

Cadernos da Ejef

Série Estudos Jurídicos nº 1
Direito Ambiental

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes - TJMG

Belo Horizonte - 2004

Projeto gráfico:ASCOM/COVIC
Diagramação, formatação e revisão: EJEF/GEDOC/COTEC
Marcos Aurélio Rodrigues
Maricelle da Silva Medeiros
Thales Augusto Bento
Edvano Pinheiro de Lima
Maria Célia da Silveira
Tadeu Rodrigo Ribeiro

Cadernos da EJEF: Série Estudos Jurídicos: Direito Ambiental - n. 1 (2004) - . -
Belo Horizonte, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Escola Judicial
Des. Edésio Fernandes, 2004 - .

n.

Irregular.

Monografias apresentadas no Curso de Atualização em Direito Ambiental,
TJMG, 2003.

1.Direito ambiental .I. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Escola Judicial Des.
Edésio Fernandes.

CDU: 34:504
CDD: 341.347

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Presidente

Des. Márcio Antônio Abreu Corrêa de Marins

Primeiro Vice-Presidente

Des. Hugo Bengtsson Júnior

Segundo Vice-Presidente

Des. Sérgio Antônio de Resende

Terceiro Vice-Presidente

Des. Antônio Hélio Silva

Corregedor-Geral de Justiça

Des. Isalino Romualdo da Silva Lisbôa (até 04.10.2004)

Des. Roney Oliveira (a partir de 05.10.2004)

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

Superintendente

Des. Sérgio Antônio de Resende

Superintendente Adjunta

Des.^a Jane Ribeiro Silva

Diretora Executiva

Maria Cecília Belo

Gerente de Documentação, Pesquisa e Informação Especializada

Pedro Jorge Fonseca

Coordenadora de Comunicação Técnica

Eliana Whately Moreira

Apresentação	7
Responsabilidade por dano ambiental	9
Dr. ^a EVANGELINA CASTILHO DUARTE	
A função socioambiental da propriedade rural e o instituto da reserva legal	25
CELMA CHRISTINA RESENDE VILLELA	
Elaboração do estudo de impacto ambiental por equipe multidisciplinar patrocinada pelo proponente: Risco de comprometimento da participação paritária na conclusão do estudo	45
JOANA MARIA DE CÁSSIA LOPES SOUZA	
Área de reserva legal ambiental e função ambiental da propriedade	51
IVAN DUTRA DOEHLER	
Reserva legal	61
ROSILENE MARIA RABELO SALES	
Alguns aspectos do direito de propriedade no novo Código Civil e o direito ambiental - em busca de uma inteiração entre o público e o privado	69
MARIA HELENA DUARTE	
Ação civil pública e dano ambiental	81
Dr. ALBERTO DINIZ JÚNIOR	
Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente	95
Dr. ARILSON D`ASSUNÇÃO ALVES	
A pesca e o meio ambiente: algumas considerações sobre a pesca em Minas Gerais	101
Dr. LIVINGSTON JOSÉ MACHADO	
Função social da propriedade, urbanismo e o meio ambiente	111
Dr. EUDAS BOTELHO	
A questão água: Bem inesgotável? - Importância da conscientização - Bem limitado - Ações humanas pretéritas e suas conseqüências	133
Dr. ^a ÂNGELA MARIA CATÃO ALVES	
Penas alternativas no direito ambiental	137
Dr. ^a MARIA ISABEL FLECK	
Da importância da prevenção em matéria ambiental.....	147
Dr. CLAYTON ROSA DE RESENDE	
A reparação do dano moral coletivo decorrente da destinação inadequada dos resíduos sólidos urbanos	151
MARCÉLIO NOGUEIRA DE OLIVEIRA	

É com grande satisfação que a EJEF - Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes - do Tribunal de Justiça de Minas Gerais publica mais um número dos Cadernos da EJEF.

Nesta edição, são apresentadas as monografias* elaboradas pelos alunos do CADA - Curso de Atualização em Direito Ambiental -, que tivemos a oportunidade de coordenar durante o segundo semestre de 2003.

Projeto de grande importância desenvolvido pela EJEF no ano passado, o CADA reuniu, durante quase quatro meses, um seleto grupo de profissionais - magistrados e servidores do Poder Judiciário - interessados no estudo de um dos temas mais instigantes, fascinantes e complexos da Ciência Jurídica contemporânea: o Direito Ambiental.

O Curso contou com carga horária de 80 horas, dividida em sete disciplinas: Introdução ao Estudo do Direito Ambiental; Licenciamento Ambiental e Estudo do Impacto Ambiental; Direito Ambiental das Áreas Protegidas e de Proteção à Biodiversidade; Legislação de Recursos Hídricos; Processo Civil Ambiental; Processo Penal Ambiental; e Responsabilidade Civil e Penal no Direito Ambiental.

Para compor o corpo docente, foram convidados grandes especialistas da área, que, com certeza, muito contribuíram para o sucesso da empreitada.

Ao buscar aprimorar a qualidade da prestação jurisdicional, investindo na formação integral e continuada de seus membros e servidores, uma vez mais se sobressai o Judiciário mineiro, por intermédio da EJEF, assumindo a responsabilidade pela construção de um mundo melhor para as vindouras gerações.

Os trabalhos que se seguem, fruto desse investimento, reforçam a meta da Instituição, que pretende ser reconhecida como modelo de Escola do Judiciário no País, pela qualidade e efetividade de seus serviços, a par de demonstrarem a alta qualificação dos magistrados e servidores do Poder Judiciário de Minas Gerais.

Belo Horizonte, dezembro de 2004.

Desembargador Luiz Audebert Delage Filho
Coordenador do CADA

Heloísa C. Monteiro de Moura
Assessora Jurídica da EJEF e Orientadora do CADA



*Nota: foram publicadas todas as monografias entregues, em meio magnético, a tempo do fechamento desta edição e com a autorização do(a) autor(a).

NOSSOS AGRADECIMENTOS E HOMENAGENS

Ao CORPO DOCENTE do 1º Curso de Atualização em Direito Ambiental - CADA:

Prof. Afrânio José Fonseca Nardy

Prof. Alexandre Magrinelli

Prof. José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior

Prof. José Cláudio Junqueira Ribeiro

Prof. Des. Luiz Audebert Delage Filho - COORDENADOR

Prof. Ricardo Carneiro

Prof. Rogério Medeiros Garcia de Lima

À ORIENTADORA do 1º Curso de Atualização em Direito Ambiental
e Assessora Jurídica da EJEF, Heloísa C. Monteiro de Moura.

Aos GESTORES da Escola Judicial Des. Edésio Fernandes durante o período de realização do 1º Curso de Atualização em Direito Ambiental, eminente Des. Bady Raimundo Curi, então Segundo Vice-Presidente do TJMG e Superintendente da EJEF, e Rosana de Mont'Alverne Neto, ex-Diretora Executiva e atual Assessora Especial da EJEF.

Sumário: 1 Introdução. 2 Dano ambiental. 3 Responsabilidade civil em geral. 4 Responsabilidade civil por dano ambiental. 5 Responsabilidade do Estado pelo dano ambiental. 6 Mensuração do dano ambiental. 7 Jurisprudência. 8 Conclusão. 9 Referências bibliográficas.

1 Introdução

O presente trabalho tem por finalidade discutir a responsabilidade civil, do particular e do Estado, por dano ambiental, questionando se a prática de danos ao meio ambiente, a poluição e a degradação são indispensáveis e inevitáveis para se alcançarem o progresso e o desenvolvimento.

Visa, ainda, discutir se o destino da humanidade é, efetivamente, viver em meio ambiente desertificado, poluído, degradado ou, em conseqüência, vir a perecer por ausência absoluta de ar respirável, água potável, alimentos saudáveis e ambiente habitável.

Para tanto, é indispensável o exame da evolução da responsabilidade civil do particular e do Estado, com visão específica quanto ao meio ambiente, discorrendo sobre a evolução da legislação pertinente e a atual visão da matéria.

Em atendimento desse propósito, torna-se pertinente o exame, ainda que restrito, da jurisprudência sobre a questão.

O homem primitivo já foi, ao seu modo, poluidor, praticando ações de degradação do meio ambiente; quando desceu das árvores, passou a caminhar ereto, caçando para sobreviver; e, concluindo que precisava construir moradias, cozinhar alimentos e produzir vestimentas, passou, assim, a cortar árvores, a destruir matas e florestas nativas, utilizando-se do fogo para cozimento do seu alimento, produzindo carvão e incêndios, também em florestas nativas, e abatendo animais, tanto para se alimentar como para se vestir de suas peles.

Com a procriação e ao longo dos séculos, deu-se início à explosão demográfica, em especial nos países subdesenvolvidos, como Índia, China, Brasil, com vasta ocupação dos espaços e a conseqüente destruição de matas, vegetação natural, poluição dos rios e mares, exploração de recursos naturais.

A esse respeito, especialmente aqueles que hoje são considerados países desenvolvidos foram inicialmente responsáveis pela degradação do meio ambiente, com destruição do ambiente nativo e natural, como se vê na Europa, América do Norte e Ásia.

A conscientização é moderna e resultará em preservação da natureza como agora se encontra, já alterada do seu estado originário.

A industrialização constitui a seqüência da ação de depredação da natureza, com emissão de dejetos poluentes, que afetam rios, mares, ar, vegetação, esta também destruída para servir de combustível indispensável para a indústria.

E o que não dizer das guerras, desde as primitivas, pela conquista de territórios do Oriente,

*Juíza de Direito em Belo Horizonte.

pelos antigos, do Ocidente, pelos europeus, com invasão de territórios antes ocupados apenas pelos nativos, em espaços limitados, importando em estabelecimento de povoados, repercutindo, já àquela época, especialmente quanto às águas, por sua utilização e poluição pelos esgotos domésticos e desmatamento, para expansão das povoações.

As guerras atuais em busca de novos mercados são também, inquestionavelmente, poluidoras, com a utilização de armas nucleares, como na II Guerra Mundial, armas químicas, como na Guerra do Vietnã, destruição de poços de petróleo, como nas Guerras do Golfo e do Iraque, larga utilização de pólvora e outros explosivos, em todas elas.

A era moderna, com a utilização de computadores, criando verdadeira esperança da eliminação do papel nos usos corriqueiros, senão sua limitação, não atendeu a essa expectativa, gerando maior número de dejetos industriais poluentes e nocivos ao meio ambiente, como as baterias de celulares, plásticos não degradáveis, componentes eletrônicos, cujas conseqüências para a Natureza são, ainda, desconhecidas.

Será correto concluir que o homem é poluidor desde sua origem e que o planeta Terra está fadado à expiração dos seus recursos naturais, se não forem adotadas medidas eficazes, rígidas e rigorosas para conter a fúria avassaladora do progresso, sem que se apregoe o retorno à vida das cavernas.

É preciso, portanto, buscar meios para economia dos recursos naturais não renováveis, preservação desses recursos, assim como daqueles renováveis, além de estabelecimento de medidas de responsabilização daqueles que se omitirem na preservação e conservação.

2 Dano ambiental

Meio ambiente é expressão redundante, como afirmado por todos os estudiosos, visto que ambiente já inclui a noção de meio, significando o lugar, sítio, recinto, espaço que envolve os seres vivos.

Conforme CARLOS ROBERTO GONÇALVES, *in Responsabilidade civil*, Editora Saraiva, p. 86, meio ambiente, em sentido amplo,

abrange a natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, de molde a possibilitar o seguinte detalhamento: meio ambiente natural (constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora, a fauna), meio ambiente cultural (integrado pelo patrimônio arqueológico, histórico, paisagístico, turístico), e meio ambiente artificial (formado pelas edificações, equipamentos urbanos, comunitários, enfim todos os assentamentos de reflexos urbanísticos).

O dano ambiental, como definido por SÍLVIO DE SÁVIO VENOZA, *in Direito civil, responsabilidade civil*, 3. ed., Editora Jurídica Atlas, p. 145, está ligado à noção de abuso de direito, sendo considerada abusiva qualquer conduta que extravase os limites do razoável e ocasione danos ao meio ambiente e desequilíbrio ecológico.

A Constituição Federal dedicou um capítulo ao meio ambiente, revelando preocupação e conscientização do Poder Público para a questão, erigindo o meio ambiente como direito difuso e bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida.

O Direito Ambiental é, portanto, *res omnium*, ou coisa de todos, conforme ensinamento de SÉRGIO FERRAZ, *in Responsabilidade civil por dano ecológico*, *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 49-50, p. 36, 1977.

Os estudos sobre a natureza e o ser humano conduzem às conclusões de Gyorgy Lukács, filósofo húngaro que meditou sobre problemas do meio ambiente.

Existem três esferas ontológicas distintas: a inorgânica, cuja essência é o incessante tornar-se outro material; a esfera biológica, cuja essência é o repor o mesmo na reprodução da vida; e o ser social, que se particulariza pela incessante produção do novo, através da transformação do mundo que o cerca, conscientemente orientado, teleologicamente posto.

Dessa forma, a concepção lukacsiana da ontologia do ser social se interliga à Hipótese de Gaia, segundo a qual o planeta Terra seria por inteiro uma própria forma de vida, através da interligação entre os diversos organismos vivos como partes de um ecossistema global.

É a visão oriental do ser humano inserido na humanidade, segundo a qual qualquer interferência no ecossistema gera, neste, repercussões imediatas e futuras.

A ameaça ao meio ambiente deve, portanto, ser considerada como ameaça ao homem e à vida no planeta.

Qualquer dano ao meio ambiente deve ser repellido e punido, para recuperação da Natureza e para coibir novos prejuízos.

O Direito Ambiental é, pois, o conjunto de normas que fiscalizam a atividade humana sobre o meio ambiente, para garantir através do controle social a conservação do ambiente humano.

Suas regras devem visar à compatibilização das estratégias de desenvolvimento produtivo social com a proteção do meio ambiente, através de medidas de prevenção de danos e riscos ambientais, pois os danos, após realizados, são de muito difícil reparação, para que a atenção social se centralize na fiscalização ambiental.

As normas de Direito Ambiental são classificadas como direitos de terceira geração, que abrangem os direitos coletivos e difusos, dentre eles o direito ao desenvolvimento, à paz, à comunicação, ao meio ambiente e ao patrimônio comum da humanidade.

Complementam os direitos de primeira geração, que são os direitos civis, abrangendo a liberdade, segurança, propriedade, aliados à resistência à opressão, cujo titular é o indivíduo singularmente considerado, e aos direitos de segunda geração, que são os direitos econômicos e sociais, abrangendo saúde, habitação, educação, salário suficiente à sobrevivência, seguridade social, sendo titulares os sujeitos coletivos.

Citam-se, ainda, os direitos de quarta geração, que abrangem o direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

A cada um deles está associada uma classe de Estado, que foi surgindo a partir da queda das monarquias e do direito divino.

Assim, aos direitos de primeira geração corresponde o Estado liberal; aos de segunda geração, o Estado socialista; aos de terceira geração, o Estado social; e, finalmente, o Estado neoliberal ou neo-social.

PAULO BONAVIDES, *in Curso de direito constitucional*, 12. ed., São Paulo, Editora Malheiros, prognostica, ainda, o aparecimento de um Estado democrático-participativo, ao qual corresponderiam os direitos de quinta geração, ou neo-social de periferia.

O que se quer proteger é a qualidade de vida humana, em visão antropocêntrica do meio ambiente, considerando-se a natureza a serviço do ser humano.

Em conclusão, a proteção ao meio ambiente traduz o modo de proteção à vida, à qualidade de vida, à sobrevivência da espécie humana, que é destinatária dos direitos de terceira geração (JOSÉ AFONSO DA SILVA, Fundamentos constitucionais da proteção ao meio ambiente, *Revista de Direito Ambiental*, v. 27, p. 55, set. 2003).

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, conforme Declaração do Meio Ambiente de Estocolmo, afirmando um comprometimento de todos a preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Entretanto, a nova interpretação do Direito Ambiental explica a Natureza por seu valor intrínseco, ínsito em si mesmo, sem relação com sua utilização pelo ser humano.

De forma clara, os economistas acima indicados refletem uma perspectiva antropocêntrica. O meio ambiente está em questão apenas enquanto 'instrumento' para benefício humano. O debate acima indicado não coloca em questão, em momento algum, o valor da natureza em si. Mesmo para aqueles que entendem ser adequado considerar a natureza apenas sob um ponto de vista utilitarista, é fundamental ao menos reconhecer que para algumas pessoas a natureza tem um valor intrínseco. A perspectiva de tais pessoas não pode ser desprezada, mesmo em uma dimensão marcadamente antropocêntrica. (JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO JÚNIOR, Princípios para a mensuração do dano ambiental, *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 4, p. 76-102.)

SEBASTIÁN RODRIGO GHERSI, no artigo *La delincuencia ecológica*, assim se refere às duas visões acima citadas:

Un problema de muy difícil solución es el de la definición y delimitación del bien jurídico protegido, es decir de los intereses o valores esenciales de una sociedad merecedores de la tutela penal. Pueden encontrarse en la doctrina dos posiciones bien claras, la antropocéntrica, que coloca al hombre como objeto de protección indirecto del daño ambiental, que toma en cuenta que el equilibrio del ecosistema como objeto protegido está íntimamente relacionado con la salud pública. Freeland Lecube dice que al medio ambiente no debe protegerse en si mismo sino como condición necesaria para el desarrollo de la vida humana. Con un concepto similar, Rusconi expresa que se deben proteger los valores esenciales para su desarrollo. En esta concepción donde la vida y salud de la población son el objeto último de protección, aparece el inconveniente de la difícil prueba de la relación de causalidad de hecho contaminante con el perjuicio ocurrido. (...)

La otra postura es la llamada ecologista, que pugna por una protección directa de los bienes ambientales, quedando obsoleta, dice Schünemann, la problemática de la causalidad. Con la misma lógica, Terán Lomas brega porque la protección de medio ambiente sea directa, integral y activa autónoma y no mediatizada con la relación al peligro o al daño a la economía particular o del estado, siendo el equilibrio ecológico un bien jurídico valioso en si mismo.

Merecem destaque alguns dos princípios adotados pela legislação ambiental, visando à fiscalização, preservação e conservação do meio ambiente.

Os Estados devem cooperar, em espírito de parceria global, para a conservação, proteção e restauração da saúde e da integridade do ecossistema terrestre, adotando a visão global e de interação de Lukács.

Os danos ao meio ambiente são de difícil apuração, têm conseqüências pouco esclarecidas, porquanto, na maioria dos casos, não se sabe qual a sua extensão para o ecossistema no futuro. E, muitas vezes, um ato hoje praticado, que aparentemente não tem conseqüências danosas, para o futuro pode representar dano irreversível.

A legislação brasileira adota os princípios da precaução e prevenção, visto que mais vale prevenir o dano do que repará-lo, haja vista que a reparação na maioria das vezes é insuficiente, às vezes impossível.

A prevenção é o melhor meio de gerenciamento e conservação da qualidade do meio ambiente e visa evitar a ocorrência do dano, assim como a precaução, que está mais ligada à administração das entidades ligadas à matéria.

Aplica-se também o princípio da solidariedade, insculpido no art. 225, Constituição Federal, segundo o qual são solidariamente responsáveis todos aqueles envolvidos com o dano ambiental.

A responsabilidade civil por dano ao meio ambiente está calcada em um princípio de co-responsabilidade expresso no art. 225 da Constituição brasileira: 'impõe-se ao Poder Público e à coletivi-

dade o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações' (JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO JÚNIOR, *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*).

O egrégio Supremo Tribunal Federal considera aplicável o princípio da solidariedade ao Direito Ambiental, por constituir 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, conforme citado em respeitável voto do eminente Ministro Celso de Melo, no Mandado de Segurança nº 22.164/SP.

A responsabilidade civil é, portanto, o caminho jurídico para se preservar o meio ambiente, senão para coibir a degradação dos recursos naturais, sem qualquer critério de utilização, visto ser imperioso afirmar que a utilização desses recursos é inevitável.

A vida, na sua evolução, depende do consumo de água, ar, energia elétrica e de outras fontes, depende, ainda, da ocupação dos espaços disponíveis, da produção de alimentos e disposição das sobras.

3 Responsabilidade civil em geral

A noção de responsabilidade civil evoluiu da completa irresponsabilidade, no início da história da humanidade, quando o homem era senhor da terra, do ar, dos mares e rios, das florestas, podendo explorá-los como bem lhe aprouvesse, para deles tirar sua subsistência e todo proveito pelo qual se interessasse.

Com o desenvolvimento do pensamento jurídico, elaborou-se a teoria da responsabilidade subjetiva, tornando-se indispensável a apuração da culpa, em suas modalidades de negligência, imprudência ou imperícia, da existência do dano e do nexo de causalidade entre os dois primeiros elementos, para que o causador do dano fosse responsabilizado.

O Código Civil de 1916, art. 159, estipula que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano.

Indispensável, pois, a existência dos três requisitos, quais sejam, a culpa, o dano e a relação de causa e efeito entre os dois primeiros.

Culpa, segundo José Aguiar Dias, é a falta de diligência na observação da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais da sua atitude.

Sérgio Cavalieri Filho conceitua culpa como "conduta voluntária, contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível".

Por essa teoria, baseada na *Lex Aquilia* romana, o dever de indenizar só se verifica quando aferida a culpa do agente causador do dano, sendo, portanto, indispensável a presença da culpa para que se configure a responsabilização.

Ainda de conformidade com o Código Civil de 1916, o dano ambiental foi tratado apenas como direito de vizinhança, restringindo-se à limitação e ao mau uso da propriedade, nos arts. 554 e seguintes.

Segundo AGUIAR DIAS,

a princípio, a reparação do dano ecológico se resumia em conflito de vizinhança, e ficava na modesta designação de responsabilidade por mau uso da propriedade. De dois modos se enfrentava o problema. Preventivamente, em consagração da *actio damni infecti* romana, impedindo o abuso do vizinho com repercussão danosa de acordo com os arts. 554 e 555, do Código Civil. (2º v., n. 186-A, p. 141-142.)

O Código Civil de 2003 repete o disposto no art. 159 no art. 927, acrescentando, contudo, a expressão ato ilícito, em substituição a ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, e a expressão dano.

O art. 927 do Código Civil de 2003 estipula "aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". E o parágrafo único já introduz a noção de responsabilidade civil sem culpa.

A responsabilidade civil em sentido amplo encerra a noção em virtude da qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as conseqüências de um evento ou de uma ação, conforme Sívio de Sávio Venoza.

Para que se configure a obrigação de indenizar, pela teoria da responsabilidade subjetiva, é indispensável que o agente pratique ato consciente, imbuído de culpa, causando dano a outrem.

Com a evolução, adotou-se a previsibilidade como o verdadeiro fundamento da culpa. Sendo as conseqüências do ato previsíveis, haverá responsabilização.

A responsabilidade civil evoluiu para casos em que a responsabilidade subjetiva era insuficiente para reparação dos danos, passando pela responsabilidade objetiva impura ou imprópria, baseada na presunção de culpa, chegando à responsabilidade objetiva absoluta, que prescinde da apuração de culpa, bastando a presença do dano causado a terceiro por ação ou omissão do agente.

Caso típico de responsabilidade civil objetiva está no Decreto 2.681/12, que trata da responsabilidade das estradas de ferro por danos causados pelo transporte ferroviário, independentemente de culpa.

A teoria da responsabilidade objetiva nasceu no século XIX, conforme estudos de Saleilles e Josserand, que, ao invés de exigir que a responsabilidade seja decorrente de culpa, assenta-se na equação do dano e da autoria do evento danoso, sem investigar sobre a antijuridicidade do fato danoso.

Também se adota a responsabilidade civil objetiva para indenização por acidente do trabalho e para danos nucleares.

Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente, para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns casos, há presunção de culpa, noutros, há apenas a responsabilização decorrente do exercício de determinadas atividades consideradas perigosas ou ínsitas de risco para a comunidade.

A responsabilidade objetiva é aplicável quando houver dificuldade na produção de provas pelo lesado, invertendo-se o ônus, cabendo ao causador do dano a prova contrária.

4 Responsabilidade civil por dano ambiental

No Direito Ambiental, restou construída a teoria da responsabilidade civil objetiva, porquanto nem sempre é possível a identificação do causador direto do dano, sendo impositiva a punição e reparação, para preservação da Natureza.

O diploma básico sobre dano ambiental e sua reparação é a Lei 6.938, de 31 de agosto de

1981, que estatui a responsabilidade objetiva pelos danos ao meio ambiente.

Aplica-se, ainda, a Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que trata dos crimes ambientais.

De conformidade com CARLOS ROBERTO GONÇALVES, *in Responsabilidade civil*, Editora Saraiva, p. 88, a Lei 6.938/81 consagra a responsabilidade objetiva do causador do dano

e a proteção não só aos interesses individuais como também aos supra-individuais (interesses difusos, em razão de agressão ao meio ambiente em prejuízo de toda a comunidade), conferindo legitimidade ao Ministério Público para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.

Mister frisar as normas aplicáveis para apuração da responsabilidade civil por dano ambiental, tornando-se relevante que também os atos lícitos, porém causadores de danos, são suscetíveis de gerar o dever de reparação.

São aplicáveis, portanto, as normas excepcionais especiais e gerais integrantes do Código Civil, destacando-se o art. 160, I, 2ª parte. 2º, c/c arts. 1.519, 1.520, 554, 555, 560, 564, 567, 586, 587, 588, § 4º, cujos preceitos repercutem na apuração do dano ambiental.

Também aplicáveis as normas integrantes de leis especiais, dentre elas as normas da CLT sobre insalubridade e periculosidade; normas do seguro obrigatório; normas sobre transportes de mercadorias por via d'água; normas sobre a responsabilidade civil do fabricante, produtor, construtor ou importador pelos danos aos consumidores; normas sobre responsabilidade civil por danos decorrentes de infrações à ordem econômica; e normas sobre a responsabilidade civil por danos decorrentes de registro, padronização, classificação, inspeção, fiscalização da produção e e comércio de bebidas.

E, finalmente, as normas específicas integrantes do direito ambiental, conjugadas com as normas constitucionais que tratam da responsabilidade civil por danos ambientais.

A responsabilidade civil por dano ambiental está construída com base na teoria do risco, teoria da responsabilidade pelo fato da coisa, teoria do poluidor-pagador e teoria do usuário-pagador.

Quem, com sua atividade, cria um risco deve suportar o prejuízo que sua conduta acarreta, ainda porque essa atividade de risco lhe proporciona um benefício. Nesse aspecto, cuida-se do denominado risco-proveito.

O dever de indenizar pode decorrer do risco profissional, decorrente de uma atividade laborativa; ou do risco criado, o agente deve indenizar quando, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo.

O que importa é a existência de situações sociais relevantes, quando a prova da culpa torna-se quase impossível para o lesado.

A teoria do risco, por sua vez, está subdividida em teoria do risco administrativo, teoria do risco integral e teoria do risco criado.

Na teoria do risco administrativo, a obrigação de reparar o dano independe de qualquer ato culposos, sendo vinculado à lesividade e injustiça do dano provocado por ato da Administração, sendo suficiente a prova da ocorrência da lesão.

Garante-se, entretanto, o direito de se provar a existência de uma das causas excludentes da responsabilidade, quais sejam, força maior, culpa da vítima, dano eventual, incerto, decorrente de caso fortuito e dano que não é direto.

Pela teoria do risco integral, o empreendedor seria chamado a reparar todo e qualquer dano,

ainda que resultante de dolo ou culpa da vítima, sem possibilidade de arguição de causas excludentes.

Na teoria do risco, o empreendedor é responsável pelo dano causado ao meio ambiente em decorrência do risco inerente à sua atividade empresarial.

A obrigação de indenizar estará configurada mesmo quando não existir nexo causal, bastando o dano, ainda que com culpa exclusiva da vítima, diante de fato de terceiro, força maior ou caso fortuito. Basta a existência da atividade empresarial.

Assim, a indústria têxtil, que utiliza água no seu processo produtivo e lança dejetos nos leitos dos rios, em consequência das técnicas adotadas, é responsável pelos danos causados àqueles cursos d'água.

A teoria do risco integral é a versão mais radical, pela qual o empreendedor é responsável pela reparação do meio ambiente, ou indenização aos lesados, independentemente da análise da subjetividade da ação, conforme posicionamento de Sérgio Ferraz, Édis Milaré, Néilson Nery Júnior, Toshio Mukai, este inicialmente.

Pela teoria do risco criado, o poluidor é responsável por sua atividade e por consequências danosas dela decorrentes, admitindo-se as excludentes do caso fortuito, força maior e ação de terceiros, como o defende Patrick Girod, na França.

A responsabilidade por fato da coisa estabelece que a responsabilidade surgirá em decorrência do caráter perigoso da atividade, presumindo-se a causalidade entre a atividade e o dano, como nos casos de acidentes.

A responsabilidade do poluidor-pagador foi estipulada na Declaração de Estocolmo, 1972, e consiste em que o dano deve ser ressarcido por aquele que foi beneficiado pela atividade causadora, ou por quem causou a degradação ambiental, na exata proporção de sua contribuição nociva.

Daí se evolui para a teoria do usuário pagador, segundo a qual aquele que usa os recursos ambientais deve pagar pelo uso, independentemente da apuração de danos.

A preocupação com o meio ambiente é recente, só surgindo depois da degradação das florestas, rios, lagos e mares nos países do Primeiro Mundo, e só depois de instaladas consequências irreversíveis para a Natureza, tais como destruição da camada de ozônio, aquecimento global, destruição de florestas temperadas e tropicais.

O dano ecológico, segundo Roland Drago, sempre existiu, a partir da ocupação da Terra pelo homem, e sua agravação é geométrica, por influência do perigo criado pelas conquistas científicas que não foram seguidas por medidas preservacionistas.

Poluição está definida na Lei 6.938/81:

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

O homem viu-se compelido a preservar o meio ambiente como forma de preservar a vida e sua sobrevivência e de gerações futuras.

No Brasil, a preservação do meio ambiente foi estatuída como preceito constitucional, no art.

225, Constituição Federal, segundo o qual 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.

A responsabilidade civil por dano ecológico vai além da reparação estrita, "todo prejuízo potencial, que pode advir no futuro, pode e deve ser coibido", conforme mesmo autor.

Aflora, assim, do preceito constitucional, o princípio da prevenção, que incumbe ao Poder Público, como responsável pela autorização de atividades econômicas, fiscalizador dessas atividades, para evitar a produção de danos ao meio ambiente.

A construção doutrinária chegou, em evolução, ao princípio do poluidor-pagador, que, segundo Sílvio Sávio Venoza, na obra citada, implica a repartição dos custos sociais do sistema produtivo e distributivo dentre aqueles que assumem o risco da produção, com a finalidade de evitar que o prejuízo ao meio ambiente venha a ocorrer.

Entretanto, a análise decorrente do princípio do poluidor-pagador tem levado ao entendimento de que se torna possível causar danos ao meio ambiente, que serão reparados somente com o pagamento de indenizações.

Trata-se de visão distorcida do princípio, que visa proteger o meio ambiente, evitando a poluição e sua degradação. O pagamento é meio punitivo, mas deverá estar acompanhado de medidas de prevenção e precaução adotadas pelo empreendedor, com a fiscalização rigorosa do Estado.

A proteção do meio ambiente deve ter em mente uma ética de sobrevivência internacional, porquanto o dano ecológico produzido em qualquer canto do mundo irá repercutir de forma prejudicial nos demais, desencadeando reações muitas vezes de conseqüências imprevisíveis e incalculáveis, como no caso do desmatamento da Amazônia.

Daí por que a teoria da reparação do dano ambiental deve ser estatuída sobre a responsabilidade objetiva, independentemente de se perquirir sobre a existência de culpa ou de descumprimento de contrato ou norma jurídica.

Basta que o dano decorra da atividade humana, para que o agente seja responsabilizado.

Impossível, portanto, a arguição de excludentes de ilicitude, pois o dano ao meio ambiente é ilícito em si, por ferir preceito constitucional estabelecido no art. 225, CF.

Não há possibilidade de arguição da legalidade do ato, para que o agente se isente de responsabilidade, sendo irrelevante que o empreendedor possua licença para o exercício da sua atividade. Se causar dano, será responsável pela reparação.

Torna-se patente a relevância dos atos lícitos, mas causadores de danos ressarcíveis e suscetíveis de responsabilidade objetiva, ou por risco. Embora lícitos, os atos não podem causar dano, e, se assim ocorrer, haverá responsabilidade do agente.

Resta, assim, estatuída verdadeira limitação ao direito de propriedade, visto que o proprietário poderá usar, gozar e dispor dos seus bens, desde que sua atuação não cause danos ao ambiente, limitando-se seu uso, com a instituição de reservas legais, a áreas de proteção ambiental, áreas de preservação permanente, visando à preservação da sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações.

As reparações de danos ambientais devem circular em torno desses dois pólos: o retorno ao estado anterior e uma condenação em dinheiro, uma não excluindo a outra, ainda segundo Sílvio Sávio Venoza.

A responsabilidade por dano ambiental, como dito, é objetiva, decorrente do risco integral, como adotado, inicialmente, por Hermann Benjamin, abrandada para risco criado.

Ora, verificado o acidente ecológico, seja por falha humana ou técnica, seja por obra do acaso ou por força da natureza, deve o empreendedor responder pelos danos causados, podendo, quando possível, voltar-se contra o verdadeiro causador, pelo direito de regresso, quando se tratar de fato de terceiro. É essa interpretação que deve ser dada à Lei 6.939/81, que delimita a Política Nacional de Meio Ambiente, onde o legislador claramente disse menos do que queria dizer, ao estabelecer a responsabilidade objetiva (Édis Milaré, citado por SÍLVIO SÁVIO VENOZA).

O princípio do poluidor-pagador evoluiu, assim, para princípio do usuário-pagador, já adotado, no Brasil, em questões hidrográficas, cobrando-se pela utilização de água, especialmente na bacia do Rio Parnaíba.

Em conseqüência, nem só o usuário direto arcará com o pagamento pela utilização do recurso natural, pois lançará o valor pago como contribuição nos custos do seu produto ou serviço, resultando que a coletividade é que, ao final, estará pagando pela utilização do recurso.

Observa-se a aplicação do preceito constitucional, art. 225, segundo o qual todos, Estado e coletividade, são responsáveis pela preservação do meio ambiente, impedindo-se a utilização até a exaustão dos recursos naturais, que são indispensáveis para a preservação da vida saudável das gerações atuais e futuras.

Logo, nem só o poluidor deverá arcar com a preservação, mas toda a comunidade nela interessada.

O Estado, como fiscalizador da ação empreendedora da iniciativa privada, é responsável direto pelo cumprimento da sua atividade de fiscal e de instituidor de mecanismos e normas de preservação.

Verificado o dano ambiental, deverá responder, também objetivamente, pela reparação, sendo possível, ainda, compeli-lo a criar novos mecanismos de proteção ambiental, através dos meios processuais existentes, tais como ajustamentos de conduta, ação civil pública, ação popular.

As ameaças advindas de um progresso que a sociedade deseja, mas que lhe constituem o preço inevitável, provocam - na advertência de Patrick Girod - a preocupação de considerar a poluição em termos de sensibilidade profundamente mais aguda da que reflete os problemas de acidentes de circulação, da fumaça, da saturação publicitária, dos choques entre vizinhos por questões de odores, de barulho ou de imundícies. A peculiaridade do dano ecológico não se esgota em simples distinção de grau ou de quantidade em relação às fontes tradicionais de incômodos. Diz esse autor que 'a poluição pode ser encarada como expressão concreta do bloqueio do processo natural de eliminação ou digestão de direitos. Em tais condições, a problemática da responsabilidade não pode ser a mesma. O crescimento da produção de bens sempre se faz acompanhar de um aumento de flagelos sociais, mas, como acentua Bertrand de Jouvenel' produção do flagelo começa como um ligeiro fio d'água que passa despercebido até o momento em que se transforma em rio, e, então suprimi-lo torna-se um problema do Estado (PATRICK GIROD, *La réparation du dommage écologique*).

Haverá sempre solidariedade passiva pela reparação do dano ecológico, resultando em que, sendo impossível individualizar-se o responsável pelo dano, todos serão solidariamente responsáveis, bastando que atuem em atividade da qual tenha decorrido a poluição, conforme FÁBIO DUTRA LUCARELLI em Responsabilidade civil pelo dano ecológico, *RT*, 700, 16.

Cabe ao lesado a escolha daquele que será acionado, facultando-se a este buscar o ressarcimento contra os demais envolvidos, ou contra o causador direto do dano, se lhe for possível identificá-lo. Porém, por aplicação analógica do Código de Defesa do Consumidor, não se deve permitir a denunciação à lide dos demais responsáveis solidários, para se evitar demora na reparação.

O ressarcimento poderá ser buscado em ação autônoma, posteriormente proposta.

5 Responsabilidade do Estado pelo dano ambiental

A responsabilidade civil do Estado pelo dano ambiental deve ser examinada com rigor, porquanto cabe à Administração Pública o licenciamento de atividades empreendedoras, especialmente aquelas que trazem ínsita a possibilidade de causar danos ao meio ambiente, além de se lhe impor a obrigação de fiscalizar a execução das atividades econômicas e coibir atuação danosa.

Ora, se assim é, ou seja, se a defesa do meio ambiente é um dever do Estado e a adoção de medidas administrativas se mostra imprescindível à garantia da efetividade do direito fundamental de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, parece claro que a atividade dos órgãos estatais na sua promoção é de natureza compulsória, o que permite exigir do Poder Público o exercício das competências ambientais, as quais, modernamente, não se restringem mais à adoção de simples medidas de polícia negativas, destinadas tão-só a limitar a atividade dos particulares, supondo, diversamente, a imposição de medidas positivas, ou seja, de ações específicas de preservação. (Proteção ao meio ambiente - a omissão do Poder Público e o papel social do Judiciário no controle da Administração Pública - ÁLVARO LUIZ VALERY MIRRA - *Revista de Direito Ambiental*, v. 30, p. 35-44).

Assim, impõe-se ao Estado o cuidado extremado na concessão das licenças ambientais de toda ordem, quer para desmatamento, quer para utilização de reservas naturais, exploração de água, extração de minerais.

A aplicação dos princípios da prevenção e precaução deve ser observada com atenção, uma vez que, concedida licença ambiental, sem as devidas cautelas, estará aberta a possibilidade de dano ao meio ambiente.

Ao Estado incumbe não só prevenir, na fase da concessão dessas licenças, como também fiscalizar a atividade econômica, de modo a não permitir que danos sejam causados.

Ao fim, cabe à Administração a aplicação das penalidades administrativas quando verificados os danos.

Tais penalidades devem ser dosadas de forma a coibir novas investidas contra o meio ambiente, devendo ser graduadas à medida que se apurar a reincidência, mesmo que por terceiros, de atividades poluidoras.

Conclui-se que a responsabilidade do Estado é, também, objetiva, independentemente de apuração de culpa por ação ou omissão, bastando que ocorra o dano ecológico, para que seja também a Administração Pública considerada responsável solidária, desde que se trate de atividade sujeita a concessão de licença e fiscalização.

6 Mensuração do dano ambiental

À mensuração do dano ambiental, não sendo objetivo do presente trabalho, será feita apenas referência, frisando-se que a atribuição de valor ao dano, quando não atinente a um bem economicamente aferível, é tarefa árdua, quer se adote uma visão antropocêntrica, quer se adote uma visão intrínseca.

Impõe-se, também, esclarecer que não se mensura o dano em si, mas a reparação que será imposta ao causador do prejuízo. Este será aferido em sua extensão, em sua repercussão, e na possibilidade de reparação total, ou apenas parcial. Daí se chegará ao valor da indenização ou reparação.

Cabe ao juiz valorar a extensão do prejuízo, o reflexo econômico do dano, o porte econômico do agente e também a presença de ato lícito, autorizado pelo Poder Público, ou de sua clandestinidade.

Ainda assim, a valorização do dano afigura-se difícil, porquanto, nem sempre, no momento da ocorrência, há meios para aferição da repercussão total da atividade no meio ambiente.

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO JÚNIOR, *in Princípios para a mensuração do dano ambiental*, citando Frank B. Cross, indica quatro métodos de avaliação, quais sejam: a) custos de restauração e substituição; b) avaliação de mercado; c) comportamento no uso do bem; d) avaliação contingencial.

Entretanto, conforme análise do ilustre Professor, nenhum deles atende à perfeição à necessidade de avaliação do dano ambiental, concluindo que "a avaliação contingencial tem a vantagem de ser capaz de incorporar valores não relacionados com o uso ou não relacionados com finalidades humanas", sendo, assim, o método que mais se adapta à visão intrínseca do meio ambiente.

A imposição pelo Poder Judiciário de obrigação de adoção de medidas de prevenção ou de reparação ao meio ambiente não constitui indevida intromissão de um Poder no âmbito do outro, considerando-se que, no estado democrático, neoliberal ou neo-social, todos os Poderes atuam em nome dos cidadãos, e, se um deles se omite no cumprimento dos seus deveres, o outro, em nome dos cidadãos e garantindo os direitos essenciais de terceira geração, pode determinar a atuação cabível.

Na verdade não é o Judiciário que supre a inércia da Administração nessas hipóteses, mas sim a sociedade organizada que tem o direito de ver cumpridas as obrigações legais e constitucionais impostas ao Poder Público para a efetividade do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos do art. 225 da CF. (ÁLVARO LUIZ VALERY MIRRA. Proteção ao meio ambiente - a omissão do Poder Público e o papel do Judiciário no controle da Administração Pública *in Revista de Direito Ambiental*, v. 30.)

E mais adiante:

É perfeitamente possível, no âmbito da responsabilidade civil ambiental, obter a supressão das omissões estatais lesivas ao meio ambiente, providência que poderá levar até, em determinadas hipóteses, à implementação de políticas públicas, conseqüência essa que nos parece inevitável em muitas circunstâncias nessa matéria - basta lembrar aqui os casos de tratamento de lixo e de tratamento de efluentes e esgotos, que exigem para sua efetivação uma série de ações e programas, inseridos no contexto de políticas públicas ambientais.

Sendo a Lei 7.347/85 que trata da ação civil pública aplicável ao Direito Ambiental, é possível concluir que, em caso de dano ao meio ambiente, não havendo prejuízo concreto e economicamente avaliável, pode ser aplicada penalidade administrativa ao causador do dano, em forma de multa, que reverterá para fundo específico de preservação ecológica, nos termos do art. 13.

Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstrução dos bens lesados.

Parágrafo único. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária.

Cabe ao Ministério Público, em sua atuação de curadoria do meio ambiente, gerir os recursos do fundo, decidindo sobre sua aplicação específica para prevenção, preservação e recuperação ecológica.

7 Jurisprudência

Transcreve-se um julgamento em matéria ambiental, com aplicação da responsabilidade objetiva e dos princípios acima discutidos, para elucidação da tendência dos tribunais.

Ação civil pública - Meio ambiente - Água contaminada - Balneário - Presença de moluscos transmissores de esquistossomose - Interdição - Saúde da população - Liminar - Cabimento - Ministério

Público - Legitimidade ativa.

- Nos termos do art. 129, inciso III, da Constituição Federal, entre as funções institucionais do Ministério Público, está a de 'promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos', tendo legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública, visando a interdição, para fins de recreação e consumo, de águas de cachoeira contaminadas.

- Caso o Poder Executivo municipal esteja violando a Constituição Federal, desprezando o meio ambiente e pondo em risco seus ambientes e turistas da região, ao permitir a recreação em águas de cachoeira contaminadas, impróprias à balneabilidade, é cabível a ação civil pública, podendo o Poder Judiciário determinar que o município tome as medidas cabíveis para proteger a população, não existindo, aí, violação ao princípio da separação dos Poderes.

- A teor do art. 225 da Constituição Federal, 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.

- É cabível medida liminar em ação civil pública para interditar a frequência às águas de cachoeira contaminadas, conforme constatação feita em laudos técnicos acostados pelo Ministério Público, por ter sido detectada a presença, em grau elevado, de moluscos transmissores de esquistossomose. A medida se impõe, por estarem presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. O *periculum in mora* se patenteia pelo fato de que os frequentadores da região podem ser vítimas de esquistossomose; o *fumus boni iuris*, em virtude de ter o cidadão direito a um meio ambiente saudável e à saúde física, direito garantido pelo texto constitucional (arts.196, 197 e 225). (TJMG - Agravo nº 264.7692-3/00 - Comarca de Mariana - Relator: Des. Wander Marotta - Revista dos Julgados, v. 160, p. 396.)

8 Conclusão

Diante do exposto, pode-se concluir que a evolução do pensamento jurídico, tanto nacional, como estrangeiro, leva à conscientização, embora lenta, para a utilização moderada dos recursos naturais, na medida da indispensabilidade dessa utilização.

Ademais, a evolução conduz à conclusão de que estão sendo erigidos mecanismos de controle do uso dos recursos naturais, com punição exemplar para aqueles que causam danos ao meio ambiente.

O ser humano tem em si o necessário conhecimento da importância do meio ambiente, não para a geração de riquezas, mas para a preservação da vida no Planeta, iniciando, gradativamente, estudos e divulgação de métodos para o uso sustentado dos recursos.

Somente a observância rigorosa da legislação ambiental possibilitará a prevenção de danos ao meio ambiente, com preservação da vida no Planeta.

A instituição de fundo de preservação do meio ambiente, a exemplo do previsto na Lei 7.347/85, é forma eficiente para a conservação e recuperação ecológica.

Convém, contudo, concluir que a atividade de fiscalização e controle das atividades econômicas não pode resultar em empecilho para o desenvolvimento humano, nem tampouco pode constituir obstáculo a tais atividades, ainda que representem, no momento, risco de dano ambiental.

É que:

embora muitos recursos estejam por ser descobertos, ou por ser interpretados em seu real significado, ou ainda por ser incorporados ao sistema produtivo, aguardando condições de mercado, visibilidades, demanda, enfim, podemos dizer que, para a curta duração das gerações humanas, a soma dos recursos da terra está desenvolvida. É portanto constante a soma desses recursos. O que parece não ser constante, porque recebido diariamente do sol, sua energia, único fator da sustentabilidade extraplanetária e portanto não geológico, para este horizonte temporal que nos interessa, é também constante, a menos de oscilações bem estabelecidas (conforme Edésio Teixeira de Carvalho, *in Estado de Minas*, 15 de janeiro de 2004).

Conclui o articulista que a via cientificamente orientada de avaliar as possibilidades da Terra é a melhor opção, por ser a Natureza mais complexa do que pensa quem opte pelos demais métodos.

Assim, qualquer atividade econômica deve ser avaliada cientificamente antes da implantação, durante sua execução, possibilitando ao Estado aferir se causa dano à Natureza, facultando-se ao Poder Público a interrupção do empreendimento, mesmo seja autorizado e instalado, vindo a se apurar o risco de dano.

9 Referências bibliográficas

1 BALBO, Juliana Cristina. Responsabilidade civil do Estado por danos ambientais. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*.

2 BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*.

3 _____. Princípios para a mensuração do dano ambiental. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 4, n. 7 e 8, p. 76-102.

4 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 12. ed., Editora Malheiros.

5 COUTINHO, Sérgio. A importância do direito ambiental - site *Jus Navigandi*.

6 CUSTÓDIO, Helenita Barreira. Uma introdução à responsabilidade civil por dano ambiental. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 75, janeiro/março/1996.

7 DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 2. ed., Editora Saraiva.

8 FERRAZ, Sérgio. Responsabilidade civil por dano ecológico. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 49/50, p. 36.

9 FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. Da reparação do dano ecológico. *Revista da APAMAGIS*, p. 105/110, set./dez.1996.

10 GHERSI, Sebastián Rodrigo. La delincuencia ecológica. *Revista de Direito Ambiental*. Editora Revista dos Tribunais, v. 30, p. 21-34.

11 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. Editora Saraiva, p. 86.

12 MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Proteção do Meio Ambiente - a omissão do Poder Público e o papel do Judiciário no controle da Administração Pública. *Revista de Direito Ambiental*, Editora Revista dos Tribunais, v. 30, p. 25-44.

13 SILVA, José Afonso. Fundamentos constitucionais da proteção do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, Editora Revista dos Tribunais, v. 27, p. 51-57.

14 STOCO, Rui. *Responsabilidade civil à luz da jurisprudência*. 3. ed. Revista dos Tribunais.

15 VENOZA, Sílvio de Salvo. *Direito civil - Responsabilidade civil*. 3. ed. Editora Jurídica Atlas, p. 145.

Tudo na natureza se liga em ecossistemas interdependentes. Nós somos seres holísticos: 'Somos parte da terra e ela é parte de nós'. Kaka Werá Jecupé

Sumário: 1 Introdução. 2 A evolução do direito de propriedade. 3 A propriedade rural e sua função socioambiental. 4 A importância dos ecossistemas florestais e demais formas de vegetação. 5 A reserva legal e sua importante função preservacionista. 5.1 O percentual de RL e a impossibilidade de sua supressão. 5.2 A obrigatoriedade de averbação da RL como pressuposto para a prática de outros atos notariais. 5.2.1 Legislação mineira sobre a averbação da RL. 5.2.2 - Averbação da RL que independe da existência atual de cobertura vegetal. 5.2.3 Averbação da RL: obrigação de cunho real. 5.3 Reserva legal em regime de condomínio. 5.4 Área de reserva legal em extensão inferior ao estabelecido em lei. 5.4.1 Da recomposição da reserva legal. 5.4.2 Da regeneração natural da reserva legal. 5.4.3 Da compensação da reserva legal. 5.5 Ausência de área de reserva legal e a responsabilidade conseqüente. 5.6 A desoneração temporária do proprietário ou possuidor do dever de reconstituição da área de reserva legal. 6 Alguns dados importantes. 7 Conclusão. 8 Referências bibliográficas.

1 Introdução

Na antiga Grécia, os jovens, ao atingirem 17 anos, faziam o seguinte juramento:

Não causaremos desgraças a nossa Cidade por atos de desonestidade ou covardia.
Lutaremos individual e coletivamente pelos ideais e tradições da Cidade.
Prestaremos reverência e obediência às leis da Cidade e envidaremos os melhores esforços para que nossos superiores - que podem modificá-las ou anulá-las - as respeitem também.
Lutaremos sempre para incentivar o povo a desenvolver a consciência cívica.
Através desses procedimentos, legaremos uma Cidade, não apenas igual, mas maior e melhor do que a que nos foi legada (LRM).¹

Desse juramento ateniense, já se observa a preocupação com o que seria legado para as gerações do futuro.

Hoje temos cidades bem maiores e toda a espécie de problemas decorrentes de expansão da civilização; a vida no planeta encontra-se ameaçada pela ação degradatória do ambiente natural em virtude do desmatamento irracional, das queimadas fraudulentas, da contaminação de águas e toda a espécie de atividade poluidora da terra e do ar.

A partir dessa irracional investida do homem contra o seu próprio hábitat que já causou a extinção de diversos espécimes vegetais e animais e da escassez dos recursos naturais, inclusive, com ameaça à sobrevivência no Planeta, manifesta-se a necessidade de se tutelar, de se dar a devida proteção jurídica a esse ambiente, pois também queremos legar às gerações futuras não somente cidades maiores, mas melhores, habitáveis, com ar respirável e águas cristalinas; queremos viver em um ambiente ecologicamente equilibrado e, para tanto, temos que defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Aristóteles, em sábias palavras, lembra-nos da nossa responsabilidade: "nos tornamos as pes-

*Assessora Jurídica do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

¹ Uma antologia de BENNET, William J. *O livro das virtudes - Responsabilidade, juramento ateniense*. Editora Nova Fronteira, 11. ed., p. 161.

soas que somos devido às nossas próprias decisões".²

Nossa decisão e nossa responsabilidade, embora ainda um tanto inconscientes, estão expressas em moderno e inovador texto constitucional (art. 225), que estabelece que:

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

A Constituição brasileira consagra um gênero de bens que não se enquadra nas categorias ortodoxas de bens públicos ou privados; que não se vincula aos institutos da posse e da propriedade, os quais, aliás, não têm mais, conforme se verá, aquele caráter individualista do passado: são os chamados bens de uso comum do povo ou bens difusos, essenciais à sadia qualidade de vida, enquadrados dentro dos chamados direitos de 3ª geração.

A esse texto legal devemos dar a eficácia desejada, se queremos garantir uma vida saudável no planeta. Para a nossa própria sobrevivência e das nossas futuras gerações, é exigível o empenho de toda a coletividade de modo a compatibilizar o crescimento econômico com a qualidade de vida.

Entretanto, enquanto não se modifica o hábito ruim, egocêntrico, usurpador e degradador, criado nesses mais de quinhentos anos de história, maior mesmo será a responsabilidade dos operadores do direito, dada a natureza e a importância do objeto a ser tutelado, de interesse transindividual.

Dada a sua importância, neste trabalho optamos por tratar de uma das questões mais importantes e um tanto quanto polêmica quando o que se fala e que se deseja é a preservação do meio ambiente: a proteção legal de áreas de florestas e das demais espécies de vegetação nativa e a necessidade da averbação da área de reserva legal junto à matrícula do imóvel no registro público, que exige positiva atuação estatal.

Com essas considerações, iniciaremos este estudo com um apanhado geral sobre as concepções da propriedade no tempo, sua dimensão pública no Brasil diante do princípio constitucionalmente consagrado de sua função social, para assim prosseguirmos no específico tema e de enorme relevância na atualidade, sem, contudo, ter a pretenciosa intenção de esgotá-lo.

2 A evolução do direito de propriedade

Por sua estruturação econômica voltada para as atividades agrícolas, tendo a propriedade fundiária como centro de riqueza e, por consequência, alvo do interesse de apropriação, não houve em Roma, pelo menos na fase imperial da história, desenvolvimento de atividades urbanas, e, assim, o Direito Romano conferiu ao *dominus* o mais pleno exercício de suas aptidões e vontade em relação à *res*, quer mobiliária ou imobiliária, de sua propriedade.

Em decorrência da enorme gama de prerrogativas e vantagens conferidas aos proprietários, não havia qualquer limitação ao exercício da propriedade, sobretudo a urbana, e nem mesmo o aparecimento dos pequenos núcleos populacionais dos burgos, os quais mantinham atividades em feiras existentes ao redor dos muros das fortalezas medievais, foi motivo de preocupações ou estudos dos juristas, permanecendo, assim, o direito de propriedade marcadamente individual.

A Revolução Francesa, como movimento que intentava abolir desigualdades e ilegalidades, foi marco do liberalismo clássico, que tinha como base estrutural a propriedade e o contrato. No que se refere a este, o contrato, a base estava no princípio irrestrito da autonomia da vontade, limitado apenas pelos bons costumes e pela licitude; quanto àquela - a propriedade -, incumbia ao detentor do domínio a decisão sobre os destinos de seu patrimônio, não se concebendo quaisquer

² *Op. cit.*, p. 140.

regras limitadoras e o que foi acolhido pelas Constituições que se lhe seguiram, naquele modelo individualista.

Com efeito, a Carta de Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembléia Constitucional da Revolução Francesa, consagra em seu art. 2º que a "a finalidade de todas as associações políticas é a proteção dos direitos naturais e imprescritíveis do homem e esses direitos são: liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão".

Neste sentido, é a lição do insigne Mestre OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO,³ cujas palavras haverão de ser aqui reproduzidas:

Com o advento da Revolução Francesa a propriedade particular foi considerada direito sagrado de seus titulares. A declaração de direitos, sob o influxo dos princípios individualistas dominantes na época, elevava às suas últimas conseqüências a noção de propriedade, plasmada pelo direito quiritário romano. (...)

As Constituições dos povos civilizados, elaboradas após aquele movimento político revolucionário - marco de um dos ciclos da história da humanidade - e até o século passado, acolheram as normas prescritas pela Declaração de Direitos, relativos ao direito de propriedade nos seus moldes individualistas.

O absurdo de tal concepção impediu que ela prevalecesse ante a realidade social.

Nas constituições políticas promulgadas após a Grande Guerra, a propriedade não se acha mais assegurada em toda a plenitude, mas em função do interesse social, sendo admitidas limitações estabelecidas em favor do bem-estar da coletividade.

A partir da revolução industrial, com o desenvolvimento das atividades industriais, começa a se manifestar o fenômeno urbano, com a população cada vez mais numerosa nas cidades; e, em decorrência dele, o problema da convivência, a exigir uma política econômica de um direito de propriedade.

Também, como conseqüência dos problemas sociais advindos da Primeira Grande Guerra Mundial, surge a necessidade de alteração da estrutura conservadora do liberalismo clássico, sendo acolhidos, na Constituição de Weimar de 1919, os direitos sociais, sem se negarem, contudo, os direitos individuais.⁴

No Brasil, esse processo de evolução da propriedade, hoje com função marcadamente social, não foi diferente. Por determinação da Constituição Imperial de 1824, foi editado em 1917 o Código Civil Brasileiro; antes remanesciam em vigor no Brasil as disposições das Ordenações do Reino, tendo a propriedade o caráter de absoluto com as características de exclusividade e perpetuidade.

Dando um certo caráter absoluto ao direito de propriedade, justificado pelas circunstâncias específicas da época e do momento histórico em que foi editado - sob a égide da Carta Constitucional influenciada pelo regime liberal - o Código Civil Brasileiro de 1916 previa o direito de uso, de gozo e de disposição dos bens como direitos inerentes à propriedade, estabelecendo em seu art. 524, *verbis*:

a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.

Em nível de direito constitucional, nossa Carta de 1824 garantia o direito de propriedade em toda a sua plenitude. A Constituição de 1891 manteve tal característica liberal e, em seu art. 72, § 17, dispôs:

o direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

Entretanto, a partir da Constituição de 1934, primeira a cuidar em título especial da Ordem Econômica e Social por influência da Constituição Alemã (Weimar, 1919), a propriedade no Brasil

³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Limitação do direito de propriedade*, p. 8 e 10.

⁴ RUSSOMANO, Rosah. Função social da propriedade. *RDP*, 75/263.

é assegurada como direito individual, mas tal não poderia ser exercido contra o interesse social ou o coletivo, dada a sua função social e econômica.

A Constituição decretada em 1937 mantém o caráter relativo do direito de propriedade, ao prever a possibilidade da desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia, cujo conteúdo e limites seriam dispostos em leis que regulariam o exercício (art. 122, 14).

Derradeiro Texto Constitucional (1946), no art. 141, § 16, garantiu a propriedade como direito individual, ressaltando, entretanto, a possibilidade da desapropriação por necessidade e utilidade pública, acrescentando o interesse social. No seu art. 147, embora condicione o uso da propriedade ao bem-estar social, estabelece apenas faculdade de poder ser distribuída com igual oportunidade para todos.

Os Textos Constitucionais brasileiros que se seguiram (de 1967 e 1969) consagram o princípio da função social da propriedade, já que tinha a finalidade na ordem econômica e social de realizar o desenvolvimento nacional, trazendo como princípio a expansão das oportunidades de emprego produtivo (Piovezane, 1981).⁵

Por derradeiro, nossa atual Constituição, de outubro de 1988, preconiza o direito de propriedade em consonância com os interesses sociais, e o Código Civil de 1916, em vigor por ocasião da edição do texto Constitucional, continha preceitos que não podiam mais ser tomados isoladamente, ante a preponderância das disposições supralegais com as quais deveria guardar subordinação.

Por nosso atual sistema, não existe mais o direito de propriedade absoluto. De um direito antes ilimitado, passa-se ao condicionamento de seu bom uso.

3 A propriedade e sua função socioambiental

Como vimos, o Direito de propriedade não pode mais ser tomado em sua acepção liberal, individualista.

A Constituição Federal enumera o direito de propriedade como objeto imediato dos direitos fundamentais ao estabelecer no caput do art. 5º, *verbis*:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...

A função social da propriedade foi reconhecida expressamente pela Constituição de 1988, ao proclamar, no inciso XXIII do art. 5º, que "a propriedade atenderá a sua função social"; ao incluí-la dentro dos princípios gerais que regulam a atividade econômica (inciso III do art. 170); ao estabelecer que "a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor" (§ 2º, art. 182); e, ainda, especificamente em relação à propriedade rural, ao prever que esta tem a sua função social cumprida quando, simultaneamente, preencha, segundo os critérios e graus estabelecidos em lei, dentre outros, os seguintes requisitos: "aproveitamento racional e adequado; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente".

O novel Código Civil Brasileiro, ao tratar do direito de propriedade e adequando-se às novas exigências Constitucionais, reafirma este caráter relativo do direito de propriedade ao estabelecer

⁵ PIOVEZANE, Pedro Milanelo. *Elementos de direito urbanístico*: O direito das coisas e a proteção constitucional da propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 33.

que o proprietário tem a mera "faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha".

E, mais, no parágrafo primeiro, expressamente estabelece os limites em que o direito de propriedade deva ser exercido, sempre em conformidade "com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas" (art. 1228, CC em vigor).

O certo é que o direito de propriedade sujeita-se a restrições, condicionamentos legitimados e impostos por lei, justificadas pelas finalidades sociais relevantes, metaindividuais, que a Constituição deixou a seu cargo.

Sabe-se que o Estado exerce funções públicas no desempenho de suas atribuições e, nessa qualidade, quando do exercício da função administrativa, apresenta-se como um gestor da *res pública*, dos negócios da coletividade, e em cuja atividade não se encontra presente o elemento vontade.

Partindo dessa premissa, MARINA MARIANI (1991)⁶ assevera:

... quando a Constituição, ainda que de maneira programática, incluiu, dentre os seus comandos, o da função social da propriedade, alterou substancialmente a situação jurídica comum daquele que é proprietário. Isto é, o proprietário, entendido somente como um fiel cumpridor de interesses próprios, passa a atuar, tal qual o Estado (ainda que este possua prerrogativas que lhe são exclusivas) como um gestor de negócios da coletividade, um cumpridor de funções. Notamos, então, que ao menos desta específica função pública, o particular é detentor. Além de usar, gozar e dispor do objeto de sua propriedade de modo a alcançar interesses próprios, deverá fazê-lo de maneira qualificada, para que atinja, também, os interesses de toda a coletividade, da qual faz parte.

Com efeito, função é conceito que se opõe ao de autonomia da vontade, tal qual era anteriormente concebido pelo Código Civil de 1916. À parte disso, é que se diz que, pelo princípio da função social da propriedade, não deixa de existir para o particular o direito subjetivo à propriedade, visto que este direito e bem assim a garantia a ele correspondente estão expressamente previstos em nossa Carta Constitucional e atualmente no novo Código Civil, mas apenas houve uma qualificação segundo a qual se outorgou ao particular "um dever público, uma função ao particular, que tem, tal qual o Estado, a obrigação de bem desempenhá-la".⁷

Asseverou SANTI ROMANO⁸ que "As funções (*officia, numera*) são os poderes que se exercem não por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas por interesse de outrem ou por um interesse objetivo".

Como se observa, ao ser acolhido o princípio da função social da propriedade, o poder do particular foi condicionado a uma finalidade, característica própria do direito público, e isso sem que fosse extinto o direito daquele em ser detentor do domínio, mas vinculando a sua propriedade a interesses metaindividuais.

EROS ROBERTO GRAU⁹ ensina:

Interpretadas, em seu conjunto, as contemplações, como princípios constitucionais, do desenvolvimento e da justiça social, da função social da propriedade e do pleno emprego, daí extraímos a conclusão de que a vigente ordem constitucional não apenas justifica a afirmação da configuração da propriedade - dos bens de produção - como um poder-dever, mas também autoriza a afirmação de

⁶ RABAHIE, Marina Mariani de Macedo. Função social da propriedade *in* DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). *Temas de direito urbanístico* 2. ed. São Paulo: RT, 1991, p. 227.

⁷ *Op. cit.*, p. 227.

⁸ ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*, p. 145.

que a função social da propriedade pode e deve expressar-se na imposição de comportamentos positivos ao proprietário e dá suporte à tese da configuração deste como proprietário-empendedor.

Este também é entendimento de JOSÉ AFONSO DA SILVA¹⁰:

(...) a função social mesma acaba por posicionar-se como elemento qualificante da situação jurídica considerada, manifestando-se, conforme as hipóteses, seja como atribuição de determinadas faculdades, seja como condição de exercício de faculdades atribuídas, seja como obrigação de exercitar determinadas faculdades de acordo com modalidades preestabelecidas.

Colhendo dados ainda na doutrina de MARINA MARIANI DE MACEDO¹¹, vale aqui transcrever sua conclusão sobre os principais efeitos do conceito de função social da propriedade:

... o proprietário, inobstante continue sendo titular de direito subjetivo, poderá, por vezes e em nome do princípio, se ver despido da faculdade de exercitar qualquer dos direitos inerentes à sua condição (uso, gozo, disposição) segundo a maneira que melhor lhe convenha; as condições para o exercício dessas faculdades podem ser, igualmente, em nome do princípio, fixadas pelo Poder Público; poderão surgir, também em nome do princípio, para o proprietário particular, uma série de obrigações consistentes em exercitar faculdades de uso, gozo ou disposição, segundo o modo estipulado pelo Poder Público, para que se atenda aos interesses de toda coletividade.

Por derradeiro, cumpre salientar que a função social da propriedade, tal como prevista no ordenamento jurídico pátrio, segue além das limitações aos direitos e relações interpessoais, atingindo relações metaindividuais e coletivas, em prol do bem comum e do interesse social.

Com essas considerações, tem-se, de plano, a inequívoca conclusão de que, ao estabelecer no art. 186, inc. II, que a propriedade rural cumpre a sua função social quando ela atende, entre outros requisitos, aproveitamento racional e adequado, com a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis, o constituinte restringe e condiciona a legitimidade do direito de proprietário à preservação do meio ambiente, de modo que, direta ou indiretamente, venha a beneficiar toda a coletividade, quiçá toda a humanidade, quando proclama, expressamente, no 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 o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Essa função social e ambiental ao direito da propriedade não se caracteriza como mero limite ao exercício do direito de propriedade, mas implica e exige comportamentos positivos do proprietário no exercício desse direito.

Ensina o Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA:

A função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito, ao proprietário; aquela, à estrutura do direito mesmo, à propriedade... Com essa concepção é que o intérprete tem que compreender as normas constitucionais, que fundamentam o regime jurídico da propriedade: sua garantia enquanto atende sua função social, implicando uma transformação destinada a incidir, seja sobre o fundamento mesmo da atribuição dos poderes ao proprietário, seja, mais concretamente, sobre o modo em que o conteúdo do direito vem positivamente determinado; assim é que a função social mesma acaba por posicionar-se como elemento qualificante da situação jurídica considerada, manifestando-se, conforme as hipóteses, seja como condição de exercício de faculdades atribuídas, seja como obrigação de exercitar determinadas faculdades de acordo com modalidades preestabelecidas. Enfim, a

⁹ GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*, p. 127.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*, p. 96.

¹¹ *Op. cit.*, p. 233.

função social se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens.¹²

Por certo que as propriedades privada e pública sujeitam-se a limites que são impostos como pressupostos para seu integral reconhecimento pela ordem jurídica, exigindo-se de seus proprietários comportamentos positivos, tanto na conservação como na reposição florestal, tendentes à preservação do meio ambiente, que constituem o cerne e a razão deste estudo.

4 A importância dos ecossistemas florestais e demais formas de vegetação

Um pajé Yanomami da Amazônia sonhou que a Terra tinha buracos no céu, produzidos pela fumaça da civilização, e que, devido a esses buracos, o céu poderia desabar. A civilização não quis ouvir o pajé, mas tempos depois a própria ciência civilizada chamou esses buracos de 'rompimento da camada de ozônio da Terra' e se preocupa até hoje em adquirir meios de recompor tal camada, que provoca desarmonia e caos no mundo.

A mentalidade usurpadora desta Terra está prestes a fazer quinhentos anos, e os povos indígenas continuam o Sonho Sagrado e dançam e cantam para dissolver esse espírito mau.¹³

Imprescindível à vida é a existência de florestas e das demais formas de vegetação; nada há de mais belo. A relva de que se veste a Terra é matriz da vida humana. O que os jardins são para as nossas casas, as reservas florestais são para todos.

Essenciais à sobrevivência na terra, sem elas não poderíamos respirar e nem comer; as plantas, já se disse, são as mais velhas alquimistas. Cuidam de digerir o dióxido de carbono e de expelir o oxigênio, evitando o aquecimento global causado pelo aumento da concentração atmosférica de gás carbônico (CO₂), que é o mais importante gás causador do efeito estufa. Realmente, conforme se sabe, as árvores, para crescer, intensificam o processo de fotossíntese, retirando CO₂ do ar e fixando o carbono na matéria orgânica (madeira, folhas e raízes).

Pierre Baranger, professor e diretor do laboratório de química orgânica de famosa escola politécnica de Paris, em janeiro de 1958, ao anunciar determinadas descobertas ao mundo científico no instituto Genebrês da Suíça, declarou:

"Meus resultados parecem impossíveis, fiz milhares de análises, durante anos. Expus meu trabalho à verificação de outros que ignoravam minhas intenções exatas. Usei diversos métodos e diferentes itens. Mas não há outra alternativa, temos de nos submeter à evidência: as plantas conhecem o velho segredo dos alquimistas. Diariamente, sob nossos olhos, elas transmudam os elementos".¹⁴

São manifestas as importantes funções das florestas e das demais formas de vegetação que com a interação dos diferentes organismos presentes e o ambiente formam o ecossistema, possibilitando o equilíbrio natural do ar, pelo milagre da fotossíntese; do clima, do solo, do subsolo, da flora; possibilita a sobrevivência dos animais, inclusive do homem e de tantos milhares de outros seres; são elementos de proteção e preservação das águas e agem contra os poluentes atmosféricos e sonoros; sendo, ademais, indispensável ao equilíbrio espiritual e emocional dos seres humanos, que se sentem mais felizes e possuídos do maior bem-estar quando convivem com a flora, além de se constituir em enorme fonte de riqueza econômica, desde que possibilita o trabalho, mediante o manejo sustentável das riquezas naturais, o lazer e o turismo.

A vegetação situada nas margens de cursos d'água, chamada de mata ciliar, evita o assoreamento dos rios e pequenos córregos; intercepta e absorve a luz do sol e água da chuva, favore-

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Malheiros, 1995, p. 273.

¹³ JECUPÉ, Kaka Werá. *A terra dos mil povos : História indígena contada por um índio*, 2. ed. Ed. Fundação Petrópolis, 1998.

¹⁴ TOMPKINS, Peter; BIRD, Christopher. *A Vida secreta das plantas*. 6. ed. Tradução de Leonardo Froés. Rio de Janeiro: Ed. Expressão e Cultura, 1979, p. 249..

cendo a recarga dos lençóis subterrâneos que abastecem as nascentes, além de funcionarem como reguladoras climáticas, minimizando os extremos de temperaturas.

A variedade de espécies da fauna e da flora existente nas florestas tropicais e subtropicais - muitas, inclusive, que não podem ser encontradas em outras florestas (espécies endêmicas) traduz-se em rico banco genético que requer, na sua interferência, um conhecimento prévio da sua dinâmica, devido à complexidade das interações entre plantas e animais, sob pena de causar graves impactos e destruir o equilíbrio existente, como o desmatamento, a introdução de espécies exóticas e de organismos modificados e tantas outras ingerências indiscriminadas do homem, que constituem a principal causa da extinção dessa riqueza.

A destruição da vegetação nativa também tem levado ao desaparecimento de culturas locais, ou mesmo de comunidades que exerciam atividades ligadas à natureza, como as populações indígenas e remanescentes dos quilombos, daí a necessidade de serem tuteladas.

Ao se relevar a importância das florestas e demais formas de vegetação nativas, não se pretende as mesmas intocáveis, mas que sejam protegidas de modo que seu manejo e exploração se façam de modo sustentado e inesgotável, respeitando as suas características e o seu equilíbrio natural.

Aliás, o § 4º do art. 225 da Constituição Federal eleva à condição de patrimônio nacional a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira, determinando que a sua utilização se faça dentro de condições que assegurem "a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais".

JOSÉ AFONSO DA SILVA,¹⁵ referindo-se ao manejo florestal sustentado como de vital importância, assevera que este "consiste em um modo de exploração florestal tal que se respeitem as características básicas do ecossistema, pela sustentação dos processos ecológicos essenciais e da diversidade genética da área, levando-se em conta, além do mais, que cada floresta é também o lugar de vários nichos ecológicos, cuja destruição ou perturbação importa desequilíbrio - não raro, fatal - para as espécies daquele hábitat. O manejo florestal sustentado propicia o rendimento sustentado, que corresponde ao incremento da floresta - rendimento, pois, inesgotável -, porque mantém sua fonte de sustentação permanente". E, por fim, adverte: "o desequilíbrio não provém apenas do corte irracional das árvores. A introdução de espécies exóticas, mormente advindas de outro país, pode ter efeito grave nas características do ecossistema".

5 A reserva legal e a sua importante função preservacionista

Não é tão recente, conforme se imaginaria, a preocupação em preservar pelo menos uma parte desse patrimônio florestal brasileiro.

No Brasil Colônia, a Coroa Portuguesa expediu cartas régias para declarar a propriedade sobre toda a madeira de lei, utilizada na construção das embarcações de sua frota (DEAN, 1996, p. 151) e, já em 1911, em defesa das florestas, pronunciou-se COELHO NETTO em discurso:

Na floresta reuniam-se os deuses e trabalhavam as ninfas e cada árvore tinha, para garanti-la, uma hamadriada e, assim, pela incorporação da divindade no vegetal, a floresta tornava-se augusta como uma antecâmara do Olimpo e o Homem, atravessando-a, parava, às vezes num terror sagrado, ao ouvir o murmúrio dos ramos como se neles reconhecesse a voz dos entes silvanos, pronunciando augúrios. (...) Se a Grécia defendia as suas florestas com a religião, Roma defendi-as com a lei. Ancus Martius, 4º Rei de Roma, foi o primeiro que integrou as florestas no domínio público. Até a Segunda Guerra Púnica elas foram consideradas propriedade exclusiva do Estado, fazendo parte do *ager publicus*. Com a decadência, as leis afrouxaram e o proprietário territorial, possuidor de latifúndio, atacou as matas, inaugurando a devastação.(...) Que é das fontes do Parnaso e do Hélicon, Castália e Agânipe, sempre soantes de vozes e liras, por que à beira das suas águas, borbulhantes de inspiração, as musas reuniam-se presididas por Apolo? Perguntai por tudo à terra

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 07-2003, p. 162.

nua, terra que o Homem despiu das árvores divinas. Cidades que viviam prósperas na vizinhança aromal dos bosques desapareceram com eles e o Homem fugiu às ruínas, como os pássaros emigram com a desmonta.(...) Nas terras devastadas, impermeáveis pela secura rija do solo, quase pétreo, as águas, não sendo absorvidas, correm em largos lençóis, rebalsam-se em atoleiros e, longe de aproveitarem, fertilizando, apodrecem em tremedais quando não assolam em inundações. (...) A devastação das florestas brasileiras é crime que se pratica, desde tempos imemoriais. Temos sido um agente terrivelmente bárbaro da própria Natureza que nos rodeia.¹⁶

Em 1920 foi criada uma sub-comissão, pelo então Presidente Epitácio Pessoa, para elaborar o anteprojeto do futuro Código Florestal que, enfim, surgiu em 23.01.1934, através do Decreto nº 23.793, e estabeleceu, pela primeira vez, a hoje denominada "reserva legal", segundo a qual uma quarta parte da vegetação nativa de cada propriedade rural deveria ser obrigatoriamente pré-reservada.

A Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, que instituiu o novo Código Florestal, manteve como "bens de interesse comum a todos os habitantes do País" as florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, limitando o direito de propriedade e considerando uso nocivo da propriedade as ações ou omissões, na utilização/exploração das mesmas que fossem contrárias às suas disposições, estabelecendo aquelas que seriam consideradas, *ex vi legis*, de preservação permanente (art. 2º), com as restrições impostas pela própria situação natural, como é o caso daquelas situadas ao longo de rios ou cursos d'água em determinada faixa marginal, ao redor de lagoas, lagos ou reservatórios de água naturais ou artificiais, ao redor de nascentes e olhos d'água, num raio de 50 m e outras expressamente especificadas e, aquelas que viessem a ser consideradas como de preservação permanente (art. 3º), como parques e reservas florestais, e instituídas por ato declaratório do Poder Público e que dependem de desapropriação por interesse socioambiental.

Estabeleceu a lei a impossibilidade de supressão total ou parcial de florestas de preservação permanente, a não ser com prévia autorização do Poder Executivo Federal, prevendo, entretanto, a possibilidade de exploração, inclusive com derrubadas de florestas nativas, primitivas ou regeneradas sobre as florestas de domínio privado, ressalvadas as de preservação permanente dos arts. 2º e 3º, sobre as quais manteve a cota de reserva legal (art. 16).

Posteriormente, a Lei 7.803, de 18 de julho de 1989, que alterou a redação da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, passou a acrescentar ao art. 16, dois parágrafos, passando a prever, no § 1º, a possibilidade no cômputo da parcela a ser reservada, em pequenas propriedades rurais, com área entre 20 e 50 hectares, "além da cobertura florestal de qualquer natureza, os maciços de porte arbóreo, sejam frutíferos, ornamentais ou industriais" e, no § 2º, estabeleceu, pela primeira vez, a necessidade da averbação à margem da inscrição de matrícula do imóvel no registro competente da parcela destinada à reserva legal, "assim entendida a área de, no mínimo, 20% (vinte por cento) de cada propriedade, onde não é permitido o corte raso", vedando, por conseguinte, "a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmembramento da área".

Desde então, o Código Florestal sofreu inúmeras alterações, por meio de Leis e, mais recentemente, por medidas provisórias, especialmente no que se refere aos percentuais de 20%, 35% e 80% de área do imóvel destinada à reserva legal, de acordo com a região e a vegetação característica, mas manteve sempre uma parcela e bem assim a necessidade da averbação respectiva no registro de imóveis.

Foi por via de medida provisória que, pela primeira vez, se deu um enfoque conservacionista

¹⁶ PEREIRA, Osny Duarte. *Direito florestal brasileiro*, p. 531-542.

à função da reserva legal, expressão sinônima de reserva florestal legal (dicação original: MPV-001511, MPV 1956 e MPV-002166, esta com 67 reedições), ao assim defini-la como uma "área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas".

5.1 O percentual de reserva legal e a impossibilidade de sua supressão

Desde 1934, o anterior Código Florestal já previa a reserva legal, mas em proporção maior, ou seja, de 25% das terras, as quais não podiam ser alvo de desmatamento.

No que se refere ao percentual atualmente previsto na legislação, destinado à reserva legal, existe uma variação que decorre da espécie de cobertura florestal e da região do País em que a mesma se encontra.

O art. 16 da Lei nº 4.774/1965 assim estabelece:

Art. 16. As florestas e outras formas de vegetação nativa, ressalvadas as situadas em área de preservação permanente, assim como aquelas não sujeitas ao regime de utilização limitada ou objeto de legislação específica, são suscetíveis de supressão, desde que sejam mantidas, a título de reserva legal, no mínimo:

I - oitenta por cento, na propriedade rural situada em área de floresta localizada na Amazônia Legal;

II - trinta e cinco por cento, na propriedade rural situada em área de cerrado localizada na Amazônia Legal, sendo no mínimo vinte por cento na propriedade e quinze por cento na forma de compensação em outra área, desde que esteja localizada na mesma microbacia, e seja averbada nos termos do § 7º deste artigo;

III - vinte por cento, na propriedade rural situada em área de floresta ou outras formas de vegetação nativa localizada nas demais regiões do País; e

IV - vinte por cento, na propriedade rural em área de campos gerais localizada em qualquer região do País.

O § 2º do mesmo art. 16 da Lei nº 4.774/1965, com a nova redação dada pela MP nº 2.166-67/2000, diz ser esta parcela insuscetível de supressão, devendo sua localização ser aprovada pelo órgão ambiental, consoante critérios que define. Estabelece a lei que tal parcela somente pode ser utilizada sob o regime de manejo florestal sustentável, de acordo com princípios e critérios técnicos e científicos estabelecidos no regulamento, ressalvadas as hipóteses previstas no § 3º deste artigo e de regimes previstos em legislações específicas, como a que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (Lei nº 9.985/2000).

A impossibilidade de supressão da vegetação, mediante o corte raso da cobertura arbórea existente em área de reserva legal está disciplinada no § 2º do art. 16 do Código Florestal, no Decreto 3.179/99, que define as infrações administrativas.

A lei prevê ainda a possibilidade de serem computados, na área de reserva legal situada em pequena propriedade ou posse rural familiar, os plantios de árvores frutíferas ornamentais ou industriais, compostos por espécies exóticas, cultivadas em sistema intercalar ou em consórcio com espécies nativas.

Também estabelece a lei a possibilidade de redução da área de reserva legal, em até 50%, mas apenas para fins de recomposição, na Amazônia Legal ou a ampliação, também em até 50%, em todo o território nacional, das áreas de reserva legal, pelo Executivo, desde que tal tenha sido "indicado pelo Zoneamento Ecológico Econômico-ZEE e pelo Zoneamento Agrícola, ouvidos o Conama, o Ministério do Meio Ambiente e o Ministério da Agricultura e do Abastecimento", excluídas as APPs, os ecótonos, os sítios e ecossistemas especialmente protegidos, os locais de expressiva biodiversidade e os corredores ecológicos.

De todo modo, o proprietário não pode computar para efeito de cálculo do percentual da

reserva legal, as áreas de preservação permanente porventura existentes em sua gleba.

5.2 A obrigatoriedade de averbação da reserva legal como pressuposto para outros atos notariais

Quanto à necessidade da averbação da área de reserva legal, o § 8º do art. 16 da Lei nº 4.774/1965, como pressuposto para a realização de outros atos notariais que importem em transmissão da propriedade, desmembramento ou retificação de área, é expresso:

A área de reserva legal deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área, com as exceções previstas neste Código.

Tal ato de averbação tem natureza meramente declaratória, eis que se cuida de mera anotação à margem do registro de imóvel de reserva florestal criada pela própria lei e que se impõe de forma generalizada aos proprietários e/ou possuidores rurais, após ser definida pelo mesmo e receber a aprovação do Poder Público.

Com efeito, para a constituição formal da área de reserva legal já criada por lei, é admissível que o próprio proprietário ou possuidor do imóvel escolha e delimite a área, dentro dos critérios e condições estabelecidos pela lei ou regulamento; sujeita-se, entretanto, à verificação do preenchimento dos pressupostos, pelo Poder Público, antes de se concluir com a averbação no registro público.

A par disso, pode-se dizer que não é o ato de averbação no registro de imóveis que reconhece a existência da reserva legal, já que esta decorre da lei que a criou. O registro, visa, principalmente, dar publicidade ao ato de especificação da área aprovada pelo Poder Público, validando-a contra terceiros e possibilitando, inclusive, a este, exercer o poder de polícia.

É evidente que existe, para todos os proprietários rurais, a obrigação de averbar a área de reserva legal à margem da inscrição de matrícula do imóvel no registro de imóveis competente, assim entendida a área de, no mínimo, 20% (vinte por cento) de cada propriedade, excluída a área de preservação permanente, onde não é permitido o corte raso.

Assim, constitui condição *sine qua non* para a realização de qualquer ato translativo de propriedade, *inter vivos* ou *causa mortis*, gratuito ou oneroso, a exigência da prévia averbação da reserva legal no cartório do registro imobiliário competente.

Para viabilizar tal averbação, o § 9º do art. 16 da Lei de Florestas (4.771/65) prevê a "gratuidade" em relação à pequena propriedade ou posse rural familiar, inclusive, quando for necessário apoio técnico e jurídico, que deverá ser prestado pelo Poder Público, ou seja, admite-se a gratuidade dos próprios atos notariais.

Para os efeitos do Código Florestal, entende-se por pequena propriedade e posse familiar, "aquela explorada mediante o trabalho pessoal do proprietário ou posseiro e de sua família, admitida a ajuda eventual de terceiro, e cuja renda bruta seja proveniente, no mínimo, em 80% de atividade agroflorestal ou do extrativismo, cuja área não supere (a) 150 ha, se localizada nos Estados que integram a Amazônia legal, (b) 50 ha, se localizada no Polígono das Secas ou a leste do meridiano de 44ºW, do Estado do Maranhão, e (c) 30 ha, se localizada em qualquer outra região do País (art. 1º, § 2º, II, do Código Florestal).¹⁷

O possuidor, assim como o proprietário, está obrigado a cumprir e a manter a área de reserva legal, e sua obrigação é constituída por "Termo de Ajustamento de Conduta" firmado com órgão ambiental competente, com força de título executivo, desde que preenchidos os requisitos legais (§ 10 do art. 16 da Lei de Florestas).

5.2.1 A legislação mineira sobre a obrigatoriedade de averbação da reserva legal

A anterior Lei Mineira nº 10.561/91, que dispunha sobre a política florestal no âmbito do Estado de Minas Gerais, repetiu e confirmou a Lei Federal Florestal, ao dispor no § 5º do art. 9º:

a área de reserva legal deverá ser registrada na inscrição da matrícula do imóvel, no cartório de registro imobiliário competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmembramento da área.

E a atual Lei Estadual nº 14.309/2002, que dispõe sobre a Política Florestal e de Proteção à biodiversidade em seu art. 16, § 2º, também obriga os Cartórios de Registros de Imóveis a efetuarem a averbação da área destinada à reserva legal em hipóteses de negócios jurídicos translativos da propriedade rural.

5.2.2 Averbação da reserva legal que independe da existência atual de cobertura vegetal

Há os que defendem a tese de que a exigência da referida averbação legal só se justificaria em caso de existência efetiva de "floresta"; naquelas em que o imóvel fora adquirido sem cobertura vegetal ou que tal área não mais exista em virtude de ato de exploração ou supressão das mesmas, argumentam, que não seria justo tal exigência.

Neste sentido foi a decisão proferida no julgamento recente proferido em sede do Mandado de Segurança nº 279.447-4, pela Corte do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ainda não transitada em julgado, que suspendeu a eficácia dos Provimentos nºs 050/2000 e 092/2003, ambos da Corregedoria de Justiça do Estado de Minas Gerais, os quais orientavam, administrativamente, os oficiais do registro de imóveis quanto ao procedimento aplicável quando da averbação da reserva legal, cuja ementa é a seguinte:

Reserva legal - Interpretação do art. 16 do Código Florestal - Condicionamento de atos notariais à exigência prévia de averbação da reserva - Falta de amparo legal - Direito líquido e certo de propriedade - Garantia constitucional - Segurança concedida. - A interpretação sistemática do art. 16 do Código Florestal nos conduz ao entendimento de que a reserva legal não deve atingir toda e qualquer propriedade rural, mas apenas aquelas que contêm área de florestas. Logo, tem-se que o condicionamento dos atos notariais necessários ao pleno exercício do direito de propriedade previsto no art. 5º, XXII, da Constituição Federal, à prévia averbação da reserva legal, somente está autorizado quando existir floresta no imóvel, o que não é o caso dos autos, pelo que se impõe a concessão da segurança requerida.

V.V.: - Mandado de segurança - Averbação prévia da área de reserva legal à margem da matrícula de imóveis rurais - Provimento nº 50/2000, da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais - Exigência imposta com amparo legal - Ordem denegada. - Legal é a exigência de prévia inscrição à margem da matrícula de imóveis rurais nas hipóteses de transmissão do imóvel a qualquer título, de desmembramento ou retificação de área contida no Provimento nº 50, de 07/11/00, da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, harmônica às normas pertinentes, máxime às contidas no § 2º do art. 16 do Código Florestal, Lei nº 4.771/65, na redação da Lei nº 9.803/89. Ordem mandamental que se denega.¹⁸

Embora respeitável a tese encampada pelo eminente Desembargador condutor do voto majoritário, tal não representa a melhor interpretação legal; ofende a princípios do Direito Ambiental e da própria Carta Constitucional, além de ser contrária à reiterada jurisprudência.

Inicialmente, cumpre lembrar que o percentual destinado à reserva legal envolve não somente "florestas nativas", mas também a natural, primitiva ou regenerada, mas também toda e qualquer espécie ou forma de "vegetação nativa" que engloba floresta, cerrado, campos gerais e outras hipóteses de vegetação nativa, que não necessariamente deve ser constituída por árvores de grande porte.

Também, de plano, de ser ressaltado que a decisão se há na propriedade rural, se já existiu ou

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

não a área de reserva legal e bem assim a sua localização, incumbe ao órgão ambiental estadual competente ou, mediante convênio, pelo órgão ambiental municipal, mediante abertura de processo administrativo de aprovação, considerando-se "a função social da propriedade, e os seguintes critérios e instrumentos, quando houver: I - o plano de bacia hidrográfica; II - o plano diretor municipal; III - o zoneamento ecológico-econômico; IV - outras categorias de zoneamento ambiental; e V - a proximidade com outra Reserva Legal, Área de Preservação Permanente, unidade de conservação ou outra área legalmente protegida" (§ 4º do art. 16 da Lei de Florestas).

Tem-se, pois, que, relativamente à propriedade rural, se inexistir a averbação de área de reserva legal junto ao cartório do registro de imóveis, o oficial não poderá proceder a nenhum ato translativo de propriedade, de desmembramento ou de retificação de área, sem a prévia averbação da referida área de reserva.

Não há de se esquecer de que as florestas nacionais e as demais formas de vegetação, "reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabeleçam" (art. 1º da Lei 4.771/15.09.1965), constituindo "uso nocivo da propriedade" qualquer ação ou omissão, na utilização e exploração das florestas, contrária às disposições contidas no Código de Florestas (§ 1º, art. 1º, da mesma lei).

Também deve ser ressaltado que, por força de princípios constitucionais, ficou a cargo do proprietário rural o cumprimento da função social de sua propriedade (art. 5º, inc. XXIII, e art. 170, inc. III, CR), incluindo-se aí a "utilização adequada dos recursos naturais disponíveis" (art. 186, II, Constituição da República) e a preservação do meio ambiente (186, II, e 225, *caput*, Constituição da República), este último, inclusive, imposto a todos, para fins de preservá-lo não só para as presentes, mas também para as futuras gerações.

Com efeito, assim está expresso no *caput* do art. 225 da Constituição da República:

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.

Assim, com relação à decisão mineira, cuja ementa foi acima reproduzida, o entendimento contido no voto do eminente Desembargador Orlando Carvalho, embora vencido, é o que se afina com o espírito da legislação ambiental e com os princípios que regulam a matéria.

5.2.3 Averbação da reserva legal: obrigação de cunho real

Da lição de Paulo de Bessa Antunes, convence-se de que a reserva legal constitui ônus real que recai sobre o imóvel e que obriga o proprietário ou possuidor.

De fato, tem-se que a averbação da reserva legal junto ao Cartório do RI competente é obrigação de cunho real, que acompanha a coisa (*propter rem*) e se prende ao titular do direito real (proprietário ou possuidor), devendo tal ser obedecido, ainda que não mais exista cobertura vegetal, que, nesta hipótese, há de ser recomposta, seja através da recomposição ou, cessada a exploração, para possibilitar a regeneração natural, pois o direito de propriedade, constitucionalmente assegurado, só existe enquanto respeitada sua função socioambiental.

5.3 Reserva legal em regime de condomínio

Dispõe o § 11 do art. 16 da Lei nº 4.771/1965 que "poderá ser instituída reserva legal em regime de condomínio entre mais de uma propriedade, respeitado o percentual legal em relação a

¹⁸ Mandado de Segurança nº 1.0000.00.279477-4/0001, de 25.06.2003, publicado em 12.08.2003. Relator para o acórdão Des. Antônio Hélio Silva, Relator vencido: Des. Orlando Carvalho.

cada imóvel, mediante aprovação do órgão ambiental estadual competente e as devidas averbações referentes a todos os imóveis envolvidos".

Esta medida possibilitará a integração de propriedade destituída de reserva legal ou com reserva insuficiente, em condomínio, com outra ou outras, que lhe suprirão a deficiência, promovendo-se a compensação prevista no inciso III do art. 44 da mesma lei e o que há de ser aprovado pelo órgão ambiental, seguindo-se as averbações à margem dos registros/matricula de todos os imóveis integrantes do condomínio.

5.4 Área de reserva legal em extensão inferior ao estabelecido na lei

A Lei de Florestas é expressa ao prever que o proprietário ou o possuidor de imóvel rural com área de floresta nativa, natural, primitiva ou regenerada ou outra forma de vegetação nativa em extensão inferior ao estabelecido nos incisos do art. 16, deve adotar providências, isoladas ou em conjunto que importem na recomposição mediante plantio ou atividade que conduza à regeneração natural e/ou sua compensação.

5.4.1 Da recomposição da reserva legal

Para efeito de recomposição, reza o inciso I do art. 44, com a redação dada pela MP nº 2.166-67/2001, que o proprietário deve proceder ao plantio, a cada 3(três) anos, de no mínimo 1/10 (um décimo) da área total necessária à sua complementação, com espécies nativas.

Essa recomposição de floresta ou outra forma de vegetação nativa há de ser orientada pelo órgão ambiental competente, já que deve seguir critérios deste e, em se tratando de pequena propriedade ou posse rural familiar, o órgão ambiental deve prestar apoio técnico, sem ônus, inclusive.

A esse respeito, a Lei de Política Agrícola (Lei nº 8.171/91), dispõe, *verbis*:

A partir do ano seguinte ao de promulgação desta lei, obriga-se o proprietário rural, quando for o caso, a recompor em sua propriedade a Reserva Florestal Legal, prevista na Lei 4.771, de 15 de setembro de 1965, com a nova redação dada pela Lei 7.803, de 18 de julho de 1989, mediante o plantio, em cada ano, de pelo menos 1/30 (um trinta avos) da área total para complementar a referida Reserva Florestal Legal-RFL.

5.4.2 Da regeneração natural da reserva legal

Quanto à regeneração *natural*, não se trata de mera faculdade ou opção do proprietário ou possuidor rural ou do órgão ambiental, já que, além de sujeitar-se à autorização deste, condiciona-se à viabilidade técnica, comprovada por laudo técnico (§ 3º do art. 44 da Lei 4.771/65), podendo ser exigido o isolamento da área.

Evidentemente que, uma vez autorizada a condução de parte da área destinada à reserva legal à regeneração natural, se o restante da propriedade é utilizado na atividade pecuária, o seu isolamento é óbvio.

5.4.3 Da compensação da reserva legal

Por fim, existe ainda a possibilidade de compensação da área de reserva legal por outra área, tudo orientado por critérios estabelecidos em regulamentos e sujeita à aprovação do órgão ambiental, e considerando que a nova área:

1. deve ser equivalente em importância ecológica e em extensão;
2. deve pertencer ao mesmo ecossistema;¹⁹
3. deve, preferencialmente, estar localizada na mesma microbacia hidrográfica;

4. na impossibilidade de estar localizada na mesma microbacia, a área escolhida deve estar localizada o mais próximo possível daquela outra sem reserva, na mesma bacia hidrográfica e no mesmo Estado;

5. no Estado em que houver plano de bacia hidrográfica, este deve ser atendido.

5.5 A ausência completa da área de reserva legal e a responsabilidade conseqüente

Embora o legislador tenha se referido ao art. 44 da Lei de Florestas, sobre o dever de recompor, conduzir a regeneração e de compensar, expressamente, em relação ao proprietário e possuidor que possua área inferior ao que deveria ter sido destinado à reserva legal, deve ser entendido que tal se aplica também aqueles que, por qualquer motivo, não possuem mais qualquer área de reserva legal. Estes também têm a obrigação de demarcar e registrar a mesma, fazendo cessar a exploração, recompondo-a, possibilitando a sua regeneração natural ou compensando a sua ausência com outra área de igual valor ambiental e extensão.

Ressalte-se que o referido art. 99 da Lei de Política Agrícola trata de recomposição da área pelo proprietário, independentemente de ter sido ele ou não o causador do dano; teve como objetivo exatamente conceder aos proprietários rurais um prazo extenso para tal mister - nada menos que 30 anos (1/30 por ano)-, pelo que não há que se falar que tal dispositivo somente se aplicaria àquelas áreas que já detinham a reserva legal e foram desmatadas, mesmo porque sempre foi ilícito e sujeito à reparação civil tal desmatamento.

O argumento de proprietários rurais de que há anos ou décadas não existe nenhuma vegetação no local ou de que não foram eles os responsáveis pelo desmatamento e de que, portanto, não poderiam ser obrigados a recompor a área desmatada não subsiste, vez que, quando assume a propriedade, o faz com as limitações legais existentes sobre o mesmo.

Neste sentido, foi o que decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em voto proferido pelo Ministro José Delgado e cuja ementa é a seguinte:²⁰

Administrativo - Reserva florestal - Novo proprietário - Legitimidade passiva. - O novo proprietário do imóvel é parte legítima passiva para responder por ação de dano ambiental, pois assume a propriedade do bem rural com a imposição das limitações ditadas pela Lei Federal.

E vale aqui reproduzir um trecho da referida decisão:

De acordo com o preconizado pelo art. 29 do Código Florestal, o proprietário é sempre o responsável por lesões perpetradas contra o patrimônio florístico em seus domínios, por atos próprios, de seus prepostos e até de terceiros, pois cumpre a ele velar pela integridade desse recurso natural, o que significa dizer que deverá, inclusive, ajustar-se aos comandos legais reitores da matéria.

Pois bem, o simples fato do apelante/réu não negar que efetivamente esteja explorando toda a extensão da sua propriedade, sem respeitar os limites decorrentes da reserva legal, já o torna confesso em relação à autoria de prática danosa ao meio ambiente, e, portanto, passível de ser acionado tanto no plano judicial quanto administrativo.

Ademais, a singela alegação de que, à época da aquisição da propriedade, esta já se achava desflorestada não exime o adquirente da obrigação de recompor a área degradada e, portanto, de ser demandado para tal fim... (grifo nosso).

Este mesmo o entendimento adotado pela Ministra Eliana Calmon quando do julgamento de

¹⁹ Ecossistema: (1) conjunto de uma comunidade e seu ambiente biótico. 2) Sistema composto das plantas (flora), animais (fauna) e fatores físico-químicos de uma comunidade e as inter-relações entre estes. 3) Unidade funcional do meio ambiente que constitui um sistema onde, pela interação entre os diferentes organismos presentes e o ambiente, ocorre uma troca cíclica e recíproca de matéria e de energia, incluindo os poluentes... in FREIRE, William; MARTINS, Daniela Lara (Coord.). *Dicionário de direito ambiental e vocabulário técnico de meio ambiente*. Belo Horizonte: Editora Mineira, 2003, p. 156.

outro recurso: o REsp nº 327.254/PR, DJ de 19.12.2002, p. 355:

Em se tratando de reserva florestal, com limitação imposta por lei, o novo proprietário, ao adquirir a área, assume o ônus de manter a preservação, tornando-se responsável pela reposição, mesmo que não tenha contribuído para devastá-la. Responsabilidade que independe de culpa ou nexa causal, porque imposta por lei.

Assim, o descumprimento, pelos Oficiais de Registro de Imóveis, desta obrigação legal de averbação da área de reserva legal à margem do registro/matricula do imóvel imposta pelo § 8º do Código Florestal e da Lei Estadual que dispõe no mesmo sentido, importa, em tese e em princípio, na responsabilização do mesmo por ato de improbidade administrativa.

Em nível do Estado de Minas Gerais, há, inclusive, recomendação neste sentido, feita pelo Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente Cultural, Urbanístico e de Habitação, conforme foi publicado no Diário do Judiciário - Minas Gerais - de 24 de setembro de 2003.

Na verdade, o ato de averbação da área de reserva legal é uma forma utilizada pelo legislador para resguardar/preservar o que ainda resta de cobertura florestal neste País, que deve assim ser cumprida, por aplicação, ainda do megaprincípio da prevenção,²¹ adotado pela Constituição (*caput* do art. 225, CF), tendo ainda o condão de estabelecer responsabilidade, visto que funciona como estimulante negativo à prática de agressões ao meio ambiente e que possibilita a recomposição do que já degradado.

5.6 A desoneração temporária do proprietário ou possuidor do dever de reconstituição da área de reserva legal

O § 6º do art. 44 da Lei Florestal prevê hipótese de ser desobrigado o proprietário ou possuidor rural do dever de recompor, conduzir à regeneração natural ou de compensar área de reserva legal, pelo período de 30 anos, mediante a doação feita ao órgão ambiental competente de "área localizada no interior de Parque Nacional ou Estadual, Floresta Nacional ou Estadual, Floresta Nacional, Reserva Extrativista, Reserva Biológica ou Estação Ecológica pendente de regularização fundiária, respeitados os critérios previstos no inciso III deste artigo", qual seja, a área doada deve ser equivalente em importância ecológica e em extensão, devendo, ainda, pertencer ao mesmo ecossistema e estar localizada na mesma microbacia ou, no mínimo, na mesma bacia hidrográfica.

6 Alguns dados importantes

O Brasil concentra a terça parte das florestas tropicais do mundo.

A Floresta Amazônica, com toda a sua exuberância, tem solo pobre e facilmente degradável; ela se sustenta através de um mecanismo cíclico, mantendo-se do que ela produz; entretanto, ela já perdeu uma área de 532 mil km², o equivalente ao território da França; mais de 12% da área original da Floresta Amazônica, maior bioma brasileiro, foram destruídos em apenas 20 anos, e apenas 3,6% de sua área, com 369 milhões de hectares, encontra-se sob conservação federal.

Na época do descobrimento, a Mata Atlântica ocupava 15% do território nacional; hoje se resume a 1%; mais de 99% da Mata Atlântica encontram-se devastados e apenas 0,69% de sua

²⁰ Recurso Especial nº 264.173/PR, publicado no DJ de 02.04.2001.

²¹ Princípio da Prevenção - ECO-92: "Para proteger o meio ambiente, medidas de precaução devem ser largamente aplicadas pelos Estados segundo suas capacidades. Em caso de risco de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas efetivas visando a prevenir a degradação do meio ambiente".

área total sob proteção.²²

O cerrado²³, chamado "pai das águas", segundo maior bioma brasileiro, que contém a mais rica biodiversidade do mundo, por sua enorme variedade de flores exóticas e de plantas medicinais (sua flora possui cerca de 10 mil espécies de plantas diferentes e 420 tipos de árvores e arbustos), tem apenas 0,8% de sua área sob proteção. O equilíbrio desse sistema é de fundamental importância para a estabilidade dos demais ecossistemas brasileiros. No entanto, diferentemente da Amazônia, Mata Atlântica e Pantanal, o Cerrado não recebeu na Constituição Federal o mesmo tratamento dispensado aos demais, qual seja, o *status* de "Patrimônio Nacional"; resultado, metade da sua área já foi desmatada.

No bioma da caatinga, só 0,8% tem unidades de conservação; nos campos sulinos, apenas duas áreas são protegidas, representando 0,3% do ecossistema, e o Pantanal, apesar da sua biodiversidade, só tem duas unidades de conservação e que representam 0,55% de sua área.

7 Conclusão

A maior contribuição que os povos da floresta podem deixar ao homem branco é a prática de ser uno com a natureza interna de si. A Tradição do Sol, da Lua e da Grande Mãe ensinam que tudo se desdobra de uma fonte única, formando uma trama sagrada de relações e inter-relações, de modo que tudo se conecta a tudo. O pulsar de uma estrela na noite é o mesmo do coração. Homens, árvores, serras, rios e mares são um corpo, com ações interdependentes. Esse conceito só pode ser compreendido através do coração, ou seja, da natureza interna de cada um. Quando o humano das cidades petrificadas largarem as armas do intelecto, essa contribuição será compreendida. Nesse momento entraremos no Ciclo da Unicidade, e a Terra sem Males se manifestará no reino humano.²⁴

Um conjunto de fatores, como políticas governamentais inadequadas, modelos inapropriados de ocupação do solo, métodos agrícolas impróprios, corrupção, pressão econômica de determinadas categorias empresariais, contribuíram para a ocupação desordenada e ao uso irracional, não-sustentável de nossas florestas e de demais áreas com cobertura vegetal.

Na atualidade, a função social da propriedade em geral e a função socioambiental da propriedade rural determinam novas posturas, que não podem mais deter aquele caráter individualista do século anterior. Tornou-se um dever do particular dar à propriedade uma destinação que atenda também a um interesse maior, que transcenda aos interesses meramente egoísticos.

O equilíbrio entre o direito do proprietário e o seu exercício, compatibilizando o desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente, o equilíbrio ecológico e a dignidade da pessoa humana, na busca do desenvolvimento sustentável, é o que dá a legitimidade ao *dominus*.

A área de reserva legal prevista em lei e que deve ser respeitada, demarcada e aver-

²² Dados obtidos em matéria jornalística sob o título: "O Brasil que ainda desmata", in *Jornal do Brasil - JB ECOLÓGICO*, ano 2, nº 20, 21.09.2003.

²³ "O funeral do cerrado está marcado para 2015. A data vem de um cálculo relativamente óbvio, mas ao que parece, vinha passando despercebido. Acontece que, da área original, 59% da vegetação do Cerrado já foi suprimida, sendo utilizada principalmente para grandes plantações ou abrindo lugar para pastagens. Se a taxa de crescimento dessas atividades continuar ao ritmo atual, de 3% ao ano, em 12 anos as áreas ainda cobertas por cerrado serão totalmente suprimidas. Esse cálculo poderá ser acelerado com a legalização da plantação de soja transgênica no país" Artigo "Expansão da agropecuária e falta de políticas públicas ameaçam o Cerrado", *Jornal Ambiente Hoje*, publicado pela AMDA - Belo Horizonte, ano XII, número 101, out. 2003.

bada junto ao cartório do registro de imóveis; o dever de reconstituir a vegetação natural dessas áreas de reserva degradadas, seja através de reflorestamento ou de mera abstenção de sua exploração de modo a facultar a regeneração natural, além de se constituir em obrigação que se prende ao titular do direito de propriedade, conforme se viu, é o que contribuirá para a existência de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, para nossa e também para as futuras gerações.

Enorme é o desafio do Poder Público e da comunidade no sentido de defender e preservar o patrimônio ambiental, e importantíssima a responsabilidade dos operadores do direito, enquanto não se cria uma consciência conservacionista, com racionalidade ambiental, no indispensável interesse da vida, da saúde, da segurança, do sossego, do trabalho, da cultura e do bem-estar de todos.

Para tal mister, necessária e especial atenção devem ter os julgadores, a quem incumbe a aplicação do direito ao caso concreto, arredando entendimentos arcaicos e que a prevalecer, sem dúvida, significará imperdoável omissão, com inevitáveis ônus sociais.

Finalizando este trabalho, vale aqui transcrever trecho do pronunciamento feito pelo atual Secretário de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável de Minas Gerais, engenheiro florestal e ex-ministro do Meio Ambiente, durante palestra no XII Congresso Mundial Florestal, organizado pela ONU em Quebec, Canadá:

O futuro não projeta os erros do passado quando as gerações presentes são capazes de mudar o curso dos acontecimentos.²⁵

Era a contribuição que se tinha a dar, embora a abordagem que ora se conclui não esgota a profunda e ampla dimensão da matéria que as exigências da sociedade se incumbirão de ampliar.

8 Referências bibliográficas

A FOME verde. *Jornal do Brasil* - JB Ecológico, Rio de Janeiro, ano 3, nº 26, 11.03.2004.

CHIARA, José Thadeu de. Propriedade urbana e direito de construir no direito urbanístico comparado. *RT*, São Paulo, v. 69, nº 536, 1982.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Aspectos legais da reposição florestal obrigatória. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial* nº 56, abr./jun.1991.

EXPANSÃO da agropecuária e falta de políticas públicas ameaçam o cerrado. *Jornal Ambiente Hoje*, Belo Horizonte, AMDA, ano XII, número 101, outubro de 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

FIONILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. A reparação do dano ecológico, direito ambiental. *R. EPM - APAMAGIS* 1, p. 105-110, set./dez.1996.

²⁴ JECUPÉ, Kaka Werá. Ob. cit.

²⁵ Matéria jornalística A fome verde in *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, ano 3, nº 26, 11.03.2004.

FREIRE, William; MARTINS, Daniela Lara (coordenação). *Dicionário de direito ambiental e vocabulário técnico de meio ambiente*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Mineira, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*.

JECUPÉ, Kaka Werá, *A terra dos mil povos : História Indígena contada por um índio*. 2. ed. São Paulo: Ed. Fundação Petrópolis, 1998.

LEUZINGER, Márcia Dieguez (Procuradora do Estado do Paraná). Meio ambiente e propriedade. *Revista da Escola da Magistratura* nº 6, p. 205-215.

MEDAUAR, Odete. *Coletânea de legislação de direito ambiental e Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2002.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Limitação do direito de propriedade*. São Paulo.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito urbanístico e limitações administrativas urbanísticas. *Revista de Informação Legislativa Brasileira*, Brasília, a. 27 n.107, 1990.

O BRASIL que ainda desmata. *Jornal do Brasil*. JB Ecológico, ano 2, nº 20, 21.09.2003.

PEREIRA, Osny Duarte. *Direito florestal brasileiro*.

PIOVEZANE, Pedro Milanelo. *Elementos de direito urbanístico: O direito das coisas e a proteção constitucional da propriedade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

RABAHIE, Marina Mariani de Macedo. Função social da propriedade. In DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coordenação). *Temas de Direito Urbanístico*. 2. ed São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

ROMANO, Santi . *Princípios de direito constitucional geral*.

RUSSOMANO, Rosah. Função social da propriedade. *RDP*, 75/263.

SEABRA FAGUNDES, M. A. Ordem econômica na nova Constituição. *Carta Mensal da Confederação Nacional do Comércio*, nº 150/151, p. 19 a 29, 1967.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 07-2003.

SJOBERG, Gideon. *Cidades, a urbanização da humanidade. Origem e Evolução das Cidades* (volume coletivo). 2. ed. São Paulo: Zahar Editores, 1972, p. 38.

SUNDFELD, Carlos Ari. Função social da propriedade. In DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coordenação). *Temas de direito urbanístico*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

TOMPKINS, Peter; BIRD, Christopher. *A Vida secreta das plantas*. 6. ed. Tradução de Leonardo Fróes. Rio de Janeiro: Ed. Expressão e Cultura, 1979.

Sumário: 1 Introdução. 2 Princípio da prevenção. 3 Estudo de Impacto Ambiental-EIA. 3.1 Execução do EIA por profissionais legalmente habilitados. 3.2 A paridade de participação das partes envolvidas na elaboração do EIA. 4 Conclusão.

1 Introdução

A primeira Constituição da República a tutelar o meio ambiente foi a Carta de 1988, reservando um capítulo especial à matéria e estabelecendo no art. 225, *caput*, um dispositivo condutor da legislação ambiental.

Estabeleceu, ainda, aludido dispositivo princípios do direito ambiental, alguns explícitos, outros implícitos, estes, porém, manifestos no instrumento de sua concretização, como é o caso do estudo de impacto ambiental, intimamente ligado ao princípio da prevenção, implícito na Carta Magna.

O art. 225, § 1º, IV, prevê como dever da Administração Pública exigir de todo empreendimento que potencialmente cause degradação ao ambiente o "estudo prévio do impacto ambiental", para que o princípio da prevenção se realize, possibilitando, por sua vez, a concretização do *caput* do dispositivo constitucional retrocitado: "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado".

Neste contexto, tenho que a elaboração do estudo de impacto ambiental deve ser realizada, mas, sobretudo, apreciada por equipe técnica com formação notável, possibilitando maior transparência nas informações e segurança de uma avaliação técnica com participação paritária do empreendedor, da Administração Pública e da sociedade, todos fundamentando seus projetos, suas intenções, justificativas, dúvidas e sugestões, em laudos de especialistas que os assessoraram ao longo da realização do estudo, para que efetivamente o meio ambiente conte com o comprometimento de todos, conforme propaga a Carta Constitucional.

2 Princípio da prevenção

O princípio da prevenção, segundo o Professor JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO,¹ "é a forma de antecipar-se aos processos de degradação ambiental, mediante adoção de políticas de gerenciamento e de proteção dos recursos naturais".

Com efeito, a aplicação do princípio da prevenção está intimamente ligada ao efetivo e eficaz exercício da Administração Pública, que deve possibilitar os meios para que se evite qualquer risco de dano ao meio ambiente.

É cediço que o prejuízo causado ao ambiente é, em sua maioria, irreversível. Portanto, a prevenção busca limitar e inibir a existência de risco de dano, ou seja, antes que ele ocorra, devem ser adotadas medidas que reprimam a degradação do meio ambiente. É a ocorrência do brocardo popular "prevenir para não remediar".

O estudo de impacto ambiental é a exteriorização da prevenção, sendo, ainda, um norteador

*Assessora Jurídica do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

¹ SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris A.; NARDY, Afrânio José Fonseca. *Princípios de direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 70.

para o administrador, conforme ensina José Adércio:

A prevenção deve guiar as ações administrativas nos exames de autorizações e licenças de atividades que possam afetar o meio ambiente, bem como para exigências do estudo de impactos ambientais.²

3 Estudo de Impacto Ambiental-EIA

A natureza jurídica do estudo de impacto ambiental é defendida por ANTÔNIO HERMAN V. BENJAMIN³ como "instrumentos imprescindíveis de proteção jurídica do ambiente". JOSÉ AFONSO DA SILVA, mais incisivo em sua definição, coloca o EIA como um "instrumento da política de defesa da qualidade ambiental".⁴

A Resolução Conama-Conselho Nacional do Meio Ambiente 237/97 estabeleceu que os:

Estudos Ambientais: são todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença requerida, tais como: relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório ambiental preliminar, diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de risco.

Efetivamente, o estudo de impacto ambiental é um instrumento constitucional que visa a tutelar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

É através do estudo que será confeccionado o Relatório de Impacto Ambiental (Rima) e, posteriormente, o licenciamento ambiental, este dividido em três fases: licença prévia, licença de instalação e licença de operação; em todas elas as informações e conclusões do EIA serão observadas.

Ao contrário do que se possa imaginar, o estudo de impacto ambiental, como instrumento constitucional, não se afasta do desenvolvimento econômico-social, preconizado também pelo constituinte, buscando assim adequações da atividade potencialmente degradadora do meio ambiente, que garantam satisfação do desenvolvimento do empreendimento de forma sustentada, sem prejuízo do ambiente para gerações presentes e futuras.

Nesse sentido, o estudo não está dissociado da realidade constitucional, ao contrário, os objetivos almejados com aludido estudo encontram-se em harmonia com a Carta Fundamental. Conforme ensina MILARÉ & BENJAMIN:

o objetivo do estudo de impacto ambiental é simples: evitar que um projeto (obra ou atividade), justificável pelo prisma econômico ou em relação aos interesses imediatos de seu proponente, se revele posteriormente nefasto ou catastrófico para o meio ambiente.⁵

3.1 Execução do EIA por profissionais legalmente habilitados

O estudo de impacto ambiental é elaborado por uma equipe que deve ser composta por:

um grupo de técnicos habilitados em várias disciplinas à qual se atribuiu um objeto igualmente multidisciplinar, isto é, envolvendo múltiplos aspectos ambientais, tais como aqueles atinentes ao meio físico, meio biológico e ecossistemas naturais e meio sócio-econômico.⁶

Não obstante a Resolução Conama 001/86, parcialmente revogada pela Resolução 237/97, do mesmo órgão, previsse a denominada equipe multidisciplinar, o art. 11 da aludida resolução em

² Ob. cit.

³ BENJAMIN, Antônio Herman V. Introdução ao direito ambiental brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*, 14/61.

⁴ SILVA, José Afonso. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 289.

⁵ MILARÉ, Édís & BENJAMIN, Antonio Herman V. *Estudos por danos ambientais: teoria, prática e legislação*. São Paulo: RT, 1993, p.13.

⁶ BUGALHO, Nelson R. Estudo prévio de impacto ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, 15/22.

vigor mantém a matéria, não se referindo a uma equipe, mas a "profissionais legalmente habilitados", que, pagos pelo empreendedor, devem elaborar o estudo de impacto ambiental.

A doutrina, em grande parte, tem entendido que a independência desses profissionais em relação ao proponente do empreendimento está projetada no parágrafo único do art. 11,⁷ uma vez que a responsabilidade dos profissionais, ainda que subjetiva, passa pela esfera administrativa, civil e penal, coibindo, assim, o risco de interferência do empreendedor nas conclusões dos estudos.

Há que se registrar que, embora o EIA deva conter as exigências previstas no termo de referência especificado pelo órgão público licenciador, que impõe as diretrizes gerais e as atividades técnicas necessárias ao estudo, constantes dos arts. 5º e 6º da Resolução Conama 01/86, o desenvolvimento do EIA deixa grande margem de discricionariedade para os profissionais contratados pelo proponente, em face da vastidão de particularidade técnica de suas informações.

Por outro lado, deve-se observar que a participação da sociedade e da Administração Pública na elaboração do EIA foi uma determinação constitucional implícita, inserida na parte final do *caput* do art. 225, pois, se o estudo objetiva evitar um dano nefasto ao ambiente, mantendo-o ecologicamente equilibrado, impõe-se "ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

Some-se, ainda, a exigência de publicidade do estudo de impacto ambiental, inserida na parte final do inciso IV do mesmo dispositivo constitucional.

Cumpra anotar que, não obstante corra por conta do proponente a realização do estudo de impacto ambiental e respectivo relatório, o Poder Público que o exige - órgãos ambientais federais ou estaduais e Municípios - deverá sempre intervir na sua execução fixando diretrizes e fornecendo instruções adicionais que se fizerem necessárias, pelas peculiaridades do projeto e características ambientais da área.⁸

Dita afirmativa, constante do texto de Nelson R. Bugalho, é sempre ratificada pelos operadores do direito ambiental, mas, por vezes, inaplicável na prática, pois nem os órgãos públicos nem a sociedade dispõem de técnicos com conhecimentos tão específicos que possam fazer frente às afirmações científicas constantes dos laudos elaborados pelos profissionais contratados pelo empreendedor do projeto.

A independência destes profissionais frente aos empreendedores não está coagida pela responsabilidade administrativa, civil e penal que recai sobre eles, por inexatidão em suas informações técnicas geradoras dos danos ambientais, mas pela inexistência de contraposição de seus laudos técnicos, quando não existe a possibilidade de a Administração ou a sociedade terem acesso a profissionais com erudição equivalente ou superior à equipe patrocinada pelo proponente do projeto.

Manifesto o risco de comprometimento da participação paritária e, por conseqüência, da conclusão do estudo de impacto ambiental, caso seja patrocinada pelo proponente apenas uma equipe multidisciplinar, não tendo a Administração Pública nem a sociedade a oportunidade de assessoramento por uma equipe com conhecimentos similares.

Tal fato coloca em risco o direito de participação nos processos ambientais, fragilizando o Estado Democrático de Direito, possibilitando, com a desinformação, a ocorrência de extensa degradação ambiental irreversível e desconhecida para a sociedade e até mesmo para o Poder Público fiscalizador e licenciador do empreendimento.

3.2 A paridade de participação das partes envolvidas na elaboração do EIA

⁷ Art. 11, parágrafo único: "O empreendedor e os profissionais que subscrevem os estudos previstos no *caput* deste artigo serão responsáveis pelas informações apresentadas, sujeitando-se às sanções administrativas, civis e penais".

⁸ *Op. cit.*, 15-22.

A Resolução Conama 237/97, bem como o Decreto 99.274/90 prevêem em vários de seus dispositivos a intervenção da Administração Pública, bem como da sociedade (Resolução Conama 009/87, art. 1º), por meio da audiência pública, nos estudos de impacto ambiental, podendo requerer informações complementares, suscitar dúvidas e informações sobre o projeto do proponente.

Todavia, surge uma indagação quanto à paridade de participação da Administração nestes questionamentos, porque não possui nos órgãos públicos competentes profissionais qualificados, tais como os contratados pelo proponente, para que se possa voltar contra as informações constantes dos estudos.

Da mesma forma, a comunidade, ainda que representada na figura de entidades civis, ou até mesmo o Ministério Público, a teor do disposto no art. 129, VI, da CF e do art. 2º da Resolução Conama 009/87 não levantará debates ou esclarecerá suas dúvidas se não for auxiliado por profissionais com notáveis conhecimentos, que lhe permitam ter acesso a informações e questionamentos no mesmo nível dos constantes no estudo elaborado pelo empreendedor.

A carência de assessoria técnica e conhecimentos específicos sobre o empreendimento por parte dos órgãos públicos e da comunidade tem sido benéfica para os próprios proponentes, sobretudo, pela singeleza das colocações feitas pela Administração e por membros da comunidade, que, carentes de assessoramento técnico, perdem-se nas informações e esclarecimentos fornecidos pelos profissionais contratados pelos empreendedores, comprometendo a paridade da participação pública e convalidando os estudos feitos isoladamente por equipes de profissionais contratadas pelo proponente.

A doutrina tem debatido este tema tentando levantar soluções, *verbi gratia*, arcar a Administração Pública com os gastos para contratar uma equipe de profissionais habilitados para a auxiliar, possibilitar à comunidade, no curso dos estudos, acesso direto aos *experts* dos proponentes, para que ministrem explicações detalhadas sobre o projeto. Ditas propostas apresentam-se inviáveis para o orçamento público, outras, meras hipóteses utópicas para uma comunidade nacional que possui alto índice de analfabetismo e baixo grau de instrução.

Há quem defenda a sugestão encontrada por Paulo de Bessa Antunes:

consistente no próprio órgão licenciante estabelecer a estimativa dos custos do EPIA e que, após cobrar do proponente o respectivo valor, contrate a equipe técnica para a elaboração do estudo de impacto ambiental.⁹

Ocorre que até mesmo a sensata sugestão encontra entraves no precário panorama econômico nacional, porque nem todo proponente possui condições de arcar com os altos custos dos aludidos estudos. Tornando-se dispendioso o empreendimento, decorreria sua elisão, comprometendo a economia do País e ferindo o princípio do desenvolvimento sustentável.

4 Conclusão

É fato que o estudo de impacto ambiental é um instrumento constitucional técnico, comportando para cada empreendimento, potencialmente degradador do meio ambiente, conhecimentos específicos de diversos profissionais, sendo impossível ao órgão público competente manter cargos que abranjam essa diversidade de técnicos.

Todavia, necessário se faz possibilitar à Administração Pública e à comunidade acesso

⁹ BUGALHO, Nelson R. Estudo prévio de impacto ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, 15/27.

paritário na elaboração do estudo de impacto ambiental, sendo indiscutível que qualquer vício ou inexatidão das informações constantes no aludido estudo geraria danos irreparáveis ao ambiente.

A responsabilização administrativa, civil ou penal dos profissionais não garante a independência destes com relação ao empreendedor, porque se encontram ligados intimamente àqueles e ao projeto, comprometendo a análise técnica e o resultado isonômico do trabalho.

Lado outro, tenho que o assessoramento de técnicos à Administração Pública e à comunidade deve ser facilitado, seja através de consultoria voluntária de profissionais cadastrados nos órgãos públicos, ou até mesmo de pagamento pelo proponente dos gastos com a equipe de profissionais que serviram à Administração Pública e à comunidade.

A participação paritária do empreendedor, da Administração Pública e da comunidade na elaboração do estudo de impacto ambiental é garantia constitucional, pois o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos.

O riacho soluço se estancara, sem resto, e talvez para sempre. Secara-se a lagrimal, sua boquinha serrana. Era como se um menino sozinho tivesse morrido (João Guimarães Rosa *in* *Manuelzão e Miguilim*).

Sumário: 1 Introdução. 2 A evolução do instituto jurídico da propriedade privada no Brasil: da propriedade absoluta à função ambiental da propriedade. 2.1 O alcance das disposições ambientais das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. 2.2 A trajetória da função social da propriedade no Brasil. 2.2.1 Lei de Terras de 1850: primeiro esboço de reconhecimento da função social da propriedade no Brasil. 2.2.2 Codificação e liberalismo: visão patrimonialista da propriedade. 2.3 A função socioambiental da propriedade nas Constituições Brasileiras: evolução conceitual. 3 Princípios ambientais. 3.1 Princípio da função socioambiental da propriedade. 3.2 Princípio da prevenção. 3.3 Princípio do desenvolvimento sustentável. 4 Norma programática e instrumentalidade. 5 Hermenêutica ambiental e crise conceitual. 6 Conclusão. 7 Referências bibliográficas.

1 Introdução

Propõe este trabalho a discussão, historicamente contextualizada, acerca da exigência da averbação da reserva legal no Registro Imobiliário, colocando em perspectiva contrastante, de um lado, a visão segundo a qual a restrição ao uso da propriedade só deve ser objeto da mencionada averbação à margem da matrícula do imóvel rural se ainda houver cobertura vegetal a ser preservada, e, de outro lado, o entendimento no sentido de que é necessária a averbação do compromisso da reserva legal mesmo na hipótese de não haver no imóvel rural qualquer vestígio de floresta ou vegetação nativa.

2 A evolução do instituto jurídico da propriedade privada no Brasil: da propriedade absoluta à função ambiental da propriedade

Para a compreensão do instituto da função social e ambiental da propriedade em nosso ordenamento jurídico contemporâneo, é necessária uma breve digressão sobre o contexto histórico e social em que se gestaram as formulações legais, doutrinárias e jurisprudenciais atualmente em prática no meio jurídico.

2.1 O alcance das disposições ambientais das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas

No Brasil Colonial, não obstante a existência de uma consciência embrionária acerca da necessidade de positivação de restrições ao direito absoluto do proprietário de terras, presente nas Ordenações do Reino de Portugal, ficamos, na prática, órfãos da já então necessária regulamentação do extrativismo florestal feroz que, séculos mais tarde, lograria transformar o exuberante litoral brasileiro em um quase deserto, com a eliminação da maior parte da Mata Atlântica na exploração predatória do pau-brasil.

A busca de recursos florestais já então escassos em Portugal, em razão da necessidade de

*Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

matéria-prima para as embarcações do período expansionista da Coroa Portuguesa, impediu que as medidas protecionistas constantes das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas fossem aplicadas à Colônia.

Por essa razão, "as normas contidas nas Ordenações protetoras do meio ambiente não se aplicavam ao Brasil, onde tudo era permitido em benefício de Portugal: daqui tudo era extraído, desmatado e arrancado sem qualquer escrúpulo".¹

2.2 A trajetória da função social da propriedade no Brasil

As formulações legais da função social da propriedade no Brasil não evoluíram no tempo de maneira uniforme. Houve avanços e retrocessos, num confronto entre as idéias sociais da Igreja Católica, que via a propriedade da terra como algo inerente à natureza humana. Tal idéia parte do princípio de que a propriedade fazia parte da concepção geral da obra divina, notadamente no pensamento de Santo Agostinho, para quem seu caráter finalístico impunha limites à vontade individual em prol das necessidades da humanidade.

2.2.1 Lei de Terras de 1850: primeiro esboço de reconhecimento da função social da propriedade no Brasil

No Brasil Imperial, não obstante a edição de vários diplomas legais destinados à disciplina e à punição dos infratores das normas ambientais incipientes, a devastação das florestas seguia seu ritmo.

Em 1850, com a edição da Lei 601, que dispunha sobre as terras devolutas, há um reconhecimento embrionário quanto à necessidade de impor aos proprietários rurais limites ao seu direito absoluto de utilizar e dispor de suas terras, tendo em vista o interesse público maior da preservação da natureza para além dos limites conceituais da propriedade como direito absoluto.²

2.2.2 Codificação e liberalismo: visão patrimonialista da propriedade

O movimento europeu de codificação das leis esparsas, que teve como ponto de partida a Revolução Francesa, influenciou de modo decisivo a inserção de normas patrimonialistas, no que se refere ao direito de propriedade em nosso ordenamento jurídico a partir da edição do Código Civil de 1916.

Em contraposição ao espírito da regulamentação restritiva do extrativismo florestal contido na Lei de Terras de 1850, o Código Civil Brasileiro de 1916 submeteu-se à concepção liberal do Código Civil Francês de 1804 (Código de Napoleão) e do Código Civil Alemão (BGB) de 1896.

O Código de Napoleão foi paradigmático em relação à legislação codificada dos países ocidentais ao longo dos séculos XIX e XX, fazendo neles repercutir a concepção do Estado Liberal, que tinha como correlato do liberalismo econômico a liberdade sem peias do proprietário. Não por acaso constava do art. 544 do Código Civil Francês que "a propriedade é o direito de fruir e dispor das coisas, da maneira mais absoluta", desde que não se fizesse delas um uso proibido pelas leis ou regulamentos.

No período em que predominaram as idéias liberais, a intervenção do Estado na esfera privada só se justificava para a garantia da liberdade dos proprietários de dispor de seus bens da maneira que lhes conviesse, sem qualquer consideração acerca dos resultados danosos para a

¹ PETERS, Edson Luiz. *Meio ambiente & propriedade rural*. Curitiba: Juruá Editora, 2003, p. 26.

² A 'Lei de Terras' de 1850 representa o marco zero do ordenamento da ocupação e do uso da propriedade rural no Brasil e, mais do que isso, foi a primeira lei a reconhecer alguma importância ambiental à propriedade rural, pois tinha um cunho de proteção florestal, à medida que punia o dano pela derrubada de matas e queimadas, responsabilizando o infrator, civil e criminalmente. *Op. cit.*, p. 31.

coletividade ou para o meio ambiente.

Nesse contexto, a propriedade é tratada, no Código Civil Brasileiro de 1916, como peça de resistência da estrutura de poder e, embora sem os rigores privatistas do Código de Napoleão, era dado aos proprietários o direito quase absoluto de disposição de seus bens móveis e imóveis, respeitados apenas os direitos de vizinhança. Ou seja, os limites ao uso da propriedade eram delimitados pelos direitos dos proprietários vizinhos, de modo a evitar-se o mau uso da propriedade.

De se notar que, no âmbito do Código Civil de 1916, em vigência até o ano de 2002, a propriedade do solo abrange o subsolo e o espaço aéreo respectivo, conforme prevê seu art. 526: "A propriedade do solo abrange a do que lhe está superior e inferior em toda a altura e toda a profundidade, úteis ao seu exercício, não podendo, todavia, o proprietário opor-se a trabalhos que sejam empreendidos a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse algum em impedi-los". Vê-se que as águas e os minerais eram tidos como acessórios da propriedade do imóvel.

Na esteira da crise de 1929 e dos movimentos sociais que caracterizaram o período após a Primeira Guerra Mundial, a Revolução de 30 marca uma inflexão nas políticas públicas no que diz respeito à intervenção do Estado no domínio econômico. A Constituição nacionalista de 1934, outorgada por Getúlio Vargas, traz modificações importantes na concepção de propriedade. Separou-se, então, o subsolo da propriedade superficial, bem como deixaram a órbita da propriedade privada os minerais, as águas e as quedas d'água destinadas à produção de energia hidrelétrica. Desde então, surge no vocabulário legislativo e jurídico a expressão "interesse social", que representa o início da delimitação da feição patrimonialista do Código Civil.

2.3 A função socioambiental da propriedade nas Constituições Brasileiras: evolução conceitual

A evolução do conceito de função social e ambiental da propriedade nas Constituições Brasileiras segue o desenvolvimento do Estado e as configurações que este assume ao longo do tempo, sob a influência das doutrinas político-sociais.

A Constituição de 1824, inspirada nos direitos políticos decorrentes da Declaração dos Direitos do Homem, com ênfase para o aspecto da liberdade, consagrou o direito de propriedade em sua plenitude, estabelecendo como única exceção a hipótese em que o bem público exigisse o uso e emprego da propriedade do cidadão.

A Carta Maior de 1891, além de preservar o caráter sagrado e absoluto da propriedade privada, resguardou ainda mais o interesse individual acima do interesse público ao estabelecer compensações pecuniárias para as raras hipóteses de intervenção estatal no domínio privado e ao restringir as hipóteses de desapropriação mediante a substituição da expressão "bem público" por "necessidade ou utilidade pública".

A Constituição de 1934, no diapasão da ampla discussão que se travava no seio da sociedade quanto aos direitos sociais, inaugurou um período de intervenção do Estado na ordem econômica nacional. De seu texto consta que "é garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo" (art. 113).

Ao determinar que "é garantido o direito de propriedade, salvo no caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social" (art. 141, § 16), a Carta Política de 1946 já abre caminho para a afirmação do princípio da função social da propriedade.

A expressão "função social da propriedade" consta, pela primeira vez, do texto da Constituição de 1967. A Emenda Constitucional de 1969 a manteve no mesmo capítulo da ordem econômica, abrindo caminho para a formulação da norma constitucional da função ambiental da propriedade que pode ser apreendida da leitura sistemática do Texto Constitucional de 1988, tendo-se em vista o disposto no art. 5º, inciso XXIII; no art. 170, inciso III; art. 184, parágrafo único; art. 186; combi-

nados com o art. 225, *caput*.

No magistério de CELSO ANTÔNIO PACHECO FIORILLO:

da análise do art. 225 devemos extrair quatro aspectos fundamentais, a saber: 1) a existência de um direito material constitucional caracterizado como 'direito ao meio ambiente', cujos destinatários são 'todos'; 2) a confirmação no plano constitucional de que aludido direito ao meio ambiente diz respeito à existência de uma relação jurídica que envolve um bem (o bem ambiental). Referido bem, para que possa ser reputado constitucionalmente 'bem ambiental', diz respeito somente àqueles 'essenciais à sadia qualidade de vida'. Por outro lado o bem ambiental se caracteriza por ser ontologicamente um 'bem de uso comum do povo'; 3) em face da relevância do bem ambiental, a Constituição Federal determinou de forma impositiva tanto ao Poder Público como à coletividade não só o dever de defender os bens ambientais como também de preservá-los; 4) a defesa assim como a preservação por parte do Poder Público e da coletividade antes referida têm por finalidade assegurar o uso do bem ambiental não só para as presentes mas também para as futuras gerações.³

3 Princípios ambientais

Os princípios, no direito, por sua característica de generalidade e pelo seu alto grau de abstração, exigem mediações para a sua concretização, de modo a dar à aplicação do direito os necessários contornos propriamente jurídicos, sem os quais não há como se distinguir entre motivações externas (de caráter histórico, sociológico, psicológico e filosófico) e o conteúdo propriamente jurídico que deve caracterizar a integração da norma ao caso concreto.

Por outro lado, não se podem desprezar sua relevância e as conseqüências de sua inobservância. Ensina NICOLAU DINO DE CASTRO E COSTA NETO:

A violação de um princípio assume contornos de indiscutível gravidade, sendo, até mesmo, mais significativa que a contrariedade a uma regra jurídica. A repercussão negativa é muito maior na inobservância de um princípio, porquanto este, exercendo um papel de balanceamento de interesses e de 'ligação de normas e preceitos, possui uma dimensão axiológica que, uma vez abalada, repercute em todo o sistema.⁴

Os doutrinadores pátrios discorrem sobre elencos de princípios de natureza ambiental, alguns expressamente contemplados pela Constituição Federal, outros somente passíveis de identificação mediante uma conjugação de dispositivos constitucionais.

Dentre os princípios que integram a assim denominada "ordem ambiental constitucional", destacam-se princípios específicos que importa discutir no âmbito deste trabalho, os quais são objeto de análise a seguir.

3.1 Princípio da função socioambiental da propriedade

Uma leitura sistemática do disposto no art. 5º, inciso XXIII; no art. 170, inciso III; art. 184, parágrafo único; art. 186; combinados com o art. 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988, não deixa dúvida quanto à existência de um princípio delineado à luz de outros valores de *status* constitucional, como o da supremacia do interesse público sobre o privado e o da natureza pública da proteção ambiental.

Para a compreensão desse princípio, devem ser afastadas as motivações de cunho ideológico, uma vez que não se discute aqui a substituição da propriedade privada pela coletiva como modo de produção, e sim a existência de limitações jurídicas ao exercício do direito de propriedade.

³ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Princípios do processo ambiental*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, p. 33.

⁴ COSTA NETO, Nicolau Dino de Castro e. *Proteção jurídica do meio ambiente*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003, p. 34.

Na qualidade de bem de produção, a propriedade rural integra-se num sistema mais amplo em que as partes não podem ser destacadas do todo. Conquanto não seja possível destacarem-se os aspectos social e ambiental, visto que ambos se dirigem à realização do bem comum, pode-se, para efeito didático, estabelecer uma distinção qualitativa.

Enquanto a função social propriamente dita diz com a necessidade de emprego do bem privado no interesse da sociedade como um todo, de molde a assegurar o pleno emprego dos recursos econômicos sem que o particular exclua o interesse difuso consistente no atendimento das demandas sociais, pode-se ter como função ambiental da propriedade um conjunto de obrigações que tocam ao Poder Público e aos proprietários de terras no sentido da preservação da biodiversidade da flora e da fauna.

Quanto a esse aspecto, a função ambiental da propriedade privada pode implicar o isolamento de determinada área, por exemplo, para que seja destinada à recomposição espontânea da vegetação nativa dela extirpada predatoriamente. Nessa hipótese, não pode ser tida essa medida restritiva como violadora do princípio da função social da propriedade apenas em razão de não ser feito o aproveitamento econômico daquela gleba de terra isolada e improdutiva, devendo ser tida em conta a importância da restauração da flora e da fauna originais para o restabelecimento do equilíbrio ecológico.

3.2 Princípio da prevenção

A perspectiva teleológica irmana os princípios da precaução e o da prevenção, de tal modo que alguns autores não fazem distinção entre os dois. De um lado, o princípio da precaução diz respeito às cautelas que devem estar presentes nos empreendimentos, com vistas à proteção do meio ambiente quando houver ameaça de danos irreversíveis em razão do desconhecimento científico quanto às conseqüências de determinada prática.

No que pertine à necessidade de estudos de impacto ambiental nas plantações que empregam sementes geneticamente modificadas, *v.g.*, deve atuar o princípio da precaução, por não serem suficientemente conhecidas as conseqüências do cultivo sobre o entorno natural e sobre outras espécies.⁵

O princípio da prevenção, por seu turno, deve estar presente quando da análise de casos em que já há provas científicas quanto ao aspecto daninho de determinada atividade, como na hipótese de desmatamento ou de supressão de toda a cobertura vegetal, com os já conhecidos efeitos de desalojamento de espécies entomológicas que, sem alimento no seu hábitat natural, migram para as plantações mais próximas, o que exige maiores esforços do produtor rural e maiores custos de produção com emprego de defensivos agrícolas, que por sua vez produzem impactos consideráveis no ciclo biológico de todo o entorno. O princípio da prevenção consta do inciso V do art. 225 da Carta Maior.

3.3 Princípio do desenvolvimento sustentável

Esse princípio pode ser facilmente deduzido da leitura do *caput* do art. 225, que assegura a todos o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado. A tolerância do uso abusivo da propriedade rural, quando são conhecidos os efeitos do uso anti-ecológico da propriedade - de resultados nefastos até mesmo para aquele que insiste em tais práticas -, é incompatível com o direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim, visto de forma sistêmica o conjunto da produção agropecuária, é insustentável, no

⁵ Fernando Magalhães Modé, em sua obra *Tributação ambiental*, Curitiba: Ed. Juruá, 2004, p. 53, estabelece a distinção entre os dois princípios: Enquanto o princípio da precaução se preocupa em não permitir se tomem decisões de impacto no meio ambiente sem que haja certeza quanto a suas conseqüências numa análise científica, o princípio da prevenção cuida do dever jurídico de se evitar a consumação de danos ao meio ambiente.

longo prazo, o desenvolvimento que emprega tecnologias comprovadamente prejudiciais ao meio ambiente, dentre elas o desmatamento indiscriminado.

4 Norma programática e instrumentalidade

Conforme afirma com propriedade EDSON LUIZ PETERS:

a função social da propriedade está completa na Constituição da República de 1988, e não requer nenhuma complementação ou regulamentação para ser aplicada pela Administração Pública, pelo Poder Judiciário ou por quem quer que tenha a função de exigir e fazer cumprir a Constituição e as leis do País.⁶

No entanto, a conceituação do princípio da função ambiental da propriedade demanda um esforço de delimitação teórica, que ainda se encontra em seus rudimentos, por se tratar de norma principiológica vinculada a direito difuso de terceira geração.

Por essa razão, são argüidas com freqüência em nossos tribunais as aparentes contradições existentes entre o livre uso da propriedade rural e a necessidade de desenvolvimento da produção, como se a imposição de restrições pudesse implicar igual e simétrica restrição ao aproveitamento produtivo da terra, decorrente, por seu turno, da observância da função social da propriedade.

Em outras palavras: não seria a função ambiental da propriedade uma trava à realização de sua função social, na medida em que se exige, por exemplo, a reserva de uma gleba de terreno que pode, em alguns casos, a depender da localização do imóvel, corresponder a mais da metade da propriedade?

A resposta a esse questionamento só pode ser aperfeiçoada quando se traz a lume a conjugação dos princípios ambientais, de cuja interpretação depende a compreensão de que, se não forem preservados os recursos naturais (até há pouco tidos pelos cânones culturais e científicos como renováveis), mediante a prática de técnicas de preservação e restauração do equilíbrio ecológico, em pouco tempo não haverá condições de sobrevivência da humanidade. Se não sobreviver a sociedade, que sentido haverá na apreciação isolada da função social da propriedade?

Cabe aqui um parêntese. É ilustrativa a abordagem dos próceres dos atuais movimentos sociais organizados em nosso País no que diz respeito à questão fundiária. Sem nos determos na análise das motivações de caráter socioeconômico da necessidade de melhor distribuição da estrutura fundiária no Brasil, é curioso notar que, embora se louve incessantemente a função social da propriedade como amparo jurídico para suas reivindicações, tais movimentos passam ao largo da questão ambiental em sua prática cotidiana. Não é incomum a notícia de destruição do meio ambiente, com desmatamentos sem critério, de áreas invadidas em terras improdutivas para o fim de pressão pela aceleração da reforma agrária. Daí a exigência legal de estudos de impacto ambiental relativamente a assentamentos rurais.

Portanto, ao contrário do que ocorre em relação à função social da propriedade, o conceito de função ambiental não se deixa perpassar pelo viés ideológico que caracteriza, não raro, as manifestações de amplos setores da sociedade quanto à questão fundiária.

Em outros termos, a urgência de medidas preventivas em níveis globais impõe uma contemplação da função ambiental que desafie o antropocentrismo das formulações *jus* ambientalistas até aqui vigentes. Afinal, o Planeta Terra já existia antes do surgimento dos humanos. O meio ambiente já existia antes que os homens tivessem acesso a tecnologias que o distinguiram das demais espécies animais. Por essa razão, antes das considerações acerca da função social da propriedade, que pode trazer em si um viés ideológico metajurídico, é necessário debruçar-se sobre a realidade inexorável das conseqüências do afrontamento do princípio da função ambiental da pro-

⁶ PETERS, Edson Luiz. *Op. cit.*, p. 107.

priedade.

Malgrado apenas nos dias atuais estejam sendo considerados os direitos de terceira geração (quando já se fala em direitos de quarta geração, relacionados à bioética e a direitos da era da internet), o reconhecimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e da função ambiental da propriedade deve nortear a atuação dos operadores do direito, de forma a compen-sar, na medida do possível, os estragos que já vêm desde tempos imemoriais, em nome da soli-dariedade entre as gerações, que é outro princípio retor do direito ambiental.

Destarte, mesmo que se tenha como programática a norma constitucional que impõe condi-cionantes de ordem ambiental ao uso da propriedade privada, não é possível negar-se o caráter instrumental do Código Florestal (Lei 4.771/65), em sua atual redação, no que pertine à necessi-dade da averbação da área de reserva legal à margem da inscrição de matrícula do imóvel no Registro competente (art. 16, § 8º).

5 Hermenêutica ambiental e crise conceitual

Na assertiva de JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO JÚNIOR:

em que pese a variedade de recursos protegidos, a expressão meio ambiente integra uma norma jurídica brasileira pela primeira vez em 1975. Tal fato não se deu por acaso. Em verdade, denota uma mudança mundial de paradigma, uma mudança na visão que a humanidade tem do meio ambiente.

Acrescenta esse mesmo autor:

No caso brasileiro, tais normas [de proteção ambiental] começam a integrar o nosso ordenamento jurídico no final da década de 70, processo que se consolidou com a edição da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente em 1981 e com a inserção de um capítulo sobre meio ambiente na Constituição, sem falar em diversas outras normas localizadas em outras partes do Texto Constitucional.⁷

O fato de ser relativamente recente a introdução de princípios e normas explicitamente ambi-entais em nosso ordenamento jurídico certamente traz uma parcela de explicação para o tratamen-to que vem sendo conferido à matéria relativa à necessidade de averbação do compromisso de manutenção e/ou recuperação da área de reserva legal ambiental.

Assevera CASTRO NETO que:

a existência de um plexo de princípios e regras de conteúdo ambientalista inovador tem provocado não raro situações de perplexidade na seara da aplicação do direito. É freqüente, com efeito, verificar-se na práxis que as questões em que se discutem os reflexos no meio ambiente não recebem o tratamento jurídico desejado, mercê de uma inadequada opção hermenêutica. Não são poucos os casos em que o operador-intérprete, olvidando normas-princípio postas na Constituição, aplica o direito positivado de natureza infraconstitucional de forma desconectada daqueles postu-lados. No campo da proteção das florestas, por exemplo, a primazia ao direito de propriedade em detrimento da função socioambiental insculpida na Constituição pode conduzir a soluções insatis-fatórias, seja propiciando exploração irracional dos recursos florestais, seja garantindo recebimento de indenizações indevidas, em processos expropriatórios, a título de cobertura florística.⁸

Nesse sentido, tem causado controvérsia a interpretação do art. 16 e de seu § 8º da Lei 4.771/65, c/c os artigos da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73) que sofreram alterações pelas disposições constantes da Lei 10.267/2002, dentre os quais o art. 169, que trata das averbações que devem obrigatoriamente ser efetuadas nas hipóteses do art. 167 desse mesmo diploma legal.

⁷ BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2000, p. 181 e 216.

Dispõe o art. 167 da Lei de Registros Públicos que devem ser averbadas, no Registro de Imóveis, as cédulas hipotecárias; a caução e a cessão fiduciária de direitos relativos a imóveis; as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade impostas a imóveis, bem como da constituição de fideicomisso; e a re-ratificação do contrato de mútuo com pacto adjeto de hipoteca em favor de entidade integrante do Sistema Financeiro da Habitação.

A previsão legal do registro dos atos de transmissão ou de gravame real imposto ao bem imóvel no Registro de Imóveis da mesma circunscrição em que se situa o terreno rural encontra sua razão de ser na necessidade de conferir a tais atos notariais a autenticidade, a segurança e a eficácia, conforme o disposto no *caput* do art. 1º da Lei de Registros Públicos.

A eficácia dos atos jurídicos sujeitos ao registro e à averbação decorre da sua oponibilidade a terceiros, como é notório. O Direito repugna as normas inócuas, desprovidas de sanção jurídica. E a oponibilidade dos atos que têm a chancela do Poder Público, mediante o seu registro ou averbação em matéria imobiliária, é a garantia da eficácia do ato de transmissão dos bens imóveis e da imposição a tais bens de restrições quanto à sua livre disposição pelo proprietário.

Se no Brasil só é dono aquele que registra seu imóvel, é nessa sede - a do registro dos atos jurídicos firmados entre particulares e dos ônus decorrentes de atos de vontade ou decorrentes de norma legal - que se encontra a garantia do cumprimento da exigência legal.

É bem verdade que a Lei 4.771/65, em seu art. 16, § 8º, estabelece que a área de reserva legal ambiental deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel no cartório competente, "sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área".

A sanção para o descumprimento da norma está contemplada no teor da alínea g do art. 26 do Código Florestal, que estabelece que o impedimento ou os atos que dificultem a regeneração natural de florestas e das demais formas de vegetação constituem contravenção penal, sujeitando-se o infrator à pena de multa e até de prisão, nos termos da Lei 9.605/98.

Pergunta-se: qual é a eficácia dessa norma, tomada isoladamente? Nenhuma, é a resposta, se não existir oponibilidade dos atos jurídicos a ela relacionados. E, em nosso sistema jurídico, só é validamente oponível a terceiros o registro público dos atos de transmissão ou de gravame real sobre bens imóveis.

Tanto isso é verdade que o questionamento da reserva legal só assumiu as dimensões atuais com a polêmica acerca da necessidade de sua averbação a partir da edição da Lei 10.267/2002, já que antes não havia forma de tornar oponível, para efeito de punição pelo descumprimento da norma, o compromisso legal. Antes da exigência de averbação, a reserva legal não era oponível a quem quer que seja, e a norma sem sanção mostrava-se ineficaz.

Tomemos o exemplo do contrato de locação. Sabe-se que a locação de bem imóvel dispensa o registro do respectivo instrumento de contrato. Caso não desejem registrar tal contrato, as partes não ficam ao desamparo da prestação jurisdicional destinada a recompor o eventual rompimento do equilíbrio da relação contratual à luz das garantias civis, já que ele constitui verdadeira instância legal (lei entre as partes). Mas o que ocorre se o proprietário não respeita o direito de preferência e aliena o imóvel a um terceiro? Nada, se o contrato não tiver sido objeto de averbação no Registro imobiliário (item 16 do inciso II do art. 167 da Lei de Registros Públicos).

Do mesmo modo que um contrato de locação somente é oponível a terceiros, para efeito do exercício do direito de preferência, se tiver sido averbado à margem da matrícula do imóvel (art.

⁸ COSTA NETO, Nicolau Dino de Castro e. *Op. cit.*, p. 81-82.

33 da Lei 8.245/91).

O fato de não haver no imóvel floresta ou mesmo vegetação nativa não é motivo para que se furte o proprietário à sua obrigação relativa ao compromisso da reserva legal.

Consta do *caput* do mencionado art. 44 do Código Florestal:

O proprietário ou possuidor de imóvel rural com área de floresta nativa, natural, primitiva ou regenerada ou *outra forma de vegetação nativa* em extensão inferior ao estabelecido nos incisos I, II, III e IV do art. 16, ressalvado o disposto nos seus §§ 5º e 6º, deve adotar as seguintes alternativas, isolada ou conjuntamente...

Com todo o respeito àqueles que vêm entendendo de modo diverso, a expressão "ou outra forma de vegetação nativa" não deixa dúvida quanto ao fato de que não é requisito para a aplicação do art. 99 da Lei de Registros Públicos, em sua redação atual, a existência de floresta densa no imóvel.

Por outro lado, se a redação do *caput* do art. 16 do Código Florestal - que deve ser interpretado em conjunto no feixe normativo implicado na questão - é clara ao determinar que "as florestas e outras formas de vegetação nativa", não cabe ao intérprete restringir seu alcance para entender que a área de reserva legal ambiental compreende somente floresta densa.

De outro ângulo, valendo-se o intérprete dos princípios ambientais integrados acima referidos, principalmente o da prevenção, há que manter-se a *ratio* subjacente à norma legal de modo a se considerarem como tal até mesmo aquelas glebas de terra das quais já tenha sido suprimida pelos proprietários ou possuidores anteriores toda a vegetação nativa.

Por fim, a impossibilidade prática de reconstituir a área de preservação não é obstáculo para que se cumpra a determinação legal, à vista da existência, na própria Lei 4.771/65, das opções elencadas no art. 44.⁹

6 Conclusão

Embora traga obrigações adicionais aos proprietários de imóveis e aos seus transmitentes a qualquer título, a norma ambiental, em seu sentido mais abstrato, reflete a *mens legis*, que repercute os clamores da sociedade pela proteção e reconstituição da flora e da fauna, sem ferir a livre disposição dos bens imóveis, corolário do direito de propriedade.

Pesando-se na balança o interesse individual, que deve submeter-se às imposições constitucionais quanto à função social da propriedade, e o interesse público, consistente na preservação dos ecossistemas e, no longo prazo, da própria existência humana em nosso Planeta, certamente será tido como subsistente este último.

No caso da reserva legal, temos em nosso ordenamento jurídico, como demonstrado acima, normas hierarquicamente estabelecidas, em harmonia com a pirâmide normativa que tem em seu

⁹ I - recompor a reserva legal de sua propriedade mediante o plantio, a cada três anos, de no mínimo 1/10 da área total necessária à sua complementação, com espécies nativas, de acordo com critérios estabelecidos pelo órgão ambiental estadual competente;

II - conduzir a regeneração natural da reserva legal; e

III - compensar a reserva legal por outra área equivalente em importância ecológica e extensão, desde que pertença ao mesmo ecossistema e esteja localizada na mesma microbacia, conforme critérios estabelecidos em regulamento.

§ 1º Na recomposição de que trata o inciso I, o órgão ambiental estadual competente deve apoiar tecnicamente a pequena propriedade ou posse rural familiar.

§ 2º A recomposição de que trata o inciso I pode ser realizada mediante o plantio temporário de espécies exóticas como pioneiras, visando à restauração do ecossistema original, de acordo com critérios técnicos gerais estabelecidos pelo Conama.

§ 3º A regeneração de que trata o inciso II será autorizada, pelo órgão ambiental estadual competente, quando sua viabilidade for comprovada por laudo técnico, podendo ser exigido o isolamento da área.

§ 4º Na impossibilidade de compensação da reserva legal dentro da mesma microbacia hidrográfica, deve o órgão

topo a Constituição. No entanto, sem a oponibilidade que só o registro público no cartório imobiliário confere aos atos jurídicos, tem-se, na prática, a inocuidade da exigência da norma legal. Sem a coercitividade decorrente da oponibilidade dos atos jurídicos, o aparelho estatal torna-se impotente para viabilizar o exercício da sanção.

Por isso, no caso específico da reserva legal, cabe ao julgador, em sua tarefa de interpretar a norma aplicável ao caso concreto, valer-se de uma hermenêutica que contemple a integração dos princípios ambientais atuais com as normas infraconstitucionais, a fim de que a solução encontrada seja a melhor dentre as diversas possibilidades de interpretação e para que a justiça que se pratica sobreleve o valor da preservação do meio ambiente para a nossa e as futuras gerações acima do interesse individual.

7 Referências bibliográficas

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.

PETERS, Edson Luiz. *Meio ambiente & propriedade rural*. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

PASOLD, César Luiz. *Prática da pesquisa jurídica*. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Princípios do processo ambiental*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

COSTA NETO, Nicolau Dino de Castro e. *Proteção jurídica do meio ambiente*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2000.

MODÉ, Fernando Magalhães. *Tributação ambiental*. Curitiba: Ed. Juruá, 2004.

ambiental estadual competente aplicar o critério de maior proximidade possível entre a propriedade desprovida de reserva legal e a área escolhida para compensação, desde que na mesma bacia hidrográfica e no mesmo Estado, atendido, quando houver, o respectivo Plano de Bacia Hidrográfica, e respeitadas as demais condicionantes estabelecidas no inciso III.

§ 5º A compensação de que trata o inciso III deste artigo deverá ser submetida à aprovação pelo órgão ambiental estadual competente, e pode ser implementada mediante o arrendamento de área sob regime de servidão florestal ou reserva legal, ou aquisição de cotas de que trata o art. 44-B.

§ 6º O proprietário rural poderá ser desonerado, pelo período de 30 anos, das obrigações previstas neste artigo, mediante a doação, ao órgão ambiental competente, de área localizada no interior de Parque Nacional ou Estadual, Floresta Nacional, Reserva Extrativista, Reserva Biológica ou Estação Ecológica pendente de regularização fundiária, respeitados os critérios previstos no inciso III deste artigo. (Redação dada ao artigo pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 24.08.2001, DOU 25.08.2001 - Ed. Extra, em vigor conforme o art. 2º da EC nº 32/2001)

Sumário: 1 Introdução. 2 As florestas. 3 Da reserva legal. 4 A obrigatoriedade da reserva legal. 5 Percentuais que devem ser mantidos na reserva legal. 6 Exigibilidade da averbação. 7 Conclusão. 8 Referências bibliográficas.

1 Introdução

O princípio da reserva legal está elencado no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal firmado como cláusula pétrea.

Primeiramente, é bom considerar que a reserva legal se caracteriza como verdadeira limitação administrativa de uso que incide sobre o direito de propriedade, com fulcro no princípio da função "socioambiental" da propriedade.

O art. 182, § 2º, estabelece:

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

De outra parte, o art. 186 dispõe que a propriedade rural cumpre sua função social quando atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- I - aproveitamento racional e adequado;
- II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Percebe-se que a propriedade rural, como meio de produção, deve servir ao homem na medida de sua necessidade. Mas a função social impõe observar o modo como dela se extraem os produtos e benefícios, pois a propriedade sobre os bens ambientais que integram o domínio privado não pode ser tida como um sacrifício social.

O particular poderá utilizar-se da água, das florestas privadas e de demais parcelas do meio ambiente com a responsabilidade de dar-lhes destinação ambientalmente adequada. Fruição individual; proveito coletivo.

Sendo assim, as florestas de domínio privado não podem ser livres e irrestritamente exploradas. Somente aquelas que não são de preservação permanente ou não estão sujeitas a limitações poderão ser exploradas de acordo com o que for estabelecido pelo Código Florestal.

2 As florestas

As florestas constituem uma forma de vegetação natural ou plantada composta de um grande número de árvores com pouco espaçamento entre elas.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, em seu art. 24, VI, a competência para legislar sobre este assunto é concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal. Agora,

*Assessora Jurídica do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

tendo em vista a preservação das florestas, da fauna e da flora, a competência é comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, como se verifica no art. 23, VII. Este mesmo artigo estabelece em seu parágrafo único que a lei complementar estabelecerá normas para a cooperação entre os entes citados acima, objetivando o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

O Código Florestal teve sua origem em meados de 1920 e seu projeto, em 1934, foi transformado no Decreto nº 23.793. Dentre as inúmeras inovações que trouxe, a mais polêmica foi a que criou o limite do direito de uso da propriedade, ou seja, a reserva obrigatória de vinte e cinco por cento de vegetação nativa de cada propriedade rural. Essa medida foi considerada pelos fazendeiros e madeireiros da época como um sacrifício ao direito de propriedade e uma restrição grave ao uso economicamente viável do imóvel rural.

Este Código considera as florestas e as demais formas de vegetação como bens de interesse comum a todos os habitantes do País e permite que recaia sobre elas o exercício do direito de propriedade com as limitações que a lei em geral e especificamente o Código impuser (art.1º).O teor do *caput* do art.1º, já exposto, deixa claro que a propriedade florestal está regida pelas limitações gerais existentes no ordenamento jurídico, isto é, respeitando as normas de vizinhança, as normas constitucionais referentes ao desempenho da função social da propriedade, bem como as definidas pela Constituição Federal, que, no caso florestal, se manifesta em institutos próprios que se encontram presentes na Lei de Florestas.

A propriedade florestal é uma propriedade especial que não se confunde com a propriedade em geral, que, diante das diferentes regras jurídicas as quais lhe são aplicáveis, nada mais é do que uma hipótese teórica, pois o que existe na atualidade jurídica são "propriedades". Se existente uma propriedade em geral, esta será aquela subordinada ao conceito jurídico constitucional de função social. A propriedade florestal é dividida em três limitações principais:

- a) áreas de preservação permanente;
- b) as reservas legais;
- c) corte somente com autorização do Poder Público.

Todas estas integram o próprio conteúdo de direito de propriedade florestal. Se a propriedade florestal não possuir, por exemplo, a reserva legal, ela é juridicamente inexistente como tal, porque é desconstituída de um dos elementos essenciais para a sua caracterização legal e constitucional.

Os atos ou omissões contrários às disposições do Código Florestal caracterizam uso nocivo da propriedade e rendem ensejo à via cominatória - o procedimento sumário do art. 275, II, do CPC - para impedi-los.

3 Da reserva legal

A denominação de reserva legal veio a partir da Lei 7.803, de 18 de julho de 1989, que introduziu, também, a exigência de averbação ou registro da reserva legal à margem da inscrição da matrícula do imóvel, sendo vedada "a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou desmembramento da área" (art. 16, § 2º).

O Código Florestal vem sofrendo inúmeras alterações por meio de leis e medidas provisórias que demonstram a dificuldade dos legisladores em conciliar os interesses das diversas pessoas envolvidas no assunto. Tem-se por conceito:

Área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas (art. 1º, § 2º, III, do Código Florestal já com a nova redação dada pela MP nº 1.956-50, de 26.5.2000).

Na Medida Provisória nº 1.956-50/00, destaca-se o chamado mecanismo de compensação da reserva legal, que oferece ao produtor rural que não dispõe dessa área em sua propriedade a alternativa de compensá-la em outra região, equivalente em extensão e relevância ecológica, na mesma microbacia hidrográfica (art. 44, inciso II). Essa MP trouxe uma nova definição da função da reserva legal, comentada por alguns autores como sendo uma área de conservação da biodiversidade, retirando o caráter utilitarista que acompanhou a reserva legal desde os primórdios de sua criação.

A reserva florestal legal é um elemento importante da propriedade florestal, que é constituído por uma área que tem o devido percentual estabelecido em lei, que varia de acordo com as peculiares condições ecológicas em cada região geopolítica do País e que não pode ser utilizada economicamente de forma tradicional, ou seja, destinar-se à produção de madeira ou de outra coisa que dependa da derrubada das árvores. A nova redação do art.16 do Código Florestal admite a prática do manejo florestal para a reserva legal. Esta área não se confunde com as áreas de preservação permanente, que possuem destinação legal e ecológica.

A reserva legal deverá, como já se disse, ser averbada no Registro de Imóveis para conhecimento de terceiros, a sua não-averbação, no entanto, não exonera o proprietário da obrigação de respeitá-la, pois ela não se constitui pela averbação, que é um simples ato de registro que a declara existente. Ela se caracteriza por ser necessária ao uso sustentável dos recursos naturais. Estes recursos podem ser assim descritos:

a) como aqueles que asseguram a reprodução continuada dos atributos ecológicos da área explorada, tanto de flora como de fauna para não se subtrair das gerações futuras o desfrute destas;

b) os recursos naturais são elementos de flora e fauna utilizáveis economicamente como fatores essenciais para o ciclo produtivo de riquezas e sem os quais a atividade econômica não pode ser desenvolvida.

O texto legal da norma estabeleceu uma obrigação geral, em condição não onerosa, que determina que às florestas submetidas ao regime de propriedade privada deve ser assegurada uma parcela para ser excluída da atividade econômica e mantida como reserva legal. A onerosidade da restrição somente se justifica quando ela é instituída de tal forma que apenas um ou poucos proprietários devem arcar com o encargo estabelecido sobre a sua propriedade. A reserva legal atinge todos os proprietários de áreas florestadas, ou mesmo aquelas que tenham sido desflorestadas. Ela é a efetiva aplicação do art.1º do Código Florestal, que determina serem as florestas um interesse comum de todos os habitantes do País. Merece ser ressaltado o *caput* do art. 225 da Constituição Federal, que recepcionou o art.1º do Código Florestal, o qual alude ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e indispensável à sadia qualidade de vida; está se referindo, portanto, à qualidade da vida humana. Os referidos artigos estabelecem:

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.

Parágrafo 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...)

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

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

Parágrafo 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

O art. 1º do Código Florestal dispõe:

Art. 1º As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.

4 A obrigatoriedade da reserva legal

Sendo uma obrigação que recai diretamente sobre o proprietário do imóvel, a reserva legal independe de sua pessoa ou da forma pela qual se tenha adquirido a propriedade.

Ela está ligada à própria coisa permanecendo aderida ao bem. Se o imóvel for alienado, com o direito de propriedade irá a reserva. Se houver apenas o desmembramento, a área de reserva não será modificada, admitindo-se que integre parcialmente o novo imóvel surgido.

Caso o imóvel não possua floresta, o proprietário será obrigado a formá-la aos poucos. Caso já tenha, deverá conservá-la. Em qualquer caso, ficará aquela parte do imóvel gravada perpetuamente com a restrição. A imutabilidade também atende à finalidade da reserva. Se houvesse a possibilidade de ela deslocar-se, estaria frustrado o objetivo da conservação - da preservação.

Para o proprietário se desonerar da obrigação, ele deverá renunciar ao direito real que possui mediante a utilização de qualquer uma das formas legais aptas para transferir a propriedade. A reserva legal se assemelha a um ônus real que recai sobre o imóvel e obriga o proprietário e a todos aqueles que venham a adquirir tal condição quaisquer que sejam as circunstâncias. É uma obrigação *propter rem*, ou seja, uma obrigação real ou mista. Considerando-se sua origem, verifica-se que provém da existência de um direito real que é imposto ao seu titular.

A interpretação literal da lei pode levar à conclusão de que realmente todos os imóveis devem sofrer a restrição com a separação da reserva legal. Mas, como o legislador estabeleceu o limite de 20% de cada imóvel, esta restrição incide em todas as terras particulares situadas nas regiões atingidas pela medida (art.16, a, e § 3º do mesmo). Na verdade, a reserva legal grava um imóvel perpetuamente, haja ou não desmembramento ou alienações. Essa reserva não pode ser diminuída nem aumentada.

Nas palavras de Bessa Antunes:

a manutenção da reserva legal é uma obrigação legal que deriva da própria coisa. É certo que, em circunstâncias especiais, poderá haver simultaneamente a prática do dano ambiental. Esta, no entanto, somente se caracterizará em relação àquele que, por ação ou omissão direta, deu causa à destruição da Reserva Legal.

Na área de reserva legal, é proibido o corte raso da cobertura arbórea. Define-se corte raso como um "tipo de corte em que é feita a derrubada de todas as árvores, de parte ou de todo um povoamento florestal, deixando o terreno momentaneamente livre de cobertura arbórea" (Paulo Affonso Leme Machado, com apoio na Portaria P/1986-IBDF).

Além de estar disciplinada no art. 16, § 2º, do Código Florestal, a proibição de suprimir a vegetação da reserva legal, Decreto 3.179/99, que define as infrações administrativas também define tal proibição. Os arts. 38 e 39 do citado decreto estabelecem a prova suficiente da proibição de supressão vegetal:

Art. 38. Explorar área de reserva legal, florestas e formação sucessoras de origem nativa, tanto de domínio público quanto de domínio privado, sem aprovação prévia do órgão ambiental, bem como a adoção de técnicas de condução, exploração, manejo e reposição florestal: multa de R\$ 100,00 a R\$ 300,00, por hectare ou fração, ou por unidade, estérreo, quilo ou metro cúbico.

Art. 39. Desmatar, a corte raso, área de reserva legal: multa de R\$ 1.000,00, por hectare ou fração.

5 Percentuais que devem ser mantidos na reserva legal

Novamente o art. 16 do Código Florestal, de acordo com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória 1.956-53/00 em seu *caput*, estabelece como regra geral a possibilidade da supressão das florestas e outras formas de vegetação nativas desde que não estejam classificadas como áreas de preservação permanente e não estejam submetidas ao regime de utilização limitada ou protegidas por legislação específica. Esta regra somente é aplicável se observadas as áreas de reserva legal mínimas definidas nos quatro incisos. Eles estabelecem:

As florestas e outras formas de vegetação nativa, ressalvadas as situadas em área de preservação permanente, assim como aquelas não sujeitas ao regime de utilização limitada ou objeto de legislação específica, são suscetíveis de supressão, desde que sejam mantidas, a título de reserva legal, no mínimo:

I - oitenta por cento, na propriedade rural situada em área de floresta localizada na Amazônia Legal;
 II - trinta e cinco por cento, na propriedade rural situada em área de cerrado localizada na Amazônia Legal, sendo no mínimo vinte por cento na forma de compensação em outra área, desde que esteja localizada na mesma microbacia, e seja averbada nos termos do parágrafo 7º, deste artigo;

III - vinte por cento, na propriedade rural situada em área de floresta ou outras formas de vegetação nativa localizada nas demais regiões do País; e

IV - vinte por cento, na propriedade rural em área de campos gerais localizada em qualquer região do País.

O percentual de 20% foi confirmado como o padrão geral aplicável às demais regiões do País, seja às florestas ou a outras formas de vegetação.

6 Exigibilidade da averbação

Como a Lei 4.771/65 não estabeleceu nenhuma penalidade para a falta de averbação da reserva, a Lei 8.171/91, em seu art. 99, apesar de não estabelecer tal penalidade, também estabelece:

A partir do ano seguinte ao da promulgação da Lei, obriga-se o proprietário rural, quando for o caso, a recompor em sua propriedade a Reserva Florestal Legal, prevista na Lei 4.771/65, com nova redação dada pela Lei 7.803/89, mediante o plantio, em cada ano, de pelo menos um trinta avos da área total para complementar a referida Reserva Florestal.

Caso o oficial de Registro de Imóveis registre algum imóvel sem que conste a matrícula da averbação, ele não está praticando algo ilícito, pois a lei não o proíbe. O cumprimento da exigência legal cabe ao proprietário do imóvel.

Pelo que se observa, de acordo com a legislação complementar e os atos administrativos, o proprietário não sofrerá as consequências da não-averbação da reserva legal. Ela não é objeto de nenhuma regulamentação específica, apesar de que a lei que a explicitou, devia ter regulamentado tal matéria em 90 dias (art. 3º da Lei 7.803/89).

A Portaria do Ibama nº 113 /95, que exige o manejo florestal sustentável na exploração das florestas primitivas e demais formas de vegetação arbórea, para obtenção econômica de produtos florestais, cita a reserva legal em seu art. 3º. Sendo assim, ela estabelece que a concessão de autorização para desmatamento implica definição da área de reserva legal, precedida de vistoria técnica que levará em conta os fatores enumerados. Caso se constate na vistoria que o imóvel não possui reserva legal, o proprietário deverá apresentar ao Ibama um programa de recomposição de reserva florestal de acordo com o art. 99 da Lei 8.171/91.

A autoridade competente em cada Estado poderá exigir a averbação da reserva legal como requisito para qualquer forma de exploração da vegetação.

A averbação não é constitutiva. A reserva independe da averbação para existir, tanto que

grava também os imóveis em poder dos posseiros, de pessoas que os exploram legitimamente, mas sem título de propriedade. Ninguém se exime de ter que respeitar a reserva sob alegação de que ela não consta dos registros públicos.

Em princípio, caberá ao proprietário do imóvel determinar qual a área reservada. Mas ele não poderá destinar à reserva parte não aproveitável do imóvel, apenas para satisfazer à exigência legal. É necessário atingir os objetivos da lei; é preciso que as terras reservadas sejam realmente dotadas de condições que promovam o meio ambiente.

A área ocupada pela reserva legal está isenta de ITR. O Poder Público pode exigir do proprietário do imóvel que a reserva esteja especializada e averbada no Registro de Imóveis para aplicar a respectiva isenção.

7 Conclusão

Diante desses fatos, fica visível a importância dos estudos que busquem sempre remeter à importância da reserva legal.

Como se demonstrou, a reserva legal tem natureza jurídica de obrigação *propter rem* e como tal a responsabilidade pelo inadimplemento não se confunde com a responsabilidade decorrente do dano que é resultante de um prejuízo injusto a terceiros.

O responsável pelo adimplemento de tal obrigação é sempre o proprietário que dela pode exonerar-se pela existência do direito.

A denominação de reserva legal introduziu a exigência de averbação ou registro da reserva legal à margem da inscrição da matrícula do imóvel, sendo vedada "a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou desmembramento da área" (art. 16, § 2º).

O direito de uso da propriedade em relação à reserva legal é contestado devido aos percentuais de 20%, 35% e 80% de área do imóvel destinada à reserva legal, de acordo com a região e a fisionomia vegetal (MP nº 1.956-50/00, art. 16, inciso II).

As mais recentes modificações do Código Florestal ocorreram em maio de 2000 e foram acompanhadas por vários segmentos da sociedade civil mobilizada, organizações não governamentais, ambientalistas e entidades representantes dos agricultores, alcançando ampla repercussão na mídia de todo o País.

Sendo assim, e tendo ainda muitas discussões sobre o assunto, espera-se que se chegue a um consenso sobre qual vai ser o futuro da reserva legal, se a conservação dos remanescentes de vegetação nativa nas propriedades continuará a depender, principalmente, da decisão dos produtores rurais em proteger essas áreas.

Enfim, a reserva legal é uma manifestação do domínio eminente, e esta condição não pode ser desrespeitada pelo proprietário, privado ou público ou por quem quer que seja.

8 Referências bibliográficas

FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 1998.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. Atualização Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1996.

MORAES, Luís Carlos Silva de. *Código Florestal comentado: com as alegações da Lei de Crimes Ambientais, Lei 9.605/98*. São Paulo: Atlas, 1999.

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Publicação oficial do Instituto Brasileiro de

Ciências Criminais, ano 10, nº 37, janeiro/março 2002. Trimestral.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MILARÉ, Édís (Coordenação). *Revista de Direito Ambiental*.

Publicação oficial do instituto O Direito por um Planeta Verde. Diretor responsável: Carlos

Henrique de Carvalho Filho. Coordenadora da revista: Oriene Pavan. Ano 6, nº 21, jan./mar. 2001.



Sumário: 1 Introdução. 2 Breve retrato da propriedade (propriedade ou propriedades). 3 Direito de propriedade e a Constituição. 4 Direito de propriedade e o novo Código Civil. 5 A regra do art. 1.228 e os parágrafos 1º e 2º do NCC. 6 Princípios do direito ambiental e o direito de propriedade no novo Código Civil. 7 Conclusão. 8 Referências bibliográficas.

1 Introdução

O Curso de Direito Ambiental, promovido pela Escola Judicial Des. Edésio Fernandes, proporcionou-nos uma visão ampla e muito interessante acerca do direito ambiental, em suas bases principiológicas, na questão referente às normas aplicáveis, bem como ajudando-nos a compreender a extensão e importância do tema no mundo contemporâneo, sobretudo em face das inúmeras e graves agressões ao meio ambiente, que vêm degradando de forma irresponsável e perigosa o planeta, colocando a todos em situação de risco, negando mesmo aos nossos descendentes a garantia de uma vida saudável e até mesmo, porque não dizer, ecologicamente possível.

A par disso, chama-nos a atenção que o homem, como principal agressor do ecossistema, por razões mesmo de ordem cultural, processa uma vida descompromissada com a natureza, partindo talvez de uma visão filosófica de conteúdo egocêntrico e individualista, isto é, reconhecendo ou identificando o mundo a partir exclusivamente de seus interesses. Este posicionamento, sobretudo no mundo ocidental e capitalista, surge de uma educação excludente, que associa a idéia da propriedade, com plano de conquista e, mais grave, de uma conquista que exclui o outro como modo de dominação e poder. Quanto mais tenho, quanto mais conquisto, mais poderoso me sinto. Em que pese se tratar de um paradoxo, visto que somos seres sociais, já que dependemos do outro para viver, entretanto buscamos o tempo todo a exclusividade, num processo de identificação de ser no mundo. Nesse sentido, cresce para nós, ocidentais, de uma forma geral, o direito de propriedade, como identificador deste poder, e o que é pior: deste poder ser. Quanto mais tenho, mais sou para o mundo capitalista e ocidental. Esta cultura nos reserva uma idéia arraigada, de longa data, de que a propriedade, como direito, deve sempre ser respeitada, e mais: que o proprietário, senhor de cutelo e martelo, tudo pode em face da mesma, tendo ao seu alcance inúmeros instrumentos jurídicos de defesa, que lhe possibilitam até mesmo afastar pelo meio da força física toda e qualquer violação ao referido direito.

Pois bem, tudo isso nos levou a uma reflexão acerca da noção de propriedade e da força cultural que possui, levando e encaminhando-nos para traçar um paralelo com a visão do direito ambiental, cuja natureza pública revela um embate necessário e difícil com este direito privado da propriedade. E foi com grata surpresa que verificamos que o novo Código Civil brasileiro trouxe no título da propriedade (Título III do Livro III), que contém o direito das coisas, regras preciosas que importam numa mudança profunda na visão arcaica e limitada da propriedade do Código de Clóvis Beviláqua (1916), trazendo, portanto, aspectos inovadores que privilegiam a visão social e portanto pública da propriedade, revelando disposições de caráter tipicamente de proteção ambiental, sinalizado, assim, para novos tempos no direito e na discussão entre o privado e o público.

Pois bem, buscando trazer um pouco desta nova visão do direito de propriedade sob uma visão ambientalista é que procuramos desenvolver esta monografia, porém sem a pretensão de

*Assessora Jurídica do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

esgotar o tema, até porque muito amplo, e limitando a discussão sobretudo àqueles dispositivos que de uma forma direta envolvem a discussão ou uma relação com o direito ambiental, dando e criando, assim, instrumentos importantes para impedir que a visão culturalmente equivocada do homem: "do meu mundo", "da minha propriedade", e não "do nosso mundo", ou melhor, do mundo em que vivemos.

Para desenvolvimento do tema, procuramos então situar de uma forma rápida a noção de propriedade e as suas múltiplas visões, bem como a visão desta propriedade no plano do direito brasileiro, fazendo-o apenas como uma forma de situar o tema, de molde a servir, não como marco teórico, mas apenas como um ponto comparativo, sem maior profundidade, portanto. Em seguida, sem afastar muito da proposta, procuramos traçar a visão da propriedade hoje, sobretudo após a entrada em vigor da Constituição Federal, que na verdade deu novo alento ao tema, constituindo-se numa virada de Copérnico, que alavancou, ou melhor, possibilitou alavancar a mudança do tema no novo Código Civil brasileiro. Neste diapasão, continuamos, então, após procurar demonstrar essa mudança constitucional, examinar o tema diretamente no texto civil, que procuramos analisar sob o prisma geral e sob o prisma específico, com exame direto, neste último caso da regra do § 2º do art. 1.228 da Lei 10.406/02, que contém o novo Código Civil, regra esta que por si só já justificaria uma monografia. Após este exame, procuramos trazer os princípios do direito ambiental traçando, ainda que de maneira limitada, alguns paralelos com o direito de propriedade, concluindo a proposta, numa forma mais ampla, pelo exame do embate do público e do privado (direito ambiental e direito de propriedade), para constatar, ao final, que essa luta tem agora novas cores que a colocam num patamar de correlação, em que a busca do privado não exclui o público, e este não impede aquele, permitindo, assim, uma convivência harmônica entre o homem e o mundo, ou seja, permitindo que a visão culturalmente equivocada do homem do meu mundo, da minha propriedade, passe a ser a visão do nosso mundo, do mundo em que vivemos.

2 Breve retrato da propriedade (propriedade ou propriedades)

Em nossa cultura, a propriedade, em sua forma antropológica, retrata um modelo individual e potestativo, fruto de uma experiência jurídica do passado e do presente, numa junção napoleônico-pandectista, e decorrente da discussão clássica entre os vínculos jurídicos que se formam entre o homem e as coisas. A utilização do termo hoje não pode ater-se a uma observação singular e abstrata, de caráter formal, que por certo é totalmente inadequada para descrever a forma complexa e múltipla da apropriação das coisas e que antecedem mesmo a formulação unitária, equivalente ao período das codificações, como bem nos esclarece Paolo Grossi (1988). Não é, como nos adverte a doutrina, uma simplória multiplicação de noções que passa a substituir o conceito unitário de propriedade, o qual permanece, porém, uma forma e um meio de definir determinadas relações tidas agora como proprietárias, em suas plúrimas manifestações por oposição às relações de outra natureza qualquer, como aquelas reguladas pelo direito das obrigações, por exemplo, hoje é impossível deixar de considerar um certo núcleo de características comuns que ligam entre si todas as múltiplas propriedades.

Neste ponto, sem desconhecer o fato de que o aspecto histórico passa a ser essencial, para compreender e a partir daí refazer, ou melhor, reconstruir a noção da propriedade, procuramos examinar o tema, sem contudo descer a um âmbito de profundidade histórica, até mesmo para não desviarmos do nosso exame, deixando entretanto aqui constatada a nossa compreensão da necessidade de um aprofundamento histórico sobre o tema, remetendo nossos leitores aos clássicos para esse exame, como, por exemplo, *A cidade antiga*, de Foustel de Coulanges. Essa constatação da necessidade do exame histórico inicia-se com a própria necessidade de compreender a unificação do termo, procedida por ocasião do período oitocentista, quando ali, no movimento codificador, a idéia de propriedade foi reunida de forma unitária, com interesse claro e específico de proteção dos chamados interesses individuais da burguesia. Isto, no entanto, não nos permite desconhecer que a noção de propriedade já tinha no período romano outras perspectivas, como, por exemplo, a noção de domínio útil, que apontava para uma efetividade da propriedade,

reconhecida, como dito, já no conceito romano da efetividade da utilização do bem, existente de maneira clara no período do Alto Medievo, que dominou ainda como imperiosa constituição material do mundo dos glosadores e dos comentadores.

Portanto, sem a necessária profundidade que o tema mereceria, partimos apenas da constatação de que o direito de propriedade no período da Revolução Francesa surgiu como o baluarte das liberdades individuais contra a ingerência do Estado, servindo mesmo, como assinala BOBBIO, em sua obra *Estado, governo, sociedade - Para uma teoria geral da política*, p. 23: "Um dos eventos que melhor do que qualquer outro revela a persistência do primado do direito privado sobre o direito público é a resistência que o direito de propriedade opõe à ingerência do poder soberano, e portanto ao direito por parte do soberano de expropriar (por motivos de utilidade pública) os bens do súdito", servindo assim como sinalizador da dicotomia entre o público e o privado. Esta simbologia da ideologia liberal, em que se tornou a propriedade, tem como raízes históricas a filosofia e a teologia voluntarista do Medievo, passando pelas contribuições da escola do direito natural e do individualismo possessivo de origem empirista. Em outras palavras, a nova visão do homem no cosmos, isto é, do homem que se descobre sujeito, soberano e dominante, como assinala Grossi, em sua obra *Proprietà*, a perda da noção teológica da natureza, com a moderna idéia de sujeito, e a chamada filosofia da modernidade, permitiram então compreender o fenômeno. Porém não nos podemos esquecer, no plano histórico desta formação, da visão proprietária, da noção de individualismo possessivo, cujas raízes se encontram na filosofia de Locke.

O que é importante retratar neste plano é que o direito de propriedade aparece como direito absoluto, exclusivo, ilimitado, sagrado e inviolável, no ápice do liberalismo, onde a noção de propriedade está atrelada ao caráter subjetivo. Ou seja, o direito privado reduz-se a um sistema de direitos subjetivos, centrado na técnica do sujeito de direito único, isto significando dizer que o homem em qualquer condição social é sujeito abstrato; de outra forma, os direitos subjetivos são colocados no centro do sistema das idéias liberais, na condição de direitos natos, atributos que são reconhecidos e tutelados pelo direito objetivo.

A importância do reconhecimento do sistema repousa na idéia clara do que isto importa como questão grave para compreensão da visão cultural e jurídica da propriedade e, conseqüentemente da percepção da influência deletéria no conflito e confronto do direito proprietário e do direito ambiental. Não obstante, cumpre salientar que a passagem da propriedade feudal à propriedade privada moderna, consagrada no modelo jurídico napoleônico-pandectista, não faz parte da experiência jurídica nacional, que desconheceu a estrutura econômica feudal, ponto de início da propriedade da complexa hierarquia dominial do Medievo. Aqui tivemos uma forma própria decorrente da transferência do patrimônio da Coroa Portuguesa, que mantinha os particulares em uma relação de concessão, de natureza jurídico-administrativa, isto é, as sesmarias, instituto simbólico da história territorial brasileira, embora o ponto convergente e final seja o mesmo, a propriedade, como conceito unitário, abstrato, absoluto.

3 Direito de propriedade e a Constituição

O direito de propriedade no Brasil foi tratado pela primeira Constituição, a chamada Constituição Imperial de 1824, quando no art. 179, cuidando dos direitos individuais do cidadão, fez assinalar, dentre outros direitos tais como a liberdade, a segurança individual, a propriedade, tendo quanto a esta afirmado: "É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela". Porém, naquela oportunidade, já se gizava a possibilidade de desapropriar os bens particulares, por exigência do bem público, fato que por certo não se confundia com a função social, constituindo-se aquela em simples limitação pública do caráter perpétuo da propriedade. Por sua vez, a Constituição de 1891 não procedeu a qualquer inovação em relação ao texto da Constituição do Império, embora fosse a primeira constituição republicana. Neste aspecto a doutrina assinala que a falta de arrojo se deveu aos aspectos históricos e aos

interesses dos latifundiários do café, que, por óbvio, concentravam o poder econômico e político, tutelando assim seus interesses econômicos.

Por sua vez, a Constituição de 1934 estabeleceu uma importante novidade, ao afirmar pela primeira vez que a propriedade não poderia ser exercida em desfavor do interesse social ou coletivo, como está no texto do artigo 113, número 17, daquela Carta, em que se dizia expressamente: "É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar". Muito embora jamais tenha sido editada a lei que subjugaria aquele tema, ali já se fazia presente a mudança de pensamento, fruto da influência das Constituições Mexicana (1917) e Alemã (1919). Neste sentido anota o professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, em seu *Curso de direito constitucional positivo*, 13. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 73.

Curiosamente, a Constituição Federal de 1937 não repetiu a fórmula da Constituição de 1934, embora fazendo incluir em seu texto referência ao conteúdo e ao limite do direito de propriedade através de lei que viesse a regular o seu exercício, a imputar, portanto, no reconhecimento constitucional do caráter não absoluto do direito de propriedade, sem contudo, como dito, fazer proibir que este exercício seja contrário aos interesses sociais e coletivos.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1946 cuidou do tema da propriedade nos arts. 141 e 147, tendo no primeiro dispositivo mantido a idéia de que o direito de propriedade é um direito inviolável, resguardada a hipótese de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, porém, de forma inovadora, estabelecendo que o exercício desse direito fica condicionado ao bem-estar social, admitida a promoção da justa distribuição da propriedade. O caráter programático de eficácia limitada acabou por tornar inócuos os efeitos daquela modernidade.

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969, entretanto, utilizaram-se pela primeira vez do termo "função social da propriedade", afirmando a necessidade de compatibilização entre os interesses do proprietário e as necessidades da sociedade.

Por fim, a Constituição vigente de 1988, a exemplo do que havia sido feito nas duas últimas Constituições, também incluiu a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica, tendo-o feito também no contexto dos direitos e garantias fundamentais, neste sentido, significando, como assinala o Professor Gustavo Tepedino (1991), dizer que, "como regra fundamental, apta a instrumentalizar todo o tecido constitucional e, por via de consequência, todas as normas infraconstitucionais, criando um parâmetro interpretativo do ordenamento jurídico. É interessante notar que a Constituição reservou à função social da propriedade a natureza de princípio próprio e autônomo". Isto significa dizer que a Constituição Federal de 1988 garante o direito de propriedade desde que vinculado ao exercício de sua função social ou, como assinala o professor JOSÉ ACIR LESSA (1991), em seu texto *Propriedade imóvel: seu conceito, sua garantia e sua função social na nova ordem constitucional*, *Revista dos Tribunais*, v. 669: "Ao mesmo tempo em que a propriedade é regulamentada como direito individual fundamental, revela-se o interesse público de sua utilização e de seu aproveitamento ligado aos anseios sociais". O que nos permite concluir que para a nova ordem é relevante a propriedade que, respeitando a dignidade da pessoa humana, contribuir para o desenvolvimento nacional, para diminuição da pobreza e das desigualdades sociais, mas não apenas isto, deve servir para cumprir os interesses da coletividade no plano do meio ambiente, como aliás expressamente consignado no artigo 225 do Capítulo VI da Carta da República.

4 Direito de propriedade e o novo Código Civil

Como se sabe, o direito de propriedade sempre foi tido como o mais importante e o mais sólido de todos os direitos subjetivos, sendo mesmo a pedra angular ao redor da qual gravita todo o direito das coisas. Como nos esclarece o professor Washington de Barros Monteiro (2003), do ponto de vista jurídico, o termo propriedade tem acepções distintas, assim é que, no sentido lato, recai tanto

sobre coisas corpóreas como incorpóreas; e, recaindo sobre coisas corpóreas, tem a denominação peculiar de domínio, o que permite concluir que o primeiro termo caracteriza o gênero, sendo o domínio uma espécie, embora por vezes confundidos.

Pois bem, o direito de propriedade foi definido no Código Gaulês, numa fórmula que se tornou célebre como sendo: "o direito de gozar e de dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que delas não se faça uso proibido pelas leis e regulamentos". De igual forma também assim definiu o direito italiano (Código Civil Italiano - art. 436). A noção de direito absoluto, que se traduz pela oponibilidade *erga omnes*, como e também porque seu caráter de plenitude o eleva à condição de o mais completo de todos os direitos reais, acaba por gerar aspectos ensejadores de embates, sobretudo no âmbito do direito ambiental, a despeito de não se poder perder de vista que o caráter absoluto, que permite ao proprietário dispor da coisa como entender, porém desde que observados o interesse público ou a coexistência deste poder com o dos demais indivíduos. A par disso, o atributo de exclusividade, o direito de um exclui o direito do outro sobre a mesma coisa, ressalvada a hipótese do condomínio, faz exagerar o sentimento antropocêntrico. No Código Civil de 1916, tinha-se inclusive que o domínio se presumia exclusivo e ilimitado, até prova em contrário, como estava assentado na regra do artigo 525 daquele *codex*. Por sua vez, o art. 524, valendo-se da fórmula do Código Gaulês, deixava assinalado que: "A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua".

Pois bem, sem repetir a fórmula do Código de 1916, o atual texto civil, em seu art. 1.228, assinala que: "o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha", observando-se, pelo novo texto, que não se fala mais em direito, mas sim numa faculdade de usar, gozar e dispor dos bens. Pois bem, isso sinaliza para uma mitigação do poder antropocêntrico herdado do texto anterior, cuja inspiração é do período oitocentista, pautado, portanto, nas idéias liberais da Revolução Francesa que pautaram o texto do Código Francês, que é o inspirador de todo o fenômeno da codificação.

Assim sendo, observa-se no novo texto uma repactuação da figura do proprietário, como aliás assinala o professor JOÃO BATISTA DE OLIVEIRA CÂNDIDO (2003), em palestra proferida pela EJEF, na Cidade de Ipatinga, onde aquele esclarece:

Assim é que ao proprietário, que na visão do Código Civil é senhor de cutelo da mesma, dela podendo dispor ao seu modo e interesse, agora fica preso à função social da propriedade. Houve pois uma socialização do direito da propriedade. Neste sentido o § 1º do art. 1.228 do projeto não deixa dúvidas: 'O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas'. Isto se caracteriza também no direito de vizinhança, por exemplo o art. 1.277.

Neste sentido, exemplifica-se ainda com a questão da própria posse. Embora a posse continue sendo mantida em seu conceito unitário, enquanto exteriorização da propriedade (Savigny), tem ela ainda um novo conceito, que é o da posse acompanhada da criação do indivíduo (*pro labore*). Trouxe-se a nova idéia constitucional da função social da propriedade, com repercussão na posse útil, isto é, aquela que vem acompanhada da criação humana, ou seja, do trabalho do homem. Nestes casos, então, o prazo é diminuído. Artigo 1.238. "Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para a transcrição no Registro de Imóveis. Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo". O próprio § 4º do art. 1.228 do projeto, que define os direitos do proprietário, apresenta uma forma curiosa de privação, e, porque não dizer, perda da propriedade, por uma forma de posse útil. Diz ele que: "O proprietário também

pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicando consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, a estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. Nesse caso, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para transcrição do imóvel em nome dos possuidores".

Incluiu-se o conceito de superfície, não existente no Código Civil, numa visão daquilo que mais moderno existe, e que o projeto trabalha, abrindo campo no direito urbanístico.

Ora, isso demonstra em síntese que a figura do proprietário e a noção de propriedade no novo Código Civil se acha agora socializada, pautada por certo na noção constitucional da função social da propriedade. Aqui, cumpre dizer da importância da mudança, porquanto ela representa o espaço aberto para uma maior interação, inclusive no plano cultural, do embate entre o público e o privado no âmbito dos direitos proprietários.

Neste sentido, contribui para isto a regra do art. 1.231 do novel texto, quando diz que "a propriedade presume-se plena e exclusiva até prova em contrário", e não em caráter "ilimitado", como dizia o texto anterior aqui já mencionado, verificando-se que a técnica de acrescer ao *caput* do art. 1.228, que define, por assim dizer, o antigo direito proprietário a uma faculdade de uso limitado, em que os parágrafos apontam e afirmam tais limitações, dá com certeza um novo alento, porquanto retira a rusga antropocêntrica em que sempre se viu a propriedade. E neste jaez acresce verificar com vagar o tema específico do art. 1.228, § 1º, que representa, para o direito ambiental, uma norma importante, a diluir a prepotência com que sempre se viram os proprietários.

É bem verdade, e isto não se pode desconhecer, que a questão das mudanças do novo Código, quanto ao direito proprietário, decorrem por certo da mudança cultural global e da conscientização das pessoas para os problemas do ecossistema, trabalhados de maneira profunda na sociedade hodierna. Neste aspecto, a Constituição Federal de 1988, como se viu no capítulo anterior, deu uma contribuição importante, quando trouxe para as afirmações dos direitos fundamentais a noção do direito de propriedade pautada na sua função social, isto é, garante-se o direito de propriedade como direito do indivíduo, mas no contorno da sua função social. Esta socialização, estendida por certo na ordem econômica, aponta para princípio de natureza constitucional que revela uma certa publicização daquilo que se tinha como privado. É verdade, e os mestres apontam com clareza que hoje houve uma constitucionalização do direito civil, o que se explica de forma clara pela própria alteração do sentido das fontes. Antigamente, o Código Civil tinha como pressuposto e função normativa ser a central única de todos os temas da vida privada e, portanto, do direito privado; era, pois, fonte originária. Esta função, que se confundia na própria pretensão do sistema codificado, com o passar do tempo, se viu equivocada, tendo mesmo se perdido, já que, viu-se logo, um código não conseguiria deter, como pretendia, todas as questões do mundo privado. Daí surgiram as leis "extravagantes", isto é, aquelas que vagavam em torno do Código Civil, e após as leis especiais, que cuidavam de certos temas, sem contudo retirar o poder maior dos Códigos. Por fim, se observou que o Código Civil perdera a sua função de centralidade da fonte do direito privado.

Por sua vez, a Constituição, ao cuidar de temas amplos, de forma setorizada, alcançando temas antes tidos como próprios do direito privado, acabou por levar, até mesmo em face da sua preponderância hierárquica, a uma "interferência" no direito privado. Neste aspecto, como anota o professor GUSTAVO TEPEDINO, em excelente texto sobre o tema, Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002, houve uma constitucionalização do direito civil. Neste sentido, por óbvio que o direito privado perdeu a força de centralidade de fonte, passando a ser um coadjuvante do sistema, exigindo, portanto, que haja uma análise crítica do seu papel e, por certo, uma nova postura interpretativa, como lembra o citado autor. Agora, é necessário examinar o direito privado sob o plano da ordem constitucional, entendendo-se, portan-

to, como uma visão civil-constitucional do direito privado.

É neste condão que se deve pautar a leitura do novo texto civil e, obviamente, a questão da propriedade.

5 A regra do art. 1.228 e os parágrafos 1º e 2º do NCC

Destaca-se aqui, neste item, o art. 1.228 do Código Civil, que sobre o tema afirma: "O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha", mas sobretudo se destaca o seu parágrafo primeiro que "O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas".

Comentando dito dispositivo, diz o aqui já citado professor Washington de Barros Monteiro (2003) que: "No § 1º verifica-se a preocupação com a função social da propriedade, com a preservação da flora e da fauna, com a defesa do meio ambiente e do patrimônio histórico, através do tombamento. Portanto, o novo Código Civil, com essa regra, procurou despertar no homem comum o exercício da cidadania, impondo limitações de caráter social ao direito de propriedade".

Por sua vez o professor MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO (2002), em sua obra: *Novo Código Civil anotado*, comentando o tema do art. 1.228, e em especial a o parágrafo primeiro, esclarece que: "Como sabido, estabelece o art. 5º, XXIII, da Carta Política Federal que a propriedade deverá cumprir a sua inafastável função social, e o dispositivo em comento apresenta um elenco exemplificativo de hipóteses a fim de que a sociedade fiscalize o cumprimento do cânone constitucional, tais como o respeito à flora, à fauna, às belezas naturais, ao equilíbrio ecológico e ao patrimônio histórico e artístico, bem como que seja evitada poluição do ar e das águas. Na Constituição da República e nas leis especiais que tutelam os apontados interesses difusos se encontram previstas sanções para o descumprimento do preceito da função social da propriedade".

Assevera ainda anotar sobre o tema que, a par do dispositivo que é de clareza palmar, o legislador deixa claro também que o abuso do direito, isto é, das faculdades de uso, gozo e fruição, pode redundar em restrição ao próprio direito, interpretação esta que pode se defluir da exegese do § 2º do artigo em comento, que diz que: "são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem". Em especial quando o referido § 2º é conjugado com o art. 188, I, do mesmo diploma, em interpretação efetivada a *contrario sensu*, já que ali se diz que não constitui ato ilícito, aquele praticado em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido, sendo por óbvio que no sentido inverso constituem atos ilícitos. Aliás, o art. 187 do mesmo texto diz que: "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes".

Aliás, analisando o tema, o professor BEZERRA DE MELO, acima citado, esclarece com razão que: "O uso constitui exercício regular do direito de propriedade e deve ser exercido em consonância com a função social da propriedade, com o efetivo interesse do proprietário ou sua comodidade e nunca como instrumento de capricho, vingança ou com o fito de causar dano a outrem", sendo claro que, quando se diz causar dano outrem, aparece clara a noção difusa que se conecta de forma direta com o direito ambiental pela sua própria natureza jurídica. Assim, o texto civil do parágrafo segundo, a par de reafirmar o limite imposto pela função social, traduzida pela utilização devida do meio ambiente, que o texto explicita, importa mesmo no reconhecimento de uma punição objetiva, que torna ilícito o ato praticado. Não por outra razão que no comentário tecido ao texto, o professor BEZERRA DE MELO (2002), de forma esplêndida, esclarece que: "O abuso de direito, na mira do direito positivo, tem a natureza jurídica de ato ilícito, como pode ser visto na interpretação a *contrario sensu* do art. 188, I, do Código Civil, ou seja, constitui ato ilícito o exercício irregular

de um direito reconhecido que no direito de propriedade é qualquer utilização que não se restrinja às suas funções. À guisa de exemplo, poderíamos pensar na hipótese de alguém construir um muro bem alto apenas para fazer sombra no prédio vizinho ou atrapalhar a navegação aérea; construir um poço profundo apenas para suprimir as águas dos outros adquirentes de lote; não permitir, sem justificativa plausível, a passagem forçada para alguém que necessite escoar a sua produção agrícola, encontrando-se a estrada pública em péssimas condições, entre outras posturas sociais reprováveis". E, aproveitando a exemplificação, diríamos a todos aqueles que não observassem o meio ambiente, promovendo a sua degradação mesmo que na sua propriedade. Logo o corte de árvores, a caça e vários outros atos importariam por certo em violação do referido direito difuso, contido agora na regra do art. 1.228 e em seus analisados parágrafos.

O que se verifica, portanto, é que, no plano do direito privado, onde o embate da propriedade exclusiva e ilimitada com o direito público, que na ordem antecedente era, se não desfavorável ao menos gerador de controvérsias tem agora, no contexto da nova lei uma visão muito mais publicizada, decorrente como visto da noção de função social da propriedade, mas, e também de maneira objetiva, decorrente da visão muito menos antropocêntrica, que consegue ver e vislumbrar na ordem jurídica a propriedade inserida no contexto de todos. Em palavras simples, poderíamos então concluir afirmando que, com o novo Código Civil, em especial nos dispositivos em comento, acabou por encetar uma nova visão da propriedade, explicitando de maneira clara os contornos da função social que justificam a propriedade e, portanto, a faculdade de uso, gozo, fruição e disposição, assim como também o fez o texto constitucional, no § 2º do art. 182, quando cuidou de explicitar o princípio da função social da propriedade urbana. Desse modo, houve como que uma publicização do fenômeno privado, ficando claro, como analisado no contexto do § 2º do art. 1.228, que há mesmo vedação expressa que impede no plano coletivo, e portanto difuso, a má utilização da propriedade. Neste particular, diríamos então que a natureza jurídica da vedação de mau uso da propriedade se equivale àquela do direito ambiental, visto que ambas passam a ter, no pertinente, a noção de um direito difuso.

6 Princípios do direito ambiental e o direito de propriedade no novo Código Civil

Segundo o Professor SÉRGIO FERRAZ (1972), o direito ambiental pode ser definido como "o conjunto de técnicas, regras e instrumentos jurídicos organicamente estruturados, para assegurar um comportamento que não atente contra a sanidade mínima do meio ambiente". Por seu turno, o Professor DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO define a matéria, como sendo: "... o conjunto de técnicas, regras e instrumentos jurídicos sistematizados por princípios apropriados, que tenham por fim a disciplina do comportamento relacionado ao meio ambiente". Já o Professor CARLOS GOMES DE CARVALHO, na obra *Introdução ao direito ambiental*, oferece a conceituação seguinte: "conjunto de princípios e regras destinados à proteção do meio ambiente, compreendendo medidas administrativas e judiciais, com a reparação econômica e financeira dos danos causados ao ambiente, aos ecossistemas, de uma maneira geral".

Como se observa da leitura das conceituações acima, verifica-se que nelas a idéia de regras e dos princípios aparece clara como sendo de elementos integrantes das definições ofertadas, sendo portanto necessário, como aqui se pretende apontar, ainda que de forma sintética, os mesmos, para proceder à compreensão do tema que nos envolve. Cumpre entretanto salientar com a lição do Professor TOSHIO MUKAI, em sua obra *Direito ambiental sistematizado*, que as regras jurídicas que constituem o Direito Ambiental são em grande parte de natureza pública, mais precisamente manifestações do exercício do poder de polícia do Estado, daí por que, como salienta aquele autor, "relativamente a esta ação do Poder Público, guardião natural do interesse público, ela está submetida a princípios de Direito Público e de Direito Administrativo", concluindo com razão que: "Tais princípios são de observância obrigatória pelos agentes públicos, independentemente de texto de lei que os acolha expressamente". Ora, por isso mesmo, princípios do direito público, tais como o da primazia do interesse público sobre o privado, o da legalidade administra-

tiva, que só permite ao agente público fazer o que estiver em conformidade com a lei e o direito, o da isonomia no tratamento dos cidadãos, o da liberdade do cidadão, assegurado pelos princípios da ampla defesa e da via administrativa ou judicial, e ainda o princípio da proporcionalidade dos meios aos fins, são na verdade princípios de ampla aplicação também no direito ambiental, em que pese serem princípios de direito público.

De outra sorte, os princípios do Direito Administrativo, tais como da indisponibilidade do interesse público, da especialidade administrativa, da finalidade, da impessoalidade, da moralidade pública e da publicidade dos atos da administração, estes últimos contidos na regra do artigo 37 da Constituição Federal, revelam sempre e de maneira clara princípios da ordem administrativa e que por isso mesmo apontam para o caminho da aplicação no direito ambiental.

A despeito disso, a existência de tais princípios, como não poderia deixar de ser, não elide, e muito menos impede, princípios próprios e referentes ao direito ambiental. Em que pese inexistir uma princiologia do direito ambiental no direito brasileiro, conforme afirma o professor TOSHIO MUKAI, não se pode, entretanto, deixar de reconhecer sua existência, pelo que, como se vale aquele mestre, aqui também nos socorreremos do direito estrangeiro, para proceder a tal indicação. Nesse aspecto, citando o professor FERNANDO ALVES CORREIA (1989), *apud* o Professor Mukai: "Seguindo de perto a doutrina alemã, poderemos dizer que o direito do ambiente é caracterizado por três princípios fundamentais: o princípio da prevenção (*vorsorgeprinzip*), o princípio do poluidor-pagador ou princípio da responsabilização (*verursacherprinzip*) e o princípio da cooperação ou da participação (*kooperationsprinzip*). Estes três princípios estão condensados, ao lado de outros, no art. 3º da Lei de Bases do Ambiente e estão presentes em várias de suas disposições". Pois bem, tais princípios têm um significado próprio, caracterizando-se o primeiro, isto é, o da prevenção, importante na utilização de medidas e políticas que evitem o surgimento de atos violadores do meio ambiente. Aqui, no Brasil, por exemplo, temos na Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, regra assemelhada, contida no art. 2º da referida norma, que expressamente fala da ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo. Por sua vez o princípio do poluidor-pagador ou da responsabilização indica a necessidade de aquele violador ser responsável pela recuperação do ambiente, suportando assim todos os encargos daí decorrentes, impedindo-se a continuidade de sua ação deletéria. Pois bem, tal princípio acha-se acolhido no nosso ordenamento positivo, na citada Lei 6.938/81, em seu artigo 4º, que expressamente aponta para imposição ao poluidor ou predador de proceder à recuperação e/ou indenização dos danos que causar inclusive ao usuário. O que é importante salientar nestas hipóteses é que se trabalha aqui com a possibilidade da responsabilidade objetiva, como se acha assentado na lei brasileira em comento, em seu art. 14, § 3º.

E finalmente o princípio da cooperação, que implica a compreensão exata da colaboração que deve existir entre o Estado e a sociedade através da participação dos diferentes grupos sociais na formulação da política do meio ambiente. Este princípio no nosso sistema acha-se contemplado na regra do art. 225 da Constituição Federal, quando o legislador constituinte grava ao Poder Público e à coletividade a obrigação de proceder à defesa do meio ambiente, assim como de efetivar sua proteção.

Pois bem, a conjugação desses princípios com o sistema da propriedade privada no Brasil, após o advento do texto do novo Código Civil, representa mais um alento na luta árdua que se trava no plano do público e do privado. Se traçarmos um paralelo com a questão da função social da propriedade, pedra central da compreensão da nova visão da propriedade, vamos verificar que esta publicização acaba por apontar no âmbito específico do direito privado para uma junção dos princípios próprios do direito ambiental e as normas do direito privado relativas e atinentes ao direito de propriedade.

Ora, o que se quer demonstrar é que os princípios do direito ambiental se acham agora regados, a despeito de não ser necessário. Ora, considerando-se o princípio da prevenção, verifica-se de imediato que existe uma ordem interna no âmbito do direito privado, consubstanciada na regra do art. 1.228, quando o legislador afirma em seu parágrafo primeiro que: "O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas". Veja-se, portanto, que expressamente se assinala o princípio da preservação no âmbito do direito privado. De igual modo, o princípio do poluidor-pagador ou princípio da responsabilização e o princípio da cooperação ou da participação acham-se igualmente explicitados na ordem privada.

Como salientado no tópico antecedente na análise do § 2º do art. 1.228 do novel texto, a idéia estampada de que: "são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem". Em especial quando referido parágrafo segundo é conjugado com o art. 188, I, do mesmo diploma, em interpretação efetivada a *contrario sensu*, já que ali se diz que não constitui ato ilícito, aquele praticado em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido, sendo por óbvio que no sentido inverso constituem atos ilícitos. Aliás, o art. 187 do mesmo texto diz que: "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes", restando claro que o art. 927 do novo texto diz que: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo", e, o que é mais importante, o texto novo fez acrescer o parágrafo único, que diz: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem". Ora, isso nada mais é do que o abraçar pelo legislador, ainda que sem intenção direta, do princípio do poluidor-pagador ou princípio da responsabilização. Embora não seja este o objeto desta monografia, o que se observa na conjugação das regras do novo texto, naquilo que pertine ao direito da propriedade, é, como já salientado, uma preocupação efetiva com a função social daquela. Neste patamar, encontramos questões interessantes como as relativas ao direito de vizinhança, em que os princípios se acham vivificados.

7 Conclusão

Diz o Professor Mukai (2002) que: "O direito que se vetorializa à proteção do meio ambiente caracteriza-se, como é óbvio, por uma idéia fundamental: ele não pode ser visualizado pelo jurista com o mesmo enfoque das matérias tradicionais do Direito", esclarecendo ainda o ilustre autor que isso ocorre porque esse direito diz respeito à proteção de interesses pluriindividuais que superam as noções tradicionais de interesse individual ou coletivo, naquilo que se denominou chamar de direitos metaindividuais, ou seja, interesses difusos, isto é, aquele interesse jurídico reconhecido de uma pluralidade indeterminada ou indeterminável de sujeitos que, de forma potencial, pode incluir todos os participantes da comunidade geral de referência.

Pois bem, esta noção pluri ou superindividual mostra de maneira clara que a idéia tradicional da relação jurídica atributiva exclusiva se acha superada. Neste patamar, vimos, na leitura do novel texto do Código Civil, uma busca de superação do elemento próprio e intrínseco da propriedade privada, assinalada pelos doutos como tendo ou sendo de caráter de exclusividade. Não obstante, o presente texto demonstra que este caráter de exclusividade haverá de ser visto e tido no plano do respeito à sua função social, a qual se debruça pelo entendimento claro do texto civil da idéia de respeito ao meio ambiente, em todas as suas inteirações. Nesse sentido, houve uma superação da noção de propriedade privada, de caráter exclusivo, para uma propriedade privada de caráter exclusivo, porém com um enquadramento social, em que a noção do privado fica adstrita ao respeito do direito difuso. Poderíamos, ainda que sem maior profundidade que o tema exige, concluir mesmo que houve uma superação em que os princípios do direito ambiental acabam por

ser encampados de maneira direta no texto, como se procurou demonstrar. Na verdade, o novel texto aponta para uma superação dicotômica, entre o público e o privado, sem se prender às grandes metáforas da bipolaridade, tangenciando a natureza privada em seus aspectos internos, para buscar a superação no âmbito da sua própria inserção de que a propriedade privada é na verdade a propriedade de todos, sem contudo sê-lo. Em outras palavras, que a propriedade privada se acha inserida na propriedade pública maior que é o mundo em que vivemos. Liberta-se, então, dos preceitos do Iluminismo para assinalar a verdade de um novo tempo, em que o ser antropocêntrico dá lugar ao ser global, sem contudo perder a sua própria individuação.

8 Referências bibliográficas

- CÂNDIDO, João Batista de Oliveira. A nova visão do condomínio. *Estudos da EJEF*, 2003.
- CARVALHO, Carlos Gomes de. Introdução ao direito ambiental. *Verde Pantanal*, 1990.
- CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 1989.
- GROSSI, Paolo, *Enciclopédia del diritto*. v. XXXVII, 1988, p. 227-228.
- _____. Proprietà..., *op. cit.*, p. 247.
- FERRAZ, Sérgio. Direito ecológico: perspectivas e sugestões. *Rev. da Cons. Geral do RGS*, 1972, nº 4, p. 44.
- LESSA, José Acir. Propriedade imóvel: seu conceito, sua garantia e sua função social na nova ordem constitucional. *Revista dos Tribunais*, v. 669, 1991.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1989.
- MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil anotado*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil : direito das coisas*. 37. ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. V. 3: São Paulo: Saraiva, 2003.
- MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Introdução ao direito ecológico e ao direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Forense.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.
- TEPEDINO, Gustavo. Aspectos da propriedade privada na ordem constitucional. TUBENCHLAK, Jaimes; BUSTAMENTE, Ricardo. *Estudos Jurídicos*, Rio de Janeiro, Instituto de Estudos Jurídicos, 1.191 - carrete. p. 314.
- _____. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. In TEPEDINO, Gustavo (coordenador). *A parte geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Sumário: 1 Introdução. 2 O Regime jurídico da ação civil pública. 2.1 Objeto. 2.2 Legitimidade. 2.3 Competência. 2.4 Tutela cautelar. 3 Contornos da ação civil pública ambiental. 3.1 Determinação do foro competente e caráter difuso do dano ambiental. 3.2 Exame da legitimidade das associações civis. 3.3 Primazia da tutela específica sobre a tutela indenizatória e dificuldade para a avaliação do dano ambiental. 3.4 Prioridade da tutela preventiva e requisitos ensejadores da tutela cautelar. 4 Conclusão. 5 Referências bibliográficas.

1 Introdução

A temática do meio ambiente ainda está em franco processo de discussão e, dentro das exigências do mundo contemporâneo, o direito ambiental vem desenvolvendo e incorporando princípios, institutos e instrumentos que possibilitem a reparação e a indenização pelos danos causados à natureza e à saúde das pessoas, levando-se em conta também as medidas hábeis a prevenir a ocorrência desses mesmos danos ambientais.

Na realidade, a violação dos bens da natureza, colocando em perigo o destino do homem, constitui a grande ameaça, hoje, existente à continuidade futura dos processos sociais.

Há que se ressaltar que, sem dúvida, a defesa do meio ambiente tornou-se parte integrante do processo de desenvolvimento do Brasil, estando no mesmo plano, em importância, de outros valores econômicos e sociais constitucionalmente protegidos.

Em virtude dessa preocupação com a necessidade de proteção do meio ambiente, é que tomou corpo uma nova ciência denominada Direito Ambiental, a qual se destina a impedir a degradação da natureza através de mecanismos legais de proteção.

Embora o País já contasse com vários diplomas legais específicos, disciplinando aspectos da utilização de determinados recursos ambientais, o marco fundamental na estruturação de um abrangente sistema de proteção jurídica do meio ambiente remonta à aprovação da Lei 6.938/81, a qual estabeleceu as linhas fundamentais da denominada Política Nacional do Meio Ambiente.

A par de regular os principais instrumentos para elaboração de políticas públicas ambientais, contém a Lei 6.938/81 o embrião da denominada ação civil pública ambiental, a qual teria sua disciplina jurídica posteriormente absorvida e completamente sistematizada pela Lei 7.347/85, que procurou estabelecer um coerente sistema geral para a tutela jurisdicional dos interesses difusos, entre estes incluído o interesse ambiental.

Contudo, sem embargo da decisiva contribuição oferecida pelas inúmeras modificações da denominada Lei da Ação Civil Pública, para a promoção do desiderato de proteção dos recursos que integram o patrimônio ambiental da coletividade, sua aplicação específica como instrumento de tutela do meio ambiente impõe desafios hermenêuticos muito particulares, que ainda foram pouco explorados sistematicamente, à luz dos princípios gerais de direito ambiental.

Assim, em 1985, surgiu efetivamente, a Lei da Ação Civil Pública - LACP, que adotou medidas aptas a evitar ou impedir a ocorrência de danos ecológicos - tutela preventiva - a responsabilizar

* Juiz de Direito em Belo Horizonte.

civilmente o poluidor, obrigando-o à reconstituição do meio ambiente - tutela reparatória - e a impor sanções diversas aos causadores do dano - tutela repressiva.

2 O regime jurídico da ação civil pública

Trata-se a ação civil pública de modalidade brasileira de mecanismo supra-individual de acesso à Justiça; a ação civil pública foi inicialmente prevista pela Lei 6.938/81 - Lei da Política Nacional do Meio Ambiente -, restrita, porém, à tutela de interesses e direitos ambientais difusos, tendo o instituto se consolidado, em definitivo, alcançando, de forma abrangente, todo e qualquer interesse difuso e coletivo, com a Lei 7.347/85, estatuto básico, que ampliou consideravelmente as opções coletivas de acesso à Justiça.

Segundo entendimento de LIRTON NOGUEIRA SANTOS:

a denominação ação civil pública tem, em si, uma certa imprecisão. A ação civil, neste caso, não é propriamente 'pública': não o é na perspectiva do agente impulsionador da jurisdição, pois as associações também estão legitimadas, ao lado de organismos estatais.¹

Sobre tal polêmica, HUGO NIGRO MAZZILI denomina a ação civil pública como aquela que versa sobre a defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, quando movida pelo Ministério Público, sob um enfoque puramente doutrinário. Mas, se tiver sido proposta por qualquer outro co-legitimado, como as associações, por exemplo, mais correto seria denominá-la ação coletiva.²

Prosseguindo nessa linha, ÉDIS MILARÉ ressalta:

'até há pouco, entendíamos que quando se falava em ação civil pública se queria na verdade referir ao problema da legitimação, e não ao direito substancial discutido em juízo'; 'agora, porém, com a edição da Lei. 7.347/85, que conferiu legitimidade para a ação civil pública de tutela de alguns interesses difusos não só ao Ministério Público, mas também às entidades estatais, autárquicas paraestatais e às associações que especifica (art. 5º), novo posicionamento se impõe diante da questão'.³

Sobre esse novo posicionamento, RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO conclui que:

a Lei 7.347/85 objetiva a tutela de interesses meta-individuais, de início compreensivos dos difusos e dos coletivos em sentido estrito, aos quais na seqüência se agregaram os individuais homogêneos (Lei 8.078/90, art. 81, III, c/c os arts. 83 e 117); de outra parte, essa ação não é 'pública' porque o Ministério Público pode promovê-la, a par de outros co-legitimados, mas sim porque ela apresenta um largo espectro social de atuação, permitindo o acesso à justiça de certos interesses meta-individuais.⁴

Desse modo, a denominação ação civil pública foi adotada e consagrada pela Constituição da República (art. 129, inciso III), sendo tal terminologia adotada normalmente pela jurisprudência e doutrina especializadas, não restando dúvida de que esse *nomen juris* já está assentado na experiência jurídica brasileira.⁵

Em conclusão, pode-se, segundo a própria LACP, denominar de ação civil pública o instrumento processual destinado a reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico, bem como a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

¹ SANTOS, Lirton Nogueira. A ação civil pública como instrumento de proteção ambiental. In *Revista da AMB*, n. 6, p. 188, 1º sem. 1999.

² MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 1999. p. 51.

³ MILARÉ, Édís *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 19.

⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 21.

⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 21.

2.1 Objeto

O objeto, nas ações civis públicas, é delimitado pelo pedido, que pode ser: simples, cumulado, alternativo, eventual, tendo bastante relevância a distinção entre o objeto imediato, que consiste na providência jurisdicional solicitada, e objeto mediato, que consiste na utilidade que se quer alcançar pela sentença.

Desse modo, o objeto mediato da ação civil pública tem uma dicção ampla e encontra respaldo no art. 1º da Lei 7.347/85 (*in verbis*):

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso e coletivo;

V - por infração da ordem econômica e da economia popular (redação dada ao inciso pela MP 2.180-35, de 24.08.01);

VI - à ordem urbanística (acrescido pela MP 2.180-35, de 24.08.01).

Parágrafo único: não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados (introduzido pela MP 2.180-35, de 24.08.01).

Nessa esteira, o legislador especial utilizou-se da cláusula geral do inciso IV, de modo que quaisquer interesses de dimensão coletiva possam ser tutelados, não sendo mais considerados meros interesses difusos, "mas formas de direitos humanos fundamentais".⁶

É importante ressaltar que, em 1990, o Código de Defesa do Consumidor, alterando a referida lei, estendeu, materialmente, as hipóteses de ação civil pública, que, a partir de então, pode ser utilizada também para a tutela de "interesses individuais homogêneos", e não apenas para "interesses difusos", como previa a redação original da Lei da Ação Civil Pública.

Por outro lado, o objeto imediato, disposto no art. 3º, segundo o qual "a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer", faz com que se possa cogitar de formulação de pedido alternativo, desde que compatível e necessário à obtenção da tutela pretendida.

Discute-se, nesse caso, se o teor de citado artigo reduziria o conteúdo do pedido na ação civil pública à natureza condenatória. Para compreensão da controvérsia, deve ser observado o art. 11, que diz (*in verbis*):

Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer, ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

É evidente que, diante da atual norma adjetiva, em seu artigo 461 e seus parágrafos (1º ao 6º), que, ao meu ver, encampou genericamente a disposição acima referida, devemos levar em conta aplicação do CPC, especialmente quanto à alteração inserida pela Lei 10.444, de 07 de maio de 2002.

Da análise do dispositivo, constata-se ser preferencial no sistema da LACP a execução em espécie, ou seja, uma tutela específica de natureza cominatória, de maneira que se possa repor o bem ou interesse lesado no seu *status quo*. Somente quando tal reparação não for possível, a solução será o pagamento do correspondente em pecúnia, ou seja, a tutela assume caráter indenizatório.

⁶ SANTOS, Lirton Nogueira. *Op. cit.*, p. 1.989.

É importante ressaltar que o teor do artigo 11 da Lei 7.347/85 é claro no sentido da preferência pelo cumprimento específico da obrigação, tanto que menciona a execução específica, caso o comando jurisdicional não seja observado. Porém, para que este não reste menosprezado, impõem-se sanções graves para aquele que não cumpra a obrigação veiculada ao provimento jurisdicional, prevendo a Lei 7.347/85 a possibilidade da fixação de multa diária, que apresenta a mesma natureza processual das *astreintes* do direito processual francês, entendidas, segundo Liebman, como:

a condenação pecuniária proferida em razão de tanto por dia de atraso (ou por qualquer unidade de tempo, conforme as circunstâncias), destinada a obter do devedor o cumprimento de obrigação de fazer pela ameaça de uma pena suscetível de aumentar indefinidamente.⁷

As *astreintes* têm natureza sancionatória, desvinculada do prejuízo causado ao bem ou interesse difuso lesado, sendo aplicada sempre em função de determinado período de tempo. Daí se concluir que, se sancionatória, não se confunde com a efetiva tutela de natureza condenatória, oriunda do provimento jurisdicional, pois é possível que o resultado da demanda seja a condenação pecuniária e só isso.

Há que se distinguir essa multa de natureza sancionatória daquela fixada como medida cautelar. A primeira é fixada na decisão final, tratando-se de uma sanção imposta, para aquele que não venha a cumprir, no prazo, a obrigação específica fixada pelo juiz, ou seja, está condicionada a um eventual inadimplemento da obrigação de fazer ou não fazer. A segunda é fixada *initio litis*, como medida cautelar ou imposta em sede de antecipação do mérito, quando um dos legitimados a postula.⁸ Portanto, a Lei 7.347/85 prestigia a imposição de mais de uma modalidade de multa, o que demonstra a sua atualidade e comprometimento com a efetividade dos comandos jurisdicionais.

Ainda, tendo-se em vista o teor do artigo 3º da LACP, discute-se também sobre as hipóteses de objeto de conteúdo constitutivo, ou seja, pedido de natureza rescisória, em que se visa à anulação de atos lesivos a bem jurídico coletivamente tutelável.

Tal matéria tem suscitado debates em que parte da doutrina argumenta que somente a ação popular poderia ser destinada à anulação dos atos lesivos a bens e interesses difusos integrantes do patrimônio público e social, pois, de fato, o art. 1º da Lei nº 4.717/65, ao contrário da Lei 7.347/85, “refere-se expressamente à legitimidade de qualquer cidadão para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público”.⁹

Porém, tal restrição não encontra respaldo na interpretação da Lei 7.347/85, formulada pela maior parte da doutrina, pois, a partir da sua tutela ampla aos interesses coletivos, deduz-se que o legislador especial admite o caráter constitutivo como implícito ao pedido condenatório formulado pelo art. 3º da LACP. Tal argumento encontra guarida na garantia constitucional do art. 129, III, no qual relata a função institucional do Ministério Público de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Além disso, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público nº 8.625/93, no art. 25, IV, *b*, dissipa qualquer dúvida a respeito da ampliação do objeto da ação civil pública, quando atribui ao Ministério Público o ajuizamento da referida ação “para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa (...)”.

Quanto à propositura de pedidos de natureza constitutiva por outros legitimados, esta também não encontra restrição, pois a técnica adotada pelo legislador, dando preferência às cláusulas gerais e baseando-se no princípio da igualdade das partes no campo processual, não admite restrições ao objeto da ação civil pública, “sendo esta capaz de comportar a tutela declaratória, constitutiva e condenatória”.¹⁰

⁷ LIEBMAN, *apud* MAZZILI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, p. 267.

⁸ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 106.

⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 304.

¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 306.

2.2 Legitimidade

Conforme relata HUGO NIGRO MAZZILI, “as diversas leis que cuidam da ação civil pública estabeleceram um sistema de legitimação concorrente para sua propositura”.¹¹ Tal sistema encontra previsão no art. 5º da LACP, que dispõe serem legitimados ativos o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público interno, as entidades da administração indireta e as associações civis dotadas de representatividade adequada.

Antes da entrada em vigor da Lei 7.347/85, a legitimidade para a propositura da ação civil pública encontrava-se limitada ao Ministério Público, tendo tal diploma legal a ampliado para as associações ambientais e outros órgãos e instituições públicos.

Há que se considerar também a legitimação extraordinária conferida aos sindicatos, pela CR/88 (art. 8º, III), desde que presente o legítimo interesse, para propor ação civil pública referente a questões do meio ambiente do trabalho, defesa dos sindicalizados, enquanto consumidores e outras hipóteses de interesse da categoria.¹²

Também, o Código de Defesa do Consumidor ampliou o rol dos legitimados ativos às ações coletivas, alcançando entidades e órgãos da administração direta e indireta, desde que destinados à defesa de interesses difusos.

Nesse sentido, pode-se estabelecer uma relação tal entre o reconhecimento jurídico dos interesses difusos e a delimitação normativa da legitimidade ativa para sua tutela jurisdicional em que, à medida que esta teve seu espaço de regulação ampliado no ordenamento jurídico brasileiro, ampliou-se gradativamente a legitimidade para agir nas ações civis públicas.

2.3 Competência

Segundo o disposto no art. 2º da LACP, as ações civis públicas serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, ou onde provavelmente deva este se verificar, em se tratando de ação cautelar, ou de ação que vise obstar o dano que venha a ocorrer.

É importante observar, como aponta GUSTAVO TEPEDINO que:

Não pretendeu, com isso, derogar a competência funcional estabelecida pela Constituição em razão da presença, na relação processual, da União Federal que, segundo quis o constituinte, fixa a competência dos juízes federais de determinada seção judiciária.¹³

Por outro lado, segundo entendimentos diversos, justifica-se esse critério da lei, baseado no interesse público e na facilidade da obtenção das provas referentes à comprovação do dano, pois presume-se que sua obtenção será facilitada pelo desenvolvimento do processo junto ao órgão jurisdicional que se encontra mais próximo dos fatos.

Isso porque, segundo relata JOSÉ MARCELO MENEZES VIGLIAR, a competência, na tutela dos interesses transindividuais, é sempre absoluta e identifica-se com o lugar da lesão, ou ameaça de lesão a interesses difusos.¹⁴

2.4 Tutela cautelar

A tutela cautelar no sistema da LACP encontra-se regulada por dois dispositivos: no art. 4º, regula-se a ação cautelar propriamente dita e, no art. 12, dispõe-se sobre a possibilidade de tutela liminar,

¹¹ MAZZILI, Hugo Nigro. A ação civil pública. In *Revista dos Tribunais*, n. 682, p. 28., ago. 1992.

¹² MAZZILI, Hugo Nigro. A ação civil pública. In *Revista dos Tribunais*, n. 682, p. 29., ago. 1992.

¹³ TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 321.

¹⁴ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Op. cit.* p. 58.

“com ou sem justificação prévia”. As duas hipóteses, entretanto, não se confundem. A medida liminar pode ser solicitada e deferida dentro da própria ação civil pública. Já a ação cautelar, sendo proposta na pendência da ação principal, ou antes dela, processa-se em autos apartados.

Vários aspectos nas medidas de urgência se identificam, todavia, havendo a necessidade, em ambas, de demonstração dos requisitos necessários à sua concessão, quais sejam, a relevância da fundamentação - *fumus boni iuris* - e o receio de dano irreparável ou de difícil reparação - *periculum in mora* -, sendo a probabilidade elemento imprescindível, uma vez que não se pode rezear o que não é possível, nem mesmo o que dificilmente ocorreria. Mencione-se, também, que todas as decisões referentes às diversas espécies de provimentos urgentes postulados devam conter as razões de convencimento do julgador, sob pena de nulidade.

A Lei 7.347/85 disciplina, portanto, em primeiro lugar, dentre os provimentos urgentes aplicáveis à tutela jurisdicional coletiva ambiental, a “medida cautelar, que visa a assegurar a satisfação da pretensão de direito material que será discutida em outro processo (principal) ou já está sendo debatida, conforme se trate de medida preparatória ou incidental”.¹⁵

O processo cautelar que, em regra, visa unicamente a assegurar uma pretensão de direito material que será discutida posteriormente em um processo principal, difere das medidas cautelares de natureza satisfatória, pois estas últimas têm por escopo satisfazer o direito material em conflito e não se encontram condicionadas à propositura de qualquer ação principal posterior, em virtude da pretensão já se encontrar satisfeita. No sistema da LACP a própria lei diz que a tutela cautelar visa a evitar o dano, servindo para satisfazer a pretensão, ou seja, indica a possibilidade do manejo de medidas de caráter satisfativo. Não se pode esquecer que neste mesmo sistema são possíveis ambas as modalidades de processo cautelar conforme dispõe seu art. 4º.¹⁶

Com relação à medida liminar, esta corresponde ao adiantamento da própria prestação jurisdicional postulada, que, ao invés de ser concedida no final, com o trânsito em julgado da sentença de procedência, é deferida *initio litis*, podendo o juiz, em qualquer espécie de ação civil pública, conceder mandado liminar, conforme disposto no art. 12 da LACP.

É importante ressaltar que o sistema da LACP aplica subsidiariamente o Código de Processo Civil, e, na oportunidade da apreciação da liminar, faz-se necessário, quando cabível, que o juiz ouça previamente a pessoa jurídica de direito público interessada, para que, após o prazo hábil e a análise da urgência do caso, o magistrado decida quanto ao referido mandado, *inaudita altera parte*.

Além das medidas de urgência referidas, cabe ressaltar, ainda, que o sistema da LACP comporta a tutela de caráter antecipatório, traduzida em medida que defere à parte aquilo que se busca com o julgamento definitivo da lide, podendo ser concedida a qualquer tempo do processo, diferentemente da tutela liminar. Pode-se citar, como exemplo de cabimento dessa modalidade de tutela, a ação que tem por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, em que é facultado ao juiz, a qualquer tempo, encontrando-se preenchidos os requisitos do art. 273 do CPC, impor a obrigação específica ao réu, antes de se encerrar a instrução do processo.

Já CELSO ANTÔNIO PACHECO FIORILLO ensina que na LACP é possível tanto a liminar cautelar como a antecipatória de mérito, justificando inclusive que, de fato, o art. 12 da Lei 7.347/85 prevê hipótese de medida antecipatória, que também poderá ser concedida nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil.¹⁷

Nessa mesma linha, temos que o mandado liminar referido pelo art. 12, *caput*, da Lei 7.347/85,

¹⁵ LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 259.

¹⁶ Art. 4º Poderá ser ajuizada ação cautelar para fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico.

¹⁷ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco *apud* LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 263.

concedido não em sede de ação cautelar, e sim no próprio âmbito da ação de conhecimento, não se confunde com a antecipação de tutela. Entretanto, é certo que, de qualquer forma, a concessão da antecipatória de mérito, quando requerida na forma do mesmo art. 12, pode ser deferida mesmo fora do processo cautelar e constitui uma inequívoca modalidade de tutela antecipada, com requisitos diversos do atual art. 273 do Código de Processo Civil.

De fato, a maioria dos autores que estudaram a tutela jurisdicional antecipada concluíram que sua natureza difere da natureza dos provimentos obtidos na ações cautelares, como bem ressalta LUÍS GUILHERME MARINONI, que ensina que não se trata de tutela cautelar, “porque, esta deve limitar-se a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado, ao passo que a tutela antecipada não se limita a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado”.¹⁸

Por último, há que se mencionar também o processo de execução que, como a própria lei o diz, poderá abranger tanto a execução de obrigações de fazer e de não fazer, como a execução por quantia certa.

Concluindo, a ação civil pública poderá ensejar todas as espécies de provimentos, sejam eles de conhecimento, cautelares, tutela antecipada ou mesmo os executivos.

3 Contornos da ação civil pública ambiental

3.1 Determinação do foro competente e caráter difuso do dano ambiental

Segundo o que estabelece o art. 2º da Lei 7.437 de 1985, a competência para processar e julgar a ação civil pública ambiental é de natureza territorial, ou seja, elegeu a lei o foro do local do dano.

Entretanto, foi dado à competência na LACP caráter funcional, de natureza absoluta, sendo que a regra do citado artigo está sujeita aos limites impostos pelo art. 109, I, da Constituição da República de 1988, estabelecendo que, quando houver efetivo interesse da União, entidade autárquica ou empresa pública federal, na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes em ação civil pública ambiental, a competência para processar e julgar a causa será do juiz federal (*ratione personae*) com jurisdição sobre o local (*ratione loci*) em que o dano ocorreu ou possivelmente venha a ocorrer.

Porém, freqüentemente, surgem controvérsias na fixação do foro competente, quando o dano se dá em município que não seja sede de Vara Federal, divergência esta que culminou na Súmula nº 183 do STJ: “Compete ao juiz estadual, nas comarcas que não sejam sede de Vara da Justiça Federal, processar e julgar ação civil pública, ainda que a União figure no processo”.

Por conseguinte, segundo o entendimento sumulado, o art. 2º da Lei 7.347/85 está incluso como exceção à competência da Justiça Federal prevista no § 3º do art. 109 da Constituição da República, sendo o Tribunal Regional Federal a instância recursal competente, conforme § 4º do mesmo artigo.

Há que se ressaltar que o constituinte, na busca de maior efetividade do acesso à Justiça, concede ao juiz estadual jurisdição federal em hipóteses absolutamente excepcionais, em razão da peculiaridade da matéria, mas tal outorga depende de regulamentação legal expressa. Com isso, não é consentido derrogar a competência funcional da Justiça Federal para as ações em que figure como autor ou réu a União, todas as vezes em que o legislador ordinário prever hipótese de competência funcional em razão do local do evento danoso.

Denota-se, também, que, com o advento do Código do Consumidor, Lei nº 8.078/90, o legislador resguarda, em seu art. 93, de forma expressa, as hipóteses de competência funcional atribuídas pela Constituição da República à jurisdição federal, na fixação legal de competência, mesmo funcional, em razão do local do dano. Tal artigo tem aplicação no sistema geral da LACP, em razão da aplicação subsidiária das regras processuais do Código de Defesa do Consumidor, conforme determina o artigo 21

¹⁸ MARINONI, Luís Guilherme *apud* VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Op. cit., p. 75.

da Lei 7.347/85.

Nesse sentido, pode ser apontada a seguinte decisão:

Processo Civil - Competência - Ação civil pública:

- 1. A controvérsia gerada, quanto à competência da Justiça Federal nas ações civis públicas intentadas em proteção a patrimônio nacional, ficou superada pelo art. 93 da Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor.

- 2. A competência funcional estabelecida no art. 2º da Lei da Ação Civil Pública - Lei 7.347/85 - foi alterada pela lei nova que ressalvou a competência da Justiça Federal, em qualquer situação.¹⁹

Segundo GUSTAVO TEPEDINO, embora tal matéria já se encontre sumulada, parece ainda sujeita a tratamento diverso, seja por parte do próprio Superior Tribunal, em futura reconsideração, seja por obra do Supremo Tribunal.²⁰

A propósito desse tratamento diverso, temos o seguinte julgado:

Ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal. Competência da Justiça Federal. Art. 109, I e § 3º, da Constituição. Art. 2º da Lei 7.347/85. - O dispositivo contido na parte final do art. 109 da Constituição é dirigido ao legislador ordinário, autorizando-o a atribuir competência (*rectius* jurisdição) ao Juízo Estadual do foro do domicílio da outra parte ou do lugar do ato ou fato que deu origem à demanda, desde que não seja sede de Varas da Justiça Federal, para causas específicas dentre as previstas do inciso I do referido artigo 109. No caso em tela, a permissão não foi utilizada pelo legislador que, ao revés, se limitou, no art. 2º da Lei 7.347/85, a estabelecer que as ações nele previstas '*serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa*'. Considerando que o Juiz Federal também tem competência territorial e funcional sobre o local de qualquer dano, impõe-se a conclusão de que o afastamento da jurisdição federal, no caso, somente poderia dar-se por meio de referência expressa à Justiça Estadual, como a que fez o constituinte na primeira parte do mencionado § 3º em relação às causas de natureza previdenciária, o que no caso não ocorreu. Recurso conhecido e provido.²¹

Na verdade, conforme entendimento do Ministro Relator, o juiz federal também tem competência territorial e funcional, razão pela qual não pode ela, no caso de ações civis públicas intentadas pela União ou contra ela, ser considerada excluída pela norma questionada por efeito exclusivo da expressão "no foro do local onde ocorrer o dano", havendo necessidade de que o legislador houvesse fixado, de modo expresso, como fez o constituinte, no próprio § 3º do art. 109, sob apreciação, a competência da Justiça Estadual para as ações da espécie, nas circunstâncias apontadas, o que não ocorreu.

Outra questão polêmica se refere à hipótese de que os efeitos do dano ambiental extravasem o âmbito de jurisdição de uma comarca ou seção judiciária. Com efeito, é importante lembrar que dano ecológico ou dano ambiental é toda alteração das qualidades e condições normais das águas, do ar atmosférico, do solo, da fauna e da flora, podendo não somente alcançar o mencionado ambiente natural, mas também os ambientes artificial e cultural - o primeiro, formado pelo espaço urbano construído (edificações e equipamentos públicos), e o segundo, constituído pelos patrimônios histórico, paisagístico, artístico, turístico e arqueológico, sendo, portanto, suas conse-

¹⁹ Acórdão proferido à unanimidade de votos pela 4ª Turma do TRF da 1ª Região em 1º.03.1993, no Agravo de Instrumento nº 93.01.02093-9-BA, Relatora Juíza Eliana Calmon. In TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 323.

No mesmo sentido: "Ementa: Processual Civil. Ação civil pública. Competência.

- I. O art. 2º da Lei 7.347/85 dispõe que o competente para a ação civil pública é o juízo do local onde ocorrer o evento danoso. O art. 93 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), porém ressalva a competência da Justiça Federal.

- II. A Terceira Turma desta Corte vem prestigiando o disposto na Lei nº 8.078/90, confirmando competência da Justiça Federal. Precedentes.

- III. Agravo de instrumento provido" (AG 1997.01.00.019513-7/BA, Rel. Juiz Cândido Ribeiro. In *Diário da Justiça*, 23.10.1998, p. 389).

²⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 324.

²¹ REsp 228.955-95/RS - Relator Ministro Ilmar Galvão, Brasília, 10.02.2000. In *Diário da Justiça* de 14.04.2000, p. 56.

qüências absorvidas por toda uma coletividade.

Dessa maneira, segundo ÉDIS MILARÉS, o dano ambiental afeta, necessariamente, “uma pluralidade difusa de vítimas, mesmo quando certos aspectos particulares da sua danosidade atingem individualmente certos sujeitos”,²² daí se concluir que a lesão ao meio ambiente também não tem fronteiras e seus efeitos não ficam restritos a um território.

Cada cidade, território ou Estado, grande ou pequeno, constitui um ecossistema complexo que não pode ser entendido como área isolada, sem uma dinâmica que leve em conta a interdependência das partes e o todo.

Nessa esteira, ALFREDO SIRKIS, especificamente em relação ao meio ambiente urbano, relata que “os maiores e mais nocivos erros na gestão urbana acontecem a partir de projetos elaborados por especialistas que não percebem a relação da sua parte com outras e a dinâmica do conjunto”.²³ As conseqüências nefastas dessa lesão fragmentada são por demais conhecidas. Dentre as mais comuns, podem-se citar a impermeabilização de solos que provoca inundações; os desmatamentos em encostas, que resultam em desabamentos; a disposição inadequada de resíduos, que acaba poluindo águas subterrâneas; todas situações em que problemas menores acabam gerando outros maiores, em regiões diferentes daquela em que se iniciou o fato gerador.

Há que se ressaltarem, também, os efeitos transfronteiriços do dano ambiental. A poluição do Rio Paraná, no Brasil, pode, por exemplo, atingir outros países, como Argentina e Paraguai. Em relação a tal problemática já se apontam alguns documentos jurídicos, dentre eles a Diretiva 85/337 da União Européia, a qual estabelece um mecanismo de troca de informações entre os Estados-membros, quando um projeto de desenvolvimento possa afetar o Estado vizinho.²⁴

Questões como essas, em que os efeitos do dano ambiental extravasam o âmbito de jurisdição de determinada comarca, seção judiciária ou mesmo de um Estado membro da Federação tornam complexa a aplicação da regra inscrita no art. 2º da Lei 7.347/85, para fixação do juízo competente para processar e julgar a ação civil pública ambiental.

Na solução dos impasses decorrentes do critério legal adotado, tem-se entendido que qualquer magistrado com jurisdição sobre os locais dos danos é o competente para julgar e processar a demanda, sendo necessário observar, no caso de mais de um processo, os critérios de conexão e prevenção, devendo ser determinada a reunião dos autos e a tramitação dos feitos perante o juiz que despachou em primeiro lugar.²⁵

Sobre a questão da prevenção do juízo, tal matéria, inclusive, já é ponto pacífico, após a inserção no art. 2º do parágrafo único que diz: “A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto” (parágrafo acrescentado pela MP nº 1.984-22, de 27.09.2000, *DOU* de 28.09.2000).

Com relação a conflitos entre Estados-membros e o Distrito Federal ou entre estes e a União, inclusive os entes da administração indireta, a competência é originária do Supremo Tribunal Federal, conforme o estabelecido no art. 102, I, f, da Constituição da República.

Concluindo, merece ser lembrada a lição de VLADIMIR PASSOS DE FREITAS, ao afirmar que:

²² MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 335.

²³ SIRKIS, Alfredo. *Legislação ambiental e gestão local*. In *Revista da AMB*, n. 07, p. 16, ago.1999.

²⁴ LEITE, José Rubens Morato. *Op. cit.*, p. 212.

²⁵ LEITE, José Rubens Morato. *Op. cit.*, p. 257.

O meio ambiente é, atualmente, um dos poucos assuntos que desperta o interesse de todas as nações, independentemente do regime político ou sistema econômico. É que as conseqüências dos danos ambientais não se confinam mais nos limites de determinados países ou regiões. Ultrapassam as fronteiras e, costumeiramente, vêm a atingir regiões distantes. Daí a preocupação geral no trato da matéria que, em última análise, significa zelar pela própria sobrevivência do homem.²⁶

3.2 Exame da legitimidade das associações civis

Conforme já dito, a Lei 7.347/85, em seu art. 5º, alargou a legitimidade para agir, estendendo-a às associações civis, já com um ano regular de vida, que tenham como finalidade estatutária a defesa do meio ambiente.

Portanto, para a propositura da ação civil pública, exige-se a pré-constituição há mais de um ano da associação legitimada, requisito este não explícito com relação aos outros legitimados ativos e, nesse caso, necessário para mensurar sua representatividade. Com o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 82, IV, fica claro que tal requisito se limita às associações legitimadas.

Entretanto, apesar de a regra sugerir que a legitimidade da associação-autora se vincula a um objetivo específico de defesa do meio ambiente, os tribunais têm admitido a possibilidade dessa finalidade ser extraída de um contexto maior de atuação da entidade, como demonstra o seguinte julgado do STJ:

Processo Civil. Ação civil pública. Legitimidade ativa. Associação de bairro. - A ação civil pública pode ser ajuizada tanto pelas associações exclusivamente constituídas para a defesa do meio ambiente, quanto por aquelas que, formadas por moradores de bairro, visam ao bem-estar coletivo, incluída evidentemente nessa cláusula qualidade de vida, só preservada enquanto favorecida pelo meio ambiente. Recurso especial não conhecido.²⁷

Referido julgado deixa claro que, inobstante a lei exigir a finalidade explícita da proteção ao meio ambiente, não há como se pretender que uma sociedade civil que vise ao bem coletivo de seus sócios, em proveito de bairro que habitam, não inclua entre suas finalidades, implicitamente, a defesa desse meio ambiente.

Também a respeito, ÉDIS MILARÉS ressalta que "os sindicatos, por possuírem natureza jurídica de associação civil, também têm legitimação autônoma para a condução do processo".²⁸ Tal assertiva encontra amparo na CR/88, em seu art. 8º, III, no qual confere legitimação extraordinária aos sindicatos para que assumam em juízo a defesa não só dos interesses individuais como dos interesses coletivos da categoria.

Há de se ressaltar que também até mesmo associações não constituídas regularmente são legitimadas para mover ação civil pública, como têm admitido alguns julgados, v.g., RT, 753/245.

Assim, ao que parece, quando, no caso concreto, ficar claro manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido, tem-se admitido certa margem de flexibilidade tanto na apreciação do requisito legal da pré-constituição da associação como a inclusão da proteção ao meio ambiente nas suas finalidades, conforme disposto no art. 5º da Lei 7.347/85.

3.3 Primazia da tutela específica sobre a tutela indenizatória e dificuldade para a avaliação do dano ambiental

²⁶ FREITAS, Vladimir Passos de. Apud NETO, Fernando da Costa Tourinho. Dano ambiental. In *Revista Consulex*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 45, fev. 1997.

²⁷ Recurso Especial 31.150/SP, Relator Ministro Ari Pargendler, 2ª Turma, 20.05.1996. In *Diário da Justiça*, 10.06.1996, p. 203.

²⁸ MILARÉ, Édis. *Op. cit.*, p. 421.

Em nossa legislação, concretamente, existem duas formas de reparação do dano ambiental, sendo a primeira pelo retorno ao estado anterior à lesão, denominada de reparação específica, e a segunda, pela indenização pecuniária, que funciona como uma forma de compensação ecológica.

É certo que, para que o dever de reparar possa se traduzir em verdadeira regra de responsabilidade ambiental, é necessário que, quando a reconstituição do meio ambiente lesado seja viável, cessando a atividade lesiva e revertendo-se a degradação ambiental, deve a reparação específica ser preferida em detrimento da indenização pecuniária. Isso porque tal indenização tem, no sistema da ação civil pública ambiental, caráter subsidiário, em razão de dispor a CR/88, em seu art. 225, § 3º, que o causador do dano, independentemente de outras sanções, deverá proceder à reparação do meio ambiente lesado. Por conseguinte, somente quando não for possível a reconstituição do meio ambiente lesado é que se admite a reparação econômica, isto é, a indenização em dinheiro como forma indireta de sanar a lesão.

Há que se ressaltar que, sem dúvida, as agressões ao meio ambiente são, em geral, de difícil ou impossível reparação, pois, uma vez consumada a degradação do meio ambiente, a sua reparação é sempre duvidosa e, quando possível, muito onerosa, daí a necessidade da prevenção nesta matéria. O problema é grave, pois o dano ambiental nem sempre pode ser convertido em dinheiro, e a sua conversão em pecúnia não se traduz em uma reversão da degradação decorrente da conduta danosa.

Por outro lado, o dano ambiental é de difícil valoração. Como quantificar, por exemplo, a indenização cabível quando a lesão se refere à extinção de uma espécie?

Contudo, inobstante o caráter subsidiário da indenização em dinheiro, esta é, em razão da irreparabilidade da lesão, a alternativa que, muitas vezes, resta ao autor da ação civil pública ambiental. Dessa maneira, apesar das dificuldades existentes, tem-se afirmado a possibilidade de avaliação econômica do patrimônio natural.

Nesse sentido, aponta JOSÉ RUBENS MORATO LEITE que várias técnicas de avaliação do bem ambiental têm sido utilizadas, como, por exemplo, a técnica do método indireto, que consiste na análise de mercado de bens que estão relacionados com o bem a avaliar; a do método direto, que se baseia nas preferências expressas pelos consumidores acerca do seu valor;²⁹ e a técnica denominada custos ambientais totais esperados, fundada em princípios da engenharia econômica e da matemática.³⁰

A conclusão a que se chega, portanto, é que, independentemente do método utilizado, faz-se necessário que se empreguem esquemas metodológicos flexíveis apropriados a cada tipo de dano, pois a avaliação econômica está restrita à capacidade de uso humano dos bens naturais, sendo praticamente impossível mensurar o valor da capacidade funcional ecológica destes.

Tal apreciação flexível harmoniza-se perfeitamente com o sistema da ação civil pública ambiental, pois nosso direito pátrio não indicou o critério de mensuração a ser adotado, limitando-se o art. 13 da Lei 7.347/85, a estabelecer que o dinheiro da indenização fique depositado em um fundo especial destinado à reparação de lesões aos interesses difusos pela mesma tutelados.

3.4 Prioridade da tutela preventiva e requisitos ensejadores da tutela cautelar

Tendo em vista o intrínseco caráter irreparável que, muitas vezes, assumem os danos ecológicos, faz-se necessário adotar medidas aptas a evitar ou impedir a ocorrência dos mesmos, ressaltando, nesse caso, a imperiosidade da prevenção do dano ao ambiente, tarefa requerida não só do Estado, mas de toda sociedade.

O diploma legal da ação civil pública compreende não só a responsabilidade por danos já ocorridos,

²⁹ SENDIM, José de Souza Cunhal *apud* LEITE, José Rubens Morato. *Op. cit.*, p. 226.

³⁰ RIBAS, César Luiz *apud ibidem*, p. 226.

mas também a tutela de caráter preventivo à ocorrência da lesão, de forma provisória, mediante o deferimento de medidas liminares, bem como de caráter definitivo e preceito cominatório, isso porque a preservação do meio ambiente é tarefa inafastável do Poder Público, que se concretiza, principalmente, com a adoção de procedimentos e medidas que antecedem a ocorrência de um dano ecológico.

Portanto, no que se refere à concessão de medidas urgentes aptas a evitar grave lesão ao meio ambiente, “a tutela cautelar é, especialmente em se tratando de provimento jurisdicional de não fazer, a regra e não a exceção”.³¹ Isso se justifica, principalmente, porque, no Direito Ambiental, diferente de outras matérias, vigoram dois princípios que embasam o poder de cautela do juiz. Primeiramente, o princípio da prevalência do meio ambiente, que está diretamente ligado à vida, se não à própria sobrevivência do ser humano. Em segundo lugar, o princípio da precaução, também entendido para alguns autores como princípio da prevenção.

No direito brasileiro, o princípio da prevenção está estabelecido no art. 225, § 1º, inciso V, da Constituição da República, bem como no art. 54, § 3º, da Lei 9.605/98, que penaliza criminalmente quem deixar de adotar medidas precaucionais exigidas pelo Poder Público.

ÉDIS MILARÉS ressalta a diferença etimológica e semântica das duas expressões, sugerindo que prevenção é um termo mais amplo do que precaução e que, pelo seu caráter genérico, engloba esta última, de caráter possivelmente específico. Sendo assim, o princípio da prevenção é basilar no Direito Ambiental, no que concerne à prioridade que deve ser dada às medidas que evitem, reduzam ou eliminem as causas de ações suscetíveis de acarretar danos ao ecossistema.³²

De outra parte, RAMÓN MARTIN MATEO afirma que os “objetivos do Direito Ambiental são fundamentalmente preventivos”. Isso porque a atenção deve estar voltada para o momento anterior ao da consumação do dano - o do mero risco -, pois, diante da incerteza e, na maioria das vezes, onerosa reparação, “a prevenção é a melhor, quando não a única solução”.³³

A implementação de tal princípio se incorporou ao Direito Ambiental com a “ECO/92”, constante na Diretriz de nº 15 da Declaração do Rio de Janeiro, como princípio da precaução, com a seguinte redação:

Para proteger o meio ambiente, medidas de precaução devem ser largamente aplicadas pelos Estados segundo suas capacidades. Em caso de risco de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas visando a prevenir a degradação do meio ambiente.³⁴

Com efeito, o posicionamento preventivo tem como principal requisito ensejador a responsabilidade no causar perigo ao meio ambiente, não sendo necessário que se tenha prova científica absoluta de que ocorrerá o dano ambiental, bastando o risco de que a lesão seja irreversível ou grave, para que não se deixem para depois as medidas de proteção. E, se por acaso surgir dúvida quanto à possibilidade do dano, a solução deve ser sempre favorável ao meio ambiente, baseando-se também no princípio da prevalência do meio ambiente, já citado anteriormente.³⁵

Para JOSÉ RUBENS MORATO LEITE, o princípio da precaução está necessariamente associado à atuação preventiva e, segundo Alexandre Kiss, a diferença entre os princípios da prevenção e precaução está na avaliação do risco ao meio ambiente. Precaução surge quando o risco é alto e este deve ser acionado nos casos em que a atividade pode resultar em degradação irreversível, ou por longo período. Já a prevenção constitui o ponto inicial para alargar o direito ambiental.³⁶

Em virtude dessa imperiosidade da tutela preventiva é que, na análise dos requisitos ensejadores

³¹ MILARÉ, Édís. *Op. cit.*, p. 439.

³² *Ibidem.* p. 102.

³³ MATEO, Ramón Martín *apud* MILARÉ, Édís. *Op. cit.*, p. 102.

³⁴ MACHADO, Paulo Afonso. *Estudos de direito ambiental*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 37.

³⁵ *Ibidem.* p. 37.

da tutela cautelar, aqui ressaltado o *periculum in mora*, visto como receio do dano irreparável ou de difícil reparação, deve prevalecer a regra *in dubio pro medio ambiente*, atenuando-se o rigor na verificação da plausibilidade de ocorrência da lesão objeto da lide.

Conclui-se, desta forma, que tanto a atuação preventiva como a precaução buscam remédios antecipatórios contra situações de degradação ambiental e que a tarefa de atuar preventivamente deve ser vista como uma responsabilidade compartilhada da coletividade e do Estado.

4 Conclusão

Como se pode notar do enredo traçado nesta monografia, o regime jurídico geral da ação civil pública aplica-se adequadamente à tutela jurisdicional do meio ambiente.

Entretanto, quando se considera a natureza específica das lesões aos bens e valores integrados ao patrimônio ambiental da coletividade, surge a necessidade de adaptações hermenêuticas que traçam os contornos específicos do que se pode denominar ação civil pública ambiental.

A nova lei, no entanto, não muda significativamente os critérios de preservação ambiental. Ela apenas tipifica infrações e crimes, define punições e multas. Contribui, nesse sentido, para que sejam obedecidos critérios hoje já existentes.

Por isso, faz-se necessária uma larga adoção da tutela preventiva como regra no direito ambiental, não como exceção, partindo do pressuposto de que os recursos ambientais são finitos e irreparáveis. Pela mesma razão, também a primazia da tutela específica deve-se impor em detrimento da transformação do dano ambiental em pecúnia, porque “muitos danos ambientais são compensáveis, mas, sob a ótica da ciência da técnica, irreparáveis”.³⁷ Nesse ponto, exige-se uma tomada de consciência por parte daqueles que conduzem um processo, no que se refere à tutela do meio ambiente, para que haja uma atenuação do rigor na análise dos requisitos ensejadores da tutela cautelar.

Só com uma atuação racional em relação aos bens ambientais, prevenindo já uma suspeita de perigo ou garantindo uma margem de segurança da linha de perigo é que se poderá colocar em prática o velho ditado: “é melhor prevenir do que remediar”, pois em relação ao meio ambiente o “remediar” pode ser muito tarde e infactível.

Por isso, é indispensável que ocorram adaptações específicas na aplicação da Lei de Ação Civil Pública, para que sua eficácia e efetividade suplante a pressa, a rapidez insensata e a vontade de resultado imediato, que muitas vezes impedem a construção de bases ecologicamente sustentáveis para o desenvolvimento das atividades humanas, bases estas indispensáveis para dar continuidade à vida.³⁸

5 Referências bibliográficas

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. Da reparação do dano Ecológico. *Revista EPM - APAM-AGIS*, p. 105-110, set./dez. 1996.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

³⁶ KISS, Alexandre *apud* LEITE, José Rubens Morato. *Op. cit.*, p. 51.

³⁷ MILARÉS, Édis. *Op. cit.*, p. 103.

³⁸ MACHADO, Paulo Afonso Leme *apud* LEITE, José Rubens Morato. *Op. cit.*, p. 51.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Ação civil pública (ambiente, consumidor, patrimônio cultural) e tombamento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Direito ambiental brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Estudos de direito ambiental*. São Paulo: Malheiros, 1998.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. A ação civil pública. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 682:24-30, ago. 1992.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Dano ambiental. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, n. 2:44-47, fev. 1997.

SANTOS, Lirton Nogueira. A ação civil pública como instrumento de proteção ambiental. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, Rio de Janeiro, n. 6:180-195, 1º sem. 1999.

SIRKIS, Alfredo. Legislação ambiental e gestão local. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, Rio de Janeiro, n. 7: 6-19, 2º sem. 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

Sumário: 1 Introdução. 2 Tratamento da matéria no direito brasileiro. 3 Fatores que pressionam a natureza. 4 Teorias sobre a responsabilidade civil por danos ao meio ambiente. 5 Teoria do risco integral. 6 Da responsabilidade solidária por dano ao meio ambiente. 7 Conclusão. 8 Referências bibliográficas.

1 Introdução

Antes de adentrarmos especificamente o fértil campo da responsabilidade civil no direito ambiental, torna-se importante uma breve análise quanto a sua evolução e conceito.

A degradação do meio ambiente pelo homem está ligada à sua própria existência, vez que desde os primórdios desenvolveu atividade predatória para manutenção da sobrevivência e bem-estar. Aliás, seria impossível imaginar o contrário, vez que não haveria e não há outro recurso, senão a própria natureza, do qual o ser humano poderia se utilizar. Fora do homem tudo é meio ambiente, ou ambiente, como preferem alguns autores que entendem o primeiro termo redundante, vez que a palavra ambiente (lugar, sítio, espaço, recinto) envolve a noção de meio. Mas não só fora do homem, tendo em vista que o próprio homem se enquadra no termo ambiente em seu sentido amplo, pois este engloba toda a natureza original e artificial.

Tais considerações guardam certa simplicidade e até mesmo obviedade. No entanto, trazem a própria essência do direito ambiental no sentido de eliminar toda idéia de intocabilidade da natureza, de preservação absoluta. Assim, a proteção da natureza não está ligada à sua simples manutenção, mas à adequação entre a necessidade de preservação e a existência de uma prática econômica relativa à própria exploração dos recursos disponíveis, de modo que o ser humano possa utilizar-se de tais recursos visando ao desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico. Com efeito, a exploração equilibrada dos recursos naturais com vistas a atender ao bem-estar e às necessidades dos homens, desta e das futuras gerações, é o que se chama de desenvolvimento sustentável.

Quanto a esta interação de cunho degradativo entre homem e natureza, verifica-se que tal questão teve maior destaque a partir da Revolução Industrial, quando a atividade de produção do homem mediante a utilização de recursos naturais se elevou de forma espantosa, se considerada em relação a períodos anteriores. No entanto, o direito ambiental figurava de forma absolutamente fragmentada, com apenas algumas medidas legislativas tópicas em relação a alguns aspectos específicos.

O tratamento legislativo sistematizado deu-se apenas a partir da metade do século XX, com a edição, nos EUA, do *Clean Water Act* (1948) e do *Clean Air Act* (1963).

No ano de 1972, na Cidade de Estocolmo, foi realizada a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, quando foi aprovada a Declaração de Estocolmo sobre o tema, firmando vinte e seis princípios e declarando, pela primeira vez, ter o homem "o direito fundamental à liberdade, à igualdade e a condições de vida satisfatórias, em um meio ambiente no qual a qualidade lhe permita viver na dignidade e bem-estar. Ele tem o dever solene de proteger e de melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras". Esse foi um grande avanço mundial no sentido da preservação ambiental, tendo lançado a idéia de um direito ambiental não só restrito a

* Juiz de Direito em Vespasiano.

certas áreas ou populações, de cunho regionalista, mas como um direito sem fronteiras, na medida em que uma área ambiental não pode ser considerada isoladamente, vez que faz parte de um todo que se interage freqüentemente.

O conceito de direito ambiental passa pelas diretrizes expostas, sendo que, para o Prof. Sérgio Ferraz, que o trata como direito ecológico, é o conjunto de técnicas, regras e instrumentos jurídicos organicamente estruturados, para assegurar um comportamento que não atente contra a sanidade mínima do meio ambiente (MACHADO, 2003, p. 137). No caso, além da natural intervenção do homem na natureza, já que faz parte de sua própria existência, tal conceito traz a idéia de globalidade.

Tais ponderações, como veremos adiante, trazem importantes conseqüências no campo da responsabilidade civil por dano de natureza ambiental, na medida em que o dano, levando-se em conta as interações da natureza, reflete sobre o ecossistema terrestre, em menor ou maior grau, mas sempre com alguma interferência. Ademais, não será qualquer interferência ensejadora de responsabilidade, mas somente aquela que extrapola os limites aceitáveis de ingerência humana.

2 Tratamento da matéria no direito brasileiro

Em 1981, foi editada a Lei 6.938, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, trazendo, como um de seus objetivos, a adequação entre o desenvolvimento econômico e a preservação da natureza, promovendo a idéia tão em voga do chamado desenvolvimento sustentável, além da sistematização de regras e princípios ligados ao meio ambiente, servindo como parâmetro para todos os entes federados, sem, contudo, deixar de atentar para as peculiaridades de cada região, em face da extensão territorial e da diversidade de ecossistemas de nosso País.

A Constituição Federal de 1988, pela primeira vez na história, consagrou um capítulo exclusivo dedicado ao meio ambiente, declarando, em seu art. 225, que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Nesse diapasão, tem-se que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado se tornou um direito fundamental do ser humano, caracterizando-se como um direito difuso, por ser transindividual e indivisível.

Ademais, em seu art. 5º, inciso XXII, nossa Carta Magna garante o direito de propriedade, determinando, entretanto, no inciso seguinte, o cumprimento de sua função social.

Quanto à propriedade rural, tendo em vista a clareza do art. 186, não resta dúvida de que a função social está atrelada ao equilíbrio do meio ambiente. Tal clareza não é verificada quanto à propriedade urbana. No entanto, baseando-se em uma interpretação sistemática da Constituição Federal e no próprio art. 225 e seus incisos e parágrafos, não é difícil entender que tal propriedade deve atender às exigências de preservação, não havendo como conceber o contrário. No caso, o legislador constitucional apenas enfatizou para as propriedades urbanas a ordenação dos centros nos quais se insere, o que não pode levar ao entendimento de que se dissociam do ideal preservacionista.

Sendo assim, em se tratando de responsabilidade por dano ao meio ambiente, torna-se inimaginável pensar na invocação de direitos de ordem privatística, já que, no caso, vigora o princípio do interesse geral sobre o particular.

3 Fatores que pressionam a natureza

A população mundial tem vivido um período de crescimento desenfreado nos últimos tempos. A sobrevida aumentou em muito, além de termos uma taxa de natalidade extremamente significativa, especialmente, em populações carentes.

Tal fator é hoje um dos principais motivos da devastação da natureza, tendo em vista a necessidade de suprimento da crescente população global.

Além disso, através do capitalismo, surgiu o que chamamos de consumismo, em que o homem busca incessantemente o acúmulo de bens como meio de satisfação pessoal, de prestígio e reconhecimento social, sendo que a natureza sofre as conseqüências desta mentalidade, vez que tem que suprir o ser humano com muito mais que o simplesmente necessário.

Tais fatores geram um absoluto desequilíbrio entre a extração de recursos da natureza e sua capacidade de regeneração, sendo que a devastação tem se tornado inevitável.

Estes aspectos têm uma grave influência no campo da responsabilidade civil, na medida em que a crescente necessidade de bens naturais vai minando a cada dia as forças de resistência a favor da preservação.

Entre a necessidade de alimentação, com a devastação de áreas verdes, a necessidade de suprimento da indústria com a exploração intensa de recursos minerais, a necessidade de lançamento de gases na atmosfera para aumento do setor produtivo, bem como rejeitos nos rios e mares para o mesmo fim, tem prevalecido toda prática atentatória à natureza.

Tais aspectos influenciam, basicamente, a formulação da legislação ambiental, bem como a especificação dos níveis mínimos de utilização de recursos naturais e lançamento de rejeitos na natureza. Criou-se, o que se pode dizer, um estado de necessidade especial para justificarmos profundos atentados contra a natureza. O que parecia absurdo há alguns anos passa a ser admitido, sob o argumento de que o desenvolvimento social depende do crescimento econômico-industrial.

Se, no campo legislativo, tais fatores de pressão têm dirigido a formulação de parâmetros, no campo jurisdicional percebe-se um amortecimento das forças impeditivas e supressivas, havendo quase que uma aceitação velada do desequilíbrio entre a preservação e a devastação.

A própria sociedade, salvo em alguns poucos focos de resistência, tem aceitado e permitido tal desequilíbrio, sendo que as atividades legislativa e judiciária não são nada mais que o reflexo deste pensamento, fazendo valer de forma clara o disposto no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Cidadã de 1988 que diz "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

Quando se tem uma reserva destruída para assentamento de pessoas, o que se vê é um pequeno sentimento de negação do ato que conflita com o grande interesse pela moradia. Quando se tem uma grande indústria extremamente poluente, o operador do direito se sente vencido pelo interesse do desenvolvimento de certa região e pela criação de empregos.

No campo da responsabilidade civil, o julgador depara com a norma proibitiva de certa conduta. Porém, como dito acima, de forma inconsciente, é gerada uma resistência, um conflito interior, em face dos reclames capitalistas e consumistas, bem como da necessidade de atender a tamanha população.

Não há dúvida de que o Judiciário tem encontrado dificuldades internas em face do acúmulo de processos e da falta de recursos materiais e humanos, tornando morosa a prestação jurisdicional. No entanto, no campo da responsabilidade civil por danos ao meio ambiente, infelizmente, estes não têm sido os únicos problemas enfrentados, sendo que os mencionados fatores de pressão, talvez, sejam os maiores responsáveis pela irresponsabilidade civil a que assistimos nos dias atuais. Trata-se de uma escolha da sociedade, não do Legislativo ou Judiciário, por um sistema que coloca a natureza em segundo plano, sendo que estes dois setores apenas, como já dito, refletem tal escolha.

4 Teorias sobre a responsabilidade civil por danos ao meio ambiente

A questão da responsabilidade civil, especialmente com o advento do Código Civil Francês ou Código Napoleônico, sempre esteve intimamente ligada à noção de culpa. Paulo Affonso Leme Machado nos traz importante lição sobre o assunto ao afirmar: "Ressalte-se que a existência da responsabilidade por culpa, como assinala Geneviève Viney, da Universidade de Paris, 'deve-se aos canonistas, para quem a responsabilidade era antes de tudo destinada a moralizar as condutas individuais, e não assegurar a reparação do dano'" (MACHADO, 2003, p. 323). Dessa forma, a responsabilidade civil fundada na culpa

visava, precipuamente, a uma resposta à sociedade formulada pelos poderes dirigentes, seja Igreja ou Estado, em face de algum dano. Resposta esta de cunho moral, abstrato, subjetivo, baseada em padrões de comportamento. Através da noção de culpa, toda ênfase pendia para o elemento moral, mediante a análise do elemento volitivo do agente, sua intenção diante do resultado.

Entretanto, a idéia de culpa, especialmente em se tratando de direito ambiental, deu lugar à idéia de risco, onde toda ênfase passou a girar em torno do fato do qual o dano se originou, bem como sobre quem a obrigação reparatória deveria recair. O mestre CARLOS ROBERTO GONÇALVES traz importante ensinamento sobre o assunto:

A responsabilidade objetiva, como já dito, baseia-se na teoria do risco. Nela se subsume a idéia do exercício de atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil. O exercício de atividade de que possa oferecer algum perigo representa, sem dúvida, um risco que o agente assume de ser obrigado a ressarcir os danos que venham resultar a terceiros. O princípio da responsabilidade por culpa é substituído pelo da responsabilidade por risco (socialização dos riscos) (GONÇALVES, 2003, p. 90).

Autores que defendem a noção de risco entendem que a teoria da responsabilidade baseada na culpa é inidônea para solucionar diversos casos práticos, além de desviar o foco da reparação para a punição, retribuição pelo mal causado, sendo estas nada mais que meras conseqüências da ação estatal contra a ilegalidade do ato.

Quanto ao direito brasileiro, a já mencionada Lei 6.938/81, em seu artigo 14, § 1º, adotou claramente a teoria da responsabilidade objetiva ao dispor:

Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.

Desse modo, basta a demonstração do nexo de causalidade entre o comportamento do agente (atividade) e a lesão ao meio ambiente, não havendo que se perquirir quanto a dolo ou mesmo culpa.

5 Teoria do risco integral

Para parte de nossos doutrinadores, dentre eles Sérgio Ferraz, Édis Milaré e José Afonso da Silva, em se tratando de direito ambiental, foi adotada a teoria da responsabilidade objetiva pelo risco integral, fundada no princípio de que deve responder pelo risco ou pelas desvantagens decorrentes da atividade aquele que desta extrai lucro.

Ensina ÉDIS MILARÉ que, além da prescindibilidade da culpa, uma segunda conseqüência da adoção da responsabilidade objetiva sob a modalidade do risco integral consiste na irrelevância da licitude da atividade. E continua: na ação civil pública ambiental não se discute, necessariamente, a legalidade do ato. É a potencialidade de dano que o ato possa trazer aos bens ambientais que servirá de fundamento da sentença (MILARÉ, 1996, p. 109).

Notamos grande divergência quanto às chamadas excludentes da responsabilidade civil, que são o caso fortuito, a força maior e a culpa exclusiva da vítima. Para parte da doutrina, não há se falar em excludentes no campo do risco integral. Para outros, tais excludentes podem subsistir, mesmo em se tratando de dano ambiental, onde se tem procurado agir com maior rigor ante a fragilidade do meio ambiente diante da devastadora ação humana.

Importante esclarecer que a culpa da vítima, apesar de ser tratada, muitas vezes, como excludente de responsabilidade, nada mais é que demonstradora da inexistência do nexo causal entre a atividade desenvolvida e o dano causado. Não é preciso fazer estudo aprofundado, bastando o simples bom senso, para percebermos que a culpa (termo empregado em sentido amplo), sendo exclusiva da vítima, não poderá ser do empreendedor. Também, no caso de culpa concorrente, o que se tem é uma menor responsabilidade que deve gerar uma menor indenização.

O mestre PAULO AFFONSO LEME MACHADO nos traz os seguintes ensinamentos quanto à aplicação das excludentes:

[...] aponto que há equívoco em se fazer atuar o fato da Natureza como diretamente excludente da responsabilidade, deixando-se de analisar os efeitos do fato da Natureza, para verificar se os mesmos poderiam ou não ser evitados ou impedidos (art. 393, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro) (MACHADO, 2003, p. 345).

É de se diferenciarem os critérios de análise dos métodos empregados para se prevenir e evitarem prejuízos, conforme se apliquem a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva. Na responsabilidade subjetiva, haverá de ser analisado se o devedor foi diligente ou não-culposos no prevenir e no evitar os efeitos do fato necessário. Já, se for aplicada a responsabilidade objetiva, é analisada a ausência de previsão e de tomada de medidas para evitar os efeitos do fato necessário, sem se levar em conta a diligência dos atos do devedor, pois a ocorrência da responsabilidade independe de sua culpa.

O possível responsável pelos danos ambientais diante dos fatos da natureza e de fatos de terceiro deve considerar, pelo menos, um duplo posicionamento psicológico: prevenir a ocorrência desses fatos e prevenir seus prováveis efeitos. Como assinala, com acuidade, o jurista português Fernando S. L. Pessoa Jorge: “nem tudo o que é previsível é evitável, e um acontecimento inevitável, mas previsível, não assume o caráter de caso fortuito ou de força maior” (MACHADO, 2003, p. 345).

Com isso, ao meu ver, de forma extremamente acertada, o autor deixa a noção de que o caso concreto definirá sobre a possibilidade de emprego ou não das excludentes. Neste caso, caem por terra quaisquer discussões doutrinárias num sentido ou no outro, vez que tal questão não pode ser tratada de forma genérica.

6 Da responsabilidade solidária por dano ao meio ambiente

Nota-se uma clara tendência moderna pela solidariedade passiva na reparação do dano ecológico, em face do caráter de ordem pública da matéria, bem como da maior eficácia e efetividade que tal tratamento pode dar no sentido da proteção ambiental.

A solidariedade mostra-se evidenciada em nossa Política Nacional do Meio Ambiente, Lei 6.938/81 em seu artigo 3º, IV:

[...] por poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.

Como é cediço, a solidariedade não se presume, vez que resulta da lei ou vontade das partes. No caso do dano ambiental, nota-se uma clara vontade da lei no sentido de abarcar todos os responsáveis por tais danos. Dessa forma, as ações que versem sobre meio ambiente, especialmente sua reparação, podem ser propostas contra os causadores diretos, indiretos ou mesmo em face de ambos, não cabendo qualquer benefício de ordem, sendo ideal que, dentro do possível, todos os responsáveis sejam acionados a uma só vez, evitando-se decisões contraditórias e possibilitando uma análise conjunta de fatos interligados, facilitando a busca da verdade real.

7 Conclusão

Como vimos, o direito ambiental visa adequar a necessidade de exploração da natureza com a necessidade de preservação para que esta e as futuras gerações possam desfrutar de um ambiente sadio. Neste caso, por sadio, devemos entender a aceitação de parâmetros mínimos de ingerência humana na natureza, sendo que o crescimento populacional e o crescente consumismo têm sido fatores decisivos na fixação de tais parâmetros.

Ultrapassados os limites minimamente definidos por nossa legislação de modo a consubstanciar o dano ambiental, surge a figura da responsabilidade civil pela reparação. Responsabilidade esta de cunho objetivo, em que não se perquire sobre a culpa, mas quanto ao exercício de certa atividade e o nexo de causalidade entre tal exercício e o dano, no que chamamos de responsabilidade objetiva.

Apesar da grande celeuma em torno da aplicação das excludentes de responsabilidade nominadas na doutrina - caso fortuito, força maior e culpa exclusiva da vítima -, tem-se que somente o caso concreto pode dizer se tais excludentes podem ser aplicadas, ficando a ressalva de que a culpa da vítima, na verdade, elimina o nexo de causalidade, gerando, por consequência, a não-responsabilidade civil.

Em havendo dano, todos os responsáveis, diretos ou indiretos, podem ser acionados, ante a solidariedade legalmente estipulada em nosso ordenamento, tratando-se da solidariedade passiva quanto a danos ambientais.

O tema da proteção ambiental está em voga nos dias atuais. Isto se deve ao reflexo da degradação do meio ambiente, sendo que o homem está sentindo, dia a dia, os reflexos de sua ação degradadora. Doenças, infecções, muito barulho, poluição visual, aumento da temperatura, etc. têm preocupado em muito toda a humanidade. Neste caso, a responsabilidade civil, especialmente pelo seu caráter reparatório, surge com grande importância neste terrível cenário.

Entretanto, creio que nada irá mudar se a idéia de prevenção não imperar em nossa sociedade. Para isso, a sociedade deverá organizar-se, definindo claramente seus objetivos em face da natureza. O discurso preservacionista tem ressoado nos nossos tempos, porém assume o caráter demagógico, vez que com a mínima necessidade de expansão econômico-industrial os parâmetros de preservação são alterados em detrimento da natureza. Creio valer a pergunta que pessoas bem atentas a tais fatos têm feito hodiernamente: até que ponto vale a degradação da natureza pela busca deste crescimento? E ainda: aonde chegaremos se não for dado um basta nesta mentalidade de que sempre cabe um pouco mais de degradação? A continuarmos nesse passo, certamente, as futuras gerações terão apenas histórias das belezas do planeta azul.

Portanto, como já dito, deveremos ter com clareza nossos objetivos frente a natureza para que a preservação, o equilíbrio, o desenvolvimento sustentável, bem como outras expressões ligadas ao assunto, tão em moda atualmente, possam ter maior efetividade, tornando-se uma realidade para o ser humano, de modo que a presente e as futuras gerações possam, realmente, desfrutar de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Não há dúvida de que o tema da responsabilidade civil por dano ao meio ambiente irá sempre caminhar lado a lado com as tendências sociais, seja no campo legislativo ou na efetiva aplicação do direito, refletindo os reais anseios de toda a sociedade no tocante à preservação. Verifica-se, neste ponto, uma certa evolução no pensamento humano, apesar de um tanto débil e insatisfatória. Assistimos, séculos atrás, especialmente durante a Revolução Industrial, a uma quase que total despreocupação quanto à preservação da natureza. Nos dias atuais, temos uma preocupação encoberta pelo sentimento de expansão, de crescimento, de suprimento das necessidades humanas, gerando um conflito entre o preservar e o evoluir, o produzir, o crescer, bem como uma série de discursos demagógicos sobre o assunto. No entanto, esta é uma outra etapa, melhor que a primeira, na qual o discurso preservacionista tem sempre estado em pauta. Esperamos por uma nova fase, em que a sociedade consiga realmente equilibrar suas necessidades com seu ideal de preservação, tornando os discursos neste campo efetivos, bem como mais efetiva a aplicação do direito no campo da responsabilidade civil por dano ao meio ambiente.

8 Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

MILARÉ, Édis. *Revista Apamagis*, São Paulo, set./dez. 1996.

Sumário: 1 Introdução. 2 Conceito de pesca. 2.1 Conceito comum. 2.2 Conceito legal. 2.2.1 Conceito da legislação federal. 2.2.2 Conceito da legislação mineira. 3 Competência para legislar sobre o tema. 4 Classificação da pesca. 4.1 Pesca amadora. 4.2 Pesca profissional. 4.3 Pesca científica. 4.4 Pesca desportiva. 4.5 Pesca de subsistência. 4.6 Despesca. 5 Do dano à fauna aquática e o meio ambiente. 6 Conclusão. 7 Anexos. 8 Referências bibliográficas.

1 Introdução

Nos últimos tempos tem crescido a preocupação mundial com a proteção ambiental, e o direito passou a se ocupar de elaborar regras de proteção ao meio ambiente, procurando limitar direitos individuais em prol do interesse coletivo que é a preservação do meio ambiente.

O legislador pátrio, desde o ano de 1981, através da Lei 6.938/81, deu uma interpretação à expressão meio ambiente, dispondo em seu art. 3º:

Meio ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e alterações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

Toshio Mukai, por sua vez, conceitua o Direito Ambiental como um conjunto de normas e institutos jurídicos pertencentes a vários ramos do Direito reunidos por sua função instrumental para a disciplina do comportamento humano em relação ao seu meio ambiente.

Ocorre, entretanto, que nesta tentativa o legislador se tem mostrado muitas vezes ineficiente e criando instrumentos que produzem efeitos indesejados ou contrários aos interesses coletivos que se propõe a defender e, muitas vezes, não observando regras de competência ou garantias constitucionais, acabam por inviabilizar a aplicação dos dispositivos criados para proteção ambiental.

O Direito Ambiental é hoje considerado no Brasil como ramo do Direito Público, que segundo Vladimir Passos de Freitas pode ser considerado sob dois aspectos: um objetivo, consistente no conjunto de armas jurídicas disciplinadoras da proteção da qualidade do meio ambiente; outro como ciência, que tem por finalidade o conhecimento sistematizado das normas e princípios ordenadores da qualidade do meio ambiente.

Por sua vez, para a sistematização das normas e princípios ordenadores do meio ambiente, sua preservação foi pensada e dividida em três grandes áreas de concentração que foram identificadas como agendas, sendo elas: Agenda Verde, Agenda Marrom e Agenda Azul. A primeira delas ocupa-se com a preservação de florestas e recursos biológicos; a segunda cuida da preservação do solo; e a última está relacionada com os recursos hídricos e o ambiente aquático.

O objetivo deste trabalho é analisar a proteção legal construída para proteção à fauna aquática, em especial à atividade pesqueira, comparando a legislação federal e procurando demonstrar algumas dificuldades de aplicação de normas estabelecidas pelo Estado de Minas Gerais, bem como a dificuldade de elaboração de conceitos genéricos que possam ser aplicados de forma harmônica entre os órgãos de proteção ambiental federal e estadual.

Para o início da apreciação do tema, vamos ao Direito Constitucional e buscamos auxílio em princípios gerais do direito para entendermos mais sobre a competência legislativa e de polícia do

* Juiz de Direito em Mateus Leme.

meio ambiente, procurando esclarecimentos sobre os limites de cada ente federativo e a função de todos eles na disciplina da pesca.

Outra preocupação do trabalho está situada sobre a classificação da pesca e a ocorrência de efetivo dano ambiental pelo exercício da atividade em cada uma das modalidades.

Por fim, teceremos alguns comentários sobre as várias legislações e dificuldades práticas no controle efetivo da pesca, apontando algumas sugestões para a disciplina da matéria.

2 Conceito de pesca

2.1 Conceito comum

Segundo o dicionário da língua portuguesa editado pelo Ministério da Educação e Cultura, pescar é apanhar peixe da água, e pesca é o ato ou a arte de pescar, de apanhar o peixe da água.

Aurélio Buarque de Holanda, em Dicionário da Língua Portuguesa, conceitua a pesca buscando a origem da palavra, no latim *piscare*, dizendo ser o ato de pescar, ou seja, de retirar da água o peixe.

No senso comum, pratica a pesca aquele que, sobre a água, utiliza instrumentos para capturar peixes, retirando-os de seu ambiente natural. É atualmente uma atividade muito utilizada no lazer e/ou como profissão.

O Código Civil de 1916 não cuidou de conceituar a expressão, e o tema era tratado no capítulo da propriedade, e não havia uma preocupação com o interesse coletivo, mas sim com o interesse individual do proprietário das terras por onde passassem cursos d'água.

2.2 Conceito legal

O Decreto-lei 221, de 28 de setembro de 1967, cuidou de conceituar a expressão pesca, classificando-a em pesca comercial, pesca desportiva e pesca científica.

O art. 1º do Decreto-lei 221/67 trouxe então um conceito legal sobre a expressão:

Para efeitos deste Decreto-Lei define-se pesca todo ato tendente a capturar ou extrair elementos animais ou vegetais que tenha na água seu normal ou mais freqüente meio de vida.

Parece-nos evidente que este conceito pelo legislador de 1967 é imperfeito porquanto não identifica o ato específico de retirar da água peixes ou outros animais da fauna aquática, mas atos destinados ou tendentes a esta atividade final.

2.2.1 Conceito da legislação federal

Em 1998, foi editada a Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e esta, em seu artigo 36, já com uma preocupação não mais com a propriedade privada, mas com a preservação ambiental como direito coletivo, conceitua também a expressão pesca:

Art. 36. Para efeitos desta Lei, considera-se pesca todo ato tendente a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos de peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios, suscetíveis ou não de aproveitamento econômico, ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora.

A imperfeição do texto do Decreto-lei 221/67 foi conservada, mas a preocupação do legislador não mais está na proteção à propriedade privada, e sim na preservação das condições de subsistência do meio aquático.

Por sua vez, a Lei 7.679, de 23 de novembro de 1988, ao tratar da fiscalização da atividade pesqueira, permite-nos uma idéia mais precisa da expressão, ainda que indiretamente, vejamos:

Art. 3º A fiscalização da atividade pesqueira compreenderá as fases de *captura, extração, coleta*, transporte, conservação, beneficiamento, industrialização e comercialização dos *seres animais e vegetais que tenham na água o seu natural ou mais freqüente meio de vida* (grifo nosso).

2.2.2 Conceito da legislação estadual em Minas Gerais

A Lei Estadual 14.181/02, que dispunha sobre a política de proteção à fauna e à flora aquáticas e de desenvolvimento da pesca e da aquicultura no Estado, em seu art. 4º, conceituava a expressão pesca como:

Art. 4º Compreende-se por pesca a ação ou o ato tendente a capturar ou extrair seres aquáticos susceptíveis ou não de aproveitamento com finalidade econômica ou social.

Já o Decreto nº 43.713, de 14 de janeiro de 2004 (bem recente, portanto), que regulamenta a Lei Estadual 14.181/02, assim conceitua a pesca:

Art. 4º Compreende-se por pesca toda ação ou o ato tendente a capturar ou extrair, para quaisquer finalidades, espécimes da fauna e da flora aquáticas.

§ 1º Por ato tendente, entendem-se todas as ações preparatórias, que antecedem a captura ou a extração de organismos aquáticos, assim considerados a aquisição, o transporte, a guarda e o porte de aparelhos de pesca.

§ 3º Por captura ou extração, entende-se a ação de retirar, colher, apreender ou apanhar, por qualquer meio ou modo, organismos da fauna e da flora aquáticas.

A redação do Decreto 43.713/04 é ainda mais desastrosa, embora mais detalhada que a própria lei que regulamenta, pois traz o conceito de pesca apenas como a ação ou o ato *tendente* a extração ou captura e afirma em seu art. 2º, § 1º, que atos tendentes não são a retirada ou extração de peixes ou outros organismos da fauna ou da flora aquática, mas apenas aqueles atos com ele relacionados.

É o mesmo decreto estadual que, no parágrafo único do art. 1º, conceitua também a expressão fauna e flora aquáticas, dizendo: *Compreende-se por fauna e flora aquáticas, respectivamente, o conjunto de animais e vegetais que têm na água o seu natural meio de vida.*

Parece-me que um conceito mais preciso da expressão pesca deriva de uma junção dos vários conceitos legais aqui colecionados, e, no meu modesto entender, pesca é toda captura ou retirada da água de animais ou vegetais que tenham na água o seu ambiente natural, ou seja, o seu natural meio de vida, ou ainda apreender ou apanhar, por qualquer meio ou modo, organismos da fauna e da flora aquáticas, para qualquer fim ou aproveitamento.

3 Competência para legislar sobre o tema

Antes de analisarmos a questão da competência, devemos situá-la em um dos ramos do direito, pois como visto já em momento anterior o direito brasileiro já tratou do assunto como matéria do Direito Civil, entendendo a pesca exclusivamente como direito de propriedade e, atualmente, cuida do assunto como matéria de Direito Público, especialmente como direito difuso relacionado com o meio ambiente.

É importante também entendermos o sentido da expressão competência e seu alcance, para que seja possível uma delimitação da questão em exame. Para José Afonso da Silva, competências são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções.

É ainda de José Afonso da Silva a idéia de competência que *consiste na esfera delimitada de poder que se outorga a um órgão ou entidade estatal, mediante especificação de matérias sobre as quais se exerce o poder de governo.*

Devemos ainda entender a competência sob dois aspectos, o primeiro relacionado com a possibilidade de se legislar sobre o tema e o segundo relacionado com a política de fiscalização e aplicação das normas positivadas, denominada por grande parte da doutrina como competência administrativa.

ALEXANDRE DE MORAES, em seu livro *Direito Constitucional*, publicado pela Editora Atlas, analisa a competência administrativa da União, dos Estados e Municípios, afirmando que esta competência se divide em exclusiva e comum.

Quando trata da competência exclusiva, afirma que esta traz poderes enumerados e poderes reservados. Os poderes enumerados são aqueles da União e Municípios, ou seja, é o legislador constitucional que taxativamente identifica quais são os poderes destes entes federativos. Já os poderes reservados são estes atribuídos aos Estados-membros.

Comentando ainda o tema, a lição do ilustre doutrinador vem nos seguintes dizeres:

Aos Estados-membros são reservadas as competências administrativas que lhes sejam vedadas pela Constituição, ou seja, cabe na área administrativa privativamente ao Estado todas as competências que não forem da União (CF, art. 21), dos municípios (CF, art. 30) e comuns (CF, art. 23). É a chamada competência remanescente dos Estados-membros, técnica clássica adotada originariamente pela Constituição norte-americana e por todas as Constituições brasileiras, desde a República, e que presunha o benefício e a preservação da autonomia desses em relação à União, uma vez que a regra é que do governo dos Estados, à exceção o Governo Federal, pois o poder reservado ao governo local é mais extenso, por ser indefinido e decorrer da soberania do povo, enquanto o poder geral é limitado e se compõe de certo modo de exceções taxativas.

A competência administrativa da União está relacionada diretamente com seus bens e a soberania nacional, cabendo-nos também uma breve análise de quais são os bens do ente federativo maior.

A Constituição Federal, em seu art. 20, arrola os bens da União e dentre eles, no inciso III:

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

Outro pensamento que já pode ser construído também é aquele em relação aos bens comuns de uso do povo. Alguns deles são de domínio da União, competindo-lhe essencialmente a proteção, como é o caso dos rios que estão entre as divisas dos Estados-membros ou banham mais de um Estado, por exemplo, o Rio São Francisco, que tem sua nascente em Minas Gerais e boa parte de seu curso também em nosso Estado.

Podemos, já aqui, estabelecer uma regra de pensamento, qual seja: que sobre os bens da União a competência administrativa é da União, embora possa haver delegação aos Estados-membros desta competência como prevê o parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, desde que não esteja o assunto relacionado com algumas daquelas de competência exclusiva da própria União e que exista lei complementar fixando normas de cooperação entre estes entes federativos.

Mas e a proteção da fauna e flora aquáticas e os recursos hídricos estão relacionados com a competência comum ou exclusiva da União?

O art. 225, § 1º, VII, traz o dever ao Poder Público de proteger a fauna e a flora, descrevendo:

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

§ 1º Para assegurar a efetividade deste direito, incumbe ao Poder Público: (...)

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

Não estando esta proteção elencada como sendo de competência exclusiva ou privativa da União, parece-nos claro que, quanto à gestão e à proteção destes dois objetos integrantes do meio ambiente, a competência é comum, ou seja, tanto a União quanto os Estados-membros e também os municípios poderão e têm o dever de zelar pela proteção da fauna e flora, observando, contudo, o interesse local nas atuações dos entes federativos menores.

Ao estabelecer a competência comum entre a União e os Estados, o constituinte de 1988 colocou a proteção ao meio ambiente como tarefa de todos os entes federativos. Vejamos o texto do art. 23 e seu inciso VI:

Art. 23. É competência comum da União dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...)
VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

Parece-nos evidente, portanto, que a fiscalização e a adoção de políticas de proteção ao meio ambiente devem ser exercidas por todos os entes federativos; mas, e se houver confronto entre as ações de um e outro ente federado, como solucionar o conflito de atribuições?

Para conseguirmos a resposta, vamos buscar na competência legislativa a regra disciplinadora do conflito, mas, antes, destaco apenas que é o mesmo art. 225 da Constituição Federal, em seu § 4º, que identifica, dentre outras áreas ambientais especiais, algumas como sendo integrantes do patrimônio nacional, afirmando: A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional. Nestas áreas específicas, compete à União a adoção de medidas de efetiva proteção da fauna e da flora.

Em relação à competência legislativa, temos que, em matéria de proteção à fauna e à flora, a competência para elaboração de leis e normas complementares é comum, como fixado na Constituição Federal em seu art. 24:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...)
VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição.

Para respondermos à questão anteriormente formulada sobre o conflito de competências entre a União e os Estados-membros, vamos buscar a lição do Professor Alexandre de Moraes:

A Constituição Federal faculta à União, no seu art. 22, parágrafo único, a delegação de assuntos de sua competência legislativa privativa aos Estados, desde que satisfeitos três requisitos:

- requisito formal: a delegação deve ser objeto de lei complementar devidamente aprovada pelo Congresso Nacional, por maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal;
- requisito material: somente poderá ser delegado um ponto específico dentre uma das matérias descritas nos vinte e nove incisos do art. 22 da Constituição Federal, pois a delegação não se reveste de generalidades, mas de particularização de questões específicas, do elenco das matérias excluídas na privatividade legislativa da União. Assim, nunca se poderá delegar toda a matéria existente em um dos citados incisos;
- requisito implícito: o art. 19 da Constituição Federal veda a criação por parte de qualquer dos entes federativos de preferência entre si. Dessa forma, a Lei Complementar editada pela União deverá delegar um ponto específico de sua competência a todos os Estados, sob pena de ferimento do princípio da igualdade federativa.

Ainda quanto ao mesmo tema, ou seja, sobre a concorrência de competência entre a União e os Estados, é importante, para nosso estudo, a análise não da competência privativa, mas da competência concorrente e seus limites.

A Constituição de 1988 fez a opção por adotar a competência concorrente não cumulativa ou vertical, assim entendida como uma repartição vertical de poder, ou seja, dentro de um mesmo campo material, reserva-se um nível superior ao ente federativo maior, a União, que fixa os princípios e normas gerais, deixando aos Estados-membros a complementação da matéria.

Desse modo, a competência da União está adstrita ao estabelecimento de normas gerais, devendo os Estados e o Distrito Federal especificá-las através de suas respectivas leis, sendo o que a doutrina denomina de *competência suplementar*.

Alexandre de Moraes estabelece algumas regras definidoras da competência legislativa concorrente que me parecem bastantes oportunas pela propriedade como são postas e a simplicidade clara como o tema é exposto:

- 1 - A competência da União é direcionada somente às normas gerais, sendo flagrante inconstitucionalidade aquilo que delas extrapolar;
- 2 - A competência do Estado-membro ou do Distrito Federal refere-se às normas específicas, detalhes, minúcias (competência suplementar). Assim, uma vez editadas as normas gerais pela União, as normas estaduais deverão ser particularizantes, no sentido de adaptação de princípios, bases, diretrizes a particularidades regionais (competência complementar);
- 3 - Não haverá possibilidade de delegação por parte da União, aos Estados-membros e Distrito Federal das matérias elencadas no art. 24 da Constituição;
- 4 - O rol dos incisos destinados à competência concorrente é taxativo, portanto não haverá essa possibilidade em matéria destinada a lei complementar, por ausência de previsão do art. 24 da CF;
- 5 - A inércia da União em regulamentar matérias constantes no art. 24 da Constituição Federal não impedirá ao Estado-membro a regulamentação da disciplina constitucional (competência supletiva). Note-se que, em virtude da ausência de lei federal, os Estados-membros adquirirão competência plena tanto para a edição de normas de caráter geral, quanto específico;
- 6 - A competência plena adquirida pelos Estados-membros ou Distrito Federal é temporária, uma vez que, a qualquer tempo, poderá a União exercer sua competência editando lei federal sobre as normas gerais;
- 7 - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

A conclusão que se tem é que a competência legislativa para legislar sobre fauna, flora, pesca, caça e outros bens que integram o meio ambiente é concorrente entre a União e os Estados-membros, bem como com o Distrito Federal; competindo assim à União legislar sobre matéria geral relacionada a estes objetos e aos Estados, a competência está limitada à complementação do sentido destas normas gerais e resolução de questões de interesse peculiar local, ou seja, que afete somente a unidade federativa intermediária (Estado-membro).

O que não é possível, por flagrante inconstitucionalidade, é que a lei federal estabeleça regra de sua competência e a legislação estadual venha a dispor de modo diverso. Assim, se a legislação federal permite determinada conduta ou comportamento, ou não o proíbe, não é possível ao Estado-membro, mesmo que através de lei em sentido formal e material, a proíba.

4 Classificação da pesca

O Decreto-lei 221, de 28 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a proteção e estímulo à pesca e dá outras providências, conhecido como Código de Pesca, classifica-a em apenas três categorias, a saber:

- pesca comercial é aquela que tem por finalidade realizar atos de comércio na forma da legislação complementar;
- pesca desportiva é a que se pratica com linha de mão, por meio de aparelhos de mergulho ou quaisquer outros permitidos pela autoridade competente, e que em nenhuma hipótese venha a importar em atividade comercial;
- pesca científica é a exercida unicamente com fins de pesquisa por instituições ou pessoas devidamente habilitadas para esse fim.

Já a Portaria 92, de 06 de novembro de 1995, do Ibama, que regulamenta o Decreto-lei 221/67 e a Lei 7.679, de 23 de novembro de 1988, traz outros dois conceitos da pesca, classificando-a como amadora e profissional, o que também ocorre com a Portaria 59, de 14 de outubro de 2003, que fixa o período de defesa da piracema.

Conceituação mais ampla e detalhada é trazida pela legislação estadual, seja através da Lei 14.181/02 (Lei de Pesca), seja pelo Decreto 43.713, de 14 de janeiro de 2004.

4.1 Pesca amadora

A Lei 14.181/02, em seus arts. 4º e 5º, classifica a pesca amadora como o ato de retirar da água seres aquáticos susceptíveis ou não de aproveitamento econômico, com a finalidade de recreação, autorizada pelo órgão competente.

Art. 4º Compreende-se por pesca a ação ou ato tendente a capturar ou extrair seres aquáticos susceptíveis ou não de aproveitamento com finalidade econômica ou social.

Art. 5º Para efeitos desta Lei, a pesca se classifica como:

I - amadora, quando praticada com a finalidade de lazer ou recreação, autorizada pelo órgão competente.

Já o Decreto 43.714, de janeiro de 2004, portanto bem recente, classifica a pesca amadora, subdividindo-a em duas subcategorias, quais sejam, da pesca amadora embarcada e pesca amadora desembarcada, vejamos:

Art. 8º A pesca classifica-se nas seguintes categorias:

I - Categoria 'A' - amadora, realizada com a finalidade exclusiva de lazer ou recreação, autorizada e licenciada pelo órgão competente, permitindo o uso de anzol, chumbada, linha, vara ou caniço, molinete ou carretilha ou similar, puçá, iscas artificiais e naturais e embarcação, subdividindo-se em:

a) Subcategoria 'A1' - pesca amadora desembarcada, realizada sem o emprego de embarcação, utilizando-se os petrechos previstos no inciso I deste artigo.

b) Subcategoria 'A2' - pesca amadora embarcada, compreende a subcategoria 'A1', utilizando embarcação.

4.2 Pesca profissional

Este conceito é da Lei Estadual 14.181/02 e é assemelhado à pesca comercial mencionada no Código de Pesca, sem contudo exigir o ato de comércio de forma explícita, mas de modo indireto.

Pesca profissional é portanto aquela praticada como profissão e principal meio de vida da pessoa que exerce esta atividade e seu conceito está no inciso II do art. 5º da Lei 14.181/02, vejamos:

Art. 5º Para efeitos desta Lei, a pesca se classifica como: (...)

II - profissional, quando praticada como profissão e principal meio de vida, devidamente comprovado, por pescador matriculado em órgão competente, em área de domínio público ou privado, com o consentimento do proprietário.

4.3 Pesca científica

Como já visto anteriormente, o conceito de pesca científica do Decreto-lei 221/67 não pode ser contrariado pela legislação estadual, pois trata-se de norma geral de competência da União.

Para a legislação federal, pesca científica é aquela exercida unicamente com fins de pesquisa por instituições ou pessoas devidamente habilitadas para esse fim.

A despeito disso, a lei estadual cuidou de conceituar também a pesca científica, divergindo um pouco da legislação federal, vejamos:

Art. 5º Para efeitos desta Lei, a pesca se classifica como: (...)

III - científica, quando praticada para fins de pesquisa, por técnico ou cientista devidamente autorizado.

O decreto estadual que regulamenta a Lei de Pesca já traz outro conceito, acrescentando algumas possibilidades concretas:

Art. 8º A pesca classifica-se nas seguintes categorias: (...)

IV - científica, praticada com a finalidade exclusiva de pesquisa e/ou manejo, por pessoas com qualificação técnica para tal fim, normatizada e autorizada pelo órgão competente.

4.4 Pesca desportiva

Também aqui a legislação federal destoa da legislação mineira, pois permite várias práticas não previstas na legislação estadual, que proíbe, de modo genérico, toda e qualquer atividade de pesca não expressamente autorizada, dentre elas a pesca por mergulho autônomo, ou seja, sem aparelhos externos.

Como já analisado em capítulo anterior, reafirmo a idéia de que a permissão da lei federal, mesmo que anterior à estadual, por se tratar de norma geral, não permite a limitação da lei estadual, cuja competência é exclusivamente complementar na matéria. A norma estadual que proíbe algumas das práticas de pesca em desacordo com a lei federal é inconstitucional.

Para fixação da idéia trago o texto do art. 2º do Decreto-lei 221, de 28 de fevereiro de 1967:

Art. 2º. A pesca pode efetuar-se com fins comerciais, desportivos ou científicos. (...)

§ 2º. Pesca desportiva é a que se pratica com linha de mão, por meio de aparelhos de mergulho ou quaisquer outros permitidos pela autoridade competente, e que em nenhuma hipótese venha a importar em atividade comercial.

As portarias do Ibama, que são posteriores à Constituição Federal de 1988, vêm permitindo a pesca amadora, ou seja, a pesca desportiva, sem trazer qualquer modificação à lei, mesmo porque não o poderia fazer por se tratar de norma complementar, restando, portanto, permitida a pesca nesta modalidade por qualquer aparelho não expressamente proibido pelo órgão ambiental competente.

A legislação estadual só poderá ser aplicada em águas exclusivamente estaduais, e não nas bacias hidrográficas de domínio da União, assim entendidas aquelas formadas pelos rios e lagos que ultrapassam os limites das fronteiras estaduais ou seus afluentes.

4.5 Pesca de subsistência

Esta classificação é vista na Lei Estadual 14.181/02, mas também a idéia pode ser extraída do texto do art. 37 da Lei 9.605/98, quando identifica esta modalidade como causa excludente de ilicitude:

Art. 37. Não é crime o abate de animal, quando realizado:

I - em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família.

Já a legislação estadual mencionada e regulamentada pelo Decreto 43.713/04, assim classifica a pesca de subsistência:

Art. 8º A pesca classifica-se nas seguintes categorias:

I - Categoria "C" - subsistência, praticada por pessoas carentes, nas imediações de suas residências, em ambientes de domínio público, com utilização de anzol, chumbada, linha e caniço, destinando-se ao sustento da família, normatizada pelo órgão competente.

4.6 Despesca

Constitui esta modalidade em captura de peixes ou animais que têm o seu meio de vida natural ou habitual nas águas, de criatórios ou aqüicultura, para fins de comércio ou manejo.

É o mesmo art. 5º da Lei 14.181/02 que me parece conceituar de modo mais preciso a expressão:

Art. 5º Para efeitos desta Lei, a pesca se classifica como:

VI - despesca, quando destinada à captura do produto da aqüicultura para fins de comercialização e manejo.

5 Do dano à fauna aquática e ao meio ambiente

Os danos ao meio ambiente não atingem uma pessoa determinada ou um conjunto de pessoas distintas, mas a lesão causada por um ato danoso ao ambiente, de modo geral, atinge a toda a humanidade, ainda que mais distante do local onde o dano ocorreu.

Não é sem propósito que o legislador constitucional considerou o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um bem de uso comum do povo (art. 225, CF), mas o fez para tornar coletivo este direito, possibilitando assim uma tutela ampla, independentemente de qualquer ação direta do diretamente lesado por ação de outrem ou própria.

O nexo causal entre ação ou omissão dolosa ou culposa de alguém lhe traz a obrigação de reparar o dano, mas também uma responsabilidade de natureza penal, sujeitando-se assim a uma sanção, cujo caráter é preventivo e repressivo. Estas ações ou omissões, ou mesmo o exercício de determinada atividade, não se limitam apenas à pesca, seja de que modalidade for, embora estatisticamente a maior incidência de procedimentos judiciais nesta área esteja relacionada à pesca.

A lei estadual já por muito comentada (Lei 14.181/02), em seu Capítulo VI, identifica as hipóteses de dano à fauna e flora aquáticas e, dentre outras, elenca a captura de espécies da ictiofauna com tamanho inferior ao permitido, de espécime que deva ser preservada, etc.

Art. 18. Constitui dano à fauna aquática toda ação ou omissão que degrade o ecossistema a ela relacionado, além das demais hipóteses previstas na legislação em vigor e, especialmente:

I - a introdução de espécie exótica sem a autorização do órgão competente, entendendo-se como espécie exótica aquela que não ocorre naturalmente no corpo ao qual se destina;

II - a promoção do esvaziamento ou do secamento artificial de coleções de águas naturais ou represas, excetuados os reservatórios artificiais destinados à prática da piscicultura e outras finalidades;

III - a captura de espécime da ictiofauna com tamanho inferior ao permitido, de espécie que deva ser preservada ou em quantidade superior à permitida, conforme previsto na legislação;

IV - a captura da ictiofauna em local e época proibidos ou com o emprego de aparelho, petrecho, método ou técnica não permitida;

V - a prática de ação que provoque a morte de espécimes da flora e da fauna aquáticas, por qualquer meio, contrariando norma existente;

VI - a regularização das vazões de um curso de água que comprometa a função do criatório de peixes de suas várzeas.

§ 1º Os autores do dano ficam obrigados à reparação ambiental, por meio de medidas a serem estabelecidas pelo órgão competente, sem prejuízo das penalidades administrativas cabíveis.

§ 2º O Poder Executivo adotará medidas preventivas para evitar ou minimizar o risco de dano à fauna e à flora aquáticas.

Curioso é que a preocupação do legislador estadual, observada na Lei 14.181/02 e Decreto 43.713/04, não é com a proteção ambiental, pois cria grandes obstáculos à pesca amadora ou desportiva, que pequeno ou nenhum impacto causa à fauna aquática, pois os instrumentos permitidos para estas categorias são primitivos e não provocam danos diretos às espécies, mas permite, regulariza e até incentiva a pesca profissional e comercial.

A falta de uma visão mais efetiva do problema cria ou estimula, na prática, o exercício da pesca amadora de forma clandestina e sem qualquer controle eficaz desta atividade. Só recentemente o Ibama procura cadastrar aqueles que exercem a pesca amadora, mas o faz de forma tão constrangedora que acaba inibindo os pescadores de se identificarem.

A coleta de dados do Ibama se dá apenas quando do licenciamento para a atividade de pesca amadora, que pode ser obtida através do site: www.ibama.gov.br/pescaamadora com o preenchimento de dados pessoais do requerente.

As hipóteses legais mencionadas na lei estadual não exigem a comprovação de dano efetivo à fauna ou à flora aquáticas, mas presume o legislador a existência deste dano pelo simples comportamento identificado no art. 18, já citado e transcrito.

Trata-se, portanto, de perigo abstrato de dano. Entretanto, a reparação depende de quantificação e demonstração da ocorrência do efetivo dano ambiental, pois, caso contrário, o autor da infração administrativa só estará sujeito às sanções, também administrativas, previstas no decreto que regulamentou a lei, conforme tabela vista no anexo II do presente trabalho.

6 Conclusão

Muitos incidentes têm ocorrido entre a Polícia Ambiental (como hoje é denominada a antiga Polícia Florestal de Minas Gerais) e cidadãos que, em finais de semanas ou em algum raro momento de lazer, vão até às margens de rios ou represas para a prática da pesca, seja embarcada, desembarcada ou por mergulho.

A Polícia Ambiental tem entendido que há proibição da pesca se em desacordo com a legislação estadual e, como justificativa, apresenta a defesa do meio ambiente. Entretanto, não são raros os casos em que centenas ou milhares de metros de redes são estendidas pelas barragens e rios mineiros, sejam eles de domínio da União ou do Estado, sem que nenhuma medida efetiva seja tomada para coibir este verdadeiro atentado ao meio ambiente.

Infelizmente, a regra de Pareto está evidenciada nos danos ambientais relacionados com a fauna e flora aquáticas. Enquanto milhares de pescadores esportivos, cerca de 90% de todos, potencialmente causariam um dano ambiental da ordem de menos de 10% à fauna aquática, os restantes 10% são os grandes responsáveis pela quase-totalidade do dano ambiental.

A pesca subaquática, esporte de custo elevado e restrito a um número muito pequeno de pessoas, tem sofrido ataques diretos dos órgãos ambientais, que se esquecem ou não dão atenção ao fato de que não têm eles competência para legislar sobre esta matéria que está tratada no Decreto-lei 221/67, Código de Pesca.

Em se tratando de pesca em águas nacionais, no caso de Minas Gerais os Rios São Francisco, Paraopeba, Doce, entre outros, não é possível a fiscalização ou proibição da atividade pesqueira por órgãos estaduais, haja vista não existir lei complementar que permita o concurso da União com este Estado para o exercício deste poder de polícia.

7 Anexos

- Decreto-lei 221, de 28 de fevereiro de 1967;
- Portaria Ibama 59, de 14 de outubro de 2003;
- Portaria Ibama 92, de 6 de novembro de 2003;
- Lei Estadual 14.181, de 2002;
- Decreto Estadual 43.713, de 14 de janeiro de 2004.

8 Referências bibliográficas

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SANCTIS, Fausto Martin de. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, Senado, 2004.

BRASIL. Decreto-lei 221, de 28 de fevereiro de 1967 (Código de Pesca). Dispõe sobre a proteção e estímulo à pesca e dá outras providências. Brasília, DF.

BRASIL.Ibama-Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis: Ministério do Meio Ambiente. Portarias disponíveis em <http://www.ibama.gov.br/pesca_amadora/> acesso em 15 de janeiro de 2004.

MINAS GERAIS. Lei Estadual 14.181, de 17 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a política de proteção à fauna e à flora aquáticas e de desenvolvimento da pesca e de aqüicultura no Estado e dá outras providências. Disponível em <<http://www.alemgo.gov.br>> acesso em 10 de dezembro de 2003.

Sumário: 1 Introdução. 1.1 Desenvolvimento do problema. 2 História da propriedade. 2.1 Pequena visão filosófica da propriedade. 3 Do planejamento urbano. 3.1 Planejamento urbano e meio ambiente. 3.2 Instrumentos públicos de planejamento urbanísticos. 4 Conclusão. 5 Referências bibliográficas.

1 Introdução

O Direito Positivo, enquanto mecanismo necessário e próprio ao convívio social e instrumento adequado de pacificação dos conflitos de interesses, atravessa atualmente fase de questionamento quanto a sua legitimidade, observando-se, com frequência cada vez maior, insubordinações de contingente humano quantitativa e qualitativamente significativo, estejam estes organizados, ou não, e que estão a manifestar vigorosa insatisfação quanto à impotência da lei de realizar o objetivo primordial buscado por uma sociedade democrática e plural que é o de suprir as carências básicas de todo seus membros, propiciando a estes, quando menos bens indispensáveis para sua dignidade, tais como liberdade, saúde, educação, alimentação, segurança e habitação.

A questão se problematiza ainda mais quando se observa que o homem vive o dilema de priorizar o combate à pobreza ou focar suas forças na tarefa de preservar o meio ambiente, já que em muitos pontos a opção por uma determinada prioridade conduz necessariamente ao esvaziamento da outra.

Como se sabe, a sustentabilidade inerente aos próprios recursos naturais prende-se às cadeias ecossistêmicas, nas quais a existência e a perpetuação de alguns recursos dependem naturalmente de outros recursos e sem esta sustentabilidade haveria o comprometimento da própria biodiversidade, colocando em risco a perpetuação da vida neste planeta.

Apresentam-se de extrema importância na reflexão destas questões o fator econômico, a noção de espaço físico e o desenvolvimento da produção de alimentos, suficientes ao objetivo de saciar a fome de toda a população mundial, que vive em constante crescimento, e muitos outros, os quais passam necessariamente pelo debate político, cumprindo sejam problematizados de modo a buscar um novo pensamento, a começar por um novo dimensionamento das cidades.

As cidades não podem crescer ao acaso, movidas exclusivamente em função da atração gerada por fatores naturais, tais como os recursos minerais, paisagísticos e/ou históricos, e nem muito menos para atender a projetos políticos que enxergam o desenvolvimento apenas pela instalação de indústrias, sem qualquer planejamento estratégico.

Como se sabe, somente nas últimas décadas começou o homem a ter maior consciência do problema ambiental, gerando recente proliferação de normas que cuidam de regular atividades industriais potencialmente danosas, contudo, pouco avançando nas áreas em que a responsabilidade de planejamento ou intervenção cabe ao próprio Estado, seja regulando de forma direta, através do zoneamento, limitações administrativas e das múltiplas formas de atuação do poder de polícia, seja indiretamente mediante concessões de incentivos fiscais ou estímulos de variadas espécies, mas sempre procedendo de modo a dirigir o ordenamento desse crescimento.

Basta observar que, justamente no momento em que a Fazenda Pública logra obter a maior arrecadação de tributos de toda história republicana deste País, mantido o vício de se escolher como

* Juiz de Direito em Mateus Leme.

vítima única desta fome insaciável a classe média, e ao mesmo tempo constatar a anacrônica prestação da grande maioria dos serviços públicos, para se perceber a deficiência da estrutura de planejamento nas ações governamentais, defeito atávico da Administração Pública, gerando carência de serviços essenciais e crescimento desgovernado da *urbe*.

A ausência de planejamento e de uma visão global da cidade, somada ao fato de a humanidade ter feito uma opção por um modelo que privilegia o material, segundo o qual os homens, para satisfação de suas novas e múltiplas necessidades, que são ilimitadas, disputam os bens da natureza, por definição limitados, produziu um quadro de quase insuportabilidade da vida nas grandes cidades.

Conquanto o direito positivo se revele relativamente apto a regular o impacto que determinada atividade industrial possa causar ao meio ambiente, em que pese a deficiência na área fiscalizatória e de responsabilização da transgressão, não se conhece estudo sério a respeito do impacto ambiental causado pela omissão estatal na solução do problema de crescimento desgovernado, gerador, entre outras coisas, da proliferação da construção de favelas e de grandes condomínios em áreas ambientalmente sensíveis.

Tais processos urbanisticamente marginais, além de gerarem crise de legitimidade, com aumento de violência, implicam a agressão dos mananciais, seja pela própria ocupação de áreas ribeirinhas, seja pela poluição provocada pelo esgoto não tratado, seja ainda por um consumo não essencial da água, apontando no futuro para um cenário caótico, com interrupções regulares do abastecimento de água e do fornecimento de energia elétrica.

Tais questões demandam imediata reflexão a respeito do papel do Estado e sua relação com a sociedade, evidenciada na opção por uma linha administrativa que dá prioridade simplesmente ao aumento do PIB (Produto Interno Bruto) ou que visa em primeiro lugar melhora do IDH (Índice de Desenvolvimento Humano), hipótese esta última na qual o homem, parte do meio ambiente, deve ser considerado não como instrumento, mas sim destinatário das políticas públicas.

1.1 Desenvolvimento do problema

A presença do homem neste planeta é recente e se faz sentir drasticamente, sendo certo que o processo de agressão do meio ambiente se acelerou com a formação dos Estados modernos, aos quais se devem creditar os frutos da ciência, a responsabilidade pelo esgotamento dos recursos naturais e o destino incerto da humanidade.

Conforme ressalta ÉDIS MILARÉ:¹

De outro lado, o processo de desenvolvimento dos países se realiza, basicamente, às custas dos recursos naturais vitais, provocando a deteriorização das condições ambientais em ritmo e escala até ontem desconhecidos. A paisagem natural da Terra está cada vez mais ameaçada pelas usinas nucleares, pelo lixo atômico, pelos dejetos orgânicos, pela chuva ácida, pelas indústrias de lixo químico. Por conta disso, em todo o mundo - e o Brasil não é nenhuma exceção -, o lençol freático se contamina, a água escasseia, a área florestal diminui, o clima sofre profundas alterações, o ar se torna irrespirável, o patrimônio genético se degrada, abreviando os anos que o homem tem para viver sobre o Planeta. Isto é, 'do ponto de vista ambiental o planeta chegou quase ao ponto de não retorno. Se fosse uma empresa estaria à beira da falência, pois dilapida seu capital, que são os recursos naturais, como se eles fossem eternos. O poder de autopurificação do meio ambiente está chegando ao limite'.

As grandes indústrias, via de regra, ou se instalam em cidades, sejam elas de porte médio ou grande, ou acabam por desenvolver a região onde se instalam, fazendo com que paulatinamente surjam no local grandes centros urbanos, não se revelando possível assim dissociar uma questão da outra; contudo, ao se tratar de urbanismo, procurar-se-á dar destaque ao fenômeno de produção de poluição a partir da própria estrutura funcional das cidades.

¹ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 39.

Neste contexto, de rigor reconhecer que qualquer debate a respeito de meio ambiente e urbanismo passa necessariamente pela reflexão quanto à própria essência e justificativa filosófica do direito de propriedade, seja ela privada ou pública, examinando sua origem histórica e o fundamento de sua aceitação, conforme atualmente formulada na quase totalidade dos países do mundo, já que as cidades são vistas como aglomeração de propriedades.

Cabe aqui, porém, um pequeno parêntese para chamar a atenção para a assertiva, já por muitos formulada, de que os problemas brasileiros não passam apenas pela mudança de visão do direito positivo, sendo inadiável a implantação de regras morais e éticas nos centros de poder, inicialmente debelando e posteriormente imunizando o setor público do vírus da corrupção que infecciona de forma preocupante a máquina estatal.

Esta questão não será aqui enfrentada, visto fugir aos objetivos perseguidos, apenas fazendo o registro para que se perceba a complexidade das relações entre o Estado e a sociedade e o agravamento dos problemas sociais e ambientais decorrentes deste afastamento, sendo o presente ensaio a tentativa de analisar um dos vários ângulos através dos quais pode o assunto ser enfrentado, mas a verdadeira solução passa antes de tudo pela cura do homem, já que a história da humanidade pode ser projetada como uma estrada bifurcada, onde um dos caminhos conduz à educação e o outro ao abismo.

A ineficácia do nosso direito positivo diz respeito à tendência brasileira de se buscarem soluções para as mais diversas questões através de ações improvisadas, arreadas a toda e qualquer forma de planejamento ou de discussão democrática com os envolvidos, tendência esta que se percebe principalmente na esfera da Administração Pública, mas que se encontra também no processo legislativo e até mesmo por ocasião da atuação jurisdicional, na qual o processo não se apresenta como forma de contenção do arbítrio estatal, mas simples caminho obrigatório para a prolação da sentença.

Neste contexto se afigura fundamental repetir a necessidade de uma análise mais aprofundada a respeito do direito de propriedade e dos institutos de direito público que possibilitam a esta cumprir sua função social, buscando fornecer aos homens públicos, por ocasião da atividade de concretização do direito, um caminho mais adequado para a realização do fim último do Estado.

Estado que se explica como concentração de poder e que encontra legitimidade apenas quando usa este poder através de um conceito mais elevado de justiça, enquanto princípio de direito e em benefício de toda a sociedade; daí a necessidade de se compreender também aqui o homem, já que é este quem empresta alma e sangue a este ser ideal e intangível.

No que tange ao magistrado, importa consignar que não pode este ser visto como um mero espectador estranho ao drama que se desenrola no dia-a-dia do mundo moderno, ao contrário, é peça importante desta engrenagem montada a partir de conceitos liberais que se sedimentaram através dos anos e ajustada ao arbítrio de um mundo cada vez mais consumista, na qual a propriedade é sinal de *status* e prestígio e sua cumulação fonte de poder.

A Justiça, como se sabe, não é e nunca será algo unitário a verberar em uníssono a verdade a respeito do direito, já que a função jurisdicional ganha consistência concreta através do pensamento de um grupo heterogêneo de pessoas, expressão sensível de um país continental e multirracial, razão pela qual relevante se torna um exame, ainda que perfunctório, não só dos objetos observados, mas também do observador, já que a reforma do Direito passa em primeiro lugar pelo conhecimento de sua verdadeira essência.

Já se ressaltou com muita razão que:²

Idealmente, o intérprete, o aplicador do direito, o juiz, deve ser neutro. E é mesmo possível conceber que ele seja racionalmente educado para a compreensão, para a tolerância, para a capacidade de

² BARROSO, Luís Roberto. *Da interpretação e eficácia da Constituição*. São Paulo: Saraiva, p. 176.

entender o diferente, seja o homossexual, o criminoso, o miserável ou o mentalmente deficiente. Pode-se mesmo, um tanto utopicamente, cogitar de libertá-lo de seus preconceitos, de suas opções políticas pessoais e oferecer-lhe como referência um conceito idealizado e asséptico de justiça. Mas não será possível libertá-lo do próprio inconsciente, de seus registros mais primitivos. Não há como idealizar um intérprete sem memória e sem desejos. Em sentido pleno, não há neutralidade possível.

Se o Direito - fato, valor e norma, conforme a teoria tridimensional pregada por REALE³ - se modifica em nível legislativo de forma lenta e conservadora, não se pode conceber que o aplicador se permita aprisionar, por receio de acompanhar o novo ou de contrariar estruturas que remontam ao século dezesseis, engessando o direito positivo e afrontando as regras exegéticas que buscam uma interpretação axiológica da norma.

Quando ainda em vigor o Código Civil de 1916, interpretava-se a propriedade com base nesta legislação, pouco importando o sistema informado pela Constituição Federal, o qual apontava para o não-absolutismo.

Hoje, mudado o Código Civil, ainda se observa resistência à idéia de que o conceito de propriedade absoluta apenas pode prevalecer para determinadas situações em que os conflitos são individuais e não afetam a justiça do sistema, não se compreendendo tal concepção quando se objetiva ordenar coletivamente o espaço público e se evitar agressão ao meio ambiente, já que nestas hipóteses é que a natureza moderna da propriedade revela sua nova face.

O presente estudo pretende justamente servir como material de debate, alinhando-se timidamente a outros de muito maior peso, para a crítica destes problemas, adotando a função social da propriedade e a necessidade de planejamento das políticas urbanísticas, como fonte para a reforma do pensar do *Estado*, único modo de se resgatar sua legitimidade, ressaltando a necessidade de se recolocar esta manifestação da criação humana - consciente ou não - a serviço de seu criador coletivo, que é a sociedade.

2 A história da propriedade

É estranho que se queira achar uma só e simples causa para a instituição tão grande e tão vária, a propriedade privada é um fato social verificável em todos os tempos e entre todos os povos civilizados. Surge e desenvolve-se com a civilização e toda a civilização sobre ela repousa. Não temos nisto sua melhor justificação (Coglioli).

Não é pretensão deste trabalho o de elaborar um profundo estudo a respeito da propriedade através dos tempos, mas sim, em consonância com o tema proposto, aproveitar das pesquisas desenvolvidas por especialistas para traçar algumas premissas que ajudarão, através de uma breve visão global da evolução do conceito de propriedade imóvel no curso da história da humanidade, a uma melhor compreensão da natureza jurídica da moderna propriedade, conforme idealizada pelo constituinte de 1988 e Código Civil em vigor, e da importância deste instituto na tarefa de ordenação das cidades.

Dentro desses parâmetros, naturalmente, não cabe remontar ao Gênesis ou voltar os olhos para o período em que os homens ainda habitavam as cavernas, bem como investigar o período em que os povos adotavam como regra o comportamento nômade, já que, mesmo sendo extremamente relevante para o direito a noção de posse, convém limitar o estudo e fixar como ponto de partida o momento em que a civilização já teria alcançado e açambarcado como conteúdo relevante para a vida comunitária o conceito de domínio.

Assim sendo, insiste-se, embora tenham existido povos com histórias, inclusive no aspecto jurídico, extremamente interessantes, não serão mencionadas neste trabalho, ainda que perfunctoriamente,

³ Teoria desenvolvida no Brasil por Miguel Reale na qual o Direito é visto como fato, valor e norma.

enquanto os mesmos ocupavam modo de vida nômade, já que para estes a propriedade imóvel não ocupava ainda ponto central entre os bens jurídicos garantidos pelo Estado.

Conforme acentua JEAN-PHILIPPE LÉVY:⁴

Muitos povos antigos tiveram, antes dos Romanos, uma civilização brilhante. A noção de propriedade desses povos permaneceu, contudo, bastante frusta. Em compensação, a sua experiência é rica de ensinamentos do ponto de vista social.

Não se pode descurar, contudo, que mesmo entre os povos que bem cuidaram de regular o direito de propriedade, como é o caso de Roma ou da Grécia, tiveram na idéia da posse o ponto de origem para estabelecerem a propriedade como um bem jurídico, já que a inclusão do imóvel na esfera patrimonial destes cidadãos se dava de forma fática, sem que fosse concebida a idéia de título jurídico legitimador deste direito.

Na Grécia, antes da universalização do direito romano, o cidadão de qualquer uma de suas grandes cidades, mesmo na Atenas de Péricles, era tido como dono ou senhor de um bem pela simples circunstância de ter a posse deste, em que pese possuir características peculiares, já que os frutos das colheitas, por exemplo, eram divididos com todos os cidadãos da localidade, mas, ainda assim, inegável e perceptível estar a propriedade particular fundada na posse.

Já em Roma o conceito de propriedade, segundo os estudiosos, tem como fonte originária o individualismo, com forte destaque nesta sociedade para três pilares bem definidos e que eram a religião, a família e a propriedade, as quais tinham natureza privada, ligados um ao outro a partir da família, não havendo espaço para a divisão de frutos, já que a família era possuidora deles com a bênção divina.

Com a Constituição de Caracala, de 212, todos os habitantes do Império Romano passam a gozar de cidadania romana, sendo certo que em 292, com Diocleciano, cessa a imunidade dos fundos itálicos, o que acarreta um profundo golpe nas especulações financeiras da nobreza de então, fazendo com que contribuam para o Estado/Governo.

Esta estrutura não perdura evidentemente por todo o período de domínio do Império Romano, havendo paulatina perda da competência e relevância política da família tradicional, atrofiando-se os poderes do *pater familias* em benefício de uma maior concentração da função reguladora do Estado.

Interessante notar que já nesta época se apresentam sempre próximas as idéias de cidadania, família, Estado, classe hegemônica e propriedade, observando-se uma tendência de o Estado privilegiar progressivamente determinadas classes, passando a propriedade a servir como projeção de *status* e *poder*, iniciando-se uma tendência de concentração e conseqüente desequilíbrio patrimonial imóvel em favor de determinadas categorias em detrimento da maior parte da população romana.

Com o fim da Antiguidade Clássica, na qual o Império Romano entra em decadência e é invadido pelos bárbaros, o direito positivo sofre mudanças, refletindo as constantes indagações naturais provocadas pelo contato entre diferentes civilizações.

Nesse período, surgem algumas formas inovadoras de propriedade, a par das já existentes, destacando-se a *comunal*, como sobrevivência da antiga *mark germânica*; a *alodial*, considerada como livre; a beneficiária, surgida da concessão feita pelos reis e pelos nobres, ou por estes aos plebeus; a *censual*, modalidade intermediária entre a beneficiária e a servil, que implicava a fruição dos imóveis mediante o pagamento de valores determinados; e a *servil*, atribuída aos servos que possuíam a terra, porém se mantinham ligados a ela como seu acessório.

Explica Rogério Leal que:⁵

⁴ LÉVY, Jean-Philippe. *História da propriedade*. Lisboa: Editorial Estampa, 1973.

Entre os germanos, no tempo das invasões, ela apresenta ainda características arcaicas. Estes povos, então fortemente propensos ao nomadismo, passam de um território a outro, que exploram coletivamente, enquanto se mantém fértil, depois emigram. As tribos é que são titulares desta propriedade coletiva (*Marka*, *Allmende*, *Volkland*). As terras confiscadas aos proprietários romanos ou provinciais tornam-se por conseguinte, propriedade coletiva dos grupos gentílicos (*sippen*, *fare*) ou por vezes, de comunidades de soldados (*arimannie*). Mais tarde, em contato com o direito romano e por necessidade de salvaguardar o caráter intensivo das culturas, começa a desenvolver-se entre os germanos a propriedade privada das terras.

O quadro até aqui pintado, com ligeiras variantes de cor e de luz, irá se reproduzir no correr das diversas experiências históricas dos mais variados países, quase como se fosse constante universal, partindo da posse individual e familiar para o conceito de propriedade com forte intervenção do Estado, o qual por vezes opta por impor à sociedade um modelo fundado na propriedade nitidamente individual e vezes outras pela propriedade coletiva, mas sempre usando do poder de regular a vida em sociedade de modo a alcançar fins que traça como meta a perseguir, caminhando no final para um misto de propriedade pública e privada, esta última, contudo, contaminada pela noção de que todo imóvel - urbano ou rural -, ainda que privada, insere-se num contexto maior, mesmo quando acentuada a tendência de se permitir que esta seja usada de forma especulativa.

Se estes fins se identificam com aqueles buscados por uma sociedade solidária e justa ou, ao contrário, se buscam apenas permitir ou garantir a satisfação dos interesses de grupos hegemônicos, como se observa com frequência no Brasil, é circunstância que se apresenta de extrema relevância para o enquadramento deste País no conceito de Estado de Direito Social, sendo certo, também, que a experiência histórica destes e o grau de desenvolvimento da democracia explicam a sintonia com um ou outro modelo idealizado, bem como o grau de eficácia das normas constitucionais que buscam garantir tais direitos.

Buscando não alongar esta parte do trabalho, já que o presente resumo apenas se apresenta como um instrumento sintético para compreensão da idéia de propriedade, cabe observar, quando se avança para a idade moderna - 1500 a 1700 -, que os fatores que marcavam a relação entre a propriedade, os cidadãos e o Estado acabam se acentuando, sendo aceito naturalmente que o Estado continuasse a conceder terras ao domínio dos nobres e estes por sua vez concediam o domínio útil da terra aos que nela trabalhavam.

Interessante observar que ao longo da história sempre são encontrados estes dois fatores, o trabalho e a terra, como elementos de desenvolvimento das nações. Nem sempre, porém, guardam estes a mesma relação entre si, sendo inelutável reconhecer que, mesmo sendo insubstituível o trabalho humano como fator de produção das riquezas, o qual se torna patente quando a terra recebe uma destinação comunitária útil, nem sempre existe ligação consequencial entre trabalho, riqueza e propriedade.

O certo é que por ocasião da descoberta das Américas, em que pesem as peculiares exigências trazidas ao colonizador em razão da distância e da ausência de população humana, reproduz-se inicialmente o mesmo regime em vigor na Europa feudal, com distribuição de posse, e não de domínio, ficando este concentrado no Estado e nas mãos de grupos hegemônicos.

Relativamente ao Brasil, após a chegada de Cabral, havendo uma acirrada disputa principalmente com a Espanha, Portugal, obviamente por temer perder o domínio sob a sua maior Colônia, implementa o sistema das capitanias hereditárias, dividindo o País em quinze lotes que foram dados aos denominados donatários.

A carta de doação permitia ao capitão-mor conceder terras e criar vilas, sendo certo que tais concessões se faziam gratuitamente, sob a exigência de ocupação com cultivo e desbravamento da terra e obrigatoriedade de pagamento de rendas e tributos que eram divididos entre os donatários e a Coroa.

⁵ LEAL, Rogério. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil: Aspectos jurídicos e políticos*. Editora da Universidade de Santa Cruz do Sul, 1998, p. 79.

Explica VICENTE CAVALCANTI CYSNEIROS,⁶ citando alguns historiadores, o seguinte:

Como assinala Capistrano de Abreu desde a instituição das donatárias havia já, à época de D. João III, limitações quanto à integral dominialidade, embora primitivamente fossem os donatários 'senhores de juro e herdade de suas terras; embora tivessem jurisdição civil e de alçada, pudessem fundar vilas, com termo, jurisdição, insígnias, no longo das costas e rios navegáveis'; a par do acolhimento desta organização feudal, cuidou o monarca de menos acautelar sua autoridade, e mais armar os donatários com poderes que arrostarem usurpações dos solarengos vindouros, análogos às corridas na história portuguesa da Idade Média. Alude ainda à proibição de modo absoluto de 'partir', nem escaimbar, espedajar nem de outro modo alhear, nem dar a casamento a filho ou filha, nem a outra pessoa dar, nem para tirar pai ou filho piedosa. (...) Rocha Pombo já adverte em sua História do Brasil não se ter uma idéia exata do que eram donatários sem uma notícia do regime político, administrativo, econômico e civil que por elas se criava. *Quando se fala em doações parece realmente que se tratava de propriedade territorial. E não é isso no entanto o que se fazia. Não é a terra que o soberano doava, mas o benefício, o usufruto dela somente. E tanto era assim que, na própria carta de doação, concedia também o rei, mediante certas condições, um dado de prazo de terras ao donatário, e como propriedade plena imediata e pessoal.*

A natureza precária desta "doação" apresenta-se relevante não só para registro, mas para que se tenha a exata compreensão de que no Brasil a propriedade se constitui originária e fundamentalmente do patrimônio público, primeiramente do patrimônio de Portugal e posteriormente, com a independência, do então Império do Brasil, com forte influência dos nobres e posteriormente de outras classes endinheiradas, não havendo qualquer preocupação em se fazer um planejamento do uso racional do território ocupado, sendo o único interesse o de produção de riquezas.

Neste momento, é conveniente transcrever lição feita por Linhares Lacerda a respeito dos primeiros momentos do Brasil Império:⁷

Até o advento da Lei Imperial nº 601, de 18.9.1850, e do Regulamento que baixou com o Decreto 1.318, de 30.1.1854, estavam vigentes no Brasil as leis, decretos, alvarás, avisos e instruções baixadas pelo Governo de Portugal, a respeito de sesmarias e outras concessões. Este regime, que repousava nas concessões públicas originadas da Coroa ou outorgadas no alvorecer do Império, condicionava as detenções a título legítimo como viria a declarar citada Lei 601, desde que acordos com as disposições oriundas da Coroa, que presidiam tais tipos de concessões. Paralelamente a este regime de concessões, somar-se-ia com o advento da citada Lei o da proteção possessória calcada na livre penetração e povoamento da então Colônia.

Em virtude da extensão continental do Brasil e favorecido por este regime, a partir de 1530, o de sesmaria, o qual se ressentia de um mínimo de planejamento, a ocupação de terra deu-se de forma desordenada e aleatória, propiciando o surgimento de imensos latifúndios, sendo certo que a independência, refletindo os conceitos de então, favorecia tal concentração de propriedade nas mãos de poucos na medida em que abraçava a idéia de propriedade absoluta, e, o que talvez seja até pior, perpetuou-se desde então a idéia de que não havia limites para o uso da propriedade.

Fruto da influência dos grandes proprietários de terras e do Código Napoleônico, já constava de nossa primeira Constituição, no § 22 do art. 179, o princípio segundo o qual a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que têm por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, são garantidos pela Constituição do Império, pela seguinte maneira:

É garantido o Direito de Propriedade, *em toda sua plenitude*. Se o bem público legalmente verificado, exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos em que terá lugar esta *única exceção* e dará regras para se determinar a indenização (grifos nossos).

O fato de o País possuir extensão continental e população escassa impedia então de se atentar para os problemas gerados por um sistema que privilegiava a propriedade particular em detrimento da neces-

⁶ CYSNEIROS, Vicente Cavalcanti. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 30, p. 62-63.

⁷ LINHARES, Lacerda. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 30, p. 64.

sidade coletiva e aceitava o desenvolvimento de centros populacionais sem qualquer planejamento, sendo certo ainda que as constantes intervenções do Estado, raramente representando o interesse verdadeiramente público, propiciaram, ao lado das circunstâncias outras já citadas, campo fértil para a vitória de tais privilégios e vícios.

Quanto à desapropriação prevista na Constituição Imperial explica Max Flieuss o seguinte:⁸

Como antecipação de garantias constitucionais, tomaram-se as medidas decisivas e relevantes contra os esbulhos de que eram vítimas a propriedade e efeitos de particulares, contra a sua vontade, por parte do Estado e a pretexto de necessidades da Real Fazenda; como desde a instalação da Corte, em 1808, pululavam inúmeros atentados dessa ordem, de processo sumaríssimo e violento, negando-se qualquer título, ao esbulhado, com que mais tarde pudesse haver indenização devida, regularizou D. Pedro a forma de desapropriação por utilidade pública.

Percebe-se assim que os diversos casos de desvios de poder constatados em algumas desapropriações, verificáveis no dia-a-dia de vários municípios e combatidos pelas ações populares e ações civis públicas, nada mais importam que uma manifestação atávica de certos administradores, as quais devem a qualquer custo ser combatidas, e que desditosamente se apresentam até mesmo aos olhos do povo como algo natural, talvez por enxergarem em tal prática verdadeira herança encravada no DNA de alguns membros da Administração Pública espalhada nas três esferas de Poder, os quais esquecem, uma vez eleitos ou aprovados em concurso, não possuírem energia própria, pois simplesmente refletem, como luas, a luz solar transmitida pelo povo.

Esquecem estes a lição primária de Direito Administrativo pela qual a função pública se destaca por ser um *dever/poder*, já que é esta verdadeiramente um dever de aplicar a lei de modo a se atingir o interesse público nela previsto, sendo certo que para o desempenho deste dever são conferidos *instrumentalmente* poderes.

Mas, voltando para o sintético resumo histórico, de 1823 a 1850 caracterizou-se no Brasil o regime da posse de terras devolutas, não se concedendo mais sesmarias e nem existindo ainda uma lei nacional a respeito das terras, razão pela qual os terrenos eram então apossados e, cultivados ou não, considerados pelos ocupantes como propriedade particular.

Conquanto se tenha mantido a tendência de latifúndio e acentuado a plenitude do direito da propriedade particular, o fato é que, com a edição da mencionada Lei nº 601, denominada Lei de Terras e Migração, proibiu-se a legitimação de novas posses, tolerando apenas as já existentes, e estabeleceu-se como forma legal de aquisição de terras a venda e compra registrada, possibilitando a separação real entre a propriedade pública e privada.

Disponha a referida lei sobre as terras devolutas do Império e sobre as que eram possuídas por títulos de sesmarias, sem preenchimento das condições legais, bem como por simples título de posse mansa e pacífica.

Determinava, ainda, que medidas e demarcadas as primeiras, fossem elas cedidas a título oneroso, assim para empresas particulares, como para o estabelecimento de colônias de nacionais e de estrangeiros, autorizando o Governo a promover a colonização estrangeira na forma em que se declarava.

Conforme reconhece a melhor doutrina, vários méritos decorrem da Lei 601, de 1850. Valorizando a posse legítima, adotou como critério para o reconhecimento da propriedade particular a cultura efetiva, procedendo à revisão das concessões feitas em detrimento dos requisitos de aproveitamento real e subordinando o título daí emergente à revisão e convalidação.

⁸ FLIEUSS, Max. *Apud* SODERO, Fernando Pereira. Esboço histórico da formação do direito agrário no Brasil. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 3, p. 114.

Salienta FERNANDO PEREIRA SODERO que:⁹

Interessante é que freqüentemente a Lei de Terras é mencionada em casos rumorosos de enormes áreas rurais ou urbanas reivindicadas. Ainda há poucos anos, nos primeiros dias de março de 1970, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decidiu que as terras do Município fluminense de Saquarema não pertenciam aos Carmelitanos da Ordem de Santo Elias. A disputa entre o Estado, a Prefeitura de Saquarema e os Carmelitas iniciou-se em 1956, quando estes últimos registraram as terras - cerca de 380 quilômetros quadrados - em seu nome, com base em documentos históricos, entre os quais o livro Tombo inserto nos Anais da Biblioteca Nacional, pelo qual se verifica que o Governador Lobo de Souza concedia aos Carmelitas, em 1596, a sesmaria abrangendo área composta hoje pelo Município mencionado e parte do atual distrito de Bacaxá. O Tribunal de Justiça fluminense negou por unanimidade reconhecimento da propriedade aos Carmelitas, secundando voto do relator Des. Paulo Castilho, segundo o qual a concessão da sesmaria não tinha valor legal porque os Carmelitas não cumpriram o determinado pela Lei nº 601, de 1850, a qual obrigava ao cultivo e à demarcação das terras nos casos da espécie - o que não fora feito.

Não há assim como negar que a referida lei, embora não solucionando o problema do latifúndio, tenha buscado emprestar à questão da propriedade imóvel um sentido utilitário público que até então não se havia percebido em nenhuma outra lei produzida para o Brasil, seja em Portugal ou mesmo no próprio solo brasileiro após a independência.

As constituições e legislações que lhe sucederam ora avançaram timidamente, ora optaram por adotar solução que garantia à propriedade um valor especulativo, fugindo à missão de regular a propriedade como um bem que, ainda que mediatamente pode e deve trazer vantagens de ordem individual, deve sempre imediatamente ser destacado por seu valor público insubstituível, sendo imperioso que as funções legislativa, executiva e jurisdicional observem tal desiderato.

Veio então o Código Civil de 1916, no qual, refletindo o pensamento jurídico de sua época, se assentava que a mais elevada e perfeita exteriorização da personalidade do indivíduo era o gozo pacífico, seguro e absoluto da propriedade, contaminando a interpretação da legislação esparsa que tratava especificamente da questão da terra e obnubilando inclusive textos constitucionais que foram sendo editados e que previam a função social da propriedade.

Adverte a Professora CARMEM LÚCIA S. RAMOS o seguinte:¹⁰

Preocupada com eliminar as discriminações pessoais características do Medievo e do período absolutismo monárquico, o Estado de Direito Liberal ignorou as desigualdades econômicas e sociais, considerando todos os indivíduos formalmente iguais perante a lei, parificação esta que só acentuou a concentração de poder econômico capitalista, aumentando o desnível social cada vez mais, na esteira do desenvolvimento tecnológico.

O fato é que, ressalvados alguns julgados dissonantes, trilhava a jurisprudência pátria o caminho obediente ao legislador do Código Civil de 1916, que enxergava sempre a propriedade absoluta, mesmo nos primeiros anos de vigência da atual Carta Magna, sentindo-se atualmente, principalmente com a entrada em vigor do novo Código Civil, novas brisas soprando em favor da sociedade.

Possível concluir, após esta curta visão histórica, que a propriedade imóvel não é algo alheio aos interesses do Estado ou que não diga ao interesse público e possa ser deixado placidamente de lado para ser regulado de forma absoluta pelo interesse dos particulares.

Como se percebe deste singelo e perfunctório passeio histórico, a propriedade nasce invariavelmente da posse individual e familiar e passa num segundo momento a ser regulada pelo Estado, o qual, inicialmente, empresta a esta um conteúdo, absoluto que leva à concentração de riqueza e lhe dá feição especulativa e posteriormente - forçado pela pressão imposta por setores

⁹ *Id.*, 1978, p. 126.

¹⁰ RAMOS, Carmem L. S. *Repensando fundamentos do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 6.

organizados - acaba conferindo a esta uma conotação coletiva e comunitária, como forma evidente de suavizar os desequilíbrios sociais, o que, quando parcialmente alcançado, faz ressuscitar as forças hegemônicas que lutam pelo retorno da situação primitiva.

Ressalvadas experiências isoladas, que se perderam no tempo, os demais países sofreram a mesma evolução histórica, acentuando-se de forma radical entre aqueles que adotaram o regime capitalista onde se destaca o perfil absoluto da propriedade, o qual começa a ser atenuado em face das necessidades coletivas daqueles que habitam as cidades e os campos, cujas crises crescem qualitativa e quantitativamente com a globalização.

Atualmente a tendência de todas as legislações é a de emprestar ao próprio conceito de propriedade a idéia de um bem que deve servir imediatamente à coletividade, pois, como visto acima, o processo evolutivo conduz necessariamente à intervenção do Estado no sentido de regular em benefício de toda a coletividade os bens individuais que se insiram como instrumentos necessários ao desenvolvimento do país e sobrevivência da sociedade humana, não se justificando mais o uso de velhas e surradas teses que procuram explicar a incidência da norma privatística da propriedade como um bem absoluto, inclusive frente ao Estado.

2.1 O sentido filosófico do direito de propriedade

O primeiro que, tendo cercado um terreno, atreveu-se a dizer: Isto é meu, e encontrou pessoas simples o suficiente a acreditar nele, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, assassínios, quantas misérias e horrores não teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, houvesse gritado a seus semelhantes: Evitais ouvir esse impostor. Estareis perdidos se esqueceres que os frutos são de todos e que a terra não é de ninguém (J. J. Rousseau).

No estágio atual da sociedade humana, em especial nos países tidos capitalistas, de rigor reconhecer que dentro de toda e qualquer ordem jurídica estabelecida sempre estará formulado um conjunto de regras regulando a propriedade.

Conquanto seja universal e ordinário o reconhecimento de todos os membros da comunidade quanto à necessidade de o direito positivo regular tal bem jurídico, não menos verdadeira é a assertiva de que a sociedade de um modo geral não se preocupa sequer em tentar justificar este direito, o que se apresenta contraditório, na medida em que se tem em mente que toda e qualquer regra de direito só se sustenta quando encontra compreensão no seio da sociedade.

As leis, em razão de sua generalidade abstrata, sempre acabam por contrariar o interesse de um grupo maior ou menor de pessoas, as quais somente lhe renderão obediência na hipótese de os poderes constituídos possuírem legitimidade e estas se apresentarem de forma racional, conceito que exige naturalmente um prévio exame da finalidade que se busca alcançar e da necessidade desta para o êxito de tal desiderato.

A par disto, várias teorias filosóficas foram apresentadas até hoje, sendo certo que estas antes de explicar tal direito buscam apenas incitar as pessoas ao debate, trazendo subsídios para a necessária discussão a respeito da natureza deste vínculo entre homens que faz sujeitar coisas de forma exclusiva a determinada pessoa ou grupos de pessoas.

As mais antigas e ainda hoje mais generalizadas doutrinas acerca do fundamento da propriedade são as teorias da ocupação e da especificação, as quais merecem, ainda que de forma superficial, desenvolvimento de suas idéias.

A ocupação das coisas não apropriadas por ninguém alarga, diz-se, o domínio do homem sobre a natureza, tornando o que é apenas um objeto da natureza num valor econômico ou cultural, enriquecendo deste modo o patrimônio da nação, cabendo registrar neste pensamento a divisão proposital entre homem e natureza.

Segundo, porém, a teoria da especificação ou do trabalho, num sentido mais restrito, não é a simples apropriação da coisa ou do objeto da natureza que a submete inteiramente ao domínio do homem, mas somente a sua transformação por meio da forma dada à matéria bruta pelo trabalho humano.

Portanto, para esta escola, só o trabalho, único criador de bens, pode ser título legítimo para a propriedade.

Outras escolas objetam contra esta teoria, bem como a da ocupação, por vezes considerada como uma sua modalidade, salientando primeiramente que ela só consegue justificar a propriedade em determinadas condições da vida econômica, vale dizer, só na medida em que a produção de bens puder ser considerada obra do indivíduo, servindo-se de seus próprios instrumentos de trabalho, como sucede no trabalho manual, no trabalho agrícola e especialmente no intelectual.

Como aceitar, porém, tal teoria para justificar a propriedade imóvel, ainda mais quando improdutiva, a qual não se confunde com as lavouras que eventualmente sejam ali plantadas, ou na hipótese em que a produção tenha origem na fábrica, com utilização de trabalho e instrumentos alheios, situações em que não se agrega o trabalho ou ao menos o trabalho próprio?

Em segundo lugar, levantam ainda objeção muito mais séria e que consiste na percepção de que tal teoria somente consegue justificar a propriedade, no pressuposto de se achar já justificada a instituição da propriedade privada, não logrando justificar a instituição em si mesma.

O fato é que, conforme salientam os filósofos, assim como, de um modo geral, quanto ao direito, também de um modo especial, quanto à propriedade, se pode considerar esta ou como um fim do indivíduo, isto é, do proprietário, ou como um fim da sociedade, sendo pois também aqui de admitir uma teoria individualista e uma teoria social da propriedade.

A primeira, *teoria individualista*, responde evidentemente aos ideais pregados pela escola liberal, na qual o homem é colocado de forma ilusória no centro do universo, vindo a se fragilizar, contudo, diante de uma realidade na qual a bandeira da *Liberté, Egalité et Fraternité* não tremula para todos da mesma forma, resultando destes princípios, via de regra, quando aplicados em países de democracia social frágil como a nossa, verdadeiro grilhão aos direitos básicos de grande parte da comunidade em favor de parcela mínima de cidadãos e, por decorrência lógica, acabam por induzir formas alternativas de ocupação dos espaços urbanos que desintegram o crescimento equilibrado das cidades.

A segunda - teoria social -, que encontra sua mais alta expressão no conceito germânico da propriedade e na experiência comunista, salienta que a propriedade encontra seu fim último, não no indivíduo, mas na própria sociedade ou coletividade concebida como um todo superior às suas partes.

Partindo de fundamentos um tanto quanto diferentes, relevante anotar a observação feita por DAVID HUME, em seu Tratado da Natureza Humana:¹¹

Porque, quando os homens, em sua primeira educação na sociedade, tornaram-se sensíveis às infinitas vantagens que dela resultam, e, além disso, adquiriram um novo gosto pelo convívio e pela conservação; e quando observaram que a principal perturbação da sociedade se deve a esses bens que denominamos externos, a sua mobilidade e à facilidade com que transmitem de uma pessoa a outra, então precisam buscar um remédio que ponha esses bens, tanto quanto possível, em pé de igualdade com as vantagens. Ora, o único meio de realizar isso é por uma convenção (...) Uma vez firmada essa convenção sobre a abstinência dos bens alheios, e uma vez todos tendo adquirido uma estabilidade em suas posses, surgem imediatamente as idéias de justiça e de injustiça, bem como as de propriedade, direito e obrigação. *Nossa propriedade não é senão aqueles bens cuja posse constante é estabelecida pelas leis da sociedade, isto é, pelas leis da Justiça. A propriedade de uma pessoa é algum objeto a ela relacionado; essa relação não é natural, mas moral, e fundada na Justiça. É absurdo, portanto, imaginar que podemos ter uma*

¹¹ HUME, David. *Tratado da natureza humana*. São Paulo: Unesp, 2001, p. 531.

idéia de propriedade sem compreender completamente a natureza da Justiça e mostrar sua origem no artifício e na invenção humana. A origem da Justiça explica a da propriedade. Ambas são geradas pelo mesmo artifício (grifos nossos).

Do pensamento de Hume ressumbra que a necessidade de se assenhorar das coisas para a sobrevivência, qual ocorre igualmente com os animais, fundamenta a posse, sendo certo que esta é de certa forma alterada qualitativamente em razão da necessidade de o homem viver em sociedade.

As necessidades do homem evoluem de forma mais ou menos sincrônicas com a evolução da própria sociedade onde estariam inseridos, daí a razão de se sedimentar a posse de molde a lhe tornar imune às necessidades dos demais membros da sociedade, não possuidores, transformando-a em direito de propriedade, da qual resulta necessariamente sujeição menos transitória do bem ao possuidor.

Não se pode duvidar de que a vida fora da sociedade, ressalvada a hipótese temporária e remota de um naufrago, como na história de Robson Crusóé antes da chegada de Sexta-feira, apresenta-se de viabilidade impossível, seja pela necessidade natural, ressaltada por Hume, de preservação da espécie, seja mesmo por inexistirem no mundo moderno lugares totalmente inabitáveis.

A vida em sociedade, por seu turno, faz nascer necessidades mais ou menos uniformes, tais como a obrigatoriedade de todos as pessoas capazes possuírem ocupações úteis em prol da própria comunidade, bem como o de criarem mecanismos de defesa da segurança, saúde e desenvolvimento de seus membros, daí por que não se pode negar que o exercício natural da posse entre os homens e animais acaba por evoluir e justificar em sociedade o direito de propriedade.

A posse é qualidade do indivíduo, como ocorre com todos os demais animais, e a propriedade é qualidade do homem inserido em sociedade, como veículo hábil a preservar a estrutura comunal, evitando-se que a posse das pessoas sofra alteração constante ou venha a imperar entre os cidadãos a lei dos mais fortes, a qual resultaria no fim da própria sociedade.

Como pondera mais uma vez HUME:¹²

Apenas essa avidez de obter bens e posses, para nós e para nossos amigos mais íntimos, é insaciável, universal e diretamente destrutiva para a sociedade. Não há praticamente ninguém que não seja movido por ela, e não há ninguém que não tenha razão para temê-la quando ela atua sem restrições, entregue a seus movimentos primeiros e mais naturais. De um modo geral, portanto, devemos considerar que as dificuldades para o estabelecimento da sociedade são maiores ou menores, segundo as dificuldades que temos para regular e restringir esta paixão.

Ora, de tudo o que foi até aqui dito, mesmo não estando esta assertiva a calvo de críticas, é de se concluir que a propriedade se justifica e explica pela existência da sociedade e do Estado, daí não ser razoável anuir às teses que preguem a exegese das normas jurídicas a respeito da propriedade com olhos em suposto direito absoluto do indivíduo, esforçando para sustentar teses que abalam o poder/dever dos municípios e Estados de planejar e regular o devido desenvolvimento das cidades.

3 Do planejamento urbano

Sejam quais forem os títulos e formas de propriedade que gravam os recursos naturais e bens ambientais de interesse maior, não meramente interesse individual ou oligárquico, pesa sobre tais recursos e bens uma hipoteca social: não se pode dispor deles livremente e a bel-prazer se interesses maiores e mais amplos da comunidade forem violados ou indevidamente restringidos (Édis Milaré).

Adverte a melhor doutrina que nem todo núcleo habitacional pode receber o título de urbano, sendo pressupostos necessários para atingir tal qualificação um mínimo de densidade demográfica determinada, a existência de profissões urbanas específicas, tais como comércio e manufaturas, além

¹² *Id.*, 2001, p. 532.

de economia urbana permanente e uma camada urbana com produção, consumo e direitos próprios.

Por seu turno, pela mesma fonte, de rigor reconhecer também que nem todo aglomerado urbano constitui uma cidade, já tendo sido desenvolvidas várias concepções para definir o conceito desta, das quais se destacam: a) concepção demográfica; b) concepção econômica; c) concepção de subsistemas.

A concepção mais consistente considera a cidade como um conjunto de subsistemas administrativos, comerciais, industriais e socioculturais no sistema nacional geral.

JOSÉ AFONSO DA SILVA leciona que:¹³

Como subsistema administrativo, a cidade é a sede de organizações públicas que governam não só a cidade mas também regiões maiores que a rodeiam. Como subsistema comercial, a cidade, centro de população, assume a posição nodal do comércio no sistema nacional e, como subsistema industrial, ela é o nexo da atividade industrial do País. Como subsistema sociocultural ela atua como um lugar propício ao florescimento de instituições educacionais, religiosas e escolares; é o lugar em que se desenvolvem as relações sociais, os centros sociais e comunitários, culturais e recreativos. Filiada a esta concepção é a concepção da cidade como multiplicidade dialética de sistemas, de Franco Ferrarotti: sistema econômico-ecológico ou produtivo, sistema político, sistema cultural, sistema familiar e sistema simbólico. Esses diferentes sistemas, que, em conjunto, constituem o fenômeno urbano global, entram necessariamente em colisão uns com os outros e são precisamente essa colisão, esse desencontro e esse conflito que estão na base e que tornam possível o desenvolvimento da cidade.

O texto colacionado permite dimensionar não só a complexidade do conceito de cidade, como igualmente possibilita perceber que a administração do macro nacional se constrói a partir da harmonização dos múltiplos micros que são os municípios, os quais, por seu turno, são constituídos do elemento básico denominado propriedade.

Tal idéia pode ser metaforicamente retratada por um mosaico, onde de longe se revela possível enxergar apenas a imagem global, o macronacional, e só quando se examina bem de perto é que se percebe a sutileza de cada uma das pequenas pedras agregadas, as quais representam as cidades, sendo o material utilizado na confecção deste quadro a propriedade.

Fácil reconhecer que a beleza e perfeição da imagem, universo macronacional, ficam condicionadas ao adequado uso artístico e ao perfeito acabamento que sejam dados a cada uma das pedras, universo micro das cidades/municípios, as quais, por seu turno, são exigentes de material adequado.

Aqui começa a se delinear o problema, já que o cuidar da cidade é atividade que necessariamente deve desenvolver-se nos estritos limites jurídicos, já que toda planificação urbanística comporta uma disciplina de bens e de atividades que não pode atuar senão no quadro de uma regulamentação jurídica, pela delimitação que necessariamente põe à propriedade, por vezes lhe tolhendo o gozo.

Essa delimitação se deixa permear pela intensa complexidade de seu objeto e deve orientar-se pela concepção humanística e social pela qual se generaliza um padrão mínimo ideal de qualidade de vida, incluindo-se aqui a questão ambiental, na qual devem ser paulatinamente eliminados os bolsões de miséria, tão comuns nos grandes centros.

Conforme ensina HELY LOPES MEIRELLES:¹⁴

Urbanismo é o conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade. Entende-se por espaços habitáveis todas as áreas em que o homem exerce coletivamente qualquer das quatro funções sociais: habitação, trabalho, circulação, recreação.

As quatro funções sociais trabalham necessariamente com as questões ambiental e

¹³ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

econômica, não sendo possível pensar num aglomerado de pessoas, dotadas de equipamentos públicos essenciais, que não gerem lixo, esgoto e poluição, nem muito menos admissível falar em justiça social sem o exercício de atividades empresariais geradoras de emprego.

A correta equação envolvendo a regulação da propriedade com a necessidade de incentivo da atividade empresarial e o equilíbrio entre o fator econômico e o meio ambiente passa pelo planejamento, por uma visão particular de cada caso concreto e pelo balanceamento de princípios.

Dentro deste contexto incumbe seja discutida a questão da água, do lixo, da segurança, da moradia e nesta incluem-se o problema gerado pelas favelas e os grandes condomínios irregulares, os quais podem ser listados como os temas que mais angustiam a população urbana, desejosa de um debate mais proveitoso na busca de soluções definitivas.

No que tange ao problema gerado pelas favelas e condomínios irregulares é comum ouvir em todo canto discurso marginalizante em relação à primeira e elitista em relação ao segundo, quando se sabe que o ideal, em uma urbe equilibrada e saudável, seria a eliminação de ambos, incluindo-se os moradores destes dois núcleos num único, justo e equilibrado tecido urbano, permitindo-se aos moradores de uma e de outro acesso aos mesmos serviços e equipamentos públicos, os quais em sua maioria se revelam básicos e indispensáveis, como o sistema sanitário, a água e a saúde.

CARLOS M. TEIXEIRA lança em artigo de jornal a seguinte observação:¹⁵

Condomínios e favelas adotam posturas antagônicas com relação à cidade: o primeiro despreza, o segundo é desprezado por ela. Mas as favelas não perdem em hermetismo para os condomínios murados. Também são impenetráveis, incógnitas só conhecidas por seus moradores e pela polícia. As favelas são favelas porque não têm serviços, ao contrário dos serviços dos condomínios. A concentração de coisas em centros financeiros e condomínios verticais gera um crescimento urbano irregular, marcado por manchas dos sem-estrutura, que são ocupados por aqueles que não podem pagar pelos serviços urbanos básicos. [...] Tentando amenizar este conflito favela-cidade, a Prefeitura do Rio de Janeiro, desde 1993, vem empreendendo o Favela/Bairro, programa social que tem como premissa o reconhecimento das moradias das populações de baixa renda, sua estimulação e complementação. O programa não se limita à construção de infra-estrutura básica, mas envolve a construção de creches, centros comunitários de capacitação profissional, áreas de esporte e lazer, canalização de córregos, arborização de ruas, construção de escadas, etc. (*Estado de Minas Gerais*, pub. em 2 de março de 2001).

A verdade é que nesta discussão ficam obnubiladas as questões ambiental e urbana relativas à *moradia* e aos *recursos naturais*, enquanto o debate se concentra em aspectos sociológicos e estéticos, como se os dois primeiros não guardassem maior significação na sobrevivência individual e coletiva, sem atenção para o fato de o desenvolvimento industrial somado a construções irregulares, à falta de vontade dos governos no estudo e planejamento quanto à preservação do manancial aquático, estar conduzindo a vida nas grandes cidades aos poucos para uma situação caótica, para a qual não servirão como solução as medidas paliativas dos moldes por exemplo do *seguro-apagão*.

O presidente da Comissão de Defesa do Meio Ambiente da Assembléia do Rio de Janeiro, Deputado Carlos Minc, faz o seguinte alerta:¹⁶

O crescimento predatório a qualquer custo, a exclusão e a miséria, o egoísmo e o desperdício ameaçam a vida no planeta. Enquanto a desertificação avança (inclusive em 14 municípios do Noroeste do Estado do Rio), a camada protetora de ozônio diminui, expondo os corpos às radiações cancerígenas. Enquanto a temperatura global aumenta devido às queimaduras, aos combustíveis fósseis, ao carvão mineral, o ar puro e a água limpa tornam-se raros e caros. Os governantes juram ser ecológicos desde a mais tenra idade, mas aprovam leis do barulho, termelétricas a carvão, desviam para asfalto e estrada duzentos milhões dos *royalties* do petróleo carimbados para defender rios e lagoas, demarcar parques e despoluir a Baía de Sepetiba.

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

¹⁵ ESTADO DE MINAS GERAIS, 02.mar. 2001.

¹⁶ O GLOBO, 4. jan. 2002.

A verdade é que a urbe cresce e se desenvolve não necessariamente em razão do planejamento ou das ações do Estado tendentes a tornar mais justa e equilibrada a vida de cada um de seus habitantes, mas sim em conformidade com a pressão de cada um dos grupos organizados e que possuem prestígio político ou que se revelem importantes para a economia da referida cidade, os quais atuam de modo a evitar a produção de leis que lhes prejudiquem os interesses ou, quando isto se revela impossível, sensibilizando os aplicadores contra qualquer norma porventura editada neste sentido.

Conforme observa o professor EDÉSIO FERNANDES:¹⁷

As razões de tal 'falta de interesse' no Direito por parte dos pesquisadores urbanos são preocupantes, já que é mais fácil compreender por que a pesquisa jurídica, profundamente impregnada com a ideologia dos direitos privados e do individualismo, nega-se a reconhecer a existência mesma da legislação urbana até para fins acadêmicos. Certamente, a doutrina jurídica dominante no Brasil ainda pensa a cidade como sendo pouco mais do que uma área limitada, integrada por lotes demarcados de propriedade privada de indivíduos. O legalismo liberal não vai além de atribuir certos poderes administrativos às autoridades públicas para controlar o crescimento urbano, com base na sua responsabilidade por manter o bem-estar social [...] Explicitamente ou não, esses enfoques freqüentemente consideram a legislação urbana a partir do ponto de vista limitado da teoria marxista do Estado, a qual concebe o Direito como um mero instrumento monopolizado por um Estado monolítico.

Revela-se assim imperioso tornar o quanto antes mais intenso e transparente o debate a respeito dos diversos problemas que cercam a vida na cidade, estimulando o ambiente acadêmico e a organização e conseqüente maior participação dos grupos de exclusão, de modo a inseri-los no processo de criação e execução do direito e forçando uma conscientização urgente para os graves entraves que tornam, a cada dia, mais insuportável a vida nas cidades.

Em conformidade com o propósito de expor a debate a problemática urbanística e ambiental e resumindo em conteúdos específicos o que foi até aqui abordado, cumpre sejam fixados como pontos centrais para início de uma profícua discussão as seguintes questões: a) desenvolver mecanismos que forcem e efetivem a participação popular na identificação dos problemas, no planejamento e execução das ações públicas relativas ao meio ambiente urbano; b) criação de grupos permanentes de debate, de modo a possibilitar um estudo aprofundado dos problemas atuais e futuros da vida urbana, propiciando a elaboração de um planejamento para ações públicas de longo prazo, inclusive com a inversão no processo de migração do homem do campo em direção à cidade; c) estudo dos fatores de inibição do Estado, no que tange às suas três funções básicas, relativas à viabilização dos mecanismos de adequação dos problemas às soluções eventualmente apresentadas após o debate público e o necessário planejamento; d) discutir a ausência de mecanismos de fiscalização para cumprimento da lei, principalmente no que tange à questão ambiental; e) preparação transdisciplinar do estudante de direito para o problema urbanístico e ambiental.

3.1 Instrumentos públicos de planejamento urbanísticos

O planejamento urbano importa em primeiro lugar conhecer a cidade e seus problemas. Não se produzindo tal conhecimento sem prévio e exaustivo estudo de campo e discussão com os principais atingidos pela ação ou omissão do Estado, providências estas que permitem uma visão parcial e geral de todo o universo social urbano.

Uma vez identificados os problemas que dificultam ou inviabilizam a vida harmoniosa na cidade, cumpre ao Poder Público estudar e elaborar o plano diretor, no qual se estimulará ordenadamente o crescimento da urbe, utilizando-se então dos instrumentos mais convenientes para adequar as irregularidades apuradas às soluções sugeridas.

A Constituição Federal enumera uma série de instrumentos que possibilitam ao Poder Público,

¹⁷ FERNANDES, Edésio. *Direito urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 205.

o municipal em destaque, exigir do particular o uso de seu patrimônio em conformidade com o exigido nos artigos 182 e 186, podendo ser listados, além da desapropriação comum, os seguintes:

a) parcelamento ou edificações compulsórias; b) impostos sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivos no tempo; c) desapropriação com pagamento mediante títulos públicos.

Conforme salientado acima, identificado previamente que o problema em determinada região seja, por exemplo, a falta de unidades habitáveis para atender aos trabalhadores de fábricas existentes próximo ao local e constatando a existência de lotes vagos, diagnosticada sua solução, pode o Poder Público, se for o caso, determinar aos proprietários destes lotes que procedam ao parcelamento ou à edificação, fazendo assim com que a propriedade cumpra sua função social, tudo em conformidade com aquilo que foi devidamente traçado no referido plano diretor.

Tais parcelamentos e edificações compulsórios servem de instrumento hábil a fazer cessar o uso especulativo da propriedade, possibilitando, ainda, que haja um maior equilíbrio da urbe, através da formação de novos núcleos urbanos, onde antes existia apenas uma grande área vazia.

Cumpra salientar que tal instrumento deve ser regulado em lei e não se apresenta adequado que, após notificado e ante a negativa por parte do proprietário em proceder ao parcelamento ou à edificação, possa este vir a ter pura e simplesmente suprimido o seu direito de propriedade, já que a própria Constituição estabelece por regra a vedação ao confisco de bens, devendo então o Poder Público fazer incidir o imposto progressivo, ressaltando-se desde já que o valor urbanístico e ambiental não justifica edição de medidas arbitrárias, nas quais se suprime o devido processo, dotado de contraditório e ampla defesa.

Outro instrumento posto à disposição do Poder Público para compelir o proprietário de imóvel vago ou a propriedade rural improdutiva é a desapropriação urbanística ou agrária, pela qual, deixando o particular de extrair da propriedade rural improdutiva sua utilidade social finalística, mesmo após advertido das implicações desta inércia, venha a ter transferida a sua propriedade para o patrimônio público, através de recebimento no primeiro caso de títulos da dívida pública previamente aprovados pelo Senado ou, no segundo caso, títulos da dívida agrária.

Nesse sentido HELY LOPES MEIRELLES assim se expressa:¹⁸

É a transferência compulsória da propriedade particular (ou pública de entidade de grau inferior para superior) para o Poder Público ou seus delegados, por utilidade ou necessidade pública ou, ainda, por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, salvo as exceções constitucionais de pagamento em títulos da dívida pública de emissão previamente aprovado pelo Senado Federal, no caso de área urbana não identificada, subutilizada ou não utilizada (CF, art. 182, § 4º, inc. III), e de pagamento em títulos da dívida agrária, no caso de reforma agrária, por interesse social (art. 184).

A desapropriação urbanística é instrumento do Poder Público para a adequação do uso do solo urbano diferenciando-se assim da desapropriação tradicional, possuindo uma e outra peculiaridades e finalidades distintas, não se apresentando lícita e possível a primeira sem que previamente seja elaborado e aprovado o plano diretor do município.

Anote-se, por oportuno, que lamentavelmente, após vagar por anos e anos no Congresso Nacional, o denominado Estatuto da Cidade acabou sendo aprovado com indevida concessão de prazo de mais cinco anos para que os municípios com mais de vinte mil habitantes cumpram o comando constitucional de elaboração do plano diretor.

Observa MAURÍCIO BALESSENT BARREIRA que:¹⁹

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 513.

Somente se admite a desapropriação urbanística se utilizada como instrumento desse plano urbanístico, geral ou parcial, que deverá prever, expressamente, as áreas e os objetivos da intervenção que se pretende implementar, sem o que se a descaracteriza, restando ao Poder Público a utilização da desapropriação tradicional. (...) Efetivada a desapropriação e implementado expropriante o plano urbanístico que a ensejou, com a execução das obras necessárias, via de regra os imóveis envolvidos serão postos em mercado, alienados novamente a particulares. Se na desapropriação tradicional a alienação posterior do imóvel pelo poder expropriante representa verdadeiro desvio de finalidade, ensejador de sua reversão ao antigo proprietário, na desapropriação urbanística essa alienação pode demonstrar-se imprescindível ao atingimento da finalidade.

Além desses instrumentos já examinados superficialmente, os quais não foram utilizados até hoje como poderiam ser pelas Administrações Públicas, chama a atenção a doutrina para duas outras questões urbanísticas que devem ser discutidas quando da realização do plano diretor.

Conveniente assim fazer breve menção à *requisição urbanística* e ao solo criado, de modo a se ter uma visão mais larga dos mecanismos de efetivação do plano diretor, o qual, conforme comando constitucional, desde que elaborado a partir de um planejamento profundo e contando com a efetiva participação direta da sociedade, apresenta-se como meio de concretização da idéia de função social da propriedade.

Conforme salienta a melhor doutrina, conhecida em outros países como *land pooling* (agregação de terras), requisição urbanística é forma consensual de ajuste pelo qual o Poder Público, evitando a utilização da desapropriação, por entender conveniente implementar diretamente intervenção urbanística relevante, conforme objetivos traçados nos planos diretores, responsabiliza-se pela realização de obras ou implantação de equipamentos, os quais serão ressarcidos através da transferência pelos proprietários ao Poder Público de parte deste terreno.

O que se observa, em muitos casos, é que o proprietário não possui recursos para cumprir com as exigências legais para proceder ao loteamento, o que serve de pretexto para inúmeros loteamentos clandestinos, com venda de pedaços de terra sem qualquer infra-estrutura, gerando assim graves problemas urbanos, raramente ou nunca punidos conforme determina a legislação que rege a matéria.

Por este mecanismo - *requisição urbanística* - evita o Poder Público que situações como estas se repitam, criando oportunidade para aumento do número de moradias, além de lhe permitir ceder ou vender abaixo do preço de mercado para a população de baixa renda a área de terra recebida a título de pagamento pela intervenção urbanística realizada.

É bom lembrar que a área recebida pelo Poder Público a título indenizatório não se confunde com aquela outra constante da lei de loteamento e relacionada à instalação de equipamentos e logradouros públicos, tais como ruas e praças, bem como a chamada área verde, já que do contrário haveria vantagem indevida para o particular, uma vez que estas áreas se transferem *ex lege* ao domínio público pela simples implantação do loteamento.

Cumprindo inicialmente ressaltar que o surgimento de grandes prédios, alguns com até centenas de andares, passou a exigir do Poder Público um maior volume nos serviços prestados, aumentando consideravelmente o problema do fornecimento de água e da coleta de lixo.

O crescente déficit de moradias, fonte primária de elevação do custo destas e do surgimento das favelas, está a indicar a urgente e necessária elaboração por todos os municípios do plano diretor.

Tais planos, conforme salientado, devem ser antecedidos de estudos profundos, estabelecendo limites de construção que levem em consideração a possibilidade do Estado de atender à referida massa populacional, a qual aumenta em razão do número de prédios construídos, em construção ou possíveis de o serem, bem como no número de andares que poderão atingir tais prédios, já que o

¹⁹ BARREIRA, Maurício Balesdent. *Elementos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 189.

progresso da engenharia permite sonhar com prédios gigantescos.

Por outro lado, no que tange propriamente à questão do solo criado, conveniente colacionar mais uma vez a lição de MAURÍCIO BALESSENT BARREIRA:²⁰

Diante da possibilidade de edificação em diversos níveis acima e abaixo em solo natural correspondente à superfície do lote, configurando-se 'solos artificiais', como ocorre nos diversos andares de um arranha-céu, nas garagens subterrâneas e em praticamente todas as construções modernas, chegou-se à noção do solo criado, conceituado como o resultado da criação de áreas adicionais utilizáveis, não apoiadas diretamente sobre o solo natural. Desse fenômeno decorrente da evolução das tecnologias de construção decorreu, obviamente, um adensamento populacional cuja evolução o Poder Público não consegue acompanhar na oferta de serviços e equipamentos urbanos. É certo que, ao se erigir uma enorme edificação contendo um sem-número de unidades residenciais, por exemplo, os serviços de água, esgoto, eletricidade, etc. deveriam ser ampliados na mesma proporção do aumento da população que doravante os utilizará. Assim, faz-se necessário o controle do uso do solo, através das leis de zoneamento, que não apenas estabelecem os usos adequados a cada área - residencial, industrial, etc. -, como também a intensidade do uso, estabelecendo índices urbanísticos de ocupação e utilização que atendam às peculiaridades naturais e aos objetivos urbanísticos de determinada zona, relativamente à densidade populacional e edilícia.

Estipulada a taxa de ocupação, vale dizer, a área do terreno que poderá ser utilizada para a construção, a qual varia de uma zona para a outra e que tende a se aproximar de 0,5 (50% do terreno), passasse a estipulação da taxa de *utilização*, que é controlada através do coeficiente de aproveitamento, sendo certo que a taxa de ocupação indica o espaço que a edificação ocupa do terreno; e a de utilização, a sua densidade.

Solo criado seria assim a possibilidade jurídica de se construir acima do limite estabelecido pelo Poder Público, conforme coeficientes da taxa de ocupação e utilização estabelecidos no plano diretor, cumprindo ao construtor ou proprietário do terreno pagar o valor deste outro solo que pertenceria por lei ao município.

Existe uma grande discussão em sede doutrinária a respeito da possibilidade de implantação pelo município de uma taxa única, a partir da qual haveria o solo criado, exigindo-se assim, conforme salientado, que o interessado na construção acima deste limite viesse a adquirir do Poder Público a competente autorização, como se acima do referido limite estivesse o construtor comprando do Poder Público outro terreno.

Discute-se em doutrina a competência do município em fixar o solo criado a partir deste coeficiente único, já que estaria aí, segundo alguns, criando norma de direito civil, no que estaria ressaltada a incompetência municipal para disciplinar as alienações do direito de construir, pois que a matéria afeta a União Federal por disposição do art. 22, I, da Constituição Federal.

Sem fugir à responsabilidade de firmar posição diante das dúvidas suscitadas pela doutrina, mesmo de modo perfunctório, cumpre salientar o entendimento de que a fixação de coeficiente único se insere efetivamente dentro da seara de direito urbanístico, constituindo sim limitação administrativa que transita na esfera de competência do poder de polícia do município, contudo, a estrutura posterior que dá conteúdo concreto à idéia de solo criado, vale dizer, a possibilidade de venda - ainda que pelo próprio Poder Público - do direito de construir a partir deste coeficiente, depende da existência de lei de competência da União, já que se estaria aqui na órbita do Direito Civil.

Cabe ressaltar que a falta de planejamento não importa sempre em omissão, mas se faz, por vezes, acompanhar de medidas governamentais destituídas de qualquer objetivo urbanístico, conforme pode ser percebido no caso ocorrido na Comarca de Arcos no ano de 2000, em que o Município pretendia fazer a doação de mil lotes, sem qualquer infra-estrutura urbanística.

²⁰ *Id.*, 1996, p. 26.

Com a inicial da ação civil pública, o Ministério Público demonstrou que o local não teria condições de ser servido de água potável e nem de energia elétrica nos próximos cinco anos, tendo a doação finalidade política - o fato ocorreu em período eleitoral - e indubitavelmente desprezava regras básicas de ordenação da cidade, embora cumprisse legislação ordinária então em vigor.

Não se pode duvidar que, mesmo em relação à propriedade pública, é de se pesquisar sempre o interesse da sociedade, antes do interesse do proprietário, pois a norma constitucional lhe impõe a obrigação de subordinar o exercício de seu direito à satisfação das múltiplas necessidades de ordem pública, invalidando-se ato administrativo que contrarie tal comando não só quando ocorra desvio de finalidade, como na hipótese constante do julgado colacionado, mas também quando houver simples desconformidade entre a destinação dada à propriedade e a sua função pública, conforme informada inclusive pelo princípio da razoabilidade.

Faz-se necessário, além do estudo de viabilidade técnica, um exame das implicações de determinado projeto para o meio ambiente, seja pelo fato de eventual atividade ou estrutura poder afetar recursos naturais, seja pela desproporcionalidade entre as desvantagens ambientais previstas em relação às vantagens econômicas daí decorrentes.

Aqui se encontra um dos grandes dilemas no estudo da matéria, já que se está diante da valoração de princípios e em contato com o instituto da discricionariedade do ato administrativo, exigente de apreciação caso a caso, visto não traçar a Constituição Federal ordem hierárquica que possibilite determinar abstratamente qual princípio possui prevalência sobre os demais e contrários em doutrina os limites desta discricionariedade.

No momento em que alguns dados estimam em 15 milhões o número de pessoas vivendo em condições de pobreza absoluta nas cidades brasileiras, quadro este que se vem acentuando pela crise econômica que atravessa o País, não é fácil tomar decisões que impeçam a instalação ou determinem o fechamento de fábricas, bem como a construção de habitações em determinadas áreas, o que demanda análise do que se convencionou denominar de balanceamento de princípios, assunto que não será aqui tratado por falta de espaço.

Mas, progredindo na análise dos instrumentos previstos constitucionalmente para efetivação das ações urbanísticas traçadas no plano diretor, cumpre aqui examinar o IPTU progressivo, lecionando SACHA CALMON NAVARRO COELHO a este respeito o seguinte:²¹

A hipótese de incidência básica do IPTU, portanto, harmonizados a Constituição e o Código Tributário Nacional, é o direito de propriedade sobre imóveis e sua posse, como a externalização do domínio ou o direito do enfiteuta sobre coisa alheia, por configurar uma 'quase-propriedade' (propriedade de fato *ex vi lege*). Este é o núcleo da hipótese de incidência do IPTU, sua materialidade ou, noutro giro, seu aspecto material.

Conforme dispõe o § 4º do art. 182 da Carta Magna:

É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre propriedade predial e territorial urbano progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até 10 anos.

Como se constata de singela leitura do texto acima transcrito, o constituinte estabeleceu uma série de requisitos para que possa o Poder Público municipal exigir o referido tributo de forma progressiva no tempo, citando-se em primeiro lugar a existência de lei federal regulamentando a matéria e, em segundo lugar após a edição desta, por se tratar de instrumento urbanístico conce-

²¹ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 355.

dido ao Poder Público, de rigor que tenha o referido imposto sido previamente previsto em lei municipal, a qual deverá estar em sincronia com o plano diretor.

Além disso, naturalmente, estabelece o constituinte uma escala sucessiva a ser seguida, iniciando-se pela imposição do parcelamento ou edificação compulsórios e apenas em caso do particular se negar a atender a ordem ou sanção é que poderá ser cobrado o imposto de forma progressiva.

Conforme leciona MISABEL ABREU MACHADO DERZI:²²

A Constituição prevê espécies de progressividade distintas. A primeira visa apenas a implantar os objetivos de justiça e igualdade, de modo que paguem os economicamente mais fortes proporcionalmente mais do que aqueles menos favorecidos. É simples progressividade fiscal, inerente aos tributos como imposto de renda (...). A progressividade para cumprir a função social da propriedade ou para a edificação de imóvel é extrafiscalidade.

Como é do conhecimento de todos, o imposto pode ter natureza fiscal ou extrafiscal, sendo certo que os de natureza fiscal objetivam arrecadar recursos financeiros para a manutenção e sustento dos encargos públicos, regendo-se naturalmente pelo princípio constitucional de capacidade contributiva.

SACHA CALMON, apoiado na doutrina estrangeira, leciona o seguinte:²³

Grizziotti, há quase meio século, dizia que a capacidade contributiva indicava a potencialidade das pessoas de contribuir para os gastos públicos. Moschetti a conceituou como aquela força econômica que deve julgar-se idônea a concorrer às despesas públicas, e não qualquer manifestação de riqueza, acentuando assim a capacidade econômica real do contribuinte e, pois, personalizando o conceito. Aliomar Baleeiro avançou um pouco mais, fazendo surgir a capacidade contributiva como elemento excedentário, sobrando, da capacidade econômica real do contribuinte; seria a sua idoneidade econômica para suportar, sem sacrifício do indispensável à vida compatível com a dignidade humana, uma fração qualquer do custo total dos serviços públicos.

Já no que tange ao imposto com natureza extrafiscal, como é o caso do imposto ora em comento, o objetivo não é arrecadação, mas sim o de alcançar determinada meta lícita e distinta da realização de fundo de caixa para o Estado.

Nessa hipótese, funciona a obrigação tributária como uma espécie de coação para compelir o contribuinte a agir em conformidade com a atuação licitamente desejada e esperada pelo Poder Público, não sendo assim informada pelo princípio da capacidade contributiva, princípio este que não pode ser utilizado pelo contribuinte para pretender subtrair-se ao dever de pagar o tributo devido.

Sendo pacífico que a progressividade na espécie possui natureza extrafiscal, inviável se torna qualquer tentativa de se implementar a instituição ou cobrança do imposto progressivo sem que este esteja devidamente vinculado por lei a um plano urbanístico - nas cidades com mais de 20.000 habitantes em sincronia com o plano diretor - que objetive dar vida ao conceito de função social da propriedade.

Chamam os doutrinadores que tratam da matéria atenção para o fato de ser vedado ao Poder Público estabelecer, sob o abrigo da função social, a progressividade de imposto de forma generalizada, por bairros ou regiões, por exemplo, já que tal procedimento não atende ao comando constitucional, o qual inclusive faz uma série de exigências para autorizar esta forma de incidência do tributo, sendo certo que imposto implementado nestes moldes deixaria porta aberta para que tal tributo satisfaça, ainda que disfarçadamente, apenas a gula arrecadatória da Fazenda.

Cumpra assim ao legislador municipal, quando da elaboração da lei mencionada no § 4º do

²² DERZI, Misabel. *Direito tributário brasileiro*. Atualização de Aliomar Baleeiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, p.81.

²³ *Id.*, 2001, p. 81.

art. 182 da Carta Magna, individualizar o imóvel sobre o qual, restando frustrada a imposição para parcelamento ou edificação, venha a incidir o imposto progressivo no tempo.

Chama o texto constitucional a atenção para o fato de o constituinte haver estabelecido níveis ou degraus a serem seguidos pelo Poder Público municipal para efetivação das metas traçadas no plano diretor, iniciando-se pela imposição do parcelamento ou edificação compulsórios, as quais devem ser consideradas como as verdadeiras metas perseguidas, para, em virtude da negativa do proprietário, adotar-se então o imposto progressivo e, caso ocorra nova frustração, desapropriação urbanística, apresentando-se estes dois últimos instrumentos como forma indireta de se alcançar o primeiro.

O texto fala que o Poder Público pode exigir do proprietário de imóvel não utilizado ou subutilizado que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, *sucessivamente*, de cada um dos instrumentos já citados, sendo certo que apenas haverá a ocorrência de desapropriação urbanística na hipótese de frustrar o imposto progressivo.

Tais circunstâncias afastam a possibilidade de o imposto em comento poder ser utilizado de modo a ensejar o confisco do patrimônio sobre o qual incide a norma tributária.

Ora, naturalmente, se as alíquotas pudessem ser fixadas livremente, chegando a ponto de resultar em confisco, não haveria necessidade de se implementar a desapropriação urbanística, já que não teria o Poder Público interesse em pagar ao proprietário, mesmo que com títulos da dívida pública resgatáveis em dez anos, já que poderia indiretamente, mediante imposição tributária, transferir gratuitamente tal bem para o patrimônio público.

Para encerrar, cabe novamente ressaltar ser o imposto predial e territorial urbano progressivo no tempo apenas um dos instrumentos de que dispõe o Poder Público para bem regular o crescimento da cidade, cumprindo sempre a este estabelecer, através de profundo planejamento, o qual deverá seguir o processo democrático que inclua ativamente a sociedade, a forma como este desenvolvimento urbano deve ocorrer.

4 Conclusão

Após o resumido estudo da propriedade e do direito urbanístico, é possível afirmar que o meio ambiente está sendo direta e perigosamente afetado pelo crescimento desorganizado das cidades, não só pelo progresso que conduz à proliferação de indústrias poluidoras, mas também pelo aumento preocupante do consumo de água, energia elétrica, produção de lixo e esgoto doméstico.

O aumento no número de favelas e o fenômeno dos condomínios irregulares, com ocupação, por vezes, de área que, por sua natureza, revela-se essencial para o equilíbrio, renovação e preservação dos recursos ambientais, são apenas parte do problemático universo urbano, o qual demanda ordenação planejada dos espaços públicos.

Nesta perspectiva, inadiável a implantação pelos municípios dos planos diretores, onde as propriedades, tanto pública como privada, devam ser ordenadas de forma tal que o ambiente urbano seja eficiente e ecologicamente saudável, não se tolerando abusos na utilização de tais bens que venham a frustrar o planejamento organizado traçado pelo administrador.

Para tanto, conta o administrador com instrumentos eficazes, os quais, após prévio e profundo estudo das questões urbano/ambientais, poderão compelir o proprietário recalcitrante a inserir seu imóvel no contexto global de cidade conforme vislumbrado pelo plano diretor.

Somente através da consciência dos problemas urbanos e da imposição como regra da ação planejada será possível transformar este quadro futurístico caótico em modelos de cidades que cumprem o dever constitucional de se preservar o meio ambiente também para as próximas gerações.

5 Referências bibliográficas

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Atualização Misabel Abreu Machado Derzi. 11.

ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional: Teoria da Constituição*. 3. ed. Lisboa: Almedina, 1998.

CYSNEIROS, Vicente Cavalcanti. *Revista de Direito Civil*, n. 30, Editora Revista dos Tribunais, 1987.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ENGELS, Georg Wilhelm Friedrich. *A origem da família, da propriedade e do Estado*. Tradução Leandro Konder. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

FERNANDES, Edésio (Org.) *Direito urbanístico*. Editora Del Rey, 1998.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

GORDILHO, Agustin. *Introducción al derecho administrativo apud RODRIGUES, Marilene T. M. Caderno de Pesquisas Tributárias* 18. 4. ed. São Paulo: Resenha Tributária, 1993.

HUME, David. *Tratado da natureza humana*. Tradução Déborah Danowski. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil: Aspectos jurídicos e políticos*. Porto Alegre: Universidade Santa Cruz do Sul, 1998.

LEVY, Jean-Philippe. *História da propriedade*. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1973.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

RAMOS, Carmen Lúcia Silveira. *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução Maria Ermantina Galvão. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo, 2001.

SODERO, Fernando Pereira. *Esboço histórico da formação do direito agrário no Brasil*. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 3, 1978.

TEPEDINO, Gustavo (Org.) *Problemas de direito civil-constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

Sumário: 1 Introdução. 2 Meio ambiente. 3. Conclusão. 4 Referências bibliográficas.

1 Introdução

Segundo Lavoisier, "Na natureza nada se cria, nada se perde, tudo se transforma". Deduz-se que não podemos criar água, mas podemos transformá-la. Essa transformação geralmente não é benéfica à coletividade, embora em alguns aspectos seja extremamente benéfica, razão por que estudos mais profundos desse tema são necessários, além de conhecimentos básicos. Aproveito para tecer alguns comentários sobre a água:

Historicamente, existe na natureza há milênios, formada por dois gases nobres: duas moléculas de hidrogênio e uma de oxigênio.

É o elemento da natureza mais necessário à vida animal e vegetal; comparada a outros elementos, comporta-se diferentemente por razões intrínsecas. Quando quase todos os outros se dilatam com o calor, a água se evapora; ao contrário, quando faz frio, os outros se contraem, a água se solidifica e aumenta de volume, se dilata (gelo); é o melhor solvente da natureza; agrega-se a outros elementos (principalmente sais), tornando-se alcalina ou ácida; na terra, está sempre em movimento. Quer seja nos cursos dos rios, nos mares, oceanos, lagos, deslocando-se ou evaporando.

A água existente na terra e na atmosfera supera em três vezes o restante da matéria. Os oceanos e mares detêm 97% (noventa e sete por cento) de toda a água da Terra. As geleiras, capas polares e neves 2% (dois por cento). A água doce em forma líquida constitui apenas 0,6% do total, incluídas aí as fontes superficiais e subterrâneas.

No Brasil, como em muitos países, é objeto de disputas acirradas e certeza de que a próxima demanda mundial será por água, e não petróleo; daí a necessidade de conscientização quanto a sua "finitude" para o consumo humano.

Olhar as obras de engenharia hidráulica em todo o mundo, como as barragens, aquedutos e canais de irrigação, nos faz imaginar que as fontes superficiais se constituem nas maiores reservas de água para o nosso uso. A realidade, entretanto, é que menos de 3% da água potável disponível a qualquer momento em nosso planeta provém dessas fontes. A maior parte, mais de 97%, se encontra no subsolo, sendo estimada em cerca de oito quatrilhões de metros cúbicos. As de superfície são as águas em trânsito e as subterrâneas são armazenadas há muitos séculos com pequenos acréscimos anuais de volume. Quanto às superficiais, por outro lado, em média durante um ano, renovam-se aproximadamente trinta e uma vezes.

Na verdade, dadas as condições tecnoeconômicas em que vivemos, nem todas as águas subterrâneas podem ser retiradas das formações aquíferas em que se encontram, seja pela excessiva profundidade, seja pela natureza geológica do aquífero. Porém, apesar dessas restrições, pode-se afirmar que, na maioria dos casos, não se tem dado a devida importância nem se utilizado adequadamente os recursos hídricos subterrâneos. Estudar as águas de superfície é mais fácil porque as mesmas podem ser vistas, observadas, medidas, etc., e assim o seu aproveitamento é preferido.

2 Meio ambiente

* Juíza Federal em Belo Horizonte.

O meio ambiente vem-se deteriorando ao longo da história da humanidade e muitas de suas modificações permanecerão nos tempos. As modificações poderão diferir em ritmo e características, mas as influências recíprocas do homem sobre o meio e deste sobre aquele estarão sempre presentes, embora possam ser muito diferentes em lugares e ocasiões diversas.

Apesar de que algumas modificações ambientais verificadas na atualidade possam parecer extremamente perigosas, não se deve concluir que elas em si mesmas sejam catastróficas para o homem. Se se considerar apenas o padrão biológico, nota-se, pela explosão demográfica, que infelizmente a espécie humana é a que melhor se adapta ao ambiente atual da terra. Esse êxito do ser humano na competição biológica é conseqüência do maravilhoso desenvolvimento tecnológico. As conquistas científicas, pesadamente, não se fizeram acompanhar do necessário progresso espiritual, político, jurídico e social.

O domínio científico do homem sobre a terra atingiu níveis tão elevados que se converteu numa ameaça para o seu próprio bem-estar físico, mental e social. Apenas muito recentemente se admite a existência dessa ameaça e se iniciou a avaliação dos efeitos do progresso sobre a humanidade, eis que o homem se tornou o maior inimigo da espécie humana. Aí dadas essas agressões ao meio ambiente, surgiu o termo poluição ambiental. Pensava-se que isso significasse apenas um monte de lixo ou uma nuvem de poeira. Nosso ambiente é tudo aquilo que está além da nossa pele e de nossos sentidos. É o ar que respiramos, a água que bebemos ou em que nos banhamos, o alimento e os aditivos que consumimos, os medicamentos, os cosméticos e os produtos de limpeza que utilizamos, os ruídos, as ofuscantes luzes de faróis, os odores e gases que respiramos, a roupa que vestimos, as estradas em que transitamos.

No século XVII, com uma população mundial pequena e sem as ações das ciências modernas, passavam-se despercebidos os danos ao meio ambiente. Atualmente, depois do art. 1º do Decreto-lei Federal nº 303, de 1967, que definiu poluição ambiental como sendo qualquer alteração de propriedades físicas, químicas ou biológicas do meio ambiente (solo, água e ar) causada por qualquer substância sólida, líquida ou gasosa ou em qualquer estado da matéria que, direta ou indiretamente, seja nociva ou ofensiva à saúde, à segurança e ao bem-estar das populações, crie condições inadequadas para fins domésticos, agropecuários e industriais e outros ou ocasionem danos à fauna e à flora.

Fácil deduzir que, de todos os danos relativos ao meio ambiente, a poluição, no meu ponto de vista, é o mais sério.

Falar sobre poluição ambiental exige tempo e papel, eis que ela engloba uma gama extensa de agentes e elementos, por isso vamos nos ater à água. Retrocedendo um pouco, lembramos que só 0,6% da água existente na Terra é disponível para nós habitantes. Considerando que esse volume de água é o mesmo há milênios e já somos mais de 6 bilhões de seres humanos a disputar a água, necessário e urgente se faz impedir sua poluição e sua dispersão. Poluição é mais fácil de compreender porque a água fica impura com resíduos de óleo, graxa, esgoto, etc. Dispersão é mais difícil porque envolve as tais mudanças provocadas pelo homem e que se processam dentro das camadas subterrâneas, isto é, não são visíveis. É comum dizer que a mina secou, ou o córrego só corre na época das chuvas agora. Antigamente não; havia muita fartura. Porém o homem desmatou as nascentes da fonte ou destruiu sua mata ciliar ou floresta galeria que até formavam dossel.

Para poder entender o problema da poluição da água, antes temos de explicar estas coisas, como, por exemplo, o oxigênio dissolvido nas condições normais de temperatura e pressão (CNTP), o oxigênio dissolvido num curso de água (córrego, riacho) limpo é de 9 mg/litro em peso e de 0,8% em volume. Em locais de ótima salubridade, com ar puro, matas de temperaturas baixas, como às vezes encontramos em Campos do Jordão e no alto da Serra de Itatiaia (RJ), esse oxigênio dissolvido pode chegar a 11mg/litro. Esse reduzido conteúdo de oxigênio é suprido pelo ar, através da absorção na área da interface entre os dois meios (ar e água) e pelos vegetais clorofilados pela fotossíntese. Havendo grande demanda de oxigênio, verifica-se a depressão deste e o teor do mesmo pode se reduzir a menos de 3,5 mg/ litro, quantidade mínima para se manter a vida aquática. Poucos peixes vivem nesse tipo de água, como, por exemplo, a carpa. O fenômeno da absorção do oxigênio pela água na interface dos

meios pode ser exemplificado com umas frutas como a maçã e a banana. Quando cortamos um pedaço delas e sem casca, deixamos a massa em contato com ar, logo se verifica a oxidação. Foi o oxigênio do ar que se combinou com o interior da fruta.

Para melhor compreensão do que está sendo escrito, vamos nos ater às águas doces dos cursos d'água. Vale lembrar também que a composição do ar é de 78% de azoto ou nitrogênio, 20 a 22 de oxigênio e 2 ou menos de 2% de outros gases, tais como gás carbônico, da família do enxofre, os da família do nitrogênio (amônia), sólidos e suspensão, fumaças, fuligens, o vapor d'água, metano, flúor, etc.

Então, um regato encachoeirado, quando as partículas de água têm muito contato com o ar, retiram dele oxigênio, elemento este que vai fazer a depuração e às vezes até a degradação de materiais considerados poluentes, tais como restos de comida, pó de café, latas que enferrujam, etc.

A água potável tem de ser preservada a todo custo de qualquer poluição. Recordamos que, das águas na Terra, 97% são dos mares, 2% das calotas polares e geleiras e neve eternas e que apenas 0,6% são águas líquidas; e desses 0,6% mais de 90% são águas subterrâneas, resta muito pouco para nosso uso nas águas de superfície. Em alguns corpos d'água cuja velocidade de formação do leito são deficientes para provocar o encachoeiramento ou a aeração natural, promove-se esse recurso com o auxílio de aeradores mecânicos, que são enormes ventiladores funcionando com as pás imersas nas águas. Isso foi feito no Rio Tâmisa em Londres, com diversos aeradores, tanto que hoje já se consegue ver peixes perto da ponte de Londres (torre). O rio que banha a cidade italiana de Florença é todo encachoeirado com pedras colocadas pelos habitantes. No vale de Loire, no sul da França, as autoridades municipais e os moradores são encarregados de manter os cursos d'água (rios) que passam ao lado ou abaixo dos famosos castelos Chernouveau e outros com as águas limpas, onde se vêem os cisnes, patos, marrecos e peixes vivendo em harmonia com o meio ambiente há séculos. Impõem-se penas severíssimas para qualquer atividade de poluição.

As águas paradas tornam-se um depósito de organismos patogênicos muito perigosos. Basta a água ser encanada para servir uma população que 50% das doenças de veiculação hídrica desapareçam. Basta ser canalizada em movimento, mesmo que não seja água tratada. Entre as doenças de veiculação hídrica, podemos citar o cólera, a febre tifóide, as gastroenterites e desintéria bacilar. Entre elas, temos: amebíase, teníases, ancilostomose, esquistossomose e outras. Quanto às doenças causadas por vírus, temos a hepatite, a poliomielite e meningite.

Impossível a preservação das águas superficiais com teor elevado de oxigênio dissolvido e livre de doenças ou agentes químicos, como os sabões, que provocam extensas e volumosas camadas de espuma nos rios. Fato corriqueiro em São Paulo, que impõe a penalização pesada para que cesse.

Como solução de baixo custo, o encachoeiramento ou a aeração natural ou artificial é o que de mais prático se apresenta, salvo melhor juízo.

A poluição dos cursos d'água é ocasionada por diversos fatores, porém os que mais nos interessam neste trabalho são aqueles que prejudicam as populações de cidades que utilizam a água desses rios para o abastecimento domiciliar. O lançamento de esgotos domésticos, notadamente os excretos, fezes e urina, prevalecendo sobre os das águas residuárias, cozinha, chuveiro, limpeza da área interna (lavanderia) ou da calçada (passeio) somados aos das indústria consistem nos maiores obstáculos ao saneamento ambiental. Os esgotos das indústrias, tendo como componentes metais pesados, ácidos e outros elementos considerados não biodegradáveis, causam profundos estragos à biodiversidade de rios e outros cursos d'água. Veja-se, por exemplo, o Rio das Velhas. Depois de sua nascente em Ouro Preto, vai abastecendo diversas cidades, como Belo Horizonte, Sabará, Nova Lima, Santa Luzia e várias outras até seu desaguadouro no Rio São Francisco, em Pirapora. Ora, essas cidades todas, não possuindo estação ou estações de tratamento de esgoto, lançam esses resíduos brutos nas águas do Rio das Velhas como se ele fosse um carreador natural a céu aberto. A começar por Belo Horizonte, pelo Ribeirão Arrudas. Projetando-se ao longo da distância de Belo Horizonte/Sabará, onde o Rio das Velhas recebe o afluente Arrudas, até Pirapora, entende-se por que o seu leito está assoreado e a vida aquática (peixes) escassa. Os esgotos domésticos quase todos podem ser tratados por oxidação simples, adicionada a trabalhos de microorganismos, como as bactérias nitrificantes e algas cianofícias. Já os das indústrias se comportam pela sua composição

de modo diverso e por essa razão ficam depositados no fundo do leito. Nesse caso, seria necessária a existência de uma estação de tratamento de esgoto em cada uma dessas cidades ribeirinhas para que as águas do Rio das Velhas voltassem a ter a plenitude da vida aquática de outrora.

Especialistas desiludidos com o comportamento do setor ao longo de décadas prescrevem como sério componente da poluição a população pobre, ignorante e doente. As favelas são um exemplo claro da dificuldade de se conseguir algo de concreto nessa área de saneamento. Não adiantaria o encachoeiramento ou oxigenação dos esgotos tal a sua densidade, aliada à falta de educação, quando se vêem restos de colchões, televisões, pneus, brinquedos, entulhos de construção, etc.; nem se pode pensar em penalidades, tal a distância entre a civilização e essa coletividade marginal e que se torna de responsabilidade pública.

Todavia, outras agressões mais graves são praticadas com deliberada intenção de se obter um benefício econômico por métodos espúrios e nitidamente caracterizados como dolo. Pode-se citar aqui o exemplo de famoso proprietário de terras em Minas que tinha por marca o plantio de eucaliptos em seus lotes ou divisas de grandes propriedades, justificando assim o título de maior grileiro do Estado. Ele simplesmente uniu as pontas de duas alças de dois grandes meandros do Rio das Velhas para drenar a água existente e impedir novo encharcamento no interior das alças que se comportavam como brejo. Ao secar essas áreas, ele desequilibrou todo o ambiente na região, matando, por exemplo, os sapos e outros répteis e afugentando definitivamente os pássaros que viviam no local e faziam parte da cadeia alimentar silvestre; e, pior de tudo: agravou a seca de uma região castigada e que fazia parte do polígono das secas em Minas. Esse "proprietário" secou essa área para transformá-la em pasto para seu gado, sem qualquer punição, já que à época foi considerado lícito. Dificilmente, a região voltará ao que era. Outros, provocando desmatamento indiscriminado, causam desequilíbrio na fauna principalmente. São problemas de difícil solução, porque envolvem uma matriz grande e complicada, tal a diversidade de seus componentes.

3 Conclusão

O que de mais significativo ficou dos estudos feitos no curso e relativo às águas foi a conscientização das condições da água na Terra, sua limitação de uso e os danos que o homem vem até inadvertidamente causando ao meio ambiente; o limite do conhecimento que temos da água na Terra em razão da extrema complexidade do tema e dos problemas econômicos, sociais e de toda ordem para reordenar o sistema de águas no País.

E, por essas razões, concluímos que, após um pequeno aprofundamento mais específico no tema e consciência dos problemas técnicos, poderíamos ter focado de forma diversa várias questões jurídicas trazidas ao exame do Judiciário, à luz de informações mais completas.

Vemos que órgãos governamentais têm financiado projetos que são profundamente prejudiciais ao meio ambiente, principalmente relativos à agricultura, com desvios de cursos d'água, irrigação indevida, que poderiam ser substituídos por outro tipo de atividade econômica na região.

A questão das águas é extremamente complexa, e só o conhecimento e reconhecimento dos erros e equívocos cometidos irá nos guiar a uma prática condizente com a preservação do meio ambiente.

4 Referências bibliográficas

BOTELHO, Honório Pereira. Saneamento Ambiental. *Poluição Ambiental* - Departamento de Engenharia Sanitária da Escola de Engenharia da UFMG, abril/out. 1974.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 7. ed.

Apontamentos em aula do CADA - Professor Alexandre Maguinelli.

Revistas e Jornais diversos.

Espera-se, assim, que, num futuro breve, possamos verificar que a implementação das normas ambientais se tornou uma realidade em Minas e no Brasil. A carta de princípios da magistratura e do Ministério Público para a proteção do meio ambiente, que foi aprovada pelo plenário de Araxá, é o sintoma mais claro de que a nossa sociedade está, aos poucos, se transformando (Jarbas Soares Júnior).

Sumário: 1 Introdução 2 A sanção penal. 3 O princípio da necessidade. 4 A realidade das penas alternativas no Brasil. 5 A execução penal em seu universo real. 6 Efetivação das garantias. 7 Vocacionalização dos envolvidos. 8 Jurisprudência. 9 Conclusão. 10 Referências bibliográficas.

1 Introdução

No desenvolvimento do tema proposto, buscaremos abordar, sob aspectos diversos, a realidade das *penas alternativas no Direito Ambiental*, lançando idéias que justifiquem nossa escolha.

Nos meses de estudo, pesquisa e na vida prática, percebemos a necessidade de dar enfoque à questão em apreço, por vislumbrar, nas penas alternativas, uma alternativa para prevenção da degradação ambiental.

Para uma melhor abordagem, dividimos o texto em seis partes. Iniciamos pela abordagem do histórico das penas privativas de liberdade, sua necessidade, a execução penal em seu universo real, as modalidades mais aplicadas com enfoque especial, evidentemente, quanto à prestação de serviços comunitários e à prestação de outra natureza.

Também a efetivação das garantias é questão que procuramos enfocar, seguindo a trilha resposta para a vocacionalização dos envolvidos, principalmente a figura do juiz da condenação e respectiva execução, bem como dos demais atores.

Para sustentação das idéias apresentadas, buscamos subsídios nos textos legais, na doutrina e nas experiências vividas no exercício da magistratura. Finalmente, ilustramos nossos posicionamentos em acervo jurisprudencial.

Analisando a aplicação e efetivação de penas nas infrações de natureza ambiental, procuramos no contexto deste trabalho, identificar soluções para efetividade da legislação que rege a matéria.

Sem qualquer sombra de dúvida, podemos afirmar que a escolha do tema se deu em razão de nossa crença no sentido de que, em sendo as *penas alternativas* corretamente aplicadas e executadas, se transformarão na solução adequada para efetivação do caráter pedagógico da pena. Resta assim patente a possibilidade de sucesso quanto à prevenção/educação ambiental e resgate da dívida do reeducando para com a sociedade.

A análise textual desenvolve-se a partir da legislação vigente, com enfoque principal na Lei 9.605 e, exclusivamente, com relação às penas aplicadas no Brasil.

No decorrer do trabalho, o mais gratificante foi a certeza de que o ser humano pode tornar-se menos imperfeito, inclusive os infratores, com implicação direta na evolução das posturas de

* Juíza de Direito em Sabará.

prevenção ambiental para as pessoas físicas e jurídicas, pois, se melhorado o ser humano, resultado incontroverso será a melhoria das instituições/empresas que representam.

Se aplicadas e executadas devidamente, as penas alternativas podem ser ferramenta imprescindível no processo de reformulação do infrator, contribuindo de forma significativa para a harmonia social/meio ambiente.

2 A sanção penal

Buscamos, no desenvolvimento do tema proposto, trabalhar idéias que justificassem nossa escolha. Nos meses de estudo e pesquisa e na vida prática, percebemos a necessidade de sintetizar a história e a evolução das penas.

Não podemos falar em punir, sem que anteriormente façamos uma viagem por vários conceitos que antecedem ao tema.

A liberdade, propriamente dita, pode ser vista como a "qualidade do que não está sujeito a nenhum tipo de constrangimento físico, psíquico, moral ou intelectual".¹

Ora, se partirmos do conceito de que a liberdade é qualidade daquele que não está sujeito a nenhum tipo de constrangimento físico, psíquico, moral ou intelectual, logo chegaremos à conclusão de que todo aquele que estiver submetido a qualquer constrangimento não será livre!

Assim, entendemos a privação da liberdade como uma forma de constranger alguém física, psíquica, moral ou intelectualmente a fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

Neste trabalho, que visa, objetivamente, analisar as penas alternativas aplicadas ao Direito Ambiental, nos restringiremos tão somente à sua abordagem como proposta/meta, observada aqui a privação da liberdade apenas para ilustrar o descompasso da mesma quando a infração se der à legislação ambiental.

No nosso Código Penal vigente, em seu art. 43, estão definidas as penas restritivas de direito, observadas as alterações da Lei 9.714/98, a qual introduziu a chamada pena de prestação pecuniária e a perda de bens e valores. Outra alteração substancial da referida lei está prevista no § 2º do art. 45 do Código Penal; é a chamada prestação de outra natureza.

Diante desse elenco de penas alternativas, hoje nosso sistema penal conta com um total de dez modalidades, com destaque para aquelas previstas especificamente na Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente, tais quais a suspensão parcial ou total de atividades e o recolhimento domiciliar.²

AUDEBERT DELAGE nos remete a uma visão panorâmica do novo elenco das penas alternativas, trazendo luzes quanto à definição de cada uma delas, dando assim aos aplicadores a possibilidade de confronto com as penas privativas de liberdade, possibilitando dessa forma uma nova visão no limitado horizonte da aplicação das penas.

As penas alternativas, sob aplicação voltada para uma hermenêutica moderna, nos trazem a possibilidade de quebra de paradigma, podendo assim deixar de ser a pena privativa de liberdade o núcleo central de todos os sistemas punitivos dos tempos contemporâneos.³

ZAFFARONI e PIERANGELI trazem-nos ainda a realidade pouco falada da pena privativa de liberdade no nosso sistema atual. Ou seja, revelam o caráter seletivo da mesma, em que apenas as camadas sociais menos favorecidas são atingidas.

¹ ROBERT *apud* DINIZ, 1988, p. 119.

² DELAGE, 2003, p. 412-413.

³ ZAFFARONI; PIERANGELI, 1999, p. 790.

A imperfeição do homem chega a ser a justificativa da privação da liberdade no Projeto Alternativo Alemão.⁴ Ora, a imperfeição do homem é justamente o fator de desestruturação social que o leva a infringir normas e, conseqüentemente, o conduz à privação de sua liberdade, não só como castigo, mas, principalmente, para corrigi-lo.

Correção, eis exatamente o ponto onde defendemos a idéia da aplicação de penas alternativas como melhor solução para efetivação do caráter pedagógico da sanção. Defendemos a idéia de que qualquer indivíduo que, em razão de sua imperfeição, transgrida normas, receba como punição uma pena, que desenvolva, nesse indivíduo imperfeito, os mecanismos do saber e do autoconhecimento, os quais lhe propiciarão chegar mais próximo do modelo de perfeição, em que certamente não mais transgredirá normas e poderá viver harmoniosamente em sociedade.

3 O princípio da necessidade

Nosso legislador penal, sabiamente, na reforma de 84, adotou o princípio da pena necessária,⁵ implícito na parte final do art. 59, "... conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime".

A reprovação ao crime é a primeira resposta legal ao infrator, ou seja, a reprovação da conduta daquele que desrespeita a norma legal. Assim, o primeiro caráter da pena é, sem dúvida alguma, a reprovação do agente que, em desarmonia com os valores da sociedade em que vive, contraria determinada norma.

A pena, no caso, vem ao seu encontro para dizer-lhe que, em razão da conduta não aceita legal e socialmente, está a merecer a reprovação do Estado através de uma sanção que poderá ser de privação de liberdade, restrição de direitos, pecuniária e administrativa.

Vale lembrar que liberdade é qualidade de quem não está sujeito a nenhum constrangimento físico, psíquico, moral ou intelectual. Liberdade também é o respeito de indivíduo para indivíduo para com a sociedade.

A reprovação é fator determinante do juízo de valor do indivíduo que, ao receber a censura direta do órgão estatal, sente-se, ou pelo menos deveria, em tese, sentir-se constrangido de alguma forma. Esse constrangimento é que deve ter o condão de mostrar-lhe a necessidade de se modificar e não mais agir de forma oposta à postura legal que infringiu.

Notadamente, a pena privativa de liberdade tem sido, sem dúvida alguma, fator de criminalização, e não de prevenção de delitos, uma vez que, diante da precariedade de nosso sistema penitenciário, praticamente o indivíduo vai deixar o cárcere mais perigoso e profissionalizado no crime.

O caráter preventivo pode, sob um único aspecto, ser considerado como eficaz, ou seja, quando suprime do convívio da sociedade indivíduos extremamente perigosos, que, estando em liberdade, colocam em risco os bens jurídicos mais relevantes.

Esse mesmo indivíduo que, em um primeiro momento pode folgar a sociedade com a supressão da sua presença física, certamente virá a colocá-la em riscos maiores ao final de sua segregação, pois, no cárcere, dificilmente, será ressocializado e, ao retomar a liberdade, certamente estará diplomado pela maior faculdade do crime, que têm sido os nossos presídios.

As Leis 9.714 e 9.605 lançam luzes sobre o instituto da reprimenda, ampliando o rol das penas restritivas de direito, proporcionando ao magistrado aplicar a reprimenda "conforme seja necessário e suficiente".

⁴ BITENCOURT, 1999, p. 467.

⁵ VON LIZT *apud* TOLEDO, 1999, p. 133.

A necessidade da reprimenda, sua quantificação e a possibilidade de substituição são, a nosso ver, a chave para a mediação do grave problema carcerário. O princípio da necessidade, presente no art. 59, traça marcas determinantes em cada aplicador da lei, para que realmente possa verificar com competência, humanidade, moral, ética e outros valores imprescindíveis ao julgador, a pena adequada e, conseqüentemente, a sua quantificação.

Necessidade de punir é princípio basilar de todo ordenamento jurídico de nações em desenvolvimento. Contudo, punir adequadamente, na medida e na forma necessárias que permitam ao infrator ser reeducado ou muitas das vezes, educado, diante da omissão do mesmo Estado que pune e que deixou de prepará-lo para um convívio sadio na sociedade que lhe cobra condutas adequadas.

Verificamos, ainda, um grande despreparo na individualização, aplicação e efetivo cumprimento das penas em nosso sistema, o qual deixa a desejar em todos esses aspectos, principalmente se observarmos que homens imperfeitos estão julgando, condenando e executando sanções aplicadas a outros homens imperfeitos.

Apesar de serem as chamadas penas restritivas de direito *autônomas*, consoante disposição do art. 44 do Código Penal, com redação dada pela Lei 9.714, tenho que, obrigatoriamente, devem ser aplicadas com observância rigorosa do art. 59, uma vez que, apenas por este caminho, estaremos consagrando o princípio da necessidade ali previsto.

Para a substituição, também prevista no mesmo art. 44, mister se aplique dentro dos critérios do referido art. 59 a pena privativa de liberdade; e, quantificada esta, estaria aberta a possibilidade de substituição, observadas as demais normas legais.

4 Realidade das penas alternativas no brasil

O advento da Lei 9.714 trouxe significativa transformação no sistema. Hoje, ao que tudo indica, houve substituição da idéia central da culpa pessoal e no caráter retributivo-preventivo da pena, visando ao desafogamento do sistema.⁶

No Código Penal vigente, estão previstas as seguintes modalidades de penas restritivas ou, como conhecidas, alternativas: 1) prestação pecuniária; 2) perda de bens e valores; 3) prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública; 4) interdição temporária de direitos; limitação de fim de semana; 5) multa substitutiva; 6) prestação de outra natureza; 7) suspensão parcial ou total de atividades; 8) recolhimento domiciliar.

Cada uma das modalidades acima merece atenção especial do intérprete e deverá ser utilizada, observando-se o art. 59 e os incisos do art. 44, ambos do Código Penal, com o cuidado de não se incidir em *bis in idem* quanto ao inciso III, visto que a análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, dos motivos e das circunstâncias deve ser observada num primeiro momento, e não na substituição, como colocado acima.

A novidade maior e o objeto de enfoque neste estudo são para as penas alternativas que mais deveriam ser aplicadas nos casos de infração ambiental.

Mister se destaque que das penas específicas, relativamente aos crimes ambientais, são comuns: 1) prestação de serviços à comunidade; 2) interdição temporária de direitos; 3) prestação pecuniária.

As pessoas jurídicas estão sujeitas às penas de: a) multa; b) restritivas de direitos; e c) prestação de serviços à comunidade.

Apenas na legislação ambiental, a pessoa jurídica poderá ser punida, como se viu acima. Para ela, penas restritivas de direito estão previstas no art. 22 da Lei 9.605, a saber: I - suspensão parcial

⁶ AZEVEDO, 1999, p. 46.

ou total de atividades; II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

5 A execução penal em seu universo real

Sobre a natureza jurídica da execução penal, verificamos que a matéria não está exclusivamente ligada ao direito administrativo, mas intimamente regulada à luz do direito penal, processual e outros.⁷ Destacamos ainda que é a execução penal uma atividade complexa, envolvendo os Poderes Judiciário e Executivo.

Diante da complexidade da execução da pena e sobretudo do necessário envolvimento dos poderes constituídos, vemos surgir um raio de esperança para a efetividade da lei vigente, quando vislumbramos a possibilidade de harmonia entre os Poderes constituídos.

Os Poderes Executivo e Judiciário, obrigatoriamente, terão que abrir caminho através de uma nova dinâmica vivencial, para efetivação não só da Lei 7.210/84, mas principalmente do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana consagrado constitucionalmente em 1988.

Negar a dignidade para que o infrator cumpra a sanção que lhe foi imposta é negar a própria Constituição, é negar o próprio Estado Democrático de Direito. O infrator é também pessoa humana e tem direitos e obrigações a serem cumpridas.

Verificamos, assim, que o legislador foi sábio, prudente, otimista e extremamente humano ao traçar as diretrizes da lei regente da execução penal. Porém, dados os constantes avanços na legislação punitiva, urge que se voltem ações para implementação de políticas para adequação da execução penal quanto às penas alternativas, notadamente àquelas ligadas exclusivamente às infrações ambientais.

Na prática, porém, verificamos que, na execução propriamente dita, faltam recursos humanos e materiais para que toda esta verdadeira escola de ressocialização do homem possa funcionar.

Voltamos, assim, à imperfeição do homem, que o leva a infringir normas e, conseqüentemente, o leva a ser punido, sofrendo sanções.

Questionamos, então, qual a sanção para aquele que detém o poder e descumpre uma norma que dá ao infrator toda uma estrutura para cumprir a pena que lhe foi imposta?

Que sociedade justa, fraterna e solidária é esta, que pune apenas determinados infratores? Onde enquadrar os chefes de poderes que não cumprem a lei?⁸

E onde fica o princípio da igualdade? Como tratar de forma igual os desiguais? Como diminuir as desigualdades, se cada vez elas ficam mais visíveis?⁹

O infrator, no atual contexto, não encontra padrões de referência e nem valores que o estimulem a viver em harmonia nesta sociedade que lhe cobra tudo e o pune, mas que, entretanto, não o ensina, não o reeduca, não o ressocializa e o exclui do convívio que diz ser saudável.

Esperamos encontrar, nestes questionamentos, reflexões e exemplos concretos de homens de bem, respostas que possam nos auxiliar na efetivação das normas do sistema de execução penal já em vigor, que, se respeitadas, poderão em muito, contribuir para que não só nosso País seja um pouco melhor, mas o próprio mundo.

Se voltarmos nosso foco de visão para uma correta execução das penas alternativas previstas na legislação ambiental, poderemos estar criando nesse exato contexto de infração/punição/correta apli-

⁷ MIRABETE. *Execução penal*, 1987, p. 25.

⁸ ROBERT; SÉGUIN, 2000, p. 09.

⁹ TOLEDO, 1999, p. 132.

cação e execução da pena, o mecanismo adequado para que a sociedade se conscientize do respeito necessário ao meio ambiente, surgindo assim uma nova cultura ambiental.

No momento, assistimos à falência do sistema penitenciário nacional, que tem por base uma lei de qualidade e com todas as possibilidades de vir a se tornar modelo de reconstrução do homem imperfeito que infringiu a lei e que foi punido.

Para elidir tal falência, vemos uma única saída, ou seja, que deixemos de lado a era da *fala* e entremos definitivamente na era da *ação*! "Chega de falação"...¹⁰

6 Efetivação das garantias

Nossa Constituição Federal, promulgada em 1988, trouxe, em seu art. 1º, os princípios fundamentais norteadores do "Estado Democrático de Direito".

No item III do artigo citado, encontramos o princípio fundamental e universal da "dignidade da pessoa humana".

O termo dignidade remete-nos de imediato a uma situação de respeito.

Respeito é exatamente o que falta para que as garantias previstas em nossa legislação infra-constitucional sejam cumpridas e para que a criminalidade venha a ser contida.¹¹

Exatamente, respeito é o que cada indivíduo deve nutrir por todo ser humano, e, por ser humano, temos obrigatoriamente de aceitar também os infratores da lei, principalmente os condenados e os que recebem uma sanção e não encontram mecanismos adequados para cumprir a pena, mesmo que seja ela alternativa.

Assim, temos que o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana vai muito além de nossa capacidade de compreensão e acreditamos que só será definitivamente incorporado em nossa vida pessoal e na de nossa nação, de acordo com nosso crescimento moral.¹²

7 Vocacionalização dos envolvidos no direito ambiental

Sabidamente, o legislador vem-nos proporcionando instrumentos processuais, nas três esferas. O Poder Executivo procura ao longo do tempo o resgate de suas dívidas e assume gradativamente a responsabilidade ambiental.¹³

Hoje essa realidade já nos faz pensar adiante. Num futuro breve serão exigidos Juízes, Desembargadores e Ministros especializados em meio ambiente em todo o Brasil, como já ocorre em alguns tribunais e juízos estaduais.

Podemos verificar que, a cada dia, mais e mais membros do Ministério Público e também Magistrados, no Brasil e aqui em Minas, se dedicam ao tema. No evento ocorrido em Araxá, boa parte dos palestrantes era Magistrados, tanto da Justiça estadual quanto federal.

Observa-se, assim, que cada vez fica mais distante dos nossos tempos o Juiz burocrata, aquele que apenas despacha e cumpre prazos.

O Juiz-cidadão é o que vai além, que contesta o sistema, cria e inova, como se referiu Candido Rangel Dinamarco.

É essa cultura que se espera da Magistratura, na certeza de que o Poder Judiciário é imprescindível à difícil tarefa de enfrentar a força do poder econômico ignóbil; a inércia estatal muitas vezes verificada; a politicagem infelizmente existente, inclusive no uso dos recursos naturais, garantindo a todos o equilíbrio ambiental.

¹⁰ YASHIRA, 1998 - óleo sobre tela, 50 x 70.

¹¹ FELIPPE, 1996, p. 67.

¹² SOUZA. Corrupção mata. *Veja*, São Paulo, nº 1.657, p. 14 - entrevista.

¹³ SOARES JÚNIOR, Jarbas, 2003, p. IX.

A vocacionalização é, pois, sem dúvida, imprescindível para todos os atores envolvidos na questão ambiental. Não só criar concursos, mas, acima de tudo, propiciar formação especializada de cada profissional do sistema.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, através da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, tem otimizado ações para especializar e, mais ainda, identificar vocações, a exemplo do que se viu neste Curso de Atualização em Direito Ambiental-CADA, onde servidores e magistrados da região metropolitana receberam, com excelência, ensinamentos ministrados por balizados conhecedores dos vários segmentos da política ambiental, tudo sob a orientação do Professor Desembargador Audebert Delage.¹⁴

A formação dos envolvidos deve atender a um conjunto de fatores externos e principalmente de ordem interna, pois não adianta prepararmos profissionais com normas, regras, técnicas e deixar de prepará-los para o despertar de valores maiores que os nortearão no contato com as dificuldades a serem enfrentadas para a mudança de paradigma necessária para efetivação da política de proteção ao meio ambiente.

Essa realidade pode mudar e depende de cada um de nós!

Um país como o Brasil carece de transformações profundas, as quais só ocorrerão seguindo a trilha de nossa Carta Constitucional, incorporando seus princípios fundamentais na vida diária de cada governante, de cada detentor de poder e, conseqüentemente, de cada cidadão. Dessa forma, estaremos consolidando a base de uma nação justa, fraterna e, acima de tudo, soberana. Cumprido isto, preserva-se o meio ambiente.

Tudo o que vimos acima com relação aos atores envolvidos na questão ambiental, ao nosso ver, aplica-se, com muito mais razão, à figura do juiz da execução penal.

Além da vocacionalização, o juiz deverá estar despido de qualquer vaidade pessoal e, além de executar no tempo e modo devidos suas atividades, deverá sair de seu gabinete para que possa viver experiências mais próximas da realidade ambiental, a exemplo do que fez a Escola Judicial durante o CADA,¹⁵ deslocando seus alunos para trabalhos de campo/visitas, pois, com certeza, se nutrirá de maior sensibilidade para executar a tarefa árdua de aplicar uma lei de excelência, mas que da realidade ainda está distante.

Em outro nível, o sistema penal procura compartilhar essa mentalização ao segmento de magistrados, Ministério Público e funcionários judiciais. Seleciona-os dentre as classes médias, não muito elevadas, e lhes cria expectativas e metas sociais da classe média alta que, enquanto as leva a não criar problemas no trabalho e a não inovar para não os ter, cria-lhes uma falsa sensação de poder, que os leva a identificar-se com a função (sua própria identidade resulta comprometida) e os isola até da linguagem dos setores criminalizados e fossilizados (pertencentes às classes mais humildes), de maneira a evitar qualquer comunicação que venha a sensibilizá-los demasiadamente com a sua dor. Este processo de condicionamento é o que denominamos burocratização do segmento judicial.¹⁶

Assim, defendemos a imediata renovação de mentalidades e adoção de novas posturas dos juízes em geral, que, sem dúvida alguma, poderão auxiliar de forma direta o sistema como um todo, contribuindo assim de forma definitiva para efetivação do Direito Ambiental.

8 Jurisprudência

Classe/origem: Apelação criminal 333.100-6. Comarca de Alpinópolis. Relator: Juiz Rosauro Júnior. Publicação do julgamento: 27.02.2002. 1ª Câmara Criminal/TAMG. Voto: '... Isso posto, a condenação deve ser mantida; entretanto, a pena merece ser revista, em face da prova colhida nos autos, afastando-se o concurso de crimes, erroneamente admitido pelo digno Sentenciante, deven-

¹⁴ DELAGE, 2003, EJEJ.

¹⁵ Curso de Atualização em Direito Ambiental.

¹⁶ ZAFARONI; PERANGELI. *ib.*, p. 77.

do ser reconhecido, exclusivamente, o delito previsto no art. 38 da Lei 9.605/98, afastando-se ainda a incriminação contida no art. 46, parágrafo único, da mesma lei, por se tratar o armazenamento de madeira, na hipótese dos autos, de um fato não punível, devendo também ser modificada a reprimenda restritiva de direitos aplicada ao apelante, em substituição à privativa de liberdade que lhe foi imposta pela prestação pecuniária, elencada no inciso IV do art. 8º do mencionado diploma legal (Lei 9.605/98).

Assim, revendo a sanção aplicada ao apelante e, seguindo as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, já analisadas na sentença açoitada, mantenho a pena-base fixada em 01 (um) ano de detenção pela prática do crime previsto no art. 38 da Lei 9.605/98, concretizando-a definitivamente neste patamar, à míngua de qualquer outra causa modificadora'. Votação: unânime. Resultado: deferido. Partes: Paulo César Barbosa Mantovani X Ministério Público de Minas Gerais.¹⁷

Classe/origem: Apelação 370.786.2. Comarca de Ouro Branco. Relator: Juiz Audebert Delage. Publicação: *DJ*. Data: pp-00004. Ement Volpp-00260. Julgamento: 21.08.2002. 1ª Câmara Criminal/TAMG. Voto: '... Assim, entendo que a pretensão absolutória dos apelantes quanto ao crime ambiental deve ser acolhida, o que ora faço, para absolvê-los da imputação de prática de crime previsto no art. 39 da Lei 9.605/98, ficando condenados somente nas sanções do art. 155, § 4º, IV, c/c o art. 14, II, ambos do CP, às penas de 01 ano de reclusão e 05 dias-multa.

Observo não existir comprovação nem mesmo de que se trate de madeira de lei, pois o laudo pericial de fl. 39 não é afirmativo de que a madeira periciada fosse candeia.

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, entendo que os apelantes não preenchem os requisitos objetivos e subjetivos para sua obtenção, por serem reincidentes na prática do mesmo crime. Pelos mesmos motivos, não poderão ser beneficiados pelo *sursis*, pois são portadores de maus antecedentes e reincidentes, fls. 30/321'. Votação: unânime. Resultado: parcial provimento. Partes: Edson Jorge da Silva e outro X Ministério Público de Minas Gerais.¹⁸

Classe/origem: Apelação 000139445-1/00. Comarca de Arcos. Relator: Desembargador Paulo Tinôco. Julgamento: 2ª Câmara Criminal/TJMG. Ementa: 'Crime previsto no art.15, § 1º, II, da Lei nº 6.938/81 c/c o art. 61, I, do Código Penal. - O fato de não ter surgido nenhuma vítima não descaracteriza o crime, que se configura com o mero risco de perigo ambiental. O *sursis* é mero benefício que não se confunde com a pena aplicada. Provimento nego ao recurso'. Votação: unânime. Resultado: negar provimento. Partes: José Geraldo da Costa X Ministério Público de Minas Gerais.¹⁹

9 Conclusão

Para encerrar, afirmamos, uma vez mais, que ações e posturas devem ser adotadas em socorro ao meio ambiente, pois, caso contrário, dificilmente todos os envolvidos, direta e indiretamente no processo, suportarão, com saúde física e mental, prosseguir na marcha atual, sem se falar na saúde dos princípios fundamentais da nossa Constituição, que já estão seriamente comprometidos.

Espera-se, assim, que num futuro breve, possamos verificar que a implementação das normas ambientais se tornou uma realidade em Minas e no Brasil. A carta de princípios da magistratura e do Ministério Público para a proteção do meio ambiente, que foi aprovada pelo plenário de Araxá, é o sintoma mais claro de que a nossa sociedade está, aos poucos, se transformando.²⁰

Ao finalizar a pesquisa, estudos, redação e nos voltando para análise das experiências vividas, percebemos que precisamos caminhar com persistência, mesmo tendo em vista todos os desafios já conhecidos e os que ainda desconhecemos.

Em resposta, trazemos como proposta efetiva as penas alternativas, criando-se um *projeto-piloto* para formação de consciência para aplicação/execução das mesmas, envolvendo nesse contexto os profissionais de todos os seguimentos envolvidos com a política ambiental.

10 Referências bibliográficas

¹⁷ www.tjmg.gov.br

¹⁸ www.tjmg.gov.br

¹⁹ www.tjmg.gov.br

²⁰ SOARES JÚNIOR, Jarbas. *Ib.*, p. X.

BITENCOURT, César Roberto. *Manual de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CARNEIRO, Ricardo. *Direito ambiental: Uma abordagem econômica*. Editora Forense, 2001.

DELAGE, Luiz A. Audebert. *Penas alternativas e direito ambiental*. CADA, EJEF/TJMG, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 1. ed. São Paulo Saraiva, 1998.

_____. *Dicionário jurídico*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4. 781p.

FELIPPE, Márcio Sotelo. *Razão jurídica e dignidade humana*. 1. ed. São Paulo: Ed. Max Limonad Ltda., 1996.

FRANCO, Alberto Silva et al. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1, t. I

_____. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 2.

FREITAS, Gilberto Passos de. *Poluição sonora, aspectos legais*. 1. ed. Editora Unisauto, 2002.

FREITAS, Vladimir Passos. *Crimes contra a natureza*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Direito ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 1998.

_____. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 2. ed. Ed. Revista dos Tribunais.

SOARES JÚNIOR, Jarbas; GALVÃO, Fernando (Coord.). *Direito ambiental na visão da magistratura e do Ministério Público*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Execução penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. *Manual de direito penal*. 12. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 1997, 451p.

NETO, João F. Machado; MAIA, Rogério Silva. *Curso de direito penal e notas de algibeira*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROBERT, Cinthia; SÉGUIN, Elida. *Direitos humanos, acesso à Justiça: Um olhar da Defensoria Pública*. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000. 314p.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Penas restritivas de direitos*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Aplicação da pena: Pena alternativa ou substitutiva.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

YASHIRA, Artes. Reg. D.A. 7.116/UFRJ. Palmelo/GO. 1998.

VIRGINIA, M. A. L. G. V. Freitas. Direito ambiental penal: reflexões sobre a lei de crimes ambientais e a danosidade coletiva e macrossocial. Revista da Escola.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999.

A cada um a responsabilidade por um mundo melhor.

Sumário: 1 Introdução. 2 Dos princípios de direito internacional do meio ambiente. 3 Os princípios de direito ambiental no Brasil. 4 O princípio da prevenção. 5 conclusão.

1 Introdução

Num país de grandes riquezas minerais e com uma natureza de grande diversidade, a proteção ambiental há muito deveria ter sido elevada à condição primordial.

Para o desenvolvimento de uma legislação ambiental, era preciso extirpar a idéia de que crescimento econômico e meio ambiente protegido não podiam coexistir. Verificou-se, assim, a necessidade de se buscarem soluções para a equação, que ainda hoje não encontra métodos eficientes para um desenvolvimento sem agressão. Nesta busca, uma resposta é reclamada do direito.

Erigida à regra constitucional, ou ainda que solucionada por legislações inferiores, a proteção ao meio ambiente precisa estar amparada em regras concretas. Assim, observou-se um esforço na criação de princípios gerais de direito ambiental a serem aplicados na solução dos problemas decorrentes de sua má utilização. É desses princípios que vamos buscar o objeto deste estudo.

2 Dos princípios de direito internacional do meio ambiente

Em primeiro lugar, é importante lembrar que:

princípios informadores são normas gerais e fundantes que fornecem os pilares de determinado ramo do pensamento científico. Informa, portanto, o cientista. Daí o nome, princípios informadores, porque informa os fundamentos dos quais devemos partir. São gerais porque se aplicam a uma série de hipóteses e são fundantes, na medida em que deles se pode extrair um conjunto de regras que deles decorrem por lógica.¹

Para JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO:

Princípios são enunciados deônticos que sedimentam e cristalizam valores e políticas no ordenamento jurídico (princípios formais e materiais). Denominam-se também princípios as normas técnico-operacionais do sistema jurídico que orientam mais diretamente as operações estruturais sistêmicas (princípios funcionais ou operacionais). Uns e outros podem vir expressos ou implícitos.²

No âmbito do direito ambiental, a comunidade internacional, diante de problemas tais como processo de desertificação, exaustão da atividade pesqueira, depleção da camada de ozônio, extinção de espécies, dentre outros, buscou iniciativas em diversos planos para solucioná-los. CHRIS WOLD escreve que:

em outras iniciativas, vem-se procurando, também pela celebração de tratados, adotar estratégias concretas mais holísticas para a proteção do meio ambiente, como ocorre na Convenção da ONU sobre diversidade biológica. Para além de todos esses tratados, contudo, observa-se presen-

* Juiz de Direito em Vespasiano.

1 FIÚZA, César. *Novo direito civil*, Curso completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

2 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Princípios de direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

temente um esforço muito grande de criação, pela comunidade internacional, de princípios gerais de direito ambiental, que se espera sejam implementados pelos Estados, seja por sua afirmação nas legislações domésticas, seja pela sua aplicação pelos tribunais.³

Segundo o autor, a estruturação de tais princípios teve maior importância a partir do ano de 1972, com a Declaração de Estocolmo, mas foi em 1992, com a Conferência da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento ocorrida no Rio de Janeiro, que se tornaram mais precisos e detalhados, podendo ser, assim, enumerados: princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais; princípio do direito ao desenvolvimento; princípio do patrimônio comum da humanidade; princípio da responsabilidade comum mas diferenciada; princípio da precaução; princípio do poluidor-pagador; princípio do dever de não causar dano ambiental; princípio da responsabilidade estatal.

3 Os princípios de direito ambiental no Brasil

No Brasil, a questão da preservação ambiental, que até então era objeto de legislações esparsas e tratamento sob o prisma de proteção à saúde, foi elevada a princípio constitucional a partir da Carta de 1988. Tratando da constitucionalização dos princípios de direito ambiental, José Adércio Leite Sampaio anota que: "há um *prima principium* ambiental: o do desenvolvimento sustentável, que consiste no uso racional e equilibrado dos recursos naturais, de forma a atender às necessidades das gerações presentes, sem prejudicar o seu emprego pelas gerações futuras. Significa, por outra, desenvolvimento econômico com melhoria social das condições de todos os homens e em harmonia com a natureza". (...) A Constituição brasileira reconheceu esse princípio em diversas passagens, ainda que sem fazer uso do termo. O art. 225, por exemplo, resume o projeto sustentável de uso da natureza: "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".⁴

O autor acrescenta que a lista dos princípios varia conforme o autor e o âmbito do estudo e conclui que os textos constitucionais vigentes conduzem aos seguintes princípios: princípio da equidade intergeracional, princípio da precaução, princípio da prevenção, princípio da responsabilidade, princípio da informação e princípio da participação.

4 O princípio da prevenção

A prevenção, com vistas a evitar a degradação do meio ambiente, vem sendo utilizada como melhor instrumento de preservação. Diversas convenções, tratados e a maioria da legislação internacional contemplam regras cuja finalidade é evitar a consumação dos danos.

A Convenção da Diversidade Biológica, citada por Paulo Affonso Leme Machado,⁵ diz em seu preâmbulo que:

é vital prevenir, evitar e combater na origem as causas da sensível redução ou perda da diversidade biológica.

A Declaração de Estocolmo o reconhece expressamente:

O despejo de substâncias tóxicas ou de outras substâncias e de liberação de calor em quantidades ou concentrações que excedam a capacidade do meio ambiente de absorvê-las sem dano, deve ser

³ WOLD, Chris. *Princípios de direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

⁴ Ob. cit., p. 47 e 51.

⁵ SOARES JR., Jarbas; GALVÃO, Fernando (Coord.). *Itinerário do direito ambiental brasileiro: prevenção, controle e reparação*, cap. 3 - Direito Ambiental na Visão da Magistratura e do Ministério Público. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

interrompido com vistas a impedir prejuízo sério e irreversível aos ecossistemas.

Em recente decisão, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais anotou que:

o princípio da prevenção está associado, constitucionalmente, aos conceitos fundamentais de equilíbrio ecológico e desenvolvimento sustentável; o primeiro significa a interação do homem com a natureza, sem danificar-lhe os elementos essenciais. O segundo prende-se à preservação dos recursos naturais para as gerações futuras.⁶

O constitucionalista JOSÉ AFONSO DA SILVA,⁷ citado nesta mesma decisão, afirma que:

preservar e restaurar estão aí como formas de conservação que implicam manutenção e continuidade, que significam aproveitamento que garante a utilização perene e que protege os processos ecológicos e a diversidade genética essenciais para a manutenção dos recursos ecológicos.

No Brasil, diversas legislações contemplam medidas de prevenção, tais como a Lei 6.938/81 (art. 2º) e a Lei 8.723/93, dentre outras.

5 Conclusão

É certo que não existe hierarquia na aplicação de princípios, devendo-se buscar a adequação deles ao caso concreto.

Todavia, a evolução da legislação, a doutrina e jurisprudência demonstram que a prevenção se afigura como a melhor forma preservacionista.

É a prevenção que deve sempre nortear as políticas públicas, ações administrativas e decisões judiciais para regramento das atividades humanas que envolvam riscos ao meio ambiente.

Considerando que os prejuízos ambientais quase sempre são de caráter irreversível ou de difícil reversão, a preservação passa pelo dever jurídico de prevenir e evitar riscos e danos, para a garantia de um meio ambiente equilibrado.

⁶ Apelação Cível nº 295.312-3/00, Comarca de Governador Valadares, Relator: Des. Wander Marotta.

⁷ SILVA, José Afonso. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

Sumário: 1 Introdução. 2 O dano ambiental decorrente da destinação ilegal dos resíduos sólidos urbanos. 3 Dano moral coletivo decorrente da destinação ilegal dos resíduos sólidos urbanos. 4 Responsabilidade civil do Estado pelo dano moral coletivo. 5 Determinação judicial de providências para destinação adequada dos resíduos sólidos. 5.1 Ação de regresso contra o agente político causador do dano moral coletivo. 6 Conclusão. 7 Referências bibliográficas.

1 Introdução

A inteligência fez os homens superarem a simplicidade e o instinto. O homem, vítima histórica de animais mais fortes, ferozes, venenosos e velozes, tinha necessidade de superação: pensou num abrigo seguro, próximo dos alimentos. Com o tempo, atentou para o cultivo e a criação dos seus próprios alimentos e, pouco a pouco, buscou melhores habitações e condições mais adequadas de vida.

A cultura dos primeiros clãs foi evoluindo em povoados, cidades; enfim, foram-se criando colônias humanas, organizadas e engenhadas segundo os recursos e as necessidades locais, mas sempre enfrentando a resistência do ecossistema natural.

Com efeito, a humanidade se aglomerou e gradativamente foi inventando situações estranhas aos demais viventes do mundo vegetal e animal. A sociedade organizada criou direitos e obrigações, gerou riqueza e pobreza, e o artificial foi substituindo o natural que era "inconveniente" ao homem.

O homem aprendeu a industrializar, a aumentar a média de vida, a não ter perdas infantis, a descobrir remédios e medicamentos, a perpetuar a espécie. E, quanto menos passou a viver naturalmente como os animais, mais passou a inventar e a produzir objetos artificiais, ou seja, a aumentar o lixo, conhecido tecnicamente por "resíduos sólidos", conforme nos ensina MACHADO:¹

O termo resíduo sólido significa lixo, refugo e outras descargas de materiais sólidos, incluindo resíduos sólidos de materiais provenientes de operações industriais, comerciais e agrícolas e de atividades da comunidade, mas não inclui materiais sólidos ou dissolvidos nos esgotos domésticos ou outros significativos poluentes existentes nos recursos hídricos, tais como a lama, resíduos sólidos dissolvidos ou suspensos na água, encontrados nos efluentes industriais e materiais dissolvidos nas correntes de irrigação ou outros poluentes comuns da água.

Hoje, livre da concorrência e dos riscos de morte imediata em face de outros animais esfomeados, o homem passou a se preocupar consigo próprio, e, entre as suas preocupações, se insere a destinação adequada do lixo, pois, aglomerado em sociedade, o lixo por ela produzido passou a causar mau cheiro, visão degradante e efeitos insalubres. A cultura consolidada da qualidade de vida e a necessidade de não ser atacado por outros viventes, mesmo por aqueles mais diminutos, como os microorganismos, que também produzem insegurança, doenças e morte, conduziram à ilegalidade dentro do sistema organizado das cidades.

A ausência de providências para recolhimento, transporte, destinação e aproveitamento do

*Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora RT, 1991, p. 297.

lixo passou a ser extremamente incômoda para os homens. Enfim, o lixo acumulado e largado sem responsabilidade tornou-se um fator de grave lesão ao meio ambiente e, em conseqüência, gerou um fator de insegurança individual e coletiva para as pessoas, que ficam expostas aos seus efeitos, que são prejudiciais à saúde e à qualidade de vida.

Os danos decorrentes da disposição inadequada dos resíduos sólidos serão apresentados na primeira etapa desse trabalho e em seguida os mecanismos processuais colocados à disposição dos indivíduos para se ressarcirem desses danos e punir os transgressores, pois:

Se erramos no passado, devastando ou deixando que devastassem de forma irracional o meio ambiente, nosso ventre maior, sem participarmos ativamente dos atos administrativos de forma a impedir que os mesmos causassem danos àquele ou se omitissem à existência ou risco destes, que lutemos então adiante por uma vida sadia e digna: utilizando nossos erros e omissões como ensinamentos para proteção do que ainda nos resta desse bem fundamental ao direito humano, que é o meio ambiente. Pois, como ensinou Roosevelt, *é triste falhar na vida; porém, mais triste é não tentar vencer.*²

O presente estudo visa, ainda, alertar os estudiosos do Direito Administrativo sobre a necessidade de criar mecanismos para que o meio ambiente não continue sendo lesado pelo Poder Público, uma vez que o interesse da coletividade está sempre acima dos interesses pessoais, e aqueles que agem com ineficiência devem, além de outras penalidades, ressarcir a coletividade.

2 O dano ambiental decorrente da destinação ilegal dos resíduos sólidos urbanos

A riqueza de alguns e a pobreza de muitos induziram à reciclagem de parte dos resíduos sólidos. Hoje, a cerveja do rico é o emprego do pobre, que recolhe as latas e as vende para o intermediário, que as revende para a reciclagem. O mesmo acontece com papéis, plásticos, metais, etc. Em face das diferenças sociais, com uma certa naturalidade, as próprias pessoas, desordenadamente, começaram a reciclar o lixo.

Para RODRIGUES E CAVINATTO:

[...] estamos vivendo a era dos descartáveis, em que tudo aquilo que é produzido pela indústria é usado uma única vez ou por pouco tempo e, em seguida, jogado fora, transformando-se em lixo. Esse procedimento reflete basicamente o modo de vida moderno e agitado das cidades dos países mais industrializados, onde predomina uma visão econômica, que considera os recursos naturais como recursos infinitos ou facilmente substituíveis.³

O lixo depositado em locais inadequados e a céu aberto, com a evolução industrial e social, passou a ser incompatível com a vida humana, pois passou a gerar gases, fumaça, mau cheiro, choro, poluição visual e subterrânea insuportáveis.

Os resíduos sólidos urbanos definitivamente ganharam espaço na relação de problemas para a sobrevivência humana com segurança e bem-estar, implicando a necessidade de regras.

Direitos e obrigações normatizados, o serviço de coleta, transporte e destinação sanitária do lixo urbano domiciliar, industrial, hospitalar e de áreas de uso coletivo passou a ser de responsabilidade do Poder Executivo de cada Município.

Há quase cinqüenta anos, foi promulgada a Lei 2.312 (normas gerais sobre a defesa e proteção da saúde), de 3.9.54, que previa, em seu art. 12, que a coleta, o transporte e o destino final

² BALBO, Juliana Cristina. Responsabilidade civil do Estado por danos ambientais. *Revista da ESMESC – Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, Florianópolis, a. 8, v. 8, p. 93, 2002.

³ In BOCK, Alexandre Francisco; CORRÊA, José Machado; LIMA, Paulo Antônio. A questão dos resíduos sólidos urbanos no direito brasileiro, sob o aspecto da Constituição Federal de 1988 e das demais leis em vigor até junho de 2001. Disponível no site: <http://www.cesub.br/revist/ed-2>.

do lixo deveriam dar-se em condições que não importassem inconvenientes à saúde e ao bem-estar público.

Regulamentando essa lei, foi editado, em 21.1.61, o Decreto nº 49.974-A, sob a denominação de Código Nacional de Saúde, que, por seu turno, foi complementado pela Portaria do Ministério do Interior nº 53, de 1º.3.79, que dispõe sobre os problemas oriundos da disposição de resíduos sólidos.

Por inércia ou, em alguns casos, falta de recursos financeiros, a maioria dos municípios não está dando destinação adequada aos resíduos sólidos urbanos⁴, gerando, assim, insegurança, diminuindo a possibilidade de uma boa saúde dos indivíduos, que, gradativamente lesados em sua integridade física e até moral, buscam apoio nos outros Poderes.

Assim, as providências públicas quanto à evolução e ao aumento dos resíduos sólidos têm que ser eficientes para conter a insalubridade e os danos causados à população. Entretanto, segundo MILARÉ:

Carecemos ainda de uma Política Nacional de Resíduos Sólidos que defina normas relativas à prevenção da geração, minimização, reutilização, manejo, acondicionamento, coleta, reciclagem, transporte, tratamento, reaproveitamento e disposição final dos resíduos sólidos. Enquanto não se estabelece efetivamente uma política nacional com esses fins, faz-se necessária a construção de Políticas Públicas em nível municipal e estadual, envolvendo-se todos os segmentos da população, através da gestão participativa dos RSU.⁵

Enfim, o que sobra da situação política dos resíduos sólidos é apenas uma luta da Administração dos municípios, que, atrasados na causa, tentam convencer que tudo fizeram e fazem, e a população se revolta com o evidente descaso com o manuseio e a destinação do lixo, que, altamente insalubre, exala mau cheiro, fumaça e outros gases; atrai macro e microvetores de doenças e denota uma forte poluição visual e ambiental, contaminando águas subterrâneas ou não.

A poluição causada pelos lixões a céu aberto, com reflexos em vasta área territorial, em face da manipulação irresponsável ou omissa com relação ao destino e recuperação dos resíduos, indigna a população que sofre com os seus efeitos nocivos e constitui crime, conforme se depreende do seguinte dispositivo da Lei nº 9.605/96:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena - reclusão, de 1(um) a 4(quatro) anos, e multa. [...]

§ 2º Se o crime:

I - tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana; [...]

IV - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos.

Prefeitos têm sido condenados por transgressão a esse dispositivo legal, veja:

Prefeito municipal - Crime ambiental - § 1º do art. 54 da Lei nº 9.605/98 - Depósito de lixo urbano sem as cautelas técnicas necessárias, causando poluição de qualquer natureza, em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana - Negligência e imprudência da autoridade municipal - Condenação: aplicação de pena restritiva de direito: prestação pecuniária.⁶

Vale destacar, ainda, que a Lei Federal 6.938/91, ao dispor, em seu art. 2º, inc. I, que o meio ambiente é *patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o*

⁴ 59,5% das 228.413 toneladas de lixo coletadas diariamente no Brasil têm destinação final inadequada, conforme Pesquisa Nacional de Saneamento Básico, 2000. In Indicadores de desenvolvimento sustentável. Brasil, IBGE, 2002.

⁵ MILARÉ, Édis. *A ação civil pública em defesa do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 140.

⁶ Proc.-Crime Comp. Orig. - C. Cr. Isoladas nº 000.198.187-7/00 – Comarca de Barbacena – Denunciante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, PGJ – Denunciado: Helvécio Garcia Miranda, Prefeito Municipal de Santa Bárbara, Tugúrio – Relator: Des. Gudesteu Biber.

uso coletivo, já assegurava a proteção a esse interesse difuso, inclusive a reparação de eventuais danos a ele causados, impondo penalidades administrativas, a par da obrigação de reparação dos danos, conforme o disposto em seus arts. 4º, incs. VI e VII; 9º, inc. IX; e 14, § 1º.

3 Dano moral coletivo decorrente da destinação ilegal dos resíduos sólidos urbanos

A Carta Magna, visando garantir a reparação de danos materiais, morais e à imagem das pessoas, consignou, no art. 5º do capítulo denominado *Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*, os incisos V e X, que, sem quaisquer restrições, estabelecem:

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.⁷

Depreende-se desse dispositivo que o constituinte garantiu a reparação do dano em três situações diversas, ou seja, quando o indivíduo ou a coletividade sofrerem danos materiais, morais ou à imagem.⁸

A destinação inadequada dos resíduos sólidos urbanos, conforme salientado, além de ser um ato ilegal, por afrontar as disposições da Lei 6.938/91 e do art. 54 da Lei 9.504/98, causa indignação a toda coletividade. Não há dúvidas de que essa indignação é um dano que não se restringe apenas aos moradores do Município que deposita irregularmente os resíduos sólidos.

Os danos ambientais decorrentes do manejo inadequado dos resíduos sólidos não se restringem ao espaço territorial da cidade que descuida da qualidade de vida dos seus moradores. Quando o lençol freático é contaminado, compromete-se a fonte de água potável de várias cidades. A simples queima de resíduos tóxicos exala contaminantes que colocam em risco a saúde das pessoas dentro e fora do território em que ocorre a agressão ambiental.⁹

Assim, o fato de se condenar judicialmente o município às providências necessárias para o manejo adequado dos resíduos sólidos urbanos não é suficiente para reparar a indignação sofrida pela coletividade, pois persistirá o dano moral, que, também, deve ser reparado. Nesse sentido, observa ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS que:

Qualquer abalo no patrimônio moral de uma coletividade também merece reparação. Devemos ainda considerar que o tratamento transindividual aos chamados interesses difusos e coletivos origina-se justamente da importância destes interesses e da necessidade de uma efetiva tutela jurídica. Ora, tal importância somente reforça a necessidade de aceitação do dano moral coletivo, já que a dor psíquica que alicerçou a teoria do dano moral individual acaba cedendo lugar, no caso do dano moral coletivo, a um sentimento de despreço e de perda de valores essenciais que afetam negativamente toda uma coletividade.¹⁰

E prossegue o mesmo autor:

⁷BRASIL, Constituição Federal. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

⁸O art. 5º, V, da Constituição Federal estabelece três, e não duas modalidades de dano indenizável: o dano material, o dano moral e o dano à imagem, pois a conjunção "ou" contida no referido dispositivo não tem caráter expletivo, no sentido de que dano moral seja igual a dano à imagem. Destarte, não se pode confundir dano à imagem com dano moral. Dano à imagem, tecnicamente, é o que agride a honra, enxovalha o nome do indivíduo, arranha-lhe a boa fama e coloca-o em situação de vexame, abalando-lhe a credibilidade com os desaires que a lei penal capitula como calúnia, injúria e difamação. Dano moral é o dano derivado do ato que, sem propriamente ofender a imagem, ilicitamente aflige, atormenta, acabrunha, traz amargura, desespero, é o que sem causa justa ilegitimamente provoca lágrimas legítimas e desculpável ranger de dentes; em suma, a injusta quebra da paz. Esse é o verdadeiro bem a que a norma constitucional visou como resguardável e que, se ofendido, acarreta ao ofensor o dever de indenizar, a título de dano moral. Jurisprudência cível do TJMG, publicada no *Minas Gerais* de 27.03.2003, referente à Apelação Cível nº 246.638-1/00, da Comarca de Uberaba, Relator o Des. Lúcio Urbano.

⁹ Em artigo Redução do volume de lixo destinado ao aterro/lixões pela coleta seletiva.

¹⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Ação civil pública e o dano moral coletivo*. Artigo disponível no site: buscalegis.cj.ufsc.br

A intranqüilidade e o sentimento de despreço gerado pelos danos coletivos, justamente por serem indivisíveis, acarreta lesão moral que também deve ser reparada coletivamente. Ou será que alguém duvida que o cidadão brasileiro, a cada notícia de lesão a seus direitos, não se vê desprestigiado e ofendido no seu sentimento de pertencer a uma comunidade séria, onde as leis não são cumpridas? A expressão popular 'o Brasil é assim mesmo' deveria sensibilizar todos os operadores do Direito sobre a urgência na reparação do dano moral coletivo.¹¹

O Prof. Rubens Limongi França, citado por SÉRGIO SEVERO, em sua obra *Os danos extrapatrimoniais*, ao conceituar o dano moral, já o definia como aquele que, direta ou indiretamente, a pessoa, física ou jurídica, bem assim a coletividade, sofre no aspecto não econômico de seus bens jurídicos.

BITTAR FILHO assinala que:

Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico.¹²

Por sua vez, MARCO ANTÔNIO MARCONDES PEREIRA conceitua o dano moral coletivo como:

[...] o resultado de toda ação ou omissão lesiva significativa, praticada por qualquer pessoa contra o patrimônio da coletividade, considerada esta as gerações presentes e futuras, que suportam um sentimento de repulsa por um fato danoso irreversível, de difícil reparação, ou de conseqüências históricas.¹³

A possibilidade de reparação dos bens patrimoniais, decorrente da lesão ao meio ambiente, encontra-se consolidada na jurisprudência e na doutrina. A discussão quanto à possibilidade jurídica de reparação dos bens extrapatrimoniais, ainda, é muito tímida, existindo na jurisprudência brasileira, como adverte MORATO LEITE¹⁴, poucas decisões condenando o infrator das leis ambientais ao pagamento de indenização pelos danos morais provocados à coletividade por lesões ao meio ambiente.

Não admitir a indenização pelo dano moral causado a uma coletividade seria premiar os infratores e deixar os habitantes de um município desprotegidos, ficando os agressores absolutamente tranqüilos, sem medo de serem obrigados a indenizar ou de serem punidos por suas atitudes ilícitas.

4 Responsabilidade civil do Estado pelo dano moral coletivo

Como salientado, não é apenas a coletividade local que ficará lesada com a atuação do administrador que dá destinação irregular aos resíduos sólidos urbanos, uma vez que o município certamente terá sua imagem afetada, podendo sofrer prejuízos com a evasão fiscal, pois a razão da existência do Poder Público é o atendimento do interesse da sociedade e, se esses interesses não são correspondidos por intermédio dos serviços públicos reclamados pela coletividade, certa-

¹¹ *Op. cit.*

¹²BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 12.

¹³PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. Dano moral contra a coletividade: ocorrências na ordem urbanística.

¹⁴A decisão relatada pelo Des. Ribeiro, do Tribunal de Justiça de São Paulo, já abre um interessante caminho jurisprudencial da aceitação do dano extrapatrimonial coletivo, ao assim afirmar: "O dano moral é aquele que, direta ou indiretamente, a pessoa física ou jurídica, bem assim a coletividade, sofre no aspecto não econômico dos seus bens jurídicos (...). A reparação do dano moral não se estriba, somente, no pretium doloris, aí considerada a dor estritamente moral e, também a própria dor física – aspecto moral da dor – sendo uma lesão extrapatrimonial, o dano moral pode se referir, por exemplo, aos bens de natureza cultural ou ecológica". Também nesse sentido foi a decisão da Dra. Daniela Ferro, juíza substituta da 25ª Vara Cível Federal do Rio de Janeiro, que, em 1ª instância, condenou a empresa Petrobras a pagar R\$ 524 milhões, por danos morais e lucros cessantes, aos pescadores prejudicados pelo vazamento de óleo na Baía de Guanabara, ocorrido em 18 de janeiro de 2000.

mente, o contribuinte não vai ter disposição para pagar os tributos.

VALTER FOLETO SANTIN, Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, faz coro com esse entendimento, ao esclarecer que:

Os danos morais, além de afetarem o ente público, afrontam a coletividade, pois os cidadãos decepcionam-se com o comportamento do agente público colocado no cargo pelo voto popular, sentem-se impotentes e revoltados diante da situação e vêem aumentar o sentimento de desprestígio do ente público perante a comunidade, com inegáveis reflexos no recolhimento de tributos e na preservação do patrimônio público e dispêndio irregular de recursos públicos.¹⁵

O Município também ficará lesado com a sua participação na receita estadual, pois há incentivos fiscais para aqueles que dão destinação correta ao lixo.¹⁶ Empresas que poderiam instalar-se no município podem esquivar-se, tendo em vista a sua imagem denegrida, contrariando, assim, o interesse público de geração de empregos e de ampliação da arrecadação.

A atuação poluidora de um município pode implicar danos à União, aos Estados federados e aos demais municípios, pois a repercussão dos danos ao meio ambiente extravasa as fronteiras de um país. As pessoas jurídicas de direito público interno vendem a sua imagem em busca de investimentos. Assim, o descumprimento das normas ambientais por um município evidentemente implica danos patrimoniais e extrapatrimoniais a toda a sociedade brasileira. Imagine-se a indignação do povo brasileiro ao perder para outro Estado a instalação de uma grande indústria. São prejuízos incomensuráveis.

Para garantir a reparação desse dano, a Constituição Federal colocou à disposição dos lesados o § 6º do art. 37:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Serviço público, na definição de MEIRELLES:

É todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.¹⁷

O serviço de limpeza urbana, coleta e destinação de resíduos sólidos executado diretamente pelos municípios ou por seus delegados é público, sujeitando-se a Administração à responsabilidade pelos danos deles decorrentes.

A responsabilidade civil do Estado, extensiva às pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, encontra-se submetida à teoria do risco integral, ou risco administrativo. Essa teoria, consagrada por nosso Direito positivo, empenha a responsabilidade estatal, ou o seu dever reparatório, quando o funcionamento do serviço público acarreta prejuízo à esfera de outrem. Estabelecido o nexo causal entre o ato da administração e o prejuízo, a pessoa jurídica de direito

¹⁵SANTIN, Valter Foletto. A indenização dos danos morais por ferimento ao princípio constitucional da moralidade administrativa. Tese unân. 12. Congresso Nacional do Ministério Público, 26-29 maio 1998, Fortaleza, Ceará.

¹⁶ ICMS ambiental. Sobre o assunto vide artigo de Helio Gurgel Cavalcante, publicado no Diário de Pernambuco de 28.07.98, p. 17, e, em Minas Gerais, a Lei 12.040/95, que trata do ICMS ecológico, estabelecendo critérios favoráveis para distribuição do imposto aos municípios que possuam sistemas de tratamento de lixo ou de esgotos sanitários licenciados pelo Copam e para aqueles que possuam unidades de conservação cadastradas junto à Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável-Semad.

¹⁷MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

público será obrigada a reparar o dano causado, conforme esclarece BANDEIRA DE MELO:

Como se acentuou, desde períodos remotos nossa jurisprudência acolhe a responsabilidade do Estado. Os repertórios apresentam farta e pelo comprovar não há mais que consultá-los. Casos existem aos racimos, não havendo como lavar-se da conclusão de que o Judiciário brasileiro sempre esteve vigilante em assegurar a obrigação estatal de ressarcir danos aos particulares.¹⁸

Verifica-se que o constituinte se utilizou de forma genérica da expressão "responderão pelos danos". Assim, as pessoas jurídicas de direito público podem ser responsabilizadas pelos danos materiais, morais e à imagem que causarem a terceiros. Nesse sentido, ZENUN, ao comentar dispositivo similar contido na legislação espanhola,¹⁹ argumenta:

[...] não trazendo expreso a que dano se refere, claro é que compreende e abrange todos, ou qualquer espécie, pois, onde a lei não distingue, porque generaliza, é óbvio que se refere a quaisquer danos, e nós não estamos distinguindo, mas tão-só valendo-nos do geral, que não é restrito. [...] onde, na lei autoriza a afirmar que a palavra dano, ali, só se refere ao material, onde? Claro é que se trata de termo genérico, pois, se se quer que ali não faz menção à moral, também não o faz quanto ao material, pelo que se trata de expressão de cunho genérico.²⁰

Ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça deixou sumulado que a acumulação de indenização por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato é admissível.²¹

Caracterizado o dano moral provocado por um município, cabe-nos indagar se outra pessoa jurídica de direito público poderá figurar no pólo ativo de uma ação judicial que reclama indenização para compensação ou atenuação desse dano.

Dúvidas quanto à aplicabilidade da indenização pelo dano moral em favor das pessoas jurídicas surgiram, porém foram dissipadas pela Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça: *A pessoa jurídica pode sofrer dano moral*. Ao não especificar o tipo de pessoa jurídica, se privada ou pública, entendemos que o Superior Tribunal de Justiça teve a intenção de admitir o dano moral tanto às pessoas de direito privado quanto às de direito público. Esse entendimento encontra respaldo na doutrina:

As pessoas jurídicas de Direito Público e as pessoas jurídicas de Direito Privado podem ser autoras e réis, nas ações que buscam reparação por dano moral. Tanto podem constar no pólo ativo, como no pólo passivo da relação processual.²²

Também entendendo cabível a reparação do dano moral à pessoa jurídica de direito público, o Prof. DIAS nos ensina que:

A pessoa jurídica pública ou privada, os sindicatos, as autarquias podem propor ação de responsabilidade, tanto fundada no dano material como no prejuízo moral. Este ponto de vista, esposado pela generalidade dos autores, é sufragado hoje pacificamente pela jurisprudência estrangeira. A nossa carece de exemplos, ao menos de nós conhecidos. Não há razão para supor que não adote, ocorrida a hipótese, igual orientação.²³

Nesse mesmo sentido, MAZEAUD entende indiscutível que as pessoas jurídicas de direito público podem propor ação de responsabilidade quando sofrem prejuízo pessoal:

Não há nenhuma razão para delimitar esse direito de ação somente nos casos de prejuízo material. Uma pessoa jurídica pública pode muito bem ser lesada em seus interesses morais.²⁴

¹⁸ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 696.

¹⁹O dispositivo comentado é o art. 1.902 do Código Civil espanhol, que tem a seguinte redação: "El que por acción causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el dano causado".

²⁰ ZENUN, Augusto. *Dano moral e sua reparação*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997, p. 25.

²¹ STJ, Súmula 37: São cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato.

²² MARMITT, Arnaldo. *Dano Moral*. 1. ed., Rio de Janeiro: Aide, 1999, p. 172.

²³DIAS, José de Aguiar. *A responsabilidade civil*. 5. ed. v. II, nº 240, 1973, p. 448.

RUBENS LIMONGI FRANÇA também deixou explícito que:

[...] a pessoa jurídica também pode ser sujeito passivo de dano moral. Por exemplo, um sodalício cultural, uma vez difamado como instituição, pode sofrer prejuízo em seu renome. Isso é um dano moral, tão reparável como aquele lesivo da pessoa natural. Parece que poderíamos, mesmo, afirmar a possibilidade de existir dano moral à coletividade, como sucederia na hipótese de se destruir algum elemento do seu patrimônio histórico ou cultural, sem que se deva excluir, de outra parte, o referente ao seu patrimônio ecológico.

A Desembargadora Maria Elza, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, deixou expresso, em ementa de acórdão por ela relatado:

Indenização - Danos morais - Autarquia - Legitimidade - Dano não comprovado - Improcedência da demanda. - Legítima é a pessoa jurídica de direito público para propor ação de indenização por danos morais contra ofensor. Não comprovado o dano, improcedente é o pedido de indenização (original sem destaque).²⁵

Deparamos com o Poder Público, a cada dia, mais desprestigiado, principalmente diante da inércia de seus agentes para reclamar, ou para criar vias de acesso ao Judiciário, visando à reparação dos danos morais difusos. O sentimento de confiança que os indivíduos mantêm em face do Estado deve ser preservado e, quando violado, tem que ser resgatado pelas vias judiciárias. E não é por falta de meios processuais que a comunidade e o Poder Público continuarão sendo lesados, pois a ação civil pública é destinada à reparação de danos causados por agentes públicos ao patrimônio público e social, bem como ao meio ambiente e a outros interesses difusos e coletivos.

Segundo FLAKS:

a ação civil pública, tal como presentemente concebida e desde que bem interpretada, destina-se a ser um dos mais importantes - e talvez o mais eficiente - instrumentos de defesa de interesses difusos ou coletivos, pela abrangência e opções que oferece.²⁶

MEIRELLES esclarece que:

A ação civil pública, disciplinada pela Lei nº 7.347, de 24.7.85, é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e por infrações à ordem econômica (art. 1º), protegendo, assim, os interesses difusos da sociedade. Não se presta a amparar direitos individuais, nem se destina à reparação de prejuízos causados a particulares pela conduta, comissiva ou omissiva, do réu.²⁷

O art. 1º da Lei 7.347/85, com a redação que lhe deu a Lei 8.884/94,²⁸ possibilita aos impletores da ação civil pública pleitear a responsabilidade pelo dano moral decorrente da lesão aos interesses difusos, ou seja, pelos danos morais causados à coletividade em decorrência da poluição ambiental, e o infrator responde objetivamente, conforme estabelece o art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81.²⁹

Caracterizada a responsabilidade objetiva, o poluidor suportará os ônus da sanção legal independentemente da aferição de culpa ou dolo, como esclarece Juliana Cristina Balbo:

Na legislação especial, ao contrário, o dano ambiental, por ofender direito difuso da sociedade, é

²⁴MAZEAUD, Henri. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*. 2. ed. Tomo I, p. 315-316, Paris.

²⁵Apelação Cível nº 000.271.531-6/00, Comarca de Sete Lagoas, apelante(s): IEF-Instituto Estadual Florestal, Relatora: Des.ª Maria Elza, acórdão de 06.06.02, *Minas Gerais* de 25.06.02.

²⁶FLAKS, Milton. Instrumentos processuais de defesa coletiva. *Revista Forense*, nº 320, out.dez. 1992.

²⁷MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança - ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 18. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 141.

²⁸Lei 7.347/85, Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio ambiente; [...] IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

regido pelo sistema da responsabilidade objetiva, fundado no risco, que prescinde por completo da culpabilidade do agente e só exige, para tornar efetiva a responsabilidade, a ocorrência do dano e a prova do vínculo causal com a atividade. A adoção desse sistema de responsabilidade objetiva traz como conseqüências: a irrelevância da intenção danosa, a irrelevância da licitude da atividade; a inversão do ônus da prova; atenuação do relevo do nexo causal.³⁰

Dessa forma, estando a matéria positivada, não podem pairar dúvidas quanto à possibilidade de se reparar a coletividade pelos danos morais decorrentes da poluição causada pelo Poder Público ao destinar inadequadamente os resíduos sólidos urbanos.

As associações constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, as pessoas jurídicas de direito público da Administração direta e indireta e o Ministério Público são legitimados autônomos da sociedade, que dispõem de legitimidade ativa *ad causam* para propositura da ação civil pública, conforme estabelece o art. 5º da Lei 7.347/85, com a redação que lhe deu a Lei 8.884/94.

MORATO LEITE esclarece que:

A doutrina mais recente fala em legitimação autônoma para a condução do processo e não mais em substituição processual para a defesa dos interesses difusos e coletivos. A figura da substituição processual na LACP aplica-se quando os legitimados agem na defesa dos interesses individuais homogêneos, considerando tratar-se de interesses individualistas artificialmente inseridos no contexto coletivo.³¹

Os recursos financeiros provenientes de indenizações por lesões ao meio ambiente devem ser destinados ao Fundo de Interesses Difusos Estadual, ou Federal, constituídos na forma do art. 13 da Lei 7.347/87, para serem destinados ao local onde ocorreu o dano para recomposição dos bens lesados.

A ação popular também é um eficiente instrumento processual, que se encontra à disposição de qualquer cidadão brasileiro que queira reclamar o dano ambiental, conforme lição de FERRAZ:

Assim, eu poderia, dentro desse esquema idealmente imaginado propor uma ação contra o Poder Público que resolvesse construir uma estrada discutível na Amazônia, sem estar ali residindo e sem pensar sequer em para lá mudar meu destino ou domicílio. E não só eu: enquanto a Amazônia é uma reserva atmosférica, para todo o nosso planeta, na realidade, qualquer cidadão do mundo deveria estar legitimado a procurar uma atuação do Poder Judiciário do Brasil contra um ato administrativo brasileiro que tivesse permitido uma agressão à integridade da Floresta Amazônica.³²

E essa ação popular também pode ser utilizada para reclamar a reparação do dano moral coletivo, consoante lição de MARMIT:

O dano moral coletivo traz em seu bojo uma gravidade nefasta à população, necessitando de institutos eficientes e enérgicos para combatê-lo. Na prática, em nosso ordenamento jurídico, os remédios mais eficazes utilizados são a ação civil pública e a ação popular.³³

5 A determinação judicial de providências para destinação adequada dos resíduos sólidos urbanos

²⁹ Lei 6.938/81, Art. 14. [...] § 1º. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

³⁰ Responsabilidade civil do Estado por danos ambientais. In *Revista da Esmesc-Escola Superior de Magistratura do Estado de Santa Catarina*, 2002, v. 14, p. 89.

³¹ LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 231.

³² FERRAZ, Sérgio. Responsabilidade civil por dano ecológico. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 49-50, 1977, p. 36.

O Poder Judiciário não pode eximir-se de apreciar lesão ou ameaça a direito, pois aplicar o direito é sua função precípua, conforme lição do Prof. BANDEIRA DE MELO:

É ao Poder Judiciário e só a ele que cabe resolver definitivamente sobre quaisquer litígios de direito. Detém, pois, a universalidade da jurisdição, quer no que respeita à legalidade ou à consonância das condutas públicas com atos normativos infralegais, quer no que atina à constitucionalidade delas. Neste mister, tanto anulará atos inválidos como imporá à Administração os comportamentos a que esteja de direito obrigada, como proferirá e imporá as condenações pecuniárias cabíveis.³⁴

Quando o Estado está sendo processado judicialmente para reparar o dano causado pelo Poder Executivo, vem a questão da separação e independência dos Poderes. O Judiciário poderá conceder a tutela em ação de reparação de dano ambiental para que o Poder Executivo realize alguma despesa necessária à paralisação ou atenuação do dano? A questão é polêmica, mormente quando se trata de lesão a interesses difusos. As Câmaras do Tribunal de Justiça de Minas Gerais têm divergido, como se infere da jurisprudência:

Ementa oficial: Ação civil pública. Condenação de município para construir usina de reciclagem de lixo e a utilizar determinado local para depósito de resíduos sólidos urbanos. Impossibilidade. - O Poder Judiciário não pode condenar ente público a realizar obra, nem lhe ditar normas de atuação administrativa, porque estará usurpando funções específicas do Executivo. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e oportunidade de realização de obras. As obrigações de fazer, via ação civil pública, não podem quebrar os princípios da harmonia e independência dos Poderes.³⁵

Em sentido oposto, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, à unanimidade, em acórdão relatado pelo Des. Edivaldo George dos Santos, confirmou a sentença, no reexame necessário, do Juízo singular da Comarca de Ponte Nova, que condenou o Município de Jequeri a:

[...] promover, dentro do prazo de 12 (doze) meses, a contar do trânsito em julgado desta decisão, e com acompanhamento e orientações de um Engenheiro Ambiental, a construção de um aterro sanitário e a recomposição da área ora indevidamente utilizada para depósito de lixo, melhor descrita na inicial, promovendo corretamente a coleta e o depósito, seguindo normas de caráter ambiental e sanitário, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Sem embargo de opiniões divergentes, entendemos que os dois julgados podem estar em consonância com as normas jurídicas aplicáveis. É elementar que o Judiciário não pode adentrar o mérito em questões que envolvam a oportunidade e a conveniência administrativa. Entretanto, conforme salientado, há lei que determina aos municípios a implantação de sistemas de tratamento e disposição final do lixo. Havendo lei, não há que se falar em mérito administrativo, devendo a Administração a ela se vincular; e, não o fazendo, cabe ao Poder Judiciário, quando provocado, prestar a tutela jurisdicional. É bem verdade que, para realização de investimentos em serviços e obras, a Administração deve dispor de recursos orçamentários e financeiros.

Assim, se o Município de Jequeri já havia definido no seu plano plurianual de investimentos o projeto de execução do aterro sanitário, estabelecendo na Lei de Diretrizes Orçamentárias que a obra ou etapa daquela obra seria executada no exercício em que foi prolatada a decisão judicial e, conseqüentemente, apontando os recursos necessários para tal investimento na Lei Orçamentária, o Judiciário não decidiu o mérito administrativo, e sim determinou o cumprimento da legislação, que é, como esclarecido, sua função principal.

³³MARMIT, Arnaldo. *Dano moral*. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1999, p. 177.

³⁴ MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 74.

³⁵Apelação Cível nº 000.285-3/00, Comarca de Resende Costa, Relator: Des. Lúcio Urbano. Acórdão: Vistos, etc., acorda, em Turma, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, em reformar parcialmente a sentença. Belo Horizonte, 20 de fevereiro de 2001.

Poder-se-ia alegar, entretanto, que aquele Município, apesar de possuir, em sua legislação orçamentária, recursos para a execução do aterro sanitário, não dispõe de recursos financeiros para a sua realização. As prioridades para a supressão de despesas públicas, caso a receita do Município não se realize, conforme o orçamento, encontram-se, por imposição legal, previstas na Lei de Diretrizes Orçamentárias. Assim, aquele ente federado somente poderá esquivar-se da construção do aterro sanitário, legalmente, se, além de não dispor de recursos financeiros, houver feito previsão na LDO para suprimir prioritariamente, em caso de inexistência de recursos, a execução do aterro sanitário, em consonância com o seguinte dispositivo da Lei Complementar 101/2000:

Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos 30 (trinta) dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.

O que não se admite é o Poder Judiciário impor à Administração Pública a obrigação de resolver o problema do lixo sem planejamento, conforme deixou bem salientado o acórdão da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça mineiro, proferido no julgamento da ação civil manejada pelo Ministério Público contra o Município de Uberlândia, que teve a seguinte ementa oficial:

Ementa oficial: Ação civil pública - Aterro sanitário - Coleta de lixo - Suspensão das atividades - Impossibilidade - Multa - Inaplicabilidade. - Se a Administração Pública não cuidou de obedecer a tempo e modo às normas legais que regem a espécie para a obtenção de licença ambiental para o funcionamento de aterro sanitário, mormente a publicidade do estudo prévio de impacto ambiental para a instalação da obra potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, conforme exigência do art. 225, § 1º, IV, da Constituição Federal, não pode a população ser prejudicada com a paralisação da coleta diária de 300 toneladas de lixo na cidade, caso em que, aí sim, a saúde dos moradores estaria em risco. Ainda que o Município tenha iniciado as atividades do novo aterro sanitário sem o cumprimento das exigências legais, tal fato não autoriza a condenação em multa. Isso porque a coleta diária de 300 toneladas de lixo em uma cidade grande não pode ficar paralisada à espera do cumprimento de certas exigências legais. Sentença reformada em reexame necessário.³⁶

Percebe-se que, se a sociedade não quer ficar lesada moral ou materialmente pelo município, que dá destinação inadequada para os resíduos sólidos urbanos, há instrumentos eficientes para impor à Administração o cumprimento da lei, como é o caso da participação popular, garantida pela Lei de Responsabilidade Fiscal, na elaboração do planejamento do Poder Público. Ainda que a prioridade da comunidade não seja resolver o problema dos resíduos sólidos, há mecanismos para se inserir um projeto para ser executado em longo prazo, o que poderá garantir, em parte, à coletividade a defesa por um ambiente ecologicamente mais equilibrado para as presentes e futuras gerações, de forma a atender ao preceito do art. 225 da Constituição Federal.

Comentando a inexistência de norma que possibilitasse a intervenção da União e do Estado em municípios por dano provocado ao meio ambiente pela destinação inadequada dos resíduos sólidos, MACHADO esclarecia que:

[...] há um significativo passo para a observância de padrões sanitários mínimos em todo o País. Entretanto, pela Emenda Constitucional 1/69 não se prevê possa a União ou os estados intervirem nos municípios que deixarem de agir adequadamente do ponto de vista sanitário na coleta, tratamento e destinação dos resíduos sólidos. É matéria a ser cogitada no futuro, pois a negligência de

³⁶Apelação Cível nº 000.294.740-6/00, Comarca de Uberlândia, Relator: Des. Eduardo Andrade. Acórdão: Vistos etc., acorda, em Turma, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, em reformar a sentença no reexame necessário, prejudicados os recursos voluntários. Belo Horizonte, 17 de dezembro de 2002.

um município pode acarretar graves prejuízos ecológicos.³⁷

Hoje, seguramente, esse passo reclamado foi dado, pois, caso o município não implemente uma política pública necessária à reparação de danos ambientais em acatamento à decisão judicial, o Estado federado poderá, na forma do inciso VI do art. 34 da CF/88, nele intervir.

5.1. Ação de regresso contra o agente político causador do dano moral coletivo

Depreende-se do § 6º do art. 37 da Constituição Federal que, causado o dano pela Administração Pública e não ocorridas as excludentes de responsabilidade, o Estado responde. No entanto, se esse dano foi causado por dolo ou culpa do agente político no exercício de suas funções, o Estado terá contra ele o direito de regresso, para reaver as despesas que teve com a indenização aos administrados.

É bem verdade que, em alguns casos, os agentes políticos devem desfrutar de maior liberdade de decisão, devendo, portanto, a responsabilidade deles ser aferida por padrões diferenciados daqueles que orientam a aferição da responsabilidade dos demais agentes públicos.

LOPES deixou explícito que:

O administrador está obrigado a se exercitar de forma que sejam atendidos os padrões normais de conduta que são considerados relevantes pela comunidade e que sustentam a própria existência social. Nesse contexto, o cumprimento da moralidade além de se constituir num dever de observância inafastável pelo administrador, apresenta-se como um direito subjetivo de cada administrado.³⁸

Ainda, o mesmo autor:

A autoridade administrativa não é uma força sem controle. Deve, ao agir, observar determinadas condições que não se assemelham ao seu modo pessoal de pensar, pois, em primeiro lugar, há de se considerar que a sua legitimidade decorre da escolha e do consentimento de um grupo social, a quem está obrigada a prestar contas e se submeter ao seu controle e aprovação final, além de, em segundo plano, fazer com que os reflexos dos seus atos se compatibilizem com os anseios dos vários segmentos da sociedade. Só assim o ato administrativo praticado terá efetiva autenticidade.³⁹

O saudoso professor MEIRELLES, com a propriedade que lhe era peculiar, apregoava que:

Realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e de opções políticas. Daí por que os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais, os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e de decisão, ante o temor de responsabilidade pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados.⁴⁰

A jurisprudência tem comungado com esse entendimento doutrinário conforme se depreende do seguinte excerto:

O só fato de o ato ser lesivo não acarreta ao prefeito a obrigação de indenizar. Necessário se torna, ainda, que, além de lesivo e contraditório a direito, resulte de conduta abusiva do prefeito no desempenho do cargo ou a pretexto de seu exercício. E [...] se o ato não se macula de má-fé, de corrupção, de culpa de maior monta, não deve acarretar a responsabilidade pessoal da autoridade.⁴¹

³⁷*Direito ambiental brasileiro*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora RT, 1991, p. 299

³⁸LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Ética e administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 14.

³⁹*Op. cit.*, p. 45.

Quando o agente político pode optar por uma decisão dentre as que lhe faculta a norma, ele está agindo politicamente. Entretanto, em muitas situações, o agente fica vinculado à norma jurídica; e, ao distanciar-se dela, ele assume uma responsabilidade pelo descumprimento do princípio constitucional da legalidade, consoante entendimento de BRITO:

O que define a responsabilidade não é a condição de agente político, ou de agente administrativo, mas a natureza da decisão adotada por um, ou pelo outro. Se a decisão é jurídica, vale dizer, se implica cumprir ou não cumprir uma norma, haverá sempre responsabilidade subjetiva do agente, seja ele agente político ou agente administrativo. Se a decisão é política, vale dizer, caracteriza apenas o exercício de uma opção política, a responsabilidade então resta mitigada, fazendo-se presente apenas nos casos em que exista desvio ou abuso de poder.⁴²

A Lei 8.429/92, regulamentadora da improbidade administrativa, estabelece, em seu art. 11, que:

Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente: [...]

A interpretação dada pela doutrina a esse dispositivo não é tão literal, exigindo para caracterização do ato de improbidade administrativa a culpa ou o dolo do agente. Sobre o assunto PIETRO deixou expresso que:

No caso da lei de improbidade, a presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública.⁴³

O que não se pode admitir é o agente político, fugindo aos anseios da população sob o fundamento de estar agindo politicamente, esquivar-se ao cumprimento de normas fundamentais do sistema jurídico, pois, assim, certamente poderá ser caracterizada a sua culpa, requisito necessário para a ação de regresso imposta pelo § 6º do art. 37 da CF contra aqueles que lesarem terceiros.

É bem verdade que seria um absurdo exigir que um município se responsabilizasse pelo pagamento de indenização pelos danos morais causados a toda a sua população, pois o ônus financeiro dessa indenização seria indiretamente da própria população lesada. Entretanto, havendo a possibilidade de ressarcir os cofres públicos por intermédio da ação de regresso proposta contra o agente causador do dano, nos casos de dolo ou de culpa, tal ônus seria suportado pelo agente público irresponsável, e não pela comunidade lesada. Ademais, ainda que esse ônus fosse da comunidade, não se pode perder de vista que os maiores beneficiados, com a condenação do Município, seriam os seus próprios munícipes e o meio ambiente, pois os recursos provenientes da indenização devem, na forma do art. 13 da Lei 7.437/85, ser vinculados à reconstituição dos bens lesados.

6 Conclusão

A obrigação de dar destinação adequada aos resíduos sólidos é, por força constitucional, dos municípios. Porém, a inércia dos administrados e administradores e, em alguns casos, a falta de recursos financeiros têm permitido a permanência da situação caótica dos lixões a céu aberto.

⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 74.

⁴¹ STF, RDA, 48/171; TJRS, RT, 143/198, 145/165 e 149/607 in *Direito municipal brasileiro*. 6. ed. 1993, p. 583/584.

⁴² MACHADO, Hugo de Brito. Responsabilidade pessoal do agente público por danos ao contribuinte. In *Artigos de estudos doutrinários*, 2002.

⁴³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 15. ed. Atlas, p. 689.

Em 1954, a Lei 2.312 já determinava que a destinação final do lixo deveria ser feita de maneira a não propiciar inconvenientes à saúde e ao bem-estar público, entretanto, em 2000, segundo os dados estatísticos divulgados pelo IBGE, aproximadamente 59,5% do lixo coletado diariamente no Brasil não recebia destinação adequada, sendo que a maioria dos municípios acumula esse lixo a céu aberto, formando o popular lixão, que é fonte de alimento e de renda de pessoas que vivem como bichos, em condições subumanas. Esses lixões oferecem condições propícias à proliferação de micro e macrovetores de doença, como ratos, baratas, moscas, fungos, bactérias. Não bastassem esses problemas, o lixão causa dano ambiental, seja através da liberação de gases, seja através do chorume gerado pela sua decomposição que contamina o solo, o ar e os recursos hídricos.

A indignação sofrida pela coletividade em decorrência do acondicionamento indevido dos resíduos sólidos urbanos recolhidos pelos municípios implica dano moral coletivo, que pode ser reparado com fulcro nos incisos V e X do art. 5º e no § 6º do art. 37 da Constituição Federal.

O Estado, a União, assim como os municípios vizinhos ou a comunidade prejudicada também podem reclamar indenização pelo dano moral difuso decorrente dos danos ambientais causados pelos municípios que não dão tratamento adequado ao lixo doméstico e industrial.

Se, por um lado, pode parecer antagônico condenar um município a indenizar os danos morais sofridos por todos os seus habitantes, pois são eles que indiretamente pagarão essa indenização, por outro, o meio ambiente agradecerá, visto que os recursos financeiros auferidos com a indenização deverão ser destinados ao Fundo de Interesses Difusos, criado na forma do art. 13 da Lei 7.347/85, e revertidos para reconstituição do dano causado. Ademais, o agente causador do dano deverá ressarcir os cofres públicos pelos danos causados, em caso de dolo ou culpa, conforme se infere do § 6º do art. 37 da Constituição Federal.

A indenização por danos materiais, morais coletivos, a condenação da Administração ao pagamento de multa diária, pela inadimplência no cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, impostas pelo Poder Judiciário, podem não ser suficientes para execução dos serviços e obras necessários à solução do problema do lixo.

É o cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal que poderá garantir à comunidade que queira participar da Administração Pública a execução de serviços e obras necessárias à destinação correta dos resíduos sólidos urbanos.

Ao Poder Judiciário é vedado apreciar o mérito do ato administrativo, mas não o é examiná-lo sob o prisma da legalidade. Havendo descumprimento a uma determinação judicial que determine a um município a implementação de uma política pública necessária à reparação de dano ambiental, o Estado poderá, na forma do inciso VI do art. 34 da Constituição Federal, nele intervir.

7 Referências bibliográficas

BALBO, Juliana Cristina. Responsabilidade civil do Estado por danos ambientais. *Revista da Esmesc – Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, Florianópolis, v. 8, ano 8, 2002.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: v. 12.

BOCK, Alexandre Francisco; CORRÊA, Josel Machado; LIMA, Paulo Antônio. A questão dos resíduos sólidos urbanos no direito brasileiro, sob o aspecto da Constituição Federal de 1988 e das demais leis em vigor até junho de 2001. Disponível no site: <http://www.cesub.br/revist/ed-2>.

BRASIL. *Constituição da República Federativa* 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL. IBGE. *Indicadores de desenvolvimento sustentável*: 2002.

DIAS, José de Aguiar. *A responsabilidade civil*. 5. ed. v. II, nº 240, 1973.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 15. ed. Atlas, p. 689.

FERRAZ, Sérgio. Responsabilidade civil por dano ecológico. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 49-50.

FLAKS, Milton. Instrumentos processuais de defesa coletiva. *Revista Forense*, nº 320, out./dez. 1992.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. rev. atual. e ampli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Ética e administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MACHADO, Hugo de Brito. Responsabilidade pessoal do agente público por danos ao contribuinte. *In Artigos de estudos doutrinários*, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 3. ed. rev. e ampli. São Paulo: Editora RT, 1991.

MARMIT, Arnaldo. *Dano moral*. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1999.

MAZEAUD, Henri. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*. 2. ed. Tomo I. Paris.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança - ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MILARÉ, Édis. *A ação civil pública em defesa do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. Dano moral contra a coletividade: ocorrências na ordem urbanística.

RAMOS, André de Carvalho. Ação civil pública e o dano moral coletivo. Artigo disponível no site: buscalegis.ccj.ufsc.br

SANTIN, Valter Foletto. A indenização dos danos morais por ferimento ao princípio constitucional da moralidade administrativa. Tese unân. do 12. Congresso Nacional do Ministério Público, Fortaleza, Ceará, 26-29/maio 1998.

TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho; JACOBI, Pedro. Consórcio de tratamento de resíduos sólidos. Artigo disponível no site: www.polis.org.br

ZENUN, Augusto. *Dano moral e sua reparação*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes
Belo Horizonte, 2004