

MANUAL DE DIREITO AMBIENTAL

Manual de Direito Ambiental é um inovador, produzido por investigadores, professores e jusambientalistas. Escrito em uma metodologia rígida, sistematizada, cooperativa, coletiva e solidária, com o objetivo auxiliar na difusão do Direito Ambiental e trazer ao leitor um portador de conhecimento avançado nesta matéria.

O conteúdo é desenvolvido com profundidade e ousadia, na medida em que são abordadas questões ambientais de forma crítica, sem deixar de ser, ao mesmo tempo, objetivo, simples e claro.

Atualizam-se nesse sentido inovador e ultrapassa os manuais tradicionais, abordando temas como interpretação do direito ambiental, complexidade, ética e epistemologia ambiental, patrimônio cultural, conservação de florestas, direitos dos animais, política nacional de mudança do clima e impactos ambientais, direitos humanos, espécies ameaçadas e refugiados ambientais.

José Rubens Morato Leite
COORDENADOR

MANUAL DE

COAUTORES

Carolina Medeiros Bahia
Ellen Oening Romero
Erika Pires Ramos
Fernanda de Salles Cavedon-Capdeville
Flávia França Dinnebier
Francisco Quintanilha Vêras Neto
Germana Parente Neiva Belchior
Giorgia Sena Martins
Helene Sivini Ferreira
José Rubens Morato Leite
Kamila Guimarães de Moraes
Larissa Verri Boratti
Leticia Albuquerque
Luciana Cardoso Pilati Polli
Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira Codonho
Melissa Ely Melo
Natália Jodas
Patrícia Kotzias
Patryck de Araujo Ayala
Paula Galbiatti Silveira
Paula Lavratti
Thais Emília de Sousa Viegas

Natália Jodas
Com muito carinho,
à Prof.^a Ana
maria de
Oliveira
Nusdeo.

DIREITO AMBIENTAL

2015

100 ANOS
Saraiva



Rua Henrique Schaumann, 270, Carqueia César — São Paulo — SP
CEP 05413-909
PABX: (11) 3613 3000
SAC: 0800 011 7875
De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
www.editorasaraiva.com.br/contato

Direção editorial Luiz Roberto Curia

Gerência editorial Thais de Camargo Rodrigues

Editoria de conteúdo Eveline Gonçalves Denardi

Assistência editorial Bruna Gimenez Boani

Coordenação geral Clarissa Boraschi Maria

Preparação de originais Maria Izabel Barreiros Bitencourt Bressan e
Ana Cristina Garcia (coords.)

Arte e diagramação Tarumã Editoração Gráfica

Revisão de provas Bernadete Rodrigues de Souza Maurício

Serviços editoriais Elaine Cristina da Silva

Kelli Priscila Pinto

Marilyn Cordeiro

Capa MSDE / MANU SANTOS Design Estratégico

Produção gráfica Marli Rampim

Impressão Intergraf Ind. Gráfica Eireli

Acabamento Intergraf Ind. Gráfica Eireli

ISBN 978-85-02-62250-0

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Manual de direito ambiental / coordenador José Rubens
Morato Leite. — São Paulo : Saraiva, 2015.

Vários coautores.

1. Direito ambiental - Brasil I. Leite, José Rubens Morato.

14-12699

CDU-34:502.7(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito ambiental 34:502.7(81)

Data de fechamento da edição: 21-1-2015

Dúvidas?

Acesse www.editorasaraiva.com.br/direito

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio
ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e
punido pelo artigo 184 do Código Penal.

139.497.001.001

Sumário

Apresentação.....	17
Lista de abreviaturas.....	23
1. Introdução ao Direito Ambiental.....	31
1.1. Epistemologia ambiental e complexidade: algumas premissas para o estudo do Direito	31
1.2. Conceito de meio ambiente	40
1.3. Características do bem ambiental.....	41
1.4. Crise ambiental e sociedade de risco.....	43
1.5. Estado de Direito Ambiental: uma complexa missão.....	45
1.6. Quadro esquemático.....	47
1.7. Sugestões de internet (<i>websites</i>).....	48
2. Direito e política constitucional ambiental	49
2.1. Considerações iniciais	49
2.2. Direito Constitucional Ambiental.....	50
2.2.1. O meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental.....	50
2.2.2. O meio ambiente ecologicamente equilibrado como dever fundamental.....	56

Princípios fundamentais do Direito Ambiental

3.1. Breve noção sobre princípios

Conforme salientado no segundo capítulo, pode-se considerar que os princípios são normas que externam uma aptidão diferenciada para vincular obrigações e comportamentos porque não têm condições de definir, abstratamente, suas consequências sobre o plano fático. Ao contrário das regras, os princípios enfatizam a dimensão da validade em detrimento da vigência. Alexy chega a afirmar, em síntese, que enquanto as regras *vigem*, os princípios *valem* (ALEXY, 1993, p. 102). Nesse contexto, a aplicação dos princípios expõe uma flexibilidade em relação aos resultados produzidos em cada caso concreto porque os valores ou o conteúdo protegido pela norma podem merecer maior ou menor consideração de seu aplicador, sem que qualquer deles deixe de ser considerado ou de merecer atenção.

O valor jurídico dos princípios adquire importância diferenciada para sua apreciação no espaço normativo do direito ambiental, inicialmente porque conservam elevado potencial de colisão com diversas

espécies de direitos fundamentais objetivamente protegidos e, em razão disso, tendem a sugerir uma *pretensa posição de valor de precedência absoluta* para a condição do ambiente ecologicamente sadio, como direito fundamental.

Partindo deste raciocínio, grande parte das abordagens principiológicas do Direito do Ambiente parece superestimar a conformação da ordem jurídica em face do valor e do objetivo fundamental que é ocupado pelo meio ambiente na experiência constitucional brasileira. A proposta apresentada neste capítulo procura atender a dois objetivos: o de fixação de uma função objetiva dos princípios, definida não mais em termos absolutos de precedência, mas em torno de suas condições e possibilidades de atuação nas *potenciais relações de colisão*.

Um outro objetivo é exposto como uma hipótese de trabalho. É necessário que qualquer abordagem principiológica sobre o direito ambiental seja desenvolvida diante de duas premissas: a) a de corrigir excessos de leituras ecocêntricas extremadas – que pretendem utilizar-se dos princípios para a construção de uma ótica de proibição absoluta de intervenções sobre o ambiente, sob os auspícios do discurso de sua proteção; e a de b) valorizar uma imagem de democracia ambiental que afasta autoritarismos ideológicos e sociais.

Uma abordagem principiológica não pode, portanto, propor qualquer relação de precedência absoluta entre quaisquer valores ou bens.

Esta é a pré-compreensão a partir da qual se procura problematizar o conteúdo e as hipóteses de aplicação de alguns dos princípios reputados *estruturantes* para a organização do Direito Ambiental selecionados para este capítulo, e que definem, em essência, um direito ambiental comprometido com todas as formas de vida, de conteúdo precaucional e de antecipação, ao mesmo tempo em que permanece aberto e receptivo às pretensões sociais de participação em *todos os processos de decisão política*.

3.2. Princípios estruturantes do Direito Ambiental

Os princípios estruturantes, segundo Canotilho (2002), possuem: “1) uma dimensão constitutiva, dado que os princípios, eles mesmos,

na sua fundamentalidade principal, exprimem, indicam, denotam ou constituem uma compreensão global da ordem constitucional; 2) uma dimensão declarativa, pois estes princípios assumem, muitas vezes, a natureza de superconceitos, de vocábulos designantes, utilizados para exprimir a soma de outros subprincípios e de concretizações de normas plasmadas”.

No sistema normativo brasileiro, os princípios de direito ambiental são encontrados, precipuamente, na Constituição da República, nos tratados e nos documentos internacionais, ratificados pelo Brasil, bem como na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81).

Nesta obra é enfatizada uma relação de treze princípios, pelo seu papel definidor dos objetivos e da identidade do direito ambiental brasileiro, sendo os seguintes: princípios da informação e da participação, princípio da precaução, princípio da prevenção, princípio da responsabilização, princípio do poluidor-pagador, princípio do usuário-pagador, princípio do protetor-recebedor, princípio da cooperação, princípio da função socioambiental da propriedade, princípio do mínimo existencial, princípio da equidade intergeracional e o princípio da proibição de retrocesso ambiental.

3.2.1. Os princípios da informação e da participação

Embora seja comum a distinção entre os princípios da informação e da participação, adota-se aqui a perspectiva apresentada pela Convenção de Aarhus, de 1998, que se convencionou denominar tripe de Aarhus, constituído pela conexão indissociável entre informação, participação pública e acesso à justiça em matéria ambiental (AYALA; MAZZUOLI, 2010). A referida convenção, embora inicialmente aberta à adesão e adotada por países europeus, encontra-se aberta à adesão por qualquer Estado que seja membro das Nações Unidas (artigo 19.3).

Embora ainda não seja aplicada ao Brasil (que não a subscreveu), ela pode ser considerada como um relevante ponto de partida para um diálogo transnormativo capaz de oferecer melhores condições de proteção pela associação indivisível entre informação ao público,

participação na tomada de decisões e acesso à justiça em matéria ambiental.

Sua importância reside no referido tripé, que propõe uma abordagem que foi ignorada, inclusive, pela Lei n. 10.650/2003, que dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos do SISNAMA, que trata de um direito de acesso à informação ao longo de diversas hipóteses relacionadas em seu art. 2º, mas não associa este direito à informação a um processo de decisão sob um ângulo funcional.

O tripé de Aarhus – baseado no trinômio informação, participação pública nos processos de decisão e acesso à justiça – constitui parte integrante de um Direito Internacional do Meio Ambiente contemporâneo, além de transpor os limites de consensos regionais sobre como o meio ambiente deve ser protegido pelos Estados.

Sendo essa a opção adotada, para além de um direito geral de acesso à informação (art. 5º, XIV, da Constituição) que é protegido por algumas garantias como o *habeas data* (art. 5º, LXXII, *a*, da CF/88), a informação ambiental é considerada sob um ângulo funcional por sua relevância na sua capacidade de influenciar escolhas em processos de tomada de decisões ambientalmente relevantes. Restringe o objeto de proteção da garantia ao direito de acesso e conhecimento a informações relativas ao próprio interessado e que constem de registros ou bancos de dados governamentais ou de caráter público.

Uma primeira manifestação dessa perspectiva está em um dever de informar que decorre dos princípios constitucionais da publicidade e da transparência (art. 37, *caput*) e que tem na obrigação de publicidade explícita pelo art. 225, § 1º, IV, sua principal manifestação na temática ambiental, por meio da apresentação dos resultados do EPIA, quando se fixou a obrigação de o exigir, na condição de dever do Estado.

Note-se que há uma distinção expressiva entre aquele direito geral de acesso à informação e o dever de disponibilizar informação por meio do EPIA e das audiências públicas, já que, no primeiro, o acesso é aos registros públicos, e, no segundo caso, o público tem o direito de

ter acesso inclusive a informações que, em princípio, não eram públicas, mas são consideradas de interesse público por sua influência na qualidade de vida das pessoas. A obrigação de publicidade aqui referida expõe ao controle social comportamentos públicos ou privados vinculando o próprio Estado e, principalmente, a liberdade das ações no plano da iniciativa econômica pelos particulares.

Tendo como referência a garantia geral de acesso à informação como direito, e a obrigação de publicidade das informações relevantes sobre riscos ambientais (e de expor ao controle social os comportamentos de risco de iniciativa dos particulares ou do próprio Estado), o direito à informação ambiental não pode pressupor apenas um direito de aceder à informação (dimensão passiva), mas também, e principalmente, um direito de ser informado.

Tem-se, portanto, que a informação ambiental não pode ser considerada simplesmente como o resultado de uma resposta à iniciativa do interessado (informação produzida quando requerida). A abordagem aqui proposta também prioriza um dever de produção de informação, que é dirigido aos Poderes Públicos e aos particulares, sendo relevante ressaltar que essa postura poderia ser justificada desde 1981, por meio da PNMA (art. 9º, XI)¹.

Um enfoque democrático sobre o conteúdo de um direito à informação prioriza uma ótica de *informar para melhor decidir*, na qual a informação é pressuposto para a formação de decisões, que passam a depender da cooperação entre diversos atores sociais.

Weiss chega a salientar que oportunizar condições para a participação pública e, sobretudo, *integral de todos* aqueles que tenham condições de intervir nos processos é uma das condições fundamentais para a proteção do ambiente (WEISS, 2000, p. 9).

Estabelecida a conexão entre a construção de um direito à informação e a necessidade de participação em processos de tomada de decisão, pode-se situar um *princípio da participação*, em primeiro lugar, da forma republicana de governo adotada pela República Federativa do Brasil, em que a titularidade do poder pertence ao povo (arts. 1º, parágrafo único, e 18 da CF/88). Da mesma forma, decorre do próprio

¹ Sobre o tema, *vide* Capítulo 6.

caput do art. 225 da Constituição Federal, na medida em que incumbe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

O ordenamento jurídico brasileiro também prevê expressamente a participação popular em audiências públicas (art. 43, II, da Lei n. 10.257/2001), na propositura de ações civis públicas (art. 5º, I e II, da Lei n. 7.347/85), na propositura de ação popular (art. 5º, LXXIII, da CF/88; art. 1º da Lei n. 4.717/65)², além da participação nos órgãos colegiados de deliberação em matéria ambiental como os conselhos de meio ambiente nos níveis federal, estadual e municipal, entre outros.

Se em uma primeira leitura sobre o princípio da participação seria possível admitir que as decisões em matéria ambiental não podem ser exclusivamente públicas, um aspecto importante que precisa ser destacado é o de que o princípio de participação também justifica um imperativo no que tange à obrigatoriedade que algumas decisões devam ser tomadas de forma colegiada.

Essa afirmação tem seu lugar na PNMA. É, neste momento, que se estabelece um marco mínimo de padrão regulatório que, tendo origem na iniciativa legislativa da União, não admite sua transformação flexível por meio da iniciativa dos demais entes da Federação (AYALA, 2014).

O modelo de colaboração social na formação das decisões, estruturado sob a forma de estruturas colegiadas, teria de ser o padrão condicionante de todas as decisões no âmbito de políticas públicas ambientais setoriais. Isso porque este parece ter sido o padrão mínimo resultante de uma escolha regulatória sobre tal aspecto, que competia exclusivamente à União, por meio da edição de uma Política Nacional do Meio Ambiente, no âmbito da qual foi assinalado que algumas decisões, diante de sua complexidade, ou diante de seus efeitos, precisariam ter a multiplicidade dos interesses em conflito avaliados previamente por um modelo de colegiado plural. Assim teria de ser (e o é) na Política Nacional de Recursos Hídricos (art. 34 da Lei n. 9.433/97), na Política Nacional de Educação Ambiental (arts. 14 e 15 da Lei n. 9.795/99), na recente Política Nacional de Resíduos Sólidos (art. 15, parágrafo único, da Lei n. 12.305/2010), mas não o é, v.g., na Política Nacional de Biossegurança (arts. 9º e 11 da Lei n. 11.105/2005).

2 Sobre as temáticas da ação civil pública e popular, vide Capítulo 22.

A Lei n. 9.985/2000, por seu turno, estabelece a consulta pública para criação de unidades de conservação, fortalecendo o sistema participativo. O Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), mecanismo de planejamento ambiental e urbanístico, prevê a necessidade da participação e da realização de audiências públicas na elaboração do plano diretor. A PNMA representa, sob o modelo de concorrência legislativa proposto pelo art. 24 da Constituição brasileira, um conjunto de escolhas e opções regulatórias sobre como proteger o meio ambiente, que propõe e deve propor o nível mínimo de prestações que devem ser exigidas das funções públicas.

No caso do EPIA, exigido para as atividades que causem significativo impacto ambiental, nos termos da Constituição Federal, a norma constitucional prevê um dever de atribuir publicidade aos estudos ambientais (art. 225, § 1º, IV), que será viabilizada por meio de audiências públicas, as quais serão obrigatórias e não meramente facultativas, conforme se encontra assinalado pela Resolução n. 9/87 do CONAMA.

Ademais, cumpre lembrar que mais recentemente a Lei n. 12.305, de 2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, elencou entre os princípios dessa política a *responsabilidade compartilhada*³. Com base neste princípio, torna-se necessária a participação dos mais diversos atores envolvidos no processo de geração de resíduos para que haja a destinação adequada, fazendo-se imperativa a conscientização dos consumidores acerca do tema.

Como ressalta Jasanoff, participação é um direito fundamental de cidadania democrática (JASANOFF, 2002, p. 368).

3.2.2. Princípio da cooperação

O princípio da cooperação, calcado nos efeitos transfronteiriços e planetários do dano ambiental, preleciona uma política solidária e de cooperação entre os Estados, no sentido de fornecimento de informações e de elaboração de tratados. Esse princípio decorre, também, da equidade intergeracional, vale dizer, da obrigação de garantir às gerações futuras o acesso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

3 Melhor esclarecendo o tema, vide Capítulo 16.

Abrange o direito de informação, de transparência e de responsabilidade compartilhada na gestão ambiental. Trata-se, portanto, da própria democracia ambiental.

No que se refere à vertente internacional do princípio da cooperação, o primeiro documento internacional que consagrou tal princípio foi firmado em 1972 em Estocolmo, na 1ª Conferência Internacional sobre o meio ambiente. Na Agenda 21, carta assinada durante a Rio-92, também está prevista a cooperação entre as nações. A Lei n. 9.605, de 1998, dedicou o capítulo VII também integralmente à cooperação internacional (MARCHESAN, STEIGLEDER, CAPELLI, 2013).

Além disso, o art. 4º, IX, da CF incluiu, como princípio das relações internacionais da República Federativa do Brasil, a “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”.

No que se refere à cooperação entre os entes da Federação, faz-se necessário lembrar que, com a edição da Lei Complementar n. 140, de 2011, instituem-se no Brasil normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativa à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora. Assim, alguns instrumentos previstos nessa norma podem ser utilizados para a cooperação entre os entes da Federação, nos termos do art. 4º, I a VI, da lei em comento, compreendendo os consórcios públicos; os convênios, acordos de cooperação técnica com órgãos e entidades públicas; a comissão tripartite nacional, estaduais e a bipartite do Distrito Federal; fundos públicos, privados e outros instrumentos econômicos; a delegação de atribuições entre entes federativos, além da delegação da execução de ações administrativas entre entes federativos⁴.

3.2.3. Princípios da precaução e da prevenção

Os princípios da precaução e da prevenção são aqueles que se antecipam à ocorrência do dano ambiental. Reforçam a regra de que as

4 Melhor esclarecendo o assunto, *vide* Capítulo 5.

agressões ao meio ambiente, uma vez consumadas, são, normalmente, de reparação incerta, difícil e custosa.

O primeiro princípio (precaução) determina que a incerteza científica não pode justificar a omissão pública ou privada na tomada de decisões sobre a proteção dos bens ambientais. Sendo assim, diante de ameaças ainda não confirmadas por meio de avaliação científica conclusiva sobre a periculosidade do produto, processo ou ação, ou sobre o nexo de causalidade entre a ameaça e possíveis resultados, devem ser adotadas medidas necessárias, suficientes e, no momento oportuno, que possam eliminá-las. Esse preceito recomenda um comportamento *in dubio pro ambiente*, que, entretanto, não supõe um juízo de precedência absoluta que desconstitua a proteção dos demais valores envolvidos em uma relação de colisão.

Entre os principais instrumentos internacionais, o princípio se encontra previsto no princípio 15 da Declaração da Rio-92. No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da precaução consta expressamente da Convenção sobre Mudança do Clima (art. 3º, item 3) e do art. 1º da Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/2005), além dos princípios e diretrizes para a implementação da política nacional da biodiversidade (art. 12.1.2 do Anexo I do Decreto n. 4.339/2002).

Conquanto não se tenha definição constitucional expressa que afirme a autonomia do princípio, é possível identificar manifestações de medidas específicas de conteúdo eminentemente precaucional que permitem reconhecer sua função normativa. As medidas estão associadas a um conjunto de obrigações imputadas às instituições (Poder Público), no sentido de assegurar a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, compreendendo:

- a) a obrigação de preservar a diversidade biológica e o patrimônio genético nacionais (art. 225, § 1º, II);
- b) a proibição do desenvolvimento de práticas e usos em espaços territoriais especialmente protegidos, que possam comprometer ainda que potencialmente, os atributos que justificaram sua proteção pelo Poder Público (art. 225, § 1º, III);
- c) a exigência de estudo de impacto ambiental como condição para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa capacidade de degradação ambiental, que deve ser, obrigatoriamente, prévio e público (art. 225, § 1º, IV); e

d) por fim, a obrigação de controlar a produção, o comércio e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que possam submeter a riscos, a vida e o meio ambiente (art. 225, § 1º, V).

O princípio da precaução é, portanto, um meio de combater prematuramente o perigo e a incerteza científica. Seu conteúdo pode ser assim sintetizado (LEITE, AYALA, 2004):

1) é pressuposto de todas as decisões políticas sobre gestão de riscos;

2) é importante instrumento de redistribuição do ônus da prova⁵;

3) deve considerar os seguintes princípios: proporcionalidade, não discriminação, coerência e balanceamento; e

4) deve ser considerado no momento da conduta e na responsabilização pela atividade.

Em face da inacessibilidade das informações que permitiram a avaliação e o julgamento da inocuidade do produto ou da atividade, o princípio apresenta como diretrizes de ação o incremento dos procedimentos de investigação e a proposição de medidas positivas ou negativas, objetivando não permitir que os efeitos inadmissíveis sejam produzidos, até que níveis suficientes de informação sobre todos os aspectos associados aos possíveis efeitos negativos possam justificar e fundamentar uma decisão em favor de sua liberação.

Entretanto, se apenas o nível mais elevado de informação adequada sobre todos os componentes associados aos possíveis efeitos negativos pode ser considerado como condição necessária para decisões autorizativas ou liberatórias, a imposição de restrições à atividade, substância, produto, técnica ou método (portanto, a implementação de medidas precaucionais) não depende de que sejam demonstrados os efeitos negativos em todos os aspectos relevantes.

A investigação (avaliação dos riscos) é pressuposto relevante para o procedimento de aplicação do princípio da precaução, mas a justificção de medidas precaucionais não pressupõe, como constatado, que a investigação tenha sido exaustiva e conclusiva no sentido de identificar, demonstrar e caracterizar todos os riscos e seus efeitos.

5 Sobre o tema da inversão do ônus probatório, vide Capítulo 22, item 22.1.10.

No caso concreto, tem-se que a aplicação do princípio não importa recomendar, necessariamente, que o produto deva ser automaticamente banido, porque sua segurança não foi provada, mas sim que as autoridades deverão ser mais rigorosas na avaliação dos possíveis riscos desse produto.

A fundamentação jurídica desse princípio baseia-se na insuficiência, na imprecisão e na inconclusão dos dados científicos da cognição do risco, e, ainda, na convicção do acentuado potencial de perigo (risco de risco).

Acerca do tema, convém destacar que o princípio da precaução inaugura um novo paradigma, uma vez que anteriormente o poluidor era quem se beneficiava da dúvida científica, doravante a dúvida trabalhará em benefício do meio ambiente (SADELEER, 2008). Trata-se do instituto da *inversão do ônus da prova* no que se refere à regulação dos riscos. Segundo Mirra, o princípio da precaução acarretou a inversão do ônus da prova na caracterização da lesão ao meio ambiente de maneira que se impõe ao degradador, diante de elementos confiáveis, mas passíveis de contestação científica a respeito da degradação, a comprovação cabal de que sua atividade não é ou não será degradadora da qualidade ambiental (MIRRA, 2000).

O princípio da prevenção, por seu turno, assegura a eliminação dos perigos cientificamente já comprovados, isto é, riscos *concretos* (LEITE, AYALA, 2004) e conhecidos pela ciência. O princípio da prevenção atua quando existe certeza científica quanto aos perigos e riscos ao meio ambiente, determinando obrigações de fazer ou de não fazer. Um exemplo da aplicação de tal princípio é o licenciamento ambiental e o estudo prévio de impacto ambiental. O estudo prévio de impacto ambiental, dada a sua importância, foi previsto constitucionalmente. De acordo com o inciso IV do parágrafo único do art. 225, incumbe ao Poder Público “exigir na forma de lei para instalação de obra ou atividade de significativo impacto ambiental estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”. Com esses instrumentos de gestão de riscos, os impactos negativos ambientais são identificados, mitigados e compensados depois da avaliação.

Ao tratar do tema, Sadeleer (2008) destaca que o principal uso do princípio da prevenção é assegurar autorizações que estabelecem con-

dições para o controle da Administração. Essas autorizações são crescentemente baseadas em conceitos como melhor tecnologia disponível, melhor prática ambiental, método limpo de produção ou melhor tecnologia disponível sem custos desnecessários. A vantagem de se obrigar o uso da melhor tecnologia disponível no lugar de políticas preventivas baseadas em padrões de descarga – os quais podem se tornar obsoletos em virtude dos avanços técnicos e científicos – é que, assim, exige-se um contínuo esforço por parte dos operadores industriais para reduzir os impactos ambientais nos seus métodos de produção (SADELEER, 2008).

As razões para a aplicação do princípio da prevenção são bem explicadas por Aragão. No entendimento da autora, o aforismo popular “mais vale prevenir do que remediar” é perfeitamente cabível quando o assunto é a proteção do ambiente, pois, conforme ensina: a) em muitos casos, depois de ocorrido o dano é impossível a reconstituição natural da situação anterior, exemplificando com a extinção de uma espécie; b) mesmo sendo possível a reconstituição *in natura*, frequentemente ela é de tal modo onerosa que acaba afetando com mais intensidade as gerações futuras; c) é economicamente mais dispendioso remediar do que prevenir, falando-se atualmente que a prevenção da poluição compensa (PPP – *pollution prevention pays*) (ARAGÃO, 2007).

Machado explica que a aplicação desse princípio requer doze etapas, uma vez que, nos dizeres do autor, “sem informação organizada e sem pesquisa não há prevenção”. As etapas a que se refere são: 1) identificação e inventário das espécies de um território, quanto à conservação da natureza; 2) identificação das fontes contaminantes das águas e do ar, quanto ao controle da poluição; 3) identificação e inventário dos ecossistemas, com a elaboração de um mapa ecológico; 4) planejamento ambiental e econômico integrados; 5) ordenamento territorial ambiental para a valorização das áreas de acordo com a sua aptidão; 6) estudo de impacto ambiental; 7) prestação de informações contínuas e completas; 8) emprego de novas tecnologias; 9) autorização ou licenciamento ambiental; 10) monitoramento; 11) inspeção e auditoria ambientais; 12) sanções administrativas ou judiciais (MACHADO, 2013).

Ainda no que se refere ao princípio da prevenção, convém destacar que o conceito de tolerabilidade é de fundamental importância. Segundo Sadeleer, a deterioração ecológica somente ocorre quando a capacidade de autorregeneração do ecossistema é saturada como um resultado de altas concentrações ou de acumulações muito rápidas de substâncias poluentes. Tanto é assim que o autor explica que a maior parte das instituições ambientais de direito utilizam-se de limites a fim de conciliar os fatores de produção que geram bem-estar econômico e social com a necessidade de garantir um meio ambiente saudável (SADELEER, 2008).

3.2.4. Princípio da responsabilização

O princípio da responsabilização, por seu turno, impõe ao poluidor o dever de reparar todas as manifestações de danos que não tenham sido alcançadas pelas funções de prevenção e de precaução. Permite que o poluidor seja obrigado juridicamente a responder por sua conduta lesiva. A responsabilização do poluidor funciona como um sistema de retaguarda, que atua quando o dano não pôde ser impedido. Também apresenta função precaucional e preventiva, pois a certeza da punição acaba inibindo novas condutas lesivas.

No ordenamento jurídico brasileiro, há um sistema múltiplo de responsabilização, já que o mesmo fato pode desencadear a responsabilização civil, penal e administrativa (art. 225, § 3º, da CF/88)⁶. A responsabilização civil visa, em último lugar, e de forma subsidiária, às funções preventiva e precaucional, à restauração do dano, e somente como *ultima ratio* se concebe a compensação financeira e econômica dos danos não restaurados (art. 4º, VII, da Lei n. 6.938/81 e art. 1º, I, da Lei n. 7.347/85).

A responsabilização criminal desencadeia a imposição de penas e tem o intuito de inibir ações humanas lesivas ao meio ambiente (Lei n. 9.605/98). Justifica-se em razão da relevância do bem ambiental. A sanção criminal é imputável à pessoa física e, até mesmo, à pessoa jurídica por meio da qual o crime ambiental tenha sido praticado.

⁶ Cada uma das responsabilizações – civil, administrativa e criminal – será abordada em capítulos específicos, respectivamente 18, 20 e 21 desta obra.

A responsabilização administrativa, por seu turno, importa na aplicação de sanções administrativas, que vão desde o embargo da obra ou da atividade, até a destruição da construção e a multa. Decorre da supremacia e da indisponibilidade do interesse coletivo.

Por fim, vale destacar que o art. 13 da Declaração da Rio-92 dispõe sobre a necessidade de elaboração de legislação relativa à responsabilidade civil pelos Estados-partes.

3.2.5. Princípio do poluidor-pagador

O *princípio do poluidor-pagador* (PPP) impõe a internalização, pelo próprio poluidor, dos custos necessários à diminuição, à eliminação ou à neutralização do dano realizado no processo produtivo ou na execução da atividade. Isso porque aquele que lucra com uma atividade é quem deve responder pelo risco ou pela desvantagem dela resultante. Tal princípio impede que ocorra a privatização dos lucros e a socialização dos prejuízos, procurando corrigir as externalidades negativas trazidas pela atividade poluidora. Assim, o poluidor deve internalizar os custos ambientais e reparar os danos causados de forma intolerável.

Conquanto encerre um conteúdo econômico ínsito em sua natureza, deve ser afastada a defeituosa tendência de se considerar o princípio do poluidor-pagador em relação de identidade com o *princípio da responsabilização* – e, assim, enfatizando sua dimensão repressiva e de índole reparatória e ressarcitória –, ou mesmo como uma espécie de autorização legal para o desenvolvimento de atividades poluentes, que pode ser sintetizada através de grosseira leitura que o reputa uma espécie de licença para poluir.

Santos, Figueiredo Dias e Aragão afirmam ser uma ideia "(...) fundamentalmente errada pensar que o PPP tem uma natureza curativa e não preventiva, uma vocação para intervir *a posteriori* e não *a priori*" (SANTOS, FIGUEIREDO DIAS, ARAGÃO, 1998, p. 51).

O seu conteúdo é essencialmente cautelar e preventivo, importando necessariamente na transferência dos custos e ônus geralmente suportados pela sociedade na forma de emissões de poluentes ou resíduos sólidos, para que seja suportado primeiro pelo poluidor. E os custos de que tratamos não objetivam originariamente a reparação e o ressarcimento monetário, através da fórmula indenizatória e compensatória

reproduzida pela legislação civilística, mas envolvem todos os custos relativos, principalmente, à implementação de medidas que objetivam evitar o dano, medidas de prevenção ou mitigação da possibilidade de danos, que devem ser suportadas primeiro pelo poluidor, em momento antecipado, prévio à possibilidade da ocorrência de qualquer dano ao ambiente, mediante procedimento econômico de largo uso na economia do ambiente, que consiste na internalização de todas as externalidades nos custos de produção da atividade pretensamente poluidora.

Podemos, então, considerar o princípio do poluidor-pagador através da ótica do *poluidor primeiro pagador*, importando em considerar que o poluidor é, antes de poluir, pagador. Pagador dos custos relativos às medidas preventivas e precaucionais, destinadas a evitar a produção do resultado proibido ou não pretendido, ou seja, é primeiro pagador, porque paga, não porque poluiu, mas paga justamente para que não polua.

De acordo com Marchesan, Steigleder e Capelli (2013), esse princípio deve estar relacionado ao da prevenção, de modo a impor ao poluidor o dever de integrar, de forma permanente, no seu processo produtivo, o valor econômico que consubstancia o conjunto dos custos ambientais. Assim, por exemplo, é a partir desse princípio que o poluidor deve investir em filtros em suas fábricas, evitando a emissão de poluição, bem como tratar os efluentes e se responsabilizar pelos resíduos gerados em decorrência dos seus processos produtivos.

É previsto no princípio 16 da Declaração do Rio de 1992. Ademais, a Lei que instituiu a Política Nacional dos Resíduos Sólidos, Lei n. 12.305/2010, incluiu entre os princípios dessa política o princípio do poluidor-pagador, nos termos do inciso II de seu art. 6º.

3.2.6. Princípio do usuário-pagador

O *princípio do usuário-pagador* exprime a ideia de que a utilização econômica do bem ambiental deve ser cobrada. Isso porque o uso econômico dos recursos ambientais transgride a sua finalidade essencial, que é a manutenção da vida no planeta. Nesse sentido, aquele que envasar água para a sua comercialização, por exemplo, deve pagar por esse uso anormal.

À medida que o bem ambiental passa a rarear, também deve ser tarifado o seu uso normal. É o caso do uso residencial de água, por exemplo.

O preço a ser cobrado pela utilização do bem ambiental deve embutir os custos para a sua renovação; além disso, deve refletir a sua escassez⁷.

Note-se que a figura do usuário-pagador pode ou não ser um poluidor.

Esse princípio foi contemplado pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81). Dispõe o seu art. 4º: “A Política Nacional do Meio Ambiente visará: (...) VII – à imposição, (...) ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”.

Com relação à água, especificamente, a Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei n. 9.433/97) impõe a cobrança pelo seu uso. Diz o art. 5º: “São instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos: (...) IV – a cobrança pelo uso de recursos hídricos”.

3.2.7. Princípio do protetor recebedor

Sabe-se que as normas ambientais de cunho excessivamente repressivo nem sempre garantem o efetivo cumprimento e respeito ao meio ambiente. Nesse sentido, a função protetiva do direito ambiental poderá surtir efeitos ativos e concretos se aliar incentivos comportamentais para aquelas ações socioambientais desejáveis (WALDMAN, ELIAS, 2013).

Ao discorrer sobre o assunto, Ribeiro ensina que o princípio do protetor-recebedor postula que aquele agente público ou privado que protege um bem natural em benefício da comunidade deve receber uma compensação financeira como incentivo pelo serviço de proteção ambiental prestado.

Aragão (2012), por sua vez, ao examinar o tema, registra que o princípio do protetor-recebedor baseia-se na ideia de que o mercado

7 Melhor esclarecendo o tema da cobrança pelo uso da água, *vide* Capítulo 15, item 15.3.3.3.

frequentemente não reflete todos os benefícios de certas atividades econômicas. Dessa maneira, segundo a autora, a internalização dos benefícios sociais é um imperativo de justiça e consiste na forma mais eficaz de incentivar as atividades que originam externalidades positivas, as quais, em suas palavras, consistem em “investimentos na proteção dos ecossistemas, que acarretam ganhos sociais e ambientais”. Da mesma forma, Nusdeo assinala que “aquele cujas práticas produzem externalidades positivas faz jus ao recebimento de uma remuneração como forma de internalizá-la” (NUSDEO, 2012, p. 137). Atualmente, utiliza-se o termo pagamento por serviços ambientais (PSA)⁸ para se referir ao aporte de incentivos e recursos de origem pública e/ou privada para aqueles que garantem a produção e a oferta do serviço e/ou produto obtido direta ou indiretamente da natureza (MILARÉ, 2013).

No Brasil, o Código Florestal, inclusive, estabelece a possibilidade de o Poder Público estabelecer pagamentos por serviços ambientais para aquelas atividades que conciliem a produtividade agropecuária e florestal, com redução dos impactos ambientais. Nesse sentido, dispõe o art. 41, I, do referido Código.

No ordenamento jurídico brasileiro, além dos já mencionados dispositivos que tratam do princípio do protetor-recebedor, deve-se registrar que há exemplo de modalidade do referido princípio em sua versão protetor-não pagador. Nesse sentido, traz-se a redução das alíquotas de Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), no âmbito dos Municípios, para os cidadãos que mantêm áreas verdes protegidas em suas propriedades. Aqui, ressalta-se o exemplo de Curitiba, que ofereceu tal incentivo para aquelas áreas que sejam cadastradas e reconhecidas pela prefeitura como áreas verdes privadas (RIBEIRO, 2012).

Mencione-se ainda a Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos, Lei n. 12.305/2010, que, em seu art. 6º, II, trouxe expressamente o princípio ora debatido. Em seu art. 44, I, é possível verificar a operacionalização desse princípio.

Quando se analisa o princípio do protetor-recebedor, observa-se que o Direito pode exercer uma função promocional daquelas condu-

8 Sobre a temática do PSA, *vide* Capítulo 7, item 7.3.2.

tas consideradas amigas do ambiente. Essa função reveste-se de grande importância, na medida em que a intervenção estatal baseada na regulação sancionatória clássica não vem sendo suficiente como mecanismo de proteção dos bens ambientais. Deve-se recordar, portanto, que o Direito não exerce tão somente a função tradicionalmente repressiva, mas também uma função promocional, em que o Estado assume o papel de encorajador (e premiador) ou desencorajador de condutas (BOBBIO, 2007).

3.2.8. Princípio da função socioambiental da propriedade

O princípio da função socioambiental da propriedade tem seu fundamento inicial no art. 5º, XXIII, da Constituição, além de ser princípio que condiciona a ordem econômica nacional (art. 170, III).

Por meio desse princípio, todo ato de apropriação sobre os bens na ordem econômica nacional deve ser capaz de atender, a um só tempo, três funções, uma econômica, uma social e uma ambiental. Desse modo, em uma economia de mercado que também é social e ecológica (art. 170, VI, da CF/88), o exercício de qualquer liberdade econômica precisa viabilizar a proteção de valores outros que não se encontram associados diretamente à apropriação econômica, sendo um deles a proteção do meio ambiente.

O sentido da proteção das liberdades econômicas na Constituição brasileira influencia o regime de apropriação sobre os bens naturais, sujeitando e condicionando o exercício dos poderes do proprietário sobre todos os espaços naturais a um regime geral e a regimes especiais com deveres agravados e reforçados (estes últimos se encontram associados aos espaços territoriais especialmente protegidos, os quais serão examinados no Capítulo 11 desta obra).

Ninguém poderá, sob o regime de apropriação definido pela ordem constitucional brasileira, e no contexto de seu modelo de ordem econômica, exercer livremente as liberdades econômicas sobre os recursos naturais, constituindo este excesso em abuso de direito, uso nocivo dos poderes do proprietário, e, em última análise, portanto, um ato ilícito, proibido pela ordem jurídica nacional. A particularidade dos efeitos deste ato ilícito reside no fato de que representa a apropriação

privada de benefícios e de propriedades que não pertencem ao proprietário, senão a toda a coletividade, que é a titular e beneficiária dos resultados do dever daquele primeiro, de atender a uma função ambiental do espaço. O proprietário que não seja capaz de permitir que as funções ecológicas dos espaços sejam protegidas e viabilizadas (o exemplo mais evidente neste momento é do dever de se manter a reserva legal nos imóveis rurais, e as áreas de preservação permanente nos imóveis rurais e urbanos), não conta com a proteção completa do direito de propriedade que pode ser conferida pela ordem jurídica nacional.

No que se refere à propriedade urbana, a Constituição estabelece, no § 1º do art. 182, que o *Plano Diretor será obrigatório em cidades com mais de 20.000 habitantes*. No § 2º do mesmo dispositivo determina que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Além desse mandamento constitucional, o Estatuto da Cidade determinou que o Plano Diretor é obrigatório, nos termos de seu art. 41, para as cidades: I – com mais de vinte mil habitantes; II – integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; III – onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da CF; IV – integrantes de áreas de especial interesse turístico; V – inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional; VI – incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos.

No que se refere à propriedade rural, a Constituição Federal em seu art. 186, I a IV, ainda determina que a função social é cumprida quando atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos requisitos: aproveitamento racional e adequado; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho; exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

No plano infranormativo o princípio também se encontra contemplado no art. 1.228, parágrafo único, do CC.

3.2.9. Princípio da solidariedade intergeracional

Os fundamentos normativos do princípio de solidariedade residem, primeiro, no art. 3º, I, da Constituição, por meio do qual é definido como um dos objetivos da República viabilizar as bases de um projeto de sociedade que seja baseado na solidariedade. O segundo fundamento vincula-se diretamente à tarefa estatal (e social) de proteção do meio ambiente como bem, como valor e como um direito fundamental que decorre de seu art. 225, e que se faz, também, no interesse das futuras gerações.

Desenvolvendo o significado do princípio, Weiss enfatiza que não se tem um princípio de equidade, mas princípios de equidade intergeracional, os quais somente podem ser obtidos mediante a reconsideração de nossos propósitos sobre a administração do planeta, que seria, em síntese, o de sustentar o bem-estar e a prosperidade de todas as gerações, e que ainda compreenderia mais três aspectos: a) sustentar os sistemas de suporte da vida do planeta; b) sustentar os processos ecológicos, condições ambientais e recursos culturais necessários para a sobrevivência da espécie humana; c) sustentar um ambiente humano saudável e decente (WEISS, 2000).

A orientação proposta pelo art. 225 parte da afirmação de que um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado também propõe como objetivo assegurar o desenvolvimento de uma vida digna, mas não define o conteúdo do próprio direito fundamental ao ambiente como um direito à qualidade de vida ou um direito à vida digna. Esta (qualidade de vida, ou vida digna) é considerada por ambas as fórmulas de proteção como um efeito que resulta da garantia do principal objetivo assegurado pela norma de direito fundamental, que é a proteção dos recursos naturais.

Sob esta perspectiva, tem-se, portanto, que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, definido pela ordem constitucional brasileira, tem por objetivo garantir a proteção subjetiva da liberdade de acesso à qualidade dos próprios recursos naturais, enfatizando-se que, por liberdade, deve-se considerar a possibilidade de usufruir de cada um dos recursos, que não pode ser obstruída por ações públicas ou privadas que comprometam aquela qualidade, por meio de ações lesivas ou de comportamentos potencialmente perigosos.

É sob essa perspectiva que se permite compreender um princípio de solidariedade entre as gerações ou de equidade intergeracional, por meio do qual a liberdade de acesso e de usufruto desses níveis de qualidade de vida é um compromisso sem limite temporal e que não se encontra sujeito a termos por meio de mandatos políticos.

Essa perspectiva reforça o elemento responsabilidade e permite que o princípio também seja apresentado como uma cláusula de responsabilidade de longa duração, por meio da qual se deve enfatizar a especial referência feita aos interesses das futuras gerações, os quais devem ser considerados pelas decisões públicas. Conforme assinala Schulze-Fieltz essa tarefa também vincularia o desenvolvimento de uma noção de economia orientada à conservação, impondo-se que não fosse superada pelo consumo a possibilidade de regeneração dos recursos renováveis, e um nível mínimo para os recursos não renováveis (SCHULZE-FIELTZ, 2001, p. 78).

Essa noção de proteção de um mínimo de qualidade ambiental se relaciona com princípios ecológicos fundamentais, e posiciona não apenas o Estado, senão todos os membros da sociedade, com o meio ambiente de hoje e de amanhã, colocando-o (Estado) e a todos como responsáveis perante as futuras gerações quanto aos novos perigos que se pode produzir com as decisões contemporâneas (HÄBERLE, 2001, p. 39).

Então seria possível compreender que decorrem desse princípio deveres de atuar de forma preventiva e de forma precaucional nas relações privadas de apropriação, nos processos públicos de decisão, além de sujeitar a ordem econômica a padrões e valores que priorizam a gestão racional e equilibrada dos recursos naturais renováveis e não renováveis.

Quando a norma constitucional fixa um imperativo (dever) de se manter, desenvolver e melhorar os níveis de qualidade dos recursos naturais no interesse das futuras gerações, ela exige, também, um compromisso coletivo (de todos os particulares e de cada uma das funções estatais) com um projeto bem definido de sociedade, e um projeto bem definido de futuro. Nesse projeto, as pessoas devem se responsabilizar pelos efeitos de suas decisões sobre todas as formas de vida, e devem se sentir responsáveis pelos efeitos que suas decisões têm (ou

podem ter) sobre a qualidade de vida no futuro, envolvendo a condição humana e todas as demais formas de vida.

3.2.10. Princípio do mínimo existencial ecológico

Ainda que seja discutível e de difícil determinação o grau de vinculação estatal ao atendimento de funções prestacionais no plano subjetivo – uma vez que a decisão sobre a forma de efetuar-la ainda é uma decisão preferencialmente estatal –, não se pode desconsiderar, ao menos, a admissão de um direito subjetivo básico oponível perante o Estado, direito que sujeita o Estado a uma imposição correlativa de conformar adequadamente a norma de direito fundamental.

Assim, se não é possível determinar de forma positiva e *prima facie* a que espécie de prestações o Estado está vinculado perante o direito fundamental de seus titulares, pode-se estabelecer uma determinação negativa a partir de um direito às prestações materiais que sejam suficientes para um mínimo de existência ecológica (mínimo existencial ecológico) ou de um mínimo vital.

Partindo de uma análise sobre a ordem constitucional alemã, Luther (1986, p. 2556) argumenta que a fundamentação de um mínimo ecológico de existência (ou mínimo existencial ecológico) far-se-ia em analogia ao reconhecimento de um mínimo social de existência.

Por meio dessa construção dogmática, Luther (1986, p. 2557) observa que seria possível propor uma leitura ecológica baseada em um conceito de dignidade humana – pelo qual o homem não poderia ser reduzido a um mero objeto do mundo técnico-industrial – e a partir dos direitos fundamentais à vida, ao livre desenvolvimento da personalidade e do princípio do Estado social.

Tomando-se como referências as funções defensiva e prestacional, é possível argumentar que a elaboração de um direito fundamental ao meio ambiente propõe, essencialmente, obter como efeito da norma preservar, proteger, ou garantir a obtenção do resultado dignidade de vida e do resultado qualidade de vida.

Desse modo, o resultado prático de um direito fundamental ao meio ambiente não poderia ser compreendido senão como resultado de uma composição de posições jurídicas e de realidades subjetiva e objetiva do direito fundamental, que tendem a orientar a concretização

de um mínimo de condições existenciais que permita garantir aquelas finalidades. De forma mais relevante, seria o resultado de uma postura de não eliminação de posições (defensivas) ou de criação das infra-estruturas necessárias e suficientes para sua existência (prestacional); uma existência que supõe uma realidade existencial de múltiplos conteúdos, agregando-se a eles uma variável ambiental.

Portanto, uma referência possível para desenvolver a noção de um mínimo de conteúdo ambiental (mínimo de existência ecológica) pode ser associada à suficiente qualidade de vida enquanto resultado de uma leitura de dignidade compreendida como a manifestação de diversas posições jurídicas basilares de um direito fundamental como um todo: funções defensiva e prestacional do direito fundamental ao meio ambiente, além de também ser o resultado de uma tarefa estatal.

O desenvolvimento dessa noção ainda tem sua relevância reforçada porque pode justificar a consideração de padrões de proteção ambiental mínima perante riscos existenciais que, a partir desse mínimo, poderiam ser considerados intoleráveis ou inaceitáveis (AYALA, 2011).

É o que, de certo modo, parece ser possível propor a partir da abordagem que vinculasse a determinação de um mínimo ecológico de existência a uma noção de espaço ecológico ou uma margem de tolerância ecológica, propostos por O’Riordan (1999, p. 285).

Um mínimo ecológico de existência tem que ver, portanto, com a proteção de uma zona existencial que deve ser mantida e reproduzida; mínimo que não se encontra sujeito a iniciativas revisoras próprias do exercício das prerrogativas democráticas conferidas à função legislativa. É neste ponto que a construção de uma noção de mínimo existencial (também para a dimensão ambiental) estabelece relações com um princípio de proibição de retrocesso, para admitir, também ali, uma dimensão ecológica que deve ser protegida e garantida contra iniciativas retrocessivas que possam, em alguma medida, representar ameaça a padrões ecológicos elementares de existência.

A proteção normativa da biodiversidade parte de uma premissa fundamental: a de mediar as leis da natureza (BOTKIN, 1989), sendo que a realidade é, em primeiro lugar, e antes de qualquer construção cultural ou sociológica, o conjunto de processos ecológicos que suportem a vida.

Se é possível compreender a definição de um mínimo ecológico de existência como relacionada a um dever de proteger todos aqueles processos, relações e bens que são indispensáveis para a existência de todas as formas de vida, a ordem constitucional brasileira é capaz de propor esse imperativo de forma mais direta, por meio do enunciado dos incisos I, II e VII do § 1º do art. 225. Por meio desses deveres, é tarefa estatal preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais, preservar a diversidade genética, além de assegurar a função ecológica da fauna e da flora.

3.2.11. Princípio da vedação do retrocesso ecológico

A construção de uma definição jurídica para um princípio de não retrocesso socioambiental no Direito brasileiro precisa partir de duas premissas importantes: a) proporcionar bem-estar por meio de prestações existenciais exige esforços progressivos, permanentes e ininterruptos do Estado; b) esses níveis de bem-estar nunca poderão ignorar ou desconsiderar padrões mínimos, porque estão vinculados a um imperativo de proteção coletiva dos direitos de tal natureza.

Por meio deles podem ser localizadas as fontes mais importantes para a fundamentação de um imperativo de não retorno nos níveis de proteção (do direito fundamental ao meio ambiente). Sua origem concentra-se no direito internacional dos direitos humanos que se vale de um assim denominado efeito cliquet (MAZZUOLI, 2013). Este efeito se encontra associado àquelas obrigações e compromissos definidos por meio de instrumentos convencionais (especialmente os oriundos de normas imperativas de direito internacional) pelos Estados, que, desse modo, comprometem-se a proteger as pessoas com recursos cada vez melhores e visando lhes garantir sempre, cada vez mais e melhor, proteção (RUIZ, 2012, p. 244).

Apenas para citar os instrumentos convencionais mais importantes, e sem o propósito de esgotar a enumeração destas fontes, situando-as com o objetivo meramente enunciativo e de contraste entre os sistemas global e regional, podem ser identificados dois de grande influência na interação com as experiências jurídicas nacionais: o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (United Nations, 1966), no âmbito global, e a Convenção Americana de

Direitos Humanos (OEA, 1969) e seu respectivo protocolo adicional (OEA, 1998), o qual define o direito ao meio ambiente como parte dos direitos protegidos pela convenção.

Nesses instrumentos, identifica-se um regime de proteção para direitos que favorecem o desenvolvimento pleno da vida, tentando assegurar o acesso àquele conjunto de prestações existenciais que pode trazer qualidade de vida a todos. O meio ambiente faz parte dessa perspectiva, ainda que sob um ângulo antropocêntrico, mas que não é utilitário, esclareça-se.

O pacto define em seu artigo 2.1 que todas partes comprometem-se a assegurar o pleno exercício dos direitos definidos no instrumento por meio do compromisso de adoção progressiva de medidas, e até o limite dos recursos que estejam disponíveis, sendo o texto semelhante àquele que viria ser esboçado no artigo 26 da Convenção Americana, em 1969.

Em reforço a essa abordagem definida pela convenção, o sistema regional também a reproduziu por meio do regime de proteção dos direitos econômicos, sociais, e culturais veiculado pelo Protocolo Adicional de San Salvador à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O protocolo assegurou, no texto dos artigos 1 e 11, o dever de progressividade na adoção das medidas destinadas a viabilizar a concretização de tais direitos, ao mesmo tempo em que reconheceu ser o direito ao meio ambiente um dos DESC, sujeitando-o ao mesmo regime de proteção dos demais direitos humanos definidos pelo instrumento convencional, além de ter fixado expressamente, em seu artigo 11.2, três obrigações que bem caracterizam a extensão dos efeitos de um princípio de não retrocesso, ou de não retorno: os deveres de proteção, de manutenção e de melhoria da qualidade dos recursos naturais.

Sob a composição dos três deveres, resultam nítidos os dois principais efeitos do regime de proteção dos direitos humanos que interessam à definição do conteúdo de um princípio de não retrocesso: a) uma cláusula de *status quo* nos níveis de proteção já atingidos (*standstill*); e b) uma cláusula de progressividade, de aperfeiçoamento e de melhoria daqueles níveis que já foram atingidos, a qual exige dos Estados-partes que deem passos concretos e efetivos de forma continuada e permanente, de acordo com sua capacidade financeira e econômica.

Esse regime de proteção encontra sua representação mais destacada em matéria ambiental no âmbito do conjunto de compromissos que foram fixados pela Convenção da Diversidade Biológica e pela Convenção de Ramsar. Ambas ostentam a condição de normas imperativas de direito internacional (cf. sobre o conceito: MAZZUOLI, 2013, p. 155-168) e exigem, entre outras obrigações, que o Estado brasileiro adote ações que também assegurem a conservação *in situ*, além do dever de elaborar e de manter legislação em vigor capaz de proteger esses espaços, os processos biológicos e as espécies ameaçadas (art. 8º, k, da Convenção sobre a Diversidade Biológica).

Se o direito ao meio ambiente é também um direito humano e se encontra sujeito ao regime e proteção dos DESC, estando todos os instrumentos convencionais referidos integrados à ordem jurídica brasileira em razão do que prescreve o art. 5º, § 2º, da Constituição brasileira, também seria, por outro lado, possível reconhecer, no âmbito da própria ordem constitucional, manifestações que favorecessem a consideração do princípio, *per se*?

Sendo estas as fontes do direito internacional dos direitos humanos capazes de justificar o princípio em matéria ambiental, cabe agora justificar sua aplicação por meio da ordem jurídica nacional brasileira. Como seria possível tratar, portanto, de um efeito de não retorno na ordem jurídica nacional? Deve-se considerar, antes de tudo, uma composição normativa baseada em um Estado aberto, e em uma ordem jurídica aberta à comunicação com outras experiências, que auxiliam e contribuem para o aperfeiçoamento e o desenvolvimento da ordem nacional. Pode-se tratar semelhante fenômeno por meio do uso de um diálogo de fontes (JAYME, 1998), ou por meio de uma experiência de transconstitucionalismo (NEVES, 2009), mas o que interessa é o reconhecimento de que a capacidade do Estado de proteger o meio ambiente, neste momento, depende e dependerá, cada vez mais, de sua capacidade de aprendizagem com estas experiências.

A ordem jurídica brasileira é uma ordem materialmente aberta e estabelece um diálogo permanente com as fontes, sendo possível que deste diálogo se obtenha um importante efeito sobre as decisões que são tomadas pelos parlamentos. Os tratados e convenções, sejam eles do sistema global ou regional, desenharam nitidamente um princípio de

progresso na proteção dos direitos do homem, e deste princípio de progresso decorre um imperativo de não retorno, e de não retrocesso.

As obrigações previstas no texto do artigo 2.1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; no artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; nos artigos 1, 12, e 12.1 do Protocolo Adicional de San Salvador propõem um rigidíssimo bloco de convencionalidade ambiental que não permitiria a desconstituição dos níveis de proteção que já foram atingidos.

Como se dá esta interação na experiência brasileira? O meio ambiente é um direito humano, vinculado ao regime de proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, reconhecido em dois instrumentos, no sistema global e regional, que já há algum tempo vigem e obrigam o Estado brasileiro. Constituem não apenas *jus cogens*, senão também norma imperativa na ordem nacional.

O que isso significa? A consideração de todos os instrumentos referidos e enumerados aperfeiçoa a capacidade de transformação que pode ter origem em nossa Constituição ambiental, e no art. 225. Este deve ser compreendido da seguinte forma: temos aqui um texto que define uma proteção de realidades existenciais que são indispensáveis para o desenvolvimento da vida, e condiciona decisões de longo prazo. Quais são esses bens? Os recursos naturais.

Se o sincretismo, o diálogo e a interação entre as fontes reforça o processo de aprendizagem constitucional no âmbito a experiência nacional, por outro lado, a própria Constituição brasileira também não se mostra tolerante com comportamentos que violem o efeito cliquet dos instrumentos convencionais. O texto nacional exige que o Estado e toda a comunidade política protejam os processos ecológicos essenciais e se abstenham de realizar escolhas que ameacem as funções ecológicas da flora e da fauna (art. 225, § 1º, I e VII). Em acréscimo, o texto também define que a proteção daqueles fundamentos naturais indispensáveis ao desenvolvimento da vida se dá no interesse das futuras gerações (art. 225, *caput*), e propõem cláusula muito específica destinada a proteger os espaços naturais especialmente relevantes, de quaisquer iniciativas legislativas que proponham sua extinção ou redução, se tais medidas puderem comprometer, sob qualquer grau de ameaça, os atributos que justificaram sua proteção (art. 225, § 1º, III).

Há nessas quatro tarefas um claro indicativo de que ninguém está, na república brasileira, autorizado, por meio de suas escolhas, a degradar as condições naturais que sejam essenciais ao desenvolvimento da vida. Da mesma forma, há um claro indicativo de que deve ser desenvolvida a proteção que já se pôde obter. Isso porque os compromissos do Estado e os efeitos de suas decisões não se destinam restritivamente à proteção da qualidade de vida da comunidade política existente, senão também a das futuras gerações.

Suas escolhas não podem, desse modo, atingir os limites que definiriam um mínimo existencial ecológico (art. 225, § 1º, I, e VII), ao mesmo tempo em que devem ser capazes de aperfeiçoar os níveis já atingidos no interesse das futuras gerações (art. 225, *caput*).

Suas escolhas também não podem propor a diminuição dos espaços territoriais especialmente protegidos se tais iniciativas puderem ameaçar, em algum nível, os atributos que foram protegidos pelo de criação (art. 225, § 1º, III).

Os dispositivos constitucionais referidos permitem, portanto, o reconhecimento de um imperativo de não retrocesso, independente de sua interação com a ordem jurídica convencional. Essa argumentação poderia ser sustentada por meio da definição de um mínimo existencial ecológico que não poderia ser desconstituído por iniciativa de decisões públicas ou privadas.

Em reforço a essa orientação, ao definir um princípio de equidade intergeracional, o art. 225, *caput*, propõe um sentido de progressividade para as tarefas estatais (e sociais) de proteção do meio ambiente que não admitem o retorno. Se faz parte do compromisso da República brasileira proteger o meio ambiente no interesse das futuras gerações, deve-se reconhecer que o imperativo de sua proteção impõe claramente aos poderes públicos e a toda a coletividade, um dever de não diminuir a qualidade dos recursos naturais, estando aqui o fundamento objetivo de um imperativo de não retorno nos níveis de proteção ambiental.

Um imperativo de não retorno que decorre do conjunto das normas constitucionais referidas constitui, ao mesmo tempo, limite e condição para as decisões parlamentares.

Debate interessante pode ser desenvolvido sobre o caráter absoluto ou relativo de um princípio de proibição de retrocesso socioambiental no Brasil. Embora sua construção no direito internacional dos direitos humanos proponha uma orientação que favorece sua relatividade (HACHEZ, 2012, p. 513-517), sua associação no Brasil a um núcleo de deveres conectados com o que se define como um mínimo existencial ecológico coloca grandes dificuldades de se admitir ponderação sobre o que é indispensável, ineliminável e condição para o desenvolvimento da vida como são, v. g., os processos essenciais. Nesse caso, se uma resposta segura no sentido do caráter absoluto desse imperativo pode não ser possível no Brasil, igualmente difícil seria sustentar a admissão do retorno por meio de compensações nos níveis de proteção perdidos, senão por meio de argumentos de elevada imperatividade, e desde que não afetassem em hipótese alguma, o núcleo do que se define como mínimo por meio dos direitos fundamentais.

3.3. Julgados

1. DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CANA-DE-AÇÚCAR. QUEIMADAS. ART. 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 4771/65. DANO AO MEIO AMBIENTE. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. QUEIMA DA PALHA DE CANA. EXISTÊNCIA DE REGRA EXPRESSA PROIBITIVA. EXCEÇÃO EXISTENTE SOMENTE PARA PRESERVAR PECULIARIDADES LOCAIS OU REGIONAIS RELACIONADAS À IDENTIDADE CULTURAL. INAPLICABILIDADE ÀS ATIVIDADES AGRÍCOLAS INDUSTRIAIS. 1. O princípio da precaução, consagrado formalmente pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento – Rio 92 (ratificada pelo Brasil), a ausência de certezas científicas não pode ser argumento utilizado para postergar a adoção de medidas eficazes para a proteção ambiental. Na dúvida, prevalece a defesa do meio ambiente. 2. A situação de tensão entre princípios deve ser resolvida pela ponderação, fundamentada e racional, entre os valores conflitantes. Em face dos princípios democráticos e da Separação dos Poderes, é o Poder Legislativo

quem possui a primazia no processo de ponderação, de modo que o Judiciário deve intervir apenas no caso de ausência ou desproporcionalidade da opção adotada pelo legislador. (...) Recurso especial provido (STJ, REsp 1285463/SP, 2ª Turma, rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 6-3-2012).

2. PEDIDO DE SUSPENSÃO DE MEDIDA LIMINAR. LICENCIAMENTO AMBIENTAL PARA INSTALAÇÃO DE ATERRO SANITÁRIO. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. LESÃO À ORDEM PÚBLICA. Demonstrado o grave risco ambiental decorrente da instalação de aterro sanitário em área de proteção ambiental, a decisão que determina o prosseguimento da obra tem potencial de causar grave lesão à ordem pública; em termos de meio ambiente, deve prevalecer o princípio da precaução. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg na SLS 1279/PR, Corte Especial, rel. Min. Ari Pargendler, *DJe* 6-5-2011).

3. PEDIDO DE SUSPENSÃO. MEIO AMBIENTE. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. Em matéria de meio ambiente vigora o princípio da precaução. Esse princípio deve ser observado pela Administração Pública, e também pelos empreendedores. A segurança dos investimentos constitui, também e principalmente, responsabilidade de quem os faz. À luz desse pressuposto, surpreende na espécie a circunstância de que empreendimento de tamanho vulto tenha sido iniciado, e continuado, sem que seus responsáveis tenham se munido da cautela de consultar o órgão federal incumbido de preservar o meio ambiente a respeito de sua viabilidade. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg na SLS 1564 / MA, Corte Especial, rel. Min. Ari Pargendler, *DJe* 6-6-2012).

4. PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E URBANÍSTICO. LOTEAMENTO CITY LAPA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. RESTRIÇÕES URBANÍSTICO-AMBIENTAIS CONVENCIONAIS ESTABELECIDAS PELO LOTEADOR. ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL EM FAVOR DE TERCEIRO, DE NATUREZA *PROPTER REM*. DESCUMPRIMENTO. PRÉDIO DE NOVE ANDARES, EM ÁREA ONDE SÓ SE ADMITEM RESIDÊNCIAS UNIFAMILIARES. PEDIDO DE DEMOLIÇÃO. VÍCIO DE LEGALIDADE E DE LEGITIMIDADE DO ALVARÁ. *IUS VARIANDI* ATRIBUÍDO AO MUNICÍPIO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA NÃO REGRESSÃO (OU DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO) URBANÍSTICO-AMBIENTAL. VIOLAÇÃO AO ART. 26, VII, DA LEI 6.766/79 (LEI LEHMANN), AO ART. 572

DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 (ART. 1.299 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002) E À LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. ART. 334, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VOTO-MÉRITO. (...) 10. O relaxamento, pela via legislativa, das restrições urbanístico-ambientais convencionais, permitido na esteira do *ius variandi* de que é titular o Poder Público, demanda, por ser absolutamente fora do comum, ampla e forte motivação lastreada em clamoroso interesse público, postura incompatível com a submissão do Administrador a necessidades casuísticas de momento, interesses especulativos ou vantagens comerciais dos agentes econômicos. 11. O exercício do *ius variandi*, para flexibilizar restrições urbanístico-ambientais contratuais, haverá de respeitar o ato jurídico perfeito e o licenciamento do empreendimento, pressuposto geral que, no Direito Urbanístico, como no Direito Ambiental, é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades. Por isso mesmo, submete-se ao princípio da não regressão (ou, por outra terminologia, princípio da proibição de retrocesso), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes. [...] 19. Recurso Especial não provido (STJ, REsp 302906/SP, 2ª Turma, rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 1º-12-2010).

5. PEDIDO DE SUSPENSÃO DE MEDIDA LIMINAR. LICENÇA AMBIENTAL. AUDIÊNCIAS PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. Em matéria de meio ambiente vigora o princípio da precaução que, em situação como a dos autos, recomenda a realização de audiências públicas com a participação da população local. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg na SLS 1552/BA, Corte Especial, rel. Min. Ari Pargendler, *DJe* 6-6-2012).

6. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 36 E SEUS §§ 1º, 2º E 3º DA LEI N. 9.985, DE 18 DE JULHO DE 2000. CONSTITUCIONALIDADE DA COMPENSAÇÃO DEVIDA PELA IMPLANTAÇÃO DE EMPREENDIMENTOS DE SIGNIFICATIVO IMPACTO AMBIENTAL. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO § 1º DO ART. 36. (...) 3. O art. 36 da Lei n. 9.985/2000 densifica o princípio usuário-pagador, este a significar um mecanismo de assunção partilhada da responsabilidade social pelos custos ambientais derivados da atividade econômica. (...) Ação parcialmente procedente (STF, ADI 3378/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Britto, *DJe* 19-6-2008).