵ Saneamento básico, relembramos, conforme disposto na Lei de Saneamento Básico (art. 2º, I e alíneas), é o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas.

⁶ Como apontado na própria exposição de motivos, o Tribunal de Contas da União, no seu Acórdão nº 3.180/2016 – Pleno, referente ao TC 017.507/2015-5, indicou tal deficiência. Disponível em: <https://bit.ly/2v6RlFW>. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁷ Embora não concorde conosco o Congresso Nacional, a Comissão Mista destinada a examinar a MP 844/2018 concluiu pela “constitucionalidade, juridicidade, regimentalidade e técnica legislativa da matéria”. Disponível em: <https://bit.ly/2UflibT>. Acesso em: 17 jan. 2019.

provisórias com força de lei, a teor do art. 62 da Constituição Federal, há muito não têm servido de anteparo suficiente contra atos desestabilizadores da segurança jurídica em setores regulados. Mas o caso aqui é emblemático. Cuida-se, o saneamento básico, de setor regulado que afeta sobremaneira a população, com reflexos diretos sobre a saúde pública e que movimentava mercado bilionário de prestadores. A medida provisória, por definição baixada unilateralmente pela Chefia do Executivo, com força de lei, sem prévia discussão com a sociedade e amplo espectro de agentes econômicos setoriais, a pretexto de supostamente “atualizar” o marco legal de referência, ganha nesse contexto um tom de excesso ainda mais forte, especialmente quando reduz a viabilidade de parcerias público-públicas (entre entes da federação) em setor no qual estas têm sido bastante presentes.

A falta de ampla discussão com a sociedade faz-se nítida e danosa, à medida que falta à MP o equilíbrio dos diplomas bem debatidos (a exemplo do processo pelo qual passaram o PLS 219/2006 e o PL 7.361/2006 até a promulgação da Lei Federal nº 11.445/2007). Deveras, conforme procuraremos demonstrar, nalguns pontos da MP 844/2018 a defesa de interesses privados sobejou, em detrimento até mesmo da autoridade de entes públicos.

Também se mostra claro que seria necessário melhor articular os setores de saneamento básico e de gestão de recursos hídricos como preconiza sua exposição de motivos,⁸ mas, ainda assim, este legítimo anseio parece ter sido lembrado mais como um pretexto para promover o avanço normativo da União – ou de autarquia federal – sobre o temário do saneamento do que, propriamente, para ser enfrentado com afinco desde logo. Confiar à ANA a edição de “normas de referência nacionais” sobre saneamento básico tem cabimento, à luz da Constituição, se as referências a serem produzidas não violarem as atribuições dos entes titulares dos serviços públicos. A expressão “normas”, contudo, confunde, pois dá aparência de normatividade, isto é, de obrigatoriedade, justamente àquilo que não é nem pode ser obrigatório.

Demais disso, o diploma busca seu objetivo – o incremento da participação privada no mercado – à custa de violação da distribuição constitucional de competências em matéria de saneamento (com menoscabo aos limites da atuação legislativa da União e às situações de titularidade estadual dos serviços) e da negação do princípio da autoridade pública.

São estes, enfim, os problemas e desafios que enfocaremos aqui: veículo inadequado à luz dos pressupostos constitucionais para sua utilização; “normas de referência nacionais” que, apesar da denominação, não são normas, mas meras recomendações e precisam ser entendidas e praticadas como tais; descabimento de definição de titularidades de serviços de saneamento básico pela União, aqui já havendo uma inconstitucionalidade material de normas da MP, que ainda menospreza situações de titularidade estadual; e atentado ao princípio da autoridade pública, com inauguração de modelo de reserva de mercado de concessões de saneamento em favor da iniciativa privada.

⁸ O que, à exceção do previsto no § 11 do novo art. 4º – incluído na Lei da ANA – segundo o qual “A ANA contribuirá para a articulação entre o Plano Nacional de Saneamento Básico, o Plano Nacional de Resíduos Sólidos e a Política Nacional de Recursos Hídricos –, não se deu propriamente na MP 844/2018.

2. Medida provisória: veículo inadequado para alterações pretendidas no marco legal

Não nos parecem atendidos, no caso, os pressupostos constitucionais para a utilização do instrumento da medida provisória. A Constituição, como é cediço, exige relevância e urgência para a edição de uma medida provisória, com força de lei, pelo Chefe do Executivo. Ao pretender justificar o atendimento à exigência constitucional, a exposição de motivos que acompanhou a MP assim concluiu:

Exposição de Motivos da MP 844/2018

[...] fica explícita na proposta a relevância do tema para o país e a sua urgência caracterizada pela imperiosa necessidade de maiores investimentos nesse setor, garantindo maior qualidade de vida e saúde à população brasileira.

Ninguém, com olhos atentos à realidade brasileira, duvidará que saneamento básico é tema relevante para o país e que maiores investimentos nesse setor são urgentes. É questionável, porém, a aptidão de algumas das específicas medidas propostas, tal a insegurança jurídica que geram, para desencadear alguma melhoria nas condições de saneamento no Brasil. As medidas em referência e a insegurança jurídica impingida pela medida provisória serão objeto de tratamento específico nestes comentários.

Antes, porém, importa observar o modo desconcertantemente antidemocrático com que mudanças fundamentais no setor vêm introduzidas no ordenamento jurídico. Para percebê-lo, basta lembrar o amplo debate havido no Congresso Nacional por ocasião da discussão e aprovação do atual marco legal do saneamento básico, a Lei federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. “Atualizá-lo” por medida provisória,⁹ ignorando consensos então formados e incorrendo em vícios que o debate democrático soube expurgar de propostas iniciais – tais quais o de a União arvorar-se a ditar quem é titular, ou não, dos serviços públicos de saneamento, como se tivesse competência constitucional para tanto – é por si só um fator de insegurança. Os que creem em marcos legais estáveis, democraticamente aprovados e decantados, passam a temer agora, com justa razão, alterações abruptas, introduzidas sem debate com a sociedade por medida provisória.¹⁰

Curiosamente – inusitadamente até – se poderá alegar, em defesa da Medida Provisória 844/2018, que, desta vez, se tentou evitar a abrupta mudança ínsita a medidas da espécie com a previsão de que, quanto a uma parte dela – a que inclui o art. 10-A na Lei 11.445/2007 – não haverá vigência imediata, mas apenas três anos após a data de sua publicação. Isso mesmo, três anos após a data de publicação da medida provisória.¹¹

⁹ Como já apontado, a ementa da MP prenuncia que tal normativa “atualiza” o marco legal do saneamento básico. Ademais, no corpo da exposição de motivos que acompanha a MP declara-se que as alterações por ela promovidas nas Leis 9.984/2000 e 11.445/2007 têm o “[...] objetivo de garantir maior segurança jurídica aos investimentos no setor de saneamento básico e aperfeiçoar a legislação de gestão de recursos hídricos e a de saneamento básico, assim como a interação entre as políticas públicas dessas duas áreas”.

¹⁰ Infelizmente, noutros setores regulados – como o de energia elétrica –, supostos aperfeiçoamentos legislativos via medidas provisórias já foram tentados no passado e, deles, resultaram, ao invés de regimes aperfeiçoados, insegurança jurídica profunda e generalizada, inclusive desestabilizadora de contratos firmados antes da vigência daquelas medidas provisórias.

¹¹ É isso mesmo, por inusitado que pareça, dispõe o art. 8º da Medida Provisória 844/2018: “Art. 8º. Esta Medida Provisória entra em vigor: I – quanto ao art. 5º, na parte em que inclui o art. 10-A na Lei nº 11.445, de 2007, três anos após a data de sua publicação; e II – quanto aos demais dispositivos, na data de sua publicação”.

Mas a previsão de *vacatio legis* em medida provisória suscita naturalmente dúvidas quanto à constitucionalidade formal da medida, pois a Constituição exige caráter de urgência para que atos normativos do gênero sejam editados. Ora, se o que nela está posto pode esperar três anos para começar a vigorar, tem mesmo o caráter de urgência exigido pela Constituição?

Na exposição de motivos, nenhuma palavra é dedicada a justificar tamanha extravagância na interpretação do pressuposto constitucional da urgência para que o Chefe do Executivo possa baixar medidas com força de lei em caráter provisório. Compreensível até que nada se diga, porque seria talvez impossível justificar. Mas os cidadãos não são obrigados a conviver com o menosprezo à Constituição. Ainda que se possa compreender que o juízo final quanto à presença dos requisitos da relevância e da urgência para a edição de medidas provisórias abriga-se na esfera de competências discricionárias do Chefe do Executivo, como já declarou o Supremo Tribunal Federal, tal discricionariedade não pode desvirtuar-se em arbitrariedade. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, aliás, hoje é bastante clara em sintetizar o repúdio do ordenamento jurídico brasileiro a decisões plasmadas unicamente em fórmulas abstratas, ocas, desconectadas da demonstração de uma séria avaliação de seus efeitos e pressupostos reais¹²:

Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com alterações introduzidas pela Lei 13.655/2018

“Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.” (grifo nosso).

Naturalmente, portanto, seria desejável alguma justificativa quanto à decisão de baixar medida com força de lei, por dizê-la urgente, mas com previsão de que é necessário aguardar três anos para que comece a vigorar. Nenhuma palavra, entretanto, é apresentada quanto a esse ponto na exposição de motivos da MP 844/2018, frise-se.

Ainda que se concedesse ser possível superar este óbice, por alguma desconhecida justificativa ofertada a destempo – alegar-se-á que havia urgência em se alertar desde então os agentes econômicos é dizer, desde a edição da medida provisória, sem esperar um dia a mais sequer, para irem se preparando para a mudança que sobreviria dali a três anos...? –, dúvida mais palmar de interpretação permaneceria. Nos termos da Constituição, as medidas provisórias, em regra, perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de 60 dias, prorrogável uma vez por igual período (conforme § 3º do art. 63). Esse prazo contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante o período de recesso do Congresso Nacional (consoante § 4º do mesmo art. 63). Sendo assim, não ocorrendo motivo para a suspensão do seu prazo de

¹² A aplicabilidade do preceito da LINDB à edição de medidas provisórias pelo Chefe do Executivo é passível de discussão, visto que, embora se trate de atividade da “esfera administrativa” – em campo hoje muito marcante da administração pública brasileira, que é o da edição de atos normativos –, é inegável tratar-se também de atividade excepcional, porquanto consistente na edição de atos *com força de lei*. De todo modo, sem pretendermos adotar aqui qualquer posição específica quanto à aplicabilidade, ou não, da LINDB ao caso, o lembrete do que nela se dispõe é apenas para registrar que, em norma inaugural de nosso ordenamento jurídico, dirigida a seus intérpretes e aplicadores – esta do referido art. 20 – está repudiada de um modo geral a invocação de fórmulas jurídicas abstratas sem a dúvida, explicação ou detalhamento da subsunção dos fatos a tais fórmulas. Nesta linha de raciocínio, a “relevância e urgência” de uma medida não se explica por si só, mas deve ser esclarecida.

vigência, a medida provisória é instrumento concebido constitucionalmente para vigorar por 60 dias, prorrogáveis por mais 60, o que totalizaria 120 dias de vigência. Caso convertida em lei, mediante apreciação e efetiva aprovação pelo Congresso Nacional, restaria então a dúvida: a partir de quando se contaria o prazo nela consignado para a *vacatio legis* de 3 anos – da data de sua publicação enquanto medida provisória ou, então, da publicação da lei fruto da sua conversão?

Fato é que o pressuposto da urgência não parece estar presente para justificar tudo o que se contém na medida provisória. Isto fica evidente quanto ao art. 10-A, que pretende mudar radicalmente o perfil setorial – com a substituição de parcerias público-públicas, interfederativas, por parcerias público-privadas, bastando que haja ao menos um interessado no setor privado para que se lhe abra o mercado à disputa, como se verá neste estudo –, sem que se tenha feito ampla e prévia discussão com a sociedade. Ainda noutras palavras: para além não ter sido debatida democraticamente – e quiçá justamente por não ter sido assim debatida –, a medida é problemática no seu mérito, no ponto em que esvazia o papel da autoridade pública nos processos decisórios quanto à melhor forma de prestar os serviços de saneamento à população.

Pode ser também que essa falta de submissão ao amplo debate tenha ensejado uma medida provisória eivada do vício da usurpação de competências de outros entes da federação. A respeito da temática das competências constitucionais e a MP, dedicamos os próximos dois itens.

3. “Normas de referência nacionais”: meras recomendações que não devem servir à vulneração de competências constitucionais

Parte significativa da MP cuida da alteração da Lei da Agência Nacional de Águas: sua ementa (que agora anuncia que o diploma atribui à ANA a produção de diretrizes para a *regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico*) e onze artigos são alterados ou criados dentro do objetivo declarado na EM de coordenar e racionalizar as ações federais no setor;v essencialmente, o planejamento das ações.

Logo no início da MP encontra-se que à ANA foi atribuída a competência de – visto que é responsável por – instituir *normas de referência nacionais*.

A primeira pergunta, e que nos parece ser das mais relevantes, surge: o que seriam, afinal, essas *normas de referência nacionais*? Sabemos que integram o ordenamento jurídico, de forma simplificada, normas extraíveis das Constituições, das leis – complementares, ordinárias, delegadas e decretos legislativos –, dos regulamentos e demais atos normativos infralegais. Todas com algum grau de força cogente, próprio das normas jurídicas. Onde estariam, contudo, as tais *normas de referência nacionais*? A rigor, quer nos parecer que estas não podem ser consideradas normas *jurídicas* – com a força cogente que lhes é exclusiva –, mas, isto sim, *recomendações*, textos que carregam orientações, indicativos de boas práticas, por vezes com feições de manual ou cartilha.¹³ São atos “de

¹³ Sobre a edição de normas sem conteúdo normativo, vale conferir a posição de Bertrand Mathieu em curto trabalho monográfico sobre características da lei, no qual indica que duas das patologias atuais se enquadram no gênero “leis não legislativas”. A construção doutrinária se aplica ao caso apresentado: seriam “regulamentos não regulamentares”. Cf. JESTAZ, Philippe. *La loi: connaissance du droit*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2016. título II, capítulo I, seção 1, 2ª parte.

racionalização e de facilitação da ação administrativa”,¹⁴ com ares de *soft law*, que não obrigam seus destinatários, tendo apenas o potencial de induzir-lhes o comportamento¹⁵ – em resumo, um direito sem dentes, mas influente.¹⁶

A que título uma autarquia federal poderia editá-las? Não se verifica, na Constituição Federal, competência da União para legislar sobre saneamento básico.¹⁷ O que há é sua competência material exclusiva para, nos termos do inciso XX do art. 21, “*instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive [...] saneamento básico [...]*”.¹⁸ Parece que o termo constitucional (as *diretrizes*), ganhou, na MP 844/2018, expressão que buscou lhe explicar e, ao mesmo tempo, equivaler: são as *normas de referência nacionais*.¹⁹

Assim, diante do teor do art. 21, XX, da Constituição Federal, verificamos que a constitucionalidade material do diploma federal no que toca a esse ponto possui relação direta com a produção normativa futura da ANA e com o emprego que seja dado a tais diretrizes.

É dizer, o dispositivo veiculado pela Medida Provisória só pode ser tido como constitucional se as denominadas *normas de referência nacional* forem entendidas como indicativas aos entes federativos aos quais se destina. O não atendimento das balizas dadas pela agência federal não poderá ser tido como descumprimento – visto que não há nada a cumprir, a rigor – e tal ação não poderá ser censurada sob a ótica jurídica. Embora, pelo texto da MP, tenhamos sinais de que a ANA vá produzir conteúdo com *aparência* de norma, sua cogência será nula, um conteúdo equiparável ao de cartilhas meramente recomendatórias.

É caso típico, pois, de constitucionalidade não evidente, mas de *constitucionalidade possível*, mediante *interpretação conforme a Constituição* – opção a ser adotada pelos intérpretes e aplicadores, em regra, quando a hermenêutica permitir, com vistas à manutenção da norma no sistema. Juridicamente, portanto, o incremento da produção federal de diretrizes para o saneamento básico, no contexto do desenvolvimento urbano, não é problemático. Há amparo constitucional para tanto (no art. 21, XX, como assinalado).

¹⁴ A propósito das *directives* no direito francês (não no direito da União Europeia), ver CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*. Tome 1. Paris: Montchrestien, 2001. p. 519.

¹⁵ Gustavo Binembom dá como exemplos de *soft law* as recomendações, lista de princípios gerais e, mais aderente ao caso deste artigo, as *guidelines*. (*Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 315.).

¹⁶ Como geralmente é vista e sentida a parte do Direito Internacional não internalizada. É o que se depreende, por exemplo, de HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999. p. 17.

¹⁷ Em campo conexo, o art. 22, IV, outorga à União a competência privativa para legislar sobre águas; prescrever sobre águas (sua gestão, prioridades de destinação, etc.), contudo, não prescrever sobre serviços de saneamento básico (mesmo sendo a água um insumo para a prestação destes serviços).

¹⁸ Ainda sobre saneamento na Constituição brasileira: dispondo, em complemento, sobre as competências materiais comuns, determina a CF, no seu art. 23, IX, que União, estados, Distrito Federal e municípios promovam a *melhoria das condições de saneamento básico*.

¹⁹ Dada a menção feita à doutrina estrangeira, vale colocar, em complemento à delimitação semântica proposta, que a *diretiva* aposta que encontramos no art. 21 da Constituição não possui relação doutrinária ou semântica com as diretivas encontradas no Direito da União Europeia, sistema dentro do qual texto com essa nomenclatura é, efetivamente, uma norma – nesse universo, diretiva é “um ato legislativo que fixa um objetivo geral que todos os países da UE devem alcançar”. Disponível em: https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_pt. Acesso em: 13 ago. 2018.

Há problema, contudo – e aqui vale enfatizar –, com o uso da expressão “normas de referência nacionais”, visto que *normas* não são, mas meras recomendações, diretrizes, sem força cogente.

É, portanto, desejável que, caso venha a ser aprovada a medida provisória e convertida em lei, esta esteja expurgada da expressão “normas” de referência, utilizando-se em seu lugar outras mais precisas, talvez “recomendações nacionais” ou “diretrizes de referência nacionais”. Permitir confusão a intérpretes e aplicadores ao se dar aparência de normatividade às referências, já na sua denominação, só gerará insegurança jurídica – ou seja, o contrário do pretendido pela MP.

Para além da recomendável adequação de nomenclatura, alertamos para a necessidade de que o avanço federal via instituição de diretrizes, no intuito de incrementar a padronização regulatória em matéria de saneamento básico, não seja feito em detrimento, ou com menosprezo, do papel dos estados-membros da federação. Estes, responsáveis sob a Constituição de 1988 pela criação de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões formadas por municípios limítrofes, para a tarefa primordial de integrar as funções públicas de interesse comum (tudo nos termos do § 3º do art. 25), são os principais responsáveis pela integração e padronização almejadas. E os serviços públicos de saneamento básico são geralmente reconhecidos nas regiões metropolitanas e áreas afins na dicção de inúmeras leis complementares estaduais.

O preço de esvaziar o papel dos estados no cumprimento desta importante tarefa, que lhes foi constitucionalmente confiada – e não mais à União, como ocorria sob a carta outorgada de 1967 –, é ter de concentrar o esforço de padronização, agora, na União, isto é, exatamente na esfera federativa à qual cabe estabelecer meras referências sem força cogente.

O objetivo de maior padronização regulatória é compreensível. Seus potenciais efeitos benéficos para os investimentos, à medida que promovam a previsibilidade das regras, são também desde logo compreensíveis. O que não se deve admitir é que os estados nada possam ditar nas regiões metropolitanas e congêneres para além da sua simples criação, via leis complementares estaduais. Tampouco devemos admitir a negação da possibilidade de haver titularidade estadual dos serviços públicos de saneamento, inclusive fora de regiões metropolitanas, quando predominar o interesse regional. Os §§ 1º e 3º da Constituição Federal prestam-se a mais do que reservar aos estados o papel de meros criadores de regiões metropolitanas nas quais, ulteriormente, não exercerão nenhuma competência exclusiva (a esse respeito, vide comentários específicos mais adiante).

Como, todavia, o problema da falta de padronização é real e persiste, de um lado; e o regime jurídico das regiões metropolitanas permanece indefinido ou insatisfatório no país, de outro; resta, para o enfrentamento do problema, instituir meras diretrizes em âmbito federal. Poderíamos, entretanto, contar com muito mais do que isso, estivesse a Constituição Federal sendo melhor compreendida e cumprida no capítulo atinente às competências estaduais para as funções públicas de interesse comum nas regiões metropolitanas e afins e, ainda, no que tange às competências residuais dos estados (acionáveis, por exemplo, quando não mais configurado o predominante interesse local a justificar titularidade municipal em matéria de serviços públicos de saneamento).

Outro alerta merece ser feito quanto ao uso das referências nacionais a serem dadas pela ANA em matéria de saneamento básico. Como dito, embora não venham a ser normas jurídicas propriamente ditas, tais referências terão, por certo, influência. Afinal, o que

se almeja é justamente esta influência: a adoção voluntária, por outros entes da federação, das referências nacionais, o que promoverá, paulatinamente, a maior uniformidade regulatória desejada para o setor. Mas teremos problemas caso a adoção dessas “normas de referência nacionais” seja instrumento de coação pela União. E isto poderá ocorrer – parece até bastante provável que aconteça, apesar de não declarado na MP ou em sua exposição de motivos – caso a disponibilização de transferências de recursos federais aos demais entes de federação venha condicionada à adoção, por esses entes, das “normas de referência nacionais”. Argumentar-se-á que a União nada mais estará fazendo, nessas situações, do que utilizando o seu “*spending power*”, ou poder que acompanha o seu ato de gastar, isto é, transferir recursos para investimentos em saneamento nos estados, municípios e Distrito Federal. O contra-argumento, porém, também será forte: poderá esse poder de gasto federal ser utilizado para constranger, inviabilizar mesmo, alternativas de organização dos serviços de saneamento que, na visão dos titulares, seriam mais adequadas do que as “recomendadas” pela União? Em suma, vincular o acesso a recursos federais à observância dos ditames de referência nacional poderá ser compreendido e sentido, na prática, como imposição daqueles ditames – justamente o que não cabe à União fazer. Até mesmo porque não se valer dos recursos federais poderá não ser uma opção real para muitos municípios ou mesmo estados da federação, caso pretendam efetivamente investir em saneamento em contexto de crise fiscal. Donde o dilema: só lhes restará curvar-se às “recomendações”, sem resistência, da agência federal?

O tema é complexo e quiçá esta influência seja a alternativa que resta ao país em contexto de esvaziamento jurídico do papel dos estados, no qual avulta em importância um papel uniformizador federal (e não estamos aqui a justificar esse esvaziamento e, sim, a combatê-lo, mas antes, de todo modo, reconhecemos que é preciso constatá-lo). Apesar de sua complexidade, é preciso perceber e antecipar a discussão do movimento que se inicia com o estabelecimento daquilo que, na própria exposição de motivos da MP, é tido como mecanismo meramente recomendatório. Terá mesmo este caráter não cogente na prática?

4. Definição de titularidades que não cabe à União, ainda mais com exclusão das possíveis situações de titularidade estadual

Arvora-se a União, na medida provisória, a ditar que titulares dos serviços públicos de saneamento básico são municípios e Distrito Federal, como se estados também não pudessem sê-lo. Nesse sentido, a MP inclui o art. 8º-A na Lei 11.445/2007, com o seguinte teor:

Lei 11.445/2007, conforme alterada pela MP 844/2018

Art. 8º-A. Os municípios e o Distrito Federal são os titulares dos serviços públicos de saneamento básico.

§ 1º. O exercício da titularidade dos serviços de saneamento básico pelos municípios e pelo Distrito Federal fica restrito às suas áreas geográficas.

§ 2º. Na hipótese de interesse comum, o exercício da titularidade dos serviços de saneamento básico será realizado por meio:

I – de colegiado interfederativo formado a partir da instituição de região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião; ou

II – de instrumentos de gestão associada, por meio de consórcios públicos ou de convênios de cooperação, nos termos estabelecidos no art. 241 da Constituição.

§ 3º. Na hipótese prevista no inciso I do § 2º, o exercício da titularidade dos serviços públicos de saneamento básico observará o disposto na Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015.

§ 4º. O exercício da titularidade na forma prevista no § 2º poderá ter como objeto a prestação conjunta de uma ou mais atividades previstas no inciso I do caput do art. 2º.

§ 5º. Os serviços públicos de saneamento básico nas regiões metropolitanas, nas aglomerações urbanas e nas microrregiões serão fiscalizados e regulados por entidade reguladora estadual, distrital, regional ou intermunicipal, que observará os princípios estabelecidos no art. 21.

Há vários problemas neste preceito normativo que o fazem, inclusive, eivado de vícios de inconstitucionalidade.

Em primeiro lugar, não compete à União, a pretexto de “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive [...] saneamento básico” (nos termos do art. 21, XX, da Constituição), definir a titularidade a respeito dos serviços. Esta conclusão esteve muito clara a todos os envolvidos, ou que puderam acompanhar, o processo que culminou com a edição da Lei 11.445/2007, sabendo-se que foram expurgados das propostas originais quaisquer preceitos que definissem titularidades. E isto, simplesmente porque carecia, como hoje ainda carece a União, de competência constitucional para tal definição. A titularidade sobre serviços públicos de saneamento básico extrai-se por interpretação e aplicação da Constituição Federal, sem uma necessária intermediação legislativa da União, a quem só cabe definir diretrizes.

Em segundo lugar, o preceito, para além de definir o que não compete à União definir, o faz com nítida exclusão de competências estaduais. Na Constituição, fica declarado que “os municípios e o Distrito Federal são os titulares...”; porém, e os estados? Também não podem ser titulares de serviços públicos de saneamento básico? Pensamos que podem, sim, sê-lo nalgumas situações.

A esse respeito, um dos subscritores destes comentários já teve a oportunidade de se manifestar:

A constituição não o reserva [o serviço público de saneamento básico], explicitamente, a ente [da federação] algum. A resposta acerca da sua titularidade em cada caso concreto, portanto, não se extrai de um cometimento constitucional explícito, mas, sim, da aferição do interesse predominante em cada caso concreto: se local ou regional. Quando predominar o interesse local, o serviço será inequivocamente municipal. Quando, entretanto, predominar o interesse regional, não será possível reputá-lo como da competência exclusiva de um município; o serviço público de saneamento de interesse predominantemente regional poderá ser explorado pelo estado, ou ainda, por vários municípios em conjunto, ou até mesmo pelos municípios em colaboração com o estado. A titularidade sobre o serviço público de saneamento básico, em suma, define-se a partir da aferição do interesse predominante em cada caso concreto.

Não é difícil percebê-lo a partir do exame do Texto Constitucional. Como se sabe, nele são enumeradas as competências exclusivas da União em matéria de serviços públicos, sobretudo no art. 21; também são arroladas as dos municípios, notadamente no art. 30; e, finalmente, ficam com os estados as competências remanescentes, nos termos do art. 25, § 1º. Como o saneamento básico não é cometido com exclusividade à União, restaria saber se ele é cometido aos municípios ou aos estados. Entra em linha de consideração, então, a fórmula abrangente do art. 30, V, segundo a qual são da alçada dos municípios os 'serviços públicos de interesse local'. Daí a pergunta a ser feita em cada caso concreto: o serviço de saneamento, neste caso, é de interesse predominantemente local? Se for, tal serviço será da alçada municipal; por outro lado, se predominar o interesse regional, ele recairá sob a esfera de competências do estado, como uma das atribuições remanescentes que lhe são conferidas pelo art. 25, § 1º.²⁰

A viabilidade de titularidade estadual dos serviços, assim, funda-se nas competências residuais constitucionalmente reconhecidas aos estados, nos termos do art. 25, § 1º, da Constituição. O essencial, portanto, em cada caso concreto, é a predominância do interesse – não sendo fundamental, aliás, para caracterizar-se a titularidade estadual, que esteja em pauta a prestação dos serviços numa região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião instituída por lei complementar estadual.²¹ É claro que, havendo região metropolitana ou afim, a predominância do interesse regional, ao invés de um interesse meramente local nos serviços de saneamento básico, poderá estar mais fortemente caracterizada. Mas não é essencial para que os serviços estejam afetados ao estado.

Exemplo de diploma que reconhece a viabilidade de titularidade estadual dos serviços públicos de saneamento, em determinadas circunstâncias, é a lei paulista de criação da ARSESP – Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (Lei Complementar estadual nº 1.025, de 7 de dezembro de 2007).²²

Portanto, não deveria a MP, à luz da Constituição Federal, ter excluído a possibilidade, pelo seu silêncio, de o estado ser o titular de serviços públicos de saneamento básico, para além das situações em que os municípios ou o Distrito Federal o sejam (no caso dos municípios, devido à predominância do interesse local). Tal exclusão de possibilidade atenta contra o disposto no art. 25, § 1º, da Constituição, tensionando ainda com o § 3º do mesmo artigo.

Problema anterior, de qualquer sorte, foi ter pretendido a União, por meio da MP, definir e ditar quais os titulares, o que não equivale a instituir diretrizes. Pois a MP 844/2018 não apenas os definiu, nela exorbitando o ente federal de suas atribuições

²⁰ SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Convênio administrativo de delegação de serviço público de saneamento básico: regime jurídico*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2006. p. 47-48.

²¹ Para conhecer outros desafios que o reconhecimento da viabilidade, em certas situações, de titularidade estadual sobre os serviços públicos de saneamento enseja, ver *op. cit.*, p. 45-56.

²² Nesta lei, o reconhecimento de serviços de “saneamento básico de titularidade estadual” encontra-se, p. ex., no art. 6º, fixador da competência da ARSESP para regulá-los, controlá-los e fiscalizá-los, assim como no art. 10, estipulador de atribuições da Agência especificamente voltadas a tais serviços. Tal reconhecimento legal dessa hipótese de titularidade – no diploma como um todo – foi questionado via ação direta de inconstitucionalidade, ainda pendente de julgamento de mérito perante o STF.

constitucionais, como o fez equivocadamente, com deliberada exclusão dos estados dentre os possíveis titulares.

A própria definição do que constitua *modo de exercício da titularidade* dos serviços públicos de saneamento básico, prevista nos §§ 1º a 4º do art. 8º-A, vai além dos limites da instituição de diretrizes dentro dos quais haveria de ter se cingido a União. E, ali, esta o fez não “apenas” exorbitando seus poderes, como também com grandes inconvenientes para a organização dos serviços a cargo dos titulares – os legítimos organizadores, com base em suas autonomias político-administrativas (nos termos do art. 18 da Constituição).

Para citarmos um exemplo: dispõe o § 4º do art. 8º-A da MP que o exercício da titularidade sob o art. 241 da Constituição Federal – é dizer, sob consórcios públicos ou convênios de cooperação – poderá ter por objeto a “prestação conjunta” de serviços de saneamento básico (isto é, a sua prestação conjunta pelos entes da federação envolvidos). Mas, se é verdade que, no caso de consórcios públicos, pode operar-se uma “prestação conjunta” (ou “gestão associada de serviços públicos”, nos dizeres do art. 241), no de convênios de cooperação cabe a transferência de encargos relacionados aos serviços de um ente da federação ao outro (também nos termos do art. 241 da Constituição). Em suma, sob os convênios de cooperação não se opera necessariamente uma “prestação conjunta”, podendo haver uma transferência. Isto se faz nos próprios termos do art. 241 da Constituição Federal, na parte em que alude à transferência de encargos.

Deveras, prestam-se hoje frequentemente os convênios de cooperação no setor de saneamento básico, e contratos de programa a eles subjacentes, a transferências da prestação de serviços de municípios a companhias estaduais de saneamento básico. A legislação paulista sobre saneamento básico, por exemplo, é firme nesse sentido, tendo sido instituída, entre outras razões, para viabilizar a atuação da companhia estadual de saneamento básico – a SABESP –, que concentra transferências do encargo de prestação de serviços que lhe foram feitas por municípios paulistas titulares dos serviços, no exercício da autonomia que lhes é reconhecida. A rigor, na típica sistemática setorial paulista, convênios de cooperação transferem a regulação e a fiscalização dos serviços de saneamento ao estado, que os confia à agência reguladora independente estadual – a ARSESP –, enquanto contratos de programa firmados sob esses convênios concedem a prestação de serviços de saneamento municipais à SABESP. Tudo ao amparo do art. 241 da Constituição, da Lei 11.445/2007 e da Lei 11.107/2005. Todavia, o novo dispositivo trazido pela Medida Provisória (§ 4º do art. 8º-A) tende a minar este bem-sucedido arcabouço normativo estadual. Diz que só caberá “prestação conjunta”.

Ficará inviabilizada a companhia estadual, portanto, de renovar contratos de programa, ou firmar outros novos com municípios? Será este um efeito da MP sobre as companhias estaduais, até porque será extremamente dificultosa a celebração de contratos de programa entre municípios e companhias estaduais uma vez instituído, como previsto, o dever de prévio chamamento público aberto ao setor privado?

Em suma, parece-nos que a União, ao colocar-se a definir o modo de exercício das titularidades sobre os serviços de saneamento básico, retira dos próprios titulares a possibilidade de fazê-lo. Exorbita, assim, da sua atribuição constitucional para a fixação de diretrizes (CF, art. 21, XX), além de violar a autonomia dos demais entes da federação (CF, art. 18).

Poder-se-á alegar, em defesa da MP neste ponto, que nele (art. 8º-A incluído na Lei 11.445/2007) pretendeu-se apenas refletir, em diploma federal, o quanto já decidido em

julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da titularidade dos serviços públicos de saneamento, notadamente nas ADI 1842-RJ.

O primeiro problema desta explicação – aqui cogitada em benefício do debate, mas não apresentada pela exposição de motivos da MP, que silenciou neste ponto fulcral – é que não compete à União tal papel definidor de titularidades e, portanto, de competências, pois, frisemos ainda uma vez, isto é mais do que lhe foi franqueado pela Constituição Federal. Suas “diretrizes” sequer estão afetas à luz da Constituição, às competências legislativas da União, visto se situarem no dispositivo (art. 21) atinente às suas competências materiais. Nem mesmo a pretexto de promover a segurança jurídica do setor, um objetivo louvável, pode a União ultrapassar os limites das suas atribuições.

É aos titulares dos serviços de saneamento que compete interpretar e aplicar as decisões do Poder Judiciário, notadamente do STF, fazendo-as refletir, se pertinente à segurança jurídica, nas suas legislações.

Em segundo lugar, os precedentes do STF, em matéria de titularidade dos serviços de saneamento básico, além de ainda gerarem dúvidas importantes quando à interpretação do seu próprio alcance, não dão conta de todas as situações em que a questão se põe. Por exemplo, na ADI 1842-RJ, versou-se sobre a titularidade dos serviços de saneamento básico em regiões metropolitanas, mas, fora delas, ao amparo do § 1º do art. 25 da Constituição Federal, poderá haver titularidade estadual?

No estado de São Paulo, é sintomática desse estado ainda de pluralidade de entendimentos a vigência da Lei da ARSESP (Lei Complementar estadual nº 1.025/2007) e dos já mencionados dispositivos que reconhecem a viabilidade de titularidade estadual de serviços públicos de saneamento básico. O STF ainda não julgou o mérito da ADI 4028-SP, que questiona a constitucionalidade desta lei complementar paulista exatamente em matéria de titularidade estadual.²³ Ademais, como é cediço, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também já defendeu a possibilidade de titularidade estadual de serviços, no caso da cidade de São Paulo. Em suma, o quadro jurisprudencial ainda não está definido por completo, a ponto de poder-se descartar, pura e simplesmente, a hipótese de uma titularidade estadual de serviços públicos de saneamento. Ao contrário: é Direito vigente, no estado de São Paulo, o reconhecimento desta titularidade em determinadas circunstâncias, por meio de expressas disposições da mencionada lei complementar paulista.

Imprudente, portanto, e causador de insegurança jurídica, é a União exorbitar de suas atribuições de instituição de diretrizes nacionais para negar titularidade nas situações em que titulares, como o estado de São Paulo, a afirmaram.

De todo modo, resta por ser esclarecida a fundamentação para os preceitos estipuladores de titularidade do novo art. 8º-A, incluído na Lei 11.445/2007, acerca dos quais silenciou a exposição de motivos da MP e sobre quais, lamentamos, não houve oportunidade de debate parlamentar prévio.

5. Criação de reserva de mercado de concessões ao setor privado, em detrimento da autonomia dos entes da federação e do princípio da autoridade pública

A MP inclui, na Lei 11.445/2007, o art. 10-A, que tem o seguinte teor:

²³ Tendo a Procuradoria-Geral da República, no caso, opinado pela improcedência da ação.

Lei 11.445/2007, com artigo incluído pela MP 844/2018

Art. 10-A. Nas hipóteses legais de dispensa de licitação, anteriormente à celebração de contrato de programa, previsto na Lei nº 11.107, de 2005, o titular dos serviços publicará edital de chamamento público com vistas a angariar a proposta de manifestação de interesse mais eficiente e vantajosa para a prestação descentralizada dos serviços públicos de saneamento.

§ 1º. O edital de chamamento público a que se refere o caput estabelecerá prazo mínimo de trinta dias para apresentação das propostas, que conterão, entre outros:

I – o objeto e o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, inclusive quanto à eventual prorrogação;

II – a forma de remuneração e de atualização dos valores contratuais;

III – as tarifas a serem praticadas e a metodologia de reajuste, conforme as diretrizes regulatórias do setor de saneamento básico;

IV – o plano e o cronograma de investimentos a serem realizados para a prestação adequada dos serviços públicos de saneamento básico;

V – os índices de qualidade de serviços e as metas parciais e finais a serem atingidas, de acordo com o plano e o cronograma propostos; e

VI – o valor estimado do contrato de programa ou do contrato.

§ 2º. O proponente poderá adicionar à sua proposta de tarifa a ser praticada, conforme previsto no edital, percentual mínimo de adicional tarifário que será destinado à conta estadual para a promoção de programas de saneamento básico, que priorizará o financiamento de investimentos em saneamento básico nos municípios que apresentarem os menores índices de cobertura, de acordo com os parâmetros estabelecidos em lei estadual.

§ 3º. Na hipótese de, no mínimo, um prestador de serviço além do interessado em celebrar contrato de programa demonstrar interesse no chamamento previsto no caput, será instituído processo licitatório, nos termos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na Lei nº 8.987, de 1995, e na Lei nº 11.079, de 2004.

§ 4º. Não hipótese de não haver o número de interessados previsto no § 3º no chamamento público, o titular poderá proceder à assinatura de contrato de programa com dispensa de licitação, conforme o disposto no inciso XXVI do caput do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 5º. O chamamento público previsto no caput não será exigível nas seguintes hipóteses:

I – prorrogação única do prazo de vigência dos contratos de programa pelo prazo de até dois anos; e

II – celebração ou aditamento de contratos de programa vigentes, no contexto de alienação de controle acionário de companhia estatal prestadora de serviços públicos de saneamento básico ou de delegação de seus serviços à iniciativa privada.

O artigo e seus vários preceitos representam um nítido esforço de se evitar que, ao fim e ao cabo, titulares dos serviços públicos de saneamento concedam tais serviços à prestação por uma entidade parceira que seja pública, estatal. Afinal, ele institui o tal dever de “chamamento público” de tal maneira que, na hipótese de uma única eventual interessada do setor privado erguer a voz e manifestar-se interessada, ficará o titular

obrigado a abrir licitação para franquear a oportunidade de negócio à disputa pela iniciativa privada, afastando-se, pois, o caminho, que de outro modo restaria legítimo, da contratação direta de parceria público-pública.

Notável nesta solução – que não consegue mascarar o intento de abrir frentes de negócio à iniciativa privada – é não somente a circunstância de ela praticamente retirar da autoridade pública o poder de se decidir por uma parceria público-pública em lugar de uma público-privada. Deveras, não “apenas” isto é subtraído da esfera decisória do gestor público (e se trata mesmo de indisfarçável subtração, pois basta uma voz em contrário, inclusive de fora do setor público, para que lhe fique sonogada a possibilidade de encaminhar o processo no sentido de uma parceria público-pública); também lhe é subtraído o poder de planejar a parceria sem a precipitada ingerência de agentes do setor privado.

Deveras, a oitiva do setor privado na formatação de projetos de infraestrutura é valorosa para a democracia participativa, sem dúvidas; mas não à custa de suprimir a autoridade de quem, no fim do dia, arca com a responsabilidade de decidir – e este alguém é o gestor público, com a autorização da lei, revestido da autoridade do estado (e da altíssima responsabilidade que acompanha tal investidura, frisemos). Realmente, nenhuma lei sobre contratações públicas, mesmo em matéria de concessões, foi tão longe quanto a medida provisória em comento ao ponto de *exigir* do gestor público, como verdadeiro dever jurídico, uma coleta de manifestações do setor privado para formatar contratos. Os chamados “procedimentos de manifestação de interesse”, instituídos com supedâneo no art. 21 da Lei 8.987/1995 ou mesmo com base na Lei 11.079/2004 – para ficarmos apenas com os exemplos das leis federais –, não são de instauração obrigatória, mas facultativa. Servem às situações em que o gestor público decida, porque entende fazer sentido nos casos específicos, colher subsídios de agentes do mercado, ou da academia, de especialistas, entre outros, para a formatação de um modelo de contrato ainda em fase preliminar, de concepção, muito anterior à sua oferta à disputa pelos eventuais interessados em executá-lo mediante licitação pública. Prudentemente, as leis não obrigam a administração pública a essa coleta de subsídios em fase tão preliminar. Respeitam, assim, o princípio da autoridade pública e a discricionariedade do gestor público.

Obrigações de oitiva existem, isto sim, quando o modelo de contratação já está em fase de concepção mais madura, mostrando-se oportuna e adequada a sua submissão a consultas ou audiências públicas (como ocorre com as minutas de edital e contrato de parceria público-privada em sentido estrito, que devem ser obrigatoriamente submetidas à consulta pública, a teor do art. 10, VI, da Lei 11.079/2004). A MP em comento, no entanto, vai além, sonogando do gestor, precipitadamente, a competência para decidir se, e quando, é tempo, ou não, de colher subsídios do setor privado para a formatação preliminar de modelo de parceria no saneamento.

Em suma: a MP obriga-o a colher subsídios do setor privado, mediante impositiva publicação de “edital de chamamento público” para coleta de manifestações de interesse privado (ainda que avalie, com boas razões, que isto não seria conveniente nem oportuno); e obriga-o, caso a precipitada ingerência resulte em singela “manifestação de interesse” de um único *player*, que abra processo licitatório. A autoridade pública e sua importante discricionariedade são, desse modo, duplamente violadas, ficando a

administração pública refém do impulso ou da agenda ditados pelo interesse particularístico de um único agente do setor privado na área de saneamento.²⁴

Esta medida, que equivale à verdadeira captura do poder decisório estatal pela iniciativa privada, é explicada, na exposição de motivos da medida provisória, por um certo diagnóstico de que “a dispensa de licitação para a celebração de contratos de programa reduziu em demasiado a concorrência no setor de saneamento básico [...]”. Por isso, a medida provisória teria pretendido “[...] alterar, para o setor de saneamento, a dispensa de licitação prevista na Lei nº 11.107/2005 para os casos de celebração de contrato de programa entre ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta [...]”. Indo ainda mais ao ponto, a exposição de motivos dá o diagnóstico e prescreve o remédio:

Exposição de motivos da MP 844/2018

De fato, o arranjo institucional e a estrutura de mercado existentes no país antes das leis nº 11.107/2005 e nº 11.445/2007 fizeram com que o instrumento fosse usado no setor de saneamento inadequadamente, como um instrumento de concessão de serviços pelos titulares a empresas estaduais sem o devido rito licitatório. A mudança proposta objetiva justamente separar as situações que se caracterizam como esforço conjunto para a prestação de serviços públicos das situações em que o contrato de programa é apenas um meio de evitar a lei licitatória na concessão do serviço de saneamento à empresa estadual.

Ocorre que o diagnóstico está fora de foco, além de insuficientemente explicado. A regra de “dispensa” de licitação prevista pela Lei 11.107/2005, incluída na Lei 8.666/1993 e aplicável à celebração de contratos de programa para a gestão associada de saneamento básico²⁵ não é a força motriz da intensa cooperação interfederativa existente no setor. Mitigá-la, esvaziá-la – como faz a MP –, ou até mesmo revogá-la (se a tanto se dispusesse o ator normativo federal), não produzirá mudança significativa no setor. É dizer, não poderá impedir que tal cooperação continue a ser objeto de contratações firmadas diretamente, sem licitação.

Aqui, convém abrir parênteses para que bem se entenda qual o enquadramento jurídico correto dessas inúmeras situações de contratação direta, sem licitação, encontráveis no setor de saneamento básico. Elas existem muito antes da tal regra de “dispensa”, alvo da MP. Municípios contratam com companhias estaduais de saneamento. Por exemplo, há décadas (notadamente a partir dos anos 1970, com a criação dessas companhias e o advento do PLANASA – Plano Nacional de Saneamento) e o fazem diretamente porque a

²⁴ Incrivelmente, ao prestar-se a cancelar verdadeira usurpação da capacidade decisória do estado pela iniciativa privada, a medida provisória faz incluir o § 4º no art. 10-A em comento, o qual dispõe – note-se bem – que, “na hipótese de não haver o número de interessados previsto no § 3º no chamamento público [...]”, o titular poderá firmar contrato de programa sem licitação. Qual é este número de interessados? Um...! É isso mesmo: basta uma voz de interesse particularístico, de quem não carrega o pesado ônus e a responsabilidade de gerir a coisa pública, para que fique decidido e sacramentado que uma parceria público-pública está afastada, totalmente fora de qualquer cogitação.

²⁵ Trata-se do inciso XXVI do art. 24 da Lei 8.666/1983 (nela incluído pela Lei 11.107/2005), resultando no seguinte texto normativo: “Art. 24. É dispensável a licitação: [...] XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação”.

licitação é inexigível – não porque estaria “dispensada”, o que existe quando, embora a competição fosse viável, o legislador tenha optado por dispensá-la, preferindo a contratação direta em nome de um interesse público maior. De outro lado, são hipóteses em que a licitação é inexigível aquelas nas quais a competição seria inviável – entenda-se bem, inapta ao alcance do objetivo público perseguido. Assim, se esse objetivo envolve o ânimo de cooperar no seio da federação brasileira, de unir esforços ou transferir encargos em prol de um objetivo comum aos entes da federação, atinente aos serviços públicos de saneamento básico, então não há que se falar em licitação para alcançá-lo; promove-se a cooperação simplesmente, realizando-se a contratação direta, sem licitação, entre os entes da federação (ou com entidades de suas respectivas administrações indiretas, quase sempre empresas e autarquias criadas exatamente para prestar serviços de saneamento). Abrir licitação para disputa com a iniciativa privada, quando já existam entidades públicas criadas justamente para tal fim, não serve ao propósito de fortalecer a cooperação interfederativa – pode servir a outros, como o de abrir novas oportunidades de negócio ao mercado, mas não ao de fortalecer a federação mediante contratações públicas. Logo, se este fortalecimento federativo é um objetivo, então a licitação não é exigida. Simplesmente não serviria ao propósito desejado.

Lembrando-se, como já apontado, que o art. 23, IX, da Constituição Federal dispõe ser competência comum dos entes da federação “promover [...] a melhoria das condições [...] de saneamento básico”. Tal melhoria é, assim, um objetivo comum a funcionar como pano-de-fundo dos vários possíveis arranjos cooperativos interfederativos em matéria de saneamento, para os quais se afigura imexível a licitação.

Portanto, é com total amparo na Constituição de 1988 (art. 241 c/c art. 23, IX) e na legislação nacional (Leis 11.107/2005 e 11.445/2007) que contratos de programa têm sido celebrados, sem licitação, no setor de saneamento básico. São assim celebrados não porque a licitação tenha sido “dispensada”, mas porque é inexigível. A regra de suposta dispensa contra a qual se insurgiu a MP, esvaziando-a (pela indução do gestor público à instauração de processos licitatórios), é em verdade de mera inexigibilidade – aliás, como tantas outras arroladas no art. 24 de nossa lei de licitações e contratações públicas (Lei 8.666/1993) que, a despeito de declaradas como de licitação “dispensável”, são verdadeiramente de certame inexigível, conforme reconhecido há tempos na doutrina.²⁶ Por simplesmente reconhecer um dado da realidade – a inépcia da licitação para fins

²⁶ Nessa linha, algumas hipóteses de parceria público-pública (em sentido amplo) previstas no art. 24 da Lei 8.666/1993, seja com entidades estatais, seja com entidades não estatais, mas constituídas especificamente para perseguir algum interesse público, têm sido reconhecidas não como de licitação dispensável, mas como verdadeiros casos de licitação inexigível. São exemplos as constantes dos seguintes incisos: “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”; “XVI – para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática à pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico”; “XXII – na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica”; “XXIII – na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”; “XXIV – para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”; “XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação”.

de contratação dedicada à cooperação interfederativa –, a existência ou não daquele comando expresso, na legislação, é indiferente.²⁷ Licitações não servem a este propósito cooperativo (digam ou não as leis que a disputa com o setor privado está “dispensada”). Assim, mesmo com o esvaziamento do comando constante do inciso XXVI do art. 24 da Lei 8.666/1993 ou de quaisquer outros que declarem a “dispensa” de licitação para contratações de cooperação interfederativa no setor de saneamento, os entes da federação e entidades de suas administrações indiretas continuarão podendo almejar o aprofundamento dessa cooperação mediante contratos de programa celebrados diretamente entre si, sem licitação.

Deveras, acreditamos que a escolha da cooperação interfederativa continuará sendo possível. Porém, a partir da vigência do preceito trazido pela MP, certamente ficará perigosamente suscetível a questionamentos indevidos e, assim, maculada por altíssimo grau de insegurança jurídica – e a responsável pela insegurança terá sido a própria MP, que pretendeu protegê-la.

Negar ao poder concedente esta possibilidade seria atentar, como já assinalado, contra o princípio da autoridade pública – fundamental em Direito Público, verdadeira *conditio sine qua non* para um Estado Social e Democrático de Direito, modelo perseguido pela Constituição de 1988.²⁸ Sem que a autoridade possa, em juízo discricionário, ponderar, avaliar e decidir se é o caso, ou não, de firmar contrato com outro ente da federação ou entidade de sua administração indireta – como uma companhia estadual – para a prestação de serviços públicos de saneamento básico, não há suficiente autoridade pública. É arremedo de autoridade, capturada pelo interesse da iniciativa privada de ter mais uma oportunidade de negócio para disputar, em detrimento do eventual interesse público na cooperação interfederativa.

A decisão deve ser do gestor público, não do mercado, sobre valer-se ou não do setor privado para prestar os serviços públicos de saneamento. Ao gestor público, que tem a responsabilidade de fazer escolhas em prol da melhor prestação de serviços públicos à população, devem ser franqueadas as diversas possibilidades de escolha. Tanto a parceria público-privada (aqui compreendida em sentido amplo, como aquela firmada com contratado do setor privado, não estatal) quanto a parceria público-pública (firmada com contratado do setor público) são instrumentos que podem servir ao propósito do melhor atendimento dos usuários de serviços públicos. Quem tem a responsabilidade de decidir deve possuir também a discricionariedade para decidir da melhor maneira. A medida imposta com força de lei pela MP, ao induzir o gestor público a que abra licitação – forçando-o a tanto à simples manifestação de um agente econômico privado –, nega-lhe a legítima alternativa de contratar com entidade pública já existente. Subtrai-lhes os

²⁷ Ou “quase” indiferente, na prática administrativa contemporânea. Afinal, a previsão legal da hipótese como de “dispensa de licitação” facilita, por certo ângulo, a justificativa para a contratação direta, sem licitação, nos casos a ela afetos. Isto porque o expresso texto de lei dispensa, para quem justifica a contratação direta, a explicação da situação de inexigibilidade, que teria de ser articulada na sua ausência. Basta a invocação do preceito legal e a explicação da subsunção do caso ao mesmo e, então, pronto – estará demonstrado o amparo legal.

²⁸ Nesse sentido, após arrolar o “princípio da autoridade pública” como um dos princípios gerais do Direito Público brasileiro, em esforço notável à época, Carlos Ari Sundfeld observou: “A *autoridade pública* conferida ao Estado pelas normas jurídicas é a consequência, no mundo do direito, da qualificação, feita pelo constituinte ou pelo legislador, de certos interesses como mais relevantes que outros. Em outros termos: o interesse público surge como tal, para o mundo jurídico, quando as normas atribuem ao ente que dele cura poderes de autoridade”. SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 155.

meios que hoje tem para bem arcar com sua alta responsabilidade de promover a melhoria das condições de saneamento básico.

Daí a constatação de que a MP erra o foco ao insurgir-se contra verdadeiras hipóteses de inexigibilidade de licitação, cuja existência independe de expressa proclamação por texto de lei.

Mas essa imprecisão de foco pode produzir efeitos ainda mais graves, para além do risco de impedir que escolhas legítimas de contratação direta para a cooperação inter-federativa sejam questionadas ao sabor do interesse de eventual agente privado que, no fundo, pretenda o negócio para si.

Quais são estes efeitos danosos ao interesse público? Estão na grave situação de insegurança jurídica em que a nova norma (art. 10-A) lançará o setor, justamente no sentido contrário do preconizado por ela. A exposição de motivos explica insuficientemente o problema que pretendeu combater, mas dá pistas, ao afirmar que o contrato de programa estaria sendo – transcreve-se ainda uma vez – “[...] usado no setor de saneamento inadequadamente, como um instrumento de concessão de serviços pelos titulares a empresas estaduais sem o devido rito licitatório”. E prossegue: “A mudança proposta objetiva justamente separar as situações que se caracterizam como esforço conjunto para prestação de serviços públicos das situações em que o contrato de programa é apenas um meio de evitar a lei licitatória na concessão do serviço de saneamento à empresa estadual”.

Ora, como distinguir as duas situações? A medida provisória não define. Nada diz sobre o apartamento entre umas e outras – as de legítimo “esforço conjunto para prestação de serviços públicos” e as de suposta burla à “lei licitatória na concessão do serviço”. Na prática, o que faz a MP é lançar uma sombra de dúvidas sobre todos os contratos de programa e, à grita de interesse de um único agente privado, impedir que sejam celebrados, ficando o gestor público curvado ao interesse particularístico de alguém, obrigado a abandonar qualquer intenção de firmar contrato de programa e, então, a abrir licitação para a concessão dos serviços à iniciativa privada.

Fica parecendo que a MP não distinguiu as situações porque, no fundo, pretendeu inviabilizar legítima alternativa de interesse público – a da cooperação interfederativa na prestação dos serviços de saneamento que, na exposição de motivos é tida como alternativa legítima, sendo nefasta a outra, de alegada fuga da licitação – sem declarar esta sua intenção. Por que não declarar abertamente a intenção de que seja franqueado ao setor privado o que hoje é legitimamente explorado por companhias estaduais?

Talvez porque o tema fuja à alçada constitucional da União, instituidora de meras diretrizes. É dizer, a decisão quanto a quem contratar para a prestação dos serviços de saneamento é do titular desses serviços e não poderia uma norma federal opor-se abertamente à que escolha recaia numa parceria público-pública, ao invés de público-privada. Mas, veladamente, esta oposição por parte da União também é constitucionalmente inadmissível.

A rigor, quer nos parecer que seria impossível firmar um critério distintivo entre as ditas situações de fuga da licitação e as de legítima cooperação.

Em primeiro lugar, porque a própria “situação-problema”, que a exposição de motivos da MP diz ser o alvo a combater, é um enigma. Se a licitação é inexigível (como procuramos demonstrar acima), de qual dever de licitar estariam todos em fuga? Simplesmente

não há dever do qual fugir. Dizê-lo existente parece mais uma “cortina de fumaça” para justificar que mais concessões de saneamento sejam feitas pelo setor privado em lugar de contratos de programa com companhias estaduais. Substituir tais contratos por concessões ao setor privado – eis o intento da norma baixada com força de lei.

Em segundo lugar, seria difícil a distinção porquanto contratações de programa foram firmadas por municípios com companhias estaduais de saneamento básico criadas há tempos exatamente para esta finalidade, a de firmar contratos com municípios para atender às suas populações com a prestação de serviços públicos de saneamento básico. Como identificar, concretamente, que no fundo o que tais municipalidades e companhias têm arquitetado é a “fuga da licitação”?

Terceiro, é preciso reconhecer que, mesmo em tese, a distinção revelar-se-ia problemática. Ainda que se pudesse conceder que, nalgumas situações, seria inexigível a licitação porque existiria o verdadeiro intento de união de esforços entre os contratantes e, noutras, uma licitação seria, sim, exigível, porquanto ausente tal união de esforços, em ambas as categorias de situações teríamos entes ou entidades estatais de lado a lado, em avenças cujos objetos seriam serviços públicos de saneamento e para cuja melhoria todos têm certa responsabilidade constitucional (CF, art. 23, IX). Havendo, portanto, parceiros públicos de lado a lado e serviços públicos de saneamento básico como objeto da parceria, inevitável seria que ficasse implícita, sob diferentes arranjos contratuais possíveis, alguma carga de cooperação ou união de esforços. O Direito reconhece essa carga cooperativa nas parcerias público-públicas para prestação de serviços públicos, até mesmo naquelas em que há antes uma transferência de encargos do que, digamos, um consorciamento em que a união de esforços se revele mais nítida. Deveras, mesmo nas contratações que envolvam a “transferência”, ao invés de uma “gestão associada”, da prestação de serviços e outros encargos a eles relacionados, haverá cooperação entre os entes da federação, como reconhece a Constituição Federal no seu art. 241 a propósito, justamente, da cooperação em matéria de serviços públicos.

Finalmente, cabe levantar a hipótese de que o repúdio, manifestado na exposição de motivos da MP, a imaginárias situações de “fuga da licitação” para a celebração de contratos de programa entre municípios e companhias estaduais no setor de saneamento, decorra, no fundo, de um equivocado enquadramento dessas avenças sob o art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal. Ali, a Constituição equiparou, em certa medida, as empresas estatais *exploradoras de atividades econômicas em sentido estrito* (e não as prestadoras de serviços públicos) às empresas privadas, estabelecendo que aquelas estatais, justamente, deverão se sujeitar “[...] ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”. O intuito parece ter sido impedir a concorrência desleal entre as entidades, estatais e não estatais, em campo próprio do setor privado, no qual vigoram plenamente a livre iniciativa e a livre concorrência. Donde decorre que uma empresa estatal exploradora de atividade econômica em sentido estrito – por exemplo de prestação de serviços de suporte na área de informática –, embora possa, por inexigibilidade de licitação, ser diretamente contratada pelo próprio ente da federação a que está vinculada para prestar seus serviços, tenha, por outro lado, que disputar a oportunidade de firmar contrato com outro ente da federação em processo de licitação pública. É que, tirante a inexigibilidade para atender ao próprio ente público que autorizou sua criação, nos demais casos ela navegará no âmbito próprio do setor privado, nele concorrendo em condições de igualdade com as empresas privadas e, portanto, disputando licitações (como exige o

art. 173, § 1º, II, da Constituição). Ausente o pressuposto da inexigibilidade de licitação residente no fato de que o próprio ente da federação terá criado uma empresa para servi-lo e ser contratada diretamente, as regras serão as da livre iniciativa e livre concorrência. A empresa estatal exploradora de atividade econômica terá de participar de procedimentos licitatórios abertos por outros entes da federação para, nesse contexto, disputar mercado com empresas do setor privado.

Contudo, a cláusula constitucional de equiparação não se aplica às empresas estatais prestadoras de serviços públicos, como é o caso das companhias estatais de saneamento básico. No caso da prestação de serviços públicos (inclusive dos chamados serviços públicos econômicos, é dizer, passíveis de exploração econômica, como saneamento, energia, telecomunicações ou transporte de passageiros), o regramento pertinente às obrigações convencionadas entre eles é, acima de tudo, o do art. 241,²⁹ que, no caso dos serviços públicos de saneamento, envolve ainda o objetivo comum de promover melhorias nas condições de saneamento previsto no art. 23, IX. Nesse âmbito, não há equiparação com empresas do setor privado para fins de contratações, prevalecendo a autonomia dos entes da federação para se entregarem ao federalismo de cooperação.

Assim, ao se supor que municípios e companhias estaduais de saneamento “fujam da licitação” ao firmarem entre si contratos de programa, pode ser que se esteja partindo de premissa equivocada – qual seja, o enquadramento de suas avenças sob o art. 173, § 1º, II, da Constituição que, no entanto, é impertinente a tais avenças.

O campo dos serviços públicos não é livre para o setor privado, como se este pudesse nele adentrar livremente e, mais, reivindicar sua participação em condições de igualdade com as empresas estatais. É campo próprio do Estado, a teor do art. 175 da Constituição (no qual se diz “*Incumbe ao poder público, na forma da lei, a prestação de serviços públicos...*”). Se empresas do setor privado gostariam de ter maior presença nesse campo, ou, ainda, se o Governo Federal entende que a maior presença de empresas do setor privado nesse campo seria desejável, a solução não é impedir, por medida provisória federal, que os entes da federação titulares dos serviços de saneamento escolham parceiros públicos, forçando-lhes à abertura de licitações. Esta estratégia de impedi-los de exercer a sua titularidade, na sua largueza, é a veiculada pelo art. 10-A da MP 844/2018, que, por todas as razões expostas, nos parece inconstitucional. A verdadeira solução nos parece ser convencer os entes titulares dos serviços públicos de saneamento acerca de qual a melhor escolha, em cada caso. Não há atalho por cima da Constituição.

É de ser repudiado, portanto, o diagnóstico de fuga de um dever de licitar apresentado pela exposição de motivos da MP. Trata-se de um falso problema, que mal esconde a estratégia de criação de pretexto para a paulatina substituição de contratos de programa firmados com companhias estaduais de saneamento básico pela licitação de concessões de saneamento à iniciativa privada. O art. 10-A, incluído pela MP na Lei 11.445/2007, tal como está posto, nos parece, por todas as razões expostas, inconstitucional.

²⁹ Sobre os limites à dispensa (ou inexigibilidade) de licitação para contratar com empresa estatal de outro ente da federação, ver, exatamente nos termos que ora defendemos: SUNDFELD, Carlos Ari. Limites da dispensa de licitação para contratar com empresa estatal de outro ente da federação. In: _____. *Licitação, processo administrativo, propriedade*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 93-104.

Conclusão

As constatações que se verificam nos levantamentos públicos (do IBGE, por exemplo), privados (sejam da sociedade civil, sejam das empresas do setor) e dos bancos multilaterais de desenvolvimento (Banco Mundial, Banco Interamericano de Desenvolvimento) são todas no sentido de imensas falhas nos serviços de saneamento básico no país. Incentivos de Estado, sejam eles derivados de alteração normativa ou de incentivos econômicos, são seguramente bem-vindos pela população – especialmente as camadas menos favorecidas, muito mais afetadas pelas insuficiências verificadas.

As alterações legislativas a serem empreendidas, no entanto, devem se dar dentro dos parâmetros constitucionais e sempre derivadas de debate amplo, devendo ser objeto de grande publicidade com transparência – valor que ganha importância cada vez mais nos cenários públicos e privados. Atendidos esses requisitos, as alterações legislativas se mostrarão como promotoras de melhor cenário e de segurança jurídica majorada. Contudo, não é o que notamos nesta MP que, embora possa apresentar outros aspectos louváveis, nesses pontos apresentados apresenta nítidos problemas, falhando em atingir seus objetivos. O maior deles é que, ao invés da pretendida segurança, tendem a produzir insegurança jurídica.

Coordenação geral
Wanderley José Federighi

Coordenação editorial
Marcelo Alexandre Barbosa

Capa
Esmeralda Luana Wonke Scopesi

Editoração, revisão, impressão e acabamento
Tikinet

Formato
175 x 245 mm

Mancha
140 x 210 mm

Tipologia
Trebuchet MS

Papel
Capa: Cartão Revestido 250g/m²
Miolo: Offset Branco 75g/m²

Acabamento
Cadernos de 16pp.
costurados e colados – brochura

Tiragem
700 exemplares

Abril de 2019