

Ana Maria Moreira Marchesan

**O FATO CONSUMADO E O DEVER DE PRESERVAÇÃO DO
MEIO AMBIENTE COMO BEM FUNDAMENTAL: NOVOS
FUNDAMENTOS ECOJURÍDICOS PARA ANÁLISE DO FATO
CONSUMADO EM MATÉRIA AMBIENTAL**

Tese submetida à Universidade
Federal de Santa Catarina para a
obtenção do Grau de Doutora em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Rubens
Morato Leite

Florianópolis
2018

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária
da UFSC.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira

O fato consumado e o dever de preservação do meio ambiente como bem fundamental: novos fundamentos ecojurídicos para análise do fato consumado em matéria ambiental / Ana Maria Moreira Marchesan; orientador, José Rubens Morato Leite, 2018.

559 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2018.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Fato consumado. 3. Bem ambiental. 4. Direito adquirido. 5. Ecologia. I. Leite, José Rubens Morato. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Ana Maria Moreira Marchesan

**O FATO CONSUMADO E O DEVER DE PRESERVAÇÃO DO
MEIO AMBIENTE COMO BEM FUNDAMENTAL: NOVOS
FUNDAMENTOS ECOJURÍDICOS PARA ANÁLISE DO FATO
CONSUMADO EM MATÉRIA AMBIENTAL**

Esta Tese foi julgada adequada para obtenção do Título de Doutora em Direito e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Local, 19 de novembro de 2018.

Prof. Dr. Arno Dal Ri Júnior
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof. Dr. José Rubens Morato Leite
UFSC - Orientador

Prof. Dr. José Isaac Pilati
UFSC - Membro

Profa. Dra. Ana Maria de
Oliveira Nusdeo
USP - Membro

Prof. Dr. Antonio Herman de
Vasconcellos e Benjamin -
videoconferência
STJ - Membro

Profa. Dra. Carolina Medeiros
Bahia
UFSC - Membro

Ao motoqueiro anônimo que, em fração de segundos, tirou a minha vida e me devolveu logo depois. Aos meus amados familiares que pude reencontrar e com quem continuo privando de momentos inesquecíveis em meio aos percalços da riqueza de amar, discordar, educar, trabalhar e conviver.

AGRADECIMENTOS

Uma tese equivale a uma corrida de obstáculos. São anos dedicados à superação de cada um deles.

O interessante é que, embora o cumprimento das etapas esteja incumbido mais especificamente ao doutorando, sempre com o auxílio do orientador, inúmeras outras pessoas, algumas desconhecidas, acabam sendo convocadas a colaborar. E o fazem, graciosa e desinteressadamente, pelo simples prazer de acudir o desesperado pesquisador. Agradeço a todos os que me ajudaram. Dessa forma não corro o risco de deixar alguém de fora, tampouco menosprezar alguma bondade.

Nesta pesquisa foram muitos os colaboradores que merecem meu agradecimento. Começo pelo orientador, amigo e conselheiro, pessoa agregadora e entusiasta do Direito Ambiental, Prof. José Rubens Morato Leite. Sempre pronto para ouvir, responder e consolar.

Obrigada ao Prof. Nicholas Robinson, que me acolheu por trinta dias na Pace Law School e muito me auxiliou em diálogos e orientações de pesquisa.

Agradeço imensamente aos bibliotecários do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Vocês foram incríveis e me conseguiram livros e artigos decisivos na elaboração desta pesquisa!

Aos amigos e professores das bancas de qualificação e projeto, Ney Bello Barros Filho, Rogério Portanova, Carolina Medeiros Bahia, Cristiane Derani e Fernanda Cavedon Capdeville o meu agradecimento sincero pelas sugestões e críticas construtivas. Especial agradecimento ao Prof. Hermes Zanetti Júnior que, além de colega de Ministério Público, amigo de todas as horas, passou a ser meu professor de processo civil *on line*. Admiro vocês todos ! Obrigada amiga Norma Sueli Padilha que, com sua larga experiência acadêmica, abriu o meu caminho em vários pontos truncados da pesquisa.

Obrigada aos professores, a quem sequer conheço pessoalmente, Lucivaldo Vasconcelos Barros, Maria Coeli Simões Pires, Klaus Bosselmann, Paul Wolf, Brian Tamanaha, Mário Peña Chácon, os quais me enviaram textos sensacionais e definitivos para esta pesquisa.

Ao meu marido, parceiro solidário, ambientalista de primeira hora, dedico todo o meu amor e minha certeza de que sem o teu apoio essa pesquisa não teria sido realizada. Te amo e te admiro cada vez mais.

Aos meus filhos com quem tento diariamente me tornar uma pessoa melhor e a quem dedico a preocupação com um planeta mais saudável para as futuras gerações.

À minha mãe, a melhor pessoa que conheço, inspiração em termos de generosidade e gosto pelo conhecimento.

Ao Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul por ter me proporcionado frequentar as disciplinas em Florianópolis. Aos colegas e funcionários da Promotoria de Justiça de Defesa do Meio Ambiente de Porto Alegre o meu agradecimento pelo apoio e a minha promessa de dedicação ao trabalho, agora com mais conhecimento.

Agradeço de antemão aos futuros leitores. Quaisquer falhas – e serão muitas – podem atribuí-las exclusivamente à autora.

Por fim, a todos aqueles que, de forma direta ou indireta, auxiliaram nessa corrida para superação de obstáculos.

RESUMO

O objetivo central desta pesquisa diz respeito à resposta à seguinte pergunta: é possível, ou não, compatibilizar juridicamente a aplicação do argumento do fato consumado e o dever de preservação do meio ambiente como bem fundamental? Para responder a essa questão, realizou-se pesquisa bibliográfica e documental em doutrinas jurídicas, artigos especializados em ecologia, sociologia e economia e textos legais. Houve uma extensa pesquisa jurisprudencial, nas decisões de todas as cortes federais brasileiras, especialmente nas do Superior Tribunal de Justiça, além de terem sido recolhidas amostras de decisões de tribunais norte-americanos. Ao longo dos capítulos, foram trabalhados os seguintes objetivos específicos: (i) estabelecer e explorar as relações entre o meio ambiente e a economia e buscar compreender como a economia ecológica e a avaliação econômica dos serviços ecossistêmicos podem auxiliar no enfrentamento da crise ambiental no Antropoceno, mediante pesquisas em artigos científicos, filosóficos e sociológicos cotejados com a doutrina de Direito Ambiental e com a legislação ambiental brasileira; (ii) desvendar os mistérios dos quais se reveste a essência, o estatuto do bem ambiental como bem fundamental, aportando textos de doutrina nacional e internacional, legislação constitucional e infraconstitucional, além de artigos técnicos que permitiram explorar, além da dogmática jurídica, os aspectos da integridade ecológica, dos serviços ecológicos essenciais e da resiliência como propriedade do bem ambiental; (iii) apurar e detalhar os déficits do direito para salvaguardar o bem ambiental na sociedade de risco, buscando proposições para contribuir com o aprimoramento da tutela do bem ambiental nesse contexto desenhado por Ulrich Beck; (iv) desenvolver o percurso histórico pelo qual passou o fato consumado no Direito brasileiro em geral e sua migração para o Direito Ambiental bem como os principais argumentos com os quais se associou nessa sua trajetória; (v) pesquisar como vem sendo empregado o princípio da proporcionalidade aliado ao fato consumado nas decisões judiciais das cortes federais brasileiras; (vi) levantar e analisar outros argumentos que vêm sendo agregados ao fato consumado como razão de decidir, tais como a equidade e a teoria dos custos irrecuperáveis; (vii) buscar e analisar decisões em que o fato consumado é evitado com base nos princípios da precaução e prevenção. Considerando a forte ligação entre o *National Environmental Protection Act* (NEPA) e a Lei da Política

Nacional do Meio Ambiente (Lei n° 6.938/81), também foram recolhidas amostras de decisões de cortes norte-americanas em situações envolvendo o *fait accompli* no direito ambiental daquele país. Enfrentou-se ainda, por sua relação com a tese da inexistência do direito adquirido a poluir, o princípio da vedação de retrocesso em matéria ambiental. Pretende-se que este trabalho agregue um conjunto de novos argumentos ecojurídicos para rechaçar o fato consumado em matéria ambiental, contribuindo com o direito ambiental e com a hermenêutica das situações ilícitas consolidadas, potencializando os grandes avanços que a jurisprudência pátria vem apresentando sob a liderança do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: fato consumado, bem ambiental, jurisprudência, direito adquirido, ecologia e economia.

ABSTRACT

The main aim of this research concerns the answer to the question: Is it possible to legally harmonize the application of *fait accompli* with the duty to preserve the environment as a fundamental asset? In order to answer the question, bibliographical and documental studies were carried out on legal doctrines, articles about ecology, sociology and economy and legal texts. As well as samples of United States' court decisions, an extensive jurisprudential research was also made on the decisions of all Brazilian federal courts, especially those of the Superior Justice Court. Throughout each chapter the following specific objectives have been worked on: (i) through a comparison of scientific, philosophical and sociological articles with the doctrine of Environmental Law and the Brazilian Environmental legislation, establish and explore the relationship between the environment and the economy and seek to understand how the ecological economy and the economic evaluation of the ecosystem services can help when dealing with an environmental crisis in the Anthropocene; (ii) clarify the mystery in which the essence of the environment statute is enveloped as a fundamental asset, contributing with texts of national and international doctrine, constitutional and infra-constitutional legislation as well as technical articles which explore legal principles, aspects of ecological integrity, essential ecological services and resilience as a characteristic of the environmental asset; (iii) examine and detail the deficits of the right to safeguard the environmental asset in a risk society, seeking proposals to contribute to the improvement of environmental protection in this context outlined by Ulrich Beck; (iv) develop the historical trajectory and the main arguments with which it is associated, of *fait accompli* in Brazilian Law in general and its migration to Environmental Law; (v) study how the principle of proportionality has been utilized together with *fait accompli* in legal decisions in Brazilian Federal courts; (vi) raise and analyse additional questions regarding *fait accompli* as a reason for deciding, such as equity and the sunk costs theory; (vii) research and analyse decisions in which *fait accompli* is avoided based on principles of precaution and prevention. Considering the strong link between the National Environmental Protection Act (NEPA) and the National Environment Policy Law (Law no. 6.938/81), samples of United States court decisions in situations involving *fait accompli* in that country were also collected. Furthermore, because of its

connection with the thesis that the vested right to pollute does not exist, this study also deals with the principle of non-regression in environmental law. This work is intended to add a new set of eco-juridical arguments to reject *fait accompli* in environmental matters, contributing to environmental law and the hermeneutics of illicit consolidated situations, potentializing the great advances made by homeland jurisprudence under the leadership of the Superior Tribunal of Justice.

Key words: *fait accompli*, environment, jurisprudence, vested right, ecology and economy.

RÉSUMÉ

L'objectif central de cette recherche concerne la réponse à la question suivante: est-il possible ou non d'harmoniser juridiquement l'application du fait accompli et le devoir de préserver l'environnement comme un bien fondamental? Pour répondre à cette question, des recherches bibliographiques et documentaires ont été faites sur des doctrines juridiques, des articles spécialisés en écologie, sociologie, économie et des textes juridiques. De nombreuses recherches jurisprudentielles ont été effectuées dans les décisions de toutes les juridictions fédérales brésiliennes, en particulier celles de la Cour Supérieure de Justice, en plus d'avoir été échantillonnées dans des décisions de tribunaux américains. Au cours des chapitres, les objectifs spécifiques suivants ont été définis: (i) établir et explorer la relation entre l'environnement et l'économie et chercher à comprendre comment l'économie écologique et l'évaluation économique des services écosystémiques peuvent aider à faire face à la crise environnementale dans l'anthropocène, par le biais de recherches scientifiques, philosophiques et sociologiques, par rapport à la doctrine du droit de l'environnement et à la législation environnementale brésilienne; (ii) résoudre les mystères de l'essence, le statut du bien environnemental en tant qu'atout fondamental, textes contribuant à la doctrine nationale et internationale, législations constitutionnelle et infraconstitutionnelle, ainsi que des articles techniques permettant d'explorer, outre le dogme juridique, des aspects intégrité écologique, services écologiques essentiels et résilience en tant que propriété du bien environnemental; (iii) étudier et détailler les déficits du droit pour préserver le bien environnemental dans la société du risque, en recherchant des propositions pour contribuer à l'amélioration de la protection du bien environnemental dans ce contexte conçu par Ulrich Beck; (iv) développer le parcours historique à travers lequel le fait accompli du droit brésilien en général et sa migration vers le droit de l'environnement sont passés, ainsi que les principaux arguments auxquels il a été associé dans cette trajectoire; (v) examiner comment le principe de proportionnalité a été utilisé, bien comme le fait qui a été consommé dans les décisions judiciaires des tribunaux fédéraux brésiliens; (vi) soulever et analyser d'autres arguments qui ont été ajoutés au fait accompli comme motif de décision, tels que l'équité et la théorie du coût irrécouvrable; (vii) rechercher et analyser les décisions qui évitent un

fait accompli sur la base des principes de précaution et de prévention. Compte tenu du lien étroit qui existe entre la loi sur la protection de l'environnement et la loi sur la protection de l'environnement (Loi n ° 6.938/81), des échantillons de décisions de tribunaux américains ont également été prélevés dans des situations de fait accompli en droit environnement. En raison de son lien avec la thèse de l'inexistence du droit acquis de polluer, il a également été confronté au principe de la protection de l'environnement. L'objectif de ce travail est d'ajouter un ensemble de nouveaux arguments éco-juridiques visant à rejeter le fait accompli en matière d'environnement, en contribuant au droit de l'environnement et à l'herméneutique des situations illicites consolidées, potentialisant ainsi les grandes avancées présentées par la jurisprudence du pays sous la direction de la Cour Supérieure de Justice.

Mots-clés: fait accompli, bien environnemental, jurisprudence, droit acquis, écologie et économie.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Gráficos que ilustram a crise Planetária	69
Figura 2- Quadro de Decisões do STJ abordando o tema dos Processos Ecológicos Essenciais.....	153
Figura 3 - Quadro Como Tutelar o Bem Ambiental com Base em Princípios EcoJurídicos.....	248
Figura 4 - Quadro Falsos positivos	267
Figura 5 - Quadro Tribunais de Origem das decisões prolatadas pelo STJ.....	268
Figura 6 - Quadro de Decisões do STJ “fato consumado” e “meio ambiente”	271
Figura 7 - Gráfico Incidência de Decisões no STJ por Estado.....	273
Figura 8 - Quadro de Decisões Cortes Federais Ordinárias	278
Figura 9 - Quadro de Decisões das Cortes Federais envolvendo direito adquirido a poluir e fato consumado.....	312
Figura 10 - Quadro do Fato Consumado aliado à proporcionalidade nos tribunais federais.....	382
Figura 11 - Gráfico da Jurisprudência sobre fato consumado e proporcionalidade.....	383
Figura 12 - Quadro do Custo de restauração de vegetação – bioma Mata Atlântica	395
Figura 13 - Quadro de Decisões de Cortes Federais Relativas a Questões Ambientais decididas com Base em Equidade.....	448
Figura 14 - Quadro da Compreensão visual das conclusões da tese	469

LISTA DE ABREVIATURAS

AC - Apelação Cível
ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
AIDARESP - Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial
AIEDRESP - Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial
AINTARESP – Agravo Interno no Recurso Especial
AG - Agravo de Instrumento
AGA – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
AGARESP – Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial
AGINT – Agravo Interno
AGRG - Agravo Regimental
AIRESPP – Agravo de Instrumento no Recurso Especial
APA – Área de Proteção Ambiental
APELREEX – Apelação e Reexame Necessário
ARESP – Agravo em Recurso Especial
AI - Arguição de Inconstitucionalidade
ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica
AOC – Administrative Order on Consent
AR - Ação Rescisória
CC - Código Civil
COPAM – Conselho Estadual de Política Ambiental de MG
AEM - Avaliação Ecológica do Milênio
APA – Área de Proteção Ambiental
APPs – Áreas de Preservação Permanente
CAR - Cadastro Ambiental Rural
CBA – Análise Custo-benefício
CC – Código Civil
CDB - Convenção da Diversidade Biológica
CF – Constituição Federal
CFC - Clorofluorcarboneto
CJF – Conselho da Justiça Federal
CORSAN – Companhia Riograndense de Saneamento
CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente
COP – Conferência das Partes

CORPS - Corpo de Engenheiros do Exército
CPC – Código de Processo Civil
DNIT - Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes
DOT - Departamento de Transportes
EIA – Estudo de Impacto Ambiental
EIA/RIMA – Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental
EAC Embargos Infringentes em Apelação Cível
EAR Embargos Infringentes em Ação Rescisória
EAgr Embargos de Divergência no Agravo
EC Emenda Constitucional
EIAC – Embargos Infringentes em Apelação Cível
EDcl - Embargos de Declaração
EIR - Environmental Impact Report
EREsp - Embargos de Divergência em Recurso Especial
ERMS - Embargos Infringentes no Recurso em Mandado de Segurança
ESA - Endangered Species Act
ETEP – Espaço Territorial Especialmente Protegido
ExecMC - Execução em Medida Cautelar
EPA – Environmental Protection Agency
FAO - Food and Agriculture Organization of the United Nations
FATMA – Fundação do Meio Ambiente de SC
FEPAM – Fundação Estadual de Proteção Ambiental do RS
FERC - Federal Energy Regulatory Commission
FWS - Fish and Wildlife Service
FWPCA -Federal Water Pollution Control Act Amendments
GBO – Global Biodiversity Outlook
IAIA - International Association for Impact Assessment
IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente
ICS – International Commission on Stratigraphy
IMASUL – Instituto de Meio Ambiente do Mato Grosso do Sul
IUCN – International Union for Conservation of Nature
IN – Instrução Normativa
IPUF – Instituto de Planejamento Urbano de Florianópolis
LI – Licença de Instalação
LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
LP – Licença Prévia
LO – Licença de Operação
MMA – Ministério do Meio Ambiente

NBR – Norma Brasileira aprovada pela ABNT
NCPC – Novo Código de Processo Civil
NEA - National Ecosystem Assessment
NEPA - National Environmental Protection Act
NFMA - National Forest Management Act
OMB – Office of Management and Budget
ONGs – Organizações Não Governamentais
ONU – Organização das Nações Unidas
PAC – Programa de Aceleração do Crescimento
PCBs – Bifenilas Policloradas
PET – Petição
PIB – Produto Interno Bruto
PNUMA – Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente
PRAD – Projeto de Remediação de Área Degradada
PSA - Pagamento por Serviços Ambientais
RE – Recurso Extraordinário
REO – Remessa Ex Officio
REsp – Recurso Especial
RIMA – Relatório de Impacto Ambiental
RL - Reserva Legal
RMI - Recurso em Mandado de Injunção
RMS - Recurso em Mandado de Segurança
RO - Recurso Ordinário
RPPN - Reserva Particular do Patrimônio Natural
SES - Sistemas Socioecológicos
SL – Suspensão de Liminar
SNUC – Sistema Nacional de Unidades de Conservação
SS – Suspensão de Segurança
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ - Superior Tribunal de Justiça
SUPRAM - Superintendência Regional de Meio Ambiente
TAC – Termo de Ajustamento de Conduta
TCU – Tribunal de Contas da União
TEEB - The Economics of Ecosystems and Biodiversity
TFR – Tribunal Federal de Recursos
TVA - Tennessee Valley Authority
TRF – Tribunal Regional Federal
TJ- Tribunal de Justiça
UAO – Unilateral Administrative Order

UC – Unidade de Conservação

ZAC - Zone d'aménagement concerté

WGA – Working Group on Anthropocene

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	25
1 O MEIO AMBIENTE E SUAS RELAÇÕES COM A ECONOMIA – O AGRAVAMENTO DA CRISE AMBIENTAL EM FACE DA HIPERTROFIA DO CRESCIMENTO ECONÔMICO	41
1.1 A ORIGEM COMUM ENTRE ECOLOGIA E ECONOMIA	42
1.1.1 As concepções econômicas no Antropoceno e o meio ambiente	47
1.1.2 Da economia clássica à neoclássica	57
1.1.3 A economia ecológica, o estado estacionário e o decrescimento	70
1.1.4 A avaliação econômica dos serviços ecossistêmicos como proposta transversal para um diálogo entre a ecologia e a economia através do direito	81
1.2 RESUMO DO CAPÍTULO	104
2 O ESTATUTO DO BEM AMBIENTAL	107
2.1 O MEIO AMBIENTE COMO BEM FUNDAMENTAL – O GARANTISMO AMBIENTAL DE FERRAJOLI	108
2.2 O BEM AMBIENTAL COMO PRODUTOR DE FUNÇÕES E PRESTADOR DE SERVIÇOS ECOSISTÊMICOS	130
2.2.1 A integridade ecológica, os processos ecológicos essenciais e sua proteção constitucional	131
2.2.1.1 Os processos ecológicos essenciais na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça	139
2.3 A RESILIÊNCIA COMO PROPRIEDADE INDECLINÁVEL DO BEM AMBIENTAL	154
2.3.1 O lado perverso da resiliência	170
2.4 RESUMO DO CAPÍTULO	173
3 DÉFICITS DO DIREITO PARA SALVAGUARDAR O BEM AMBIENTAL NA SOCIEDADE DE RISCO	177
3.1 A IRRESPONSABILIDADE ORGANIZADA COMO FENÔMENO ASSOCIADO AO MODELO SOCIETAL DA SOCIEDADE DE RISCO	179
3.2 A FRAGMENTAÇÃO LEGISLATIVA E DE GOVERNANÇA E A ABORDAGEM ECOSISTÊMICA	198
3.3 A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E JUDICIAL – EM BUSCA DE UMA REGRA DE OURO	211

3.4 A DESCONSIDERAÇÃO DA RESILIÊNCIA COMO PROPRIEDADE ESSENCIAL DO BEM AMBIENTAL.....	238
3.5 RESUMO DO CAPÍTULO	245
4 O FATO CONSUMADO COMO RAZÃO DE DECIDIR. O DIREITO E O TEMPO.....	249
4.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO FATO CONSUMADO NO DIREITO BRASILEIRO: IRRADIAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO PARA OS DOMÍNIOS DO DIREITO AMBIENTAL.....	254
4.2 A JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES FEDERAIS A RESPEITO DO FATO CONSUMADO E A SÚMULA 613 DO STJ.....	264
4.3 A CAPTURA DO JUDICIÁRIO PELO FATO CONSUMADO .	279
4.4 O FATO CONSUMADO COMO DIREITO ADQUIRIDO	285
4.4.1 Direito adquirido e o princípio da segurança jurídica.....	300
4.4.2 O direito adquirido e a patrimonialidade	304
4.4.3 O direito adquirido frente ao bem ambiental.....	308
4.4.4 Fato consumado, direito adquirido e o bem ambiental nas Cortes Federais brasileiras.....	311
4.5 A MULTIFUNCIONALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, O DIREITO ADQUIRIDO, O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DE RETROCESSO E O FATO CONSUMADO	317
4.5.1 Vedação de retrocesso e sua base constitucional.....	320
4.5.1.1 Vedação de retrocesso e desenvolvimento sustentável ou ecodesenvolvimento.....	321
4.5.1.2 Vedação de retrocesso e o progresso da humanidade.....	331
4.5.1.3 Vedação de retrocesso e a textura aberta da Constituição.....	333
4.5.1.4 Vedação de retrocesso e a previsão de Cláusulas Pétreas	337
4.5.2 A intangibilidade do status quo relacionado a bens fundamentais	348
4.6 RESUMO DO CAPÍTULO	357
5 PROPORCIONALIDADE E HERMENÊUTICA DO FATO CONSUMADO: ENTRE A APROPRIAÇÃO PELO DISCURSO DO CRESCIMENTO ECONÔMICO E A LÓGICA PREVENTIVA	361
5.1 O FATO CONSUMADO E A PROPORCIONALIDADE. DA BANALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE À APLICAÇÃO COM RIGOR TÉCNICO-JURÍDICO.....	370
5.1.2 A proporcionalidade aliada ao fato consumado na Jurisprudência Federal.....	380

5.2 O ARGUMENTO ECONÔMICO PREVALECENDO SOBRE A TUTELA DO MEIO AMBIENTE – O FATO CONSUMADO TRAVESTIDO.....	406
5.2.1 A teoria dos custos irrecuperáveis do direito norte-americano e sua imbricação com o fato consumado	409
5.3 A APLICAÇÃO DA EQUIDADE PARA JUSTIFICAR O FATO CONSUMADO	435
5.4 O FATO CONSUMADO PARA EVITAR UM GRAVAME AMBIENTAL – PREVENÇÃO LEVADA A SÉRIO.....	451
5.4.1 Evitando o fato consumado no Brasil.....	453
5.4.2 Evitando o fato consumado nos EUA	460
5.5 RESUMO DO CAPÍTULO.....	464
CONCLUSÃO	471
REFERÊNCIAS.....	479
JURISPRUDÊNCIA	522
APÊNDICE A – QUADRO DE DECISÕES DO STJ “FATO CONSUMADO” E “MEIO AMBIENTE” OBTIDAS NO BUSCADOR DO CJF EM 26 DE MAIO DE 2018.....	545
APÊNDICE B – A ECONOMIA DOS ECOSISTEMAS E DA BIODIVERSIDADE - TEEB.....	557

INTRODUÇÃO

Diz o dito popular que “o tempo é o senhor da razão”. Quando se está diante de algum problema pessoal, não raro os amigos dizem “dê tempo ao tempo”.

Nada como o amadurecimento para habilitar decisões mais adequadas em nossas vidas.

Esse lado sanitizante do tempo é totalmente nefasto em relação às ações deletérias ao meio ambiente. Quanto maior o tempo decorrido entre a ação lesiva e a omissão em restaurá-la, maiores as consequências nocivas advindas. Quanto mais demora o juiz para analisar uma liminar que vise a obstar uma atividade lesiva ao bem ambiental, maiores as possíveis consequências desse não agir para o meio ambiente, para a coletividade e, inclusive, para o próprio empreendedor. Esse aspecto reflexivo das agressões ambientais tem de ser sopesado e introjetado pelo potencial responsável pela ação danosa. Ele é a um só tempo autor e vítima da lesão. Já se tem motivos de sobra para compreender que o homem não mais pode ser considerado como o dono da natureza, seu imperador inescrupuloso. É parte dela ao mesmo tempo em que é seu guardião e gestor fiduciário.

Isso impõe que o Direito, especialmente o Direito Ambiental, relacione-se de uma forma bastante cautelosa com o tempo e com seu lado perverso. Acelerar o tempo pode ser importante para arredar lesão ao bem ambiental. Desacelerar a economia também. O tempo irá permear toda essa pesquisa pois ele está no coração do fato consumado.

A presente investigação tem a ver com essa complexa relação entre o tempo, o Direito e o bem ambiental.

De onde nós viemos? O que nós somos? Onde estamos indo?¹ Essas três perguntas estampadas na famosa pintura de Paul Gauguin exposta no *Museum of Fine Arts*, Boston, relacionam-se às aporias do tempo e denotam a inter-relação entre passado, presente e futuro. Esse entrelaçamento também tatua a questão cujo enfrentamento permeia esta pesquisa: o fato consumado em matéria ambiental.

A importância do tema decorre do avanço do fato consumado para os domínios do Direito Ambiental. Mesmo com a edição da Súmula 613 do STJ, o que ocorreu no desenrolar da pesquisa, continua e

¹ Escritas no canto esquerdo da imensa tela em francês: *D'où Venons Nous / Que Sommes Nous / Où Allons Nous*.

até cresce em relevância a ideia de estabelecer critérios claros para recusar (ou não) o fato consumado em matéria ambiental. Ademais, foram identificadas diversas decisões que, mesmo não empregando essa expressão diretamente nas respectivas motivações, na prática o aceitam de forma camuflada.

A pergunta condutora da pesquisa diz respeito à possibilidade, ou não, de compatibilizar juridicamente a aplicação do argumento do “fato consumado” e o dever de preservação do meio ambiente como bem fundamental.

Duas hipóteses passaram a conduzir o trabalho: a) as diversas decisões judiciais que historicamente chancelaram ilícitos ambientais, sob o argumento do fato consumado, desenvolvem uma argumentação baseada em uma racionalidade pragmática, desenvolvimentista, política, sem fundamentação na inteireza do ordenamento jurídico ambiental vigente, o qual nos permite qualificar o meio ambiente como bem fundamental; b) a utilização do argumento do fato consumado, ao não levar em conta a preservação dos processos ecológicos essenciais, os quais se caracterizam por serem os processos vitais que tornam possíveis as inter-relações entre os seres vivos e o meio ambiente e desconsiderar uma abordagem ecossistêmica e o princípio da resiliência, configura exemplo de irresponsabilidade organizada, uma das características essenciais da sociedade de risco descrita por Ulrich Beck.

O objetivo central dessa investigação é constatar se o argumento do fato consumado, presente em decisões de todas as cortes do Brasil é juridicamente compatível com o dever de preservação do meio ambiente como bem fundamental.

Para atingir esse objetivo principal, outros objetivos específicos foram a ele associados, redundando cada um nos cinco capítulos que analisaram o meio ambiente e suas relações com a economia, o estatuto do bem ambiental, os déficits do direito para salvaguardar o bem ambiental na sociedade de risco, o fato consumado como razão de decidir e os argumentos a ele associados, a preponderância do viés econômico em relação ao ambiental e, por fim, a incidência de precaução e prevenção para evitar o fato consumado.

Conferiu-se especial atenção à pesquisa documental na modalidade jurisprudencial por proporcionar um diagnóstico do estado da arte das decisões dos tribunais brasileiros e uma visão crítica quanto ao reconhecimento muitas vezes disfarçado do fato consumado.

A pesquisa foi orientada pelo método indutivo² quanto à abordagem do problema. Já, no tocante ao procedimento exploratório, foram utilizados os métodos monográfico e histórico. Este último foi especialmente empregado para estudar o desenvolvimento do fato consumado no Direito Brasileiro em geral e no Direito Ambiental em especial.

Na trajetória relacionada à revisão bibliográfica, procurou-se coletar quatro blocos (*clusters*) de materiais para estudo e formação de convicção. O primeiro (bloco econômico e de ecodesenvolvimento) abarca os estudos sobre economia e sua relação com a ecologia e as novas tendências que marcam a visão de economistas preocupados com os limites planetários e sua inegável finitude frente às necessidades humanas cada vez mais alargadas e que têm sido responsáveis por indeléveis marcas na geologia da terra ao ponto de induzir o novo estágio conhecido como Antropoceno. Através do uso da tecnologia e de sua criatividade, o Homem tem represado imensos rios, conectado terras dispersas, explorado o átomo e, literalmente, construído praias e florestas no deserto. Tudo isso com profundas consequências para o bem e para o mal das atuais e, principalmente, das futuras gerações.

Nesse primeiro bloco, também foi foco da nossa atenção o polêmico e não menos complexo tema da avaliação econômica dos serviços ecossistêmicos, o qual se apresenta como uma interessante ponte, um caminho de diálogo entre economia e ecologia, porém com bases bem fundadas nos compromissos do Direito Ambiental com a preservação de todas as formas de vida e com a qualidade de vida para as presentes e futuras gerações.

O segundo bloco (de doutrinas essenciais jurídicas e ecológicas) voltou-se para o estudo da essência, da conformação ontológica, enfim do estatuto do bem ambiental a partir da concepção de bem fundamental, categoria criada pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli. Além de destrinchar toda a doutrina possível relacionada a essa concepção

² De acordo com Laville e Dionne, o raciocínio indutivo, que está na base do respectivo método, parte de situações particulares para análise do geral. Ao contrário do raciocínio dedutivo, que parte de um enunciado geral e tenta aplicá-lo a fatos particulares. Na visão desses autores, o raciocínio “indutivo permite antes construir novos conhecimentos, chegando, por dedução, à ampliação desses conhecimentos” (LAVILLE, Christian; DIONNE, Jean. **A construção do saber**. Adaptação de Lana Mara Sima. Porto Alegre: Artmed, 1999, p. 22).

que, no paradigma de um constitucionalismo garantista, pareceu apta a reforçar a argumentação jurídica em defesa do meio ambiente, procurou-se estudar noções elementares de ecologia para assentar as bases de um direito ecologizado e apto a realizar, na melhor medida possível, o objetivo de conter e até de avançar em termos de recuperação ambiental do planeta.

O terceiro bloco (político-administrativo e sociológico) deteve-se nos déficits do direito para salvaguardar o bem ambiental considerando o momento societal definido por Ulrich Beck como de sociedade de risco. Pesquisou-se a respeito da irresponsabilidade organizada, tanto no Direito como na Sociologia, fragmentação legislativa e de governança ambiental, desconsideração da resiliência como característica essencial aos ecossistemas e a exagerada amplitude da discricionariedade administrativa na tomada de decisões.

Por fim, no quarto bloco de estudos (jurisprudencial) foram percorridos todos os repositórios de jurisprudência pátria (com maior ênfase no repositório do CJF) e alguns estrangeiros que continham decisões envolvendo o tema do fato consumado ou, na expressão mundialmente difundida, *fait accompli* em matéria ambiental. Essa busca deparou-se com uma série de decisões envolvendo temas correlatos ao fato consumado, teses jurídicas bastante análogas, inclusive no direito estrangeiro e que mereceram atenção pela necessária amplitude que o Direito Ambiental deve comportar devido às perspectivas transfronteiriças do dano ambiental e de uma tendência inexorável para sua internacionalização.

A pesquisa jurisprudencial foi basicamente qualitativa³. A análise da jurisprudência aplicada direta ou indiretamente ao fato consumado em matéria ambiental abarcou sobretudo o repositório da Jurisprudência Unificada do Conselho da Justiça Federal (CJF), por incluir as decisões de todos os tribunais federais (STF, STJ e tribunais regionais federais da 1ª a 5ª Região). Esse acervo engloba decisões de todos os tribunais federais desde 1996⁴ até a data da pesquisa (sempre referida nesta tese), com exceção das do Supremo Tribunal Federal,

³ YIN, Robert. **Pesquisa qualitativa do início ao fim**. Porto Alegre: Penso, 2016, p. 5-7.

⁴ DE SORDI, Neide Alves Dias. **CEJ: produção, gestão e disseminação do conhecimento na Justiça Federal**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/2127/2097>>. Acesso em: 20 set. 2018.

cujos julgados só foram inseridos na base de dados do CJF em dezembro de 2005⁵. Esse material, portanto, constitui-se em um acervo bastante representativo das tendências da magistratura nacional em relação ao tema pesquisado.

Por limitações de tempo e deficiências de acesso, jamais essa pesquisa teve a pretensão de exaurir os julgados do país sobre determinado tema em determinado momento.

Em alguns casos específicos, o garimpo de decisões ocorreu diretamente no repertório do Superior Tribunal de Justiça, quer porque o repertório do CJF, por vezes, não apresenta todos os julgados sobre determinado tema (e isso se explica pela capacidade limitada do *website*) quer porque o STJ é o tribunal que tem, dentre uma de suas funções precípua, uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil. Quando acessado exclusivamente o repertório do STJ, a pesquisa inclui julgados desde 07 de abril de 1989, data da instalação daquele tribunal⁶ criado na Constituição de 1988, até a data da sua finalização, indicada no item específico.

A pesquisa qualitativa permitiu o exame de um número significativo de decisões monocráticas e acórdãos dos tribunais, sobretudo federais, a fim de abrir caminho para um percurso de análise de discurso jurídico conjugado com a teoria. Não foram utilizadas medições numéricas nem análises estatísticas, embora em alguns momentos tenham sido elaborados quadros demonstrativos de ocorrências de argumentos ou de representatividade por estado brasileiro.

Casos de grande repercussão foram objeto de pesquisa na jurisprudência de cortes estaduais, a título exemplificativo. Por vezes, foi necessário realizar um percurso inverso, um refinamento dos critérios de pesquisa para se chegar das decisões das cortes superiores às proclamadas pelos tribunais inferiores estaduais ou federais para uma análise mais completa.

⁵ Informação obtida através de e-mail recebido da Secretaria de Tecnologia da Informação do Conselho da Justiça Federal, em 23 out. 2018, assinado por Adriana Morais.

⁶ Ato de instalação assinado pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. José Néri da Silveira, disponível em: <file:///C:/Users/Andre/Downloads/2774-10042-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

Considerando a forte ligação entre o *National Environmental Protection Act* (NEPA) e a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), também foram recolhidas amostras de decisões de cortes norte-americanas em situações envolvendo o *fait accompli* no Direito Ambiental norte-americano.

A superveniência, no ano de 2018, da Súmula 613 do Superior Tribunal de Justiça acabou estimulando a penetração ainda mais a fundo nessa temática perturbadora de capitulação do Direito Ambiental frente à realidade de situações ilícitas, danosas, inclusive aos valores ambientais essenciais para garantia mínima do equilíbrio ecológico, como o são os espaços territoriais especialmente protegidos.

Ao longo da caminhada, foi possível identificar o fenômeno da sofisticação pelo qual vem passando o fato consumado. Daquele tópico originado na década de 60 em decisões do Supremo Tribunal Federal envolvendo ações que questionavam a possibilidade de regimentos internos de universidades exigirem de seus alunos “nota cinco” para aprovação, ao longo de sua evolução o fato consumado colonizou outras esferas do direito, não restando infensa a esfera ambiental, nutrindo a relação de amor e ódio entre o Direito Ambiental e o Direito Administrativo tão atávica quanto perturbadora no ordenamento jurídico pátrio.

No cenário atual, vê-se uma nova aragem, sobretudo devido às decisões e subsequente Súmula 613 do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de rechaçar a aplicação desse argumento com base em diversos princípios constitucionais e na legislação infraconstitucional.

Entretanto, nos demais tribunais pátrios, ainda que de forma velada, identificam-se inúmeros julgados em que seus prolotores acabam por indeferir pedidos de demolições, recuperações, projetos de revegetação, retirada de aterro, interdições de fábricas, cassações de licenças, enfim, medidas que significariam a reparação integral e *in situ* dos danos ambientais, bem como providências tendentes a prevenir esse tipo de ocorrência sob os mais diversos pretextos que, após uma análise profunda, também poderiam ser aninhados ao argumento do fato consumado.

Essas decisões desconsideram o estatuto do bem ambiental. Enquanto bem de fundamental importância para toda a coletividade, conectado com o valor mais precioso a cada um de nós – o direito à vida –, o bem ambiental encarna um espectro de responsabilidades necessariamente judicializáveis cuja matriz advém da condição, da

essência insubstituível desse complexo de seres vivos, processos e funções ecológicas garantidoras de todas as formas de vida.

Igualmente afrontam alguns princípios estruturais do Direito Ambiental como os da reparação integral, do poluidor-pagador, da precaução, prevenção e da solidariedade intergeracional.

A conexão do bem ambiental com o direito à vida permite enquadrá-lo na categoria jurídica idealizada por Luigi Ferrajoli de bens fundamentais, ligados a um direito fundamental. São bens comuns cuja tutela corresponde a um interesse comum ou geral. Ataques a esses bens levantam graves problemas como, por exemplo, o da ecologia, a qual se constitui na base estrutural da vida humana, animal e vegetal.

Pilati constrói semelhante entendimento dos bens coletivos (equivalentes aos comuns). Perante esses bens, afirma ele, qualquer proprietário, contratante, empresa ou poder fica na situação jurídica de administrador de interesse coletivo, respondendo perante a coletividade e o Estado sempre que der causa a algum dano por ação ou omissão⁷.

Essa ênfase nas responsabilidades, restrições e vínculos está no coração do modelo garantista, esboçado para a tutela dos bens fundamentais e parece ser um dos caminhos a serem trilhados para migrarmos de um modelo predominantemente calcado nos direitos do proprietário, em que os recursos naturais são vistos exclusivamente como fatores de produção, para o reconhecimento do valor dos sistemas ecológicos da Terra em si mesmo considerados e como fatores integrativos e imprescindíveis à saúde e ao bem-estar da humanidade.

O dano ambiental é de difícil quando não impossível reparação. Por mais que sejamos capazes de elaborar e executar projetos de recuperação específica dos danos ambientais, a vida jamais retorna ao que era. Portanto, é marcada pelo caráter da irrepetibilidade.

Quase todas as atividades humanas causam algum tipo de dano ambiental ou pelo menos a redução de recursos ambientais. O balanceamento, a calibragem dessas atividades através de um filtro entre o tolerável e o intolerável está no cerne do princípio da sustentabilidade, influenciado por uma hermenêutica jusambiental e ecológica comprometida com a preservação da integridade dos ecossistemas, sobretudo dos processos ecológicos essenciais, e com a qualidade de

⁷ PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 101.

vida para as presentes e futuras gerações, numa lógica de espaço-tempo ou de paisagem temporal, a ser oportunamente desenvolvida.

Ocorre que muitas vezes essa filtragem carece de critérios complexos e adequados à compreensão do bem ambiental enquanto bem fundamental. Esses critérios têm de ser buscados na ecologia e não na economia.

O argumento econômico, observou-se, ainda impera em muitas decisões judiciais, sem a mínima consideração à preservação dos processos ecológicos essenciais e da resiliência dos ecossistemas.

O presente trabalho se propõe a escrutinar algumas decisões judiciais que publicizam em seus fundamentos o argumento do fato consumado mas igualmente aquelas que, embora não o alinhem nas razões de decidir, permitem inferi-lo da leitura de seu texto integral e da análise dos silogismos desenvolvidos.

A discussão ganha relevo em torno dos princípios reitores do Direito Ambiental, especialmente os da prevenção e da equidade intergeracional, ambos aparentemente desconsiderados quando se sufraga uma lesão ao bem ambiental sob argumentos do tipo: boa-fé, licitude da conduta, direito adquirido, proporcionalidade, dificuldades para o desfazimento das intervenções lesivas, excessiva onerosidade para recuperação do bem lesado, as vantagens econômicas advindas da lesão ambiental superaram em muito os seus impactos negativos, dentre outros.

A preocupação acentua-se quando a ideia de fato consumado, geralmente estampada na fórmula situação consolidada, aparece em textos legais que nada mais fazem do que legitimar danos ambientais cujos efeitos repercutem sempre para além do espaço e do tempo do processo, comprometendo não só a qualidade de vida das presentes como também das futuras gerações.

São leis que opacificam o ordenamento jurídico que vai se conformando como norma de cumprimento facultativo.

Incute-se na mente do degradador/empreendedor/usuário do meio ambiente a ideia de que “não vale a pena cumprir a lei porque cedo ou tarde serei beneficiado com algum tipo de anistia, prorrogação ou licença *post factum*”.

Essas leis que passam uma borracha em danos pretéritos, revestindo-os de juridicidade em prol de argumentos que mesclam estabilidade nas relações com economia, não são antecedidas de estudos ou avaliações de impactos ambientais que tenham em conta a

repercussão sinérgica de um conjunto de intervenções lesivas. Não há uma preocupação com a integridade dos ecossistemas e isso costuma acarretar a consequência de torná-los paulatinamente inábeis a desempenhar o conjunto de processos essenciais para a manutenção de todas as formas de vida.

Ao longo de cinco capítulos, essa pesquisa pretende se guiar por um roteiro exploratório inspirado na doutrina garantista, assumidamente neopositivista (mais especificamente jusconstitucionalista), mas que não se esquece de construir uma abordagem compreensiva da ciência jurídica pré-definida por Ferrajoli. Em sua *Metateoria do Direito*⁸, adere a um modelo integrado de ciência jurídica para o qual conflua a teoria do direito, a dogmática jurídica, a filosofia da justiça e a sociologia do direito. O encontro desses nichos de conhecimento é determinante para a formação de um sistema jurídico que ultrapasse o simbolismo e se justifique do ponto de vista da justiça e da ética.

No tocante ao bem ambiental, para além da teoria e dogmática jurídicas, a pré-compreensão filosófica do dever para com as gerações presentes e futuras e para com todas as formas de vida abarcadas na integridade dos ecossistemas é crucial na reconfiguração de uma nova ordem jurídica ecológica e humanista tanto no nível do Estado-Nação quanto no plano internacional. A análise histórica e o diagnóstico do momento societal em curso aliada ao estudo aprofundado do bem ambiental em sua essência contribui igualmente para esse escopo.

Por outro lado, a comparação entre o nível empírico (plano sociológico) de efetividade das normas ambientais e os nichos jurídicos (teoria e dogmática) pode acusar a necessidade de estabelecimento de novas garantias e vínculos para ampliar a densidade do bem tutelado.

No primeiro capítulo, serão abordadas as relações delicadas entre economia e meio ambiente a partir do cenário posto pelo Antropoceno – um tempo em que o ser humano parece esquecer que é parte do ambiente e que dele necessita tanto quanto ostenta responsabilidades em relação à preservação da integridade dos ecossistemas.

A partir da compreensão de que, na medida em que os recursos ambientais disponíveis na biosfera vão-se tornando escassos, a economia vai ampliando o seu interesse na questão ambiental,

⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Principia juris**: teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011b. v. 1: Teoría del derecho, p. 18-20.

analisaram-se as principais teorias econômicas que se preocuparam com a questão ambiental, inclusive a mais recente e radical relacionada ao pós-extrativismo e decrescimento.

Tendo como pano de fundo e ponto de partida os estudos da economia ambiental e da economia ecológica, foi desenvolvida a perspectiva a respeito da avaliação econômica dos serviços ecossistêmicos, com a pretensão de que seja ela, quem sabe, uma forma de transição para outro estágio. Neste, a pré-compreensão do valor em si da natureza seria algo de tal forma disseminado e incorporado aos ordenamentos jurídicos nacionais e internacional que prescindisse de um instrumento pautado em outra ética que não aquela da solidariedade que deve nortear as relações do Homem com a natureza e das relações entre os homens integrantes das gerações atuais em relação aos das gerações futuras. Procurou-se, assim, demonstrar como e por que a economia tem de passar a integrar a racionalidade das decisões jurídicas na litigância ambiental e mesmo antes, nas decisões administrativas.

No segundo capítulo, o leitor irá se deparar com uma tentativa de redefinir a essência, a ontologia, o estatuto do bem ambiental a partir da concepção de bem ambiental de Ferrajoli. Considerou-se que essa visão pode ir além daquela já assentada no constitucionalismo brasileiro – a de que o meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado é um direito fundamental.

Integrando o meio ambiente à categoria dos bens fundamentais, esse bem jurídico se objetiva e se desprende da subjetividade, tendo dentre suas garantias mais importantes a indisponibilidade derivada do fato de que esses bens são patrimônio comum da humanidade, ou seja, objeto de uma situação coletiva de copropriedade universal a título originário. Explorar-se-á nesse capítulo o porquê de as garantias e os vínculos relacionados ao bem ambiental dimanarem da sua condição e não exclusivamente de seu *status* normativo.

Desenvolver-se-á essa noção, inclusive, sob a perspectiva do patrimônio comum, demonstrando que a intensa interferência humana nesse acervo, marca do Antropoceno, traz à baila a urgência de que deitemos nosso olhar para a preservação dos bens da natureza e dos processos ecológicos essenciais através de limites às atividades públicas e privadas e vinculação à esfera pública, não só ao nível do Direito nacional como igualmente no Direito internacional.

Na construção desse modelo, a relevância dos processos ecológicos essenciais como núcleo desse bem, a visão jurisprudencial da

questão e a resiliência como propriedade do bem ambiental serão profundamente analisadas, não sem antes alertar sobre os aspectos perversos da resiliência, ou seja, sobre a necessidade de cautela quanto a um possível uso abusivo dessa noção para tolerar danos ambientais sob o argumento de que o ecossistema pode se regenerar sem a necessária recuperação.

O terceiro capítulo mostra um olhar crítico a respeito dos déficits do direito para a salvaguarda, na moldura sociológica da sociedade de riscos, do bem ambiental. Partindo dessa perspectiva e, sobretudo, de um dos sintomas mais agudos do modelo societal arquitetado por Beck, o da irresponsabilidade organizada, a ela foram associadas as decisões judiciais, administrativas e mesmo as alterações em níveis legislativos que capitulam frente ao fato consumado. Foram trazidos alguns estudos de caso para corroborar o quanto o cipoal de leis e regulamentos no Brasil muitas vezes não têm a potência necessária para barrar o fato consumado. Fragmentação legislativa e de governança, excesso de discricionariedade administrativa e judicial e desconsideração da resiliência como propriedade inerente ao bem ambiental são igualmente tratados nesse capítulo.

O quarto capítulo reflete a investigação a respeito das origens históricas do fato consumado na jurisprudência brasileira. Além de trazer julgados monocráticos e acórdãos, procurou-se demonstrar como esse argumento migrou paulatinamente de outras esferas do direito para o direito ambiental. Nessa ampliação de campos de incidência, também alterou a sua substância, de modo a permitir uma reconceituação.

Escrutinou-se, nesse capítulo, o estado da arte da jurisprudência federal sobre o fato consumado na matéria ambiental e, em especial, as decisões do Superior Tribunal de Justiça. Demonstrou-se que em certa medida o Judiciário ainda vem sendo capturado pelo argumento do fato consumado, mesmo que sob novas vestes.

Discorreu-se sobre a afirmada inexistência do direito adquirido de poluir, procurando agregar novos fundamentos e estudar profundamente a natureza jurídica dessa garantia constitucional. Através de uma imersão vertical nesse tema, adentrou-se no princípio da vedação de retrocesso ecológico vinculando-o ao desenvolvimento sustentável e progresso da humanidade, à previsão constitucional de cláusulas pétreas e à textura aberta da nossa Constituição.

Ainda no mesmo capítulo foi desenvolvido o tema da intangibilidade do *status quo* relacionado a bens fundamentais em geral e ao bem ambiental, em especial.

Nesse capítulo encontram-se idealizados casos hipotéticos que podem envolver a alegação de um suposto direito adquirido a poluir, apresentando algumas respostas.

No quinto capítulo, incursionou-se na análise da jurisprudência do fato consumado associado à proporcionalidade, desenvolvimento econômico e equidade.

Buscou-se aclarar de que forma a ordem jurídica ambiental e a racionalidade ambiental (tendendo ao avanço para a ecológica) encontram no fato consumado ou nas situações consolidadas uma negação.

Inclusive, nesse capítulo, foram vasculhados julgados prolatados por cortes norte-americanas, porquanto nossa lei da Política Nacional do Meio Ambiente é inspirada, quase transplantada, do NEPA (*National Environmental Protection Act*). O *fait accompli*, como é conhecido nos Estados Unidos da América, assume algumas outras formas que, no Brasil, estão agregadas ao contexto do fato consumado.

Nele, ainda se fez uma apresentação sobre como, ao longo dos anos, o fato consumado sofreu uma paulatina sofisticação argumentativa na jurisprudência brasileira. No interior do seu núcleo, no entanto, continuaram como características persistentes a situação de fato lesiva ao bem ambiental, o decurso do tempo e a tensão valorativa carregada para o âmbito da Administração, do Judiciário e mesmo para o Legislativo.

Esquadrinhou-se a jurisprudência das cortes federais a respeito do fato consumado conectado à proporcionalidade, o que permitiu a dedução de que a proporcionalidade, como princípio de ponderação de interesses/bens em conflito foi banalizada no direito brasileiro e guindada à condição de um argumento praticamente irracional e preponderantemente político. A fundamentação é, na maioria dos julgados, pressuposta. Não há uma demonstração racional de sua pertinência.

Também se buscou provar que a avaliação econômica dos bens ambientais deve ingressar na pauta das decisões judiciais envolvendo bens ambientais. Para tanto, foi simulado um exemplo concreto nesse sentido.

No item 5.2, procurou-se trazer exemplos de situações em que o argumento econômico reveste o fato consumado e acaba prevalecendo em detrimento do bem ambiental, tanto no Brasil como nos Estados Unidos.

Estudou-se, no item 5.2.1., a aplicação no Direito da teoria dos custos irrecuperáveis (*sunk costs*) e, a partir da pesquisa, constatou-se que ela tem forte presença na jurisprudência brasileira, ainda que de forma não nominada.

Nesse tópico, a complexa temática da fragmentação dos empreendimentos e das consequências que ela pode gerar para a avaliação do impacto ambiental também mereceram atenção, juntamente com a questão do escopo do EIA e da possibilidade de o Judiciário realizar um controle sobre sua observância, tendo em vista a relevância do bem ambiental.

Demonstrou-se que, tanto o NEPA quanto a Lei da Política Nacional de Meio Ambiente confrontam com o olhar reducionista representado pela segmentação nos licenciamentos.

Procurou-se deixar claro que a hermenêutica jusambiental passa pela aplicação dos megaprincípios da prevenção, da precaução e do poluidor-pagador, sendo que o subprincípio *in dubio pro natura* dimana diretamente da precaução e rege a hermenêutica jurídico-ambiental. Deve-se, portanto, fazer valer na tomada de decisões envolvendo situações consolidadas.

Trabalhou-se ainda com o argumento hermenêutico ancestral da equidade, explicando que ele ganhou novo fôlego no direito brasileiro a partir da polêmica Lei Federal nº 13.655/18. Foram analisadas decisões judiciais no Brasil e nos EUA a respeito da associação da equidade às questões ambientais em geral e, especialmente, julgados que chancelam (ou não) o fato consumado lastreados na equidade.

Ainda nesse capítulo, procurou-se passar uma mensagem positiva trazendo um conjunto de decisões proclamadas aqui no Brasil e nos Estados Unidos, as quais juridicizam o fato consumado para aplicar a prevenção e a precaução, ou seja, julgados que envolvem decisões liminares ou definitivas que concedem provimentos, geralmente de cunho mandamental, para evitar o fato consumado.

O objetivo dessa tese é demonstrar que a avaliação das consequências de uma decisão necessariamente tem de ir muito além do viés meramente econômico. Pautado no texto constitucional, o intérprete/julgador/administrador deve construí-la em uma perspectiva

que garanta a dignidade da pessoa humana para cuja consecução o bem ambiental é estruturante. A Constituição traz sinais evidentes de ter aderido a uma perspectiva avançada de dignidade humana ecológica, partindo do pressuposto da indissociável imbricação entre ser humano e integridade dos ecossistemas.

Os juízos de proporcionalidade em modo sumário como vêm sendo feitos na maioria das decisões ambientais não se compatibilizam com o paradigma do Estado de Direito Constitucional; menos ainda condizem com um projeto de Estado de Direito Ecológico que induz a uma nova ética intergeracional e preocupada com a integridade dos ecossistemas.

Essa nova ética tem sido difundida em diversos campos de ação, inclusive no meio religioso. A crise ambiental não passou despercebida nas preocupações do Sumo Pontífice em sua Encíclica *Laudato Si'*. Ela nos remete a um cântico no qual São Francisco de Assis fazia uma ode à nossa casa comum, ora comparável a uma irmã, com quem partilhamos a existência, ora a uma boa mãe, sempre pronta a nos acolher em seus braços.

Nesse documento, o Papa Francisco explora temáticas ambientais diversas que vão desde a questão da água, mudanças climáticas, poluição, perda de biodiversidade, até conteúdos biosocioeconômicos como degradação das condições da vida humana e animal e desigualdade. Em diversas passagens da Encíclica, a área econômica é chamada a aderir a uma nova concepção que leve em conta os limites da nossa casa planetária. Ao longo do texto, a ciência dialoga como raramente ocorreu na história com a religião, procurando religar economia com preservação ambiental.

O sonho prometeico de domínio humano sobre o mundo natural é reenquadrado. Ainda que o homem, por suas habilidades e consciência, goze de protagonismo inegável no universo, deve ser entendido não como um dominador mas como administrador responsável.

Segundo avaliações recentes, *Laudato Si'* é o documento papal mais citado na história em apenas três anos. Perguntado sobre a melhor explicação para isso, o economista Jeffrey Sachs, que assessorou a elaboração da Encíclica, destacou seu caráter holístico e o fato de abordar claramente as nossas necessidades mais urgentes.

A despeito da difusão do discurso planetário em prol da questão ambiental, observa-se que, na colisão entre direitos fundamentais de

envergadura constitucional, o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado nem sempre goza do merecido protagonismo, ficando relegado a segundo plano devido a raciocínios jurídicos marcados por lógicas as mais diversas. Vivemos, na profunda reflexão de Benjamin, um Estado Teatral de Direito Ambiental, em que no entrechoque entre a proteção ambiental, o desenvolvimento econômico e o direito de propriedade, geralmente preponderam estes últimos.

No afã de aplacar essa tensão e encontrar um caminho para fugir do simples acolhimento de agravos ambientais em prol do sacrossanto direito de propriedade, afigura-se-nos adequado aprofundar a natureza em si do bem ambiental, elucidando suas características através das Ciências da natureza, o caráter resiliente dos sistemas socioecológicos e os macroprincípios do direito ambiental, a fim de se poder propor uma nova visão para a avaliação das situações consolidadas representativas de danos ambientais.

A inovação desta pesquisa está justamente em carrear novos critérios, que poderíamos chamar de ecojurídicos, para as decisões envolvendo o fato consumado em matéria ambiental, o que fortaleceria a recente Súmula 613 do STJ e a tese jurídica relacionada à impossibilidade de reconhecimento do direito adquirido de poluir.

1 O MEIO AMBIENTE E SUAS RELAÇÕES COM A ECONOMIA – O AGRAVAMENTO DA CRISE AMBIENTAL EM FACE DA HIPERTROFIA DO CRESCIMENTO ECONÔMICO

Os pontos de atrito entre economia e meio ambiente são tão frequentes que chegam a produzir, na vida real, a falsa crença de que é impossível celebrar um casamento harmônico entre eles.

A autossuficiência contamina tanto os ecologistas quanto os economistas. Enclausurados em seus universos operacionais, os profissionais deixam de manejar instrumentos de áreas do conhecimento distintas daquelas nas quais transitam com maior desenvoltura.

O mito do crescimento econômico tende a aparecer como o milagre para retirar as pessoas da miséria, salvar as empresas e as contas públicas. Nesse afã, a hiperatividade econômica vai deixando um rastro de profundas alterações ambientais, cenários de desolação e escassez que podem ser identificados com a crise ambiental⁹. Não se trata de uma crise aguda, momentânea, mas de um processo ancorado em racionalidade econômica, não solidária e antropocêntrica.

Decorrência lógica da hipertrofia desse mito apoiado no paradigma do crescimento da economia, é o “atropelo” da legislação ambiental. Sobretudo nos ditos países em desenvolvimento ou periféricos, verifica-se uma tendência à desregulamentação da atividade econômica para abrir as portas à superexploração dos recursos ambientais, o que se constata de forma evidente no tocante ao uso do solo.

No Brasil, ao invés de amparadas nos ditames constitucionais, segundo os quais não pode a legislação afastar-se da preservação do meio ambiente e da garantia da qualidade de vida, as leis ambientais têm sofrido um paulatino afrouxamento, ancorando-se mais no mercado,

⁹ Não se desconsidera que o tempo presente é de policrise, como sustentam Morin e Kern. Há inter-retro-ações entre os diferentes problemas, as diferentes crises, as diferentes ameaças. A crise da antroposfera e a da biosfera se interpenetram e remetem às crises do passado, presente e futuro. Nesta investigação o foco principal é o viés ambiental desta policrise (MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-pátria**. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2003, p. 94).

com sua mão nem sempre translúcida, do que nos direitos fundamentais¹⁰.

Nesse ponto, convém destacar que não só a agricultura produz impactos severos e irreversíveis ao meio natural, como também a desordenada ocupação humana nas cidades com supressão e descaracterização de espaços vinculados à prestação de importantes e insubstituíveis serviços ecossistêmicos.

A questão central do presente estudo – o fato consumado em matéria ambiental – conecta-se umbilicalmente com esse cenário, pois o dia-a-dia forense remete constantemente para um enfrentamento do prejuízo/dano causado ao meio natural não raras vezes sem condições de uma reparação direta, integral e capaz de retomar a dinâmica do ecossistema, operando aquilo que se costumou chamar na normativa ambiental, *reduction ad pristinum statum*.

Essas disrupturas derivadas do binômio crescimento econômico/degradação ambiental desconsideram a origem comum, como será mais bem examinado adiante, entre economia e ecologia; desconsideram que o meio ambiente é a base de sustentação da vida e que não é possível pensar em vida com qualidade quando não se tem um mínimo de equilíbrio ambiental.

1.1 A ORIGEM COMUM ENTRE ECOLOGIA E ECONOMIA

A origem do termo economia remonta aos filósofos socráticos da Grécia Antiga. Xenofonte, no século IV A. C., intitulou sua obra *Oikonomikos*¹¹, cuja tradução literal é a administração da casa¹², na qual ensinou as regras básicas para a administração doméstica, caça, pesca, agricultura e direção dos escravos.

Por sua vez, o vocábulo ecologia tem origem muito mais recente. Henry David Thoreau¹³, poeta e naturalista estadunidense,

¹⁰ ACSELRAD, Henri. Liberalização da economia e flexibilização das leis: o meio ambiente entre o mercado e a justiça. **Revista de Educação, Ciências e Matemática**, v. 3, n. 3, p. 62-68, set./dez. 2013, p. 66.

¹¹ *Oikos* (Casa) e *Nomos* (normas).

¹² CECHIN, Andrei. **A natureza como limite da economia**: a contribuição de Nicholas Georgescu-Roegen. São Paulo: Editora Senac, 2010, p. 27.

¹³ KINNEY, Michael; SCHOCH, Robert; YONAVJAK, Logan. **Environmental science**: systems and solutions. 4. ed. Sudbury: Jones and Bartlett, 2007, p. 60.

aparentemente, foi o primeiro a empregá-lo (sem uma definição específica) quando escreveu uma de suas cartas. Segundo Odum¹⁴, na acepção predominante na atualidade, o termo ecologia, como definidor do estudo de como os organismos interagem entre eles e com o seu meio ambiente físico¹⁵, teria sido empregado pela primeira vez pelo biólogo alemão Ernst Haeckel, em 1869.

Nada obstante o desencontro temporal quanto ao surgimento dos vocábulos, a vinculação entre economia e ecologia remonta às respectivas raízes: *oikos* = casa. Enquanto a economia vocaciona-se à organização, manejo, gerenciamento da casa, a ecologia é a ciência que se volta ao estudo da casa¹⁶. Nas palavras de Odum, é o “estudo do lugar onde se vive, com ênfase sobre a totalidade ou padrão de relações entre os organismos e o seu ambiente”¹⁷.

Não se pode negar, entretanto, que a expressão *ecologia* compreende outros significados. Um dos mais utilizados traduz o viés ideológico, para exprimir uma doutrina ou um sistema de crenças conservacionista e suas respectivas implicações sociais. Concorde-se com Kinney *et al*¹⁸ quanto ao melhor emprego da expressão ambientalismo para definir aqueles que, ativamente, postulam, lutam pela preservação ambiental, reservando a expressão ecologia para o estudo científico do meio ambiente.

O avanço das preocupações ambientais tem sido proporcional aos agravos que os sistemas socioecológicos vêm sofrendo. Essa realidade expande-se do ambientalismo local para os movimentos de

¹⁴ ODUM, Eugene. **Ecologia**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1983, p. 1.

¹⁵ “Ecology is the study of how organisms interact with each other and their physical environment” (Ecologia é o estudo de como os organismos interagem entre eles e com o seu meio ambiente físico – tradução livre da autora) (KINNEY, Michael; SCHOCH, Robert; YONAVJAK, Logan. **Environmental science: systems and solutions**. 4. ed. Sudbury: Jones and Bartlett, 2007, p. 59).

¹⁶ KINNEY, Michael; SCHOCH, Robert; YONAVJAK, Logan. **Environmental science: systems and solutions**. 4. ed. Sudbury: Jones and Bartlett, 2007, p. 59.

¹⁷ ODUM, Eugene. **Ecologia**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1983, p. 1.

¹⁸ KINNEY, Michael; SCHOCH, Robert; YONAVJAK, Logan. **Environmental science: systems and solutions**. 4. ed. Sudbury: Jones and Bartlett, 2007, p. 59.

justiça ambiental¹⁹ e ecológica²⁰ em todos os níveis, sobretudo internacional. Mais recentemente, Schlosberg procurou unir a pauta de propósitos da justiça ambiental e da justiça ecológica através da modernização reflexiva²¹ difundida por Beck. Gudynas²² também não vê oposição entre justiça ambiental e ecológica. Ao contrário, considera que ambas se completam e que a justiça ecológica prega além da justiça entre as relações humanas, uma visão ecocêntrica pautada na valoração intrínseca da natureza.

Argumenta Schlosberg que uma ampla compreensão da justiça ambiental e ecológica passa pelo fornecimento de equidade distributiva, reconhecimento, participação e desenvolvimento das capacidades e funcionamentos necessários à contínua evolução de uma vida com

¹⁹ Os autores focados na justiça ambiental, como, por exemplo, Cole e Foster, abordam as preocupações relacionadas a racismo, discriminação, má distribuição de recursos ambientais, refugiados climáticos e ambientais, sempre com uma tônica nas relações humanas através do meio natural (COLE, Luke W.; FOSTER, Sheila. **From the ground up: environmental racism and the rise of the environmental justice movement**. New York: New York University Press, 2001). O movimento da justiça ambiental teve início nos Estados Unidos da América, a partir de um estudo, realizado em 1983, pelo U.S. General Accounting Office que concluiu que três quartos dos depósitos de lixo na região sul do país estavam situados em áreas de predominância de comunidades afro-americanas (BULLARD, Robert D.; JOHNSON, Glenn S. *Environmental justice: grassroots activism and its impacts on public policy decision making*. **Journal of Social Issues**, v. 56, n. 3, p. 555-578, 2000). Hoje, a expressão, além de abarcar as pautas do racismo e discriminação ambiental também pode ser relacionada à necessidade de especialização de juízes e juízos para o julgamento de causas ambientais.

²⁰ Os adeptos desta corrente preocupam-se em fazer justiça à natureza (BAXTER, Brian. **A theory of ecological justice**. London: Routledge, 2005, e WENZ, Peter S. **Environmental justice**. Albany, NY: Suny, 1988).

²¹ Beck sustenta que a modernidade torna-se reflexiva, o que quer dizer preocupada, tensa devido a suas consequências e riscos não desejados. A racionalidade pós-moderna descrita pelo sociólogo implica na insuficiência de razão para vivermos e atuarmos em uma Era Global de incertezas fabricadas (BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Barcelona: Siglo Veintiuno de España, 1999, p. 30 e p. 51).

²² GUDYNAS, Eduardo. **Derechos de la naturaleza: ética biocéntrica y políticas ambientales**. Lima: Claes, 2014, p. 140.

qualidade. Para isso, faz-se imperativo que se adote um conjunto de práticas participativas e estruturas institucionais discursivas para alcançar fins justos²³.

Um discurso amplo de justiça ambiental e ecológica convergindo para movimentos e redes desde o local ao global é o caminho indicado pela posição de Schlosberg²⁴, no intuito associar as duas perspectivas de justiça para os homens, através da natureza, e para a natureza, com a mudança de comportamentos humanos. Dessa forma ele propõe uma nova abordagem que alia as duas perspectivas: justiça ambiental e justiça ecológica²⁵.

Entretanto, a origem comum entre ecologia e economia não evitou que, ironicamente, esses dois vocábulos rotulassem interesses opostos, e mais do que isso: envolvessem visões de mundo e de prioridades bastante diversas quando não antagônicas, propiciando que a práxis da atividade econômica predominante no modelo capitalista global distancie-se da justiça ambiental e se oponha à ecológica.

Partindo da premissa de que economia, na ênfase contemporânea, estuda principalmente a escassez e os problemas dela decorrentes em um contexto de necessidades alargadas e insumos finitos, o ingrediente ecológico, mesmo numa perspectiva antropocêntrica (utilizada aqui como reforço argumentativo mas que adiante será qualificada como insatisfatória), é fundamental para a formulação de uma receita complexa para se chegar ao escopo de ambos os campos do conhecimento: o bem-estar.

Bem-estar é sinônimo de qualidade de vida. E qualidade de vida só se atinge num contexto de equilíbrio físico, mental e social, como aliás o prevê o art. 3º, § único, da Lei 8.080/90, que dispõe sobre promoção, proteção e recuperação da saúde no Brasil.

Por sua vez, como enfatizam Andrade e Romeiro, a economia é peça-chave para buscar soluções para a melhor qualidade da vida

²³ SCHLOSBERG, David. **Defining environmental justice: theories, movements and nature.** Oxford: University Press, 2007.

²⁴ SCHLOSBERG, David. **Defining environmental justice: theories, movements and nature.** Oxford: University Press, 2007, p. 210.

²⁵ Em certa medida, essa posição é comungada por Sarlet e Fensterseifer ao defenderem a dignidade de todas as formas de vida (SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do meio ambiente.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 55.

humana, tratando-se de ciência comprometida com o contínuo aumento da qualidade de vida, razão pela qual deve procurar estratégias para evitar/reverter a atual trajetória da degradação²⁶. A economia, tal e qual o Direito, não é ciência exata, dura, mas humana e seus esforços, sobretudo no Antropoceno, devem se voltar à melhoria da qualidade de vida social a partir de uma justa utilização dos recursos ambientais²⁷.

Aderindo à ideia resgatada da economia ecológica de que economia é o estudo da atribuição de recursos limitados ou escassos entre fins alternativos e competidores²⁸, não é correto dissociar bem-estar da integridade dos ecossistemas.

Na lição de Costanza, os serviços ecossistêmicos “consistem em fluxos de materiais, energia e informações de ações de capital natural²⁹ que se combinam com os serviços de capital humano e manufaturado para produzir bem-estar humano”³⁰ (tradução livre da autora).

Observe-se que o conceito é predominantemente antropocêntrico e requer uma nova lógica que passe pela necessária valoração intrínseca desses serviços porque provedores não só da vida humana como também das demais formas de vida.

A aposta que se afigura mais correta é a de valorar a integridade dos ecossistemas por seu valor intrínseco, pois o ser humano neles se insere numa relação de interdependência. A partir do reconhecimento desse valor da natureza *per se*, a concepção de justiça amplia-se

²⁶ ANDRADE, Daniel Caixeta; ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Degradação ambiental e teoria econômica: algumas reflexões sobre uma “economia dos ecossistemas”. **Economia**, Brasília, v. 12, p. 3-26, jan./abr. 2011, p. 5.

²⁷ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 68.

²⁸ Economia ecológica, na definição de dois de seus mais expressivos teóricos, é um subconjunto da economia neoclássica, que “sabe que o bem-estar também depende em larga medida dos serviços do ecossistema e sofre com a poluição, mas mesmo assim dedica-se à eficiência” (DALY, Herman; FARLEY, Joshua. **Economia ecológica: princípios e aplicações**. Lisboa: Instituto Piaget, 2004, p. 30).

²⁹ Vide nota 89.

³⁰ “Ecosystem services consist of flows of materials, energy, and information from natural capital stocks which combine with manufactured and human capital services to produce human welfare” (COSTANZA, Robert et al. The value of the world’s ecosystem services and natural capital. **Nature**, v. 387, p. 253-260, 15 may 1997, p. 254).

especialmente e deixa de ser a justiça humana para ser uma justiça ecológica, ou seja, para além do paradigma kantiano relacionado à dignidade humana, busca-se a dignidade para além da vida humana³¹. Bosselmann enfatiza que justiça ecológica compreende, além da preocupação ética com as presentes e futuras gerações (equidade sincrônica e diacrônica), um enfoque ecocêntrico pautado pela preocupação com a integridade ecológica³².

Partindo dessa concepção de justiça inflamada pela preocupação com a integridade dos ecossistemas é que se irá analisar como o argumento do fato consumado não pode prevalecer, ainda que economicamente represente benesses imediatas para os seres vivos, desrespeitando os interesses das futuras gerações e a integridade ecológica.

1.1.1 As concepções econômicas no Antropoceno e o meio ambiente

O termo “Antropoceno” foi sugerido inicialmente para refletir as perturbações na superfície terrestre causadas pela intensa atividade humana^{33 34} e logo passou a se expandir³⁵. Desde que a noção foi trazida à baila, em 2000, vários cientistas do mundo desencadearam a defesa de que o Antropoceno precisa ser adicionado às escalas geológicas de tempo. Essa escala oficial, determinada pela Comissão internacional de Estratigrafia, divide a história terrestre de 4,5 bilhões de anos em éons,

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**: constituição, direitos fundamentais e proteção do meio ambiente. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 55.

³² BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 123-125.

³³ CRUTZEN, Paul; STOERMER, Eugene. The anthropocene. **Global Change Newsletter**, n. 41, p. 17-18, 2000.

³⁴ CRUTZEN, Paul. Geology of mankind. **Nature**, n. 415, p. 23, 2002.

³⁵ STEFFEN, Will et al. The anthropocene: from global change to planetary stewardship. **Ambio**, v. 40, n. 7, p. 739–761, nov. 2011. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3357752/>>. Acesso em: 12 out. 2017.

eras, períodos, épocas e idades, em que cada uma tem sua respectiva significância em termos geológicos (ICS-Chart³⁶).

O Holoceno, época que começou ao final da última idade do gelo (cerca de 12000 anos atrás) e que se estabilizou 10.000 anos atrás em uma temperatura global que, a despeito de pequenas variações, persistiu até que os seres humanos começassem a mudar o clima global significativamente.

Durante essa época, que perdurou por 11.700 anos, o clima permaneceu excepcionalmente estável, permitindo o desenvolvimento e florescimento de civilizações.

Em 2016, o Grupo Mundial do Antropoceno (WGA – Working Group on Anthropocene), reunido na Cidade do Cabo, por 30 votos a 3, com duas abstenções, concluiu pela designação formal do Antropoceno como uma nova Época. Nos três anos subsequentes, passaram determinando quais sinais são os mais fortes e mais acentuados³⁷.

A data de início do Antropoceno ainda vem sendo debatida. Crutzen e seus colaboradores inicialmente consideraram o início da Revolução Industrial no final do sec. XVIII como o marco inicial³⁸. Outros sugeriram o início com o desenvolvimento da agricultura, cerca de 7000 ou 8000 anos atrás³⁹.

³⁶ INTERNATIONAL COMMISSION ON STRATIGRAPHY. **Chart**, 2017. Disponível em <<http://www.stratigraphy.org/index.php/ics-chart-timescale>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

³⁷ CARRINGTON, Damian. The anthropocene epoch: scientists declare dawn of human-influenced age. **The Guardian**, 29 aug. 2016. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/environment/2016/aug/29/declare-anthropocene-epoch-experts-urge-geological-congress-human-impact-earth>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

³⁸ Esse marco ainda foi recentemente empregado por Viñuales em interessante ensaio sobre o Antropoceno, em que o autor introduz as bases de uma pesquisa profunda e crítica sobre a assim chamada “Narrativa do Antropoceno” (VIÑUALES, Jorge. **Law and the anthropocene**. 2016. Disponível em: <file:///N:/antropoceno/_Law_and_the_Anthropocene%20-1.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018).

³⁹ RUDDIMAN, W. The anthropogenic greenhouse era began thousands of years ago. **Climate Change**, n. 61, p. 261-293, 2003.

Recentemente, está havendo uma convergência no sentido de que a grande aceleração se deu a partir de 16 de julho de 1945⁴⁰. Essa data coincide com o lançamento na superfície da Terra de uma camada de radionuclídeos, devido à explosão da primeira bomba atômica em Alamogordo, Novo México, deixando rastros visíveis a geologistas do futuro.

Além de ser associado a um novo intervalo na história geológica da Terra, o Antropoceno tem sido abordado por diversas disciplinas e em diálogos interdisciplinares, expandindo-se para o campo das ciências ambientais em geral, tais como climatologia, ecologia global, geoquímica, química atmosférica, oceanografia e geologia. Numa perspectiva sistêmica, o Antropoceno identifica-se com as inúmeras alterações detectadas por esses vários ramos da ciência nas camadas da Terra, desde o seu núcleo até a atmosfera, em incessante estado de fluxo de energia e ciclo de materiais⁴¹.

Viñuales considera que o Antropoceno⁴², para além de sua origem na estratigrafia terrestre, é uma narrativa dotada de autonomia indicada por duas razões: a) apesar de muitas interpretações e usos, o termo tem um núcleo recorrente, qual seja o de que a Terra vem sendo remodelada pelos humanos como uma força de proporções geológicas ou, mais especificamente, os seres humanos efetuaram irreversíveis mudanças no sistema da Terra⁴³; b) o Antropoceno serve como uma plataforma para coligar todos os grandes temas do momento:

⁴⁰ ZALASIEWICZ, Jan. **When did the anthropocene begin?** a mid-twentieth century boundary level is stratigraphically optimal. Disponível em: <www.elsevier.com/locate/quaint>. Acesso em: 23 nov. 2017.

⁴¹ HAMILTON, Clive; GEMENNE, François; BONNEUIL, Christophe (Ed.). **The anthropocene and the global environmental crisis: rethinking modernity in a new epoch.** New York: Routledge, 2015, p. 2.

⁴² O professor de Cambridge comete um pequeno equívoco quando designa, em mais de uma passagem de seu texto, o Antropoceno como *era*. Na verdade, como exposto na sequência, o Antropoceno está sendo identificado pelos estratigrafistas como uma nova *época geológica*. (VIÑUALES, Jorge. **Law and the anthropocene.** 2016. Disponível em: <file:///N:/antropoceno/_Law_and_the_Anthropocene%20-1.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018, p. 7, p. 30 e p. 69.

⁴³ VIÑUALES, Jorge. **Law and the anthropocene.** 2016. Disponível em: <file:///N:/antropoceno/_Law_and_the_Anthropocene%20-1.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018).

capitalismo, militarização, crenças religiosas, etc. Todos os corpos do conhecimento sobre o mundo são chamados a refletir sobre o Antropoceno.

A observação do meio ambiente propiciou que nos últimos anos fossem detectadas profundas alterações não somente no estrato rochoso da Terra, mas também em todo o seu sistema, o que deixou para trás o Holoceno, caracterizado por muitos milênios de temperatura e níveis dos oceanos estáveis, para entrar no estado do Antropoceno com grandes impactos no sistema terrestre. Para os autores, essa expressão é chave para uma nova maneira de pensar o planeta⁴⁴.

Em função dessas alterações na crosta terrestre (e também na ecologia) produzidas pela espécie humana, em todas as escalas, inclusive global, esse grupo de cientistas passou a acalentar a ideia da passagem da Época Geológica do Holoceno para o Antropoceno.

A partir da metade do séc. XX, a relação entre a intensa atividade humana e a natureza tem sido colocada no centro das atenções de cientistas, juristas⁴⁵ e economistas, além de atrair a opinião pública, governos e instituições internacionais. O desenvolvimento tecnológico altera a concepção da natureza como algo separado e independente da sociedade e a coloca, definitivamente, sob o domínio humano. Tudo exhibe a etiqueta, como ironiza Nespor, *made by man*⁴⁶, ao ponto de fazer surgir uma nova racionalidade: ao invés do homem se proteger da natureza, hoje é a natureza que deve ser protegida da ação humana⁴⁷. Vive-se na idade do homem. De uma idade da irresponsabilidade é necessário migrar, de fato e de direito, para o paradigma da

⁴⁴ HAMILTON, Clive; GEMENNE, François; BONNEUIL, Christophe (Ed.). **The anthropocene and the global environmental crisis: rethinking modernity in a new epoch**. New York: Routledge, 2015, p. 2.

⁴⁵ Viñuales (v. nota 32) observa que o direito manteve-se apartado da questão por muito tempo e que só na última década é que voltou sua atenção sobre o tema a partir do precursor estudo de ROBINSON, Nicholas. *Beyond sustainability: environmental management for the Anthropocene Epoch*. 2012. **Journal of Public Affairs**, v. 12, n. 3, p. 181–194, 2012.

⁴⁶ NESPOR, Stefano. **Il governo dell'ambiente: la politica e il diritto per il progresso sostenibile**. Milano: Garzanti, 2009, p. 22.

⁴⁷ NESPOR, Stefano. **Il governo dell'ambiente: la politica e il diritto per il progresso sostenibile**. Milano: Garzanti, 2009, p. 43.

responsabilidade⁴⁸, do respeito para com todas as formas de vida, para as presentes e futuras gerações⁴⁹.

A Comissão Internacional de Estratigrafia está elencando os principais indicadores físicos, reveladores do quanto os seres humanos têm alterado a crosta terrestre, principalmente solos e rochas. Dentre esses indicadores, destaca Robinson⁵⁰: (i) derretimento da Criosfera, com a perda de glaciais e das calotas polares; (ii) aumento dos níveis dos oceanos e das linhas costeiras e sedimentação das costas; (iii) acidificação dos oceanos e aumento do dióxido de carbono na atmosfera; (iv) rochas e solos contaminados com radiações devido aos testes de armas nucleares; (v) lixo produzido por materiais sintéticos e organoquímicos que jamais existiram naturalmente antes dos seres humanos inventá-los; (vi) extinção de espécies e nova gravação de fósseis.

O fato é que a espécie humana, com as assimetrias relacionadas a países periféricos e dominantes, ricos e pobres, poderosos e desvalidos, converteu-se em uma força telúrica, um agente geológico global, transformando a Terra mais do que as atividades vulcânicas, forças tectônicas, ciclos e níveis de radiação solar ou alterações da órbita terrestre em torno do sol. A vulnerabilidade da natureza, sobre a qual não se suspeitava antes do Antropoceno, está sendo escancarada devido à extensão dos danos que se fizeram reconhecíveis⁵¹. O Antropoceno relaciona-se a rápidas mudanças globais no meio ambiente, sem precedentes em termos de escalas. Por exemplo, a perda de biodiversidade tem sido intensa e incomparável desde a quinta extinção em massa⁵², por volta de 65 milhões de anos atrás, quando se

⁴⁸ TAYLOR, Prue. Ecological integrity and human rights. In: BOSSELMANN, Klaus et al (Ed.). **Reconciling human existence with ecological integrity**. Londres: Earthscan, 2008, p. 89-107, p. 89-90.

⁴⁹ JONAS, Hans. **El principio de responsabilidad**: ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Barcelona: Editorial Herder, 1995.

⁵⁰ ROBINSON, Nicholas. Evolved norms. In: VOIGT, Christina (Ed.). **Rule of law for nature**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 46-71.

⁵¹ JONAS, Hans. **El principio de responsabilidad**: ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Barcelona: Editorial Herder, 1995, p. 32.

⁵² Paleontologistas consideram que uma extinção em massa ocorre quando a Terra perde mais de três quartos de suas espécies em um pequeno intervalo de tempo, o que aconteceu somente **cinco vezes** nos últimos 540 milhões de anos. Biólogos acreditam que a sexta extinção em massa pode estar a

observou o desaparecimento da superfície terrestre de cerca de 3/4 dos animais e plantas, incluindo dinossauros. Igualmente merecedor de destaque é o aumento da temperatura da Terra em cerca de 4 °C no final do Século 21.

Hamilton, Bonneuil e Gemenne enfatizam que “mais do que meros perigos, a tese do Antropoceno proclama um novo regime geológico na existência da Terra e uma nova condição humana” (tradução livre da autora)⁵³.

Esses autores lançam a advertência de que, mesmo que nós humanos – e em particular os 7% mais ricos – venhamos a adotar um rigoroso regime de padrões sustentáveis de modo a reduzir a pegada humana no planeta⁵⁴, ainda assim levaria cerca de um milênio, ou mais, para retorno às condições do Holoceno⁵⁵. Segundo Steffen⁵⁶, a aposta

caminho devido às muitas perdas de espécies nos últimos séculos e milênios (BARNOSKY, Anthony et al. Has the earth's sixth mass extinction already arrived? *Nature*, n. 471, p. 51-57, 2011, p. 51).

⁵³ “More than mere global hazards, the Anthropocene thesis proclaims a new geological regime of Earth existence and a new human condition” (HAMILTON, Clive; GEMENNE, François; BONNEUIL, Christophe (Ed.). **The anthropocene and the global environmental crisis: rethinking modernity in a new epoch.** New York: Routledge, 2015, p. 4).

⁵⁴ A Pegada Humana tem a ver com a utilização e transformação causada pela atividade antropogênica no Planeta. Quanto mais nítidas as marcas (pegadas) que deixamos, em termos geológicos, para os exploradores do futuro distante descobrirem, mais prejudiciais serão os efeitos para nós mesmos. Essa é a mensagem estratigráfica clara passada pela extinção multiespécies, picos de temperatura global e aumento abrupto do nível do mar que guiarão os exploradores para as cidades afetadas. Também será um sinal de estresse insuportável sobre uma espécie que, sozinha, assumiu o controle (usando essa palavra de maneira um tanto frouxa) das alavancas da regulação planetária. Quanto mais profunda a pegada que deixamos, diz Zalasiewicz, maior será a calamidade imediata que aguarda nossos filhos (ZALASIEWICZ, Jan. **The earth after us: what legacy will humans leave in the rocks?** Oxford: Oxford University Press. 2014, p. 239).

⁵⁵ HAMILTON, Clive; GEMENNE, François; BONNEUIL, Christophe (Ed.). **The anthropocene and the global environmental crisis: rethinking modernity in a new epoch.** New York: Routledge, 2015, p. 5.

⁵⁶ STEFFEN, Will et al. **The anthropocene: from global change to planetary stewardship.** Disponível em: <<http://www-ramanathan.ucsd.edu/files/pr185.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

mais confiável para a sobrevivência de todas as formas de vida é manter um estado holocênico, que se sabe com certeza que pode apoiar a persistência da sociedade contemporânea mitigando o impacto global disruptivo em termos de alterações ambientais.

Viñuales em seu artigo introdutório sobre o Antropoceno, procura desconstruir a ideia de que a espécie humana como um todo é a causadora de tamanhas alterações ambientais e chama o Direito a desempenhar sua função reordenadora na compreensão de nossa nova condição.

De fato, os relatos das Ciências Naturais sobre o Antropoceno foram pouco sensíveis ao que está por trás dessa categoria analítica genérica de humanidade ou espécie humana. Cabe às Ciências Sociais e Humanas desvelar, como o fazem Viñuales⁵⁷, Hamilton, Gemenne e Bonneuil⁵⁸, as desigualdades existentes inclusive do ponto de vista das responsabilidades por tamanhas agressões ao planeta.

As principais críticas feitas quanto a esse tratamento uniforme de responsabilidades desiguais dizem com respeito a quase total descon sideração quanto a: (i) maior responsabilidade dos primeiros países industrializados, em especial Reino Unido e Estados Unidos da América no advento do Antropoceno; (ii) assimetria entre os beneficiários dos resultados da tecnologia e os que sofreram os efeitos adversos delas; (iii) implicações de não reconhecer tais disparidades no sentido de efetivamente tomar medidas para abordar as causas profundas do Antropoceno.

Parece estar coberto de razão Viñuales em seu alerta para um estudo mais profundo, por parte das Ciências Humanas, notadamente do Direito, sobre essas questões que apelam para uma análise refinada da variável humana de molde a habilitá-la a captar a importância da contingência histórica nos processos humanos e, portanto, no impacto sobre os seres humanos, mesmo no nível agrupado como sendo uma força geológica. Adverte ele para a necessidade de desenvolver modelos que levem em consideração as interações entre os processos naturais e os humanos, e que, no entanto, não considerem os últimos como uma

⁵⁷ VIÑUALES, Jorge. **Law and the anthropocene**. 2016. Disponível em: <file:///N:/antropoceno/_Law_and_the_Anthropocene%20-1.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018.

⁵⁸ HAMILTON, Clive; GEMENNE, François; BONNEUIL, Christophe (Ed.). **The anthropocene and the global environmental crisis: rethinking modernity in a new epoch**. New York: Routledge, 2015.

variável homogênea, devido à disparidade nas intervenções sobre os ecossistemas⁵⁹

No presente trabalho, todavia, o emprego do Antropoceno se dá para referenciar a Época Geológica corrente e para marcar o momento de sérios agravos ao sistema terrestre, convocando a Economia, a Ecologia e o Direito para um diálogo em prol da preservação de todas as formas de vida para além do arco temporal presente.

A reinvenção de uma vida digna para todos os seres humanos em um planeta com recursos naturais finitos e degradados tornou-se a mais importante questão do nosso tempo⁶⁰. Sem dúvida que um dos maiores desafios postos ao cidadão do Século XXI será harmonizar a relação do ser humano com a Natureza, com o intuito de construir uma ponte para um mundo sustentável, solidário entre as pessoas viventes e para com as futuras gerações, que respeite a integridade dos ecossistemas e os limites biofísicos do planeta⁶¹.

No Antropoceno, a humanidade (de forma assimétrica) revela-se como um grande mundo em um pequeno planeta e isso realmente gera muita preocupação com os limites da biosfera ou ecosfera⁶², entendida como o maior sistema biológico e o que mais se aproxima da autossuficiência, incluindo todos os organismos vivos da Terra que interagem com o ambiente físico como um todo⁶³.

⁵⁹ VIÑUALES, Jorge. **Law and the anthropocene**. 2016. Disponível em: <file:///N:/antropoceno/_Law_and_the_Anthropocene%20-1.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018, p. 31-32.

⁶⁰ HAMILTON, Clive; GEMENNE, François; BONNEUIL, Christophe (Ed.). **The anthropocene and the global environmental crisis: rethinking modernity in a new epoch**. New York: Routledge, 2015, p. 5.

⁶¹ PERALTA, Carlos. Desafios para construir uma nova racionalidade ambiental no antropoceno: o esverdeamento da economia como caminho para incentivar a sustentabilidade. In: LEITE, José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França (Org.). **Estado de direito ecológico: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza**. São Paulo : Instituto O direito por um Planeta Verde, 2017, p. 644-674, p. 646.

⁶² FOLKE, Carl et al. Social-ecological resilience and biosphere-based sustainability science. **Ecology and Society**, v. 21, n. 3, 2016. Disponível em: <<https://www.ecologyandsociety.org/vol21/iss3/art41/>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁶³ ODUM, Eugene. **Ecologia**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1983, p. 3.

Para ampliar o alerta, um grupo de cientistas vem tentando estabelecer os limites ou fronteiras de segurança planetárias. Essas fronteiras seriam valores inegociáveis determinados pelo ser humano mediante a definição de uma distância *segura* de um nível perigoso (para processos sem limiares conhecidos na escala continental a global) ou de seu limiar global. Rockström, gerente desse projeto, considera que todo o afã de passar essas fronteiras significaria arriscar imprudentemente a biosfera perturbada. Mais do que meros limites físicos, a ideia das fronteiras envolve julgamentos normativos de como as sociedades escolhem lidar com o risco e a incerteza⁶⁴.

Eles identificaram até então nove processos em relação aos quais esses limites necessitam ser monitorados: 1- mudanças climáticas; 2 - acidificação dos oceanos, 3 - ciclo biogeoquímico de nitrogênio; 4- uso global de água doce; 5 -mudança do sistema terrestre; 6 -taxa anual de perda de diversidade biológica; 7 – redução da camada de ozônio; 8- poluição química e 9 - carregamento atmosférico de aerossóis.

Estimaram que, pelo menos em relação a três desses processos (mudanças climáticas, taxa de perda de biodiversidade e mudanças no ciclo global do nitrogênio), a humanidade já transgrediu essas fronteiras⁶⁵. Concluem que a humanidade precisa se tornar um guardião ativo de todas as fronteiras planetárias - as nove já identificadas e outras que possam vir a sê-lo no futuro - a fim de evitar o risco de adversidades sociais e ambientais em longo prazo desastrosas.

No enfrentamento dessa questão, a economia, enquanto ciência voltada para a organização da nossa “Casa Planetária”, desempenha um inegável protagonismo, sobretudo no estabelecimento de suas relações com o meio ambiente.

O ambiente e o sistema econômico interagem, quer através dos impactos que o sistema econômico provoca no ambiente, quer através

⁶⁴ ROCKSTRÖM, Johan et al. Planetary boundaries: exploring the safe operating space for humanity. **Ecology and Society**, v. 14, n. 2, 2009. Disponível em: <<http://www.ecologyandsociety.org/vol14/iss2/art32/>>. Acesso em: 08 jul. 2018.

⁶⁵ ROCKSTRÖM, Johan et al. Planetary boundaries: exploring the safe operating space for humanity. **Ecology and Society**, v. 14, n. 2, 2009. Disponível em: <<http://www.ecologyandsociety.org/vol14/iss2/art32/>>. Acesso em: 08 jul. 2018, p. 2.

do impacto que os recursos naturais causam na economia⁶⁶. Afora isso, a degradação ambiental pode, e isso se apresenta cada dia mais sensível, tornar-se irreversível. “A extinção de espécies não pode ser revertida, a proteção da irradiação ultravioleta oferecida pela camada de ozônio não tem substituto perfeito na prática”⁶⁷. As propriedades únicas, específicas, do ambiente insinuam que há urgência na adoção de novos comportamentos e políticas econômicas que evitem a total escassez dos recursos naturais.

Se nas épocas geológicas precedentes a ação do homem foi praticamente irrelevante para promover bruscas alterações no meio ambiente, no Antropoceno converte-se em principal agente das transformações.

Como essas são realizadas com base em interesses econômicos, os quais se alimentam e amplificam devido às possibilidades derivadas da tecnologia⁶⁸, a degradação ambiental é inegavelmente afetada por certos modos de produção. Ainda que seja por razões opostas às da Antiguidade, o excesso e não o defeito do aprimoramento tecnológico aplicado à utilização da natureza, o universo em que se desenvolve a vida humana na atualidade começa a parecer um sistema fechado, onde todos os espaços estão distribuídos dentro de um equilíbrio global e nenhum pode se modificar sem que dele derivem consequências para o conjunto. “O chamado ecossistema é o equivalente moderno do cosmos fechado dos antigos”⁶⁹.

⁶⁶ MARQUES, João Fernando; COMUNE, Antônio Evaldo. A teoria neoclássica e a valoração ambiental. In: ROMEIRO, Ademar Ribeiro; REYDON, Bastiaan Philip; LEONARDI, Maria Lucia Azevedo (Org.). **Economia do meio ambiente: teoria, políticas e a gestão de espaços regionais**. 3. ed. Campinas: Unicamp, 2001, p. 24-44, p. 24.

⁶⁷ MARQUES, João Fernando; COMUNE, Antônio Evaldo. A teoria neoclássica e a valoração ambiental. In: ROMEIRO, Ademar Ribeiro; REYDON, Bastiaan Philip; LEONARDI, Maria Lucia Azevedo (Org.). **Economia do meio ambiente: teoria, políticas e a gestão de espaços regionais**. 3. ed. Campinas: Unicamp, 2001, p. 24-44, p. 24.

⁶⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 7. ed. Madrid: Trotta. 2007, p. 103.

⁶⁹ “El llamado ecosistema es el equivalente moderno del cosmos cerrado de los antiguos” – tradução livre da autora (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 7. ed. Madrid: Trotta. 2007, p. 103).

Pré-condição para qualquer avanço referente à relação do homem com a natureza é a percepção de que ela está dentro de nós tanto quanto nós estamos dentro dela. A biosfera⁷⁰ fornece condições prévias para alcançar e manter a dignidade da pessoa humana⁷¹ nas relações interpessoais⁷² e nas relações entre os humanos e a natureza⁷³.

Avulta-se o estudo das teorias econômicas que estão em constante renovação, buscando construir fórmulas para que a utilização humana dos recursos ambientais seja compatível com a dignidade da pessoa humana (nas suas dimensões individual, social e ecológica⁷⁴) e de todas as formas de vida.

1.1.2 Da economia clássica à neoclássica

Ao longo do século XX, cujo terço final certamente já se encontra na Época do Antropoceno, a chamada escola neoclássica de economistas ostentou inegável hegemonia. Rompendo com a ideia dos economistas clássicos de que a economia naturalmente iria acabar no

⁷⁰ Vide conceito no Cap. 1.

⁷¹ Conforme Petter, é o princípio da dignidade da pessoa humana que “confere unidade de sentido e legitimidade à ordem constitucional, existindo redobradas razões para constituir o fim mesmo da ordem econômica” (PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 174).

⁷² FOLKE, Carl et al. Social-ecological resilience and biosphere-based sustainability science. **Ecology and Society**, v. 21, n. 3, 2016. Disponível em: <<https://www.ecologyandsociety.org/vol21/iss3/art41/>>. Acesso em: 12 ago. 2018. No mesmo sentido ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Vida digna: direitos, ética e ciência. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 11-174, p. 78.

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 2, n. 3, p. 69-94, jul./dez. 2007, p. 93.

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 2, n. 3, p. 69-94, jul./dez. 2007, p. 93.

estado estacionário, com salários a um nível de subsistência e o excedente se alastraria para os proprietários de terra como aluguéis, sem nada restar para o lucro do capitalista⁷⁵ e, portanto, nenhum motivo para o crescimento futuro, os economistas neoclássicos pregam o crescimento econômico como panaceia para todos os males.

Os neoclássicos identificaram um princípio considerado universalmente válido: a economia volta-se basicamente para o estudo das formas assumidas pelo comportamento humano na disposição de meios escassos.

Keynes lançou mão de argumentos de macroeconomia⁷⁶, preocupando-se com os determinantes das quantias totais de consumo, poupança, renda, produção e emprego. Atentou para o crescimento da economia, mas não para os limites dos insumos ambientais. Ao contrário, a prosperidade, na sua visão, seria ininterrupta se as políticas fiscais e monetárias fossem seguidas pelos governos⁷⁷.

Para Cechin, “a economia de boa parte do sec. XX foi uma combinação da microeconomia⁷⁸ neoclássica com a macroeconomia inspirada no keynesianismo”⁷⁹.

Os teóricos da economia neoclássica dizem que “basta fazer a economia crescer (ou seja, incrementar a produção de bens e serviços e estimular os gastos dos consumidores), e a riqueza se propagará de cima

⁷⁵ DALY, Herman. **Beyond growth**: the economics of sustainable development. Boston: Beacon Press, 1996, p. 3.

⁷⁶ “Macroeconomia é o estudo das variáveis econômicas agregadas, como o produto da economia como um todo ou o preço médio dos bens” (BLANCHARD, Olivier. **Macroeconomia**. 3. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2004, p. 602).

⁷⁷ CECHIN, Andrei. **A natureza como limite da economia**: a contribuição de Nicholas Georgescu-Roegen. São Paulo: Editora Senac, 2010, p. 37.

⁷⁸ Microeconomia é o ramo da ciência econômica voltado ao estudo do comportamento dos indivíduos no mercado, ao estudo das empresas e seus respectivos custos e produções e ao estudo da geração e preços dos diversos bens, serviços e fatores produtivos (GARÓFALO, Gílson de Lima. Considerações sobre a microeconomia. In: PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio de (Org.). **Manual de economia** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 101).

⁷⁹ CECHIN, Andrei. **A natureza como limite da economia**: a contribuição de Nicholas Georgescu-Roegen. São Paulo: Editora Senac, 2010, p. 37.

para baixo na sociedade”⁸⁰. Apregoam os neoclássicos uma visão assaz otimista de que os avanços tecnológicos serão capazes de compensar a ampliação de uso dos recursos naturais demandada pela humanidade⁸¹. O modelo econômico neoclássico assume uma forma livre e de infinito suprimento de recursos naturais, ignorando os limites ao crescimento econômico imposto por uma capacidade ambiental finita⁸². Parece supor a presença eterna, *ad infinitum* dos recursos naturais para serem usados sem freio e sem o impacto do incontrolável carrossel de produção e de consumo.

A economia neoclássica desconsidera, ainda, como aponta Durán⁸³, qualquer impacto ambiental de produtos biofísicos, como resultado de processos de produção e consumo. Mais grave ainda é que essa perspectiva supõe que esses impactos não têm condições de afetar a dinâmica de expansão interminável da economia, numa relação de crescimento dissociada dos condicionamentos impostos pela biosfera.

Durante a maior parte do século passado, com o domínio dos economistas neoclássicos, as energias humanas foram direcionadas ao crescimento econômico, à produção e distribuição de bens e serviços para a produção de riqueza. A política econômica centrou-se no consumo.

Crescimento econômico⁸⁴ e a geração de riqueza se converteram nos principais sinais de desenvolvimento, com a ignorância

⁸⁰ DALY, Herman. Sustentabilidade em um mundo lotado. **Scientific American Brasil**, 2005. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/sciam/reportagens/sustentabilidade_em_um_mundo_lotado.html>. Acesso em 05 jan. 2018.

⁸¹ STIGLITZ, Joseph. A neoclassical analysis of the economics of natural resources. In: SMITH, Vicent Kerry (Org.). **Scarcity and growth reconsidered**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1979, p. 36-66, p. 36.

⁸² BOSSELMANN, Klaus; KIM, Rakhyun E. Operationalizing sustainable development: ecological integrity as a grundnorm of international law. **RECIEL**, Review of European, comparative and international environmental law, v. 24, p. 194-218, 2015, p. 194.

⁸³ DURÁN, Ramón Fernández. **El antropoceno: la expansión del capitalismo global choca con la biosfera**. Barcelona: Vírus, 2011, p. 13.

⁸⁴“Crescer por crescer, é a filosofia da célula cancerosa”, banner colocado por estudantes e citado em artigo do economista DOWBOR, Ladislau. O debate sobre o PIB: "estamos fazendo a conta errada". **Carta Maior**, 07

de que os seres humanos são dependentes de uma economia natural mais ampla. Os economistas neoclássicos tratam o sistema econômico como autocontido, desconectado de seu entorno, e não como um subsistema dependente de um sistema terrestre finito⁸⁵.

Diferentemente dos economistas clássicos, os atuais adeptos da economia neoclássica baseiam-se em parâmetros não físicos e indagam como as variáveis físicas em termos quantitativos de bens produzidos e recursos usados precisam ser ajustados para moldar um equilíbrio determinado por esses parâmetros não físicos. Consideram que as condições não físicas (qualitativas) estão dadas e que tudo é uma questão de ajuste das condições físicas (quantitativas).

A vida social e econômica é concebida, na visão dos economistas neoclássicos, como um ciclo fechado e autossuficiente, no qual renda e produtos circulam entre indivíduos, domicílios, empresas e governos sem que matéria e energia, poluição e biodiversidade exerçam função com alguma expressão no mercado⁸⁶. Isso conduz à falsa percepção de que o futuro será uma réplica do passado e de que não há limites para o crescimento⁸⁷.

A partir da definição de capital como sendo genericamente um estoque de materiais ou informações existentes em determinado ponto no tempo, cada tipologia de estoque de capital gera, de forma autônoma ou em conjunto com serviços de outro estoque de capitais, um fluxo de serviços que pode ser usado para transformação ou para configuração

maio 2009. Disponível em: <<https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Economia/O-debate-sobre-o-PIB-estamos-fazendo-a-conta-errada-7/15213>>. Acesso em: 01 maio 2018.

⁸⁵ WESTRA, Laura et al. **Globalisation and ecological integrity in science and international law**. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, 2011, p. 21. No mesmo sentido, DALY, Herman. Elements of environmental macroeconomics. In: COSTANZA, Robert (Org.). **Ecological economics: the science and management of sustainability**. New York: Columbia University Press, 2011. p. 32-46. Disponível em: <<http://ebookcentral.proquest.com/lib/pace/detail>>. Acesso em: 30 out. 2017.

⁸⁶ ABRAMOVAY, Ricardo. **Muito além da economia verde**. São Paulo: Abril, 2012, p. 88-89.

⁸⁷ ABRAMOVAY, Ricardo. **Muito além da economia verde**. São Paulo: Abril, 2012, p. 90.

espacial de materiais, com o escopo de aumentar o bem-estar dos humanos⁸⁸.

De acordo com a teoria neoclássica, os ajustes entre as condições físicas e não físicas quase sempre envolvem crescimento.

Andrade identifica dois grandes ramos da economia ambiental neoclássica. O primeiro e mais difundido é o da chamada economia da poluição, cujo substrato inicial é a teoria do bem-estar (*welfare economics*), elaborada por Pigou nos primórdios do Século XX.

A análise pigouviana foca o meio ambiente como um bem público que recebe rejeitos – externalidades negativas. Essas externalidades geram a diferença entre custos sociais marginais e custos privados marginais, o que altera a eficiência de Pareto⁸⁹: produz a distinção entre a quantidade socialmente ótima e a quantidade privada ótima⁹⁰.

Pigou adota a chamada política de correção do mercado, na qual sustenta que o mercado produz deseconomias externas (efeitos danosos da produção privada) e economias externas (efeitos benéficos que ampliam o nível de qualidade de vida). Em ambos os casos, na visão de Pigou, o mercado não transporta todas as informações necessárias para que seus agentes – empresas e consumidores – possam realizar uma ótima alocação de recursos. Justamente para corrigir esse déficit, Pigou propõe que deve o Estado introduzir um sistema de impostos, em caso de deseconomia externa, e de subvenções ou incentivos, no de economia externa⁹¹.

Um dos principais expoentes dessa linha de pensamento – Sir Anthony Fisher – considera possível que a melhora tecnológica seja

⁸⁸ COSTANZA, Robert et al. The value of the world's ecosystem services and natural capital. *Nature*, v. 387, p. 253-260, 15 maio 1997, p. 254.

⁸⁹ O italiano Vilfredo Pareto, a partir de suas observações sobre a propriedade fundiária na Itália, concluiu que “o bem-estar de uma sociedade é máximo se não existe outro estado tal que seja possível aumentar o bem-estar de um indivíduo sem diminuir o bem-estar dos demais; isto é, não há forma de melhorar a situação de um, sem prejudicar a situação dos outros (Ótimo de Pareto)” (GARCIA, Fernando. *Os economistas: Vilfredo Pareto*. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 13).

⁹⁰ ANDRADE, Daniel Caixeta. *Valoração econômico ecológica: bases conceituais*. São Paulo: Annablume, 2013, p. 25.

⁹¹ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 108-109.

capaz de reduzir a degradação ambiental. O esgotamento de recursos para os países mais pobres, segundo ele, pode de fato cruzar um limiar devido à escassa margem de manobras⁹²; em contraste, os ricos geralmente podem substituir seus problemas relacionados ao ambiente. Bem mais otimistas, Baumol, Blackman e Wolf consideram que, graças ao desenvolvimento tecnológico, a quantidade disponível de recursos não-renováveis aumentará indefinidamente, apesar do incessante consumo⁹³.

A segunda corrente é conhecida como a da economia dos recursos naturais. Inicialmente arquitetada por Hotelling, aponta para o risco de exaurimento total dos recursos naturais esgotáveis e, a partir disso, reconhece a necessidade de regradar sua exploração, partindo da ideia de correspondência entre a taxa ótima de produção e apropriação ótima dos recursos⁹⁴.

Esse conjunto de teóricos (alguns mais pessimistas que outros) resolveram avaliar economicamente os bens e serviços ambientais, a partir da premissa de que, por sua inegável escassez, mereceriam compor as estimativas econômicas. Desenvolveram e aprofundaram, então, não somente conceitos e métodos para a valoração do meio ambiente, como também instrumentos de política, que vão desde o imposto “pigouviano” ao leilão de licenças para poluir, passando pelos subsídios, quotas, taxas, regulamentos e padrões fixados para gerenciamento ambiental⁹⁵.

Uma das alternativas para retificar a lógica das externalidades foi proposta pelo Nobel da Economia, Ronald Coase, o qual advogava uma solução eficiente norteada pela definição dos direitos de

⁹² FISHER, Anthony C. **Resources and environmental economics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1981.

⁹³ BAUMOL, William J.; BLACKMAN, Sue; WOLF, Edward. Depletion of natural resources: must economic growth mortgage the future? In: **PRODUCTIVITY and american leadership**. Cambridge: The MIT Press, 1989, Cap. 10, p. 223.

⁹⁴ HOTTELING, Harold. The economics of exhaustible resources. **The Journal of Political Economy**, v. 39, n. 2, p. 137-175, apr. 1931.

⁹⁵ MARQUES, João Fernando; COMUNE, Antônio Evaldo. A teoria neoclássica e a valoração ambiental. In: ROMEIRO, Ademar Ribeiro; REYDON, Bastiaan Philip; LEONARDI, Maria Lucia Azevedo (Org.). **Economia do meio ambiente: teoria, políticas e a gestão de espaços regionais**. 3. ed. Campinas: Unicamp, 2001, p. 24-44, p. 29.

propriedade. Ao contrário de Pigou, que defendia a intervenção do Estado através da criação de um imposto para corrigir as externalidades ou mesmo de subsídios⁹⁶, Coase⁹⁷ apregoava que o próprio mercado resolvesse essa questão das externalidades através da livre negociação, o que permitiria uma melhor absorção pela própria sociedade⁹⁸.

Esse autor era descrente do papel do Estado como redistribuidor ou elevador de impostos, pregando um sistema global de *property rights*, apto a controlar as externalidades.

Incorporando uma perspectiva assaz otimista no sentido de que o aprimoramento tecnológico é capaz de superar qualquer esgotamento de recurso natural não-renovável, a economia ambiental possui uma crença forte na expansão da atividade econômica⁹⁹.

Os economistas ambientais consideram possível traduzir todos os componentes do sistema econômico em uma unidade comum - os preços. Essa unidade faz abstração de seus fundamentos materiais, energéticos e biológicos e não oferece arcabouço teórico e métodos adequados para superar os desafios da intensa degradação humana sobre o planeta, por três razões apontadas por Andrade e Romeiro: (1) não reconhece a problemática dos limites do capital natural¹⁰⁰ enquanto obstáculo para contínuo aumento do sistema econômico, uma vez que entende que o progresso tecnológico é apto a substituir os diversos tipos de capital que assegurarão que sua perda não danifique a atual engrenagem econômica; (2) sua visão pré-analítica não vê o sistema

⁹⁶ PIGOU, Arthur. **The economics of welfare**. New York: Macmillan, 1920.

⁹⁷ COASE, Ronald. The problem of social cost. **The Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1-44, oct. 1960.

⁹⁸ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 107.

⁹⁹ MUELLER, Charles. **Os economistas e as relações entre o sistema econômico e o meio ambiente**. Brasília: Editora UNB, 2007, p. 143.

¹⁰⁰ Para Costanza, considera-se capital natural a soma total dos sistemas ecológicos que suportam a vida e que se distinguem do capital elaborado pelo homem por não serem passíveis de fabricação pelo engenho humano. Ele o considera uma extensão da noção econômica de capital (meios de produção manufaturados) que se projeta para os bens e serviços da natureza (COSTANZA, Robert. Natural capital. **Encyclopedia of Earth**. 2008. Disponível em: <https://editors.eol.org/eoearth/wiki/Natural_capital>. Acesso em: 19 set. 2018).

econômico como inserido em um sistema maior que o sustenta e (3) o *mainstream* neoclássico falha ao não reconhecer a complexidade dos nexos entre o sistema econômico e sua base ecológica, desconsiderando a base vital sobre a qual se constroem todas as relações econômicas e sociais entre os homens¹⁰¹ e dos homens com a própria natureza.

Enquanto entidades majoritariamente insubstituíveis, a diversidade biológica e os serviços ecossistêmicos devem ser tratados por abordagens que reconheçam, primeiramente, sua essencialidade para a vida humana e suas especificidades, superando os equívocos da abordagem neoclássica no tratamento da questão¹⁰².

Grossman e Krueger são exemplos de economistas neoclássicos que, partindo da análise de dados obtidos por meio de quatro indicadores (concentrações de poluentes no ar das cidades, estado do oxigênio nas bacias hidrográficas, concentrações de coliformes fecais em bacias hidrográficas e concentrações de metais pesados em bacias hidrográficas), consideram não haver evidências de que a qualidade ambiental se deteriore com o crescimento econômico. Ao contrário, consideram que o crescimento econômico apresenta uma fase inicial de elevada deterioração ambiental até que, a partir de um crescimento compatível com uma renda *per capita* em torno de 8000 dólares/ano, surja uma nova fase de melhorias¹⁰³.

Essa visão, entretanto, desconsidera o caráter global do sistema econômico. Logo, para que os países ditos desenvolvidos possam preservar suas condições ambientais – e sua qualidade de vida – é imperativo que utilizem os recursos naturais dos países periféricos, subdesenvolvidos ou em desenvolvimento.

Avaliando o processo de globalização em seu viés ambiental, Christoff e Eckersley comprovam que a degradação ambiental se manifestou claramente antes do crescimento econômico neoliberal nos anos 80. Essa degradação foi o resultado sobretudo de uma longa onda

¹⁰¹ ANDRADE, Daniel Caixeta; ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Degradação ambiental e teoria econômica: algumas reflexões sobre uma “economia dos ecossistemas”. **Economia**, Brasília, v. 12, p. 3-26, jan./abr. 2011, p. 5.

¹⁰² ANDRADE, Daniel Caixeta; ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Degradação ambiental e teoria econômica: algumas reflexões sobre uma “economia dos ecossistemas”. **Economia**, Brasília, v. 12, p. 3-26, jan./abr. 2011, p. 5.

¹⁰³ GROSSMAN, Gene; KRUEGER, Alan. Economic growth and the environment. **The Quarterly Journal of Economics**, Boston, v. 110, n. 2, p. 353-377, may 1995.

de modernização que iniciou com a expansão do imperialismo europeu no início da era moderna. Entretanto, a fase neoliberal da globalização econômica tem acelerado dramaticamente e intensificado a degradação ambiental até o ponto em que pode colapsar o amplo processo de globalização e o sistema de suporte da vida na Terra¹⁰⁴.

A expansão internacional do mercado capitalista reforçada pelas novas tecnologias de comunicações e transportes acentuou o fenômeno da compressão do espaço e tempo, que é a marca registrada do processo de Pós-modernidade¹⁰⁵. Esses desenvolvimentos produziram consequências políticas, como o crescimento das interconexões da economia mundial que provocou, a seu turno, o crescimento de desconexões ecológicas, ampliando a separação entre tomadores de decisões (tanto produtores como consumidores) e afetando os diversos ecossistemas planetários em graus e escalas distintas¹⁰⁶.

Outro ponto interessante que conecta a realidade em curso ao fato consumado diz respeito à antítese entre tempo do mercado e o tempo da democracia. O tempo rápido do mercado favorece a formação das situações consolidadas¹⁰⁷, pois a democracia requer um tempo de maturação para acontecer, procedimentalização, formação de espaços de participação (ágoras) e de informação. O próprio Judiciário, em seu papel de veículo de garantias dos bens e direitos fundamentais, movimentou-se no Brasil de uma maneira pouco ágil.

Ao lado disso, esse processo de constrição tempo/espaço ampliou nossa capacidade de afetar um maior número de ecossistemas no planeta em uma carga mais ampla¹⁰⁸ e reconfigurou as relações entre

¹⁰⁴ CHRISTOFF, Peter; ECKERSLEY, Robyn. **Globalization and the environment**. Lanham: Rowman and Littlefield, 2013, p. 161.

¹⁰⁵ HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. 13. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

¹⁰⁶ CHRISTOFF, Peter; ECKERSLEY, Robyn. **Globalization and the environment**. Lanham: Rowman and Littlefield, 2013, p. 162.

¹⁰⁷ CHESNEAUX, Jean. Tirania do efêmero e cidadania do tempo. In: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya (Org.). **A sociedade em busca de valores: para fugir à alterantiva entre o cepticismo e o dogmatismo**. Lisboa: Piaget, 1996, p. 117-127, p. 127.

¹⁰⁸ MARCOTULLIO, Peter et al. Faster, sooner, and more simultaneously: how recent road and air transportation CO₂ emission trends in developing countries differ from historic trends in the United States. **Journal of Environment and Development**, v. 14, n. 1, p. 125-148, march 2005.

quem colhe os benefícios da globalização e quem sofre os impactos ecológicos e sociais através do espaço e do tempo¹⁰⁹. Prova disso é a alteração promovida nos padrões de risco ao longo do tempo: dos tradicionais riscos confinados em um ambiente fechado migrou-se para riscos igualmente pós-modernos fruto da combinação de uma série de fatos associados, como por exemplo: inalação de pesticidas, desastres ambientais associados a atividades econômicas perigosas. Como já sublinhado quando nos comentários sobre o Antropoceno, não há uma linearidade ou simetria entre os geradores dos riscos/danos e aqueles que com eles padecem. A diluição e assimetria dos riscos são traços do modelo retratado por Beck de sociedade de riscos, que será mais bem desenvolvido no capítulo 3.

Muitos dos países mais pobres do mundo, nos quais a desnutrição ainda é um fator de imensa preocupação, são aqueles que apresentam uma biodiversidade riquíssima¹¹⁰; os países mais ricos, porém, foram os que obtiveram os maiores benefícios com a exploração das espécies e ecossistemas da Terra no passado. Por sua vez, os países em desenvolvimento estão sendo convidados a se abster de práticas (por exemplo, explorar os combustíveis fósseis e as florestas) que permitiram ao mundo desenvolvido adquirir sua pujança econômica e, atendendo às suas necessidades de desenvolvimento insatisfeitas, eles não têm vontade de exercer moderação na exploração desses recursos sem a devida assistência ou compensação providos pelos países desenvolvidos¹¹¹.

Não é possível esquecer que se vive em uma Terra lotada, com intensa exploração de recursos naturais que não permite mais o jogo do faz de conta que o ecossistema é ilimitado¹¹². Chega-se tarde à lucidez !

¹⁰⁹ CHRISTOFF, Peter; ECKERSLEY, Robyn. **Globalization and the environment**. Lanham: Rowman and Littlefield, 2013, p. 162.

¹¹⁰ Vide mapa disponível em: <http://farm1.staticflickr.com/485/32235876331_40f981fe77_o.jpg>. Acesso em 01 jul. 2018.

¹¹¹ CHRISTOFF, Peter; ECKERSLEY, Robyn. **Globalization and the environment**. Lanham: Rowman and Littlefield, 2013, p. 163-164.

¹¹² DALY, Herman. Sustentabilidade em um mundo lotado. **Scientific American Brasil**, 2005. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/sciam/reportagens/sustentabilidade_em_um_mundo_lotado.html>. Acesso em 05 jan. 2018.

A questão é que o crescimento econômico não induz necessariamente à preservação ou utilização racional dos recursos ambientais. Ao contrário, no modelo capitalista globalizado dominante, os elevados custos sociais associados à concentração de renda somam-se aos custos ecológicos ampliados, conduzindo à conclusão de que não estamos a rumar para um desenvolvimento sustentável, mas para uma estrutura cada vez mais perdulária, com renda concentrada e exaurimento dos recursos ambientais.

Nesse contexto, toma-se de empréstimo a fórmula do “Mito do desenvolvimento econômico”¹¹³, muito bem trabalhada por Furtado, comparável a uma fantasia, a um patamar inatingível para um sistema econômico que solapa recursos naturais, agrava a desigualdade de renda e tende ainda a produzir uma homogeneização cultural igualmente lesiva. Para caracterizar essa visão, Furtado lembra o papel que os mitos têm exercido, influenciando aqueles que buscam compreender a realidade social. O mito compara-se a um plano de ação pronto, fruto do imaginário social, uma construção cultural¹¹⁴. Como destaca Bosselmann, nossa era do capitalismo industrial está plena de mitos, dentre os quais destaca o dos recursos naturais ilimitados¹¹⁵.

Em termos do desenvolvimento, segundo Furtado, o papel diretor do mito poderia ser percebido no fato de que a literatura sobre o tema, até começos da década de setenta, em pelo menos noventa por cento dos casos, ancora-se na ideia, havida como irrefutável, de que o desenvolvimento econômico, tal qual vem sendo praticado pelos países que lideraram a revolução industrial, pode ser universalizado. O economista nega veementemente essa hipótese sob o fundamento de que

¹¹³ A ideia do mito é retomada por Morin e Kern com foco no “mito do desenvolvimento global”. Consideram que o desenvolvimento é um chavão “onusiano” disseminado que retrata, na verdade, uma ideia trágica. O desenvolvimento global busca, por um lado, a redução das desigualdades extremas e a dispensa aos indivíduos de um máximo de felicidade possível. Por outro lado, desconsidera os problemas humanos de identidade, os problemas ecológicos, psíquicos e morais (MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-pátria**. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2003, p. 78)

¹¹⁴ FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1974.

¹¹⁵ BOSSELMANN, Klaus. Grounding the rule of law. In: VOIGT, Christina (Ed.). **Rule of law for nature**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 75-93, p. 85,

a extensão das formas de consumo dos países centrais no sistema econômico mundial (ditos desenvolvidos) aos não desenvolvidos não tem cabimento nas possíveis evoluções do sistema. O autor afirmou que o estilo de vida desses países afortunados envolve elevado custo, em termos de depredação do mundo físico e que a perspectiva de estendê-lo poria de vez em risco a sobrevivência da humanidade¹¹⁶.

O pioneirismo de Furtado, no entanto, não se circunscreveu apenas à identificação do mito mas se deveu também ao fato de ter sido ele um dos primeiros economistas brasileiros a apontar para os limites planetários, quando advertiu o quanto esse modelo de “crescimento” da economia impacta o meio físico e destacou os estudos econômicos para o Clube de Roma, resumidos em *The Limits to Growth*, ainda que não concordasse integralmente com suas conclusões¹¹⁷.

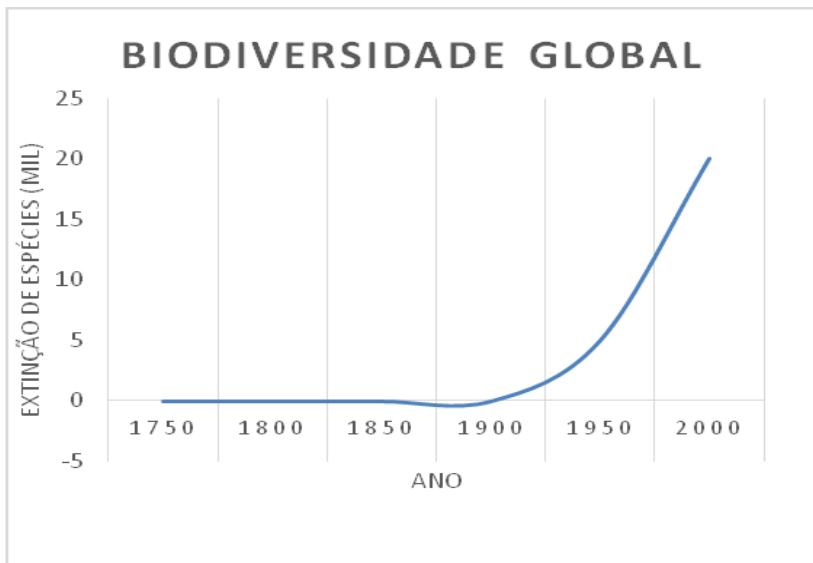
Alguns anos mais tarde, outro estudo lançou novas bases para uma abordagem da complexa relação entre economia e ecologia: *The folly of growth*¹¹⁸. Trata-se de um fascículo da Revista *NewScientist* no qual diversos articulistas proclamam a falácia do crescimento econômico. A partir de dados estatísticos compilados em gráficos que demonstram a crise que abate o planeta, os autores refutam a ideia de que o crescimento é a única força capaz de retirar os pobres da situação de miséria, alimentar a população em franco crescimento, acertar as contas públicas e estimular o desenvolvimento tecnológico, além de fomentar os sempre mais caros estilos de vida e de consumo.

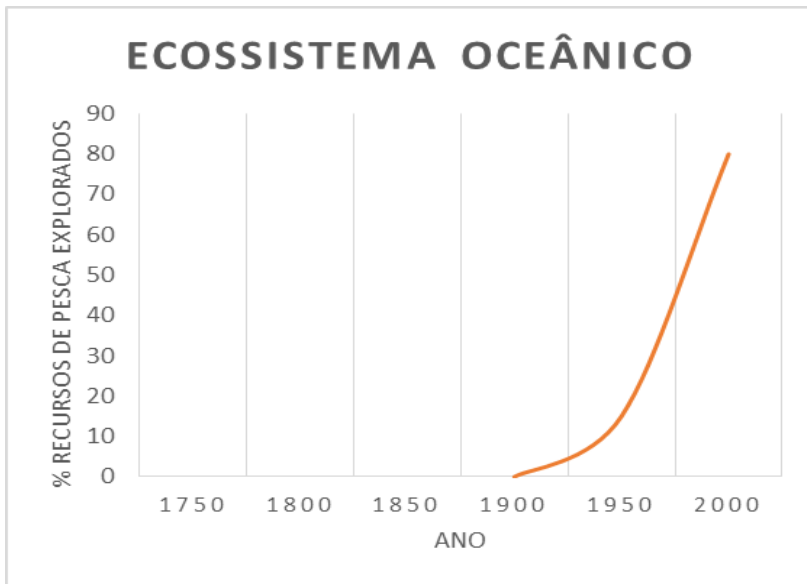
¹¹⁶ FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1974, p. 88.

¹¹⁷ FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1974, p. 89.

¹¹⁸ THE FOLLY of growth. *NewScientist*, 18 out. 2008. Disponível em: <http://www.unice.fr/sg/resources/docs/Economy-kill-planet_b.pdf>.

Acesso em: 25 jun. 2017.

Figura 1 - Gráficos que ilustram a crise Planetária



Fonte¹¹⁹

Os articulistas procuraram traçar uma nova perspectiva econômica redesenhada fora da ideia de crescimento econômico, partindo da seguinte pergunta: como iremos encaixar a finitude dos recursos da Terra na perspectiva de um crescimento econômico? Esse estudo, aliado aos estudos de Daly, alavancaram a escola da economia ecológica.

1.1.3 A economia ecológica, o estado estacionário e o decrescimento

Capitaneados por Daly, os teóricos da chamada economia ecológica apregoam a ruptura com o modelo reducionista da economia neoclássica. Tendo como pressuposto a análise do sistema econômico com base em seus fundamentos biofísicos-ecológicos, a economia ecológica propõe a integração de conceitos oriundos das Ciências Sociais, notadamente da Economia, e das Ciências Naturais, com ênfase

¹¹⁹ SPECIAL report: the facts about overconsumption. **NewScientist**, 15 oct. 2008. Disponível em: <<https://www.newscientist.com/article/dn14950-special-report-the-facts-about-overconsumption>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

na biologia e na ecologia, para uma análise sistêmica dessa complexa relação.

Para que se tenha uma avaliação real de uma economia verdadeiramente sustentável, Daly¹²⁰ aventa que outros parâmetros, diversos do PIB (Produto Interno Bruto), sejam levados em consideração.

Em países prósperos como Estados Unidos da América e Reino Unido, há evidências de que ultrapassaram os limites planetários e essa questão não é traduzida no PIB. Daly sugere o ingresso, nessa avaliação, de outros índices como, por exemplo, o “Índice de bem-estar econômico sustentável”, o “Indicador de progresso genuíno”, a “Pegada Ecológica” e o “Índice de Planeta Feliz”, pois há indicativos de que um PIB mais elevado possa redundar em decréscimos desses outros índices ligados à sustentabilidade¹²¹. Na mesma linha, Costanza *et al* defendem a ideia de um índice econométrico capaz de mensurar o bem-estar economicamente sustentável, para cujo cálculo deveriam ingressar variáveis como impactos negativos no capital natural, disparidades de riqueza entre classes, efeitos de poluição e outros danos ambientais e sociais de longo termo¹²².

Ciente das dificuldades de aceitação política de suas ideias, Daly insiste na tese de uma economia estacionária (*steady-state economy*)¹²³, a qual seja mantida num nível capaz de ser absorvido pelos limites planetários.

“Steady-state economy” opõe-se ao crescimento econômico na medida em que esse implica aumento na escala física de uso de matéria e energia (*throughput*) que sustenta as atividades econômicas relacionadas à produção e consumo. No estado estacionário, o uso de matéria e energia (*throughput*) tem de se manter constante, conquanto sua

¹²⁰ DALY, Herman. On a road to disaster. **NewScientist**, p. 46-47, 18 out. 2008. Disponível em: <http://www.unice.fr/sg/resources/docs/Economy-kill-planet_b.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2017, p. 47.

¹²¹ DALY, Herman. On a road to disaster. **NewScientist**, p. 46-47, 18 out. 2008. Disponível em: <http://www.unice.fr/sg/resources/docs/Economy-kill-planet_b.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2017, p. 47.

¹²² COSTANZA, Robert et al. **An introduction to ecological economics**. Boca Raton: St Lucie Press, 1997, p. 142-143.

¹²³ DALY, Herman. On a road to disaster. **NewScientist**, p. 46-47, 18 out. 2008. Disponível em: <http://www.unice.fr/sg/resources/docs/Economy-kill-planet_b.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2017, p. 47.

alocação entre os diversos usos seja livre para variar de acordo com as tendências do mercado¹²⁴.

Partindo das ideias de John Stuart Mill¹²⁵, inclinado a acreditar que um estado estacionário da economia poderia coincidir com uma situação ótima de abundância e bem-estar, os teóricos da economia ecológica, liderados por Daly e Farley¹²⁶, apontam para um possível crescimento antieconômico, definido como o “crescimento de uma macroeconomia que custa mais do que vale¹²⁷”, no qual a expansão provoca perda de serviços ecossistêmicos muito mais valiosos do que os benefícios de uma produção econômica excedente ou expandida.

A principal ideia de uma economia estável preconizada por Daly, Farley e por outros teóricos da economia ecológica centra-se na manutenção de uma constância em estoques de riqueza e população em níveis suficientes para uma longa e boa vida. Os níveis de produção devem se circunscrever aos limites das capacidades regenerativas e de absorção do ecossistema¹²⁸.

Uma das metáforas interessantes para construção da concepção de uma economia ecológica foi idealizada pioneiramente por Boulding, economista que se notabilizou por sua preocupação com o meio ambiente. Boulding sugeriu a migração de um modelo de *cowboy economy* para o de *spaceship economy*¹²⁹. No primeiro, as pessoas ostentam pouca preocupação sobre a qualidade do meio ambiente e da natureza, pois a economia se concentra em trocas locais e nacionais. Isso as leva a achar que alterações, trocas de locais, prospecção de novos locais de matéria-prima e movimentos para uso de novos recursos apresentam-se como soluções. A economia da espaçonave caracteriza-se

¹²⁴ DALY, Herman. **Beyond growth: the economics of sustainable development**. Boston: Beacon Press, 1996, p. 31.

¹²⁵ MILL, John Stuart. **Princípios de economia política**. São Paulo: Abril, 1983.

¹²⁶ DALY, Herman; FARLEY, Joshua. **Economia ecológica: princípios e aplicações**. Lisboa: Instituto Piaget, 2004.

¹²⁷ DALY, Herman; FARLEY, Joshua. **Economia ecológica: princípios e aplicações**. Lisboa: Instituto Piaget, 2004, p. 513.

¹²⁸ DALY, Herman; FARLEY, Joshua. **Economia ecológica: princípios e aplicações**. Lisboa: Instituto Piaget, 2004, p. 39.

¹²⁹ BOULDING, Kenneth Ewart. The economics of the coming spaceship earth. In: JARRET, Henry (Ed.). **Environmental quality in a growing economy**. Baltimore: John Hopkins University Press, 1966, p. 3-14.

por enxergar o mundo como um espaço limitado em termos de materiais e suprimentos alimentares. A estratégia de sobrevivência, nesse caso, é o uso módico e responsável de materiais, energia e recursos da biota e a maximização da reciclagem de substâncias, materiais e produtos.

Colaço Antunes, a partir da premissa de que o meio ambiente é cada vez mais um produto cultural frente às intensas intervenções humanas, sugere essa mesma necessidade de migração da economia *cowboy* para uma economia da preservação¹³⁰.

A ideia de estabilidade ajusta-se plenamente ao mito de Sísifo¹³¹, lembrado por Zagrebelsky. No Antropoceno, o Homem deve tratar a Terra com técnicas que aliviem os destroços que ele mesmo causou. A relação materna de outrora - em que os humanos tinham a convicção de que a natureza seria sempre propícia a dar continuidade a suas ações e intenções - mudou de signo e, como Sísifo, o homem deve transportar continuamente seu fardo para repor pedra sobre pedra no monte da natureza. Para evitar a catástrofe, é preciso deter as alterações na natureza - as quais façam cair mais pedras do que a civilização tenha condições de fazer retornar ao topo¹³².

Esse novo paradigma remete para uma plena desconexão das ideias entre crescimento e desenvolvimento. O primeiro nem sempre é econômico tampouco é sustentável. O segundo pode ser sustentável ou não.

O Direito também há de se conformar a uma visão de comunidade moral ampliada que transcenda à geração atual e mesmo à

¹³⁰ ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental**: para uma tutela preventiva do ambiente. Coimbra: Almedina, 1998, p. 53-57.

¹³¹ Camus compara o absurdo da vida humana à situação de Sísifo, um personagem da mitologia grega que foi condenado a repetir eternamente a tarefa de empurrar uma pedra até o topo de uma montanha, sendo que, toda vez que estava quase alcançando o cume, a pedra rolava novamente montanha abaixo até o ponto de partida por meio de uma força irresistível, invalidando completamente o duro esforço despendido (CAMUS, Albert. **O mito de Sísifo**. Rio de Janeiro: Record, 2018).

¹³² ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 104.

espécie humana, alcançando um compromisso ético-político forte o suficiente para debater a renúncia à própria ideia de crescimento¹³³.

Mesmo não descurando do importante conceito de eficiência¹³⁴, na economia ecológica é de suma importância que seja limitada a capacidade de carga sustentada por um dado ecossistema em um dado nível de consumo a partir da utilização de uma determinada tecnologia¹³⁵.

Portanto, para que de fato a economia ecológica, que teve o importante papel de revelar o quão dependente do meio ambiente é a Economia, consiga cumprir o seu projeto de assegurar um desenvolvimento social e ambientalmente justo para além do arco temporal das gerações presentes, é preciso avaliar se a chave para isso se dá através de um persistente crescimento econômico, como tem sido propagado pela grande maioria dos economistas neoclássicos, ou se o que importa é a compreensão daquilo que Daly chama de escala ótima da economia¹³⁶.

Traduzida em linguagem simples, essa noção pode ser reduzida ao crescimento econômico que cabe dentro do ecossistema e que reconhece a igualdade do direito das gerações presentes e futuras quanto à existência do meio natural a partir de um arco temporal que não se restrinja ao das presentes gerações. Nas palavras do economista Daly,

¹³³ GARRIDO PEÑA, Francisco. El decrecimiento y la soberanía popular como procedimiento. **Revista Res Publica**, Murcia, p. 471-477, 2009, Suplemento 1, p. 474.

¹³⁴ Eficiência na economia neoclássica tem a ver com atribuir de forma eficiente, ou seja, de forma que nenhuma outra atribuição de recursos pudesse melhorar a situação econômica pelo menos de uma pessoa sem piorar a de outra. Na visão Coaseana, os resultados têm de ser Pareto-eficientes, gerando resultados via internalização das externalidades (MELO, Melissa Ely. Pagamento por serviços ambientais (psa): entre a proteção e a mercantilização dos serviços ecossistêmicos no contexto da crise ambiental. **Tese** (Doutorado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015, p. 302-303. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/156745>>. Acesso em: 18.set.2018, p.71).

¹³⁵ DALY, Herman; FARLEY, Joshua. **Economia ecológica: princípios e aplicações**. Lisboa: Instituto Piaget, 2004, p. 33-34.

¹³⁶ DALY, Herman. **Beyond growth: the economics of sustainable development**. Boston: Beacon Press, 1996, p. 48.

A espécie humana necessita fazer a transição para uma economia sustentável – aquela que leve em conta os inerentes limites biofísicos do ecossistema global inclusive para que ele continue operando no futuro. Se não fizermos essa transição, nós nos lançaremos não somente num crescimento não econômico mas numa catástrofe que nos remeterá a níveis de vida muito mais baixos (tradução livre da **autora**)¹³⁷.

Em que pese o sem número de tratados internacionais versando sobre proteção ambiental e a gama enorme de legislação nacional e local, a prática do *business as usual* não dá sinais de retrocesso assim como a degradação ambiental a ela associada.

A questão é que o crescimento econômico não induz necessariamente a preservação ou utilização racional dos recursos ambientais. Ao contrário, no modelo capitalista globalizado dominante, os elevados custos sociais associados à concentração de renda somam-se aos custos ecológicos crescentes, conduzindo à conclusão de que não se está a rumar para um desenvolvimento sustentável, mas para uma estrutura cada vez mais destrutiva, com renda concentrada e exaurimento dos recursos ambientais.

Simms adverte que, a cada ano, a humanidade ultrapassa mais cedo a capacidade da biosfera suportar suas atividades. Em 2008, por exemplo, consumiu-se uma hipotética cota anual em torno do dia 23 de setembro, cinco dias mais cedo que no ano anterior. Isso faria com que em breve venham a ser necessários três planetas para o sustento do atual estilo de vida caso o padrão de consumo de todos fosse o equivalente ao

¹³⁷ “Humankind must make the transition to a sustainable economy—one that takes heed of the inherent biophysical limits of the global ecosystem so that it can continue to operate long into the future. If we do not make that transition, we may be cursed not just with uneconomic growth but with an ecological catastrophe that would sharply lower living standards”. (DALY, Herman. **Ecological economics and sustainable development: selected essays of Herman Daly**. Cheltenham: Edward Elgar, 2007. Disponível em: <http://library.uniteddiversity.coop/Measuring_Progress_and_Eco_Footprinting/Ecological_Economics_and_Sustainable_Development-Selected_Essays_of_Herman_Daly.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2017).

do estadunidense ou inglês médio¹³⁸. Projeções para o ano de 2050 apontam que, a persistir esse padrão, serão necessários mais de dois planetas para manutenção do atual nível de consumo¹³⁹.

Nas duas últimas décadas, um novo modelo de economia e de filosofia ambiental vem sendo arquitetado sobretudo a partir da América Latina. Trata-se da corrente que defende o decrescimento e o pós-extrativismo como novos padrões para transformar a sociedade e suas relações com a natureza¹⁴⁰.

Acosta e Brandt¹⁴¹, Leff¹⁴², Alier¹⁴³, Latouche¹⁴⁴ e outros pensadores propõem ir além da economia estacionária como forma de romper com o modelo extrativista que tem predominado, principalmente na América Latina e em outros países da periferia do sistema econômico mundial. Essa corrente denominada “decrecentista” é favorável à diminuição regular e paulatina de produção econômica com o fito de estabelecer uma nova relação de equilíbrio entre os seres humanos e entre o indivíduo e a natureza, rejeitando o modelo liberal do crescimento econômico e do produtivismo.

O extrativismo tem sido marcado, ao longo da história, como um conjunto de atividades que removem recursos naturais em larga escala, de forma intensiva bem como difunde cultivos na forma agroindustrial, com uso de muitos insumos e pouco beneficiamento, sempre com foco no atendimento das necessidades dos países centrais ou dominantes do sistema econômico. Não se limita à extração de

¹³⁸ SIMMS, Andrew. Trickle-down myth. **NewScientist**, p. 49, 18 out. 2008. Disponível em: <http://www.unice.fr/sg/resources/docs/Economy-kill-planet_b.pdf>. Acesso em: 25 jun 2017, p. 49.

¹³⁹ PEGADA ecológica global. Disponível em: <https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/especiais/pegada_ecologica/pegada_ecologica_global/>. Acesso em: 25 set. 2018.

¹⁴⁰ ACOSTA, Alberto; BRAND, Ulrich. **Salidas del labirinto capitalista: decrecimiento y postextractivismo**. Barcelona: Icaria, 2017, p. 31.

¹⁴¹ ACOSTA, Alberto; BRAND, Ulrich. **Salidas del labirinto capitalista: decrecimiento y postextractivismo**. Barcelona: Icaria, 2017.

¹⁴² LEFF, Enrique. Decrecimiento o desconstrucción de la economía: hacia un mundo sustentable. **Revista Polis**, v. 7, n. 21, 2008. p. 81-90.

¹⁴³ ALIER, Joan Martínez. **Da economia ecológica ao ecologismo popular**. Blumenau: Furb, 1998.

¹⁴⁴ LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado del decrecimiento sereno**. Barcelona: Icaria, 2009.

minerais ou petróleo, mas se estende para o extrativismo agrário, florestal, pesqueiro, dentre outros¹⁴⁵.

Outra característica nociva desse modelo, apontam Acosta e Brand¹⁴⁶, é a criação de uma concepção reducionista da natureza, tendente a minimizar a complexidade das redes biofísicas naturais e considerar toda a gama de processos de reprodução natural como meros recursos naturais disponíveis para prospecção, exploração e mercantilização. O extrativismo lesiona o meio ambiente em todas as suas dimensões (natural, cultural e artificial). Os megaprojetos extrativistas rompem os ciclos vitais da natureza e destroçam seus elementos essenciais, impedindo sua regeneração. Nesse ponto, esse conjunto de autores desenvolve toda uma lógica fundada nos direitos da natureza, os quais ganharam, por exemplo, potência na Constituição do Equador, aprovada em 2008, e na Constituição da Bolívia, de 2009.

O Bem-viver ou Viver-bem é parte importante desse novo constitucionalismo sul-americano que define estados plurinacionais (para albergar os povos indígenas), incrementa a respectiva autonomia, os direitos coletivos, entre outros avanços fundamentais nessas direções.

O debate em torno desse tema tem sido travado desde 1867, quando John Muir¹⁴⁷ defendeu a preservação de crocodilos por considerá-los honoráveis representantes de antigos répteis¹⁴⁸.

Jonas, em 1979, também teorizou a respeito dos direitos morais da natureza. Em seu imperativo categórico da responsabilidade, não descurou de considerar que a biosfera em seu todo e em suas partes, submetida ao jugo do homem, converteu-se em um bem encomendado à sua tutela, fundando uma exigência moral não só em razão da espécie humana mas também em razão dela própria. Disso deriva a consequência de que não só o bem-estar humano como também o da própria natureza mereça ser colimado. Jonas adverte que até aquele momento, somente a religião havia se preocupado com isso. Nenhuma

¹⁴⁵ ACOSTA, Alberto; BRAND, Ulrich. **Salidas del labirinto capitalista: decrecimiento y postextractivismo**. Barcelona: Icaria, 2017, p. 36.

¹⁴⁶ ACOSTA, Alberto; BRAND, Ulrich. **Salidas del labirinto capitalista: decrecimiento y postextractivismo**. Barcelona: Icaria, 2017, p. 36.

¹⁴⁷ O ecologista notabilizou-se por ter criado uma das, senão a primeira, mais antigas entidades ambientalistas, o Sierra Club.

¹⁴⁸ BOYD, David R. **The rights of nature**. A legal revolution that could save the world. Vancouver: ECW Press, 2017, p. 109.

ética anterior posicionara-se no sentido de colocar os humanos viventes como fiduciários¹⁴⁹.

Na mesma linha, destacou-se Aldo Leopold, cuja obra apregoa uma pré-compreensão da inserção plena do homem na natureza¹⁵⁰. Alargando o conceito de comunidade, Leopold propôs, em sua *Ética da Terra*, a inclusão em seus limites dos solos, águas, plantas e animais. Enfim, a Terra toda.

Na sua visão, ainda que se admitam a gestão, alteração e uso desses recursos, a Terra tem direito a uma existência permanente e, pelo menos em alguns locais, a sua existência permanente em estado natural. Enfim, na *Ética da Terra*, o homem deixa de ser o conquistador implacável para se tornar membro da comunidade, o que implica respeito mútuo com os outros homens mas “também respeito pela comunidade enquanto tal”¹⁵¹.

Partindo das noções de extrativismo e decrescimento e da pré-compreensão dos direitos da natureza, que passa a ostentar valor em si, Acosta e Brand avaliam que os diferentes extrativismos conduzem a processos de transformação territorial que reordenam e fragmentam as paisagens.

Os autores acreditam que a perspectiva do decrescimento é uma posição radical no debate sobre formas razoáveis de manejar as crises e sobre transformação socioecológica¹⁵².

O decrescimento, segundo seus proponentes, avança em relação à economia estacionária difundida por Daly, na medida em que concebe uma dupla proposta: (i) mudança social integral, porque identifica como problema global o crescimento ditado pelo modelo capitalista; (ii) contextualização ampla e integral das diversas e múltiplas experiências concretas.

Na base dessa crítica está a consideração de que, no paradigma capitalista, sempre o que se quer é que o motor do crescimento volte a

¹⁴⁹ JONAS, Hans. **El principio de responsabilidad**: ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Barcelona: Editorial Herder, 1995, p. 34-35.

¹⁵⁰ LEOPOLD, Aldo. **Pensar como uma montanha**: a sand county almanac. Águas Santas: J.C. Marques, 2008.

¹⁵¹ LEOPOLD, Aldo. **Pensar como uma montanha**: a sand county almanac. Águas Santas: J.C. Marques, 2008, p. 190.

¹⁵² ACOSTA, Alberto; BRAND, Ulrich. **Salidas del labirinto capitalista**: decrecimiento y postextractivismo. Barcelona: Icaria, 2017, p. 104.

arrancar¹⁵³, ampliando a competitividade e o consumo. O debate do decrescimento (ou pós-crescimento) sustenta que, em tempos de crises múltiplas e desde um capitalismo dominado por mercados financeiros, o crescimento é desestabilizador.

O hiperconsumo ou aumento desmesurado do consumo significa *status* e não amplia a felicidade¹⁵⁴. Ao contrário, aumenta o sofrimento, gerando estresse pela ganância de ter mais e pela falta de tempo livre¹⁵⁵. A economia de crescimento assegura o aumento de quantidades e tipos de produtos a serem fabricados e o crescimento se converte em um mantra, quase obsessão. Na contramão dessa corrente, observamos que na Convenção Internacional sobre Mudanças Climáticas ainda se encontra a tônica do crescimento quando, no item 2 (a) do art. 4, define aos países signatários, “a necessidade de manter um **crescimento econômico vigoroso** e sustentável, as tecnologias disponíveis e outras circunstâncias individuais, bem como a necessidade de que cada uma dessas Partes contribua equitativa e adequadamente ao esforço mundial voltado para esse objetivo”¹⁵⁶. Destaca-se que o Brasil, signatário da Convenção, internalizou-a sob o Decreto Federal nº 2.652, de 1º de julho de 1998. Melhor seria se a expressão empregada tivesse sido desenvolvimento sustentável, a qual romperia com a supremacia do mantra do crescimento e adotaria uma ampliação de dimensões para além do econômico.

O impacto da lógica do crescimento econômico se produz através de quatro mecanismos básicos: a) emprego de recursos naturais não reprodutíveis (energias não renováveis e minerais), b) alteração dos ciclos biológicos das outras espécies (superexploração de espécies, destruição da biodiversidade), c) criação de produtos inexistentes na natureza ou alteração de sua proporção de tal forma (como é o caso das

¹⁵³ ACOSTA, Alberto; BRAND, Ulrich. **Salidas del labirinto capitalista: decrecimiento y postextractivismo**. Barcelona: Icaria, 2017, p. 107.

¹⁵⁴ FERRER, Gabriel. *La construcción del Derecho Ambiental*. **Novos Estudos Jurídicos**. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5128/2688>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

¹⁵⁵ ACOSTA, Alberto; BRAND, Ulrich. **Salidas del labirinto capitalista: decrecimiento y postextractivismo**. Barcelona: Icaria, 2017, p. 108.

¹⁵⁶ BRASIL. **Decreto n. 2.652**, de 1 de julho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/D2652.htm>. Acesso em: 2018.

emissões de CO₂) que essa não é capaz de absorvê-los, desencadeando poluição, inversão térmica, destruição de biótopos; d) ocupação e alteração dos espaços geográficos, causando perda da fertilidade, desertificação e compactação dos solos.

Os efeitos sociais também são valorados de maneira ampla. Trazem com eles riscos e problemas relacionados à política e paz global, riscos ecológicos, sociais e econômicos, riscos e problemas para o indivíduo, no âmbito psíquico e sanitário. Esses problemas e riscos são vistos por essa corrente como derivados diretamente do modelo neoeextrativista que ainda predomina na América Latina¹⁵⁷.

Leff propõe a desconstrução da racionalidade econômica para construção de uma racionalidade ambiental. Isso implica processos de reapropriação da natureza e reterritorialização das culturas¹⁵⁸.

Para os pensadores dessa linha, os países periféricos e estruturalmente excluídos devem buscar opções de vida digna e sustentável as quais não sejam rendições caricaturizadas do modo de vida ocidental.

Os países desenvolvidos, a seu turno, terão de resolver os crescentes problemas de iniquidade internacional que provocaram e deverão incorporar critérios de suficiência em suas sociedades antes de sustentar, à custa do resto da humanidade, a lógica da eficiência entendida como acumulação material permanente¹⁵⁹.

A proposta do decrescimento alia-se ao modelo de pós-extrativismo como conceito novo e condição para um bem-viver¹⁶⁰.

O decrescimento vai além do estado estacionário. Desacelerar alterando o modelo econômico é realizar uma transformação sócio-ecológica que inclua trocas profundas de imaginários e relações de poder; práticas econômicas, políticas e culturais diferentes; outras formas de processar os conflitos em níveis diversos, limitando o poder dos interesses dominantes.

¹⁵⁷ ACOSTA, Alberto; BRAND, Ulrich. **Salidas del labirinto capitalista: decrecimiento y postextractivismo**. Barcelona: Icaria, 2017, p. 107.

¹⁵⁸ LEFF, Enrique. Decrecimiento o desconstrucción de la economía: hacia un mundo sustentable. **Revista Polis**, v. 7, n. 21, p. 81-90, 2008, p. 87.

¹⁵⁹ ACOSTA, Alberto; BRAND, Ulrich. **Salidas del labirinto capitalista: decrecimiento y postextractivismo**. Barcelona: Icaria, 2017, p. 110.

¹⁶⁰ ACOSTA, Alberto; BRAND, Ulrich. **Salidas del labirinto capitalista: decrecimiento y postextractivismo**. Barcelona: Icaria, 2017, p. 131.

Não serão aprofundadas todas essas propostas por fugirem às fronteiras do presente estudo. A mensagem que se quer passar através dessa análise das abordagens econômicas relacionadas ao meio ambiente é a da necessidade de limite e de inserção da preocupação ecológica nas projeções e análises econômicas.

Essa superexploração dos recursos naturais decorrente do modelo capitalista que gera a cada dia crescentes necessidades e, por via reflexa, requer mais e mais insumos naturais, ricocheteia no discurso das decisões judiciais, inclusive os centrados no fato consumado- objeto desse estudo- em matéria ambiental.

O ambiente inteiro, com destaque para espaços territoriais protegidos, como áreas de preservação permanente urbanas ou rurais, unidades de conservação, bens tombados, sofre intervenções lesivas em nome de um progresso nem sempre certo e geralmente privado, dentro de uma lógica de lucros privatizados, prejuízos socializados.

Na promessa, incumprível, de crescimento econômico como mote para o desenvolvimento, o discurso do fato consumado aparece como reforço sem uma análise criteriosa como será demonstrado ao longo do presente trabalho.

1.1.4 A avaliação econômica dos serviços ecossistêmicos como proposta transversal para um diálogo entre a ecologia e a economia através do direito

Estabelecer pontes entre economia e ecologia é uma empreitada tao complexa quanto relevante. Uma das formas que tem sido proposta - e que parte da abordagem ecossistêmica para modelar tanto a economia como o próprio direito - é a da avaliação econômica dos serviços ecossistêmicos.

Não se desconhecem as dificuldades éticas que envolvem esse tipo de tarefa. O fato é que o Direito Ambiental não pode restar infenso à argumentação econômica¹⁶¹, assim como não pode ficar refém dela.

¹⁶¹ BENJAMIN, Antonio Herman. **Teoria geral do direito ambiental brasileiro: uma contribuição biocêntrica**. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 207-208.

Durante anos, o Direito como um todo permaneceu indiferente ao valor do ambiente. A natureza estava totalmente de fora da “ciência” do Direito¹⁶².

Diferentemente de outrora, os direitos cujo exercício recai sobre a natureza pressupõem hoje um marco objetivo para garantir sua sobrevivência e assegurar sua equitativa e generalizada utilização. Esse marco necessita romper com o presenteísmo¹⁶³ e operar em uma lógica expandida em termos de horizonte temporal. Sabe-se que impor freios, limites ao livre crescer, livre consumir, livre intervir não induz a uma tarefa fácil.

Na base ética da questão está o fato de que não se costuma dar valor aos serviços prestados pela natureza, o que torna a ideia de valoração econômica ainda mais desafiadora na medida em que, além do aspecto científico/fático que passa pela identificação dos serviços que a natureza presta em um dado ecossistema, ainda existe o aspecto axiológico, ou seja, inserção no complexo reino dos valores¹⁶⁴.

Bensusan aporta uma reflexão muito interessante a respeito de como, mesmo nos tempos atuais em que a escassez já se revela realidade em vários locais do planeta, a dependência dos seres humanos em relação a esses serviços é difícil de ser percebida no cotidiano¹⁶⁵. Poucas pessoas refletem, cada vez que abrem a torneira de sua casa, que a montante dela se escondem inúmeros processos ecológicos que asseguraram a presença da água e que envolveram múltiplas cadeias de relações entre outros seres vivos e elementos inorgânicos da natureza que dependem da água, tanto quanto o ser humano, e que ao mesmo tempo em que auxiliam na sua disponibilidade.

¹⁶² VIÑUALES, Jorge. **Law and the anthropocene**. 2016. Disponível em: <file:///N:/antropoceno/_Law_and_the_Anthropocene%20-1.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018, p. 19.

¹⁶³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 104.

¹⁶⁴ GOULDER, Lawrence H.; KENNEDY, Donald. Valuing ecosystem services: philosophical bases and empirical methods. In: DAILY, Gretchen (Org.). **Nature's services: societal dependence on natural ecosystems**. Washington: Island Press, 1997, p. 23.

¹⁶⁵ BENSUSAN, Nurit. A impossibilidade de ganhar a aposta e a destruição da natureza. In: BENSUSAN, Nurit. (Org.) **Seria melhor mandar ladrilhar?** Biodiversidade: como, para que e por quê. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008b. p. 20. p. 13-28.

No caso do ciclo do carbono, é mais difícil ainda cogitar que alguém pense nas conexões “entre a árvore no jardim, o *Tyrannosaurus rex*, Machado de Assis, o plâncton no Oceano Pacífico, e a mosca que caiu na sua sopa”¹⁶⁶.

O próprio Direito Civil percorreu larga trajetória até aceitar um preço para a vida humana, como bem lembra Aragão¹⁶⁷. Assim como o Código Civil estipulou critérios para indenizar a vida e a saúde humanas (arts. 948 e 949), os cientistas e juristas, em trabalhos articulados, estão criando diversas metodologias para avaliação dos bens e serviços da natureza.

Um dos primeiros exercícios para conferir valor econômico aos serviços ecossistêmicos foi desenvolvido por Costanza e sua equipe¹⁶⁸, reportada em maio/1997 pela Revista *Nature*. Nesse trabalho, os autores procuraram estimar o valor monetário dos serviços globais de 17 ecossistemas e de 16 biomas. Lançando mão de cálculos baseados em estudos anteriores que analisavam e atribuíam um valor a serviços pontuais (tais como purificação da água, captura de carbono, retenção de solos, etc.), somaram valores parciais até chegar a um valor global médio por unidade de área e por bioma.

Conquanto inexatos e passíveis de contestação, lograram os autores demonstrar que os serviços prestados pela natureza são subavaliados e isso acaba repercutindo em tomadas de decisões insustentáveis do ponto de vista do uso e aproveitamento dos recursos naturais.

Em 2000, Kofi Annan, então Secretário-Geral da ONU, lançou a Avaliação Ecossistêmica do Milênio com o objetivo de avaliar as consequências das mudanças no ecossistema para o bem-estar humano e para prover as bases científicas para as ações necessárias a sua

¹⁶⁶ BENSUSAN, Nurit. A impossibilidade de ganhar a aposta e a destruição da natureza. In: BENSUSAN, Nurit. (Org.) **Seria melhor mandar ladrilhar?** Biodiversidade: como, para que e por quê. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008b. p. 20. p. 13-28.

¹⁶⁷ ARAGÃO, Alexandra. A natureza não tem preço...mas devia. O dever de valorar e pagar os serviços dos ecossistemas. In: ESTUDOS em homenagem a Jorge Miranda. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/17696/1/A%20natureza>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

¹⁶⁸ COSTANZA, Robert et al. The value of the world's ecosystem services and natural capital. **Nature**, v. 387, p. 253-260, 15 may 1997, p. 254.

conservação e uso sustentável. Decorrente da reunião de estudos desenvolvidos entre os anos de 2001 e 2005, foi produzido por mais de 1300 peritos de diversos países um vasto relatório intitulado “Ecosistemas e o Bem-Estar Humano” que é parte integrante da Avaliação Ecosistêmica do Milênio.

Apresentando 247 volumes técnicos, o estudo coletivo redundou em alguns consensos importantes tais como a definição de serviços ecossistêmicos como sendo aqueles “benefícios que as pessoas obtêm dos ecossistemas”¹⁶⁹; estes, por sua vez, podem ser definidos como a “comunidade de organismos e sua interação ambiental física como uma unidade ecológica”¹⁷⁰. Cunhada em 1935 pelo ecologista britânico George Tansley, a expressão ecossistema também é usada para designar uma específica unidade geográfica, como por exemplo um curso d’água ou uma floresta; uma unidade funcional como o ciclo de nitrogênio ou uma unidade de manejo específica como uma unidade de conservação¹⁷¹.

Mais recentemente, no Reino Unido, lançou-se o UK *National Ecosystem Assessment* (NEA): um relatório elaborado por 500 especialistas. O NEA desenvolveu um panorama conceitual e buscou chegar ao valor social dos fluxos de serviços dos ecossistemas.

Esse trabalho se autojustifica, em termos simples, com base na ideia de que somente uma estratégia firmemente fundamentada na economia ambiental pode, simultaneamente, facilitar comparações diretas entre múltiplas compensações e identificar com segurança as melhores políticas que se oferecem à sociedade tanto do ponto de vista ecológico como do econômico¹⁷².

¹⁶⁹ Disponível em: <www.millenniumassessment.org>. Acesso em: 2 dez. 2015.

¹⁷⁰ “An ecosystem is a community of organisms and their physical environment interacting as an ecological unit ” (LINCOLN, Roger; BOXSHALL, Geoff; CLARK, Paul. **A dictionary of ecology, evolution, and systematic**. Cambridge: Cambridge University Press, 1982, at 75).

¹⁷¹ BLAIR, John et al. Ecosystems as functional units in nature. **National Resources and Environment**, v. 14, n. 3, p. 150-155, 2000, p. 151.

¹⁷² UK NATIONAL ecosystem assessment follow-on. Disponível em: <<http://uknea.unep-wcmc.org/LinkClick.aspx?fileticket=1n4oolhksY%3d&tabid=82>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

Contrariamente ao esforço desenvolvido por Costanza et al, o NEA rejeitou qualquer iniciativa no sentido de estimar um valor global dos serviços ecossistêmicos por considerar que muitos deles são essenciais para a continuação da existência humana e, por isso, os valores totais não seriam mais do que meras estimativas muito por baixo de algo que poderia chegar ao infinito¹⁷³.

De grande relevância é o estudo TEEB (*The Economics of Ecosystems and Biodiversity* ou TEEB) que resultou de um acordo do G8 à proposta apresentada pela Alemanha na Cúpula de Potsdam em março de 2007. Durante quatro anos, sob a liderança de Pavan Sukhdev e com o objetivo de acabar com a invisibilidade econômica da natureza, o TEEB produziu frutos materializados em cinco relatórios. Um dos principais escopos desse megaestudo, foi fornecer mais e melhores dados para auxiliar a compreensão da importância econômica das perdas de biodiversidade nas escalas global, regional e local. Embora a ênfase estivesse no aspecto econômico, notadamente nos efeitos monetários da perda de serviços ecossistêmicos, o TEEB procurou dar a importância devida às mudanças subjacentes nos "valores" ecológicos (integridade do ecossistema e funções de suporte à vida) e implicações culturais¹⁷⁴.

Aragão grifa que, com o pagamento das perdas da biodiversidade, pretende-se lograr um efeito dissuasório e preventivo equivalente ao que resulta, no caso de crimes contra a vida humana, da aplicação de sanções criminais. O difícil é que o real valor social e ecológico dos recursos naturais suplanta seu valor de mercado. Portanto, o grande desafio está no desenvolvimento de metodologias dotadas de valor científico, que partam de uma perspectiva ecossistêmica e transdisciplinar.

¹⁷³ ARAGÃO, Alexandra. A natureza não tem preço...mas devia. O dever de valorar e pagar os serviços dos ecossistemas. In: ESTUDOS em homenagem a Jorge Miranda. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/17696/1/A%20natureza>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

¹⁷⁴ INTEGRATING the ecological and economic dimensions in biodiversity and ecosystem service valuation In: The ECONOMICS of ecosystems and biodiversity. Disponível em: <<http://www.teebweb.org/wp-content/uploads/2013/04/D0-Chapter-1-Integrating-the-ecological-and-economic-dimensions-in-biodiversity-and-ecosystem-service-valuation.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2018.

Assiste razão à professora portuguesa quando sustenta a necessidade de ruptura com paradigma romântico de não ser possível nem eticamente correto atribuir valor econômico à natureza. Ao contrário, essa tendência de manter a exploração de recursos a custo zero ou próximo do zero, é muito pior do que atribuir um preço muito baixo ou pouco rigoroso¹⁷⁵.

Atribuir valor econômico aos serviços prestados pela natureza fará com que se passe a considerar com mais cuidado se o preço reflete os custos econômicos e ecológicos de tudo o que é consumido¹⁷⁶. O uso das tecnologias também passará por um crivo essencial para orientar as escolhas humanas. Essa seleção não pode se resumir a um olhar de curto alcance. Deve-se primeiro avaliar suas consequências a longo prazo, assegurando que a proteção da saúde e integridade ecológicas desempenhem um papel central nas decisões sobre bens de consumo e desenvolvimento de tecnologias, incluindo quando, onde e como aplicá-las e considerando como serão eliminados os resíduos, caso existam. Se esse tipo de postura viesse a ser incorporada ao dia-a-dia das sociedades, certamente um sem número de produtos que usamos hoje como se não houvesse amanhã não seriam liberados no mercado.

Os serviços prestados pela natureza podem ser subdivididos, para fins de melhor compreensão, em quatro categorias: a) serviços de provisão: produtos fornecidos pelos ecossistemas, tais como alimentos, água, madeira, fibras, combustíveis, recursos genéticos, fármacos, etc.; b) serviços reguladores: benefícios obtidos a partir da regulação das condições ambientais pelos processos ecossistêmicos que afetam o clima, as cheias e doenças, resíduos e qualidade da água; c) serviços de suporte: processos ecossistêmicos que produzem e mantêm os demais, tais como ciclagem de nutrientes, ciclo da água, formação do solo, produção primária, estocagem e sequestro de carbono, etc.; d) serviços culturais: outorgam benefícios imateriais, tais como enriquecimento

¹⁷⁵ ARAGÃO, Alexandra. A natureza não tem preço...mas devia. O dever de valorar e pagar os serviços dos ecossistemas. In: ESTUDOS em homenagem a Jorge Miranda. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/17696/1/A%20natureza>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

¹⁷⁶ KARR, James R. Ecological integrity: an essential ingredient for humans' long-term success. In: WESTRA, Laura et al (Ed.). **Globalisation and ecological integrity in science and international law**. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, 2011, p. 8-25, p. 16.

espiritual, desenvolvimento cognitivo, reflexão, recreação e experiências estéticas¹⁷⁷.

Todo esse leque é essencial às atividades econômicas, a tal ponto que os adeptos da economia ecológica passaram a alinhar, aos demais tipos de capital, o “capital natural¹⁷⁸”.

Ao contrário do apregoado por aqueles que temem a captura da ecologia pela economia (*homo economicus*¹⁷⁹), atribuir criteriosamente valor econômico aos serviços prestados pela natureza pode sim redundar em maior justiça e parcimônia no uso dos recursos ambientais, além de permitir o estabelecimento de tipos e níveis sustentáveis¹⁸⁰ de atividade econômica com provisão segura de serviços ecossistêmicos¹⁸¹. Trata-se de importantíssima ferramenta para contribuir na tomada de decisões, pois a cegueira diante dos valores ecossistêmicos e das externalidades negativas geradas pelas atividades podem levar à degradação ambiental, retornos economicamente negativos e declínio de bem-estar¹⁸².

Partindo de um paralelismo com o princípio do poluidor-pagador, Aragão defende essa precificação. Só para as emissões que se situam dentro dos limites legais é que existe um custo, porque se tais limites forem ultrapassados, haverá responsabilidade civil, infração

¹⁷⁷ Disponível em: <<http://www.millenniumassessment.org>> Acesso em: 2. jun. 2017.

¹⁷⁸ Definido na nota 84.

¹⁷⁹ BENJAMIN, Antonio Herman. A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. **Nomos**: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, v. 31, n. 1, 2011, p. 91.

¹⁸⁰ WILCOX, Andrew; HARTE, John. Ecosystem services in a modern economy. In: DAILY, Gretchen (Org.). **Nature's services**: societal dependence on natural ecosystems. Washington: Island Press, 1997, p. 311-328, p. 324.

¹⁸¹ ARAGÃO, Alexandra. A natureza não tem preço...mas devia. O dever de valorar e pagar os serviços dos ecossistemas. In: ESTUDOS em homenagem a Jorge Miranda. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/17696/1/A%20natureza>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

¹⁸² WILCOX, Andrew; HARTE, John. Ecosystem services in a modern economy. In: DAILY, Gretchen (Org.). **Nature's services**: societal dependence on natural ecosystems. Washington: Island Press, 1997, p. 311-328, p. 324.

administrativa ou mesmo crime ambiental, sujeitando-se o responsável ao dever de reparar o dano (cumulativamente ou não com indenização), sanção administrativa a uma pena em sentido estrito.

A avaliação econômica de serviços ecossistêmicos pode ser muito útil sobretudo quando há vários setores e aspectos envolvidos numa questão, atuando como um critério transversal entre eles. Ao integrá-la a um processo de tomada de decisão, todos os setores poderão avaliar o ecossistema da mesma maneira e assim haveria uma integração e um processo decisório mais consistente¹⁸³. As decisões que a sociedade toma relacionadas aos ecossistemas implicam avaliações (ainda que não necessariamente expressas em termos monetários) cujos resultados podem afetar não somente as gerações presentes como também as futuras.

Obviamente que a maior atenção do público em geral e, particularmente, da população envolvida e potencialmente afetada, em relação aos valores atribuídos aos serviços prestados pela natureza resultará em mais qualidade para o suporte da racionalidade de políticas públicas para a proteção dos ecossistemas em razão de que diversos valores a eles relacionados não encontraram lastro nos critérios do mercado¹⁸⁴.

Mais do que um projeto ou intenção, a ideia de avaliação econômica dos serviços prestados pela natureza pode ser defendida como um dever legal. No cenário capitalista globalizado, atribuir valor econômico aos bens da natureza pode funcionar, no mínimo nesse momento de transição¹⁸⁵, como uma ponte entre a ecologia e a

¹⁸³ PLATJOUW, Froukje Maria. **Environmental law and the ecosystem approach**. Maintaining ecological integrity through consistency in law. New York: Routledge, 2016, p. 75.

¹⁸⁴ GOULDER, Lawrence H.; KENNEDY, Donald. Valuing ecosystem services: philosophical bases and empirical methods. In: DAILY, Gretchen (Org.). **Nature's services: societal dependence on natural ecosystems**. Washington: Island Press, 1997, p. 28-29.

¹⁸⁵ Packer visualiza a avaliação econômica dos serviços ecossistêmicos como uma espécie de transição entre uma economia “marrom”, estritamente ancorada na análise financeira das empresas, para uma economia “verde”, com a incorporação das variáveis econômico-ambientais (PACKER, Larissa Ambrosano. **Novo código florestal e pagamentos por serviços ambientais: regime proprietário sobre os bens comuns**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 146).

economia, sem que se perca de vista transformações mais profundas que envolvam, não se pode prematuramente afastar, um estado estacionário ou até mesmo o decrescimento.

Não se trata de incorporar definitivamente a ferramenta da Análise Custo-benefício (CBA). Altamente difundido nos Estados Unidos da América, esse procedimento consiste na tentativa de transformar e reduzir a valores monetários cada aspecto envolvido em um projeto ou política pública, inserindo-se no âmbito da prevenção como forma de preparação para as incertezas do futuro e redução das possíveis perdas ou respectiva extensão¹⁸⁶. Trata-se de uma metodologia cuja utilização pode evitar avaliações que privilegiem gerações atuais em detrimento dos interesses das futuras, mas que melhor se otimiza quando contracenada com outras como por exemplo o EIA/RIMA, a avaliação econômica dos serviços ecossistêmicos, o zoneamento ecológico econômico ou a avaliação ambiental estratégica.

A CBA pode levar a aberrações na área ambiental, em que os projetos de recuperação ambiental, via de regra, envolvem significativos custos. Nespor traz o elucidativo exemplo de que, do ponto de vista da CBA, é mais conveniente prevenir acidentes mortais provocados no trânsito de automóveis do que combater a poluição atmosférica. É calculado, por exemplo, que a obrigatoriedade do uso do cinto de segurança salva uma vida a cada 100.000 dólares gastos, enquanto que a tutela do meio ambiente necessita investimentos da ordem de milhões de dólares para salvar uma única vida humana¹⁸⁷. Nesse caso, o mau uso do instrumento é notório, pois são colocadas na mesma balança situações altamente distintas como é o caso do investimento em melhoria da qualidade ambiental – valor transgeracional – e em política de aprimoramento automobilístico destinada a alterar comportamentos humanos (de muito valor, mas totalmente diferente daquela).

Outro exemplo que desabona essa metodologia nos é trazido por Dwyer relativamente aos padrões de emissão de poluentes pela indústria. Relata ele que, em dezembro de 1983, o Escritório de Gerenciamento e Orçamento (OMB – *Office of Management and Budget*) publicou uma revisão sobre os standards da EPA para arsênico

¹⁸⁶ GARCIA, Maria da Glória. **O lugar do direito na protecção do ambiente**. Coimbra: Almedina, p. 452.

¹⁸⁷ NESPOR, Stefano. **Il governo dell'ambiente: la politica e il diritto per il progresso sostenibile**. Milano: Garzanti, 2009, p. 47.

e considerou, que usando os dados da Agência Ambiental quanto ao risco de exposição, os standards mais rigorosos por ela propostos poderiam prevenir cerca de 4.05 casos fatais de câncer anualmente ao custo de 27,1 milhão de dólares de gastos para a indústria, pois haveria necessidade de obras de adequação nos sistemas e filtros de controle de poluentes; padrões menos rigorosos, no entanto, poderiam prevenir 3,92 casos anuais de câncer ao custo de 7,4 milhão de dólares para a indústria. A conclusão, diante dos custos marginais elevados anuais para prevenir 0.13 casos de câncer (um caso a cada 8 anos), foi que não seria viável nem racional alterar os padrões, pois a adoção do padrão mais rigoroso representaria um custo de 150 milhões de dólares para salvar uma vida adicional¹⁸⁸.

Houck aborda o problema de como a regra de ouro, redutível a “os benefícios devem superar os custos” devidamente corroborados por metodologias de CBA que norteia os grandes empreendimentos em infraestrutura nos Estados Unidos da América gerou os terríveis consequências, como a perda de solo que agravou as inundações na Louisiana (situação que se manifestou nitidamente quando da passagem dos furacões Katrina e Rita). Nas análises de custo-benefício que precederam as intervenções nas terras úmidas do Delta do Mississipi, a proteção contra furacões que essas terras úmidas forneciam permaneceu não-quantificada, assim como a absorção de poluentes como esgoto e resíduos industriais que de outra forma deslizaram para o Golfo, além de muitas espécies não caçadas ou pescadas que nidificavam, invernavam e migravam no interior terras úmidas¹⁸⁹.

Archibugi critica a falta de critérios claros nas legislações nacionais para a utilização dessa metodologia, o que pode levar à perda de sua credibilidade, na medida em que, para cada projeto a ela submetido, criam-se parâmetros próprios de referência. Se a avaliação é

¹⁸⁸ DWYER, John P. The pathology of symbolic legislation. **Ecology Law Quarterly**, v. 17, 1990, p. 241.

¹⁸⁹ HOUCK, Oliver. Breaking the golden rule: judicial review of federal water project planning. **Rutgers Law Review**, v. 65, n. 1, p. 1-57, 2012, p. 4. Também desenvolve amplamente o tema em outro seminal estudo “Land loss in coastal Louisiana: causes, consequences, and remedies”. **Tulane Law Review**, 1983, n° 58, p. 3-168.

feita rapidamente, menos confiáveis se apresentam os resultados, pois a base de dados que os gera tende a ser mais precária¹⁹⁰.

De resto, essa análise costuma enfatizar unicamente os custos-benefícios quantificáveis pelo mercado, por vezes somente os custos e benefícios internos, deixando de lado os externos¹⁹¹. Outras vezes o problema consiste no fato de a análise ser monotemática: concentrar-se somente no viés ambiental ou no social ou no econômico, o que também compromete sua qualidade e eficiência¹⁹².

Nusdeo¹⁹³ concorda que o instrumento apresenta limitações, sobretudo em razão das dificuldades de quantificação monetária dos benefícios ambientais. Destaca, porém, que pode ser bastante útil para acentuar a conveniência de adoção de medidas de proteção ambiental de baixo custo, exemplificando com o pagamento por serviços ambientais comparativamente aos benefícios derivados do fornecimento de água limpa, conservação da biodiversidade, preservação de nascentes e das matas ciliares.

Entretanto, mesmo para a condução justa da CBA, atribuir valores igualmente equânimes e realistas aos serviços ecossistêmicos afigura-se uma política interessante para dar voz à natureza e às gerações futuras nas tomadas de decisão¹⁹⁴.

¹⁹⁰ ARCHIBUGI, Franco. Comprehensive social assessment: an essential instrument for environmental policy-making. In: ARCHIBUGI, Franco; Nijkamp, Peter (Org.). **Economy and ecology: towards sustainable development**. Amsterdam: Kluwer, 1989, p. 169-185, p. 170.

¹⁹¹ ARCHIBUGI, Franco. Comprehensive social assessment: an essential instrument for environmental policy-making. In: ARCHIBUGI, Franco; Nijkamp, Peter (Org.). **Economy and ecology: towards sustainable development**. Amsterdam: Kluwer, 1989, p. 169-185, p. 172.

¹⁹² ARCHIBUGI, Franco. Comprehensive social assessment: an essential instrument for environmental policy-making. In: ARCHIBUGI, Franco; Nijkamp, Peter (Org.). **Economy and ecology: towards sustainable development**. Amsterdam: Kluwer, 1989, p. 169-185, p. 172.

¹⁹³ NUSDEO, Ana Maria. **Direito ambiental e economia**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 28-29.

¹⁹⁴ Para que isso de fato ocorra, lembra Viñuales, as futuras gerações devem passar a integrar o conjunto de fatores de desconto dentro de avaliações de análise de custo-benefício, coisa que não vem ocorrendo (VIÑUALES, Jorge. **Law and the anthropocene**. 2016. Disponível em:

Desde a RIO-92 já se preconizava no âmbito internacional a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos¹⁹⁵, mas os esforços mais sérios, como a história Aragão¹⁹⁶, vieram com a Convenção sobre Diversidade Biológica (doravante CDB) e sobretudo com as COPs que vêm ocorrendo desde 1994.

A partir de uma detalhada análise de compromissos assumidos nas COPs (iniciando por Jacarta, 1995, até Nagoya, 2010), observa-se uma crescente assunção de obrigações relacionadas à valoração dos serviços ecossistêmicos. Em Nagoya, 2010, restou escrita a obrigação de que “até 2050 a biodiversidade **seja valorada, conservada, restaurada e prudentemente utilizada**, mantendo os serviços dos ecossistemas, suportando um planeta saudável e fornecendo benefícios que são essenciais para todos os seres humanos”.

Na última COP, em Cancun, há várias referências ao valor econômico dos serviços ecossistêmicos, dentre os quais merece destaque o dever de avaliar os benefícios dos polinizadores e da polinização, tendo em conta o valor econômico para a agricultura e produção de alimentos e o valor para conservação e utilização sustentável da diversidade biológica, assim como os valores culturais e de outra índole (item v). No item 7 do tópico sobre melhora do entorno propício à restauração dos ecossistemas, a conclusão é ainda mais direta no sentido de: “7. Desenvolver processos contábeis que levem em conta os valores

<file:///N:/antropoceno/_Law_and_the_Anthropocene%20-1.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018, p. 55).

¹⁹⁵ “Princípio 16 - As autoridades nacionais devem procurar promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais”. (DECLARAÇÃO do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em 04 jul. 2018).

¹⁹⁶ ARAGÃO, Alexandra. A natureza não tem preço...mas devia. O dever de valorar e pagar os serviços dos ecossistemas. In: ESTUDOS em homenagem a Jorge Miranda. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/17696/1/A%20natureza>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

dos ecossistemas terrestres naturais e seminaturais e as funções e serviços que oferecem”¹⁹⁷.

No direito brasileiro, a indução da valoração encontra arrimo na Constituição Federal, mais especificamente no detalhamento da Ordem Econômica, ao consagrar, no inc. VI do art. 170, o princípio da defesa do meio ambiente, “inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”.

Na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), a valoração necessária dos bens fornecidos e serviços prestados pela natureza dimana do inc. II do art. 2º, quando apregoa o uso racional do solo, subsolo e água. No detalhamento dos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, a mesma lei impõe, no inc. I do art. 4º, a necessária “compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico” e, no inc. VII do mesmo dispositivo, quando contorna os princípios do poluidor-pagador e do usuário-pagador, impõe “ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”.

No mesmo texto, ainda digna de menção, está a previsão de instrumentos econômicos dentre o leque aplicável à Política Nacional de Meio Ambiente (art. 9º, inc. XIII).

O Código Florestal (Lei nº 12.651/12) prevê, no art. 41, autorização para o Poder Executivo Federal instituir programa de apoio e incentivo à conservação do meio ambiente, bem como à adoção de tecnologias e boas práticas que conciliem a produtividade agropecuária e florestal, com redução dos impactos ambientais, como forma de promoção do desenvolvimento ecologicamente sustentável. Para concretização desse programa, o mesmo dispositivo refere expressamente o “pagamento ou incentivo a serviços ambientais como retribuição, monetária ou não, às atividades de conservação e melhoria dos ecossistemas e que gerem serviços ambientais, tais como, isolada ou cumulativamente: a) o sequestro, a conservação, a manutenção e o

¹⁹⁷ REPORT of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity on its Thirteenth Meeting. Disponível em: <<https://www.cbd.int/conferences/2016/cop-13/documents>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

aumento do estoque e a diminuição do fluxo de carbono; b) a conservação da beleza cênica natural; c) a conservação da biodiversidade; d) a conservação das águas e dos serviços hídricos; e) a regulação do clima; f) a valorização cultural e do conhecimento tradicional ecossistêmico; g) a conservação e o melhoramento do solo; h) a manutenção de Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito”.

A Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos¹⁹⁸ contempla o princípio do protetor-recebedor ou provedor-não-pagador¹⁹⁹ (art. 6º, inc. II, da Lei nº 12.305/10), o qual pode ser visto, em alguma medida, como a outra face do princípio do poluidor-pagador, ao abrir caminho para uma justa compensação a todos aqueles que, através de suas condutas, contribuem para a conservação ambiental. A essência do princípio está na valorização dos comportamentos benéficos à natureza por meio de uma contrapartida financeira ou não.

Por sua vez, o Decreto que regulamenta essa Lei (Decreto nº 7.405/2010), institui o Programa Pró-Catador e viabiliza o acesso dos municípios a fundos federais para implantarem a coleta seletiva com a participação de cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda.

Aragão destaca o caráter de justiça redistributiva ínsito a esse princípio, na medida em que pagar a quem protege os serviços dos ecossistemas, e fazer pagar quem se beneficia deles ou dos recursos que lhe servem de suporte material é, ao mesmo tempo, uma exigência de Justiça e uma eficiente maneira de promover a sustentabilidade²⁰⁰.

¹⁹⁸ Nos artigos 42, 43 e 44, estão descritas as possibilidades de criação de incentivos financeiros para as cooperativas de reciclagem. O artigo 42 define como prioridade a “implantação de infraestrutura física e aquisição de equipamentos para cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas de baixa renda”.

¹⁹⁹ LEITE, José Rubens Morato et al. **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2015b, p. 105.

²⁰⁰ ARAGÃO, Alexandra. A natureza não tem preço...mas devia. O dever de valorar e pagar os serviços dos ecossistemas. In: ESTUDOS em homenagem a Jorge Miranda. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/17696/1/A%20natureza>>.

Acesso em: 04 jul. 2018.

O pagamento conferido ao protetor serve de compensação pela privação total ou parcial de uso por ele experimentada. Exemplo interessante de densificação do princípio ocorre pela instituição de PSA (pagamento por serviços ambientais), através do qual pessoa física ou jurídica recebe compensação financeira pela prestação de algum serviço ecológico²⁰¹.

Por derradeiro, cumpre referir o Decreto Federal n. 4.339/02, relacionado à Política Nacional da Biodiversidade, cujo Anexo, em seu item 2 reza: “XIV- o valor de uso da biodiversidade é determinado pelos valores culturais e inclui valor de uso direto e indireto, de opção de uso futuro e, ainda, valor intrínseco, incluindo os valores ecológicos, genético, social, econômico, científico, educacional, cultural, recreativo e estético”.

Destaca-se, portanto, que o caminho está aberto pela legislação brasileira para a efetivação de regulamentos promocionais de proteção e valorização dos serviços prestados pelos ecossistemas, quer através de prêmios a quem os preserva (princípios do protetor-recebedor²⁰² ou do

²⁰¹ Em relação à Política Nacional de Resíduos Sólidos, interessante exemplo que nos ocorre é o implementado no Estado de Minas Gerais através da chamada “bolsa-reciclagem”, criada pela Lei Estadual nº 19.823, de 22 de novembro de 2011, e regulamentada pelo Decreto nº 45.975, de 4 de junho de 2012. O art. 1º da Lei prevê que o “Estado concederá incentivo financeiro às cooperativas e associações de catadores de materiais recicláveis, sob a denominação de Bolsa Reciclagem, nos termos desta Lei” (BRASIL. **Lei 19.823**, de 22 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://www.siam.mg.gov.br/sla/download.pdf?idNorma=19694>>. Acesso em: 09 ago. 2018).

²⁰² Melo destaca a Prestação de Serviços Ambientais (PSA) como instrumento econômico do Direito Ambiental e expressão do princípio protetor-recebedor, o qual encontra lastro no Novo Código Florestal (Lei nº 12.651/12, art. 41) além de aparecer em muitas legislações estaduais (MELO, Melissa Ely. **Pagamento por serviços ambientais (psa):** entre a proteção e a mercantilização dos serviços ecossistêmicos no contexto da crise ambiental. Tese (Doutorado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015, Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/156745>>. Acesso em: 18 set. 2018, p. 271 e p. 280).

protetor-não-pagador), quer através da internalização das externalidades geradas por quem os deteriora²⁰³.

Portanto, não é difícil depreender que tanto o conceito de bens e serviços ecossistêmicos quanto a ideia de que possam ser avaliados e precificados traduzem não só um imperativo ético aliado da preservação ambiental, como também um dever jurídico amparado em diversas normas internacionais e nacionais. Para melhor ilustrar os valores dos serviços ecossistêmicos, é apresentado em anexo um gráfico que bem explana essa metodologia (Apêndice 2).

Em relação ao argumento do fato consumado, a avaliação econômica dos bens e serviços ecossistêmicos pode ser um critério extremamente útil para ponderação de interesses. No ajuizamento sobre o que vale mais à pena – desfazer uma intervenção lesiva, restituindo o meio ambiente ao *status quo ante* ou manter e simplesmente compensar em pecúnia ou em outro local – é importante que se tenha metodologias aptas a valorarem, da forma mais precisa possível, os serviços que a natureza presta. Sem uma clareza mínima quanto a isso, restará, apenas, lançar mão de argumentos metajurídicos, retóricos, políticos e nada consistentes.

Muitas são as metodologias existentes para avaliação econômica dos serviços ecossistêmicos. Um apanhado geral está bem sintetizado em texto de pesquisadores vinculados ao Instituto de Economia Ecológica da Universidade de Maryland.

Partindo da ideia de que os processos naturais são o resultado das complexas interações entre os organismos bióticos (organismos vivos) e abióticos (químicos e físicos) componentes dos ecossistemas através das forças motrizes universais da matéria e da energia²⁰⁴, esses pesquisadores listam 23 funções ecossistêmicas que fornecem um número ainda maior de bens e serviços: 1 - regulação de gases; 2- regulação de clima; 3 – prevenção de desastres; 4- regulação de águas; 5

²⁰³ ARAGÃO, Alexandra. A natureza não tem preço...mas devia. O dever de valorar e pagar os serviços dos ecossistemas. In: ESTUDOS em homenagem a Jorge Miranda. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/17696/1/A%20natureza>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

²⁰⁴ DE GROOT, Rudolf; WILSON, Matthew; BOUMANS, Roelof. A typology for the classification, description and valuation of ecosystem functions, goods and services. **Ecological Economics**, v. 41, p. 393-408, 2002.

– suprimento de água; 6 – retenção do solo; 7 – formação do solo; 8 – regulação de nutrientes; 9 – tratamento de lixo; 10- polinização; 11 – controle biológico; 12 – função de hábitat ligada aos refúgios; 13 – berçários de animais; 14 – alimentos; 15 – matérias-primas; 16 – recursos genéticos; 17 – recursos médicos; 18 – recursos ornamentais; 19 – informações estéticas e paisagens; 20 – recreação; 21 – informações artísticas e culturais; 22 – informações históricas e espirituais; 23 – informações científicas e educacionais²⁰⁵.

As funções ecossistêmicas²⁰⁶ são uma parte dos processos ecológicos e das estruturas dos ecossistemas. Cada função é o resultado de processos naturais do total do subsistema ecológico de que faz parte²⁰⁷. Os pesquisadores sugerem que as funções ecossistêmicas sejam agrupadas em quatro categorias primárias:

1 – funções de regulação – esse grupo se relaciona com a capacidade dos ecossistemas naturais e seminaturais regularem os processos ecológicos essenciais e suportarem sistemas vivos através dos ciclos biogeoquímicos e outros processos biosféricos. Para manter a saúde do ecossistema e da biosfera, essas funções de regulação garantem muitos serviços que geram benefícios diretos e indiretos ao ser humano (como ar limpo, água, solo e serviços de controle biológico).

2- funções de habitat – ecossistemas naturais oferecem habitat para refúgio e reprodução para plantas e animais selvagens e por isso contribuem para a conservação *in situ* da diversidade biológica e genética e dos processos evolutivos.

²⁰⁵ DE GROOT, Rudolf; WILSON, Matthew; BOUMANS, Roelof. A typology for the classification, description and valuation of ecosystem functions, goods and services. **Ecological Economics**, v. 41, p. 393-408, 2002, p. 394.

²⁰⁶ Para um resumo muito bem feito dessas categorias, vide MELO, Melissa Ely. **Pagamento por serviços ambientais (psa):** entre a proteção e a mercantilização dos serviços ecossistêmicos no contexto da crise ambiental. **Tese** (Doutorado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015, p. 198-199. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/156745>>. Acesso em: 18 set. 2018.

²⁰⁷ DE GROOT, Rudolf; WILSON, Matthew; BOUMANS, Roelof. A typology for the classification, description and valuation of ecosystem functions, goods and services. **Ecological Economics**, v. 41, p. 393-408, 2002, p. 397.

3- funções de produção – Fotossíntese e nutrientes captados pelos organismos autotróficos convertem energia, dióxido de carbono, água e nutrientes em ampla variedade de estruturas de carboidratos que são usados pelos produtores secundários para criarem uma variedade ainda mais ampla de biomassa. Essa ampla variedade de carboidratos garante muitos bens ecossistêmicos para consumo humano, desde comida a matérias-primas até fontes de energia e material genético.

4- funções de informação – Como a maior parte da evolução humana teve lugar dentro do contexto de não domesticado habitat, ecossistemas naturais asseguram uma essencial função de referência e contribuem para a manutenção da saúde humana criando oportunidades para reflexão, enriquecimento espiritual, desenvolvimento cognitivo, recreação e experiência estética²⁰⁸.

Os pesquisadores De Groot, Wilson e Boumans consideram que as funções dos dois primeiros grupos (regulação e hábitat) são essenciais para a manutenção dos processos e componentes naturais e, justamente por isso, atuam como condicionantes da manutenção da disponibilidade dos outros dois grupos. Embora a vida humana seja impossível na ausência de qualquer uma dessas quatro funções, os autores propõem certa hierarquia, desprovida de maior rigidez.

A complexidade para realização dessas avaliações deve levar em conta que os processos e serviços ecossistêmicos não ostentam uma correspondência de um para um. Além disso, cabe lembrar que muitos desses serviços e funções que ocorrem de forma intrínseca aos processos naturais não chegam sequer a ser conhecidos pela ciência, tampouco ingressarão na valoração econômica. Sem dúvida que isso é um problema que merece ser olhado com atenção, como admoesta Melo²⁰⁹.

Por vezes, um simples serviço ecossistêmico é o produto de dois ou mais processos considerando em outros casos que um simples

²⁰⁸ DE GROOT, Rudolf; WILSON, Matthew; BOUMANS, Roelof. A typology for the classification, description and valuation of ecosystem functions, goods and services. **Ecological Economics**, v. 41, p. 393-408, 2002, p. 394-395.

²⁰⁹ MELO, Melissa Ely. **Pagamento por serviços ambientais (psa):** entre a proteção e a mercantilização dos serviços ecossistêmicos no contexto da crise ambiental. **Tese** (Doutorado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015, p. 180. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/156745>>. Acesso em: 18 set. 2018, p. 211-212.

processo contribui para mais de um serviço²¹⁰. A função de regulação de gases, por exemplo, baseia-se em processos biogeoquímicos (como os ciclos do carbono e do oxigênio) que mantêm certa qualidade do ar mas também influencia o efeito estufa e dessa forma interfere nos processos de regulação climática²¹¹.

Existem basicamente três categorias na valoração de funções, bens e serviços ecossistêmicos:

a) Valores ecológicos – Para assegurar a contínua disponibilidade das funções ecossistêmicas, o uso associado aos bens e serviços ecossistêmicos precisa ser limitado a níveis sustentáveis. Esses valores ou importância atribuída a um dado ecossistema são determinados tanto pela integridade da regulação e funções de habitat de um ecossistema quanto pelos parâmetros ecossistêmicos relacionados à complexidade, diversidade e raridade. Desde que muitas funções e processos ecossistêmicos relacionados estejam interligados, os níveis de sustentabilidade precisam ser determinados sob um complexo sistema de condições, levando em conta a dinâmica interação entre funções, valores e processos²¹².

b) Valores socioculturais – Razões sociais desempenham um importante papel na identificação de funções ambientais, com ênfase na promoção da saúde física e mental, educação, diversidade cultural e identidade (valor de memória = *cultural heritage*).

c) Valores econômicos – Diversas são as metodologias para avaliação econômica, as quais se subdividem em dois grupos: a) diretas e b) indiretas.

²¹⁰ DE GROOT, Rudolf; WILSON, Matthew; BOUMANS, Roelof. A typology for the classification, description and valuation of ecosystem functions, goods and services. **Ecological Economics**, v. 41, p. 393-408, 2002, p. 397.

²¹¹ DE GROOT, Rudolf; WILSON, Matthew; BOUMANS, Roelof. A typology for the classification, description and valuation of ecosystem functions, goods and services. **Ecological Economics**, v. 41, p. 393-408, 2002, p. 397.

²¹² DE GROOT, Rudolf; WILSON, Matthew; BOUMANS, Roelof. A typology for the classification, description and valuation of ecosystem functions, goods and services. **Ecological Economics**, v. 41, p. 393-408, 2002, p. 403.

As metodologias diretas buscam parâmetros nos valores de troca do mercado. Não se prestam para aferir serviços ecossistêmicos que, em geral, são intangíveis e não precificados.

As avaliações indiretas podem ser de vários tipos. As mais comuns são: a) custos evitados; b) custos de reposição; c) fator de rendimento; d) custo de viagem (quanto as pessoas pagam para ver uma atração natural); e) preço hedônico; f) avaliação contingente (cenários hipotéticos – quanto as pessoas entendem que vale determinado bem ou serviço ecossistêmico).

A interconexão entre certas funções ecológicas e serviços ecossistêmicos associados enfatiza a necessidade do desenvolvimento de modelos dinâmicos que levem em conta as interdependências entre funções ecossistêmicas, serviços e valores²¹³.

Combinando a tipologia proposta com o melhor método de avaliação, os autores entendem que é possível, em princípio, chegar a uma estimativa monetária das preferências humanas para a disponibilidade e manutenção dos serviços ecossistêmicos relacionados.

Em estudo mais recente, De Groot *et al* trazem uma revisão feita em aproximadamente 320 publicações sobre estimativa de valores ambientais para os serviços ecossistêmicos, especialmente aqueles tradicionalmente fora do mercado, abarcando dez diferentes tipos de biomas. Esses autores procuraram demonstrar que, mesmo aqueles ambientes dos quais não se extraem matérias-primas ou insumos suscetíveis ao aproveitamento econômico são passíveis de valoração em relação aos serviços prestados pelos ecossistemas²¹⁴.

A valoração dos serviços ambientais realizada no trabalho compreende avaliação de serviços de suprimentos (alimento, água, matérias-primas, recursos genéticos e medicinais), serviços de regulação (regulação da qualidade do ar, regulação climática, moderação de distúrbios, regulação de fluxos hídricos, tratamento de resíduos, prevenção de erosão, ciclagem de nutrientes, polinização, controle

²¹³ DE GROOT, Rudolf; WILSON, Matthew; BOUMANS, Roelof. A typology for the classification, description and valuation of ecosystem functions, goods and services. **Ecological Economics**, v. 41, p. 393-408, 2002, p. 404.

²¹⁴ DE GROOT, Rudolf et al.. Global estimates of the values of ecosystem and their services in monetary units. **Ecosystem Services**, v. 1, n. 1, p. 50-61, jul. 2012.

biológico), serviços de habitat (serviços de berçário, diversidade genética) e serviços culturais (recreação).

No Brasil, a Associação Brasileira de Normas Técnicas²¹⁵ editou uma norma que praticamente faz uma compilação das metodologias possíveis, não aderindo especificamente a nenhuma delas e enfatizando que a escolha do método está vinculada ao propósito da avaliação, hipóteses assumidas, disponibilidade de dados e conhecimento da dinâmica ecológica do bem a ser valorado. Interessante que essa norma considera que a única metodologia capaz de aferir o valor de existência (que é um valor de não-uso, que deriva de uma posição moral, cultural, ética ou altruística em relação aos direitos de existência de espécies não humanas ou de preservação de outras riquezas naturais, mesmo que não apresentem uso atual ou possibilidade de uso futuro, como, por exemplo, a preservação de espécies existentes em regiões remotas do planeta²¹⁶) é o da valoração contingente, o qual “identifica a disposição que os indivíduos têm de pagar pelo uso, preservação ou restauração de um recurso ambiental, ou a disposição a receber como compensação por sua perda ou pela queda da qualidade ambiental”²¹⁷.

Ainda que a avaliação econômica dos serviços ecossistêmicos seja difícil e repleta de incertezas, afigura-se imprescindível. As decisões tomadas sobre ecossistemas implicam escolhas e essas, quanto mais criteriosas e metódicas, certamente mais bem orientadas serão.

Grande parte das contribuições para o bem-estar humano dos serviços ecossistêmicos derivam de bens puramente públicos. Eles são agregados diretamente ao bem-estar humano sem passar pelo crivo da economia de mercado. Em muitos casos passam ao largo das preocupações humanas durante anos, até que, por razões as mais diversas, se tornam escassos.

O mercado não consegue aferir adequadamente o valor dessas funções e serviços ecossistêmicos porque opera numa lógica baseada, dentre outros paradigmas, na escassez individual de um produto em

²¹⁵ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 14653-6 de 06/2008**: recursos naturais e ambientais. Disponível em: <portalclubedeengenharia.org.br/arquivo/1497047984.pdf>. Acesso em: 2018.

²¹⁶ Item 3.6.2 da NBR.

²¹⁷ Item 8.5.5 da NBR.

relação a outro. Os preços não têm aptidão para medir a absoluta escassez de recursos ambientais²¹⁸.

Recursos naturais como o ar puro e a água, a formação de solo, a regulação do clima, valores estéticos, polinização e outros tantos são incorporados à vida em sociedade sem que haja preocupação em valorá-los economicamente.

Uma abordagem ecossistêmica aliada às metodologias científicas de avaliação econômica dos bens e serviços ecossistêmicos subsidiará a tomada de decisões, inclusive do Poder Judiciário, e certamente irá gerar profundas alterações nos preços do mercado. Talvez seja uma saída de transição, provisória, do modelo tradicional capitalista para uma justiça mais ecologizada.

Não em outro sentido, aliás, vem proclamado no Manifesto de Oslo, o qual procura divisar o Direito Ambiental e o Direito Ecológico, em seu documento fundacional. No item V, quando apresenta algumas propostas para superação das falhas do Direito Ambiental, considera que a abordagem ecológica é baseada no ecocentrismo, no holismo e na justiça intra e intergeracional e interespecies. Deve, por isso, o Direito internalizar as condições naturais de vida e de existência humana, tornando-as base de toda lei, incluindo constituições, direitos humanos, direitos de propriedade, direitos corporativos e soberania do Estado²¹⁹.

Platjouw²²⁰ considera que, se o capital natural e os serviços ecossistêmicos se tornarem mais estressados e escassos no futuro, é possível esperar que seus valores aumentem. Para além disso, prevê ela, se forem ultrapassados limites que não permitam a reposição dos ecossistemas, seus valores poderão rapidamente crescer ao infinito. Conclui a autora que os métodos e ferramentas disponíveis são muito importantes para que se encontre um meio comum de valoração monetária nas tomadas de decisão muitas vezes ocorridas em análises de custo-benefício que não dão o valor devido aos bens e serviços ecossistêmicos.

²¹⁸ DALY, Herman. **Beyond growth: the economics of sustainable development**. Boston: Beacon Press, 1996, p. 32.

²¹⁹ TEXT of the Oslo Manifesto - ELGA's Founding Document. Disponível em: <<https://www.elga.world/oslo-manifesto/>>. Acesso em: 06 set. 2018.

²²⁰ PLATJOUW, Froukje Maria. **Environmental law and the ecosystem approach: maintaining ecological integrity through consistency in law**. New York: Routledge, 2016, p. 75.

As técnicas de avaliação enfrentam importantes desafios, sobretudo em atenção a incerteza e irreversibilidade. Essas limitações de avaliação monetária são particularmente importantes quando um ecossistema atinge limites críticos e se altera para uma mudança irreversível ou reversível somente mediante custos elevados. Nesse caso, e até que maiores conhecimentos da dinâmica dos ecossistemas se tornem disponíveis, é mais indicado endereçar certa incerteza e ignorância empregando um padrão mínimo de segurança e o princípio da precaução²²¹.

A avaliação econômica dos serviços ecossistêmicos confere maior transparência à tomada de decisões, propiciando uma ampla integração de valores ecossistêmicos. O Direito entra como um fator fundamental nessa equação, assegurando que o interesse público na preservação dos bens comuns seja privilegiado.

O papel do Direito Ambiental é superar a excessiva fragmentação das normas legais e a ampla margem de discricionariedade do gestor, através de instrumentos jurídico-ecológicos para avaliações dos empreendimentos que partam de uma visão holística.

A Ciência tem colocado à disposição dos tomadores de decisão uma série de instrumentos de planejamento que trabalham com escalas espaciais e quantitativas, os quais devem ser empregados para uma melhor eficiência de gestão e superação do reducionismo de análise. Entretanto, o avanço científico não foi acompanhado na mesma velocidade pelas adequações legislativas – e não se esperava isso de fato. Mas desde que a ecologia emergiu como uma disciplina científica, a lei nunca mais foi a mesma²²². O núcleo do pensamento ecossistêmico foca nas interconexões e na interdependência. Reconhecidamente, a primeira lei da ecologia diz que tudo é conectado com tudo²²³. Portanto, é um desafio constante para o direito estabelecer esse grau de conectividade entre os diversos dispositivos legais que tangenciem questões ambientais.

²²¹ TEEB: The Economics of Ecosystems and Biodiversity: Ecological and Economic Foundations. Londres: Routledge, 2010.

²²² OWEN, Dave. Mapping, modeling, and the fragmentation of environmental law. **Utah Law Review**, n. 219, p. 218-281, 2013, p. 227.

²²³ OWEN, Dave. Mapping, modeling, and the fragmentation of environmental law. **Utah Law Review**, n. 219, p. 218-281, 2013, p. 280.

Essa fragmentação é classificada em vertical e horizontal, sendo a primeira justificada pelo diversos níveis de emanção das normas (internacional, nacional, estadual e municipal) e, a segunda, pela presença de normas que se ocupem tanto dos tipos de recursos ambientais (água, ar, mar, etc.) quanto das atividades (pesca, caça, agricultura, etc.).

Quanto à ampla margem de discricionariade do gestor, dimana do conteúdo ambíguo e genérico de muitas normas ambientais, as quais propiciam diferentes aplicações e interpretações, sem falar na presença de variados corpos administrativos envolvidos na aplicação e interpretação das normas legais²²⁴.

1.2 RESUMO DO CAPÍTULO

Toda essa digressão a respeito das relações entre economia e ecologia e sobre as principais tendências relacionadas às teorias econômicas que levam em conta a questão ambiental teve por escopo pontuar que a questão da proteção ambiental se interliga umbilicalmente com a questão econômica, embora não se restrinja, definitivamente, a ela.

Nem mesmo a origem comum dos vocábulos economia e ecologia foi capaz de evitar que, historicamente, eles envolvessem visões de mundo e de prioridades muito diversas e até mesmo antagônicas, o que produziu uma forma de desconexão entre necessidades e consumo infinitos em um mundo estruturalmente finito. Dessa constatação é que emergiram novas propostas da economia ambiental, da economia ecológica e ainda do decrescimento unido ao pós-extrativismo, todas elas fundadas na preocupação com a crise ambiental do Antropoceno e com a missão da economia no sentido de buscar melhor qualidade de vida.

Essas novas tendências contemplam a questão ambiental com prioridade, sobretudo numa economia sem fronteiras, mas com limites planetários evidentes. Segundo a proposta deste trabalho, as novas correntes econômicas precisam percolar o universo jurídico, integrando o conjunto de argumentos judiciais nas decisões ambientais, propiciando

²²⁴ PLATJOUW, Froukje Maria. **Environmental law and the ecosystem approach**: maintaining ecological integrity through consistency in law. New York: Routledge, 2016, p. 100.

avanços no sentido de uma justiça ecológica (justiça entre os homens viventes, entre as gerações e integridade ecológica).

Não é diferente a questão do argumento do fato consumado como razão de decidir, influenciado em muito, como se verá no desenvolvimento deste trabalho, pelos aspectos da economia, fator que pesa demasiadamente na racionalidade das decisões judiciais, sobretudo em países da periferia do sistema econômico mundial, como ainda é o caso do Brasil.

A ideia de um crescimento econômico a qualquer custo, verdadeiro mantra do qual nem mesmo a concepção de desenvolvimento sustentável logrou se desvencilhar completamente, desconsidera os limites planetários e a imperatividade de preservação dos serviços ecossistêmicos para garantir a sustentação de todas as formas de vida numa relação necessariamente complexa e sistêmica.

Nesse cipoal de normas e de agentes que as interpretam, com ampla margem de discricionariedade, a avaliação econômica dos serviços ecossistêmicos, aliada à abordagem ecossistêmica, apresenta-se como um denominador comum e um critério uniformizador de linguagem para a tomada de decisão, sempre em contextos participativos.

Admite-se que essa estratégia, em alguma medida, representa uma rendição do Direito Ambiental à lógica econômica. Considera-se que, ao menos em um momento de transição do paradigma de um Estado de Direito Constitucional para o de um Estado Democrático de Direito Ecológico talvez esse instrumento coloque um holofote na importância desses serviços prestados pela natureza, inclusive para a vida humana, além de inserir o ser humano como espécie animal na complexa teia da vida.

A par disso, atribuir valores justos e realistas aos serviços ecossistêmicos é uma forma indireta de dar voz à natureza e às futuras gerações nos processos decisórios administrativos e judiciais, o que deve repercutir, inclusive, na formação dos preços do próprio mercado.

A análise da jurisprudência, como será demonstrado na continuidade deste trabalho, relacionada ao argumento do fato consumado, com destaque para o enfrentamento de construções em áreas de preservação permanente ou em unidades de conservação, não revela a utilização de uma avaliação econômica dos serviços ecossistêmicos, o que consubstanciaria um critério de análise interessante para se chegar a uma decisão de que é economicamente

mais favorável a manutenção da intervenção do que sua demolição com a recomposição integral do ecossistema.

Integrar esses elementos nas decisões judiciais em geral e naquelas que envolvam situações ilícitas consolidadas de degradação ambiental pode de fato enriquecer a fundamentação para uma racionalidade bem mais consistente do que a mera acolhida do fato consumado. Mais do que recomendável há que se reverberar que essa perspectiva é induzida pelo ordenamento jurídico pátrio e internacional, além de estar atrelada ao próprio estatuto do bem ambiental, conforme será visto na sequência.

2 O ESTATUTO DO BEM AMBIENTAL

No presente capítulo, far-se-á um aprofundamento quanto à procura pela essência, substância do bem ambiental. Na filosofia aristotélica²²⁵, a essência é a natureza da coisa ou entidade, condiz com seu estatuto no sentido daquilo que a constitui. Ao buscar a essência das coisas, procura-se iluminá-las para uma compreensão racional, descolada de mitos e de suposições infundadas.

Tentar fixar o estatuto do bem ambiental requer uma pré-compreensão dos limites planetários e do papel estrutural que o meio ambiente desempenha para a persistência da humanidade e do complexo de vida no qual ele se envolve e do qual ela depende.

A concepção de bem ambiental como macrobem surgiu da necessidade do Direito intervir em sua ênfase reguladora e redistributiva na proteção dessa universalidade – *universitas rerum* – integrada pelo conjunto de bens naturais e culturais relacionáveis entre si e com o ser humano numa perspectiva aglutinadora do viés ecocêntrico e antropocêntrico alargado²²⁶. Esse é o caminho que se afigura o mais equilibrado e ajustado à Constituição de 1988 que é, ao mesmo tempo, antropocêntrica (quando enfatiza o compromisso com a qualidade de vida e com a dignidade da pessoa humana) e ecológica (quando, no art. 225, foca na proteção dos processos ecológicos essenciais, da fauna e da flora e de outros elementos do próprio bem ambiental, inclusive se preocupa com a extinção das espécies, sem qualquer referência prévia à condição humana)²²⁷.

Considerando que a noção de bem ambiental é complexa, pois envolve classificação jurídica e aportes da ecologia, definir o estatuto, a essência do bem ambiental requer que esses dois universos, expressão proposital diante da magnitude de contribuições e especulações teóricas desenvolvidas sobre o tema, sejam igualmente explorados, obviamente

²²⁵ MORA, Jose Ferrater. **Dicionário de filosofia**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2005, v. 2, p. 896-897.

²²⁶ ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental**: para uma tutela preventiva do ambiente. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 46-52.

²²⁷ BENJAMIN, Antonio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57-136, p. 90.

que dentro das limitações do presente trabalho e com o foco na questão do fato consumado relacionado às questões ambientais.

O reconhecimento do meio ambiente como direito fundamental é praticamente assente na doutrina e na jurisprudência brasileira. A questão posta é como distingui-lo e valorá-lo quando entra em fricção com outros direitos igualmente rotulados de fundamentais. É justamente isso o que ocorre nas lides que dão palco ao fato consumado. Portanto, a proposta desta indagação é destrinchar as especificidades do bem jurídico tutelado pelo direito ambiental por todo o seu *patchwork* de leis que têm seu clímax no art. 225 da Constituição Federal e dele se espriam por níveis regulatórios diversos.

2.1 O MEIO AMBIENTE COMO BEM FUNDAMENTAL – O GARANTISMO AMBIENTAL DE FERRAJOLI

Na delimitação do estatuto jurídico do bem ambiental, é premissa inicial deste trabalho que a expressão bem ambiental ostente o mesmo significado de meio ambiente em sua dimensão macro. Vale dizer: meio ambiente numa perspectiva de entidade²²⁸ destacada dos vários bens materiais em que se firma, com ênfase no valor ecológico relativo a composição, característica ou utilidade dos seus elementos (= a ideia do todo complexo) ou, na definição legal “o conjunto de relações e interações que condiciona a vida em todas as suas formas” (art. 3º, inc. I, da Lei nº 6.938/81).

Observe-se a evolução histórica do conceito de bem. Com endereço anterior no Direito Civil²²⁹ e restrito às coisas que podem proporcionar ao homem certa utilidade e, por essa razão, são suscetíveis de apropriação privada²³⁰, esse conceito passou também por um processo de paulatina imaterialização e ampliação para outras áreas do Direito.

²²⁸ BENJAMIN, Antonio Herman. **Teoria geral do direito ambiental brasileiro**: uma contribuição biocêntrica. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 369.

²²⁹ As diversas classes de bens hoje estão regradas a partir do art. 79 do CC.

²³⁰ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro:Freitas Bastos, 1953, v. 1, p. 270.

Monteiro considera que os bens são valores materiais ou imateriais, amplamente considerados, abarcando coisas corpóreas e incorpóreas²³¹.

O salto para uma melhor compreensão da noção jurídica de bem se deu a partir da teoria de Pugliatti²³² que pregava a possibilidade de uma mesma coisa constituir elemento material de mais de um bem jurídico. Em outras palavras: uma mesma coisa poderia enfeixar uma série de bens juridicamente tutelados. Assim, a par de se sujeitar a direitos de índole patrimonial, como por exemplo propriedade, usufruto, hipoteca, etc., um imóvel de valor cultural poderia estar vinculado ao patrimônio cultural e, enquanto tal, sujeito à tutela estatal e de dominialidade coletiva. Uma floresta, ainda que na propriedade privada de alguém, concomitantemente sujeitar-se-ia ao regime de gestão do macrobem ambiental.

Essa perspectiva foi posteriormente desenvolvida por Giannini²³³, em texto referência sobre a conformação autônoma e integrativa do bem ambiental e cultural, no qual ele reitera a concepção de Pugliatti quanto à possibilidade de uma só coisa, entendida em sua materialidade, poder abarcar mais de um bem jurídico mas vai além ao dizer que o perfil atinente ao tipo de propriedade constitui um aspecto accidental em relação ao bem ou bens inseridos no perímetro do bem ambiental.

No Brasil, Souza Filho revela-se pioneiro na construção da ideia de bem socioambiental²³⁴, o qual pode estar simultaneamente envolvido em regime de apropriação privada (sujeito a limites e vínculos) e pública na categoria das *res communis omnium*.

Pilati, utilizando seu profundo conhecimento do direito romano, desenvolve a doutrina dos bens coletivos, muito semelhante à proposta de Souza Filho. Diz ele que o Direito da Pós-modernidade rompe com o paradigma moderno da propriedade destinada a servir o Estado e o

²³¹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1981, v. 1, p. 137-138.

²³² PUGLIATTI, Salvatore. **Beni e cose in senso giuridico**. Milano: Giuffrè, 1962, p. 195.

²³³ GIANNINI, Massimo Severo. Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, n. 26, p. 15-91, 1976, p. 16 e p. 35.

²³⁴ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e proteção jurídica**. Porto Alegre: Unidade Editorial, 1997, p. 15-16.

indivíduo e passa também a estar a serviço da sociedade. “O coletivo, de natureza constitucional, é reabilitado e engloba todos os bens que a Constituição vigente garante a todos como fundamentais; que não pertencem a ninguém individualmente e dos quais só se pode dispor coletivamente²³⁵”. O primeiro e mais eloquente exemplo que ele traz é o bem ambiental.

Para Ferrajoli, bem é aquilo que pode ser objeto de uma situação jurídica²³⁶, ou seja, vai além da ideia de ser objeto de um direito.

Não somente as coisas que são objeto de direitos patrimoniais enquadram-se no amplo universo dos bens segundo o jurista italiano; os bens imateriais, que não são coisas, mas podem ser percebidos pelos sentidos, fazem parte dele, além de todos os bens que não são objeto de direitos patrimoniais, os assim chamados ‘bens comuns’, correspondentes aos romanísticos *res communis omnium*, como o ar, o solo oceânico e a biodiversidade, dentre outros.

A amplificação da noção de bem mudou em razão de terem também mudado as relações humanas com seu entorno. O desenvolvimento tecnológico permitiu, e isso é a um só tempo uma vantagem e uma desvantagem, a produção em escala de bens artificiais (inclusive medicamentos, equipamentos médicos) mas igualmente vem alavancando a destruição do meio ambiente. Esse cenário acaba repercutindo na afirmação dos novos direitos fundamentais e no alargamento do paradigma constitucional em relação à proteção desses bens fundamentais²³⁷.

O desenvolvimento tecnológico, a expansão do capitalismo em relação à natureza e saque do planeta por parte das corporações dos países mais ricos estão provocando uma onda de desastres conformada por mudanças climáticas, poluições, perdas de territórios, deslizamentos, secas e desertificações que é chamada pelo jurista italiano de “terceira

²³⁵ PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 119.

²³⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a, p. 53.

²³⁷ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 225.

emergência²³⁸”. A Terra, primeiro bem comum, assim classificada desde o direito romano (*res communis omnium*), dotada das características de ser um bem fora do comércio e não patrimonizável, passou a ser destruída e apropriada de modo privado. Não por outra razão, uma comissão de especialistas reunida pelas Nações Unidas passou a desenvolver uma nova perspectiva de jurisprudência da Terra ou ecológica, que traduz uma maior proteção da natureza: rios, árvores, montanhas, glaciais, ecossistemas e biosfera²³⁹.

Nessa linha, Ferrajoli considera que todos os bens fundamentais integrantes da categoria dos bens comuns, sobretudo o bem ambiental, devem ser tutelados no plano nacional como bens de uso comum, caso do tratamento conferido no Brasil, por força do já citado art. 225 da CF. Esse tratamento, no entanto, diz ele, é insuficiente, merecendo também proteção internacional para abarcar os bens de toda a humanidade. E não se trata de mero reforço retórico, o jusfilósofo defende a formatação de uma nova ordem internacional positivada e dotada de garantias de implementação para proteção e defesa dos bens fundamentais²⁴⁰.

A noção dos bens comuns (ou *commons*) traduz a busca de alternativas à dominância alcançada pelos modos de apropriação estatal e privada “daquilo que em princípio não pertence a ninguém”²⁴¹, ou

²³⁸ Ferrajoli considera que o Direito está envolvido em uma crise na sua capacidade regulatória devido a cinco emergências planetárias: democrática, social e humanitária, ambiental (ou ecológica), nuclear e criminal. Em relação à emergência ambiental, enfatiza que o desenvolvimento insustentável está predando os bens comuns naturais “como se fôssemos as últimas gerações que vivem sobre a Terra” (FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 180-181).

²³⁹ UN GENERAL ASSEMBLY. **Harmony with Nature**: note by the Secretary-General, 2016 (UN Doc. A/71/266). §§ 42-43. Disponível em: <Report file:///N:/abordagem%20ecossistêmica/A_72_175-ES%20relatório%20geral%20harmonia%20com%20natureza.pdf>. Acesso em: 03 out. 2018.

²⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Principia juris**: teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011b, v. 1: Teoría del derecho, p. 37.

²⁴¹ Por todos, vide FREIRE, Paulo Vieira. Ecodesenvolvimento: reflexões sobre novas formas de resistência no Antropoceno. In: SOUZA, Cristiane

seja, conjunto de bens sujeitos a uma governança transescalar (em nível global, nacional, regional e local), identificáveis com o macrobem ambiental.

Ao analisarem os possíveis regimes de propriedade sobre os bens ambientais, Feeny, Berkes e outros definem os bens de propriedade comum como aqueles dotados de duas características básicas: não excludentes (dificuldades para controle de acesso) e rivais. A primeira tem a ver com a natureza física do recurso, de tal forma que o controle do acesso por usuários potenciais pode ser caro e até mesmo impraticável, como por exemplo, recursos migratórios como estoques de peixes, a vida selvagem e a água subterrânea apresentam problemas óbvios para regular o acesso devido à sua ubiquidade. Terras de pastagens, florestas, grandes corpos de água e a atmosfera global apresentam grande dificuldade de exclusão²⁴².

A segunda característica básica dos recursos de propriedade comum é a rivalidade (alguns falam em subtrabilidade), ou seja, cada usuário é capaz de subtrair do bem-estar outros usuários. Mesmo havendo cooperação entre eles para aumentar a produtividade de seus recursos, por exemplo, replantando árvores, a natureza do recurso é tal que o nível de exploração por um usuário afeta negativamente a capacidade de outro usuário para explorá-lo. A rivalidade é a fonte da divergência potencial entre racionalidade individual e coletiva relacionada aos bens comuns. Ou seja, não é possível controlar quem pode usar ou não o bem, e o uso deste por alguém impede que outros indivíduos usem de igual forma esse mesmo bem. Por exemplo, o petróleo *in natura*.

Ferrajoli refere-se a bens comuns como sendo aqueles sujeitos a uma indisponibilidade derivada do fato de pertencerem a toda a humanidade, como objeto de uma situação coletiva – a co-propriedade universal a título originário – da qual derivam direitos de uso e desfrute conferidos a todos os componentes do gênero humano²⁴³. Acrescenta-se: nascidos ou não.

Mansur de Moraes et al. (Org.). **Novos talentos**: processos de educação para o ecodesenvolvimento. Blumenau: Nova Letra, 2016, p. 23-64.

²⁴² FEENY, David et. al. The tragedy of the commons: twenty-two years later. **Human Ecology**, v 18, n. 1, p. 1-19, 1990, p. 3.

²⁴³ FERRAJOLI, Luigi. **Principia juris**: teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011b, v. 1: Teoría del derecho, p. 736.

Ao proclamar que uma “política racional de tutela dos bens comuns exige hoje uma luta contra o tempo”, ele não descarta o caráter urgente desses cuidados com os bens comuns²⁴⁴. Em relação às catástrofes anteriores, a catástrofe ecológica é em grande medida irreparável. Por essa razão, a defesa de um constitucionalismo rígido e de uma esfera pública internacional, capaz até mesmo de mitigar a soberania sobre os bens que se encontram no território de determinada nação²⁴⁵ apresentam-se como ferramentas essenciais e complementares para conter o expansionismo capitalista globalizado que desconsidera os limites planetários.

Esse diagnóstico vem ao encontro da percepção de Steffen e outros no sentido de estar em curso uma crise ecológica estribada em três aspectos: escassez em recursos críticos conectados com a produção de alimentos, a degradação dos serviços ecossistêmicos e a erosão da capacidade do planeta de absorver os resíduos gerados pelas atividades humanas²⁴⁶.

A contextualização do momento societal de crise (na verdade, como afirmam Morin e Kern²⁴⁷, de policrise), de sociedade de risco, de profundas intervenções humanas na natureza (Antropoceno) faz emergir para o direito um papel protetivo maior, um zelo redobrado para com os bens fundamentais sobretudo frente às forças do mercado. Como visto no capítulo anterior, a economia tem de se inserir na ecologia e dela obter seus limites. O direito corre contra o tempo. Acelerar a proteção da integridade ecológica é imprescindível para resguardo do bem ambiental cujo pacto protetivo plasmado no art. 225 da CF induz

²⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 236.

²⁴⁵ WOLD, Chris. Introdução ao estudo dos princípios de direito internacional do meio ambiente. In: SAMPAIO, José Adércio; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de direito ambiental: na dimensão internacional e comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 5-42, p. 12,

²⁴⁶ STEFFEN, Will et al. The anthropocene: from global change to planetary stewardship. **Ambio**, v. 40, n. 7, p. 739-761, nov. 2011. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3357752/>>. Acesso em: 12 out. 2017.

²⁴⁷ MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-pátria**. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2003, p. 94.

responsabilidade para com os não nascidos, sem rosto, mas já integrantes da relação jurídica intergeracional ou, nas palavras de Belchior, continuativa²⁴⁸ (sem um limite temporal).

Avançando um pouquinho nas categorias criadas Ferrajoli, entende-se que bem fundamental é qualquer bem que seja objeto de um direito fundamental primário, sendo esses os direitos fundamentais que dimanam diretamente da lei, universais (pertencentes a todas as pessoas), que formam a base da igualdade jurídica, desprovidos de conteúdo econômico e indisponíveis (não se trocam nem se acumulam).

O mestre italiano²⁴⁹ inclui o meio ambiente na subcategoria dos bens comuns inserida na categoria mais ampla dos bens fundamentais. Na sua teoria garantista do direito, esboça uma concepção de Estado baseada na dúplici correlação entre direitos universais (como o são todos os direitos fundamentais) e deveres absolutos, e entre direitos absolutos (como o são todos os direitos fundamentais individuais) e deveres universais²⁵⁰.

A categoria dos bens fundamentais acima descrita é deveras semelhante à construção articulada por Pilati de bens coletivos. Trata-se de um conjunto especial de bens excluídos da lógica de apropriação patrimonial, que prioriza os valores da vida (extrapatrimoniais), absolutos, imprescritíveis, oponíveis **erga omnes** (inclusive ao Estado), perpétuos e necessários na medida em que se conectam com a vida, deles não se podendo prescindir²⁵¹.

No presente trabalho, tirar-se-á proveito da arquitetura jurídica consagrada pelo jurista italiano, como um reforço argumentativo na defesa do bem ambiental, dissociado de um direito subjetivo²⁵², mas

²⁴⁸ BELCHIOR, Germana Parente. **Fundamentos epistemológicos do direito ambiental**. Tese (Doutorado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/156745>>. Acesso em: 18 jul.2018, p. 263.

²⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia juris**: teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011b, v. 1: Teoría del derecho, p. 717.

²⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Principia juris**: teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011b, v. 1: Teoría del derecho, p. 773.

²⁵¹ PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 119-120.

²⁵² GARCIA, Júlio César. **A intangibilidade do bem ambiental**. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2016.

oponível por todos a qualquer um e contra qualquer um, inclusive o Estado. Conclui Garcia, em seu estudo sobre a intangibilidade do bem ambiental, que esse não se confunde com os direitos humanos, mas é ele próprio marcado por sua vitalidade, sua conexão com a vida humana e não humana que o torna, inexoravelmente, objeto de garantias e vínculos, sobretudo de prescrições de não lesão²⁵³.

Essa perspectiva coaduna-se com a nova visão dos direitos humanos ecológicos²⁵⁴ plasmada na reunião dos fundamentos filosóficos dos direitos humanos com princípios ecológicos. Em outras palavras: objetiva ligar os valores intrínsecos dos humanos, do meio ambiente e das outras espécies, partindo da premissa de que o homem não vive e se relaciona somente no ambiente social mas também no natural²⁵⁵.

A construção dessa pauta vem sendo desenvolvida com base na ideia da conexão homem e ambiente e no esforço de demonstrar que certo grau de antropocentrismo é relevante pois o homem é a única espécie, ao que se sabe, dotada de consciência para reconhecer e respeitar a moralidade dos direitos. Além disso, o ser humano é parte da natureza. Portanto os deveres e interesses da humanidade são indistacáveis da proteção ambiental.

É inegável que o leque de direitos fundamentais está em constante mutação, tratando-se de um processo civilizatório e evolutivo. Cada ordenamento pode conter um catálogo mais ou menos amplo de direitos fundamentais e mesmo, como lembra Ferrajoli, não conter qualquer um²⁵⁶.

Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/43727>>. Acesso em 2018, p. 31.

²⁵³ GARCIA, Júlio César. **A intangibilidade do bem ambiental**. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2016. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/43727>>. Acesso em 2018, p. 32.

²⁵⁴ BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 169.

²⁵⁵ TAYLOR, Prue. Ecological integrity and human rights. In: BOSSELMANN, Klaus *et al* (editores). **Reconciling human existence with ecological integrity**. Londres: Earthscan, 2008, p. 98-99.

²⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Principia juris: teoría del derecho y de la democracia**. Madrid: Trotta, 2011b, v. 1: Teoría del derecho, p. 688.

Descolando-a de qualquer ordenamento jurídico concreto ou de uma específica Constituição, o criador da doutrina garantista propõe uma definição puramente formal ou estrutural dos direitos fundamentais, segundo a qual “são direitos fundamentais todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoas, cidadãos ou pessoas com capacidade de agir”²⁵⁷(tradução livre da autora).

Por direito subjetivo, entende ele qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) adstrita a um sujeito por uma norma jurídica.

Partindo-se da premissa de que os direitos fundamentais são universais – isto é, pertencem a todos em condições de igualdade (ainda que observadas as três tipologias desenhadas pelo autor: com *status* de pessoas, cidadãos ou pessoas com capacidade de agir), não é difícil intuir, que tais direitos são protegidos juridicamente como interesses de todos e têm um valor geral. Os bens fundamentais comuns remetem ao conjunto de direitos ecológicos e integridade do ambiente como patrimônio inviolável²⁵⁸.

Ao desvincular a natureza da ideia de direito do homem e para o homem, e considerá-la, objetivamente, como um bem fundamental, há um avanço em relação ao atual cenário de proteção como direito fundamental subjetivado em cada ser humano²⁵⁹. Essa proposta, inspirada em Ferrajoli, será utilizada ao longo deste trabalho para analisar o fato consumado e sua intromissão na área ambiental.

²⁵⁷ São “derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a **todos** los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar” (FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 2004, p. 37).

²⁵⁸ GARCIA, Júlio César. **A intangibilidade do bem ambiental**. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2016. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/43727>>. Acesso em 2018, p. 32.

²⁵⁹ LEITE, José Rubens Morato; GALBIATTI, Paula; BETEGA, Belisa. Princípios estruturantes do estado de direito para a natureza. In: LEITE, José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França (Org.). **Estado de direito ecológico**. Conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza. São Paulo : Instituto O direito por um Planeta Verde, 2017, p. 166-201, p. 190.

Mesmo na construção de novas leis a ideia de bem fundamental, devido às garantias e vínculos que aderem aos bens fundamentais, tem de ser levada em conta, de molde a não retroceder nem desconstituir o nível de proteção atingido. O Judiciário atua como instituição de garantia secundária das normas de direitos fundamentais²⁶⁰. No caso da Constituição Brasileira, a multifuncionalidade dos direitos fundamentais afiança a autonomia dos bens coletivos sob a égide da República Participativa, configurando “direitos subjetivos oponíveis ao Estado, à coletividade e a cada pessoa em particular, reciprocamente. Qualquer pessoa ou órgão pode exigir a sua realização eficaz perante o caso concreto, promovendo a formação da ágora²⁶¹ constitucional dos titulares”²⁶².

Nas decisões administrativas que avaliam empreendimentos e atividades e nas decisões envolvendo causas ambientais, o bem fundamental há de receber um olhar atento, responsável e zeloso de quem tem o dever de garantir a proteção dos ecossistemas e da qualidade de vida.

Essa universalidade confere aos direitos fundamentais uma nota diferencial, um trato distinto com respeito a todos os outros direitos subjetivos e, em particular, aqueles a que Ferrajoli considera como patrimoniais: os quais são singulares, na medida em que pertencem a um sujeito determinado e específico, com exclusão de todos os outros.

Os direitos fundamentais possuem uma dupla perspectiva²⁶³: tanto podem ser considerados direitos subjetivos, individuais, como elementos dotados de eficácia objetiva. Portanto, podem ser

²⁶⁰ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 243.

²⁶¹ Ágora é empregada como espaço coletivo de discussão e deliberação, de democracia participativa, em cumprimento ao art.1º, § único, segunda parte, da CF PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 3.

²⁶² PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 160.

²⁶³ Sampaio refere-se a isso como a “face bifronte de jano dos direitos fundamentais” (SAMPAIO, José Adércio; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de direito ambiental**: na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 92. p. 32-111.

reivindicados em todos os espaços de poder de forma desvinculada de um direito subjetivo²⁶⁴.

Importante sublinhar, ainda, o aspecto da transcendência dos direitos fundamentais: eles têm uma capacidade para *sair de si*, ou seja, projetar-se além da esfera individual, com vistas a influenciar o legislador, o Judiciário e o Executivo, e mesmo as relações privadas²⁶⁵. A Constituição possui um efeito integrador cujo êxito condiciona-se à capacidade de introjetar os valores mais relevantes para a sociedade através da tutela dos direitos fundamentais²⁶⁶. A própria legitimação do direito, de acordo com o Garantismo de Ferrajoli, lhe é exterior, oriunda, especificamente, dos direitos fundamentais.

Da confusão entre direitos e suas garantias surge a negação da existência dos direitos propriamente ditos devido à ausência de garantias. Essa lacuna inaceitável deve ser preenchida, necessariamente, pela legislação, sob pena de violação ao respectivo direito fundamental²⁶⁷.

A Carta Constitucional brasileira dá sinais de sobra de que o Poder Judiciário deve atuar nos casos de não efetivação ou proteção insuficiente²⁶⁸ de direitos fundamentais²⁶⁹, tanto assim que legitimou o

²⁶⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 134. No mesmo sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 155.

²⁶⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 134.

²⁶⁶ GRIMM, Dieter. **Constitutionalism**: past, present and future. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 148.

²⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 37.

²⁶⁸ No julgamento da ADPF n° 101, o Supremo Tribunal Federal reconheceu literalmente a vedação do Poder Público de ser insuficiente ou imprevidente com relação à proteção dos direitos fundamentais ao meio ambiente e saúde, ambos conectados com o tema da proibição da importação de pneus inservíveis (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 101/DF-DISTRITO FEDERAL. Relatora: Min. Carmem Lúcia. Julgado em: 24 jun. 2009. Disponível em:

Ministério Público para a ação civil pública²⁷⁰. Contemplou, dentre outros mecanismos assecuratórios desse grupo de direitos, a ação popular²⁷¹, o mandado de injunção²⁷², ambos no rol dos direitos e garantias individuais, e instituiu a arguição²⁷³ de descumprimento de preceito fundamental que será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal.

No constitucionalismo rígido de Ferrajoli²⁷⁴, há uma proposta de novo paradigma em que a lei deixa de ser a fonte suprema e indiscutível da produção jurídica, fruto das pressões exercidas pelas maiorias parlamentares, para que os direitos fundamentais, previstos no vértice do texto constitucional, assumam o protagonismo e submetam

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>> Acesso em: 28 ago. 2018).

²⁶⁹ Destaca Pilati a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, notadamente em relação à autonomia dos bens coletivos (PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 160).

²⁷⁰ Art. 129, inc. III.

²⁷¹ Art. 5º, inc. LXXXIII.

²⁷² Art. 5º, inc. LXXI.

²⁷³ Art. 102, § 1º.

²⁷⁴ Zaneti Júnior qualifica nossa Constituição como ainda mais rígida que a italiana em relação aos direitos fundamentais, tratando-se de uma Constituição de terceira geração, que avança em relação aos modelos anteriores, sendo provida das seguintes características “(a) constituição rigidíssima, com o reconhecimento de cláusulas pétreas; (b) controle de constitucionalidade por um tribunal independente e imparcial; (c) Ministério Público para defesa dos direitos fundamentais como instituição de garantia, não mais apenas como órgão de acusação do direito penal; (d) defensoria pública integral e gratuita (também chamada por Luigi Ferrajoli de Ministério Público de Defesa); (e) mandado de injunção e controle de constitucionalidade por omissão, para tratar das lacunas normativas decorrentes do desnível entre os compromissos constitucionais e as normas infraconstitucionais; (f) vinculações orçamentárias, que no Brasil se desenharam, neste primeiro momento, nos campos prioritários do direito à saúde e à educação” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. Constitucionalismo garantista e precedentes vinculantes em matéria ambiental. Limites e vínculos ao ativismo judicial contrário ao meio ambiente. **Revista de direito ambiental**, v. 78, p. 179-213, 2015, p. 183).

inclusive o legislador a vínculos substanciais²⁷⁵. Como direitos conferidos a todos enquanto pessoas, ou capazes de agir ou cidadãos, os direitos fundamentais postulam a existência de funções de caráter público. Formam, na visão de Ferrajoli, a base mesmo da justificação daquela que é considerada a esfera pública, em oposição à privada (formada por interesses particulares e exclusivos dos sujeitos singulares).

E não se diga que essa tríplice divisão dos direitos fundamentais não dá conta dos avanços necessários para uma dimensão ecológica dos direitos fundamentais. A partir do momento em que o foco da tutela incide sobre o bem ambiental em si, a proposta formulada por Bosselmann²⁷⁶ de uma abordagem ecológica dos direitos humanos torna-se ainda mais defensável. Os direitos humanos têm de respeitar os limites ecológicos e isso nos é induzido pela abordagem ecossistêmica sobre a qual se falará adiante.

Os limites ecológicos devem ser expressos não só em termos éticos como também jurídicos na medida em que definem conteúdo e limitações²⁷⁷, sempre numa perspectiva intergeracional. A noção de apropriação da utilidade do bem ambiental é destinada a ser revista, como lembra Lettera, ao ponto de não mais se admitir a apropriação exclusiva mas somente a utilização a partir da premissa de que o usuário, durante esse uso, não pode provocar significativa modificação irreversível nem dispor os rejeitos de sua atividade de molde a onerar os ecossistemas com carga excessiva²⁷⁸.

Na ordem jurídica pátria, essa questão está razoavelmente bem resolvida pois a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente já inseria dentre seus objetivos a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e

²⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 55.

²⁷⁶ BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 173-182.

²⁷⁷ BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.182.

²⁷⁸ LETTERA, Francesco. *Lo stato ambientali e le generazioni future.* **Rivista Giuridica dell’Ambiente**, v. 8, n. 2, p. 235-255, giug. 1992, p. 246.

do equilíbrio ecológico; a formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico; à preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida²⁷⁹. Todo esse leque de previsões demonstra o necessário uso comedido e responsável do bem ambiental, para cuja mensuração, sustenta-se, a avaliação econômica dos serviços ecossistêmicos é ferramenta imprescindível no atual momento civilizatório.

Com a Constituição de 1988, o viés ecocêntrico ganhou substancial reforço a partir do disposto no art. 225 que situou no plano dos deveres a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais e o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; a preservação da diversidade e a integridade do patrimônio genético do País; a definição, em todas as unidades da Federação, de espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos e, por fim, a proteção da fauna e da 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*.

Dentre as diversas categorias de direitos fundamentais, Ferrajoli considera mais importante a dos direitos humanos²⁸⁰ que pertencem a todos enquanto direitos primários ou substanciais da pessoa, gozando de proeminência, ao lado do direito à vida, o direito ao meio ambiente

²⁷⁹ Art. 4°.

²⁸⁰ Numa perspectiva garantista, ancorada na Constituição brasileira, Zaneti Júnior considera que os direitos humanos são espécie do gênero direitos fundamentais, e que são definidos em tratados, convenções e documentos internacionais, ao passo que os direitos fundamentais são reconhecidos na ordem jurídica nacional. No direito brasileiro, os direitos humanos constam da Constituição, em sua maioria estão no catálogo do art. 5°. Outros, como é o caso do direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, são albergados em outras passagens do texto constitucional e entram nesse rol por força da abertura material autorizada pelo art. 5°, § 1°, da CF e pela constitucionalização dos tratados, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou o § 3° ao art. 5° (ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 133).

sadio. Ferrajoli considera que os direitos fundamentais não supõem normas mas são eles próprios normas²⁸¹.

Um dos aspectos relevantes dos direitos fundamentais apontados pelo autor é a atual natureza supranacional de grande parte deles, com imposição de limites internos e externos, esses últimos através de tratados e convenções internacionais que, longe de serem cumpridos, têm sido normativamente esboçados²⁸².

Nesse rol de direitos humanos, reluz com singular brilho a questão do direito a viver em um meio ambiente limpo e saudável. Como relata Bosselmann²⁸³, constituições de pelo menos 56 países já consagram esse direito explicitamente e, mesmo nas que não o fazem de maneira clara, há argumentos convincentes de que “as constituições são árvores vivas, capazes de interpretações modernas para resolver problemas modernos que violam os direitos humanos. A par disso, as decisões de cortes e organizações internacionais fornecem apoio adicional para o reconhecimento de um direito constitucional implícito nesse sentido”²⁸⁴.

Também se afigura relevante a distinção feita por Ferrajoli entre direitos fundamentais e patrimoniais: enquanto os primeiros estão na base do primado da igualdade, os segundos estão na raiz das desigualdades.

Os direitos fundamentais consistem em expectativas negativas ou positivas, correspondendo a elas deveres (de prestação) ou proibições (de lesões), designados por garantias primárias. As garantias secundárias são os deveres de reparar ou sancionar judicialmente as lesões dos direitos²⁸⁵. Essa distinção é de suma importância para a

²⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia juris**: teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011b, v. 1: Teoría del derecho, p. 689.

²⁸² FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 43.

²⁸³ BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 161.

²⁸⁴ BOYD, David. The implicit constitutional right to live in a healthy environment. **RECIEL**, Review of European Community and International Environmental Law, v. 20, n. 2, p. 171-79, 2011, p. 171.

²⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a, p.15.

estruturação do modelo garantista como o modelo teórico adequado ao constitucionalismo garantista²⁸⁶.

O Judiciário, no mapa do garantismo, goza de inegável protagonismo na proteção do bem ambiental ao atuar justamente no viés da garantia de prestações, estabelecendo as sanções no caso de lesão e decidindo preventivamente para evitar lesões.

Graças a essa forma lógica, o enquadramento como direito fundamental, em norma constitucional de grau acima ordenado, das expectativas que refletem interesses e necessidades vitais de todos – como a vida, a liberdade e sobrevivência – constitui a técnica através da qual esses interesses e necessidades se impõem como limites ou vínculos²⁸⁷.

A arquitetura jurídica que parte do princípio de que os direitos fundamentais são universais (*omnium*) produz como consequência a correspondência a esses outros tantos deveres absolutos, isto é, *erga omnes*, consistentes nas suas garantias.

Portanto, ao direito fundamental à preservação do meio ambiente correspondem deveres fundamentais, sobretudo de cunho estatal, de assegurar concretamente esse direito²⁸⁸.

Como visto anteriormente, após operar a linha divisória entre direitos fundamentais e patrimoniais, Ferrajoli distingue os bens em *fundamentais e patrimoniais*. Enquanto os bens patrimoniais são aqueles objeto de um direito patrimonial, os bens fundamentais são objeto de um direito fundamental. A diferença entre bens fundamentais e patrimoniais é para o autor essencial à criação de uma teoria garantista do direito.

Parte ele de uma classificação tríplice dos bens fundamentais, na qual, ao lado dos bens personalíssimos, utilizáveis e acessíveis unicamente por quem os detém, como por exemplo, partes integrantes

²⁸⁶ Para um resumo sobre o modelo garantista, vide ZANETI JÚNIOR, Hermes. Constitucionalismo garantista e precedentes vinculantes em matéria ambiental. Limites e vínculos ao ativismo judicial contrário ao meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, v. 78, p. 179-213, 2015. p. 205.

²⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Principia juris**: teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011b, v. 1: Teoría del derecho, p. 772.

²⁸⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Constitucionalismo garantista e precedentes vinculantes em matéria ambiental. Limites e vínculos ao ativismo judicial contrário ao meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, v. 78, p. 179-213, 2015, p. 185.

do corpo da pessoa, e dos bens sociais (objeto de direitos sociais como água, comida para alimentação de base e os chamados fármacos essenciais, de cuja prestação a cargo da esfera pública depende a sobrevivência da pessoa), coexistem os chamados bens comuns, objeto de “liberdade de”, isto é, de liberdade-faculdade consistente nos direitos de todos de ter acesso ao seu uso e gozo: entram nesse contexto todos aqueles bens, *como o ar, o ambiente, o futuro do planeta, cuja tutela corresponde a um interesse comum ou geral e cuja lesão levanta o problema não menos vital e dramático da ecologia*²⁸⁹.

Os bens personalíssimos e os comuns são, na visão de Ferrajoli, bens naturais, cuja garantia, como objeto de vários direitos negativos, reside na sua indisponibilidade. É uma indisponibilidade devido a razões opostas: no caso do corpo humano, por pertencer unicamente à pessoa e por isso não ser disponível, já que a pessoa não é objeto nem coisa; no caso dos bens comuns, a indisponibilidade deriva do fato de que esses bens são patrimônio comum da humanidade, ou seja, objeto de uma situação coletiva de copropriedade universal²⁹⁰ a título originário, composta pelos direitos de uso e gozo pertencentes a todos os seres humanos enquanto componentes do gênero humano²⁹¹.

Esses bens, quando se apresentam como coisas, como entidades materiais e por sua natureza acessíveis e utilizáveis (materialmente apropriáveis, trocáveis, alteráveis, deterioráveis e destrutíveis), requerem uma proteção através da vedação de sua disposição como bem deonticamente (normativamente) indisponível²⁹². É precisamente nessa vedação ou restrição, no caso dos bens comuns, de atividades poluidoras ou daquelas que implicam a apropriação de recursos irreprodutíveis

²⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia juris**: teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011b, v. 1: Teoría del derecho, p. 738.

²⁹⁰ LETTERA, Francesco. Lo stato ambientali e le generazioni future. **Rivista Giuridica dell’Ambiente**, v. 8, n. 2, p. 235-255, giug. 1992, p. 245.

²⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia juris**: teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011b, v. 1: Teoría del derecho, p. 738.

²⁹² GARCIA, Júlio César. **A intangibilidade do bem ambiental**. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2016. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/43727>>. Acesso em 2018, p. 32.

reconhecidos como comuns, que reside a garantia de não lesão aos direitos relativos aos bens comuns e personalíssimos²⁹³.

Ferrajoli reconhece que a interferência humana nos bens comuns, com o desenvolvimento da possibilidade tecnológica de alteração e destruição do ambiente, está colocando em evidência a essencialidade dos bens da natureza que, há certo tempo atrás, não eram nem mesmo bens mas simplesmente coisas, como a água, ar e o equilíbrio ecológico. Esse avanço, no caso específico da legislação brasileira, já foi apreendido e teorizado por Benjamin quando abordou o novo tratamento dado à natureza que passou de coisa para receber um sentido relacional, a par do caráter ecossistêmico e intangível²⁹⁴.

De acordo com Garcia, a intangibilidade é a “qualidade jurídica atribuída a uma norma, direito ou bem jurídico que o torna intangível ou impossível de ser acessado por vias diretas²⁹⁵”. Pode ela estar ancorada em escolha política ou estratégica do legislador, a fim de salvaguardar determinada situação jurídica. No caso do bem ambiental, *decorre da própria natureza do bem*, que é apenas reconhecido pelo Direito e, nesta operação, acaba por se constituir em uma nova realidade dentro da dinâmica do sistema jurídico.

Atualmente, enquanto bens comuns, os bens fundamentais reclamam limites à atividade privada e vinculação à esfera pública. O arranjo atual do Estado de Direito parece dar sinais de insuficiência para a garantia dos bens comuns²⁹⁶.

²⁹³ FERRAJOLI, Luigi. **Principia juris**: teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011b, v. 1: Teoría del derecho, p. 738.

²⁹⁴ BENJAMIN, Antonio Herman. A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. **Nomos**: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, v. 31, n. 1, p. 79-96, 2011, p. 79.

²⁹⁵ GARCIA, Júlio César. **A intangibilidade do bem ambiental**. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2016. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/43727>>. Acesso em 2018, p. 171.

²⁹⁶ LETTERA, Francesco. Lo stato ambientali e le generazioni future. **Rivista Giuridica dell’Ambiente**, v. 8, n. 2, p. 235-255, giug. 1992, p. 247. No mesmo sentido, FERRAJOLI, Luigi. **Principia juris**: teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011b. v. 1: Teoría del derecho, p. 738-739.

Conquanto não lance mão dessa denominação, Ferrajoli captura em sua obra a ideia do Antropoceno enquanto época caracterizada por profundas intervenções humanas na natureza, marcada por desenvolvimentos da indústria e da tecnologia que requerem limites fundamentais à garantia dos bens comuns e personalíssimos.

Esses limites, como visto no capítulo anterior, se resolvem de fato nas constrações do crescimento/desenvolvimento, na tutela da geração atual e das futuras. Comportam ainda, pela primeira vez na história, um conflito entre direitos e tecnologia²⁹⁷, ou pior, entre Direito e Ciência, o que contradiz a ideia, radicada na cultura ocidental, do caráter de qualquer modo progressista do desenvolvimento tecnológico, não só mas também da liberdade de pesquisa e experimentação científica.

Como as normas constitucionais que versam sobre os bens fundamentais comuns geralmente são mediatas e vinculadas a uma racionalidade complexa, Ferrajoli sugere estimular uma Carta constitucional dos bens fundamentais, de um lado estipulando os vínculos à produção e distribuição dos bens sociais, de outro traçando, na base de um novo “contrato natural”²⁹⁸, destinado à tutela dos bens personalíssimos e comuns, limites internacionais e rigorosos tanto para o mercado quanto para a política. Essa necessidade de uma internacionalização das normas ambientais é uma das respostas para um dos maiores problemas enfrentados pelo direito ambiental. Quem sabe o projeto do Pacto Mundial pelo Meio Ambiente²⁹⁹, cujo esboço foi lançado em 24 de junho de 2017, e sobre o qual se falará adiante, consiga se afirmar como um consenso mínimo em nível internacional.

Como destaca Bugge³⁰⁰, os problemas ambientais atravessam fronteiras entre comunidades locais, condados, regiões e por vezes

²⁹⁷ No mesmo sentido, AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Método e hermenêutica material no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 133.

²⁹⁸ SERRES, Michel. **Le contrat naturel**. Champs: Flammarion, 1992.

²⁹⁹ PROJET Pacte mondial pour l'environnement. 24 juin 2017. Disponível em: <<http://www.leclubdesjuristes.com/projet-de-pacte-mondial-lenvironnement/>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

³⁰⁰ BUGGE, Hans Christian. Twelve fundamental challenges in environmental law. An introduction to the concept of rule of law for nature. In: VOIGT, Christina (Ed.). **Rule of law for nature: new dimensions and**

países. O pior efeito ambiental de uma atividade poluidora pode aparecer muito longe de sua fonte e sob outras jurisdições. Não raras vezes, diz ele, os que usufruem as benesses de determinada atividade degradadora não são os que arcam com seus custos e enfrentam os problemas dela oriundos.

Os limites aos bens comuns dimanam de sua natureza de bens universais, não apropriáveis pelo mercado e indivisíveis, a par de se constituírem em direitos humanos e direitos de acesso e uso de que são objeto. No Direito nacional, a Constituição é o *locus* obrigatório para sua contemplação e tutela. Na visão de Ferrajoli, todavia, é urgente a construção de uma carta dos bens fundamentais³⁰¹, com expressão inclusive no direito nacional, para estabelecer limites e vínculos tanto ao mercado quanto à política, devido à urgência e gravidade que qualificam os problemas relacionados ao equilíbrio ecológico³⁰², à saúde, urbanização predatória e privação da propriedade comum.

Portanto, o bem fundamental – meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado – merece tratamento especial, porque especiais suas características e sua vinculação a toda a humanidade, para além do arco temporal das presentes gerações. O uso atual dos recursos ambientais é uma fração de um contínuo com os outros usos anteriores e posteriores e deve propiciar às gerações futuras que também sejam usuárias³⁰³.

O princípio da equidade intergeracional³⁰⁴, albergado no art. 225, *caput*, da CF (“para as presentes e futuras gerações”), baseia-se no

ideas in environmental law. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 3-26, p.18.

³⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia juris**: teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011b, v. 1: Teoría del derecho, p. 738-739.

³⁰² Nesse aspecto, é secundado por LETTERA, Francesco. Lo stato ambientali e le generazioni future. **Rivista Giuridica dell’Ambiente**, v. 8, n. 2, p. 235-255, giug. 1992, p. 247.

³⁰³ LETTERA, Francesco. Lo stato ambientali e le generazioni future. **Rivista Giuridica dell’Ambiente**, v. 8, n. 2, p. 235-255, giug. 1992, p. 246.

³⁰⁴ Dada a essencialidade da água para o ser humano e para os diversos elementos da natureza, a Lei da Política Nacional dos Recursos Hídricos (Lei nº 9.433/97), em seu art. 2º, inc. I, insere dentre seus objetivos “ I - assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos”. A Lei da Mata Atlântica, bioma destacado pela Constituição, também enfatiza o princípio

reconhecimento de que nós, membros da espécie humana, somos os mantenedores do meio ambiente natural e cultural de nosso planeta em comum com todos os membros de nossa espécie: gerações pretéritas, geração presente e futuras gerações.

Todas as gerações são iguais na sua posição normativa em relação ao sistema natural que integram. Não há base para favorecer uma geração em relação a outra. Mais ainda, sustenta Weiss, não há justificativa para discriminar alguns povos hoje na sua relação com o sistema natural³⁰⁵.

Para além dessa visão restrita à espécie humana, Weiss aborda o relacionamento do homem com o sistema natural, lembrando que a espécie humana é parte integrante dele, razão por que não tem o direito de destruir sua integridade, mesmo que pareça interessante fazê-lo para o atendimento de uma demanda imediata.

Essa nova perspectiva atenta para uma atuação responsável de cada um em face do outro e para o respeito à dignidade desse outro, permitindo “o reconhecimento de um novo ethos para a definição dos sujeitos envolvidos nas novas relações jurídicas”³⁰⁶. Abarcando o conjunto de condições adequadas ao desenvolvimento e conservação da vida, e “não simplesmente da vida qualificada pelo elemento

da equidade intergeracional como vetor hermenêutico (art. 6º, § único, da Lei nº 11.428/2006). Mais do que isso: no art. 7º, inc. I, determina que a proteção e a utilização do Bioma Mata Atlântica se dê dentro de condições que garantam a manutenção e recuperação da biodiversidade, vegetação, fauna e regime hídrico para as presentes e futuras gerações. Aludido princípio também está contido no art. 1º-A, § único, inc. I, da Lei nº 12.651/2012 (Novo Código Florestal).

³⁰⁵ WEISS, Edith Brown. In fairness do future generations: intergenerational law: common patrimony and intergenerational equity. In: WEISS, Edith (Org.). **International environmental law and policy**. New York: Aspen Law and Business, 1998, p. 3.

³⁰⁶ AYALA, Patryck de Araújo. **Direito e incerteza: a proteção jurídica das futuras gerações no Estado de Direito Ambiental**. 2002. 495 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/83388>>. Acesso: 2018. p. 216.

humano³⁰⁷, essa renovada e ampla visão, ao tratar da proteção dos interesses das futuras gerações, busca a abrangência de todos os seres vivos.

Em termos de garantias e vínculos ao bem fundamental, o princípio da equidade ou da solidariedade intergeracional consubstancia um contrapeso democrático³⁰⁸, de cunho ético-ambiental, que afasta a possibilidade de avaliações puramente econômicas na criação e implementação de políticas públicas que envolvam uso de recursos ambientais e na aprovação de leis e regulamentos relacionados à preservação ambiental.

Desde o relatório da Comissão Brundtland, essa ideia solidarista intergeracional mostrou a que veio a partir da constatação de que estavam sendo gastos os recursos dos ainda não nascidos. Veio, no entanto, através de um standard relacionado ao mínimo existencial ecológico que prega que sejam satisfeitas as necessidades das gerações presentes sem comprometer a possibilidade de as futuras gerações satisfazerem suas próprias necessidades. Isso expressa que a herança dos recursos globais a ser legada para as futuras gerações não deve cair abaixo do nível necessário para a satisfação das necessidades dessas pessoas. Essa é a mais precisa formulação do que pode ser chamado de “concepção relativa ao mínimo existencial”³⁰⁹.

Uma segunda versão (mais contundente) da equidade intergeracional chamada por Nickel de *equal heritage conception* (concepção de uma herança igualitária) considera os usos dos recursos globais pelas presentes gerações como uma linha de base. Cada geração deve fazer o melhor possível para transmitir para a próxima o mais elevado nível possível de um conjunto de recursos globais recebido da

³⁰⁷ AYALA, Patryck de Araújo. **Direito e incerteza: a proteção jurídica das futuras gerações no Estado de Direito Ambiental**. 2002. 495 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/83388>>. Acesso: 2018. p. 216.

³⁰⁸ NESPOR, Stefano. **Il governo dell’ambiente: la politica e il diritto per il progresso sostenibile**. Milano: Garzanti, 2009, p. 20.

³⁰⁹ NICKEL, James. Intergenerational equity, future generations, and sustainable development. In: 2º CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 2., 1997, São Paulo. **Anais...** São Paulo: Imprensa Oficial, 1997, p. 73-81, p. 76.

geração anterior. Portanto, é uma versão mais exigente ou dedicada de solidariedade.

Na perspectiva desta tese, esse tratamento especial ao bem ambiental encontra justificativa também na sua característica da infungibilidade como produtor de funções e prestador de serviços ecossistêmicos e garantidor dos processos ecológicos essenciais. Garcia defende a qualificação do bem ambiental como juridicamente intangível. A partir de um conjunto de conceitos gerais, regras e princípios, conclui que ao bem ambiental deve ser atribuído um nível máximo de imutabilidade³¹⁰.

2.2 O BEM AMBIENTAL COMO PRODUTOR DE FUNÇÕES E PRESTADOR DE SERVIÇOS ECOSSISTÊMICOS

A proteção do meio ambiente na sua mais ampla concepção passa, necessariamente, pela compreensão e, mais do que isso, pela assimilação de seu real sentido e valor.

Sem desconsiderar os aspectos éticos e culturais que contribuem para a compreensão do real valor do qual é tributário o bem ambiental, as estreitas linhas deste trabalho limitar-se-ão aos aspectos jurídicos e ecológicos. No item anterior, desenvolveu-se o tema do reconhecimento jurídico do meio ambiente como bem fundamental, partindo do modelo criado por Ferrajoli.

Agora, o foco recairá na perspectiva ecológica/jurídica da imprescindibilidade do bem ambiental para a preservação não só da vida humana como também de todas as formas de vida, na perspectiva constitucional da integridade ecológica e preservação dos processos ecológicos essenciais.

O meio ambiente é o palco onde se desenvolvem um sem número de funções e serviços ecossistêmicos sem os quais estariam todos os seres humanos condenados ao perecimento. Ele não se resume à soma de várias partes (ar, água, flora, fauna, paisagens, solo, bens culturais) mas consubstancia um todo incindível que estabelece relações reflexivas, co-integrado pelo ser humano. Dessa forma, impossível

³¹⁰ GARCIA, Júlio César. **A intangibilidade do bem ambiental**. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2016. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/43727>>. Acesso em 2018. p. 146-147.

dissociar o postulado do meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado do direito à vida.

Por essa razão, a perspectiva antropocêntrica dos direitos humanos parece não dar conta do valor intrínseco da natureza (ecocentrismo) nem do reconhecimento da sustentabilidade ecológica³¹¹. Birnie, Boyle e Redgwell comungam dessa preocupação dando a entender que o meio ambiente não pode ser valorado somente para o benefício humano, como se desprovido fosse de valor intrínseco. A Constituição Federal, secundada por diversos tratados internacionais, os quais serão oportunamente referidos, avança para abarcar a perspectiva ecológica dos direitos humanos. Essa abertura vem ao encontro de uma das ideias centrais desta pesquisa: a necessária abordagem ecossistêmica, secundada pela valoração dos processos ecológicos essenciais e da resiliência como propriedade inerente ao bem ambiental.

2.2.1 A integridade ecológica, os processos ecológicos essenciais e sua proteção constitucional

O bem-viver está atrelado à qualidade do meio ambiente. Inexiste qualidade de vida – sinônimo de bem-estar – sem que se possa desfrutar de um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, em uma sociedade capaz de garantir acesso aos bens naturais mínimos a uma existência digna e aos bens culturais produzidos no passado e no presente.

O artigo 225³¹² da Constituição Federal é considerado a verdadeira espinha dorsal do ordenamento jurídico tutelar do meio ambiente no Brasil. A integridade ecológica como um todo é protegida por esse dispositivo no *caput*, quando menciona o meio ambiente ecologicamente equilibrado; no inc. I do § 1º quando refere os processos ecológicos essenciais e o manejo ecológico de espécies e ecossistemas; no inc. II do § 1º ao referenciar o patrimônio genético (sem diversidade genética não há integridade ecológica); no inc. III do § 1º ao prever a criação de espaços territoriais cujos atributos devam ser preservados e no inc. VII do § 1º ao determinar a proteção da fauna e

³¹¹ BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 162.

³¹² Art. 225, “caput, incisos e parágrafos.

flora, vedando sobretudo as práticas que importem risco para a função ecológica ou para a extinção de espécies.

Crabbé e Manno, em obra criada pelo Projeto Global voltado à Integridade Ecológica, definem integridade ecológica como sendo

uma propriedade de todo o ecossistema ou da estrutura do sistema de relações do ecossistema que não é compartilhada por seus componentes. A integridade ecológica é uma propriedade emergente de um ecossistema auto-organizado, ou seja, uma propriedade que conecta espontaneamente suas macro-propriedades com suas micro-propriedades. Por exemplo, a resiliência da floresta como uma macro-propriedade pode estar relacionada com a composição etária das espécies de árvores da componente florestal, uma micro-propriedade – tradução livre da autora³¹³.

Em relação ao dever mais específico de preservação dos processos ecológicos essenciais, os quais expressam o núcleo dinâmico da integridade ecológica, o inc. I do § 1º do art. 225 da CF tem sido assaz valorizado em decisões judiciais, sobretudo nas do Superior Tribunal de Justiça.

No plano internacional, o tema não é menos relevante. Currie refere pelo menos três acordos internacionais em que a expressão

³¹³ Ecological integrity is an ecosystem property, in other words a property of the entire ecosystem or of the system structure of ecosystem relations which is not shared by its components. Ecological integrity is an emergent property of a self-organizing ecosystem, in other words a property that spontaneously connects its macro-properties with its micro-properties. For example, the resilience of the forest as a macro-property may be connected with the age composition of the forest component tree species, a micro-property (CRABBÉ, Philippe; MANNO, Jack. Ecological integrity as an emergent global public good. In. BOSSELMANN, Klaus et al (Ed.). **Reconciling human existence with ecological integrity**. Londres: Earthscan, 2008, p. 73-84, p. 74).

“processos ecológicos essenciais” aparece como algo a ser tutelado pelas nações signatárias³¹⁴.

Mas o que seriam processos ecológicos essenciais? Onde é possível encontrar seu real significado?

Por óbvio que se está diante de um conceito metajurídico, que deve ser importado da ecologia³¹⁵, ciência que se encarrega do estudo do ambiente.

Ao empregar a expressão processos ecológicos essenciais, pode-se dizer que a Constituição rompeu com uma visão fragmentada dos bens ambientais – até então isoladamente considerados (a fauna, a flora, os recursos minerais, as florestas, etc.) - e passou a se preocupar, com absoluta prioridade, com a complexidade e inter-relação de todos os sistemas vivos e não-vivos. Trata-se de um exemplo daquilo que Bosselmann propõe como mudança de um reducionismo ecológico, marcado pela fragmentação, compartimentação e antropocentrismo, para um expansionismo ecológico, caracterizado por um processo que inicia com a assunção de compromissos normativos e almeja implementá-los em todos os níveis³¹⁶.

A expressão é exemplo marcante de uma nova visão que deixa de tratar os bens ambientais de forma segmentada, problema esse que Bugge considera como um dos doze maiores desafios do Direito Ambiental³¹⁷ e que precisa ser combatido através de uma perspectiva

³¹⁴ CURRIE, Duncan E. J. **Ecosystem-based management in multilateral environmental agreements**: progress towards adopting the ecosystem approach in the international management of living marine resources. Disponível em: <assets.panda.org/.../wwf_ecosystem_paper_final_wlogo.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2017.

³¹⁵ Odum explica que a palavra “ecologia deriva do grego *oikos*, com o sentido de “casa”, e *logos*, que significa “estudo”. Assim, o estudo do ‘ambiente da casa’ inclui todos os organismos nela contidos e todos os processos funcionais que a tornam habitável (ODUM, Eugene. **Ecologia**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1983, p. 1).

³¹⁶ BOSSELMANN, Klaus. Grounding the rule of law. In: VOIGT, Christina (Ed.). **Rule of law for nature**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 75-93, p. 83.

³¹⁷ BUGGE, Hans Christian. Twelve fundamental challenges in environmental law: an introduction to the concept of rule of law for nature. In: VOIGT, Christina (Ed.). **Rule of law for nature**: new dimensions and

holística apregoada na chamada *World Declaration on the Environmental Rule of Law* como uma das estratégias de implementação de um Estado de Direito Ambiental³¹⁸.

Não sem razão a ecologia da restauração de áreas e de ecossistemas degradados vem evoluindo no sentido de focar mais na provisão de processos ecológicos do que na abordagem de estruturas individualmente consideradas. Nessa linha, por processos ecológicos pode-se compreender “aqueles que são responsáveis pelo funcionamento e automanutenção dos ambientes naturais e, por isso, têm recebido crescente atenção daqueles que se interessam pela conservação da biodiversidade, dos serviços ecossistêmicos e dos recursos naturais³¹⁹.”

O emprego do vocábulo *processos* não foi eleito por acaso pelo Constituinte, já que arrasta com ele uma noção de dinamismo, de imaterialidade e de complexidade. Os processos ecológicos são justamente os meios de ligação, de conectividade entre os diversos elementos da natureza. São eles os “garantidores da biodiversidade e da própria vida, por estarem nos *bastidores* de todos os serviços prestados pela natureza”³²⁰.

ideas in environmental law. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 3-26, p.18.

³¹⁸ No item V, alínea “d”, a declaração reconhece como um dos importantes meios de implementação e efetividade do Estado de Direito Ambiental, a incorporação de avaliações multidimensionais, com perspectivas policêntricas e que abarquem a complexidade das relações sócio-ecológicas.

³¹⁹ MILLENNIUM ECOSYSTEM ASSESSMENT. **Ecosystems and human well-being.** 2005. Disponível em: <<http://www.millenniumassessment.org/documents/document.354.aspx.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2018. No mesmo sentido, PIOVESAN, Juliana et al. Processos ecológicos e a escala da paisagem como diretrizes para projetos de restauração ecológica. **Revista Caititu:** aproximando teoria ecológica e aplicação, v. 1, n. 1, p. 57-72, 2013, p. 67.

³²⁰ MELO, Melissa Ely. Pagamento por serviços ambientais (psa): entre a proteção e a mercantilização dos serviços ecossistêmicos no contexto da crise ambiental. **Tese** (Doutorado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015, p. 180. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/156745>>. Acesso em: 18 set.2018

A utilização do termo *ecológicos* transmite com clareza o abandono de uma visão compartimentada, baseada em frações, em elementos isolados da natureza para abarcar de uma vez por todas o conjunto das relações que constituem o objeto de estudo da ecologia. Dessa forma, quando se referiu a processos ecológicos essenciais, o Constituinte buscou tutelar a proteção desse complexo de processos vitais que tornam possíveis as inter-relações entre os seres vivos e o meio ambiente.

A qualificação de *essenciais* também não está no texto constitucional como fruto do acaso. Os processos ditos essenciais são justamente aqueles que garantem a continuidade da vida. Tanto isso é verdade que há consenso dentre os especialistas em ecologia da restauração que os procedimentos devem focar no retorno desses processos e funções ecológicas³²¹, uma vez que restabelecer todas as espécies nativas da comunidade dificilmente é factível. Essa ideia tem a ver com a abordagem ecossistêmica e com a resiliência, sobre as quais se discorrerá na sequência.

Como destacam Leite e outros,

Isso quer dizer que um ser vivo não pode ser visto isoladamente como mero representante de sua espécie, mas deve ser considerado como parte de um conjunto de relações que se articulam em todas as direções e que, dentro de uma visão global da natureza, consolidam uma imensa teia de interdependências³²².

Silva³²³ exemplifica esses processos como sendo: “a manutenção das cadeias alimentares, os ciclos das águas, do carbono, do oxigênio, do hidrogênio, do nitrogênio, dos minerais, a produção

³²¹ PALMER, Margareth; AMBROSE, Richard; POFF, LeRoy. Ecological theory and community restoration ecology. **Restoration Ecology**, n. 5, p. 291-300, 1997.

³²² LEITE, José Rubens Morato et al. Direito e política constitucional ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato. **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2015a, p. 58.

³²³ SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 90.

humana de alimentos, de energia e de materiais orgânicos, inorgânicos e sintéticos com que se fazem vestuários, abrigos e ferramentas”.

As áreas de preservação permanente são espécies do gênero espaços territoriais protegidos, os quais se vocacionam à manutenção dos processos ecológicos essenciais. Em acórdão do Superior Tribunal de Justiça, esses processos foram exemplificados da seguinte forma: (i) proteção da disponibilidade e qualidade da água, tanto ao facilitar sua infiltração e armazenamento no lençol freático, quanto ao salvaguardar a integridade físico-química dos corpos d'água da foz à nascente, como tampão e filtro, sobretudo por dificultar a erosão e o assoreamento e por barrar poluentes e detritos, e (ii) a manutenção de habitat para a fauna e formação de corredores biológicos, cada vez mais preciosos em face da fragmentação³²⁴.

Os processos ecológicos essenciais existem no mundo natural, são uma realidade em tese alheia ao engenho humano e muitas vezes intangíveis, invisíveis e seguramente insubstituíveis. Todavia, já são valorados em grau superlativo pelo Direito brasileiro, inclusive no âmbito constitucional.

Essa ampla gama de processos desempenhados pela natureza, embora identificados pelo homem como importantes desde a Antiguidade³²⁵, e atualmente protegidos em patamar constitucional, na prática vem sendo menoscabada, muito em função das dificuldades que o sistema capitalista encontra para valorá-los economicamente.

Em 1948, com a publicação da obra de Aldo Leopold, a comunidade científica internacional começou a se dar conta da importância desses processos e serviços ao tempo em que as intervenções antrópicas estavam alterando-os, reduzindo-os e

³²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 769.753**. Relator: Min. Antonio Herman Benjamin. Julgado em: 8 set. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 14 dez. 2015.

³²⁵ Mooney e Ehrlich apontam escritos de Platão identificando a importância do regular desempenho desses processos ao entender que o desmatamento de Ática (região da Grécia onde se situa Atenas) estava levando à erosão do solo e causando secas nas primaveras (MOONEY, Harold; EHRLICH, Paul. *Ecosystem services: a fragmentary history*. In: DAILY, Gretchen. **Nature's services: societal dependence on natural ecosystems**. Washington D. C.: Island, 1997, p. 11-19, p. 11).

suprimindo-os. Leopold³²⁶ reconheceu a impossibilidade de sua substituição e propôs, como já citado anteriormente, a sua *Ética da Terra* – na qual o ser humano passaria de seu conquistador a seu cidadão pleno.

A partir daí inúmeros cientistas se dedicaram a identificar, tabular e até tentar atribuir valor econômico a esses processos e serviços, como visto no capítulo anterior, redundando no trabalho coordenado por Kofi Anan, já referido alhures, intitulado *Avaliação Ecológica do Milênio*.

Em princípio, considera-se que a categoria dos processos ecológicos essenciais é mais restrita que a dos serviços ecossistêmicos. Numa primeira análise, poder-se-ia dizer que, partindo da classificação da AEM³²⁷, os serviços ecológicos essenciais inserem-se nos serviços reguladores e de suporte, os quais são estruturais.

O fato é que não há um consenso nos documentos e tratados internacionais, legislações nacionais e estrangeiras a respeito dessas categorias, conforme bem aponta Lugo³²⁸. Até mesmo a nomenclatura é variada. Alguns autores recusam-se a utilizar a designação serviços ecossistêmicos porque pode passar a ideia equivocada de que, doravante, teremos de pagar por esses serviços usualmente gratuitos, por analogia ao instrumento do PSA³²⁹.

Mesmo na legislação infraconstitucional brasileira, há poucas referências à expressão “processos ecológicos essenciais”. Nesses exatos termos, só foi localizada no art. 11-A, § 1º, II, do intitulado novo

³²⁶ LEOPOLD, Aldo. **Pensar como uma montanha: a sand county almanac**. Águas Santas: J.C. Marques, 2008.

³²⁷ Avaliação Ecológica do Milênio ou, como já citado, MEA. (MILLENNIUM ECOSYSTEM ASSESSMENT. **Ecosystems and human well-being**. 2005. Disponível em: <<http://www.millenniumassessment.org/documents/document.354.aspx.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2018).

³²⁸ LUGO, Ezequiel. Ecosystem services: the millennium ecosystem assessment, and the conceptual difference between benefits provided by ecosystems and benefits provided by people. **Journal of Land Use and Environmental Law**, n. 243, p. 1-17, 2008.

³²⁹ LUGO, Ezequiel. Ecosystem services: the millennium ecosystem assessment, and the conceptual difference between benefits provided by ecosystems and benefits provided by people. **Journal of Land Use and Environmental Law**, n. 243, p. 1-17, 2008, p.3.

Código Florestal (Lei n. 12.651/12), quando da proteção dos manguezais arbustivos.

Já, a expressão similar, processos ecológicos, pode ser encontrada no art. 3º, III, do mesmo Código; no art. 2º, incs. V e XI, da Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei nº 9.985/00) e no art. 3º, inc. V, da Lei da Mata Atlântica (Lei nº 11.428/06). No art. 10 da já referida Lei do SNUC, há menção a “processos ecológicos naturais”.

Tal variedade de designações demonstra não haver clareza na legislação pátria sobre o real sentido do primado constitucional da preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais, evidência essa que não justifica a existência de inúmeras decisões que simplesmente ignoram esse mandamento.

A análise de decisões judiciais em matéria ambiental conflui para a conclusão no sentido de que a preocupação com a preservação dos processos ecológicos essenciais tem passado ao largo de inúmeras delas, sobretudo das provenientes de cortes estaduais. Foram confrontadas decisões que, em tutela cautelar ou definitiva, preferem a perpetuação de lesões ambientais agressivas aos processos ecológicos essenciais sob o argumento de que a situação está consolidada ou de que o fato está consumado.

Esse viés da jurisprudência que ignora a importância da parcela dinâmica do bem ambiental, ou seja, que não leva em conta os processos ecológicos essenciais, deixa de cumprir na verdade todo o arcabouço constitucional de proteção ao bem ambiental como bem fundamental.

Mas a partir de agora será destacada justamente a corrente jurisprudencial que eleva a proteção a esses processos do mero texto para a vida real.

No buscador do repositório de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal³³⁰, mediante a expressão “processos ecológicos essenciais” (entre aspas ou sem elas), não aparecem decisões na data pesquisada (10/07/2018).

Sem embargo, o Superior Tribunal de Justiça tem demonstrado, como de resto em inúmeros subtemas ambientais, um pioneirismo na consolidação do dever fundamental de preservação dos processos ecológicos essenciais como núcleo do bem fundamental meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. Tal bem jurídico não se sustenta

³³⁰ <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listar>>.

sem esse elenco funcional de serviços que a natureza (mesmo alterada pelo homem) presta para garantia de uma vida de qualidade capaz de concretizar outra meta basilar da Constituição Federal e de todo o sistema internacional dos Direitos Humanos – a dignidade da pessoa humana, numa projeção que avança para uma perspectiva multidimensional que abarca o viés ecológico.

2.2.1.1 Os processos ecológicos essenciais na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Nesse tema, ao invés da pesquisa ocorrer através do repertório do Conselho da Justiça Federal, foi escolhido especificamente o STJ, porque é o Tribunal que tem como uma de suas missões uniformizar a jurisprudência tanto dos tribunais regionais federais quanto das cortes estaduais. Além disso, em matéria ambiental, o STJ desponta no cenário pátrio não só pelo número de decisões³³¹ como também pela afirmação dos direitos relacionados ao meio ambiente como bem fundamental. Por fim, optou-se por comentar cada um dos julgados encontrados, pelo caráter histórico do tema em relação a uma reconstrução do meio ambiente como bem fundamental, ou seja, devido ao reconhecimento do valor intrínseco do meio ambiente.

A partir de 2009, o Superior Tribunal de Justiça passou a utilizar em suas razões de decidir a necessária proteção aos processos ecológicos essenciais.

Utilizando a expressão “processos ecológicos essenciais” (entre aspas) no buscador do *website* do Superior Tribunal de Justiça, em 28 de agosto de 2017, localizaram-se **treze** acórdãos nos quais o tema é tratado³³². Foi marcada a opção pela pesquisa simples³³³.

³³¹ São mais de 1300 julgamentos em matéria ambiental desde a implantação do STJ até a data do fechamento da pesquisa (30 jun. 2018). Disponível em : <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>.

³³² Confirmando a importância do tema e a recorrência do argumento que vem numa progressão, ingressamos no buscador da jurisprudência do STJ em 28 set. 2018, com o mesmo critério, ou seja, “processos ecológicos essenciais” entre aspas, e constatou-se 24 ocorrências.

³³³ BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. **Teoria e prática da pesquisa em jurisprudência**: da procura e uso da informação para sustentar teses e estudos jurídicos. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

O primeiro deles aborda a necessária proteção das áreas de preservação permanente, impondo a recomposição da vegetação ciliar desmatada por um particular beneficiário de licença ambiental. Já na ementa do acórdão estão destacados os diversos processos ecológicos essenciais desempenhados pela vegetação ripária:

A Constituição Federal ampara os processos ecológicos essenciais, entre eles as Áreas de Preservação Permanente ciliares. Sua essencialidade decorre das funções ecológicas que desempenham, sobretudo na conservação do solo e das águas. Entre elas cabe citar a) proteção da disponibilidade e qualidade da água, tanto ao facilitar sua infiltração e armazenamento no lençol freático, como ao salvaguardar a integridade físico-química dos corpos d'água da foz à nascente, como tampão e filtro, sobretudo por dificultar a erosão e o assoreamento e por barrar poluentes e detritos, e b) a manutenção de habitat para a fauna e formação de corredores biológicos, cada vez mais preciosos em face da fragmentação do território decorrente da ocupação humana³³⁴.

Observa-se na ementa a inclusão das áreas de preservação permanente como integrando elas próprias os processos ecológicos essenciais. Na verdade, as áreas de preservação permanente (dentre elas as ciliares) são espaços territoriais onde se desenvolvem esses processos ecológicos essenciais. A Constituição os protege assim como o faz expressamente com os espaços territoriais especialmente protegidos (ETEPs).

Essa decisão abriu caminho para as subsequentes, no sentido do afastamento do fato consumado em matéria ambiental, sobretudo quando o dano recai sobre espaços territoriais protegidos prenes de valores ambientais e palco de processos ecológicos essenciais.

³³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 176753 - SC**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado. em: 11 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

Na segunda decisão, também da lavra do Ministro Herman Benjamin³³⁵, debateu-se primeiramente a questão do tipo de responsabilidade civil ambiental afeta ao Estado de São Paulo no caso da ocupação e construção no interior de um parque estadual. Concluindo que a responsabilidade é solidária, com temperamentos, condenou-se o particular a reparar os danos ambientais causados e, subsidiariamente, o Poder Público.

No ponto ora analisado, o acórdão enfatiza a vinculação do dever constitucional do Poder Público de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais, destacando como uma das maneiras de fazê-lo, definição, em todas as unidades da Federação, de espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos (Constituição Federal, art. 225, § 1º, III).

O interessante é que a repulsa ao dano – o que em tese chancelaria um fato consumado representativo de degradação da qualidade ambiental – aparece de forma tão saliente na decisão que a responsabilidade civil do Estado é também reconhecida, ainda que de forma subsidiária.

No terceiro deles, versando sobre pedido de indenização pelo reconhecimento de imóvel rural no bioma definido pelo Decreto Federal nº 750/73 (Mata Atlântica), o assunto não chega a ser um fundamento nuclear, mas é invocado para justificar uma limitação administrativa atrelada à função social da propriedade. Consta da ementa:

8. Exigências de sustentabilidade ecológica na ocupação e utilização de bens econômicos privados não evidenciam apossamento, esvaziamento ou injustificada intervenção pública. Prescrever que indivíduos cumpram certas cautelas ambientais na exploração de seus pertences não é atitude discriminatória, tampouco rompe com o princípio da isonomia, mormente porque ninguém é confiscado do que não lhe cabe no título ou senhorio.

9. Se o proprietário ou possuidor sujeita-se à função social e à função ecológica da propriedade, despropositado alegar perda indevida daquilo que,

³³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1071741 - SP**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 24 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

no regime constitucional e legal vigente, nunca deteve, isto é, a possibilidade de utilização completa, absoluta, ao estilo da terra arrasada, da coisa e de suas virtudes naturais. **Ao revés, quem assim proceder estará se apoderando ilicitamente (uso nocivo ou anormal da propriedade) de atributos públicos do patrimônio privado (serviços e processos ecológicos essenciais), que são "bem de uso comum do povo", nos termos do art. 225, caput, da Constituição de 1988**³³⁶.

Nesse caso em que se discutia o prazo prescricional para obtenção de indenização, os processos ecológicos essenciais acabaram sendo afirmados como conteúdo nuclear do bem ambiental. Não se controvertia acerca de eventual dano ambiental, razão pela qual a questão do fato consumado como eventual argumento não figurou no acórdão.

No quarto acórdão localizado, de Relatoria do mesmo ministro, vem debatido o então polêmico tema da necessidade, ou não, de recuperação da reserva legal (20%) em área rural situada no bioma Mata Atlântica pelo adquirente do imóvel já desmatado. No voto do Relator há extensa digressão a respeito do histórico do instituto.

Os processos ecológicos essenciais aparecem como sendo um dos valores principais resguardados por essa espécie de espaço territorial protegido. Consta no trecho do voto da seguinte maneira:

Destaque-se, ainda, que, se, como vimos, a Reserva Legal encarna a realização mais sólida da função ecológica da propriedade, naquilo que procura garantir os “processos ecológicos essenciais”, “prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas” (art. 225, § 1º, I) e proteger a fauna e a flora, vedadas “as práticas que coloquem em risco sua função ecológica” ou “provoquem a extinção de espécies” (art. 225, § 1º, VII), vislumbra-se uma incompatibilidade – natural, por assim dizer,

³³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 1.109.778 - SC**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 10 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

ou lógica – entre seus objetivos biológicos e eventual recuperação na forma de monocultura ou de espécies exóticas de uso industrial. Processos ecológicos essenciais não são mantidos, nem biologicamente remidos, em ecossistema “recuperado” com afronta à diversidade biológica originalmente encontrada na área, uma imitação ou falsificação verde e ambientalmente pobre da complexidade dos biomas que se pretende reproduzir ou resgatar. Não custa lembrar que, nos termos do art. 2º da Convenção sobre a Diversidade Biológica, ratificada pelo Brasil, diversidade biológica “significa a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas” (grifei). Importa esclarecer que o Direito brasileiro não proíbe a monocultura de espécies nativas ou exóticas, nem poderia, já que se trata de ferramenta indispensável à agricultura moderna. A população mundial estaria condenada à fome se não fossem as práticas agrícolas baseadas na monocultura. É assim no Brasil e em todo lugar. A incompatibilidade de que aqui se cuida, portanto, não surge no atacado, mas tão só entre a monocultura e a Reserva Legal (sem falar das APPs) – grifos da autora³³⁷.

Observa-se da leitura do acórdão que o valor dos processos ecológicos aparece como um argumento nuclear e amparado na Constituição para refutar um fato consumado, na medida em que não aceita a mera reutilização da propriedade com fins agrícolas ou para pastoreio, sem a recomposição da cobertura vegetal biodiversa necessária à conservação dos processos ecológicos essenciais inerentes ao Bioma Mata Atlântica.

³³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EREsp 218781 / PR**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 09 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

A ojeriza ao fato consumado nessa decisão paradigmática que embalou diversas outras que a sucederam, é tão forte que se reconhece a obrigação do adquirente que não concorreu materialmente para o dano ambiental como responsável solidário pela recomposição da área. Conquanto não haja menção explícita à teoria do fato consumado, essa vem rechaçada pelo contexto.

Interessante destacar nessa decisão que a expressão *processos ecológicos essenciais* integra-se aos elementos que compõem a biodiversidade, considerados ambos pilares estruturantes de um mínimo ecológico constitucional.

Um quinto acórdão, esse da lavra da Ministra Eliana Calmon, enfrenta o assunto da possibilidade de dedução da base de cálculo do Imposto Territorial Rural de áreas de reserva legal e de preservação permanente. O tema dos processos ecológicos essenciais não chega a ser aprofundado. Somente aparece como integrante da definição da reserva legal. Na ementa consta:

2. O ITR possui função extrafiscal de proteção ao meio ambiente, razão pela qual a legislação pertinente prevê, no art. 10, II, a da Lei 9.393/96, a possibilidade de dedução da base de cálculo do imposto o percentual relativo à reserva legal, conceituada como a 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 nativas³³⁸.

Em razão da natureza da demanda, não haveria como a questão do fato consumado ser tangenciada. É importante, todavia, o reconhecimento da tributação como um instrumento econômico de proteção ambiental em geral e dos processos ecológicos essenciais em especial, atuando como uma aliada do maxiprincípio da precaução.

A sexta decisão versa sobre a obrigação do adquirente de imóvel rural recuperar duas espécies de espaços territoriais protegidos:

³³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.158.999/SC**. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Julgado em: 17 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

áreas de preservação permanente e reserva legal. No caso, tratava-se de propriedade em que houve a remoção da cobertura vegetal nas áreas de preservação permanente para ampliação da produção agrícola. Essa conduta omissiva foi flagrada pelo IBAMA, que autuou e multou o proprietário. Este ajuizou ação contra o Instituto invocando ter sido vítima de desapropriação indireta, pela supressão de seu direito de uso dessas áreas, e pedindo a desconstituição do auto de infração.

Em alentado acórdão³³⁹, da lavra do Ministro Herman Benjamin, o Superior Tribunal de Justiça tratou de caracterizar as áreas de preservação permanente e a reserva legal como limitações administrativas ao direito de propriedade, de caráter geral. Portanto, não indenizáveis.

Na ementa, consta a constitucionalização da proteção aos “processos ecológicos essenciais” e à “diversidade biológica”, mínimos essenciais ecológicos de toda a propriedade, e que se fundem na formatação jurídica das limitações administrativas ao direito de propriedade asseguradas pela Constituição de 1988 e ratificadas pelo art. 1228, § 1º, do Código Civil. Não houve uma maior prospecção quanto ao significado da expressão “processos ecológicos essenciais” nem de sua vinculação às áreas de preservação permanente.

No contexto desse Recurso Especial, sobreveio uma petição da parte recorrente que acabou gerando uma decisão muito importante, porquanto foi a primeira vez em que o Tribunal da Cidadania examinou o advento da vigência do novo Código Florestal (Lei n. 12.651/12) e sua possível retroatividade. A decisão³⁴⁰ fruto dessa petição acabou servindo de lastro para o acórdão a seguir comentado.

No sétimo acórdão examinado aparece, pela primeira vez, a referência ao Novo Código Florestal (Lei nº 12.651/12). Na ementa da decisão, a garantia constitucional de proteção dos processos ecológicos essenciais é invocada para rechaçar a retroatividade do novel diploma legal, o qual encarna uma série de retrocessos ecológicos quanto à proteção das florestas e demais formas de vegetação.

³³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1240122/PR**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: em 28 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

³⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **PET no REsp 1240122 / PR**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 02 out. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

No caso específico, um proprietário rural pretendia fazer valer o art. 15³⁴¹ da então novel lei, para o fim de computar as áreas de preservação permanente no percentual da reserva legal. Entretanto, essa franquia não lhe foi concedida sob a invocação do princípio da irretroatividade das leis (art. 6º da LINDB).

Essa decisão merece destaque pela pioneira análise quanto à eficácia intertemporal do Novo Código Florestal e suas relações com o ato jurídico perfeito, direitos adquiridos (tema a ser aprofundado no capítulo 4) e coisa julgada. Um dos motivos para a rejeição diz respeito justamente à necessária proteção dos processos ecológicos essenciais:

Indefiro o pedido de aplicação imediata da Lei 12.651/12, notadamente o disposto no art. 15 do regramento. Recentemente, esta Turma, por

³⁴¹ Art. 15. Será admitido o cômputo das Áreas de Preservação Permanente no cálculo do percentual da Reserva Legal do imóvel, desde que:

I - o benefício previsto neste artigo não implique a conversão de novas áreas para o uso alternativo do solo;

II - a área a ser computada esteja conservada ou em processo de recuperação, conforme comprovação do proprietário ao órgão estadual integrante do Sisnama; e

III - o proprietário ou possuidor tenha requerido inclusão do imóvel no Cadastro Ambiental Rural - CAR, nos termos desta Lei.

§ 1º O regime de proteção da Área de Preservação Permanente não se altera na hipótese prevista neste artigo.

§ 2º O proprietário ou possuidor de imóvel com Reserva Legal conservada e inscrita no Cadastro Ambiental Rural - CAR de que trata o art. 29, cuja área ultrapasse o mínimo exigido por esta Lei, poderá utilizar a área excedente para fins de constituição de servidão ambiental, Cota de Reserva Ambiental e outros instrumentos congêneres previstos nesta Lei.

§ 3º O cômputo de que trata o caput aplica-se a todas as modalidades de cumprimento da Reserva Legal, abrangendo a regeneração, a recomposição e a compensação. (Redação dada pela Lei nº 12.727, de 2012).

§ 4º É dispensada a aplicação do inciso I do caput deste artigo, quando as Áreas de Preservação Permanente conservadas ou em processo de recuperação, somadas às demais florestas e outras formas de vegetação nativa existentes em imóvel, ultrapassarem: (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

I - 80% (oitenta por cento) do imóvel rural localizado em áreas de floresta na Amazônia Legal; e (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

relatoria do Ministro Herman Benjamin, firmou o entendimento de que ‘o Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações o patamar de proteção dos ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da incumbência do Estado de garantir a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I)³⁴².

Não se poderia esperar entendimento diverso por parte do STJ. Uma regra prevista numa lei infraconstitucional jamais poderá se opor a um direito fundamental reconhecido constitucionalmente. As regras têm como uma de suas funções intrínsecas a densificação desses princípios jusfundamentais³⁴³ (no caso o do direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado que se desdobra no subprincípio da proteção dos processos ecológicos essenciais, dentre outros).

No oitavo acórdão examinado³⁴⁴ discute-se sobre a caracterização de vegetação de restinga como sendo integrante do conceito áreas de preservação permanente. No julgado recorrido, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região confirmara sentença que determinara a demolição de construção e subsequente restauração do ambiente porque situada em vegetação típica de restinga, definida como área de preservação permanente pela interpretação integrada entre a Resolução CONAMA³⁴⁵ n° 303/2002 e o anterior Código Florestal (art.2º, alínea “F”, da Lei n° 4.771/65).

³⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 327687 / SP**. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgado em: 26 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

³⁴³ ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**. Das raízes aos fundamentos contemporâneos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 80.

³⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1462208**. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgado em: 06 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

³⁴⁵ Art. 2º Para os efeitos desta Resolução, são adotadas as seguintes definições:

Mais uma vez, o Superior Tribunal de Justiça fez valer o entendimento da irretroatividade do novel Código Florestal (L. n° 12.651/12) e manteve a decisão recorrida.

Os processos ecológicos essenciais apareceram como reforço argumentativo tanto para manter a aplicabilidade da Resolução 303/2002 do CONAMA quanto para rechaçar a redução do patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção.

A nona decisão analisada³⁴⁶ envolve questão bastante semelhante à anterior. Porém, da análise de seu contexto, infere-se que se trata de uma outra tipologia de área de preservação permanente: mata ciliar no entorno de reservatórios artificiais. A ação instauradora do processo dizia respeito à obrigação de uma empresa proprietária de uma usina restaurar área de preservação permanente em toda extensão da represa, no perímetro de sua margem, com largura de 100 metros. Tal obrigação era fundamentada na inicial no art. 2º, "b", do anterior Código Florestal³⁴⁷ em conjugação com o art. 3º³⁴⁸, inc. II, da Resolução do

[...]

VIII - restinga: depósito arenoso paralelo a linha da costa, de forma geralmente alongada, produzido por processos de sedimentação, onde se encontram diferentes comunidades que recebem influência marinha, também consideradas comunidades edáficas por dependerem mais da natureza do substrato do que do clima. A cobertura vegetal nas restingas ocorrem em mosaico, e encontra-se em praias, cordões arenosos, dunas e depressões, apresentando, de acordo com o estágio sucessional, estrato herbáceo, arbustivos e arbóreo, este último mais interiorizado.

Art. 3º Constitui Área de Preservação Permanente a área situada

[...]

IX - nas restingas:

a) em faixa mínima de trezentos metros, medidos a partir da linha de preamar máxima;

b) em qualquer localização ou extensão, quando recoberta por vegetação com função fixadora de dunas ou estabilizadora de mangues”.

³⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1434797**. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgado em: 07 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 26. ago. 2017.

³⁴⁷ Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

[...]

CONAMA n° 4/85. Esse ato normativo, como bem enfatizado no aresto, permaneceu em vigor até o advento das resoluções 302 e 303/2002, as quais acabaram por reduzir a metragem da APP no entorno dos reservatórios artificiais.

Entretantes, em que pese a tese defendida pela empresa recorrente, o Superior Tribunal de Justiça voltou a afastar a incidência tanto das resoluções posteriores quanto do novo Código Florestal. A imperatividade constitucional da preservação dos processos ecológicos essenciais apareceu mais uma vez no escopo da fundamentação. O acórdão não aprofunda o sentido dessa expressão, tampouco discorre sobre inexistência de um direito adquirido a poluir ou sobre o fato consumado em matéria ambiental.

A décima decisão³⁴⁹ analisada versava sobre construção em área de preservação permanente situada no entorno de um reservatório artificial. Tratava-se de uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público com esse escopo.

O Tribunal de Justiça de São Paulo havia aplicado a lei mais benéfica ao autor do dano (o Código Florestal de 2012), em que pese o dano e o ajuizamento da ação tivessem ocorrido sob a regência do anterior Código Florestal (Lei n° 4.771/65).

Debatia-se, portanto, o fato de que, apesar de ocorrida a supressão em área de preservação permanente, os proprietários da edificação não foram responsabilizados porque teria havido a aplicação de legislação mais benéfica do que aquela vigente ao tempo do ato infracional.

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;

³⁴⁸ "II - ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais, desde o seu nível mais alto medido horizontalmente, em faixa marginal cuja largura mínima será:

-de 30 (trinta) metros para os que estejam situados em áreas urbanas;

-de 100 (cem) metros para os que estejam em áreas rurais, exceto os corpos d'água com até 20 hectares de superfície, cuja faixa marginal será de 50 (cinquenta) metros;

-de 100 (cem) metros hidroelétricas".

³⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AgInt 850994**. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em: 19 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em 26 ago. 2017.

Empregou-se, outra vez, o fundamento da impossibilidade de fazer retroagir o novo Código Florestal para atingir o ato jurídico perfeito, os direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, “tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da "incumbência" do Estado de garantir a preservação e a restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I)”.

A décima primeira decisão estudada diz respeito a uma ação civil pública, julgada procedente em primeiro grau, na qual se buscava a desocupação, demolição e remoção de todas as construções, cercas e demais intervenções realizadas em área de preservação permanente, localizada nas proximidades do Rio Ivinhema/MS, bem como a obrigação de reflorestar toda a área degradada.

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul reformara a sentença sob o argumento de serem as construções “ocupações consolidadas” e autorizadas pelo Instituto de Meio Ambiente do Mato Grosso do Sul (IMASUL).

Trata-se da primeira ementa com alusão expressa à “teoria do fato consumado”:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. Agravo interno no Recurso Especial. Ação civil pública. Ocupação e edificação em área de preservação permanente, nas proximidades do rio Ivinhema/MS. Supressão da vegetação. Concessão de licença administrativa. Ilegalidade. **Inaplicabilidade da teoria do fato consumado, em matéria de direito ambiental.** Dever de reparação do agente causador do dano ambiental. Precedentes do STJ, em casos idênticos. Agravo interno improvido³⁵⁰.

Ao discorrer sobre a teoria do fato consumado, a Ministra Relatora proclamou sua inadmissibilidade no Direito Ambiental, devido à importância do bem jurídico tutelado, de responsabilidade

³⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.382.576 - MS.** Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Julgado em: 13 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 28 agos. 2017.

intergeracional. No conjunto de decisões versando sobre processos ecológicos essenciais, trata-se da primeira que alia ao rechaço da teoria do fato consumado o princípio da solidariedade intergeracional ao proclamar pela inadmissibilidade de “aplicação da Teoria do Fato Consumado em Direito Ambiental, devido à importância do bem jurídico tutelado, de responsabilidade intergeracional”.

Essa decisão pode ser classificada como transgeracional, tomando de empréstimo a categoria criada por Ramos Júnior, pois os efeitos não se circunscrevem à geração presente, ultrapassando as fronteiras do espaço-tempo, projetando-se para as futuras gerações³⁵¹. Ao longo deste trabalho, o tema da equidade intergeracional, por ser definidor da relação estendida que percola o bem ambiental, será resgatado em várias passagens, especialmente no capítulo 4.

O dever de preservar e proteger os processos ecológicos essenciais reaparece como motivação para rechaçar a possível retroatividade do novo Código Florestal (L. n° 12.651/12), porquanto as intervenções ocorreram ainda sob a vigência do anterior (L. n° 4.771/65).

As décima segunda³⁵² e décima terceira³⁵³ decisões analisadas são muito semelhantes à anterior, inclusive envolvem agravos ambientais causados nas margens do mesmo Rio Ivinhema-MS.

Na origem, buscava o Ministério Público a condenação dos réus em obrigação de fazer, consistente em desocupar, demolir e remover todas as edificações, cercas, ou qualquer outra intervenção efetuada por este dentro da área de preservação permanente, bem como em obrigação de não fazer, consistente em não promover qualquer outra intervenção e atividade na área de preservação permanente; em obrigação de fazer, consistente em reflorestar toda a área de preservação permanente

³⁵¹ RAMOS JÚNIOR, Dempsey Pereira. **Meio ambiente e conceito jurídico de futuras gerações**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 353-354.

³⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no RECURSO ESPECIAL 1.389613 - MS**. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Julgado em: 27 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

³⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no RECURSO ESPECIAL 1.391986 - MS**. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Julgado em: 17 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

degradada, assim como ao pagamento de indenização correspondente aos danos ambientais efetivados no curso dos anos.

O Tribunal, em ambos os casos, rejeitou a aplicação retroativa do novo Código Florestal, e o fez com fundamento no dever constitucional de preservação dos processos ecológicos essenciais.

Concluindo a análise desse conjunto de treze decisões, é interessante observar que em nenhuma delas os processos ecológicos essenciais aparecem como o bem jurídico principal a ser tutelado, ou seja, figuram sempre na periferia e de forma interdependente quanto à proteção das áreas de preservação permanente ou de reserva legal.

Igualmente relevante para o presente trabalho é a verificação de que o Superior Tribunal de Justiça vinha, reiteradamente, reformando decisões de tribunais inferiores que expressa ou implicitamente chancelavam situações consolidadas ou fatos consumados em matéria ambiental, culminando com a edição da Súmula 613, como adiante será explorado.

Destaca-se a série de intervenções em áreas de preservação permanente derivadas das construções de casas de lazer nas margens do Rio Ivinhema, no Mato Grosso do Sul. O Tribunal de Justiça daquele Estado havia aceitado as intervenções em área de preservação permanente, embora reconhecendo a ilegalidade. Todavia, o STJ considerou que, em matéria ambiental, não há espaço para aceitação da teoria do fato consumado.

A seguir será trazido um quadro sintético dos julgados do Superior Tribunal de Justiça envolvendo os processos ecológicos essenciais e suas especificidades, pois se considera que essa questão enfrenta o núcleo do bem ambiental e, por essa razão, guarda conexão direta com a presente pesquisa cujo objeto principal diz com a aceitação ou não do fato consumado em matéria ambiental:

Figura 2- Quadro de Decisões do STJ abordando o tema dos Processos Ecológicos Essenciais

DECISÕES DO STJ ABORDANDO O TEMA DOS PROCESSOS ECOLÓGICOS ESSENCIAIS	
EXEMPLIFICA A CLÁUSULA GERAL DOS PROCESSOS ECOLÓGICOS ESSENCIAIS	REsp 176753-SC
	EREsp 218781-PR
NEGA O FATO CONSUMADO COMO ARGUMENTO PARA PERPETUAR O DANO AMBIENTAL	REsp 1109778-SC
	AgInt no REsp 1382576-MS
	AgInt no REsp 1389613-MS
	AgInt no REsp 1391986-MS
NEGA O DIREITO ADQUIRIDO A POLUIR	REsp 1240122-PR
	AgRg no AREsp 327687-SP
	REsp 1462208-SC
	AgInt no AgInt no AREsp 850994-SP
	AgInt no REsp.1382576-MS
	AgInt no REsp 1389613-MS
	AgInt no REsp 1391986-MS
UTILIZA O PRINCÍPIO DA EQUIDADE INTERGERACIONAL COMO REFORÇO ARGUMENTATIVO	Resp 1.071.741-SP
	Resp 1.109.778-SC
	EREsp 218781-PR
	REsp 1240122-PR
	AgInt no REsp 1389613-MS
	AgInt no REsp 1391986-MS

Fonte: Elaborado pela autora

Do Quadro acima conclui-se que, de um total de treze acórdãos do STJ enfrentando o tema dos processos ecológicos essenciais, somente quatro deles ingressaram na discussão sobre o fato consumado em matéria ambiental e, em apenas três decisões há referência simultânea ao fato consumado e ao direito adquirido.

Se a ênfase for um pouco invertida, razoável inferir que, mesmo em demandas ambientais envolvendo agravos ambientais em espaços territoriais protegidos, como o são quase todos os acima elencados, a abordagem ecossistêmica nem sempre entra na pauta das discussões judiciais, facilitando, dessa forma, que o estatuto do bem ambiental, em

sua natureza de bem indisponível, complexo e repositório dos processos ecológicos essenciais não seja considerado na avaliação dos julgadores.

2.3 A RESILIÊNCIA COMO PROPRIEDADE INDECLINÁVEL DO BEM AMBIENTAL

Nascido no âmbito da física para descrever a resistência dos materiais frente a perturbações externas³⁵⁴, o conceito de resiliência desenvolveu-se no final da década de 60 relativamente à ecologia, focado na habilidade dos sistemas ecológicos persistirem e enfrentarem mudanças³⁵⁵.

A ligação deste princípio com o objeto central desta pesquisa – o fato consumado – tem a ver com o fato de ser a resiliência uma propriedade inerente aos sistemas sócio-ecológicos que costuma ser completamente menoscabada quando das decisões que o sufragam.

O ecólogo Crawford Stanley Holling³⁵⁶, ao revisar a literatura sobre a resposta de populações³⁵⁷ a ações predatórias, concluiu que, após um surto de predação, a população nem sempre deve ser conduzida para seu estado de equilíbrio. Descobriu que, em muitos casos, há pontos limiares nos ecossistemas, demonstrando que a ideia de equilíbrio ecológico é válida em escalas de espaço e tempo muito

³⁵⁴ GALDERISI, Adriana. **Un modello interpretativo della resilienza urbana**. Disponível em: <<https://scholar.google.com.au/>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

³⁵⁵ HUMBY, Tracy-Lynn. Law and resilience: mapping the literature. **Seattle Journal of Environmental Law**, v. 4, p. 85-130, 2014, p. 89.

³⁵⁶ HOLLING, Crawford S. Resilience and stability at ecological systems. **Annual Review of Ecology and Systematics**, v. 4, p. 1-23, nov. 1973. Disponível em: <<https://www.annualreviews.org/doi/pdf/10.1146/annurev.es.04.110173.000245>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

³⁵⁷ Na ecologia, população pode ser definida como “qualquer espécie (ou outros grupos dentro dos quais os indivíduos podem intercambiar a informação genética) que ocupa um espaço determinado e funciona como uma parte de uma comunidade biótica, a qual, por sua vez, é definida como um conjunto de populações que funcionam como uma unidade integradora, através de transformações metabólicas co-evoluídas numa dada área de habitat físico” (ODUM, Eugene. **Ecologia**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1983, p. 187).

limitadas³⁵⁸. Seus estudos foram pioneiros na indicação de que os ecossistemas podem oscilar entre mais de um estado estável, por serem ao mesmo tempo complexos e adaptativos e, em razão disso, suas trajetórias são variáveis e imprevisíveis³⁵⁹.

Entre a segunda metade da década de 1970 e início da de 1980, passaram a se integrar estudos comportamentais referentes à capacidade dos indivíduos de confrontarem e superarem crises. A partir da década de 1980, a resiliência foi ampliada para abarcar o aumento das interações humanas relacionadas à sustentabilidade planetária.

O conceito trespassou para o âmbito das organizações no final da década de 1990, tornando-se ainda mais recorrente e amplamente debatido na temática dos riscos de desastres no começo do século XXI³⁶⁰.

No campo do Direito Ambiental, as pesquisas sobre resiliência podem ocorrer de diversas formas, notadamente conceituais, ou seja, explanando o sentido de resiliência e a aplicando amplamente no Direito Ambiental; doutrinárias, aplicando os *insights* obtidos da teoria da resiliência através de análises detalhadas de um texto legal em particular e, por fim, estudos de caso (empíricas) baseados em experiências de manejo e governança adaptativa³⁶¹.

No presente trabalho, a resiliência é estudada a partir de seu conceito obtido na ecologia e aplicada ao Direito Ambiental com o propósito de contribuir para construção de um novo princípio inspirado nessa qualidade inerente ao bem ambiental.

³⁵⁸ BUSCHBACHER, Robert. **A teoria da resiliência e os sistemas socioecológicos: como se preparar para um futuro imprevisível?** 15 mar. 2016. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/304840889/BUSCHBACHER-Robert-a-Teoria-Da-Resiliencia-e-Os-Sistemas-Socioecologicos>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

³⁵⁹ HUMBY, Tracy-Lynn. Law and resilience: mapping the literature. **Seattle Journal of Environmental Law**, v. 4, p. 85-130, 2014, p. 90.

³⁶⁰ HUTTER, Bridget M. (Ed.). **Risk, resilience, inequality and environmental law**. Northampton: Edward Elgar, 2017, p. 20.

³⁶¹ O amplo levantamento da literatura realizado por Humby aponta nesse sentido (HUMBY, Tracy-Lynn. Law and resilience: mapping the literature. **Seattle Journal of Environmental Law**, v. 4, p. 85-130, 2014, p. 101).

Na declaração forjada no 1º Congresso de Direito Ambiental da IUCN, realizado no Rio de Janeiro em 2016, o princípio 4 volta-se para a sustentabilidade ecológica e resiliência.

Princípio 4 - Medidas legais e de outra ordem precisam ser tomadas para proteger e restaurar a integridade dos ecossistemas e fortalecer a resiliência dos sistemas sócio-ecológicos. No planejamento político, na atividade legislativa e na tomada de decisões, a manutenção de uma biosfera saudável para a natureza e para humanidade deve ser uma prioridade³⁶² (PRINCÍPIO 4..., 2016) (tradução livre da autora).

Nesse evento resultou evidenciada a necessidade de incorporar aos sistemas jurídicos, tanto nos níveis nacionais quanto no internacional, mecanismos que estimulem a resiliência a partir da perspectiva socioecológica definida por Robinson³⁶³, ou seja, como a capacidade inerente para reagir a rupturas dos sistemas humanos ou ecológicos, mantendo-os sadios, íntegros e equilibrados.

Destaca-se no enunciado do princípio 4 e na definição de Robinson a perspectiva de resiliência ampliada para os sistemas socioecológicos, ou seja uma abordagem integrativa e complexa. Os cientistas da resiliência dos sistemas socioecológicos apreçoam a

³⁶² PRINCÍPIO 4 - ECOLOGICAL SUSTAINABILITY AND RESILIENCE

Legal and other measures shall be taken to protect and restore ecosystem integrity and to sustain and enhance the resilience of social-ecological systems. In the drafting of policies and legislation and in decision-making, the maintenance of a healthy biosphere for nature and humanity should be a primary consideration. (PRINCÍPIO 4. In: IUCN World Declaration on the Environmental Rule of Law. 2016 Disponível em: <<https://www.iucn.org/commissions/world-commission-environmental-law/events/27-29-april-2016-world-environmental-law-congress>>. Acesso em: 26 dez. 2017).

³⁶³ ROBINSON, Nicholas. The resilience principle. **IUCN: Acad. Envtl. L. e Journal**, n. 19, 2014. Disponível em: <<http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/953/>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

impossibilidade da separação dos sistemas social e natural, pois a Terra (e isso foi trabalhado detalhadamente no capítulo primeiro relativamente ao Antropoceno) tem sido há anos transformada pela ação humana.

Não há sistema natural sem ação humana, nem sistema social sem natureza. Humanidade e natureza tem se envolvido numa ação dinâmica³⁶⁴ e interdependente. Humanos dependem dos sistemas naturais, assim como todas as demais espécies. Essa dependência é requisito a ser conhecido e respeitado caso de fato se queira atingir a sustentabilidade³⁶⁵.

A resiliência costuma vir acompanhada dos conceitos de manejo adaptativo e da governança adaptativa, todos eles cada dia mais relevantes para compreender e enfrentar mudanças rápidas e complexas ocorridas nos ecossistemas. São conceitos que acentuam a necessidade de conhecer os SES para que sejam eles aptos a absorverem distúrbios e retornarem ao mesmo domínio de atração³⁶⁶, imprimindo o necessário dinamismo para a própria noção de ecodesenvolvimento ou desenvolvimento sustentável sobre o qual se falou no capítulo anterior e se retornará no capítulo 4 quando na análise do princípio da vedação de retrocesso.

Manejo adaptativo é caracterizado como uma metodologia para aumentar a resiliência dos SES baseada em ferramentas para sondagem e conhecimento das respectivas funções complexas dos ecossistemas. A diferença da tradicional metodologia pautada pelas tentativas e erros é que na estratégia do manejo adaptativo aplicam-se os métodos científicos do design, implementação e avaliação com o objetivo não só de melhorar a conservação ambiental mas também de entender os impactos de um conhecimento incompleto sobre o funcionamento dos

³⁶⁴ FOLKE, Carl; COLDING, Johan; BERKES, Fikret. Synthesis: building resilience and adaptive capacity in social-ecological level systems. In: FOLKE, Carl et al. **Navigating social-ecological systems**. Cambridge: Cambridge Press, 2003, p. 352-387, p. 353.

³⁶⁵ BOSSELMANN, Klaus. Grounding the rule of law. In: VOIGT, Christina (Ed.). **Rule of law for nature**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 75-93, p. 90.

³⁶⁶ HUMBY, Tracy-Lynn. Law and resilience: mapping the literature. **Seattle Journal of Environmental Law**, v. 4, p. 85-130, 2014, p. 85.

ecossistemas³⁶⁷. Envolve avaliação constante dos resultados e mapeamento das informações obtidas para um aprimoramento constante. O manejo adaptativo, como se verá no capítulo 3, é fundamental para uma abordagem ecossistêmica.

Governança adaptativa abrange uma visão compartilhada de sustentabilidade e resolução de questões. Essa abordagem reconhece as interações de escalas cruzadas e de diversos níveis organizacionais. Parte do princípio que a sociedade é regida por uma miríade de regras, algumas formais, outras informais, como saberes e práticas culturais, que determinam como as pessoas interagem com os ecossistemas ao seu redor. A governança adaptativa é uma forma particular de gestão que enfatiza a capacidade de se adaptar às mudanças nas relações entre sociedade e os ecossistemas incluindo experimentação, novas políticas para gestão de ecossistemas, novas abordagens para a cooperação e as relações dentro e entre as agências e as partes interessadas, novas formas de promover a inovação e arranjos institucionais e organizacionais³⁶⁸.

Essa definição envolve o que tem sido chamado de governança heterárquica ou pluralista³⁶⁹, que pode ser explicada como uma forma de organização baseada em redes, em que a autoridade é determinada pelo conhecimento e função do ator no sistema, em vez de um sistema de anarquia ou hierarquia de decisões e implementações de políticas coordenadas.

Ou seja, trata-se de um sistema baseado nem na lógica incremental das forças de mercado, nem no planejamento de cima para baixo (*top-down*), mas, sobretudo, em regulamentos flexíveis produzidos por meio da deliberação e cooperação entre uma variedade de partes interessadas.

A união da governança adaptativa ao manejo adaptativo tem o objetivo de ampliar a resiliência dos sistemas sócioecológicos, pelo que não há pensar em resiliência como um campo restrito à ecologia. Ao

³⁶⁷ HUMBY, Tracy-Lynn. Law and resilience: mapping the literature. *Seattle Journal of Environmental Law*, v. 4, p. 85-130, 2014, p. 95 e p. 119.

³⁶⁸ RESILIENCE ALLIANCE. **Assessing resilience in social-ecological systems: workbook for practitioners**. Version 2.0. 2010. Disponível em: <<http://www.resalliance.org/3871.php>>. Acesso em: 07 out. 2018.

³⁶⁹ HUMBY, Tracy-Lynn. Law and resilience: mapping the literature. *Seattle Journal of Environmental Law*, v. 4, p. 85-130, 2014, p. 95.

contrário, envolve a inter-relação das ações antrópicas com os elementos naturais, entrelaçando-se com os estudos sobre a capacidade adaptativa dos sistemas complexos de aprender com a experiência, elaborar informações e adaptar-se a mudanças³⁷⁰.

O conceito de resiliência igualmente já marcou presença no esboço do projeto do Pacto Global pelo Meio Ambiente (*Global Pact for the Environment*) cujo desenvolvimento está ocorrendo em cooperação estreita entre a Comissão de Direito Ambiental da IUCN e a Comissão de Meio Ambiente do Clube de Juristas (*Club des Juristes*) da França, coordenado por Yann Aguila. No artigo 16³⁷¹, resiliência aparece como um objetivo a ser perseguido pelos signatários do Pacto.

Na última COP da CDB, realizada em Cancun, a resiliência conquistou não menos do que dezenove alusões nas conclusões finais³⁷².

Segundo a literatura especializada em ecologia, informa Gunderson³⁷³, há duas perspectivas a respeito do tema. Uma difundida como “engenharia da resiliência”, outra como “resiliência ecológica”. Na primeira visão, resiliência é descrita como o tempo de retorno para um estado de contínuo equilíbrio (*steady-state*) subsequente a uma perturbação³⁷⁴. Na segunda, é definida como a grandeza da perturbação que pode ser absorvida antes do sistema redefinir sua estrutura, alterando as variáveis e processos que controlam o seu comportamento.

³⁷⁰ Por todos, v. HOLLING, Crawford S. Resilience and stability at ecological systems. **Annual Review of Ecology and Systematics**, v. 4, p. 1-23, nov. 1973. Disponível em: <<https://www.annualreviews.org/doi/pdf/10.1146/annurev.es.04.110173.000245>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

³⁷¹ PROJET Pacte mondial pour l'environnement. 24 juin 2017. Disponível em: <<http://www.leclubdesjuristes.com/projet-de-pacte-mondial-lenvironnement/>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

³⁷² COP 13: decisões. Disponível em: <<https://www.cbd.int/conferences/2016/cop-13/documents>>. Acesso em 04 jul. 2018.

³⁷³ GUNDERSON, Lance. Adaptive dancing: interaction between social resilience and ecological crises. In: BERKES, Fikret; COLDING, Johan; FOLKE, Carl (Ed.). **Navigating social-ecological systems: building resilience for complexity and change**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 33-52.

³⁷⁴ PIMM, Stuart Leonard. The complexity and stability of ecosystems. **Nature**, n. 307, p. 321-326, 26 jan. 1984.

A natureza e o conjunto de valores, relações sociais e políticas, leis, direitos de uso, governança, mercado e relações econômicas requerem uma abordagem complexa e integrada³⁷⁵ de molde a assegurar a integridade dos ecossistemas. A propriedade de resiliência dos sistemas naturais e sociais vem paulatinamente sendo considerada para fins de aferir o grau de tolerância desses sistemas em relação às atividades impactantes e uma propriedade chave na sustentabilidade de qualquer um deles, seja ele ecológico, social ou, melhor ainda, socioecológico³⁷⁶.

Há um consenso de que os sujeitos e bens tutelados pela legislação ambiental (ambiente natural, ecossistemas, novas tecnologias, economias e mercados em geral) são altamente complexos e requerem gerenciamento por meio de um sistema de regulação razoavelmente flexível e adaptativo³⁷⁷.

Em outras palavras, a lei precisa refletir o bem jurídico que ela regula. Para isso, o Direito necessita suplantiar uma questão problemática: um novo *design* para superar os limites epistemológicos implícitos com ênfase na resiliência³⁷⁸.

Os problemas ambientais vêm sofrendo mutações significativas. Na medida em que a tecnologia avança, a complexidade e reflexividade

³⁷⁵ BUSCHBACHER, Robert. **A teoria da resiliência e os sistemas socioecológicos:** como se preparar para um futuro imprevisível? 15 mar. 2016. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/304840889/BUSCHBACHER-Robert-a-Teoria-Da-Resiliencia-e-Os-Sistemas-Socioecologicos>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

³⁷⁶ BERKES, Fikret; COLDING, Johan; FOLKE, Carl (Ed.). **Navigating social-ecological systems:** building resilience for complexity and change. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

³⁷⁷ PEDERSON, Ole W. Resilience in environmental law: epistemic limitations and the role of participation. In: HUTTER, Bridget M. (Ed.) **Risk, resilience, inequality and environmental law.** Northampton: Edward Elgar, 2017, p. 49-63, p. 50.

³⁷⁸ PEDERSON, Ole W. Resilience in environmental law: epistemic limitations and the role of participation. In: HUTTER, Bridget M. (Ed.) **Risk, resilience, inequality and environmental law.** Northampton: Edward Elgar, 2017, p. 49-63, p. 55.

ampliam, em igual proporção, as dificuldades de superação. Canotilho³⁷⁹ estabelece uma espécie de sedimentação geológica em torno dos problemas ambientais, dividindo-os em gerações. Na primeira geração, situar-se-iam as dificuldades no estabelecimento de contornos normativos a respeito de prevenção e controle de poluição, causas e efeitos e o estabelecimento do direito fundamental ao meio ambiente, numa perspectiva antropocêntrica. Na segunda, deflagra-se uma visão mais sistêmica, derivada da combinação de fatores e de poluentes e uma abrangência global e duradoura de efeitos como a questão da destruição da camada de ozônio, as mudanças climáticas e a destruição da biodiversidade.

Nessa segunda geração, apresentam-se como problemas a poluição difusa e com impactos globais, planetários, transtemporais, exigindo do Direito uma resposta apta a proteger o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, muitas vezes com aberturas para novos fenômenos.

Diante disso, a defesa de uma lei ambiental mais adaptável e resiliente geralmente leva a uma dupla linha de raciocínio: (i) a suposição de que a lei ambiental enfrentará uma série de riscos sem precedentes e imprevisíveis, principalmente devido às mudanças climáticas; (ii) se esses riscos sem precedentes podem ser abordados por meio de uma flexibilidade adotada no decorrer do processo dentro de um sistema regulatório. A racionalidade prevalecente aponta para a seguinte conclusão: ainda não se conhece a forma e o conteúdo dos riscos que serão encontrados, mas os cientistas se mostram confiantes em que um sistema projetado com essas propriedades específicas é superior para lidar com esses riscos na Época do Antropoceno³⁸⁰, na

³⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 23-24.

³⁸⁰ PEDERSON, Ole W. Resilience in environmental law: epistemic limitations and the role of participation. In: HUTTER, Bridget M. (Ed.) **Risk, resilience, inequality and environmental law**. Northampton: Edward Elgar, 2017, p. 49-63, p. 54.

qual sobreviver é cada vez menos um acontecimento natural, e cada vez mais um fato social³⁸¹.

Para proteger o meio ambiente, a lei deve refletir toda a complexidade e dinamismo do ecossistema, o que não é uma tarefa fácil, pois parece se contrapor à ideia de segurança jurídica e de estabilidade do ordenamento jurídico.

Como avalia Ebbesson³⁸², com singular profundidade, a noção construída de Estado de Direito implica restrições ao poder governamental e se caracteriza como garantia de segurança jurídica e previsibilidade, viabilizando para a população conhecer e prever o que é permitido, ordenado e proibido.

Essa noção idealizada do Estado de Direito, quando nele inserido o componente ecológico, passa a conviver com as incertezas, complexidades e mutações típicas dos sistemas socioecológicos, exigindo uma adaptação de sistema jurídico em geral e do Estado de Direito em especial.

O pensamento da resiliência convertido em princípio jurídico assume o compromisso entre o desejo de segurança jurídica e a necessidade de deixar uma margem de escolha para posterior decisão diante do quadro avaliado. Ao mesmo tempo, concilia-se com a ideia de modernização reflexiva difundida por Beck³⁸³, na qual as instituições devem constantemente se reinventar, absorvendo a aprendizagem e adaptabilidade.

Mesmo o Judiciário tem de estar sujeito a instâncias de controle pelas múltiplas partes envolvidas, além de manter canais abertos de diálogo com a população e com a comunidade científica. Essa nova visão garante processos mais democráticos e capazes de produzirem decisões construídas e amadurecidas aptas a recrudescerem a capacidade social de resiliência em caso de adversidades³⁸⁴.

³⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia juris**: teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011b, v. 1: Teoría del derecho, p. 737.

³⁸² EBBESSON, Jonas. The rule of law in governance of complex socio-ecological changes. **Global Environmental Change**, 2010. Disponível em: <<http://www.stockholmresilience.org/download/18.3eea013f128a65019c2800010450/1459560566497/Ebbesson+2010.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

³⁸³ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998b, p. 248.

³⁸⁴ Exemplo interessante nesse sentido é o recente acordo de Governança celebrado entre os Ministérios Público Federal e Estadual, Defensoria

Desde a Avaliação Ecológica do Milênio, a comunidade científica se deu por conta de que a influência humana nos sistemas ecológicos torna a desvinculação entre natureza e sociedade cada vez mais desprovida de sentido³⁸⁵. As alterações humanas provocadas na Terra são substanciais e crescentes. Entre um terço e metade da superfície terrestre tem sido transformada pela ação humana. A concentração de dióxido de carbono na atmosfera cresceu perto de 30% desde a Revolução Industrial, sendo que todos os ecossistemas terrestres são afetados pelo crescimento de dióxido de carbono na atmosfera³⁸⁶.

No Antropoceno, o estudo da resiliência socioecológica é fundamental para entender não só o porquê de os ecossistemas terem ficado mais vulneráveis, como também as causas da contínua degradação ambiental observada mesmo em ecossistemas preservados.

O Direito Ambiental não pode prescindir dessa variável e, a forma sugerida por alguns juristas, especialmente Demange³⁸⁷ e Robinson³⁸⁸, parte da estruturação racional de um princípio, verdadeiro guia a orientar operadores do Direito, tomadores de decisões e legisladores, não só no plano nacional, como também nas decisões adotadas pelos Estados em acordos internacionais.

Pública, União Federal, Estado de Minas Gerais, Estado do Espírito Santo, representantes das empresas SAMARCO Mineração S.A., VALE S.A., BHP BILLITON BRASIL LTDA. e FUNDAÇÃO RENOVA procurando conferir transparência e maior eficiência nos programas e projetos a serem desenvolvidos pela fundação criada com recursos das empresas para recuperação dos danos ambientais e indenização às vítimas (autos do processo nº 0023863-07.2016.4.01.3800 da 12ª Vara Cível Federal de Minas Gerais).

³⁸⁵ VITOUSEK, Peter M. et al. Human domination of earth's ecosystems. **Science**, v. 277, p. 494-499, 25 jul. 1997.

³⁸⁶ VITOUSEK, Peter M. et al. Human domination of earth's ecosystems. **Science**, v. 277, p. 494-499, 25 jul. 1997, p. 496.

³⁸⁷ DEMANGE, Lia Helena Monteiro de Lima. The principle of resilience. **Pace Environmental Law Review**, v. 30, p. 695-810, 2013. Disponível em: <<http://paceenvironmentalnotes.blogspot.com.br/2013/05/pace-environmental-law-review-volume-30.html>>. Acesso em: 6 nov. 2016.

³⁸⁸ ROBINSON, Nicholas. The resilience principle. **IUCN: Acad. Env'tl. L. e Journal**, n. 19, 2014. Disponível em: <<http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/953/>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

Nesse panorama em que o Direito é chamado a intervir em prol do meio ambiente, foi capturado da ecologia o princípio da resiliência, ainda sem exposto reconhecimento na legislação brasileira, mas implicitamente situado em alguns dispositivos constitucionais e legais.

Para a recuperação total e *in situ* de um ecossistema, opção preferencial de todo o ordenamento jurídico ambiental, resiliência é fundamental. Expandir e mesmo justapor diversidade funcional aumenta a variabilidade de possíveis alternativas para reorganização de padrões e caminhos que se seguem aos distúrbios e rupturas, o que contribui para a resiliência do ecossistema³⁸⁹.

Arnold e Gunderson³⁹⁰ consideram imprescindível unir capacidade de adaptação e resiliência em uma perspectiva de aprimoramento do Direito Ambiental. Para isso, propõem o desenvolvimento de princípios sistêmicos abrangentes que mantenham a resiliência e a capacidade adaptativa dos sistemas ecológicos e sociais, e não apenas o uso ocasional de métodos adaptativos específicos.

Esses autores avaliam que o sistema legal nos Estados Unidos – e essa crítica pode ser estendida ao ordenamento ambiental brasileiro – parte de uma natureza estática e atrelada a um único padrão. Entretanto, observam eles, durante os últimos quarenta anos, os ecologistas desenvolveram uma quantidade substancial de dados e exemplos que indicam que os ecossistemas e recursos naturais podem existir em uma variedade de configurações estáveis.

Justamente por isso é que a teoria da resiliência vem ganhando adesões pois explica como os sistemas ambientais complexos e dinâmicos podem estar sujeitos a mudanças abruptas e imprevisíveis.

O descompasso entre as premissas do sistema legal e a dinâmica dos sistemas ecológicos é apontado por Arnold e Gunderson como o fator que torna a legislação ambiental atual inadequada para muitas questões ambientais urgentes, como por exemplo disputas

³⁸⁹ BERKES, Fikret; COLDING, Johan; FOLKE, Carl (Ed.). **Navigating social-ecological systems: building resilience for complexity and change**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

³⁹⁰ ARNOLD, Craig Anthony; GUNDERSON, Lance H. Adaptive law and resilience. **43 Environmental Law Reporter News and Analysis**, 10426, 2013. Disponível em: <file:///N:/resiliencia/AdaptiveLawandResilienceELRFinal.pdf> Acesso em 10 jul.2017.

transfronteiriças de água, ocupações urbanas desordenadas, invasões de áreas protegidas, litigância derivada de mudanças climáticas, etc³⁹¹.

Esses novos temas ambientais, todos eles aptos a ensejarem o fato consumado ou se colmatarem a argumentos a ele associados, não são facilmente abordados dentro da atual estrutura legal, porque, embora possam ser precocemente identificados, as respectivas soluções exigem uma recalibragem constante das políticas e métodos usados para abordá-los.

Transformações rápidas e frequentemente não-lineares nos ecossistemas reclamam um direito flexível e adaptativo³⁹². Conciliar a estabilidade buscada pelos ordenamentos jurídicos com as necessidades de respostas imediatas a questões ambientais não se delinea um objetivo fácil de ser atingido. Justamente com esse escopo o princípio da resiliência se apresenta como um caminho a ser trilhado pelo Direito Ambiental.

A estrutura de resiliência amplia sua descrição para além de seu significado como um recurso para conservar o que se tem e recuperar o que havia. O pensamento de resiliência incorpora, segundo recorrente identificação da literatura, a interação dinâmica de três valências: persistência³⁹³, adaptabilidade e transformação através de múltiplas

³⁹¹ ARNOLD, Craig Anthony; GUNDERSON, Lance H. Adaptive law and resilience. **43 Environmental Law Reporter News and Analysis**, 10426, 2013. Disponível em: <file:///N:/resiliencia/AdaptiveLawandResilienceELRFinal.pdf> Acesso em 10 jul.2017.

³⁹² ARNOLD, Craig Anthony; GUNDERSON, Lance H. Adaptive law and resilience. **43 Environmental Law Reporter News and Analysis**, 10426, 2013. Disponível em: <file:///N:/resiliencia/AdaptiveLawandResilienceELRFinal.pdf> Acesso em 10 jul.2017.

³⁹³ Alguns autores empregam o termo robustez ou resistência ao invés de persistência, referindo-se à capacidade de um sistema de enfrentar um evento sem sofrer alteração (GALDERISI, Adriana. **Un modello interpretativo della resilienza urbana**. Disponível em: <https://scholar.google.com.au/>. Acesso em: 02 abr. 2018).

escalas e múltiplos pontos de atração em SES (sistemas socioecológicos)³⁹⁴.

Persistência (ou robusteza), muito próximo ao conceito de engenharia baseado na resiliência de materiais, exprime a capacidade do sistema de resistir ao impacto conservando as próprias características e estruturas, mesmo quando submetido a temporários afastamentos das condições ordinárias de funcionamento. Envolve a possibilidade de manutenção de funcionalidades específicas do sistema contra perturbações, admitindo até mesmo alterações no seu modo de operação³⁹⁵.

Adaptabilidade diz com a capacidade própria dos sistemas socioecológicos de aprender, combinando experiência e conhecimento, a fim de regular a própria resposta às pressões internas e externas, mantendo-o num estado estável. Relaciona-se diretamente com a capacidade adaptativa.

Transformação, ou transformabilidade, exprime a capacidade do sistema de modificar suas próprias características e a própria estrutura ingressando em um campo diverso ou domínio de estabilidade³⁹⁶.

Considerando que todos têm direito a sobreviver aos abalos ecológicos, aos danos ambientais, às mudanças climáticas, Robinson lançou a ideia da construção de um princípio legal da resiliência³⁹⁷, que pode ser sintetizado na seguinte afirmação: “governos e indivíduos devem tomar todas as medidas disponíveis para aumentar e sustentar a capacidade dos sistemas sociais e naturais a manterem sua integridade”.

³⁹⁴ FOLKE, Carl. Resilience: the emergence of a perspective for social ecological systems analyses. **Global Environmental Change**, v. 16, n. 3, p. 253-267, 2006, p. 258.

³⁹⁵ KITANO, Hiroaki. Biological robustness. **Nature Reviews Genetics**, v. 5, p. 826–837, 2004, p. 826.

³⁹⁶ HOLLING, Crawford S. Resilience and stability at ecological systems. **Annual Review of Ecology and Systematics**, v. 4, p. 1-23, nov. 1973. Disponível em: <<https://www.annualreviews.org/doi/pdf/10.1146/annurev.es.04.110173.000245>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

³⁹⁷ ROBINSON, Nicholas. The resilience principle. **IUCN: Acad. Environ. L. e Journal**, n. 19, 2014. Disponível em: <<http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/953/>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

Um princípio legal afirma-se pelo reconhecimento da relevância de algumas ideias para a defesa/proteção de determinados bens jurídico. No Direito Ambiental, esses conteúdos relevantes devem traduzir noções jurídicas e científicas, sendo a transdisciplinaridade uma marca da ordem jurídica ambiental. Portanto, os princípios do Direito Ambiental não se constroem e nem devem ser construídos exclusivamente pelos operadores do Direito, os quais necessariamente devem se abeberar de embasamento técnico recolhido de outras Ciências³⁹⁸.

Desde que se associou à ecologia, o Direito Ambiental tem impulsionado seus estudiosos a se interessarem pela resiliência. Atualmente ela tem aparecido em ensaios jurídicos, livros e na jurisprudência, abrindo caminho para ser expressamente reconhecida na Constituição e na legislação infraconstitucional brasileira.

Ainda não explícito no art. 225 da CF, o princípio da resiliência pode ser deduzido da imposição ao Poder Público e à coletividade de preservação dos processos ecológicos essenciais, provendo o manejo ecológico das espécies e ecossistemas³⁹⁹. Para que isso se concretize, é imperativo um contínuo monitoramento para evitar que os ecossistemas sejam levados a limites que impeçam uma reversão ao estado anterior ou alteração para um outro estado igualmente equilibrado⁴⁰⁰. A robustez, uma das propriedades da resiliência, vincula-se diretamente à preservação dos processos ecológicos (integridade ecológica)⁴⁰¹.

Garantindo diversidade e integridade de patrimônio genético, obrigação prevista no inc. II do §1º do art. 225 da CF, o Poder Público igualmente densifica o princípio da resiliência, pois, como asseverado anteriormente, é inerente a ele a preservação de biodiversidade na

³⁹⁸ BENJAMIN, Antonio Herman. **Teoria geral do direito ambiental brasileiro**: uma contribuição biocêntrica. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 200.

³⁹⁹ Art. 225, § 1º, inc. I.

⁴⁰⁰ DEMANGE, Lia Helena Monteiro de Lima. Resiliência ecológica: o papel do indivíduo, da empresa e do Estado. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 82, p. 17-35, 2016.

⁴⁰¹ BOSSELMANN, Klaus; KIM, Rakhyun E. Operationalizing sustainable development: ecological integrity as a grundnorm of international law. **RECIEL**, Review of European, comparative and international environmental law, v. 24, p. 194-218, 2015, p. 217.

medida em que fornece um buffer contra futuras agressões em sistemas que suportam vida. A diversidade biológica e o patrimônio genético não podem ser substituídos por inovação humana. São valiosos “por sua naturalidade”⁴⁰².

Por sua vez, o princípio da resiliência deve ser integrado aos estudos de impacto ambiental necessários ao licenciamento de atividades potencialmente causadoras de significativo impacto ambiental para além do já exigido através dos programas de monitoramento e acompanhamento dos impactos positivos e negativos a que faz referência expressa o inc. IV do art. 6º da Resolução n. 01/86 do CONAMA. Isso porque o EIA é sobretudo instrumento de planejamento da atividade e a implantação dessa deve garantir a preservação dos ecossistemas ou, no mínimo, a capacidade de regeneração.

Ao impor ao Poder Público o controle de métodos e técnicas de produção que coloquem em risco o meio ambiente (art. 225, §1º, V), o texto constitucional veda implicitamente o exaurimento dos ecossistemas ou o esgarçamento de seus limites a níveis que não permitam uma reversão ao estado anterior ou a outro estado diverso porém igualmente equilibrado. Ainda em relação à Constituição, não menos vinculada ao princípio da resiliência está a vedação a práticas que coloquem em risco a função ecológica desempenhada pela fauna ou flora e que provoquem a extinção de espécies (art. 225, §1º, VII).

A perspectiva ecossistêmica traduzida no impedimento de práticas lesivas à função ecológica (e não a um indivíduo específico da fauna ou flora) demonstra que o Constituinte se valeu de conhecimentos metajurídicos para desenhar uma ampla proteção ao bem ambiental, comprometida com suas propriedades e, dentre elas, a resiliência.

Desde a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, o tema da resiliência já constava dentre as definições introdutórias⁴⁰³ do acordo que passou a vigorar no Brasil após a publicação do Decreto Federal nº 2.652, de 1º de julho de 1998.

⁴⁰² SWANSON, Timothy. **Global action for biodiversity**: an international framework for implementing the convention on biological diversity. Londres: Earthscan, 1997, p. 9.

⁴⁰³ “Para os propósitos desta Convenção: I. Efeitos negativos da mudança do clima significam as mudanças no meio ambiente físico ou biota resultantes da mudança do clima que tenham efeitos deletérios significativos sobre a composição, **resiliência** ou produtividade de ecossistemas naturais e

Internalizado na legislação brasileira através do Decreto Federal nº 9.073, de 5 de junho de 2017, o Acordo de Paris sobre Mudanças Climáticas igualmente externa a preocupação com a resiliência dos sistemas socioecológicos quando no art. 2º, item 1 (b), apregoa como compromisso das partes aumentar a **resiliência** às mudanças do clima. O mesmo artigo, no item 1 (c), fala na compatibilização dos fluxos financeiros com uma trajetória rumo a um desenvolvimento de baixa emissão de gases de efeito estufa e **resiliente** à mudança do clima.

Os cientistas da natureza têm propagado a ideia de que para restaurar a resiliência de um ecossistema não é suficiente preservá-lo em pequenas porções de terra, mas assegurar as funções ecossistêmicas, isto é, os poucos mecanismos naturais que continuamente ocorrem para manutenção da subsistência das espécies localizadas e das funções do ecossistema como um todo.

Além disso, não basta preservar certo número de espécies para sustentar um estado estável⁴⁰⁴, sendo igualmente relevante garantir a existência de grupos funcionais, por exemplo, predadores, herbívoros, polinizadores, decompositores, modificadores da água, transportadores de nutrientes, etc.) com diferentes características e, por vezes, até com sobreposições⁴⁰⁵.

Uma das aplicações práticas do princípio, como enfatiza Robinson⁴⁰⁶, recai sobre decisões judiciais. Na pendência de um veredito final, pode o magistrado suspender determinada intervenção que possa resultar em perda de resiliência, aplicando o princípio *in dubio pro natura* ou, na expressão de Bugge, conceder à natureza o benefício da dúvida⁴⁰⁷. Retornar-se-á ao tema no capítulo 5.

administrados, sobre o funcionamento de sistemas sócio-econômicos ou sobre a saúde e o bem-estar humanos” (grifo nosso).

⁴⁰⁴ BENSON, Melinda Harm. Intelligent tinkering: the endangered species act and resilience. **Ecology and Society**, v. 17, p. 4-28, 2012.

⁴⁰⁵ BERKES, Fikret; COLDING, Johan; FOLKE, Carl (Ed.). **Navigating social-ecological systems: building resilience for complexity and change**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

⁴⁰⁶ ROBINSON, Nicholas. The resilience principle. **IUCN: Acad. Env'tl. L. e Journal**, n. 19, 2014. Disponível em: <<http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/953/>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

⁴⁰⁷ BUGGE, Hans Christian. Twelve fundamental challenges in environmental law. An introduction to the concept of rule of law for nature.

Portanto, no presente trabalho, propõe-se que, sobretudo no Antropoceno, a resiliência do sistema socioecológico envolvido no caso sob decisão jamais seja ignorada. Tanto o magistrado quanto o gestor ambiental devem sopesá-la quando do proferimento de um veredito ou concessão de uma licença. Na prática, o que se vê é a total desconsideração desse princípio ecológico/jurídico, inclusive e sobretudo nos julgados que empregam o fato consumado como razão de decidir.

2.3.1 O lado perverso da resiliência

Não obstante a relevância da teoria da resiliência, alguns respeitáveis estudiosos sugerem cautela na sua disseminação como um cânone⁴⁰⁸.

Além do fato de que não há experiências concretas de pensamento resiliente no enfrentamento das mudanças ambientais, outra crítica diz respeito à falta de um conteúdo normativo associado à resiliência. Em contextos de psicologia, arquitetura, engenharia, planejamento urbano, comunidade e desastres, essa capacidade é algo sempre positivo que precisa ser desenvolvido. Já no estudo da resiliência dos sistemas socioecológicos (SES), indica-se trabalhar com os princípios operacionais que permitam atingir os melhores resultados possíveis. Isso não significa escolher um estado ou outro resultado específico mas atingir o melhor possível. O estudo SES de resiliência sugere que os valores da sociedade determinam quais sistemas queremos apoiar e alcançar, mas o pensamento de resiliência não fornece um guia definitivo e preconcebido para a tomada de decisões.

Uma outra crítica recorrente é a dificuldade de aplicar a teoria da resiliência extraída da dinâmica dos ecossistemas para o subsistema humano composto como é por agentes reflexivos e por complexas estruturas sociais pautadas por ações individuais e coletivas guiadas ou

In: VOIGT, Christina (Ed.). **Rule of law for nature: new dimensions and ideas in environmental law**. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 3-26, p. 11.

⁴⁰⁸ HUTTER, Bridget M. (Ed.) **Risk, resilience, inequality and environmental law**. Northampton: Edward Elgar, 2017, p. 35.

não por pautas normativas diversas e que intervêm na distribuição de bens e serviços⁴⁰⁹.

De fato, há muitos exemplos de resiliência perversa, ou, em outras palavras, sistemas altamente resilientes em que há enorme insustentabilidade ecológica e injustiças sociais. Nesse caso, o reforço da persistência desses sistemas consolidará os padrões existentes de desigualdade social ou degradação ambiental⁴¹⁰.

Portanto, a resiliência em si nem sempre é positiva. Promovê-la a qualquer custo, através de arranjos jurídicos e governança, sem antes garantir que eles facilitem os atributos desejáveis de um sistema pode, inclusive, deteriorar o bem-estar social e a integridade dos ecossistemas.

Em relação ao Direito, Biber adverte para a necessária cautela com as revisões por atacado da legislação ambiental para permitir que o gerenciamento adaptativo ocorra⁴¹¹. Esse importante modelo de gestão tem um papel a desempenhar no Direito da Pós-Modernidade, mas as estruturas básicas do Direito Ambiental têm de ser suficientemente estabilizadas para que o bem ambiental não pereça. A dosagem entre maior flexibilidade e dinamismo exigidos pelo Direito Ambiental não podem se converter em sua própria obliteração.

O fato é que o tema da resiliência aliada aos seus desdobramentos tradicionais (governança e manejo adaptativos) pouco tem sido estudado sob a lupa da justiça ambiental⁴¹². Essa variável tem de constar desta equação a fim de que não se perca de vista que a resiliência não pode ser fortalecida em sistemas socioecológicos injustos. Qualquer ideia que se proponha a lidar com questões ambientais complexas terá necessariamente que ir muito além do pensamento de resiliência e certamente envolverá mudanças profundas em nossos hábitos e padrões de consumo⁴¹³.

⁴⁰⁹ HUMBY, Tracy-Lynn. Law and resilience: mapping the literature. **Seattle Journal of Environmental Law**, v. 4, p. 85-130, 2014.

⁴¹⁰ HUTTER, Bridget M. (Ed.) **Risk, resilience, inequality and environmental law**. Northampton: Edward Elgar, 2017, p. 35.

⁴¹¹ BIBER, Eric. Adaptive management and the future of environmental law. **Akron Law Review**, v. 46, p. 933- 962, 2013, p. 933.

⁴¹² HUMBY, Tracy-Lynn. Law and resilience: mapping the literature. **Seattle Journal of Environmental Law**, v. 4, p. 85-130, 2014, p. 129.

⁴¹³ HUTTER, Bridget M. (Ed.) **Risk, resilience, inequality and environmental law**. Northampton: Edward Elgar, 2017, p. 35.

No tocante ao fato consumado, cabe o alerta para que a resiliência não seja incorporada ao discurso jurídico para corroborar a manutenção do estado degradado do ambiente, servindo como mais um argumento/pretexto para deixar tudo como está. Não é isso o que está contido no princípio ambiental da resiliência, que é muito mais um princípio aliado à prevenção (projetar resiliência *ex ante*) do que à correção de danos já consumados.

Todavia, mesmo nesse aspecto, é importante que as perícias judiciais em ações envolvendo danos ambientais contenham elementos para que se afira em que condições o ambiente impactado terá suficiente resiliência para voltar ao seu estado anterior ou para rumar para outro estado igualmente salutar.

Pederson adverte que os debates e a literatura de resiliência podem representar hoje, para uma pessoa desavisada, o que o risco era há alguns anos atrás. Atualmente, os discursos mudaram de como gerenciar e comunicar os riscos para gerenciar e desenvolver a resiliência dos sistemas e da governança⁴¹⁴.

Em eventos recentes envolvendo debates sobre resiliência, o Antropoceno tem sido exibido com destaque, sinalizando um senso de urgência.

A construção e implementação do princípio da resiliência no Direito Ambiental brasileiro deve se dar em harmonia com os preceitos inculpidos no art. 225 da CF e não como forma de legitimação de condutas lesivas à integridade ecológica e aos processos ecológicos essenciais, aos espaços territoriais especialmente protegidos e demais bens/valores abarcados pela complexa noção de bem ambiental enquanto bem fundamental.

Inserir a preocupação com a resiliência nas decisões ambientais em geral e naquelas que avaliam uma alegação (explícita ou não) de fato consumado é reforçar o viés ecológico e ampliar a integridade dos ecossistemas, indo ao encontro da essência do bem ambiental.

⁴¹⁴ PEDERSON, Ole W. Resilience in environmental law: epistemic limitations and the role of participation. In: HUTTER, Bridget M. (Ed.) **Risk, resilience, inequality and environmental law**. Northampton: Edward Elgar, 2017, p. 49-63, p. 50.

2.4 RESUMO DO CAPÍTULO

Ao início da pesquisa sobre a possibilidade de compatibilização, em nível jurídico, entre o argumento do fato consumado como razão de decidir e o dever de preservação do meio ambiente como bem fundamental, sabia-se de antemão que o trabalho seria necessariamente transdisciplinar⁴¹⁵, conquanto assentado em bases constitucionais e na tradicional dogmática jusambiental.

Na definição do estatuto do bem ambiental procurou-se apresentar as características essenciais desse bem para, num segundo momento, enquadrá-lo definitivamente na categoria de bem fundamental idealizada por Ferrajoli.

Partindo-se da premissa de que os direitos fundamentais são universais – isto é, pertencem a todos em condições de igualdade (ainda que observadas as três tipologias desenhadas pelo jusfilósofo italiano: como *status* de pessoa, cidadãos ou pessoas com capacidade de trabalho), não é difícil intuir que tais direitos são protegidos juridicamente como interesses de todos e têm um valor geral.

Os direitos fundamentais não supõem normas mas são eles próprios normas, mais especificamente normas adscritivas (dispõem de situações ou *status* jurídicos subjetivos) .

Ao lado do direito à vida e atrelado ele, o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado ostenta caráter supranacional, requerendo limites internos e externos.

⁴¹⁵ Transdisciplinaridade: termo empregado pioneiramente por Jean Piaget para designar um método de abordagem científica que, além de atingir interações ou reciprocidades entre pesquisas especializadas, as situaria no interior de um sistema total, sem fronteiras estáveis entre as disciplinas . Diz respeito, na visão do físico romeno Nicolescu, ao que está, ao mesmo tempo, entre as disciplinas, através das diferentes disciplinas e além de todas as disciplinas sendo o seu objetivo a compreensão do mundo presente tendo como um dos imperativos para isso a unidade do conhecimento (consultar: WEIL, Pierre; D`AMBROSIO, Ubiratan; CREMA, Roberto. **Rumo à nova transdisciplinaridade** . São Paulo: Summus, 1993, p. 39, e NICOLESCU, Basarab. A evolução transdisciplinar da Universidade. **Condição para o desenvolvimento sustentável**. Tailândia, nov. 1997. Disponível em: <<http://www.cetrans.futuro.usp.br/thailandiaport.html>>. Acesso em: 27 nov. 2017).

Devido a seu enquadramento pela Constituição Federal como direito fundamental, o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, associa-se a uma série de limites e vínculos jusfundamentais que devem ser levados em conta quando das avaliações feitas pela Administração, num primeiro momento, e nos julgamentos submetidos ao Poder Judiciário, num segundo. Em ambos os espaços decisórios, devido à dominialidade difusa ou coletiva do bem ambiental, a democracia participativa há de se fazer presente em algum momento.

Com amparo na Constituição Brasileira, a autonomia dos bens coletivos envolve a consagração de direitos subjetivos oponíveis ao Estado, à coletividade e a cada pessoa em particular, reciprocamente. Qualquer pessoa ou órgão pode exigir a sua realização eficaz perante o caso concreto. Os direitos fundamentais individuais têm sua garantia primária nos limites fundamentais consistentes na proibição absoluta, isto é *erga omnes*, de lesão.

O direito da Pós-modernidade está redesenhando os conceitos de bens jurídicos e isso passa, necessariamente, por uma nova concepção relacionada ao direito de propriedade. O bem ambiental, na sua perspectiva de macrobem, é coletivo e não patrimonializável.

Os bens fundamentais da categoria dos bens comuns, como é o caso do bem ambiental, têm dentre suas garantias mais importantes a indisponibilidade derivada do fato de que esses bens são patrimônio comum da humanidade, ou seja, objeto de uma situação coletiva de copropriedade universal a título originário, composta pelos direitos de uso e gozo pertencentes a todos os seres humanos enquanto componentes da espécie humana.

A intensa interferência humana nos bens comuns, marca do Antropoceno, traz à baila a urgência de que deitemos nosso olhar para a preservação da integridade dos ecossistemas e dos processos ecológicos essenciais através de limites às atividades públicas e privadas e vinculação à esfera pública.

As limitações ao bem ambiental encontram justificativa no seu atributo da infungibilidade como produtor de funções e prestador de serviços ecossistêmicos e garantidor dos processos ecológicos essenciais para as presentes e futuras gerações.

No núcleo da proteção do bem ambiental estão os processos ecológicos essenciais, os quais ocupam posição jusfundamental privilegiada na Constituição de 1988.

Mesmo que a legislação ambiental brasileira não apresente uma definição unívoca a respeito dos processos ecológicos essenciais, não se justifica, *prima facie*, que as decisões judiciais em matéria ambiental, sobretudo aquelas que acolhem o fato consumado no conjunto de argumentos decisórios, passem ao largo dessa importante questão.

O Superior Tribunal de Justiça tem demonstrado, como de resto em inúmeros subtemas ambientais, pioneirismo e compromisso na consolidação do dever fundamental de preservação dos processos ecológicos essenciais, afirmando a incompatibilidade do argumento do fato consumado como pretexto para perpetuar lesões ao bem ambiental.

Intrínseca ao bem ambiental, a resiliência aparece como uma propriedade que, paulatinamente, vem-se afirmando como novo princípio jusambiental, em relação ao qual uma pitada de cautela se faz necessária, na medida em que a resiliência em si pode, também ela, ser nociva quando voltada a preservar uma situação que não é favorável ao bem ambiental nem ao bem-estar social. Não pode a resiliência converter-se em argumento para se acomodar situações de danosidade ambiental persistente, pois o que ora se postula é justamente favorecer a resiliência através da integridade dos ecossistemas e da manutenção dos processos ecológicos essenciais.

Não há sistema natural sem ação humana, nem sistema social sem natureza. Humanos dependem dos sistemas naturais, assim como todas as demais espécies. A noção de complexidade está na base da abordagem ecossistêmica e nos estudos de resiliência dos sistemas socioecológicos.

O Direito Ambiental em geral e as decisões judiciais em especial não podem virar de costas a esses avanços vocacionados a aprimorar as relações dos homens entre si e deles com a natureza. Para que isso ocorra, a lei e sua respectiva interpretação precisam refletir adequadamente o bem jurídico tutelado, talvez até requerendo um novo *design* para superação dos atuais limites epistemológicos, com ênfase na resiliência, no manejo e na capacidade adaptativa.

Sem embargo, conciliar a estabilidade buscada pelos ordenamentos jurídicos com as necessidades de respostas imediatas a questões ambientais não induz tarefa fácil, sobretudo quando a economia de mercado, ditada por regras extremamente ágeis, estimula um consumo que pressupõe uma espiral crescente na demanda de recursos.

A marca da resiliência já figura no texto constitucional brasileiro e em diversos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Portanto, deve ser considerada por ocasião das decisões judiciais e, antes delas, nas decisões da Administração envolvendo questões ambientais.

3 DÉFICITS DO DIREITO PARA SALVAGUARDAR O BEM AMBIENTAL NA SOCIEDADE DE RISCO

Nos capítulos anteriores, trabalharam-se as bases econômicas, ecológicas e jurídicas desta tese. Agora é chegada a vez de uma análise sociológica, pois não se considera adequado que um problema de tal gravidade como a aceitação do fato consumado em matéria ambiental possa ser desvelado a contento sem inseri-lo no contexto sociológico atual.

Ulrich Beck, sociólogo alemão, desenvolveu estudos desde meados da década de 90 a respeito do modelo societal em curso: o da sociedade de riscos.

Partiu ele da constatação de que se vive um momento de crise ambiental, no qual o avanço da exploração predatória dos recursos ambientais parece não dar sinais de retrocesso ou de desaceleração.

Em sua definição, sociedades de riscos “são aquelas sociedades que, ao princípio de maneira encoberta e logo cada vez mais evidente, estão confrontadas com os desafios da possibilidade de autodestruição real de todas as formas de vida deste planeta” (tradução livre da autora)⁴¹⁶.

O ponto de partida da modelagem da sociedade de risco foi a constatação de que o mundo havia ingressado numa fase que descontinuou a onda de otimismo tecnológico que havia prevalecido até a década de 1960. Surgiram fortes desconfiâncias inclusive na ciência. Estruturalmente, a sociedade de risco é uma sociedade de desconfiança em relação ao porvir, daí por que, nesse mundo de incertezas, o princípio da precaução é cada vez mais reivindicado pela opinião pública⁴¹⁷.

Numa visão sintética de sua obra, pode ser destacada a perspectiva de que esses novos riscos não mais estão atrelados ao lugar

⁴¹⁶ Sociedades de riscos são “aquellas sociedades que, al principio de manera encubierta y luego cada vez más evidente, están enfrentadas a los desafíos de la posibilidad de autodestrucción real de todas las formas de vida de este planeta” (BECK, Ulrich. **Políticas ecológicas en la edad del riesgo: antídotos. La irresponsabilidad organizada.** Barcelona: El Roure, 1998a, p. 120).

⁴¹⁷ ROSANVALLON, Pierre. **La contrademocracia.** La política en la era de la desconfianza. Buenos Aires: Manantial, 2006, p. 29.

onde são gerados, pondo em perigo a vida na Terra em todas as suas formas. Além de ubíquos, esses riscos propagam seus efeitos no tempo.

Essa ruptura com as noções tradicionais de espaço e tempo acabou criando um espaço de metamorfose mundial. Em sua obra póstuma, Beck tratou desse fenômeno em que novas estruturas, novos começos e normas emergiram em nível global para resolver problemas mundiais, dentre os quais destaca o das mudanças climáticas⁴¹⁸. Sua teoria da metamorfose vai para além da sociedade de risco mundial, devido à produção de horizontes normativos de bens comuns, impelindo-nos para a ultrapassagem dos âmbitos nacionais em direção ao panorama cosmopolita⁴¹⁹. Nesse aspecto, apresenta-se totalmente congruente com a preocupação reiteradamente externada por Ferrajoli de internacionalização das normas relativas à proteção do bem ambiental.

Os perigos das forças produtivas muito desenvolvidas química e atomicamente suprimem as bases e categorias com as quais pensamos e atuamos até agora: espaço e tempo, trabalho e tempo livre, empresa e Estado nacional, inclusive os limites entre blocos militares e continentais. Comparados com eles, os riscos profissionais da industrialização primária pertencem à outra época.

Em tempos de sociedade de riscos, aos danos e consequências já ocorridos agrega-se um componente futuro que reside na capacidade de alastramento temporal de danos já visíveis com uma carência geral de confiança ou na suposição de um fortalecimento do risco.

Quando se reflete sobre o fato consumado como razão de decidir uma causa ambiental não é possível admitir um afastamento dessa perspectiva de que, além de se aceitar ou não o passivo ambiental fotografado pela demanda, há de ser feito um prognóstico sobre as perspectivas futuras daquela decisão. Em outras palavras: de que modo as lesões ambientais até então ocasionadas poderão interferir no ambiente como um todo, especialmente nos processos ecológicos essenciais.

Essa necessidade de uma abordagem complexa e prospectiva põe em xeque as estruturas jurídicas atuais para resolver demandas

⁴¹⁸ BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo**: como as alterações climáticas estão a transformar a sociedade. Lisboa: Edições 70, 2017, p. 56-57.

⁴¹⁹ BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo**: como as alterações climáticas estão a transformar a sociedade. Lisboa: Edições 70, 2017, p. 16.

ambientais, as quais costumam ser sumariamente simplificadas por abordagens reducionistas como o são aquelas estribadas, implícita ou explicitamente, no argumento do fato consumado.

3.1 A IRRESPONSABILIDADE ORGANIZADA COMO FENÔMENO ASSOCIADO AO MODELO SOCIETAL DA SOCIEDADE DE RISCO

Três aspectos centrais podem ser destacados da obra de Beck: a irresponsabilidade organizada, a explosividade social do risco e o estado de segurança⁴²⁰. O presente trabalho irá se deter nesse primeiro aspecto.

A irresponsabilidade organizada envolve um conjunto de mecanismos culturais e institucionais pelos quais as elites políticas e econômicas encobrem efetivamente as origens e consequências dos riscos e dos perigos catastróficos da recente industrialização.

A divisão de trabalho representada por excessiva compartimentação leva a uma cumplicidade geral da qual deriva uma irresponsabilidade igualmente geral. Diz Beck⁴²¹: “cada qual é causa e efeito e portanto não é causa⁴²²” (tradução livre da autora). Ocorre uma diluição das causas dada a multiplicidade de atores envolvidos. O sistema mascara as responsabilidades individuais convertidas em cumplicidade geral e consequente irresponsabilidade geral⁴²³.

As dificuldades na determinação dos causadores são ainda mais profundas quando se têm em mente grandes temas relacionados ao meio ambiente, tais como perdas de biodiversidade, mudanças climáticas, elevação dos níveis dos oceanos. Todos parecem ser um pouco culpados por tais fenômenos, ou ao menos porções significativas de pessoas das pretéritas e atuais gerações⁴²⁴. Tamanha a diluição de responsabilidades que ninguém é chamado a reparar o dano.

⁴²⁰ GOLDBLATT, David. **Teoria social e ambiente**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

⁴²¹ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998b, p. 39.

⁴²² “Cada cual es causa y efecto y por tanto no es causa”.

⁴²³ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998b, p. 39.

⁴²⁴ VIÑUALES, Jorge. **Law and the anthropocene**. 2016. Disponível em: <file:///N:/antropoceno/_Law_and_the_Anthropocene%20-1.pdf> Acesso em: 18 set. 2018, p. 29.

Para minimizar a inadequação das esferas política, científica e jurídica no enfrentamento e controle dos riscos aos quais estamos confrontados, as instituições políticas e jurídicas atuam simbolicamente e deixam transparecer segurança e uma normalidade que, se verificadas na prática, não são efetivas.

Além das decisões judiciais que, sob roupagens diversas, chancelam um fato consumado, uma situação consolidada, também a atividade legislativa tem sido colonizada por esse pragmatismo.

Alguns dispositivos legais editados em um passado próximo, motivados por uma assunção de insuficiência dos modelos de fiscalização, gestão e repressão a lesões ambientais, aliados a questões sociais enraizadas no presente também configuram a acolhida dessa “teoria” do fato consumado que se transmuda em política. O não-direito serve de suporte fático ao reconhecimento do direito e recebe uma tutela *a posteriori*.

Esse fenômeno não se limita ao Judiciário e ao Legislativo. A Administração se vê, não raras vezes, em meio a situações que podem ser qualificadas de verdadeiras “saias justas” para reverter situações notoriamente lesivas ao meio ambiente em prol de um fato consumado, de uma licença de instalação concedida, de uma obra iniciada.

Esse contexto acaba se encaixando com invulgar perfeição na teoria da sociedade de risco global e, mais especificamente, no seu traço marcante de irresponsabilidade organizada.

Ao longo de sua obra, Beck desenvolveu a figura das chamadas fugas para frente, em que tudo se deixa para depois. Nossa civilização estabelece limites de tolerância, por exemplo, para substâncias contaminantes, ao invés de optar pela vedação dos contaminantes. Efluentes de processos industriais são descartados nos mananciais que abastecem populações urbanas plenos de produtos tóxicos, mas esses lançamentos são autorizados pelos órgãos ambientais desde que atendam a alguns padrões. Todavia, esses padrões desconsideram o somatório dos lançamentos, o enquadramento do corpo hídrico, os diversos usos pretendidos em relação ao corpo receptor. Dessa forma, esses valores limites de tolerância são linhas de retirada de uma civilização que dissemina substâncias nocivas e tóxicas, porque se tem a compreensão de que a exigência óbvia de não envenenamento é tida por utópica.

Wolf⁴²⁵ considera, no tocante à intoxicação, que o Direito fornece instrumentos para legitimar e justificar condutas que, em termos criminológicos, podem até ser tipificadas como crimes. Ou seja, o Direito atua em sua dimensão simbólica, “sublimando” a realidade da contaminação.

No presente trabalho, espera-se demonstrar que a ideia de um fato consumado em matéria de meio ambiente não deixa de ser uma fuga para frente institucionalizada na realidade. A fim de supostamente não destruir algo posto, se aceita uma situação fática ou meramente jurídica (uma lei ou um ato administrativo) que colide com o mandamento constitucional de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Poder-se-ia dizer que a aceitação de danos, passivos ambientais, degradações consolidadas no meio urbano ou rural, equivale a descontar futuro em favor do presente.

O Direito Ambiental assenta-se nos princípios da prevenção e da precaução, os quais definem a cautela como o comportamento ético recomendável na relação humana com o bem ambiental. A emergência ambiental⁴²⁶ obriga a pensar mais a jusante e não apenas à montante, privilegiando a postura preventiva/precaucional em detrimento à punitiva.

O fato consumado promove uma distorção nessa relação pois convoca o intérprete, o julgador ou o administrador a aceitar o dano ilícito ao meio ambiente, banalizando a degradação e desconsiderando um outro princípio, também com matriz constitucional e já reconhecido pela Suprema Corte brasileira⁴²⁷, que é o da reparação integral (art. 225, § 1º, inc. I, da CF), o qual fundamenta a ideia, reiteradamente pronunciada nos recentes acórdãos do STJ, da inexistência de um direito adquirido de poluir.

⁴²⁵ WOLF, Paul. A irresponsabilidade organizada? Comentários sobre a função simbólica do Direito Ambiental. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 177-190.

⁴²⁶ Falada por FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 180-181.

⁴²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.544-9**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 12 jun. 2002. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br>> Acesso em: 09. set. 2018.

A reparação integral do dano ambiental, além do referido dispositivo constitucional, encontra lastro nos arts. 4º, VII, e 14, § 1º, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81), e no art. 3º da Lei n. 7.347/85.

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente permite concluir haver uma hierarquia nas soluções reparatórias, assegurando primazia à reparação “in natura”, quando possível .

O art. 4º da Lei n. 6.938/81 insere dentre os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente a “preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida” e a “imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos” .

A importância dos elementos integrantes do meio ambiente e de seu equilíbrio com vistas à concretização da qualidade de vida conduz a uma hermenêutica tendente a priorizar a reparação do bem em si, salvo quando essa solução não se apresentar factível.

Por essa razão, quando plasmada a ocorrência de danos o ordenamento jurídico assentado no Estado de Direito Constitucional aponta para a integral reparação desses danos, em toda a sua complexidade.

A franca colisão do fato consumado com o princípio da reparação integral evidencia-se pelo fato de que, em nome de algum outro valor/bem jurídico, o poluidor é agraciado com a possibilidade de não reversão do dano ao bem ambiental legando-se para um universo incalculável de vítimas, inclusive gerações futuras e os próprios ecossistemas, a ampliação do passivo ambiental, deturpando o princípio do poluidor-pagador para poluidor-aproveitador.

As decisões fisgadas pelo fato consumado revelam um espírito decisório tendente à manutenção do *status quo* em que os julgadores cedem a uma natural tendência de se manter numa zona de conforto em que as escolhas feitas, “ainda que disfuncionais, anacrônicas e obsoletas”⁴²⁸, recaem sobre a opção de deixar tudo como está,

⁴²⁸ FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 223-244, jun. 2013, p. 235.

expressando uma judicatura quase preguiçosa diante dos desafios de reverter agravos ambientais. Traduzem manifestações em consonância com a ideia do *quieta non movere*⁴²⁹.

Igualmente são exemplos de decisões que aderem ao chamado “viés do presente (present-biased preferences)”, qualificado por Freitas como a “tendência de buscar recompensas imediatas, sem perguntar sobre os efeitos a longo prazo, causando prejuízos de toda ordem (inclusive à saúde pública), por falhas nas escolhas intertemporais⁴³⁰”.

Essa contemplação quase passiva das situações consolidadas de degradação ambiental apresenta-se como exemplo muito nítido de irresponsabilidade organizada, aspecto esse central na radiografia sociológica de Beck.

Todas essas políticas de acolhida das degradações, como se elas não fossem suscetíveis de reversão parcial ou total, fazem parte de um contexto típico da sociedade de risco global que tem na irresponsabilidade organizada um de seus traços mais marcantes. Para Beck, o conceito de irresponsabilidade organizada indica o movimento circular entre normalização simbólica e as permanentes ameaças e a destruição material do ambiente⁴³¹. Indica a estrutura subjacente em que indivíduos, organizações e instituições escapam da responsabilização justamente por causa dos riscos e potenciais desastres que não são atingidos pelas leis e regulações, estabelecendo um quadro de incerteza manufaturada⁴³².

Fala-se de que a Pós-modernidade deu origem a uma microética incapaz de responsabilizar quem quer que seja por acontecimentos globais, como a catástrofe nuclear ou ecológica, em que todos, mas ninguém individualizadamente logra ser responsabilizado⁴³³.

⁴²⁹ Deixar tudo como está.

⁴³⁰ FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 223-244, jun. 2013, p. 236.

⁴³¹ BECK, Ulrich. **Ecological politics in an age of risk**. Cambridge: Polity, 1995, p. 50.

⁴³² BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo: como as alterações climáticas estão a transformar a sociedade**. Lisboa: Edições 70, 2017, p. 145.

⁴³³ SANTOS, Boaventura Sousa. **Pela mão de alice**. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 91.

O Estado fiscalizador, em geral hipossuficiente para controlar a observância dos limites máximos de contaminação, quando logra apurar um descumprimento dificilmente avança até uma responsabilização civil ou criminal. A estrutura complexa das empresas, muitas delas transnacionais, e o emaranhado da legislação ambiental, oriunda de diversos níveis políticos, representam obstáculos quase intransponíveis no sentido da responsabilização e reparação dos danos ambientais.

Não sem antes tecer algumas críticas ao criador da ideia da irresponsabilidade organizada, Goldblatt discorre sobre seus aspectos fundamentais, indicando haver falhas na legislação ambiental tanto na sua regulamentação como na sua implementação.

Em primeiro lugar, identifica a realidade de que os órgãos de regulação são hipossuficientes em termos de meios econômicos ou de pessoal para se desincumbir adequadamente de suas tarefas.

Os órgãos de fiscalização, quando se levam em conta as situações de degradação ambiental que se formam em contrariedade à lei, são incapazes de fiscalizar, vistoriar e conter os avanços dessas investidas contra o bem ambiental. Outras vezes são incapazes de tomar medidas uniformes relativamente a elas. Cria-se então o paradoxo a que Benjamin qualifica de “Estado teatral de Direito Ambiental⁴³⁴”, em que o “o Estado finge que dá segurança, que protege, mas, na verdade, quase nada muda”⁴³⁵. Em outras palavras: vivencia-se uma experiência de legislação ambiental simbólica, com compromissos exagerados frente a acanhados mecanismos de implementação⁴³⁶.

Exemplos clássicos disso são os prazos conferidos para erradicação dos lixões e para realização do cadastro ambiental rural (CAR). O primeiro, inicialmente previsto pelo art. 54 da Lei nº 12.305/10 para ser finalizado em um prazo de quatro anos (vencendo, portanto, em agosto de 2014), existiu praticamente como um marco simbólico e, antes de expirar, só se falava em aprovar uma nova lei para prorrogá-lo quem sabe para 2021 e ainda por cima com algumas nuances não previstas na lei original. O segundo, previsto no Código

⁴³⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V. **O estado teatral e a implementação do direito ambiental**. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/>>. Acesso em: 14.abr. 2018.

⁴³⁵ GOLDBLATT, David. **Teoria social e ambiente**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 164.

⁴³⁶ DWYER, John P. The pathology of symbolic legislation. **Ecology Law Quarterly**, v. 17, p. 233-316, 1990.

Florestal (Lei nº 12.651/12) era de um ano a partir da regulamentação da lei – por meio da Instrução Normativa IN 2/MMA, de 6 de maio de 2014, que regulamentou o Decreto 7.830/12. Desde então vem sofrendo sucessivas prorrogações por medidas provisórias ou decretos, estando atualmente previsto para 31/12/18 (Decreto Federal nº 9257/17).

Esse tipo de pirueta legislativa é que difunde a cultura do *jeitinho*⁴³⁷, além de disseminar o senso comum de que “existem leis que pegam e leis que não pegam”⁴³⁸.

Em segundo lugar, havendo múltiplos órgãos envolvidos na regulação (como é o caso da Federação brasileira e das nossas normas ambientais que eclodem de todas as esferas de Poder), ocorre uma desordem administrativa, sobreposição e falta de coordenação, criando brechas através das quais os poluidores não só podem escapar, como de fato escapam⁴³⁹. Esse ponto será retomado com mais profundidade no tópico seguinte a respeito da fragmentação.

Em terceiro lugar, situa Goldblatt a questão dos custos econômicos da regulação da poluição. Afirma ele que, no Reino Unido, por exemplo, esse processo “foi codificado na noção um tanto deselegante de melhor opção ecológica viável sem obrigar a custos excessivos”⁴⁴⁰. Transpondo-se para a realidade brasileira, isso não passa da aplicação do princípio da proporcionalidade, o qual tem sido diuturnamente invocado para justificar a perpetuação de situações lesivas ao meio ambiente e que aparece como um dos mais sórdidos, e ao mesmo tempo mais elaborados em termos de erudição e tecnicismo jurídico, aspectos da irresponsabilidade organizada.

Partindo-se da conclusão de Beck⁴⁴¹ no sentido de que risco e responsabilidade, assim como risco e confiança, estão intrinsecamente relacionados, a complexidade dos riscos gerados pelas atividades humanas em nossa era acaba tornando cada dia mais difícil definir

⁴³⁷ ROSENN, Keith. Brazil's legal culture: the jeito revisited. **Florida international law journal**, vol. 1, n. 1, 1984, p. 1- 43.

⁴³⁸ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. Para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p.133.

⁴³⁹ GOLDBLATT, David. **Teoria social e ambiente**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 164.

⁴⁴⁰ GOLDBLATT, David. **Teoria social e ambiente**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 165.

⁴⁴¹ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Barcelona: Siglo Veintiuno de España, 1999.

responsabilidades. Portanto, em que pese a ampliação nos estados nacionais de legislação ambiental e dos mecanismos administrativos para efetivá-la, raramente se logra a punição de um culpado ou a reparação adequada e suficiente do dano ambiental causado.

O conceito de sociedade de risco global chama a atenção sobre o controle limitado –dir-se-á até inoperante – em relação aos perigos por nós criados. A despeito da ampliação de meios institucionais para tentar superar as incertezas, as sociedades acabam tomando decisões em condições de conhecimento incompleto ou deficiente. Beck identifica uma discrepância entre os modelos de avaliação de riscos e o cenário da sociedade de risco global.

No limiar do século XXI, os desafios da era da tecnologia nuclear, genética e química se misturam a conceitos e receitas derivados da primeira sociedade industrial do sec. XIX e começos do século XX. Por conseguinte, em que pese uma aparente organização, nenhuma causa objetiva é identificada, nenhum culpado aparece, nenhuma indenização é devida⁴⁴².

O modelo de decisões da sociedade industrial e a globalidade de suas consequências oscila entre duas épocas distintas. Utiliza métodos da sociedade industrial para enfrentar problemas da sociedade de risco global. As antigas rotinas de decisão, controle e produção (o Direito, a Ciência, a Administração, a Indústria e a Política) causam a destruição material da natureza e uma normalização simbólica.

As normas de responsabilidade e culpa tendem a se aniquilar. Isso significa, na visão de Beck, que a ampliação desses mecanismos de controle na administração, gestão e terminologia legal pode produzir um resultado oposto: os perigos aumentam devido a que se fazem anônimos. Não é uma mera situação de descumprimento ou de ruptura com as normas, mas as próprias normas é que acabam aceitando, chancelando o extermínio das espécies, a contaminação de rios e lagos, a destruição de ecossistemas.

O principal potencial social, histórico e político da globalização dos perigos ecológicos, nucleares, químicos, genéticos e financeiros se assenta no colapso da administração, no colapso da racionalidade tecnocientífica e legal e das garantias de segurança políticas e institucionais que esses perigos atraem para todos. Esse potencial desmascara a

⁴⁴² BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Barcelona: Siglo Veintiuno de España, 1999.

anarquia concreta existente que se desenvolveu a partir da negação da produção e administração sociais dos megaperigos⁴⁴³.

As instituições da sociedade industrial desenvolvida – a Política, o Direito, as Ciências da Engenharia, os grupos industriais – dispõem, em conformidade com isso, de um amplo arsenal para a normalização dos perigos não calculáveis. Esses podem ser subestimados, reduzidos à inexistência através de comparação ou relegados ao anonimato causal e juridicamente através de uma desintoxicação simbólica.

Simbolismo, fachada de organização institucional e jurídica em prol do meio ambiente global, são os sulcos mais profundos da irresponsabilidade organizada. Wolf ⁴⁴⁴ considera que o Direito Ambiental assume uma feição paradoxal. Enquanto atua para autorizar a utilização do meio ambiente (seus usos, exploração, administração, planejamento, organização, determinação de valores), revela-se eficiente e estruturado. Já, quando chamado a proteger decisiva e efetivamente o meio ambiente, atua de forma simbólica⁴⁴⁵.

Em relação à responsabilidade civil pelos danos ambientais, a ineficácia da tutela processual para proteger o meio ambiente é um dos pontos sintomáticos da irresponsabilidade organizada. Em grande medida, como bem diagnostica Silveira, isso dimana da concepção da processualística civil clássica, toda ela pensada na solução de microconflitos, especialmente entre particulares⁴⁴⁶.

Na cena Judiciária protagonizada pelos conflitos multifacetários oportunizados pelas questões ambientais, um passo decisório pode

⁴⁴³ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Barcelona: Siglo Veintiuno de España, 1999.

⁴⁴⁴ WOLF, Paul. A irresponsabilidade organizada? Comentários sobre a função simbólica do Direito Ambiental. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 177-190.

⁴⁴⁵ WOLF, Paul. A irresponsabilidade organizada? Comentários sobre a função simbólica do Direito Ambiental. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 177-190.

⁴⁴⁶ SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. **Risco ecológico abusivo: a tutela do patrimônio ambiental nos processos coletivos em face do risco socialmente intolerável**. Caxias do Sul: EDUCS, 2014.

desencadear diferentes consequências e atingir interesses individuais, coletivos e difusos.

Reputa-se exemplar um estudo de caso para demonstrar essa colocação, ao mesmo tempo em que denota como a efetividade das decisões judiciais ainda é indigente neste país. Ou seja, trata-se de recente caso de irresponsabilidade organizada que redundou em fato consumado em matéria ambiental.

Em 2004, o Ministério Público Federal de Santa Catarina ajuizou uma ação civil pública contra uma Construtora e órgãos públicos, alegando a realização de obras de construção de um prédio em área de preservação permanente (sobre cursos d'água), constatando que a empresa não possuía licença ambiental de operação. Mesmo após autuação pela Polícia Ambiental, com lavratura de Boletim de Ocorrência Ambiental, Auto de Infração Administrativa e Termo de Embargo/Interdição, a empresa obteve o Alvará de Licença Municipal e a Licença Ambiental Prévia, com dispensa de Licença de Instalação, o que também teria caracterizado infração às normas ambientais. Após a intimação dos réus, naquele mesmo ano, sobreveio decisão deferindo em parte a liminar para determinar a **paralisação da obra**.

Interposto agravo de instrumento pela Construtora ré, restou indeferido o pedido de efeito suspensivo. Após, em sede de agravo regimental, foi reconsiderada a decisão anterior e deferido o efeito suspensivo em face do risco de prejuízo econômico irreparável e da relevância dos fundamentos invocados. Em sede de agravo de instrumento, monocraticamente, a Desa. Federal Silvia Goraieb cassou a liminar na parte que suspendia o prosseguimento da obra pelos motivos empregados no deferimento do efeito suspensivo⁴⁴⁷.

Nesse momento, portanto, a instância recursal criou as condições favoráveis para o fato consumado. Deu guarida a uma espécie de autoajuda aos impacientes, sintoma claro daquilo que Beck chama de irresponsabilidade organizada e sobre a qual recém se teorizou.

A obra prosseguiu, de vento em popa, culminando com a construção de um prédio de 58 unidades habitacionais cuja demolição, evidentemente, acarretaria prejuízos financeiros de grande monta não

⁴⁴⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento 2004.04.01.031404-5/SC . Relatora: Desa. Silvia Goraieb. Julgado em: 08 Maio 2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php>. Acesso em: 29 ago. 2018.

apenas à construtora-ré como também aos terceiros adquirentes. Assim, após análise do conjunto probatório dos autos e considerando que a obra fora concluída com base em autorizações judiciais e administrativas, o Juízo de primeiro grau entendeu que, havendo de fato APP e conduta irregular por parte da construtora, bem como por parte dos órgãos ambientais e da municipalidade que autorizaram construção em local indevido, o dano ambiental deveria ser reparado.

Do juiz da causa talvez não se pudesse exigir um esforço de Hércules, para utilizar a expressão de Dworkin⁴⁴⁸, para que mandasse demolir o edifício cuja obra havia sido embargada em bom tempo. Resumiu-se a condenar a Construtora e órgãos públicos a indenizar a módica quantia no valor de 10% da avaliação total do imóvel⁴⁴⁹. Não houve qualquer apreciação a respeito dos serviços ecossistêmicos prestados para ultimar o cálculo da verba indenizatória.

Em grau de apelação⁴⁵⁰, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, após longa digressão sobre os pressupostos legais e fáticos da responsabilidade civil ambiental, na qual cita inclusive jurisprudência que afirma a supremacia do meio ambiente inclusive contra o fato consumado, acabou confirmando a sentença no tocante à manutenção da construção. Entretanto, deu provimento ao apelo da Construtora para reduzir de 10 para 5% do valor de avaliação do imóvel o *quantum* indenizatório. O critério, no caso, não teve qualquer referencial no valor dos serviços ecossistêmicos. Mesmo tendo reconhecido que a empresa

⁴⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 168-169.

⁴⁴⁹ Sentença prolatada pelo Juiz Federal Guy Vanderley Marcuzzo. Juízo da Vara Ambiental de Florianópolis. Ação Civil Pública nº 2004.72.00.006902-4-SC. Julgada em: 10 nov. 2009. Disponível em: <file:///N:/acórdãos%20fato%20consumado/sentença%20vinculada%20a%20acórdão%20relatora%20vania%20almeida%20chancela%20fato%20consumado__%20Portal%20da%20Justiça%20Federal%20da%204ª%20Região%20__.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2018.

⁴⁵⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 5009646-79.2010.4.04.7200/SC**. Relatora: Desa. Vânia Hack de Almeida. Julgado em: 21 ago. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000595218&versao_gproc=5&crc_gproc=7305e309&termosPesquisados=ICdmYXRvIGNvbN1bWFkbyAnICdtZWlvIGFtYmllbnRIJyBldml0YXIg>. Acesso em: 29 ago. 2018.

agira ao início da obra desprovida de licença de instalação, e sem ter diligenciado para verificar a origem do curso d'água que havia no local, o fato é que posteriormente a empresa dirigiu-se aos órgãos competentes (IPUF, FATMA e PREFEITURA MUNICIPAL) e, junto deles, obteve as licenças e pareceres favoráveis. Tais fundamentos serviram de base à redução do valor da indenização.

A fraqueza da Administração para aplicar a legislação ambiental, já carcomida por sucessivos retrocessos, quando a obra ainda estava no seu início, expõe os cidadãos a um regime despido de critérios objetivos, revelando a sua face de não obter a responsabilização específica preconizada com primazia pela legislação ambiental, a par de tolerar a consolidação de ilegalidades lesivas ao bem ambiental⁴⁵¹.

O Estado que se autoimpôs, nas palavras de Ferreira⁴⁵², o dever de guardião do meio ambiente, acaba por descurar dessa sua responsabilidade pública.

Esse caso denota o quanto a tutela processual, mesmo com os avanços verificados no novel CPC, não parece preparada para enfrentar os desafios da defesa judicial de um bem como o ambiental: indivisível, imensurável e fundamental à sobrevivência e bem-estar humano.

A vitória do fato consumado é facilitada pela desordem e ineficácia de algumas decisões judiciais e isso não é peculiaridade brasileira.

Morand-Deville retrata, em artigo precursor sobre a questão do fato consumado⁴⁵³, uma série de desmandos ocorridos na aprovação e

⁴⁵¹ Do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, recolhemos outro exemplo em que uma situação inicial de lesividade ambiental não coibida no momento de seu nascedouro gerou a estabilização de uma outra (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **AC 70026151829**, Relator Des. Jorge Maraschin dos Santos, Julgado em 27out. 2010. Disponível e : < [http:// http://www.tjrs.jus.br/](http://www.tjrs.jus.br/)>. Acesso em: 02 set. 2017).

⁴⁵² FERREIRA, Ricardo Viana. Um antiprincípio em el derecho ambiental: la política de hechos consumados. **Revista de Derecho Ambiental**, n. 13, p. 293-301, 2005, p. 295. O autor se reporta a Benjamin quando esse lembra que o Estado tem o dever constitucional de intervir em matéria ambiental. Não se trata de mera faculdade (BENJAMIN, Antonio Herman. A implementação do direito ambiental no Brasil. **LexisNexis**, Revista de Derecho Ambiental, n. 0, p. 110-117, nov. 2004).

execução de dois empreendimentos de ski no lago Fabrèges e da passagem de Somport que corta os Pirineus, contrariando a lei de proteção de parques da França que não admitia essas estruturas de lazer no coração de áreas protegidas.

Em ambos os casos, o Tribunal Administrativo e o Conselho de Estado pronunciaram-se, em relação à matéria de fundo, em prazos razoáveis. Porém, como as obras não foram previamente suspensas, o prejuízo irreparável causado ao meio ambiente não foi obstado devido à timidez dos tribunais administrativos que acabou se convolvendo numa incitação para as autoridades administrativas precipitarem a execução das decisões pelo porvir incerto, colocando os juízes diante de um *fait accompli*⁴⁵⁴, pois não mais havia o que proibir diante da construção das duas estações e da passagem.

Apesar do Conselho de Estado, em decisão com força de coisa julgada, ter decidido suspender a execução de três portarias editadas por prefeitos da região autorizando a constituição de uma zona de desenvolvimento concertado (ZAC)⁴⁵⁵ com muitas ilegalidades, o Conselho Municipal da cidade de Laruns vislumbrou uma nova estratégia e a implantou precipitadamente, após breve consulta pública. A alteração no regime de exploração da área no curso do processo judicial, somada à inexistência de uma liminar suspendendo as obras, permitiu a instalação das estações e da passagem em tempo recorde.

Morand-Deville conclui que o desrespeito à coisa julgada no caso concreto se deveu basicamente a três fatores nada enobrecedores:

⁴⁵³ MORAND-DEVILLER, Jaqueline. Chose jugée et fait accompli, le juge, le préfet, le maire et le droit de l'environnement. **Les Petites Affiches**, n. 74, p. 12-21, 20 juin 1990.

⁴⁵⁴ MORAND-DEVILLER, Jaqueline. Chose jugée et fait accompli, le juge, le préfet, le maire et le droit de l'environnement. **Les Petites Affiches**, n. 74, p. 12-21, 20 juin 1990, p. 15-16.

⁴⁵⁵ ZAC é a sigla para *Zone d'aménagement concerté*. As ZACs são áreas em que uma autoridade pública ou uma instituição pública com vocação urbanística decide intervir para levar a cabo ou encomendar o desenvolvimento em certas porções do território, incluindo aquelas que a comunidade ou esta instituição adquiriu ou adquirirá com a intenção de atribuí-las ou subsequentemente concedê-las a usuários públicos ou privados. (LA ZONE d'aménagement concertée. Disponível em: <<http://caue14.com/le-conseil-aux-collectivites/memento/zac/>>. Acesso em: 30 ago. 2018).

parcimônia anacrônica na concessão de medidas para suspender a execução das obras, responsabilidade dos prefeitos dos municípios envolvidos na operação concertada e às artimanhas aliadas à inércia da Administração Pública.

Esses dois exemplos, um no Brasil e outro na França, despertam para a necessidade das decisões judiciais em matéria ambiental serem acompanhadas de medidas obstativas da continuidade das práticas lesivas, sob pena de total inefetividade. O direito ambiental justifica-se plenamente na antecipação. Chegar tarde é dar vazão ao dano. É cobrar multas, penas, compensações. Não é garantir preservação de processos ecológicos essenciais, tampouco assegurar resiliência como propriedade dos ecossistemas.

O Direito, como realidade cultural, recebe o passado mas tem de incorporar o futuro e o acaso na sua racionalidade. As análises a respeito do fato consumado padecem de uma total negação do futuro. É como se ele fosse alheio à relação jurídica, nada obstante o princípio da solidariedade intergeracional estar plasmado no *caput* do art. 225 da CF.

Ao mesmo tempo, os dois casos examinados permitem uma reflexão sobre a reconfiguração necessária do direito processual civil para adequação às questões ambientais.

Nessa linha transita Arenhart⁴⁵⁶, ao propor o processo civil estrutural, no qual venha a ser permitido ao juiz tomar contato com todo o problema, e não somente com aquela controvérsia posta na bipolaridade do processo. Segundo ele, a participação de toda a coletividade envolvida, sobretudo em demandas relacionadas a políticas públicas, através de técnicas adequadas de representação dos vários interesses em jogo e dos segmentos que possam de alguma forma contribuir⁴⁵⁷ de forma produtiva para a construção da decisão judicial, são extremamente relevantes para a estrutura de um novo processo civil.

⁴⁵⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 29, n. 1/2, p. 70-79, jan./fev. 2017.

⁴⁵⁷ Se nas demandas ambientais bipolares ouvir um ou mais peritos é bastante importante, nas demandas complexas ouvir a comunidade científica é imprescindível.

A maior participação do juiz nos processos coletivos é destacada por Didier Jr. e Zanetti Jr. ao reconhecerem o ativismo judicial como um novel princípio do processo civil coletivo⁴⁵⁸.

Semelhante orientação é dada por Pilati⁴⁵⁹, para quem no novo processo civil coletivo pós-moderno, o papel da Jurisdição vai além de dar meras respostas formais com base em leis abstratas para dizer quem tem o direito, mas envolve presidir a grande ágora em que são chamados a intervir os interessados, especialistas, além das partes envolvidas. Para o professor de Direito Romano, as decisões que recaiam sobre uso, aproveitamento, gestão dos bens coletivos (categoria semelhante aos bens fundamentais) necessitam de deliberação com a marca da democracia participativa, seja ela presidida pelo Legislativo, Executivo ou Judiciário. O juiz, no processo coletivo judicial, preside o exercício de direitos coletivos fundamentais por força do paradigma da República Constitucional Participativa (art. 1º, § único, da CF)⁴⁶⁰.

As demandas ambientais soem apresentar-se como agregativas ou estruturais na medida em que objetivam implementar determinado direito fundamental, concretizar uma política pública específica ou resolver litígios complexos, dependentes de decisões policêntricas e protagonizados por múltiplas partes⁴⁶¹.

Muitos atos legislativos são editados explicitamente visando a uma intenção “x” quando, de forma oculta, na realidade pretendem a concretização de uma intenção “y”. É o caso, por exemplo, do Novo Código Florestal (Lei nº 12.651/12).

Ementado como sendo a lei que dispõe sobre a “proteção sobre a vegetação nativa”, na verdade buscou “acalmar” o setor produtivo,

⁴⁵⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETTI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, v. 4, p. 132.

⁴⁵⁹ PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 124-125.

⁴⁶⁰ PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 124-125.

⁴⁶¹ COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 55, n. 217, p. 243-255, jan./mar. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p243>. Acesso em: 30 jun. 2018.

sobretudo agrossilvopastoril, frente à atuação dos órgãos de defesa do meio ambiente que passaram cada vez mais a cobrarem a implementação da revogada Lei Federal nº 4.771/65 (anterior Código Florestal).

Mais escancarada se nos afigura a Medida Provisória 759/2016, convertida na Lei Federal nº 13.465/17, ora objeto de ADI⁴⁶² aforada pelo Procurador-Geral da República pouco depois de entrar em vigor. Embora contenha dentre seus múltiplos objetos explícitos na ementa a regularização fundiária rural e urbana, oculta no seu bojo mecanismos perversos de ocupações de áreas públicas, espaços territoriais especialmente protegidos (ETEPs) e de glebas rurais, sem qualquer atrelamento à função social da propriedade ou da terra, privilegiando mesmo construções de alto padrão, como no caso da regularização fundiária de interesse específico (art. 65). O esforço dessa lei concentra-se na titulação ao invés de assegurar um planejamento e qualidade de vida na regularização urbanística.

Esse tipo de legislação cuja finalidade não declarada produz consequências adversas tem o efeito de acalmar a sociedade e transmitir certa sensação de segurança⁴⁶³.

Entretanto, quando se alude a riscos ambientais, valores como qualidade de vida e saúde de todas as formas de vida entram em jogo. A lesividade ao bem ambiental, como alhures dito, envolve danos de difícil ou mesmo de impossível reparação, de maneira que a melhor forma de protegê-lo efetivamente é evitando que tais danos ocorram⁴⁶⁴. Em não sendo possível, entra em cena o princípio/dever da reparação integral do dano ambiental.

⁴⁶² ADI 5771 em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

⁴⁶³ FERREIRA, Helene Sivini. **A biossegurança dos organismos transgênicos no direito ambiental brasileiro: uma análise fundamentada na teoria da sociedade de risco.** Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal Santa Catarina, Florianópolis, 2008. Disponível em:

<<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/91741>>. Acesso em: 2018.

⁴⁶⁴ FARIAS, Talden. Princípio do acesso equitativo aos recursos naturais e justiça ambiental. In: BENJAMIN, A. H.; LECEY, E.; CAPPELLI, S. (Coord.). **Mudanças climáticas, biodiversidade e uso sustentável de energia.** São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008. p. 725-741.

Nessa linha de desdobramento causal, situações fáticas se consolidam em detrimento ao meio ambiente, à integridade dos ecossistemas, à saúde, à qualidade de vida, sem que as instituições responsáveis constitucionalmente por evitá-las manifestem coragem e, às vezes, até mesmo meios para revertê-las. São tantas as etapas, instituições e profissionais envolvidos na aprovação de projetos/atividades/empreendimentos/tecnologias que possam afetar o meio ambiente que, ao final, constatada lesão inequívoca, não se logra responsabilizar quem quer que seja.

Assim ocorreu no chamado caso de Barra Grande⁴⁶⁵, iniciado sob um licenciamento ambiental fraudulento de uma Usina Hidrelétrica na bacia hidrográfica do Rio Pelotas. Esse empreendimento já contava com Licença de Instalação expedida em 2001 pelo IBAMA. Quando em 2003 o empreendedor postulou as autorizações para supressão de vegetação, foi finalmente exigido um inventário florestal, que mostrou, contrariando as informações do RIMA (Relatório de Impacto Ambiental), a real situação da cobertura florestal existente na área a ser inundada. O RIMA apresentado havia reduzido a cobertura florestal primária da área a ser alagada de 2.077 para 702 hectares, a área de floresta em estágio avançado de regeneração - tratada no documento como um capoeirão - de 2.158 para 860 hectares e a área de floresta em estágios médio e inicial de regeneração - tratada apenas como capoeira - de 2.415 hectares para apenas 830 hectares, sem falar em outras irregularidades e omissões.

Esse cenário de verdadeira fraude ambiental levou entidades ecologistas catarinenses e a Rede de ONGs da Mata Atlântica a ajuizarem, em setembro de 2004, uma ação civil pública na Justiça Federal de Florianópolis(SC), na tentativa de reverter a situação. Enquanto isso o governo federal assinava com a empresa um Termo de Compromisso que viabilizou a emissão de uma autorização de desmatamento pelo então presidente do IBAMA, Marcus Barros⁴⁶⁶.

Judicializado e monitorado na Justiça Federal, inclusive com a participação do Ministério Público, o Termo de Compromisso não

⁴⁶⁵ Para uma completa imersão no caso, vide PROCHNOW, Miriam (Org.). **Barra Grande:** a hidrelétrica que não viu a floresta. Rio do Sul-SC: APREMAVI, 2005.

⁴⁶⁶ PROCHNOW, Miriam (Org.). **Barra Grande:** a hidrelétrica que não viu a floresta. Rio do Sul-SC: APREMAVI, 2005.

reverteu a situação. Manteve o licenciamento e definiu compensações ambientais e sociais.

Desconformes com ele, ONGs ambientalistas recorreram das sentenças que julgaram as ações extintas em função da judicialização do TAC, mas não obtiveram êxito⁴⁶⁷ e o empreendimento seguiu seu curso, com a supressão de expressiva e singular mata de araucárias.

Um dos momentos mais tensos do processo foi quando o juízo da 3a. Vara da Subseção Judiciária de Florianópolis concedeu uma liminar suspendendo os efeitos da autorização para supressão da vegetação sobre cuja descrição falhara o RIMA. Dessa decisão, a União Federal interpôs a medida de suspensão da liminar junto à Presidência do Tribunal Regional da 4ª Região, sobrevindo acórdão, em decisão tomada por maioria, com a seguinte ementa:

AGRAVO. HIDRELÉTRICA DE BARRA GRANDE. LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. 1. Na via estreita da suspensão de segurança afigura-se incabível examinar, com profundidade, as questões envolvidas na lide, já que o ato presidencial não se reveste de caráter revisional, vale dizer, não se prende ao exame da correção ou equívoco da medida que se visa suspender, mas, sim, a sua potencialidade de lesão à ordem, saúde, segurança e economia públicas. 2. Hipótese em que a grave lesão à ordem e à economia públicas consistem na obstrução da finalização de hidrelétrica cujo funcionamento se revela indispensável ao desenvolvimento do país e que já implicou gastos públicos de grande monta⁴⁶⁸.

Na raiz dessa solução identifica-se o fato consumado. Lê-se no corpo desse último acórdão que a obra nessa altura já se achava

⁴⁶⁷ Semelhantes decisões, do mesmo Relator e tomadas na mesma sessão, constam da APELAÇÃO CIVEL n. 5003502-55.2011.404.7200 e da APELAÇÃO CÍVEL n. 5002756-90.2011.404.7200.

⁴⁶⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo na suspensão de execução de liminar 2004.04.01.049432-1/SC**. Relator: Des. Vladimir Passos de Freitas. Acórdão de: 19 jul. 2006. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa>>. Acesso em: 26 jul. 2014.

construída, quase concluída, com um investimento total de R\$ 1.300.000.000,00 (um bilhão e trezentos milhões de reais). A usina apresentava nessa ocasião (julho de 2006) um porte gigantesco (185m de altura por 665m de comprimento). Como ponderou o Desembargador Relator, então Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em voto condutor da maioria, “Apesar do contrato de concessão ser de maio de 2001, do início da construção ser de julho de 2001 e o desvio do rio ser de outubro de 2002, somente em setembro de 2004 a Ação Civil Pública ingressou na Justiça Federal”.

Portanto, em juízo de ponderação que não considerou uma série de princípios do Direito Ambiental, em especial os da preservação dos processos ecológicos essenciais e da equidade intergeracional - os interesses das futuras gerações de usufruírem dos serviços ambientais desempenhados por aquela floresta não foram sopesados - implicitamente acabou sendo acolhido o fato consumado.

Restou totalmente ignorada a primazia da reparação específica, por suas dificuldades de implementação, optando-se por compensações e indenização. A violação do dever de informação ambiental acabou servindo de alavanca para uma série de ilegalidades que acabaram sendo absorvidas por dois grupos de sujeitos que ficaram totalmente alheios a esse processo: a natureza e as futuras gerações.

Tanto o licenciamento ambiental como o Termo de Ajustamento de Conduta e o papel do Judiciário desencadearam um conjunto institucionalizado de situações que bem poderiam ser consideradas exemplos de irresponsabilidade organizada, em que se depara com o paradoxo identificado por Goldblatt⁴⁶⁹ de “quanto maior for a degradação ambiental, observada e possível, maior é o peso de leis e normas ambientais. Contudo, simultaneamente, nenhum indivíduo nem instituição parecem ser responsabilizados especificamente por alguma coisa”.

No Brasil, uma das formas marcantes da irresponsabilidade organizada ocorre através do famoso “jeitinho”. Adeodato⁴⁷⁰ e Rosenn⁴⁷¹ teorizaram com profundidade sobre o assunto caracterizando-

⁴⁶⁹ GOLDBLATT, David. **Teoria social e ambiente**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 243.

⁴⁷⁰ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 129-130.

⁴⁷¹ ROSENN, Keith. Brazil's legal culture: the jeito revisited. **Florida International Law Journal**, v. 1, n. 1, p. 1- 43, 1984.

o como uma forma especial, conquanto não exclusivamente brasileira, de contornar os rigores da lei e, ao mesmo tempo, obter resultados marginais.

O “jeito” é diferente da corrupção porque é praticado abertamente e se mantém sob controle. Um dos exemplos que o autor traz tem a ver com o que ele chama de “teoria de evitar um mal maior”: o órgão estatal competente ou um funcionário incumbido de fiscalizar deixa de aplicar uma multa ou até interdição de uma empresa poluidora, permitindo que ela continue funcionando ilegalmente, a fim de evitar demissões em massa e até a falência da empresa⁴⁷².

Esse tipo de drible, bem ao gosto do brasileiro, é comparável ao que foi feito no caso Barra Grande em que se adotou um pacto simbólico de cumprimento da lei, quando, na verdade, se cumpria a cartilha do crescimento econômico predatório, antítese do desenvolvimento sustentável.

Barra Grande foi construída sob os auspícios de uma racionalidade econômica que não planejou com adequação e transparência o projeto da usina. Os processos ecológicos essenciais que se desenvolviam na mata cortada não foram avaliados ecológica e economicamente. A irresponsabilidade organizada materializou-se no fato consumado.

3.2 A FRAGMENTAÇÃO LEGISLATIVA E DE GOVERNANÇA E A ABORDAGEM ECOSISTÊMICA

No item anterior, abordou-se um sintoma típico da sociedade de riscos que é a irresponsabilidade organizada.

Dentre os déficits do Direito para salvaguarda do bem ambiental na sociedade de riscos, sobressai, sem sombra de dúvidas, a fragmentação legislativa e de governança como forças opostas ao apregoador pela abordagem ecossistêmica e integridade dos ecossistemas. Essas insuficiências ou mesmo concepções equivocadas refletem diretamente no antes, durante e depois de consumado o dano ambiental que, devido ao passar do tempo somado à inação estatal, se converte em situação consolidada.

⁴⁷² ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 129-130.

Antes, porque a legislação e a estruturação dos órgãos ambientais, ambas fragmentadas, muitas vezes inconsistentes e incoerentes, não se amoldam às necessidades da complexidade ambiental. Isso acaba facilitando que o manejo dos recursos ambientais ocorra setorial e unitariamente, desfocado do todo. A edição de leis não é precedida de estudos que avaliem os impactos para a integridade dos ecossistemas.

Durante porque muitas ações lesivas ao ambiente poderiam ser enfrentadas e sustadas em seu nascedouro mas a atuação da fiscalização, cuja estrutura organizacional no Brasil, além de deficiente, é fragmentada, costuma ser letárgica, propiciando que o dano avance ou jamais venha a ser desfeito ou recuperado.

Depois porque as perícias e decisões judiciais envolvendo a litigância ambiental dificilmente conseguem extrapolar a visão da lupa que foca um pequeno objeto para o olhar panorâmico do ecossistema, da bacia hidrográfica, do bioma.

A soma desses fatores também se revela como exemplo de irresponsabilidade organizada.

Bugge sugere que uma das formas de enfrentar o problema da fragmentação é através de uma coordenação intersetorial aliada à coerência política e legislativa.

Alude ele ao ensaio do economista norte-americano Alfred Kahn⁴⁷³, a tirania das pequenas decisões⁴⁷⁴ no qual descreve como um somatório de decisões, individualmente tomadas, pode produzir um efeito cumulativo indesejável. Weiss, ao abordar as novas perspectivas do Direito Ambiental para um mundo caleidoscópico, considera que a

⁴⁷³ KAHN, Alfred E. The tyranny of small decisions: market failures, imperfections, and the limits of economics. **Kyklos**, International Review for Social Sciences, v. 17, p. 23-47, jan. 1966.

⁴⁷⁴ Para Bugge, o problema relacionado às mudanças climáticas pode ser visto como o exemplo mais claro de “tirania das pequenas decisões” (BUGGE, Hans Christian. Twelve fundamental challenges in environmental law. An introduction to the concept of rule of law for nature. In: VOIGT, Christina (Ed.). **Rule of law for nature: new dimensions and ideas in environmental law**. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 3-26, p. 16).

abordagem tipo colcha de retalhos, de baixo para cima (*bottom-up approach*) não se revela eficiente para regar bens e valores coletivos⁴⁷⁵.

Para evitar esse pensamento fragmentado, em que a legislação ambiental é separada por diversas tipologias de poluição, sugere a adoção de um ordenamento abrangente de direito ecológico⁴⁷⁶, capaz de estabelecer mecanismos de coordenação e coerência. Essa visão holística é necessária para superar os efeitos cumulativos e indesejáveis das pequenas decisões e, para operacionalizá-la, nada melhor do que a abordagem ecossistêmica.

Outro sintoma que deriva da fragmentação é a dificuldade de conhecimento e de compreensão da legislação ambiental. O ordenamento jurídico brasileiro, não é de hoje, peca pela inflação legislativa. Porém, na área ambiental, a missão de apurar a lei aplicável constitui tarefa das mais difíceis devido à possibilidade de irradiação de leis por todas as esferas de governo (federal, estadual e municipal), sem prejuízo das normas do CONAMA, dos conselhos estaduais e municipais de meio ambiente, dentre outros possíveis produtores de normas.

Discorrendo sobre essa característica da legislação brasileira, Rosenn⁴⁷⁷ traz como ilustração as dificuldades impostas por Calígula, o tirânico imperador romano, conhecido por publicar suas leis e decretos em locais muito altos, onde nenhum súdito pudesse lê-los. Em que pese qualificar os métodos brasileiros de menos óbvios, ainda assim os considera tão eficazes quanto.

Descobrir a lei ou regulamento ambiental vigente no Brasil é tarefa hercúlea, mesmo em tempos de internet. As inúmeras formas de lei positiva do governo federal – a Constituição, emendas, medidas provisórias, leis complementares, decretos-leis, leis, resoluções,

⁴⁷⁵ WEISS, Edith Brown. Rule of law for nature in a kaleidoscopic world. In: VOIGT, Christina (Ed.). **Rule of law for nature: new dimensions and ideas in environmental law**. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 27-45, p. 45.

⁴⁷⁶ BUGGE, Hans Christian. Twelve fundamental challenges in environmental law. An introduction to the concept of rule of law for nature. In: VOIGT, Christina (Ed.). **Rule of law for nature: new dimensions and ideas in environmental law**. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 18).

⁴⁷⁷ ROSENN, Keith. Brazil's legal culture: the jeito revisited. **Florida International Law Journal**, v. 1, n. 1, p. 1- 43, 1984, p. 30.

instruções normativas muitas vezes ocultam em suas entrelinhas comandos totalmente desgarrados de sua ementa ou escopo principal.

Não se está aqui a defender uma desregulamentação. Ao contrário, considera-se que é dever do legislador infraconstitucional impor amarras, limites claros aos empreendedores, aos administradores, enfim, a todos aqueles que têm por função ou por atividade decidir sobre a continuidade do bem ambiental.

Tanto quanto esse cipoal de leis, a fragmentação temática ainda é um mal que persegue a legislação ambiental em geral e brasileira, em especial. Para superá-la, a receita passa por um olhar dedicado para os fenômenos naturais e um desenho legislativo não menos criterioso para apreendê-los e tutelá-los com eficiência e coerência.

A abordagem ecossistêmica não envolve um novo olhar sobre a questão ambiental pois já vem aparecendo amplamente em atos normativos internacionais e da União Europeia. Nas Conferências das Partes relativas à Convenção sobre Biodiversidade (COPs), a abordagem ecossistêmica vem sendo enfatizada, cada vez de forma mais contundente. No último encontro da COP/CDB, realizado em Cancun, o compromisso com a abordagem ecossistêmica consta no preâmbulo⁴⁷⁸.

Bosselmann lembra haver um conjunto de tratados internacionais que já partem da abordagem ecossistêmica porque nela reconhecem a dimensão ecológica dos direitos humanos. Cita como exemplos o protocolo sobre proteção ambiental de 1991, que altera o Tratado Antártico de 1959; a Carta Mundial pela Natureza, de 1982, e os 32 tratados alternativos negociados na ECO 92 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento⁴⁷⁹.

⁴⁷⁸ “Recalling decision V/6 and decision VII/11, in which it recommended that Parties and other Governments promote the application of the ecosystem approach in all sectors with potential impacts on biodiversity and ecosystems” (Relembrando a decisão V/6 e VII/11, na qual foi recomendado às partes e outros governos promover a aplicação da abordagem ecossistêmica em todos os setores com impactos potenciais à biodiversidade e aos ecossistemas- tradução livre da autora). Disponível em: <<https://www.cbd.int/gbo/>> Acesso em: 07 abr. 2018. Além dessa referência, que na verdade é uma ênfase à conclusão de Conferência anterior, há outras 14 referências a esse tipo de abordagem.

⁴⁷⁹ BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 173.

A convenção sobre diversidade biológica adota a abordagem ecossistêmica, apresentando já no preâmbulo a proteção dos ecossistemas como um dos principais objetivos⁴⁸⁰.

A necessidade e o entendimento quanto a uma abordagem holística das questões ambientais teve início nos anos 80, a partir do momento em que se percebeu que as abordagens setoriais não davam conta dos desafios da proteção ambiental. Em que pese a infinidade de leis protegendo a água, o ar, o solo, animais, espécies ameaçadas, etc., as condições ecológicas vêm apresentando significativa deterioração mundial como demonstrado na Avaliação Ecossistêmica do Milênio e, em 2012, no relatório produzido pelas conferências de monitoramento da CDB⁴⁸¹.

No relatório global sobre biodiversidade (GBO-4), os cientistas enfatizam que os seres humanos e o seu bem-estar dependem fundamentalmente da capacidade da biosfera para prover o seu sustento, ainda que a humanidade procure fazer de conta ignorar essa dependência⁴⁸². A forma como os humanos se relacionam com a biosfera no mundo globalizado guiará a humanidade como um todo para a sustentabilidade ou não. Os cuidados com a biosfera não podem ser delegados à mão oculta do mercado, pois as intervenções humanas no uso da terra, os abusos tecnológicos e de extração de recursos constituem uma constante ameaça à sustentabilidade ecológica e econômica⁴⁸³.

Um desafio fundamental para a humanidade no contexto atual⁴⁸⁴ é entender seu papel como força dominante na

⁴⁸⁰ BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 173.

⁴⁸¹ Disponível em: <<https://www.cbd.int/gbo/>> Acesso em 07.abr.2018.

⁴⁸² FOLKE, Carl et al. Social-ecological resilience and biosphere-based sustainability science. **Ecology and Society**, v. 21, n. 3, 2016. Disponível em: <<https://www.ecologyandsociety.org/vol21/iss3/art41/>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁴⁸³ JAMES, David Edward et al. Ecological sustainability and economic development. In: ARCHIBUGI, Franco; Nijkamp, Peter (org.). **Economy and ecology: towards sustainable development**. Amsterdam: Kluwer Academic 1989, p. 27-47, p. 33.

⁴⁸⁴ FOLKE, Carl et al. Social-ecological resilience and biosphere-based sustainability science. **Ecology and Society**, v. 21, n. 3, 2016. Disponível

operacionalização da biosfera e como ela forma o sistema mais amplo da Terra para transformar ações, tecnologias e desenvolvimentos de molde a se ajustar à nova realidade do Antropoceno, sem perder de vista a necessidade de preservar os ecossistemas enquanto dignos de valor em si.

Benjamin afirma que o Direito Ambiental é a disciplina jurídica da biosfera. Desde 1992, com a emergência de diversos documentos assinados na Conferência do Rio, a biodiversidade elevou-se a um bem jurídico de síntese na narrativa do Direito Ambiental. A Constituição de 1988 extrapolou a preocupação com a biodiversidade e contém diversas garantias abrangentes do todo que se identifica como o maior sistema biológico – a biosfera. Nessa toda, “o Direito Ambiental atua como veículo para salvaguardar não somente outras espécies, mas a totalidade dos ecossistemas planetários, deixando para trás sua vocação originária de dedicação exclusiva ou preponderante à saúde humana ou, por outro prisma, às belezas naturais e aos atributos econômicos do meio ambiente”⁴⁸⁵.

Para barrar ou pelo menos mitigar (ao invés de favorecer) a degradação ambiental no Antropoceno é preciso que a natureza seja de fato engajada no Direito⁴⁸⁶.

Advertem Folke, Rockström e outros⁴⁸⁷ para a necessidade de mobilizar engenhosidade, inovação, tecnologia e colaboração, além de melhorar as opções e a flexibilidade para que o desenvolvimento funcione em harmonia com a biosfera. Basear a ciência em preocupação com a sustentabilidade da biosfera é apontada como uma pré-condição

em: <<https://www.ecologyandsociety.org/vol21/iss3/art41/>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁴⁸⁵ BENJAMIN, Antonio Herman. **Teoria geral do direito ambiental brasileiro: uma contribuição biocêntrica**. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p.428.

⁴⁸⁶ VINUALES, Jorge. **Law and the anthropocene**. 2016. Disponível em: <file:///N:/antropoceno/_Law_and_the_Anthropocene%20-1.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018, p.18.

⁴⁸⁷ FOLKE, Carl et al. Social-ecological resilience and biosphere-based sustainability science. **Ecology and Society**, v. 21, n. 3, 2016. Disponível em: <<https://www.ecologyandsociety.org/vol21/iss3/art41/>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

para a sustentabilidade da Terra e das pessoas na Terra, numa relação de intensa dependência, reciprocidade e respeito.

Para além das Ciências do Ambiente, o Direito, em seu mister de mediador, tem de se reinventar assumindo um papel estruturador da governança ambiental⁴⁸⁸.

Passo a passo, o legislador vem aprendendo com a própria natureza a ampliar o seu eixo de preocupações. Se na aurora do Direito Ambiental a atenção era voltada para tal ou qual espécie, para este ou aquele espaço territorial, para uma floresta ou bioma específico, o cenário contemporâneo já descortina objetos e níveis de proteção bem mais abstratos e englobantes⁴⁸⁹, inclusive no Brasil.

A despeito de ser consensual a necessidade de uma abordagem ecossistêmica, não há uma identidade conceitual quanto ao seu real sentido.

Trouwborst⁴⁹⁰, por exemplo, identifica três possíveis consensos em torno do tema, aos quais ele compara com a lança de três dentes (Tridente) do Deus Poseidon, devido à sua analogia com a resolução das questões ambientais relacionadas aos ecossistemas marinhos : (i) a gestão holística das atividades humanas, (ii) gestão baseada no conhecimento disponível sobre os componentes, estruturas e dinâmicas dos ecossistemas; (iii) abordagem que objetive satisfazer as necessidades humanas de forma a não comprometer a integridade ou a saúde dos ecossistemas.

Adepto de uma visão holística, participativa e integrativa em contraste com uma abordagem estritamente baseada na biologia e por vezes restrita a algumas espécies, Currie⁴⁹¹ reputa fundamental para

⁴⁸⁸ VIÑUALES, Jorge. **Law and the anthropocene**. 2016. Disponível em: <file:///N:/antropoceno/_Law_and_the_Anthropocene%20-1.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018,p.57.

⁴⁸⁹ OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 257.

⁴⁹⁰ TROUWBORST, Arie. The precautionary principle and the ecosystem approach in international law: differences, similarities and linkages. **RECIEL, Review of European Comparative an International Environmental Law**, v. 18, n. 1, p. 26-37, 2009, p. 28.

⁴⁹¹ CURRIE, Duncan. **Ecosystem-based management in multilateral environmental agreements: progress towards adopting the ecosystem approach in the international management of living marine resources**. Disponível em:

concretização de uma abordagem ecossistêmica, o manejo centralizado na manutenção das estruturas naturais e na função dos ecossistemas, incluindo a biodiversidade e produtividade dos sistemas naturais e na identificação de espécies importantes, além das respectivas interações com a vida humana.

Após trazer alguns conceitos da legislação estadunidense, Keiter foca nos princípios da abordagem e manejo ecossistêmico, os quais, na sua perspectiva, estão paulatinamente ingressando nas leis federais daquele país. Sinteticamente, são seis os princípios a seguir arrolados: (i) os objetivos do manejo ecossistêmico devem ser socialmente definidos a partir de uma visão compartilhada e que incorpore considerações de ordem social, cultural e econômicas; (ii) como diversos ecossistemas transcendem fronteiras políticas, a abordagem ecossistêmica requer coordenação entre as agências federais, estaduais, tribais e locais, assim como a colaboração com outras partes interessadas, incluindo proprietários privados; (iii) manejo ecossistêmico é baseado numa visão científica integrada e compreensiva endereçada para múltiplos recursos e não para um em particular; (iv) o manejo ecossistêmico procura manter e restaurar biodiversidade e ecossistemas sustentáveis; (v) manejo ecossistêmico envolve escalas amplas do ponto de vista temporal e espacial para acomodar a dinâmica e por vezes imprevisível natureza dos processos naturais; (vi) em função da sua natureza experimental, o manejo ecossistêmico requer uma abordagem baseada em manejo adaptativo⁴⁹², o qual inclui o pré-estabelecimento de condições de linha de base, monitoramento, reavaliação e ajuste⁴⁹³.

De Lucia⁴⁹⁴ faz uma incursão filosófica profunda sobre os significados da abordagem ecossistêmica, sob a influência das

<assets.panda.org/.../wwf_ecosystem_paper_final_wlogo.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2018.

⁴⁹² Sobre o qual já se discorreu no capítulo 2, subitem 2.3.

⁴⁹³ KEITER, Robert B. Ecosystems and the law: toward an integrated approach. **Ecological Applications**, v. 8, n. 2, p. 332-341, may, 1998, p. 333.

⁴⁹⁴ DE LUCIA, Vito. Competing narratives and complex genealogies: the ecosystem approach in international environmental law. **Journal of Environmental Law**, n. 27, 91-117, 2015. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jel/article/27/1/91/456225#6850982>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

perspectivas ecocêntrica, biocêntrica e antropocêntrica, construindo um gradiente entre elas e seus possíveis subgrupos. Após alertar para o risco de captura do conceito por uma visão de mundo excessivamente antropocêntrica ou, melhor dizendo, seletivamente antropocêntrica (em que os recursos e serviços ambientais teriam de ser garantidos para alguns em detrimentos de outros), ele propõe que esse método seja incorporado aos ordenamentos jurídicos, inclusive internacionais, por ser o único que oferece ao direito uma oportunidade de internalizar uma visão diferente do mundo, onde não há um agente abstrato, racional no centro, funcionando como um quadro de referência excludente, como o eixo de toda a organização. Essa concepção correlaciona-se à preocupação de reconstruir a categoria dos direitos humanos antropocêntricos para aproximá-la dos direitos humanos ecológicos, nos quais ganha potência a responsabilidade da espécie racional frente ao complexo de vida e não vida da qual é dependente⁴⁹⁵.

A abordagem ecossistêmica rompe com o padrão legal recorrente na modernidade em que o homem é a centralidade cercada por coisas que conformam seu entorno, e se alia a um novo paradigma: o das articulações ecocêntricas. Promovidas pela abordagem ecossistêmica, oferecem ao direito uma oportunidade de internalizar uma visão de mundo promotora da integridade dos ecossistemas, sem descuidar da responsabilidade da espécie humana frente aos cuidados com o ambiente⁴⁹⁶.

Na visão do jurista De Lucia, engajado com reflexões na seara da ecologia política, a lei deve ser capaz de responder à realidade complexa das subjetividades plurais tornadas visíveis pela abordagem ecossistêmica, dando voz à difundida diferença da ordem de vida e não-vida vulnerável.

A abordagem ecossistêmica propõe proteger o meio ambiente, manter ecossistemas saudáveis, preservar diversidade biológica e

⁴⁹⁵ TAYLOR, Prue. Ecological integrity and human rights. In: BOSSELMANN, Klaus et al (Ed.). **Reconciling human existence with ecological integrity**. Londres: Earthscan, 2008, p. 96-97.

⁴⁹⁶ DE LUCIA, Vito. Competing narratives and complex genealogies: the ecosystem approach in international environmental law. **Journal of Environmental Law**, n. 27, 91–117, 2015. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jel/article/27/1/91/456225#6850982>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

alcançar o desenvolvimento sustentável⁴⁹⁷, tudo de uma vez, ao mesmo tempo em que reconhece como cada componente individual está ligado a uma ampla gama processos ecossistêmicos e intertemporais de escala cruzada.

De Lucia defende a possibilidade de a abordagem ecossistêmica auxiliar na re-localização da humanidade para que se desvincule de fechamentos hegemônicos pautados pelo antropocentrismo exacerbado, o qual sistematicamente desfavorece não apenas a natureza, mas também certos segmentos da própria humanidade⁴⁹⁸. Não descarta, portanto, das assimetrias que reinam no Antropoceno.

Para os objetivos desta tese, é de se afirmar que a melhor abordagem em termos de planejamento ambiental e, num segundo momento, para apreciação de questões relacionadas aos danos ambientais, é aquela que se espelha na natureza e que aufere seus subsídios da dinâmica dos ecossistemas.

Na CDB, o conceito de abordagem ecossistêmica é um pouco mais restrito. É considerado como uma estratégia para integração do manejo da terra, água e recursos vivos que promove conservação e uso sustentável de uma maneira equitativa⁴⁹⁹ (*Parties 5- decision V/6*).

As partes envolvidas decidiram que essa abordagem pode ser considerada um dos pontos principais para a implementação dos objetivos da CDB. Na COP 4, a abordagem ecossistêmica é eleita como o método mais adequado para implementar os objetivos da CDB⁵⁰⁰.

⁴⁹⁷ DE LUCIA, Vito. Competing narratives and complex genealogies: the ecosystem approach in international environmental law. **Journal of Environmental Law**, n. 27, 91–117, 2015. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jel/article/27/1/91/456225#6850982>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

⁴⁹⁸ DE LUCIA, Vito. Competing narratives and complex genealogies: the ecosystem approach in international environmental law. **Journal of Environmental Law**, n. 27, 91–117, 2015. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jel/article/27/1/91/456225#6850982>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

⁴⁹⁹ COP 5 Decisão V/6. Disponível em: <<https://www.cbd.int/decision/cop/?id=7148>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

⁵⁰⁰ COP 4 Decisão IV/1. Disponível em: <<https://www.cbd.int/decision/cop/default.shtml?id=7124>>. Acesso em 08 abr. 2018.

Em uma análise sucinta da aplicação da abordagem ecossistêmica no direito internacional, pode-se pinçar a Convenção das Nações Unidas para Proteção do Mar (UNCLOS)⁵⁰¹, o plano de implementação de Johannesburg⁵⁰², a Declaração de Reykjavik da FAO para a pesca responsável em ecossistemas marinhos⁵⁰³, as decisões V/6 e VII/11 e algumas outras decisões da CBD⁵⁰⁴, o guia da FAO⁵⁰⁵ e o Código de conduta da FAO⁵⁰⁶, adotado em 31 de outubro de 1995, são os principais instrumentos internacionais que contemplam a abordagem ecossistêmica.

Platjouw⁵⁰⁷ prega a importância da concretização de um balanceamento entre os objetivos de usos humanos dos ecossistemas e a necessidade de conservação. Essa compatibilização é desafiadora devido a basicamente duas razões: (i) pouco domínio sobre a teoria da complexidade e seu limitado conhecimento científico; (ii) dificuldades em equacionar o *design* da governança ambiental em geral⁵⁰⁸.

⁵⁰¹ UNITED Nations Convention on the Law of the Sea Disponível em: <http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

⁵⁰² Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convs/plano_joanesburgo.pdf>. Acesso em 30.out. 2017.

⁵⁰³ Disponível em: <ftp://ftp.fao.org/fi/document/reykjavik/y2198t00_dec.pdf>. Acesso em: 30 out2017.

⁵⁰⁴ COP 5 Decisão V/6. Disponível em: <<https://www.cbd.int/decision/cop/?id=7148>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

⁵⁰⁵ AGREEMENT to promote compliance with international conservation and management measures by fishing vessels on the high seas. Disponível em: <http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/legal/docs/012t-e.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

⁵⁰⁶ CODE of Conduct for Responsible Fisheries. Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/005/v9878e/v9878e00.htm>> Acesso em: 30 out. 2017.

⁵⁰⁷ PLATJOUW, Froukje Maria. **Environmental law and the ecosystem approach**: maintaining ecological integrity through consistency in law. New York: Routledge, 2016.

⁵⁰⁸ PLATJOUW, Froukje Maria. **Environmental law and the ecosystem approach**: maintaining ecological integrity through consistency in law. New York: Routledge, 2016, p. 23.

A abordagem ecossistêmica é essencial para garantir qualidade e quantidade nos ecossistemas e pode ser uma ferramenta importante para interromper sua degradação⁵⁰⁹. Reunindo dimensões holística e integrativa, requer uma governança que priorize as fronteiras geográficas do ecossistema em detrimento às fronteiras políticas ou jurisdicionais. Isso passa por uma visão holística baseada na estrutura, funcionamento e produtividade do ecossistema, ao invés de colocar ênfase nas espécies individuais, habitats ou paisagens. Em segundo lugar, a abordagem ecossistêmica envolve a integração de dois objetivos: almeja o uso sustentável dos serviços ecossistêmicos ao mesmo tempo em que deve procurar manter a integridade desses ecossistemas.

Esse segundo aspecto é o mais importante porque a manutenção da integridade dos ecossistemas é a pedra fundamental para qualquer ideia que se possa ter de dignidade da pessoa humana, sobretudo na perspectiva mais avançada que abarca, além do viés individual, as dimensões social e ecológica⁵¹⁰. Ademais, como alertam Costanza e seus colegas, as economias da Terra desmoronariam sem os serviços ecossistêmicos que dão suporte a todas as formas de vida⁵¹¹. A redução a zero do capital natural, garantem os cientistas, importaria zero bem-estar humano pois não é viável substituir totalmente esse tipo de capital por capital não natural. Para além da vida humana, os serviços ecossistêmicos são essenciais para a natureza em si, cujo valor intrínseco passa a ser revelado e mensurado.

Na perspectiva desta tese, a abordagem ecossistêmica, em que pese suas dificuldades operacionais e certa imprecisão conceitual, é o método que melhor espelha a gestão ambiental e, por isso mesmo, merece ser paulatinamente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro e internacional.

⁵⁰⁹ PLATJOUW, Froukje Maria. **Environmental law and the ecosystem approach**: maintaining ecological integrity through consistency in law. New York: Routledge, 2016, p. 13.

⁵¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 2, n. 3, p. 69-94, jul./dez. 2007, p. 93.

⁵¹¹ COSTANZA, Robert et al. The value of the world's ecosystem services and natural capital. **Nature**, v. 387, p. 253-260, 15 may 1997, p. 253.

No tocante às decisões judiciais que se propõem a analisar danos ambientais pretéritos, antes de cancelar uma ação lesiva ao meio ambiente, sobretudo em situações complexas como o são, por exemplo, as múltiplas ocupações em espaços territoriais especialmente protegidos (ETEPs), considera-se dever do julgador orientar a perícia para que ela seja desempenhada de modo complexo e sistêmico, considerando não só o ecossistema envolvido como também os demais com o qual se relaciona ou sobre os quais repercute. O próprio Código de Processo Civil já abriu espaço para essa atualização ao viabilizar a perícia complexa⁵¹², que permite ao juiz nomear peritos com formações diversas.

Como enfatiza Benjamin⁵¹³, as leis ambientais devem respeitar, tanto quanto possível, as leis da natureza. Portanto, não se protege o meio ambiente infirmando sua estrutura. Assim, a fragmentação administrativa ou judicial da biosfera, biomas, ecossistemas e até mesmo das bacias hidrográficas é visivelmente nociva à tutela ambiental e colide com a abordagem ecossistêmica.

Essa visão distanciada do todo, não holística, favorece o fenômeno cunhado por Kahn como a “tirania das pequenas decisões”, já citado anteriormente, em que autorizar uma atividade específica e sucessivamente outra e outra, numa mesma bacia hidrográfica, por exemplo, pode gerar a falta de água de um rio. Odum se aproveita da figura do economista Kahn e considera que, no campo das Ciências Ambientais, muitos poderiam ser os exemplos dessa perversa tirania. Ele defende que os professores dessas Ciências devem incluir em seus cursos exemplos de processos de grande escala e problemas resultantes das ações pontuais do homem (por exemplo, o Everglades, o Rio Colorado, a Bacia Amazônica)⁵¹⁴.

Extrapolando a lição do mestre da Ecologia, ousa-se dizer que os juízes e membros do Ministério Público devem ser preparados para

⁵¹² Art. 475. Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, o juiz poderá nomear mais de um perito, e a parte, indicar mais de um assistente técnico.

⁵¹³ BENJAMIN, Antonio Herman. **Teoria geral do direito ambiental brasileiro**: uma contribuição biocêntrica. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 209.

⁵¹⁴ ODUM, William. Environmental degradation and the tyranny of small decisions. **BioScience**, v. 32, n. 9, p. 728-729, oct. 1982, p. 729.

lidar com a questão ambiental no Antropoceno através de lições de ecologia que os habilite a pensar de maneira complexa e integrada. A jurisprudência deve ser insuflada pela racionalidade ambiental.

A pesquisa nas decisões judiciais demonstra que não há – até porque não é da tradição do Direito em geral tampouco do Direito Ambiental – o costume de se lançar um olhar esticado para fora do objeto litigioso. Isso configura, sem sombra de dúvidas, um desafio para o aprimoramento do Direito Ambiental e para o Processo Civil.

Além de expandir o horizonte temporal para prever e dar chances a um futuro com futuro, o Direito Ambiental tem de se reinventar para lidar com a complexidade inerente ao bem ambiental.

3.3 A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E JUDICIAL – EM BUSCA DE UMA REGRA DE OURO

Ainda na abordagem das deficiências do Direito Ambiental brasileiro para tutela do bem ambiental, é chegado o momento de se falar sobre um dos mais espinhosos temas e que envolve o entrelaçamento muito forte entre Direito Ambiental, Direito Administrativo e Direito Constitucional. Nas decisões administrativas e judiciais que chancelam o fato consumado em detrimento ao bem ambiental não é incomum que se conformem ao abrigo da chamada discricionariedade.

Em termos gerais, discricionariedade é o espaço de escolha deixado ao tomador de decisão por alguma forma superior de autoridade. O exercício do poder discricionário da Administração comporta um matiz específico: a inclusão no processo aplicativo da Lei de uma estimativa subjetiva da própria Administração através da qual se completa o quadro legal que condiciona o exercício do poder ou seu conteúdo particular⁵¹⁵.

Diversamente do exercício do poder regrado, onde se faz praticamente uma verificação entre o pressuposto fático legalmente definido de maneira completa (o que, há de se convir, é muito difícil que ocorra na prática⁵¹⁶) e a aplicação da própria Lei de forma exaustiva, em

⁵¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. **Curso de derecho administrativo**. 11. ed. Madrid: Civitas, 2002, v. 1, p. 455.

⁵¹⁶ KRELL, Andreas. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a

que a Administração opera quase de forma automática, no poder discricionário existe uma estimação subjetiva da Administração⁵¹⁷.

Isso não significa uma faculdade extralegal que surge de um suposto poder originário da Administração, anterior ou marginal ao Direito. Ao contrário, trata-se de um juízo cuja relevância advém da própria lei que definiu aquele poder como discricionário e que o atribuiu à Administração justamente com esse caráter⁵¹⁸.

Galligan descreve o núcleo da discricionariedade como sendo o espaço deixado ao administrador para, em decidindo fazer “x”, ter alguma liberdade de escolha de *standards* e critérios para nortear sua decisão. Num maior ou menor grau eles são deixados ao gestor para que ele determine o que é melhor.

Adverte para a necessidade de agir com razoabilidade e boa fé, motivar suas decisões e observar certos procedimentos, incluindo a ouvida de partes afetadas. A marca da discricionariedade, diz ele, é a margem de escolha entre padrões⁵¹⁹.

A propósito da intensa imbricação entre as temáticas da proteção/gestão ambiental e discricionariedade, Benjamin⁵²⁰ escreveu, em 1990, que a legislação ambiental vinha sempre num crescendo em termos de aumento das amarras para o administrador, de molde a

competência dos órgãos ambientais, um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 23. No mesmo sentido, FREITAS, Juarez. Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios. **Boletim de Direito Administrativo**, p. 324-337, 1995, p. 325.

⁵¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. **Curso de derecho administrativo**. 11. ed. Madrid: Civitas, 2002, v. 1, p. 455.

⁵¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. **Curso de derecho administrativo**. 11. ed. Madrid: Civitas, 2002, v. 1, p. 455.

⁵¹⁹ GALLIGAN, Denis. Introductory report: discretionary powers and the principle of legality. In: GALLIGAN, Denis et al. **Administrative discretion and problems of accountability**: Proceedings of the 25th colloquy on European law. Oxford: Council of Europe, 1997, p. 1-25, p. 16.

⁵²⁰ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. **Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa**. 1990. Disponível em: <file:///N:/Os_Principios_do_Estudo_de_Impacto%20artigo%20benjamin.pdf> Acesso em 10 mai.2018.

enfraquecer seu lado eco-mutilador e fortalecer seu intuito preservacionista. A profecia não se confirmou, ao menos no Brasil, pois nos últimos tempos o que se vê é uma tendência inversa de ampliar a esfera da discricionariedade do tomador de decisão na aprovação de empreendimentos, inclusive de significativo impacto ambiental.

Esse fenômeno faz com que no Direito brasileiro, notadamente na área ambiental, descortine-se como necessária uma abertura para o controle judicial dos atos administrativos e isso também se deve à crescente incapacidade funcional e operacional da Administração Pública para programar decisões ótimas em setores complexos da atividade administrativa, da qual é exemplo o segmento ambiental.

Não se deve blindar possa o Poder Judiciário inclusive fazer um controle sobre a qualidade dos estudos de impacto ambiental apresentados nos licenciamentos de grandes empreendimentos, sob pena de se sufragar o simbolismo desses instrumentos complexos de avaliação de impactos. Se o enfoque da conformidade com a legislação ambiental brasileira nesses casos de empreendimentos de significativo impacto ambiental estiver restrito a examinar se foi o licenciamento instruído ou não com o EIA/RIMA⁵²¹, o objetivo final da Constituição⁵²² e da Lei n° 6.938/81⁵²³ - ou seja, melhores decisões no sentido de harmonizar desenvolvimento econômico com preservação ambiental - poderia se atrofiar.

O estudo de impacto ambiental (daqui em diante EIA) desempenha um papel-chave na tomada de decisões. Atua como uma bússola para o gestor/tomador de decisão. “Confinando a discricionariedade administrativa, o EIA tem o condão de, pela via transversa, ampliar o controle judicial (e popular) dos atos administrativos ambientais”⁵²⁴.

⁵²¹ EIA/RIMA é a sigla que indica o dueto formado pelo estudo prévio de impacto ambiental e seu respectivo relatório. São eles a dupla face de um mesmo instrumento de avaliação de impactos ambientais.

⁵²² Art. 225, § 1º, inc. IV.

⁵²³ Art. 4º, inc. I e IV, e 9º, inc. III, dentre outros.

⁵²⁴ BENJAMIN, Antonio Herman. **Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa**. 1990. Disponível em:
<file:///N:/Os_Principios_do_Estudo_de_Impacto%20artigo%20benjamin.pdf> Acesso em 10 mai.2018.

O EIA não pode vir a se transformar em um amontoado de papéis com pouco efeito substancial. Hoje se fala na indústria do EIA/RIMA. Não raro as consultorias *copiam e colam* trechos importantes de um para outro estudo, esvaziando a necessária individualização de tratamento de um específico projeto, ou seja, atentando contra o princípio de credibilidade ínsito ao EIA⁵²⁵. Credibilidade significa que o EIA deve ser conduzido com profissionalismo, rigor, justiça, objetividade, imparcialidade e ponderação e ser objeto de verificações e checagens independentes.

O ideal é que as informações geradas no estudo sejam fidedignas e consistentes para gerar uma decisão final igualmente consistente por parte do órgão ambiental. Mas se isso não ocorrer – e for possível provar – não se afasta a sindicabilidade pelo Judiciário.

Os objetivos do EIA podem ser resumidos em três aspectos. Em primeiro lugar, esse procedimento obriga o órgão ambiental a se envolver em uma análise completa das implicações ambientais de um determinado projeto. O exame das alternativas ao projeto proposto, inclusive a confrontação com a hipótese de não realização do projeto (chamada opção zero) leva, presumivelmente, a uma análise mais bem informada e melhor fundamentada, forçando o empreendedor e o órgão ambiental a considerarem problemas que de outra forma poderiam ter ignorado.

Segundo, a publicização de um EIA garante a divulgação completa a todas as partes interessadas dos prováveis efeitos ambientais de um empreendimento. Para funcionar efetivamente como uma ferramenta eficiente de divulgação, o EIA deve alertar adequadamente o público para as consequências do projeto proposto. Se se apresentar com omissões ou como projeto fragmentado, já estará descumprindo esse escopo. Igual mácula poderá advir de excessiva vagueza e generalismo, dificultando uma real compreensão de seus termos e de suas consequências.

⁵²⁵ A IAIA (INTERNATIONAL ASSOCIATION FOR IMPACT ASSESSMENT) consagra 14 princípios do EIA. São eles: propositividade, rigorismo, praticidade, relevância, custo-efetivo, eficiência, foco, adaptatividade, participação, interdisciplinariedade, credibilidade, independência, transparência e sistematicidade. (PRINCIPLES of environmental impact assessment best practice. 1999. Disponível em: <https://www.iaia.org/uploads/pdf/principlesEA_1.pdf> Acesso em: 04 set. 2017).

Em terceiro lugar, o EIA fornece um portfólio documental que permite uma tomada de decisão administrativa e sua prospecção pelo Judiciário, em caso de ulterior demanda. Portanto, esse estudo deve ser denso o suficiente para permitir uma decisão consistente e coerente e que leve em conta a integridade dos ecossistemas afetados e a capacidade de resiliência.

Em quarto lugar, ao EIA compete avaliar os benefícios e custos do projeto proposto, sugerindo medidas mitigadoras e compensatórias⁵²⁶.

Se um EIA apresentar inconsistências, omissões, déficits na capacidade comunicativa, falta de credibilidade (equipe técnica dependente do empreendedor), falta de rigor técnico, dentre outros problemas, não se afigura irrazoável que o Judiciário possa vir a sustá-lo e exigir, no mínimo, complementações. O possível diálogo da comunidade afetada com os impactos do projeto proposto se dá através do EIA. Trata-se de um instrumento de inegável vocação democrática⁵²⁷, de justiça ambiental e ecológica, que atinge seus objetivos somente quando propicia efetiva participação e fiscalização da atividade administrativa por parte do cidadão. Se maculada essa capacidade dialógica, o EIA resta fortemente descaracterizado. A transparência é um de seus princípios basilares.

O paradigma da participação democrática está indelevelmente gravado no coração do texto constitucional (art. 1º, § único, da CF). Toda e qualquer decisão relativa ao bem ambiental (de titularidade coletiva ou difusa, como já se falou no capítulo 2) deve envolver um espaço real de participação⁵²⁸.

Em situação na qual essa questão estava na mesa de debates, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, apreciando apelação do Ministério Público Federal em que se alegava diversas omissões no EIA,

⁵²⁶ PRINCIPLES of environmental impact assessment best practice. 1999. Disponível em: <https://www.iaia.org/uploads/pdf/principlesEA_1.pdf> Acesso em: 04 set. 2017

⁵²⁷ BENJAMIN, Antonio Herman. **Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa**. 1990. Disponível em: <file:///N:/Os_Principios_do_Estudo_de_Impacto%20artigo%20benjamin.pdf> Acesso em 10 mai.2018.

⁵²⁸ PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 131.

entendeu que esse poderia ser objeto de complementação posterior, pelo que não reconheceu a nulidade alegada.

Os arts. 5º e 6º da Resolução CONAMA nº 001/86, de fato, contém uma série de parâmetros que devem nortear a realização do Estudo de Impacto Ambiental, como as alternativas de localização do projeto, os impactos na implantação e operação da atividade, a delimitação da área impactada pelo empreendimento e a consideração dos projetos governamentais previstos ou implementados.

Para isto, a norma estabelece que o EIA deverá ser integrado pelas atividades de diagnóstico ambiental da área de influência do projeto, contendo o levantamento dos recursos ambientais antes do empreendimento (meios físico, biológico, sócio-econômico); de análise dos impactos ambientais do projeto e suas alternativas, com a projeção das prováveis alterações relevantes; das medidas mitigadoras dos impactos negativos; e da elaboração de programa de acompanhamento e monitoramento de tais impactos.

Tratando-se de estudo ambiental necessário à concessão da Licença Ambiental apenas Prévia, entretanto, não se exige que tais estudos sejam exaurientes, infensos a modificações, detalhamentos e complementações mesmo posteriores à concessão da licença.

A mutabilidade do EIA é intrínseca à sua natureza, dado que se trata de um estudo prospectivo e projetivo das alterações ambientais a serem causadas, no futuro, pelo empreendimento. A própria norma reconhece a necessidade de um estudo probabilístico, ao determinar a necessidade de "projeção das prováveis alterações" ambientais a serem causadas (Resolução CONAMA nº 001/86, art. 6º).

Assim, pretender a definitividade de um estudo cujo ethos é a virtualidade de alterações ambientais futuras, em face de obras ainda não empreendidas, não condiz com o espírito da norma. A interpretação defendida na inicial que, à

hipótese de incidência "alterações e complementações do EIA", liga a consequência jurídica "nulidade do EIA" revela-se, nestes termos, a menos indicada. A definitividade pretendida é mesmo um contra-senso normativo, na medida em que se está, na fase da licença prévia, apenas tentando projetar, embora da forma mais detalhada e abrangente possível, as alterações ambientais a serem causadas por obra futura, e a forma de evitá-las, mitigá-las ou compensá-las⁵²⁹.

Conquanto a Corte não tenha ingressado no mérito das deficiências, também não se furtou a um pronunciamento quanto à possível complementação, sobretudo em se tratando da fase da expedição da licença prévia. O tema é delicado e não raro esbarra na questão constitucional da independência dos poderes.

Um dos motivos para as deficiências nos órgãos licenciadores é o fato de que muitos cargos na Administração Pública no Brasil (inclusive nos órgãos ambientais) são ocupados por pessoas despreparadas em termos de formação ou mesmo com elevado comprometimento político com os titulares do poder, ao invés de real compromisso com o interesse público⁵³⁰. Essa desconfiança com as decisões administrativas foi um dos motivos da própria edição da Lei da Ação Civil Pública⁵³¹ que se deteve na tutela de interesses difusos e

⁵²⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **AC 2006.71.01.003801-8/RS**. Relator: Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Julgado em 13 out.2009. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁵³⁰ KRELL, Andreas. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais, um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 50.

⁵³¹ KRELL, Andreas. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais, um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 50. O autor considera que, onde o Executivo falha na consecução de uma política pública, deve o Judiciário agir para suprir a omissão (p. 85).

coletivos, ampliando o leque de legitimados ativos, justamente para aprimorar a defesa desses bens-interesses.

Bandeira de Mello⁵³² enfatiza que todos os poderes cometidos à Administração pelo legislador estarão finalisticamente orientados ao desempenho do dever decorrente da necessidade de zelar pelo e atingir o interesse público. Na mesma toada, Krell considera que “a Administração Pública não deve se restringir à legalidade, mas proceder de forma útil, para realizar os princípios e valores constitucionais”, operacionalizando uma legitimação substancial⁵³³ que deixe transparecer a ênfase protetiva conferida na Constituição à proteção do bem ambiental⁵³⁴.

Sob o amplo conceito da discricionariedade administrativa, diferentes fenômenos puderam ser distinguidos: (i) decisões políticas relacionadas ao balanceamento entre interesses públicos e privados; (ii) decisões envolvendo complexas análises de fatos; (iii) decisões envolvendo a interpretação de leis incompletas ou não claras; (iv) decisões envolvendo conflitos aparentes de normas – sobretudo, no Direito Ambiental, o dissídio entre resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) e leis federais ou estaduais.

A esses exemplos, importante agregar as questões envolvendo a discricionariedade técnica presente na eleição de padrões para emissão de substâncias poluidoras. Geralmente, tais padrões são definidos em atos normativos infralegais emanados de conselhos estaduais ou do Conselho Nacional de Meio Ambiente. Por vezes, são considerados insuficientes ou excessivos e, por essas razões, questionados em juízo e altamente sindicáveis pelo Poder Judiciário desde que demonstrada a insuficiência ou o excesso⁵³⁵.

⁵³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 32 et seq.

⁵³³ KRELL, Andreas. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais, um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 60.

⁵³⁴ COSTA NETO, Nicolau Dino. **Proteção jurídica do meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 108 et seq.

⁵³⁵ Interessante é a leitura do acórdão do STJ em que se considerou legal a norma contida no Decreto do Estado de São Paulo que, ao regulamentar a Lei nº 997/76, entendeu de definir que: “Fica proibida a emissão de substâncias odoríferas na atmosfera, em quantidades que possam ser

No Direito Ambiental, essas formas de discricionariedade são recorrentes e facilmente marcam presença em decisões judiciais que têm no fato consumado uma ou outra dentre as razões de decidir. Uma menor amplitude na discricionariedade em relação a decisões que envolvam uso e deterioração de bens e valores ambientais deve encontrar na Constituição, notadamente no detalhamento do art. 225, seus verdadeiros limites. E nesse aspecto, o Garantismo de Ferrajoli auxilia sobretudo no caso da Constituição brasileira, porque os principais valores ambientais estão devidamente deontologizados⁵³⁶, ou seja, incorporados no texto normativo de maior hierarquia dentro do sistema.

Aliada às estruturas fragmentadas do Direito e da governança ambiental⁵³⁷, a discricionariedade pode facilmente levar a inconsistências na aplicação do Direito Ambiental e, dessa forma, ferir a essência do bem ambiental sobre o qual se falou no capítulo anterior.

Platjouw⁵³⁸ adverte para o fato de a legislação ambiental frequentemente conter termos ambíguos e princípios que dão vazão a diferentes aplicações e interpretações, além de propiciar aos gestores públicos a tomada de decisões balanceando e sopesando diversos valores envolvidos. Se de um lado isso é uma realidade inarredável e até mesmo inerente às questões ambientais, de outro isso pode enfraquecer o próprio Direito Ambiental.

perceptíveis fora dos limites da propriedade da fonte emissora” (art. 33). Na avaliação da Corte, o regulamento estaria em perfeita sintonia tanto com a Lei Estadual quanto com o art. 4º, inc. III, da Lei Federal nº 6.938/81, mantendo a multa administrativa aplicada pela CETESB (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 32103**. Relator: Min. Demócrito Reinaldo. Julgado em 07 dez. 1994. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199300033190&dt_publicacao=20-02-1995&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 20 out. 2018).

⁵³⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Principia juris**: teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011b. v. 1: Teoría del derecho, p. 17.

⁵³⁷ Sobre os perigos da fragmentação na proteção ambiental já advertia Benjamin em seu BENJAMIN, Antonio Herman V. **O estado teatral e a implementação do direito ambiental**. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/>>. Acesso em: 14.abr. 2018.

⁵³⁸ PLATJOUW, Froukje Maria. **Environmental law and the ecosystem approach**: maintaining ecological integrity through consistency in law. New York: Routledge, 2016, p. 21.

A discricionariedade não acomete somente as decisões administrativas, também se faz presente nas decisões judiciais envolvendo regras e na interpretação dos princípios de Direito Ambiental. Por mais que se reconheça a tendência da chamada miniaturização do direito, jamais poderá o legislador prever todos os padrões e limitações relacionados às questões ambientais.

Em relação à discricionariedade nas regras de Direito Ambiental, um bom exemplo de abertura está no art. 36 da Lei nº 9.985/00 (Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação), que prevê genericamente, nos licenciamentos ambientais de empreendimentos de significativo impacto ambiental (ou seja, licenciados com EIA/RIMA), a obrigação do empreendedor apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, em montante de recursos não inferior a meio por cento (0,5%) dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento.

A lei, nesse caso, estipulou um limite mínimo, em relação ao qual pode o órgão ambiental, fundamentadamente e tendo em conta o interesse público, extrapolar.

A discricionariedade cometida ao órgão ambiental pelo legislador ensejou julgamento do Supremo Tribunal Federal (na ADI 3378) em que se considerou descabida a fixação *a priori* de percentuais mínimos a serem pagos a título de compensação ambiental.

Na decisão, o colegiado pleno do STF, em decisão não unânime, acabou por reconhecer a parcial inconstitucionalidade do § 1º do art. 36 da Lei nº 9985/00, a fim de proclamar que o valor da compensação há de ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental aferido com base no EIA/RIMA⁵³⁹.

A margem de discricionariedade, que já era grande na medida em que permitia a fixação do valor da compensação ambiental em no mínimo 0,5% (meio por cento) dos custos totais do empreendimento, ficou ainda maior. Retirado o percentual mínimo, o valor da compensação hoje está atrelado a uma proporcionalidade concorde com

⁵³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.378/DF**. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em: 9 abr. 2008. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

o grau de impacto gerado pelo empreendimento. Ou seja, a abertura é muito maior e as chances de erros também.

Trata-se de uma amostra de como a discricionariedade delegada ao administrador - francamente legal e constitucional - acaba por ser interpretada pela Corte Suprema com ampla subjetividade, remetendo o gestor ambiental para um grau ainda maior de insegurança jurídica.

Através desse raciocínio desenvolvido no acórdão do Supremo Tribunal Federal, a discricionariedade judicial pode levar a decisões administrativas que desviem amplamente do escopo legal que é o de estabelecer uma compensação ambiental *ex ante* para as hipóteses de licenciamentos ambientais de atividades potencialmente causadoras de significativo impacto ambiental e, por isso mesmo, orientadas por um EIA/RIMA, cujo valor há de ser revertido para implementação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação.

Um desvio nessa fase inicial do licenciamento ambiental pode comprometer todas as suas fases subsequentes construindo um cenário favorável ao fato consumado, à irreversibilidade da situação lesiva pelo subdimensionamento da compensação ambiental.

Também o novo Código Florestal, Lei Federal nº 12.651/12, acha-se repleto de dispositivos que abrem largo espaço para o exercício do Poder Discricionário pelo gestor.

No julgamento das ADIs 4901, 4902, 4903 e 4937 e da ADC 42⁵⁴⁰, o Supremo Tribunal Federal chancelou quase todas as aberturas propiciadas por essa Lei para que o gestor ambiental acolha as expectativas de exploração econômica da propriedade rural em detrimento à qualidade ambiental.

Um exemplo encontra-se no art. 61-A, que autoriza exclusivamente a continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em áreas rurais consolidadas até 22 de julho de 2008. No mínimo dois conceitos jurídicos indeterminados constam do “caput” desse dispositivo: continuidade e áreas rurais consolidadas.

Pode-se questionar o significado do verbo “continuar” e o seu grau de preciosismo, ou seja: o detentor do empreendimento tem de congelar sua atividade? Faz ele jus a alguma alteração ou ampliação?

⁵⁴⁰ Ainda sem acórdãos. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4355097> Acesso em 26 set.2018.

Não menos aberta é a expressão “áreas rurais consolidadas”, cujo sentido o próprio Código Florestal tentou traduzir no inc. IV do art. 3º, como sendo o de “área de imóvel rural com ocupação antrópica preexistente a 22 de julho de 2008, com edificações, benfeitorias ou atividades agrossilvipastoris, admitida, neste último caso, a adoção do regime de pouso”.

Observe-se a grande dificuldade na caracterização da antropização, pois há situações, como por exemplo a pecuária extensiva praticada no Rio Grande do Sul, em sua maior parte no Bioma Pampa, em que o campo continua sendo remanescente de vegetação nativa, convivendo com o gado há muitos e muitos anos.

As dúvidas também assolam o conceito de áreas urbanas consolidadas que, na Lei nº 11.977/09, para o fim legalizar ocupação de área de preservação permanente, adotava como marco temporal 31/12/2007, além de outros requisitos substanciais definidos no art. 47.

Com o advento da Lei nº 13.465/17, o marco temporal passou a ser a data da publicação da Medida Provisória que lhe deu origem: 22/12/2016. Essa lei, ao contrário da antecessora, traz o conceito de “núcleo urbano informal consolidado” (art. 11, inc. III), como sendo “aquele de difícil reversão, considerados o tempo da ocupação, a natureza das edificações, a localização das vias de circulação e a presença de equipamentos públicos, entre outras circunstâncias a serem avaliadas pelo Município”.

Nesse conceito, a amplitude maior está na expressão “aquele de difícil reversão”. Ora, difícil tecnicamente, economicamente ou ambientalmente ?

Esse tipo de cláusula aberta presente em normas de índole urbano-ambiental enfraquece sobremaneira a proteção constitucional dos espaços territoriais protegidos, notadamente das áreas de preservação permanente, a par de tornar ainda mais vulneráveis os processos ecológicos essenciais.

Alguns não de dizer que, em se tratando de meio ambiente urbano, não há falar em processos ecológicos essenciais. Todavia, a natureza e seus valores não revelam substancial distinção entre cidade e campo. O homem é que cria artificialmente essa definição política e de planejamento espacial. Uma mata ciliar é tão ou mais importante no limite de um rio que corre no meio de uma cidade do que no meio de uma fazenda. Os topos de morro, nas cidades, além de representarem importante hospedagem para a vegetação desses acidentes geográficos,

representam áreas inadequadas à ocupação pelo risco de desmoronamento e erosão. Podem ainda imprimir beleza paisagística e identidade cultural à cidade ou a algum ponto específico dela. Nesse sentido, aliás, recente julgado do Superior Tribunal de Justiça⁵⁴¹.

Essa caminhada legislativa no sentido da flexibilização ambiental é retroalimentada pela jurisprudência que emprega o argumento do fato consumado como razão de decidir, não sem reconhecer que muitas das autorizações administrativas para a degradação de espaços territoriais especialmente protegidos teriam suas raízes no espaço supostamente discricionário da Administração.

O problema da discricionariedade na aplicação das regras de direito à luz da abordagem ecossistêmica e do compromisso com a integridade ecológica é que a proteção do meio ambiente ou de um ecossistema em particular, na cidade ou no campo, pode não restar assegurada. Com isso pode restar afetada a já falada intangibilidade do bem ambiental com impactos nos processos ecológicos essenciais ou nos ETEPs, seus repositórios preferenciais.

Quando se foca nas leis que priorizam francamente proteger um determinado setor da economia (no caso do Código Florestal atual, o agronegócio), ou objetivam resolver a qualquer custo o déficit habitacional e o caótico urbanismo de nossas cidades (no caso da Lei n° 13.465/17), o nível de proteção dos ecossistemas parece passar ao largo das diversas avaliações a serem realizadas por diferentes autoridades e setores. A preocupação se volta de forma primária para a regulação daquela atividade ou objetivo e só num segundo momento é que a sociedade, os envolvidos, o governo, o legislador passam a se preocupar com as consequências e limites⁵⁴².

Os escopos imediatistas dessas leis – que levam a reboque muitos setores da jurisprudência – erodem gradativamente a proteção do

⁵⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Rec. Especial 2017/0085271-2**. Relator: Ministro Og Fernandes. Julgado em: 07 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

⁵⁴² Esse fenômeno é comentado por Viñuales como uma característica do Direito no Antropoceno (VIÑUALES, Jorge. **Law and the anthropocene**. 2016. Disponível em: <file:///N:/antropoceno/_Law_and_the_Anthropocene%20-1.pdf> Acesso em: 18 set. 2018, p. 44).

bem ambiental, ainda que seja cantado em prosa e verso como um bem fundamental para as presentes e futuras gerações.

Disso resulta que o nível real de proteção de um ecossistema possa ser muito inconsistente e desarticulado, mas também que esse nível de proteção seja insuficiente para garantir a manutenção da sua própria integridade⁵⁴³.

Uma forma de amenizar a discricionariedade judicial na avaliação do conteúdo das normas ambientais é a atribuição de força vinculativa aos precedentes. Ainda que vivendo sua infância no processo civil brasileiro, tem por objetivo explícito no art. 926 do NCPC conferir estabilidade, integridade e coerência às decisões dos tribunais. Os defensores da teoria dos precedentes consideram que a limitação da discricionariedade judicial vinculando-a aos próprios julgados é forma democrática de ampliar a segurança jurídica⁵⁴⁴.

Outro caminho nesse mesmo sentido é a utilização de princípios de Direito Ambiental, os quais podem desempenhar importante papel em defesa da preservação da qualidade do meio ambiente. Sem embargo, destaca Platjouw⁵⁴⁵, os princípios ampliam o leque de interpretações. Reger por princípios implica afirmar certa direção normativa⁵⁴⁶, com a indicação de diferentes fatores possíveis de serem levados em conta, além de se permitir um balanceamento entre um e outro, sem a aspiração de denotar ou determinar exatamente o resultado da tomada de decisão. Na realidade, muitas tomadas de decisão no Direito Ambiental envolvem tanto regras detalhadas como princípios, bem como a consideração dos objetivos e metas relacionados à saúde e meio ambiente.

⁵⁴³ PLATJOUW, Froukje Maria. **Environmental law and the ecosystem approach**: maintaining ecological integrity through consistency in law. New York: Routledge, 2016, p. 214.

⁵⁴⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Comentário ao art. 926. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1307-1341.

⁵⁴⁵ PLATJOUW, Froukje Maria. **Environmental law and the ecosystem approach**: maintaining ecological integrity through consistency in law. New York: Routledge, 2016, p.214.

⁵⁴⁶ EBBESSON, Jonas. The rule of law in governance of complex socio-ecological changes. **Global Environmental Change**, 2010. Disponível em: <<http://www.stockholmresilience.org/download/18.3eea013f128a65019c2800010450/1459560566497/Ebbesson+2010.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

Todavia, quando o conteúdo preciso de uma norma legal não é claro, ela pode ser aplicada à luz de relevantes princípios de Direito Ambiental que explícita ou implicitamente desenharam o ato normativo. Os princípios de Direito Ambiental podem reforçar ou enfraquecer o poder normativo das regras legais, servindo como parâmetros, cânones hermenêuticos aptos a reduzirem os problemas da fragmentação e dos amplos poderes discricionários, desde que sejam entendidos e aplicados de forma substancial pelas autoridades públicas⁵⁴⁷.

Os princípios, devido à sua menor densidade ou tessitura mais aberta, adaptam-se melhor às exigências da relação jurídica intergeracional, na qual o futuro passa a ser uma preocupação do presente. Ganha relevo no Direito Ambiental o princípio da precaução.

O fato é que não há como se fechar as portas para certa margem de discricionariedade no quadro das decisões ambientais, porquanto os problemas são complexos e exigem uma dose de aprendizagem permanente para solucioná-los. Além disso, envolvem muitos interesses (eventualmente muitos conflitos de interesses em distintos setores), exigindo, no mais das vezes, decisões e ações policentralizadas. Frequentemente, aparecem em um mesmo caso interesses públicos, privados, locais, nacionais e até internacionais. É complicado, quando não impossível, encontrar um caminho razoável para regulamentar numa regra simples de apreensão direta a forma de resolução desses conflitos.

Ruhl⁵⁴⁸ também sugere que decisões em problemas ambientais são difíceis de tomar sem um certo grau de discricionariedade. Isso se dá porque elas carecem de informação científica completa e intersetoriais, envolvendo não somente a tensão entre interesses ecológicos e econômicos, mas por vezes entre diferentes interesses ecológicos. Portanto, o autor considera desejável a discricionariedade no caso concreto para solução de questões ambientais.

O manejo de um sistema adaptativo e auto-organizado requer margem para manobras, pois os ecossistemas mudam o tempo todo e demandam um tempo para análise e compreensão para posterior

⁵⁴⁷ PLATJOUW, Froukje Maria. **Environmental law and the ecosystem approach**: maintaining ecological integrity through consistency in law. New York: Routledge, 2016, p. 127.

⁵⁴⁸ RUHL, John B. The pardy-ruhl dialogue on ecosystem management, Part IV: Narrowing and Sharpening the Questions. **Pace Environmental Law Review**, n. 24, 2007, p. 32.

decisão. Em razão dessas contínuas alterações, os cientistas e gestores ambientais veem a necessidade de pesquisa contínua, monitoramento e avaliação das condições ecológicas dos ecossistemas e, onde for necessário, modificação no manejo com base nas novas informações para melhor acomodar as considerações socioeconômicas assegurando um mínimo de desejáveis condições ecológicas⁵⁴⁹.

Ebbesson⁵⁵⁰ faz ampla análise a respeito das dificuldades de normas legais aptas a regerem sistemas dinâmicos como os ecossistemas. Conclui que a complexidade dos ecossistemas, com suas dinâmicas não-lineares, incertezas e surpresas, a par dos muitos interesses envolvidos, sugere um grau de flexibilidade das normas protetivas, sem abrir mão de um mínimo de segurança jurídica e do formato do Estado de Direito.

A noção do estado de direito é convencionalmente entendida como proporcionando segurança jurídica e previsibilidade, de tal modo que torne possível ao público em geral conhecer o que é permitido, ordenado e proibido. Mas apesar do reclamo quase unânime pela segurança jurídica e previsibilidade, a visão popular da lei exagera na sua natureza estática e fixa.

Esse paradoxo entre segurança jurídica de um lado e flexibilidade na legislação a fim de que seja ela apta a encarar os desafios gerados pela complexidade dos fenômenos ambientais podem provocar a percepção anotada por Sir Tom Bingham ao observar que estamos numa era de hiperatividade legislativa, com reguladores empregando habilidades de virtuosismo técnico⁵⁵¹.

Na opinião de Ebbesson, a aplicação da lei ambiental, no Estado de Direito, que exige que a lei deve ser acessível e, tanto quanto possível inteligível, clara e previsível, remete a um grande desafio para a afirmação do ordenamento jurídico protetivo do meio ambiente.

Primeiro, porque há sempre espaço para interpretações, embora dentro de limites mais ou menos fixos.

⁵⁴⁹ PLATJOUW, Froukje Maria. **Environmental law and the ecosystem approach**: maintaining ecological integrity through consistency in law. New York: Routledge, 2016, p. 131.

⁵⁵⁰ EBBESSON, Jonas. The rule of law in governance of complex socio-ecological changes. **Global Environmental Change**, 2010. Disponível em: <<http://www.stockholmresilience.org/download/18.3eea013f128a65019c2800010450/1459560566497/Ebbesson+2010.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

⁵⁵¹ BINGHAM, Tom. **The rule of law**. Londres: Penguin, 2007, p. 70.

Segundo, porque identificar o sentido da lei é mais do que interpretar um estatuto ou as decisões e precedentes jurisprudenciais. Ebbesson⁵⁵² enfatiza a necessidade de consideração de vários argumentos - seja em estatutos, trabalhos preparatórios, princípios legais, diretrizes, acordos internacionais, casos judiciais, ou literatura - e pesando-os uns contra os outros em apoio de ou contra uma interpretação particular. O material relevante para o raciocínio jurídico no Direito Ambiental é seguramente mais amplo do que, por exemplo, no Direito Civil ou Penal. Não se pode passar ao largo das questões relacionadas à ecologia e suas complexidades.

Terceiro e mais importante: é impossível prever antecipadamente todos os aspectos a serem levados em conta na aplicação da lei, o que na visão dele torna indesejável - e até mesmo inútil - afirmar certos regramentos por meio de disposições detalhadas ao extremo.

Essa amplitude de fontes e nuances propicia amplas margens de incidência de poder discricionário conferido às autoridades, das quais se espera que permaneçam dentro dos limites da discricção, ou seja, dentro do quadro estabelecido por leis gerais e com a aplicação dos princípios de uma maneira consistente, numa atividade altamente sindicável pelos tribunais.

Conclui, Ebbesson, no sentido de que as estruturas jurídicas devem somar-se aos aspectos sociais, econômicos e outros fatores importantes para a capacidade de gerenciar recursos comuns e para prevenir mudanças adversas de sistemas socioecológicos, além de serem importantes para garantir capacidade de se adaptar a mudanças quando elas ocorrem, criando estruturas e instituições resilientes⁵⁵³.

Cullinan argumenta que se a lei se pretende efetiva para regular e proteger determinado bem jurídico, deve moldar-se a ele. Por exemplo, se observamos que uma das qualidades dos ecossistemas é sua

⁵⁵² EBBESSON, Jonas. The rule of law in governance of complex socio-ecological changes. **Global Environmental Change**, 2010. Disponível em: <<http://www.stockholmresilience.org/download/18.3eea013f128a65019c2800010450/1459560566497/Ebbesson+2010.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

⁵⁵³ EBBESSON, Jonas. The rule of law in governance of complex socio-ecological changes. **Global Environmental Change**, 2010. Disponível em: <<http://www.stockholmresilience.org/download/18.3eea013f128a65019c2800010450/1459560566497/Ebbesson+2010.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

constante mutação, necessitamos de leis e regulamentos ambientais flexíveis e adaptáveis⁵⁵⁴.

Pardy⁵⁵⁵ constrói uma teoria completamente oposta, propondo a criação de uma regra (conhecida no meio acadêmico como *Pardy Rule*) bidimensional capaz de resolver todas as questões relacionadas ao dano ambiental, reduzindo em grau considerável o espaço para a incidência de discricionariedade.

O autor sustenta que o consenso em torno da inconveniência de utilização de regras padrão em matéria ambiental é um dos principais obstáculos para o progresso da proteção dos ecossistemas e uma das causas que impede que a lei ambiental se torne uma disciplina rigorosa, coerente e previsível, capaz de conter a maré da deterioração ecológica⁵⁵⁶.

Na sua perspectiva, a legislação ambiental contemporânea consiste em conceitos e listas nebulosas e discricionárias de proibições restritas para situações específicas. Nenhuma delas é baseada em uma definição abstrata de sustentabilidade em termos ecológicos.

A fim de resolver essa questão, desenvolve uma regra em que se propõe a reduzir essas incertezas.

Essa regra é baseada em dois passos: o primeiro passo identifica um limite ecológico para a sociedade como um todo. O segundo, articula uma regra que proscree o comportamento individual, de tal forma que o impacto combinado de todas as ações individuais estaria dentro do limite identificado na primeira etapa.

De acordo com a regra de Pardy, o limite da sociedade como um todo poderia ser resumido na ideia de vedação de causar dano ecológico definido como a mudança permanente causada por impacto humano em um ecossistema, a menos que esteja esse ecossistema contido em outro maior onde nenhuma mudança permanente seja encontrada.

⁵⁵⁴ CULLINAN, Cormac. **Wild law: a manifesto for earth justice.** Cambridge: UIT Cambridge, 2011, p. 56.

⁵⁵⁵ PARDY, Bruce. In search of the Holy Grail of environmental law: a rule to solve the problem. **McGill Int'l J. Sust. Dev. Law and Policy**, n. 29, p. 30-57, 2005.

⁵⁵⁶ PARDY, Bruce. In search of the Holy Grail of environmental law: a rule to solve the problem. **McGill Int'l J. Sust. Dev. Law and Policy**, n. 29, p. 30-57, 2005, p. 30.

Pardy representa os ecossistemas valendo-se da figura das bonecas russas (“matrioskas”), nas quais uma unidade ecossistêmica menor está contida em outra maior e assim sucessivamente. Sustentando que o Direito Ambiental volta-se exclusivamente para os danos antrópicos e para a proteção das unidades chamadas de ecossistemas, as quais são mutáveis através do tempo, passando por mudanças temporárias e permanentes, sendo somente essas últimas alvo da preocupação legal.

Nenhum dano ecológico pode ser tido como ocorrido se a mudança for temporária ou se a mudança permanente ocorrer por razões alheias ao impacto humano⁵⁵⁷.

No segundo passo, trata de estabelecer uma regra tutelar dos comportamentos individuais. Segundo ele, o Direito Ambiental deve prescrever que a ninguém é dado produzir impacto ambiental que, multiplicado pelo número de seres humanos no ecossistema, causaria sua permanente mudança, a menos que um ecossistema maior o abranja e desde que nenhuma mudança permanente resulte desse impacto multiplicado pelo número de seres humanos inseridos nesse sistema maior⁵⁵⁸.

Essa regra apresenta algumas características essenciais para sua eficácia:

- 1 – Tem de ser igual para todos;
- 2 – A lei deve distinguir entre impactos e danos ambientais (isto significa que qualquer tipo ou extensão de impacto é permissível, a menos que alguma característica fundamental do ecossistema venha a ser permanentemente alterada se todas as pessoas dentro desse sistema infligissem um impacto semelhante.
- 3- Comparando com o impacto produzido pela maioria das pessoas, a regra define um limiar baixo e é justamente isso o que, na visão de Pardy, a torna necessária.
- 4- A simplicidade da regra é o que a torna facilmente aplicável, pois, comparando com as outras alternativas, ela é relativamente simples e apropriada à complexidade factual.

⁵⁵⁷ PARDY, Bruce. In search of the Holy Grail of environmental law: a rule to solve the problem. **McGill Int’l J. Sust. Dev. Law and Policy**, n. 29, p. 30-57, 2005, p. 29.

⁵⁵⁸ PARDY, Bruce. In search of the Holy Grail of environmental law: a rule to solve the problem. **McGill Int’l J. Sust. Dev. Law and Policy**, n. 29, p. 30-57, 2005, p. 47.

A ideia de criação de uma regra universal bifásica proposta por Pardy parece interessante pela simplificação aparente a que nos remete. Entrementes, peca em dois pontos-chave: primeiro, porque ele insiste em excluir o ser humano dos ecossistemas; segundo, porque a complexidade e a dinâmica dos ecossistemas, sobretudo pela interação entre si, torna a característica permanente do dano ambiental de difícil quando não impossível previsão.

O esquecimento de que nós somos parte integrante de uma teia da vida - e não somente os mestres ou gerentes da Terra - é potencialmente letal para a humanidade e para muitas criaturas vivas⁵⁵⁹.

Por mais que se tente seguir uma cartilha predeterminada para a solução de problemas ambientais, a complexidade inerente a eles sempre demandará um espaço de discricionariedade, o qual deve ser preenchido mediante procedimentos participativos e multidisciplinares⁵⁶⁰ para tomadas de decisão.

Diante dos crescentes déficits apresentados pela Administração Pública na área ambiental, a questão procedimental anterior à tomada de decisões, necessariamente dotada de transparência e participação democrática, é importante objeto de análise pelo Poder Judiciário na tutela do meio ambiente. Isso envolve transparência e participação democrática de molde a permitir pleno conhecimento prévio das características e impactos potencialmente derivados de determinado projeto⁵⁶¹.

É da essência do Direito Ambiental buscar o suporte em outras ciências das quais coleta subsídios ao mesmo tempo em que exporta seus princípios e instrumentos de tutela (interdisciplinaridade externa).

⁵⁵⁹ Nesse sentido LEOPOLD, Aldo. **Pensar como uma montanha**: a sand county almanac. Águas Santas: J.C. Marques, 2008. Também CULLINAN, Cormac. **Wild law**: a manifesto for earth justice. Cambridge: UIT Cambridge, 2011, p. 55.

⁵⁶⁰ BENJAMIN, Antonio Herman. **Teoria geral do direito ambiental brasileiro**: uma contribuição biocêntrica. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 2008.

⁵⁶¹ KRELL, Andreas. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais, um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 48.

O caráter interdisciplinar ou heterônomo do Direito Ambiental vem designado por Chacón como princípio geral da objetivação ou princípio da vinculação à ciência e técnica, exaltando a incindível relação entre direito e ciência⁵⁶².

O jurista há de buscar o entendimento das leis da natureza, que são leis causais, não valorativas e cujas consequências resultam diretamente do mundo dos fatos e de seus nexos causais. Completamente diferentes das leis jurídicas, não compreensíveis sem sanção, as leis naturais ou físicas se enunciam sem qualquer preocupação com sua violação⁵⁶³.

A extensão das ameaças a tantas espécies, seus habitats, ecossistemas e biodiversidade depende de múltiplos conhecimentos científicos. Da mesma forma, o desenvolvimento de novas tecnologias pode auxiliar a identificá-las e, na medida do possível, evitá-las ou resolvê-las.

O Direito Ambiental tem de estar em constante diálogo com outras disciplinas com a cautela devida para não recair num outro extremo analisado por Pardo⁵⁶⁴, em que a ciência percebe que o progresso deixa de ser linear para ostentar abundante complexidade e incerteza, desconcertando o Leviatã enquanto metáfora utilizada para cunhar a segurança jurídica carregada pelo Estado de Direito.

O cerne do pensamento exposto na obra de Pardo vê na Ciência um novo poder nascido fora da clássica divisão tripartida arquitetada pela Ciência Política há mais de duzentos anos. Seu surgimento, fora do ventre estatal, é um dos seus diferentes componentes que enfraquece em certa medida o núcleo da atividade jurisdicional (e até mesmo da Administração) como instância decisória.

Mas junto desse fenômeno, a própria Ciência padece de desconfiança. O balanceamento, a sintonia fina necessária entre agravos ambientais e atividade econômica não tem sido fácil no Estado de Direito pois o conjunto normativo do Direito Ambiental trata em sua essência de regular as relações entre o homem e o meio ambiente, muito mais do que regular relações interpessoais, estabelecendo amarras ao

⁵⁶² PEÑA CHACÓN, Mario. **Derecho ambiental efectivo**. San José, Costa Rica E-Book: pdf; 5000 Kb. Serie Derecho Ambiental, n° 1, p. 28.

⁵⁶³ REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 233.

⁵⁶⁴ PARDO, José Esteve. **El desconcierto del Leviatán**: política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 9-10.

crescimento econômico predatório. Nessas prescrições, esse ramo do direito é totalmente dependente da ciência⁵⁶⁵. As áreas de preservação permanente no entorno dos mananciais, por exemplo, têm de ser protegidas pelas diversas funções relacionadas à manutenção da qualidade e quantidade dos cursos d'água; não se deve utilizar CFC porque danifica a camada de ozônio; material tóxico depositado em lixões contamina o solo, as águas superficiais e subterrâneas, etc.

E aqueles que supunham que a Ciência e seus maravilhosos avanços tecnológicos seriam capazes de dosar a intensidade nessa relação hoje estão abdicando de sua ingenuidade. O exercício da pesquisa científica, o desenvolvimento de atividades econômicas e de novas tecnologias não pode vulnerar outros valores fundamentais, bens ou direitos de consideração superior⁵⁶⁶.

Não por outro motivo, há conceitos jurídicos indeterminados que, por sua alta complexidade, são tão vagos e a sua concretização na reconstrução da decisão administrativa é tão difícil, “que o seu controle chega aos limites funcionais do Judiciário”⁵⁶⁷. Um dos motivos tem a ver com o elevado grau de expertise necessária na avaliação, o que faz com que muitos julgadores – e também membros do Ministério Público – possam sentir-se reféns dos peritos em causas ambientais.

Considera-se que a abordagem ecossistêmica a ser empregada na defesa do meio ambiente enquanto bem fundamental requer sim discricionariedade no sistema legal de modo a habilitar respostas rápidas para mudanças no sistema, valendo-se de conhecimentos científicos sem olvidar dos valores humanos e da integridade dos ecossistemas. O Direito deve assumir o seu protagonismo (Pardo fala que o Direito deve retomar as rédeas do processo⁵⁶⁸) sem deixar de considerar as

⁵⁶⁵ FERRER, Gabriel. La construcción del Derecho Ambiental. **Novos Estudos Jurídicos**. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5128/2688>>.

Acesso em: 31 ago. 2018.

⁵⁶⁶ PARDO, José Esteve. **El desconcierto del Leviatán**: política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 96.

⁵⁶⁷ KRELL, Andreas. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais, um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 47.

⁵⁶⁸ PARDO, José Esteve. **El desconcierto del Leviatán**: política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 109

características ínsitas ao bem ambiental e sem descurar a dependência do Direito Ambiental em relação aos conhecimentos propiciados pelas Ciências da Natureza.

Não é aceitável nem mesmo viável pensar, por exemplo, em alterar uma lei com o objetivo de permitir a tomada de algumas providências rápidas, pois isso pode gerar uma demora desnecessária no processo⁵⁶⁹. Mas é totalmente recomendável ao juiz ambiental de hoje que compreenda as principais leis da natureza, buscando nas Ciências Exatas as explicações para as questões ambientais⁵⁷⁰.

Uma das características do Direito Ambiental destacadas por Benjamin é justamente a da alta normatividade administrativa⁵⁷¹. No mundo inteiro se reconhece a impossibilidade do Parlamento legislar em minúcias e na velocidade necessária sobre o complexo universo da proteção dos ecossistemas. Quer devido à complexidade técnica, quer pelo fluxo e velocidade dos eventos ambientais, quer pela alta conflituosidade dos temas a serem regradados, na esfera ambiental o mais adequado é que o Parlamento produza normas em branco que aguardem integração preferencialmente pelos conselhos e outros colegiados com participação paritária e representativos de todos os interesses envolvidos.

No Brasil pós PAC (Programa de Aceleração do Crescimento), o Governo Temer, através de um projeto de lei de autoria do Deputado Antônio Anastasia, sancionou uma lei que alterou diversos dispositivos da chamada LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Trata-se da polêmica Lei nº 13.655/18 que teve como mote fazer cessar o chamado Apagão das Canetas, fenômeno assim conhecido por representar a letargia na tomada de decisões administrativas por temor de represálias nas esferas de controle e/ou judiciais.

⁵⁶⁹ PLATJOUW, Froukje Maria. **Environmental law and the ecosystem approach**: maintaining ecological integrity through consistency in law. New York: Routledge, 2016, p. 132.

⁵⁷⁰ REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 233.

⁵⁷¹ BENJAMIN, Antonio Herman. **Teoria geral do direito ambiental brasileiro**: uma contribuição biocêntrica. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 2008, p. 205-206.

A lei foca na necessidade de motivação dos atos administrativos, de controle⁵⁷² e judiciais, vedando que se decida com base em “valores jurídicos abstratos”, além de prescrever a necessidade de aferição das “consequências práticas da decisão, inclusive em face das possíveis alternativas”.

No parágrafo único do mesmo dispositivo, submete o tomador de decisão que invalide ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa a indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivas.

À guisa de aclarar um pouco a atuação dos tomadores de decisão que vem sendo confrontados com alto grau de incerteza e imprevisibilidade, na perspectiva desta tese essa lei conseguiu ampliar a vagueza e a subjetividade, pois a proporcionalidade, como será estudado mais atentamente no próximo capítulo, apesar de já ser um critério presente na lei que versa sobre o processo administrativo em nível federal (Lei nº 9.784/99), não tem sido empregada racionalmente através do método trifásico (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

De fluidez ainda maior é a expressão equidade, que já aparecia no Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), cujo art. 140 prevê que o juiz só pode decidir por equidade “nos casos previstos em lei”.

Partindo desse diálogo entre fontes, e considerando que a LINDB é norma de superdireito ou metanorma⁵⁷³, pode-se dizer que se abriu um leque imenso de possíveis decisões com base em equidade.

⁵⁷² A expressão usada na nova redação dada ao art. 20 do Decreto-lei nº 4.657/42 “controladora” abarca todos os tipos de órgãos de controle, tanto os de controle externo (ex. tribunais de contas) como os internos (ex. Controladoria-Geral da União). Dirige-se a lei a todos os tomadores de decisão na esfera pública: administrativa, controladora e judicial.

⁵⁷³ Normas de superdireito são aquelas que norteiam a aplicação de outras normas. Em outras palavras, dizem quando, até quando se aplica, como se extrai e como se interpreta bem como até onde. Um dos primeiros juristas a utilizar a expressão no Brasil foi Pontes de Miranda, ao referir-se às normas de direito internacional privado como normas de superdireito (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito internacional privado**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1935, v. 2, p. 413).

Isso certamente irá facilitar certos julgamentos que acabam acatando o fato consumado, diante da vagueza da noção de equidade no direito brasileiro.

Noutro giro, observe-se que a nova redação do art. 26 refere expressamente a possível eliminação de irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, “inclusive no caso de expedição de licença”, através de celebração de compromisso com os interessados. Na elaboração desse compromisso, mais uma vez a lei alude aos critérios fluidos da proporcionalidade, equidade, agregando ainda a eficiência e “compatibilidade com os interesses gerais”.

Assim, hipoteticamente pode-se modelar uma situação em que o órgão ambiental “x” concede uma licença ambiental para “y” edificar ilegalmente numa área de preservação permanente. Antes de cassar essa licença, o responsável por sua revisão (outro administrador ou um juiz) teria de buscar solução proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais. Se a lei não contém palavras inúteis – premissa que o Direito brasileiro positivo insiste em negar na prática – os interesses do beneficiário dessa licença ilegal terão um reforço argumentativo de peso no sentido de mantê-la. Isso não é nada positivo para o Direito Ambiental em que a tônica deve ser na preservação do bem ambiental enquanto interesse difuso de toda a coletividade. Figueiredo advertiu prontamente quanto aos riscos que essa nova norma de superdireito representa para a biodiversidade e para a sadia qualidade de vida da população brasileira⁵⁷⁴. Sob o espectro desse texto normativo, não é difícil imaginar que erros cometidos no passado, ao invés de serem revistos pela Administração e, em um segundo momento, pelo Judiciário, possam vir a se perpetuar.

A Lei nº 13.655/2018 tem sido taxada de consequencialista⁵⁷⁵, pois impõe ao juiz que considere “regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja

⁵⁷⁴ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Temer consegue retirar os ‘entraves ambientais’ apontados por Lula.** Disponível em: <<https://www.oeco.org.br/colunas/guilherme-jose-purvin-de-figueiredo/temer-consegue-retirar-os-entraves-ambientais-apontados-por-lula/>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

⁵⁷⁵ SCHULZE, Clenio. **Direito à saúde análise à luz da judicialização.** Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/perfil/clenio-jair-schulze-1508590002>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais”. Por óbvio que isso em certa medida implica para o tomador de decisão uma visão periférica muito difícil pois o planejamento das atividades cabe ao administrador e não ao juiz. Certamente que essa prescrição trará repercussões inclusive na modelagem dos processos judiciais.

O juiz fica remetido a uma função eminentemente política⁵⁷⁶. O direito, por sua vez, além de consequencialista, pode muito bem ser considerado excessivamente instrumentalista, ou seja, expressão direta da determinação econômica e dos interesses dos grupos dominantes⁵⁷⁷.

Isso afronta diretamente a ideia da autonomia do campo jurídico. O direito só se afirma como instrumento de regulação e ordenação social com vistas ao atingimento do bem comum quando capaz de afirmar inclusive perante a economia. “Ser autônomo é estar à distância da economia, é ser desinteressado, é ser puro, uma oposição que separa o universo jurídico do universo dos negócios”⁵⁷⁸.

Esse tipo de instrumentalismo característico dessa nova lei está em ascensão no direito pós-moderno. O bem comum, a coisa pública, os interesses da coletividade perdem prestígio frente aos anseios imediatistas do capital. Com uma lupa voltada para o Direito norte-americano, mas que poderíamos perfeitamente deslocar para o Direito

⁵⁷⁶ O 16º Congresso da APRODAB (Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil) aprovou carta cujo item 13 afirma “A Lei 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, padece de gravíssimos vícios de inconstitucionalidade, em especial no que diz respeito aos entraves que impõe à rigorosa aplicação da legislação ambiental e administrativa pelos Advogados Públicos, pela Administração Pública e pela Magistratura” (CARTA de Balneário Camboriú. 15 set. 2018. Disponível em: <<http://aprodab.blogspot.com/2018/10/carta-de-balneario-camboriu.html>>.

Acesso em: 10 out. 2018).

⁵⁷⁷ BORDIEU, Pierre. Os juristas, guardiães da hipocrisia coletiva. **Revista Direito, Sociedade e Cultura**. Disponível em: <<http://direitosociedadecultura.blogspot.com/2011/03/os-juristas-guardiaes-da-hipocrisia>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

⁵⁷⁸ BORDIEU, Pierre. Os juristas, guardiães da hipocrisia coletiva. **Revista Direito, Sociedade e Cultura**. Disponível em: <<http://direitosociedadecultura.blogspot.com/2011/03/os-juristas-guardiaes-da-hipocrisia>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

brasileiro, sem medo de produzir um quadro distorcido, Tamanaha censura as leis moldadas exclusivamente com base numa racionalidade justificada em meios e fins (*means-ends reasoning*)⁵⁷⁹. Quando a lei é desviada de sua própria integridade, converte-se em instrumento para perseguir determinado fim. Isso conduz a lei para um caminho que erode as bases do Estado do Direito e a torna comparável a qualquer arma ou ferramenta para alcance de certos fins⁵⁸⁰.

O ápice desse desvio é atingido pelo referido texto legal quando prevê o exame das “alternativas possíveis” (art. 20, § único). A contemplação de alternativas é atividade de planejamento (inclusive, mas não só, ambiental) afeta ao gestor.

O ordenamento jurídico enquanto sistema não pode combinar ser limitado por regras e princípios e, ao mesmo tempo, tentar alcançar fins específicos: otimização de resultados⁵⁸¹. O foco na obtenção de fins “engole regras obrigatórias” (*achieving ends swallows up binding rules*)⁵⁸² e resulta muito mais fácil, por exemplo, que se deixe de anular uma licença ambiental de operação ilegal porque concedida sem prévia execução de condicionantes estabelecidas na licença prévia porque isso produziria sensível prejuízo econômico à União, ao estado ou a determinado grupo empresarial.

Recomendável extrema cautela dos operadores jurídicos na aplicação dessa supernorma que pode trazer consequências muito severas para o bem ambiental.

A lei ambiental pode contemplar espaços de discricionariedade ao administrador mas dentro de limites claros e objetivos ditados pelo próprio ordenamento jurídico, cuja interpretação sempre se norteará pelos princípios basilares do Direito Ambiental e por seus objetivos, sem prejuízo do preenchimento de lacunas através de decisões colegiadas em órgãos de fato representativos de todos os setores envolvidos, inclusive da comunidade científica.

⁵⁷⁹ TAMANAHA, Brian. How an instrumental view of law corrodes the rule of law. **DePaul Law Review**, v. 56, p. 469-505, 2007, p. 478.

⁵⁸⁰ TAMANAHA, Brian. How an instrumental view of law corrodes the rule of law. **DePaul Law Review**, v. 56, p. 469-505, 2007, p. 478.

⁵⁸¹ TAMANAHA, Brian. How an instrumental view of law corrodes the rule of law. **DePaul Law Review**, v. 56, p. 469-505, 2007, p. 486.

⁵⁸² TAMANAHA, Brian. How an instrumental view of law corrodes the rule of law. **DePaul Law Review**, v. 56, p. 469-505, 2007, p. 486.

Toda a discricionariedade remanescente ao administrador e ao juiz há de se pautar pelo ativismo da própria Constituição em prol do bem ambiental⁵⁸³. Essa afirmação é feita com base no art. 225, mas não só nele. Em todo o Texto Constitucional pode ser identificado um direcionamento para tutelar esse patrimônio comum às presentes e futuras gerações. Especialmente nos capítulos I e II do Título VII, os quais norteiam a ordem econômica e urbanística (arts. 170 e 182), resultam claras as amarras a eventuais arroubos selvagens do mercado⁵⁸⁴ e ao empreendedorismo predatório.

3.4 A DESCONSIDERAÇÃO DA RESILIÊNCIA COMO PROPRIEDADE ESSENCIAL DO BEM AMBIENTAL

No capítulo anterior procurou-se desvelar a resiliência como uma característica inerente ao bem ambiental, tanto isso é verdade que, seguramente, se o ser humano fosse banido da Terra, essa continuaria existindo e resistindo a eventuais catástrofes naturais.

O tema da resiliência é interconectado ao da fragmentação e ao da abordagem ecossistêmica. Insuficiências relacionadas à segmentação conduzem à perda de resiliência.

Os especialistas em ecologia têm concluído que os ecossistemas, quando preservados a partir de áreas restritas, em fragmentos, padecem de vulnerabilidade em relação a distúrbios ou alterações. Essa gradativa fragilização vem se exacerbando ao longo do Antropoceno e tem ligação direta com a perda de biodiversidade, poluição e alterações profundas na integridade dos ecossistemas, fatores esses que, somados, implicam na perda de resiliência⁵⁸⁵.

⁵⁸³ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Constitucionalismo garantista e precedentes vinculantes em matéria ambiental. Limites e vínculos ao ativismo judicial contrário ao meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, v. 78, p. 179-213, 2015, p. 181.

⁵⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 58.

⁵⁸⁵ DEMANGE, Lia Helena Monteiro de Lima. The principle of resilience. **Pace Environmental Law Review**, v. 30, p. 695-810, 2013. Disponível em: <<http://paceenvironmentalnotes.blogspot.com.br/2013/05/pace-environmental-law-review-volume-30.html>>. Acesso em: 6 nov. 2016.

No presente capítulo, as deficiências da legislação ambiental estão sendo arroladas e esmiuçadas. Agora é chegada a vez de abordar a desconsideração da resiliência como propriedade essencial do bem ambiental e em que medida isso representa um prejuízo para ele.

A fim de confirmar essas assertivas, parte-se de uma análise da Resolução CONAMA n° 1/86, cujo escopo é definir critérios básicos e as diretrizes gerais para uso e implementação da Avaliação de Impacto Ambiental e mais especificamente do EIA/RIMA. Em momento algum está previsto em seu contexto qualquer preocupação relacionada à garantia de resiliência no ambiente ou ao menos as formas como o ambiente impactado com o empreendimento poderá se recuperar e restaurar seus processos ecológicos essenciais ainda que com características diferentes.

No tocante à resiliência nas perícias judiciais, buscou-se apurar sua presença, ou não, através de julgados. Para escrutinar o assunto, realizou-se inicialmente uma pesquisa no repositório de jurisprudência do Conselho da Justiça Federal (CJF)⁵⁸⁶.

Devido à concentração da jurisprudência de todas as Cortes Federais, inclusive as superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), em um único repositório, essa abordagem metodológica pareceu a mais abrangente⁵⁸⁷.

A combinação do vocábulo resiliência + “meio ambiente” (entre aspas) localizou em 02 de julho de 2018 uma única decisão, prolatada monocraticamente, emanada do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Na Base de Jurisprudência do CJF optou-se pela pesquisa simples, marcando o STF, STJ e os cinco Tribunais Regionais Federais, com pesquisa no campo Livre .

Trata-se de decisão⁵⁸⁸ prolatada no caso do rompimento da barragem de Fundão, em agravo de instrumento interposto pela empresa Samarco Mineração S/A na ação civil pública promovida pela União, IBAMA e outros co-legitimados.

⁵⁸⁶ Disponível em: <www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/> Acesso em 05 jul. 2018.

⁵⁸⁷ BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. **Teoria e prática da pesquisa em jurisprudência**: da procura e uso da informação para sustentar teses e estudos jurídicos. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

⁵⁸⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **AI 0002453-41.2016.4.01.0000**. Julgado em: 19 jan. 2016. Disponível em: <www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>. Acesso em: 02 jul. 2018.

Seguramente, o caso é de extrema relevância pois relacionado ao maior crime ambiental já praticado no Brasil (provavelmente um dos mais graves do mundo). Sintomático que nessa decisão figure, em mais de uma passagem, a preocupação com a resiliência.

A agravante contestava decisão judicial de instância inferior que a obrigava a uma série de providências para reparar os significativos danos consumados na bacia do Rio Doce, a par de diversas avaliações e monitoramentos ao longo dessas medidas. Dentre elas, “realizar o mapeamento dos diferentes potenciais de **resiliência** dos 1.049 ha diretamente atingidos, com mapeamento da espessura de cobertura de lama, da granulometria e do PH do material, além da eventual concentração de materiais pesados”. Esse item do pedido fora cautelarmente concedido pelo juiz nos exatos termos postulados e veio confirmado pela decisão no Tribunal.

O Relator considerou que o plano técnico proposto seria fundamental para que a recuperação da área degradada pudesse se dar de forma eficaz, com planejamento adequado e de curto e médio prazo, “mesmo porque a cessação dos danos ainda em expansão e a recuperação *in natura* do meio ambiente dependem de uma visão do todo, pois as relações entre as diversas ações são complexas e interdependentes, de forma que a solução de uma depende da solução de várias outras”.

Para além da preocupação com a resiliência, trata-se de exemplo peculiar de decisão judicial ecossistêmica, abarcando o conjunto da bacia afetada.

Esse julgado é bastante importante do ponto de vista da gestação de um princípio da resiliência em matéria de Direito Ambiental. Sua prospecção refletida denota o quanto negligenciar esse aspecto do ecossistema antes e durante a exploração de uma atividade econômica pode prejudicá-lo *a posteriori*, criando condições favoráveis à ocorrência de desastres ambientais.

Como do resultado da pesquisa anterior um só julgado logrou ser encontrado, a pesquisa foi refinada através da busca direta no repertório de jurisprudência no *website* do Superior Tribunal de Justiça⁵⁸⁹.

Inseriu-se, mais uma vez, no buscador do referido repertório, o vocábulo resiliência + “meio ambiente”. Localizaram-se, na data

⁵⁸⁹ <http://www.stj.jus.br/SCON/>

pesquisada (02/07/2018), somente três decisões (todas elas monocráticas) envolvendo a resiliência em matéria ambiental cível e uma em matéria criminal⁵⁹⁰ que utilizava o termo em sentido de capacidade social de enfrentar problemas.

Na primeira delas, oriunda do Rio Grande do Sul, o Recurso Especial foi refutado porque se entendeu que não haveria substrato fático para a cumulação da obrigação de reparar o dano ambiental com a indenização. O levantamento da Divisão de Assessoramento Técnico do Ministério Público acenava que o corte de vegetação fora devidamente reparado com o programa de remediação e que nem mesmo a resiliência do ambiente fora maculada. Portanto, no caso específico, entendeu-se não devida a compensação pecuniária⁵⁹¹.

O interessante nessa decisão é o pioneirismo da prova técnica desenvolvida pela assessoria do Ministério Público, que levou em conta a característica da resiliência como inerente ao bem ambiental. Ainda que, no caso concreto, tenha sido afastada a obrigação de indenizar, o Tribunal foi mais uma vez claro quanto a ser viável cumular a obrigação de reparação do dano ambiental com a indenização, mas tudo condicionado ao substrato fático como premissa para essa dúplice condenação.

Na segunda decisão⁵⁹², tratava-se de um Termo de Ajustamento de Conduta celebrado entre o Ministério Público Federal e o loteador, no curso de uma ação civil pública ajuizada pelo primeiro contra o último e na qual o IBAMA não se conformou com o acordo, aviando apelação e o subsequente recurso especial.

A Ministra Relatora considerou que, embora não pudesse qualificar o Termo de Ajustamento de Conduta como um primor, atenderia às singularidades do caso, à luz do princípio da proporcionalidade e do bom senso.

⁵⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 056405 - SC**. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Julgado em: 01 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

⁵⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 1.496.222 - RS**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 01 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

⁵⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp 703837**. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Julgamento em: 23 maio 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

Dito loteamento em detrimento à APP, estaria de tal sorte consolidado que o TRF da 3ª Região entendeu que, tanto a demolição das edificações como a retirada dos aterros seriam providências que estariam longe de garantir que a vegetação retornasse a ser o que outrora foi. No tocante à resiliência, há alusão ao projeto técnico de compensação ambiental no qual está dito que, diante de tamanha intervenção na área, em decorrência da implantação de um loteamento em APP, houve até mesmo a **perda de resiliência** daquele ecossistema, ou seja, perda da sua capacidade de reagir a distúrbios.

A leitura da decisão monocrática de desembargador integrante do Tribunal Regional Federal da 3ª Região⁵⁹³ gera certa dúvida quanto ao respectivo acerto, diante da superficialidade com que foi invocado o princípio da proporcionalidade aliado ao igualmente banalizado suporte no bom senso. Adiante será mais bem explorado esse tipo de argumentação jurídica que, na prática, abre um vão para a entrada do fato consumado em cena.

Por fim, a terceira decisão do Superior Tribunal de Justiça⁵⁹⁴ na qual há alusão à propriedade da resiliência posiciona-se no contexto de um dano ambiental causado dentro de uma unidade de conservação (Parque Nacional de São Joaquim) em que o Ministro Relator considerou desproporcional somar a obrigação de indenizar à reparação integral e *in natura* dos danos causados. Segundo ele, constara do processo que a área atingida teria boa resiliência e que não subsistiria dano em zona de grande valor para a conservação ou de grau de proteção elevado, caso implementado o plano de recuperação da área degradada.

Esses julgados são marcos históricos na formação e aceitação da resiliência como princípio jurídico de Direito Ambiental. Sem embargo, pode-se deduzir que, pelo menos na segunda decisão, a resiliência aparece com sua forma mais perversa, ou seja, a de propiciar acomodação e estimular o *quieta non movere* de que se falou anteriormente.

⁵⁹³ SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível 1642843**. Relator: Des. Johonsom Di Salvo. Julgado em: 08 maio 2014. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br>>. Acesso em: 05 maio 2018.

⁵⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 1.516.278**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 17 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

A legislação ambiental, como ensina Robinson⁵⁹⁵, deve estar repleta de normas evoluídas que permitam aos seres humanos uma relação equilibrada⁵⁹⁶ e harmoniosa com a natureza. Para esse professor, biofilia, cooperação e resiliência encarnam a inspiração para aquilo que ele denomina de normas evoluídas⁵⁹⁷, ou seja, normas que instiguem novos comportamentos humanos direcionados à sobrevivência e à melhoria na relação do homem com a natureza.

Na medida em que a resiliência como propriedade dos sistemas sócio-ecológicos vai aparecendo em julgados, sobretudo nas cortes superiores, constrói-se paulatinamente uma base para a fixação de pilares que a sustentem como um novo princípio. A literatura jurídica, como assevera Humby em exaustivo trabalho de pesquisa sobre o tema, aponta para uma clara tendência crescente em artigos jurídicos acadêmicos centrados ou utilizando o conceito de resiliência como propriedade dos ecossistemas⁵⁹⁸.

Inserindo as expressões *resilience and law and ecology* no buscador do Google Acadêmico⁵⁹⁹, também conhecido como *Ngram Viewer*, encontraram-se, desde 2014, **20.500** artigos e livros discorrendo sobre o tema. Somente no ano de 2018, já foram **8160**. Se inserirmos as expressões em português, *resiliência e lei e ecologia*, os resultados são, respectivamente, **5.260** e **755**. Tais dados corroboram a afirmação de Humby quanto ao crescente interesse pelo assunto.

No entanto, como demonstrado no capítulo anterior, a resiliência aparece em diversos documentos e tratados internacionais, mas ainda não foi incorporada como princípio autônomo. Tampouco

⁵⁹⁵ ROBINSON, Nicholas. Evolved norms. In: VOIGT, Christina (Ed.). **Rule of law for nature**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 46-71, p. 49.

⁵⁹⁶ Não é à toa que a Constituição Federal faz alusão expressa, no art. 225, ao meio ambiente “sadio e ecologicamente equilibrado”.

⁵⁹⁷ *Evolved norms*.

⁵⁹⁸ HUMBY, Tracy-Lynn. Law and resilience: mapping the literature. **Seattle Journal of Environmental Law**, v. 4, p. 85-130, 2014, p. 101.

⁵⁹⁹ Disponível em: <https://scholar.google.com.br/scholar?q=RESILI%C3%84NCIA+E+LEI+E+ECOLOGIA&hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&as_vis=1&as_ylo=2014&as_yhi=2015>. Acesso em: 27 set. 2018.

aparece explicitamente na legislação doméstica, o que se apresenta como um imperativo⁶⁰⁰.

Robinson crê que, tal e qual a biofilia e a cooperação, a resiliência constitui uma norma evoluída latente na natureza humana e apta a se tornar um princípio de direito quando os países e as comunidades os reconhecerem como tal e decidirem, conscientemente, implantá-los⁶⁰¹.

Explana, através de diversos exemplos, que a resiliência é um instinto humano. Máximas já consolidadas, como por exemplo a do Princípio da Precaução, aumentam a resiliência. Médicos promovem resiliência em pacientes para melhorar o tratamento. Economistas recomendam redundância para ampliar resiliência na atividade econômica. Sistemas de seguros têm sido estabelecidos para ajuda mútua, incluindo microsseguros para regiões mais pobres. Por fim, ecologistas estudam a resiliência em sistemas naturais sob perturbação⁶⁰².

Princípios são criados a partir de sentimentos e necessidades comuns, originando consensos induzidos e voluntários. No Direito Ambiental, eles devem encontrar na natureza sua fonte mais pródiga de inspiração. Ao se identificar o quanto a resiliência vem sendo esquecida nas leis pátrias e na jurisprudência, objetiva-se induzir uma reflexão no sentido de sua inserção.

Enquanto norma evoluída, na feliz expressão de Robinson, a resiliência, **se bem usada**, pode contribuir para julgamentos mais aprimorados, inclusive instruídos com perícias que dimensionem esse aspecto; leis tecnicamente mais bem elaboradas e decisões administrativas relacionadas a autorizações de atividades impactantes melhor calibradas do ponto de vista das medidas compensatórias e mitigadoras.

⁶⁰⁰ DEMANGE, Lia Helena Monteiro de Lima. The principle of resilience. **Pace Environmental Law Review**, v. 30, p. 695-810, 2013. Disponível em: <<http://paceenvironmentalnotes.blogspot.com.br/2013/05/pace-environmental-law-review-volume-30.html>>. Acesso em: 6 nov. 2016.

⁶⁰¹ ROBINSON, Nicholas. Evolved norms. In: VOIGT, Christina (Ed.). **Rule of law for nature**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 46-71, p. 60.

⁶⁰² ROBINSON, Nicholas. Evolved norms. In: VOIGT, Christina (Ed.). **Rule of law for nature**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 46-71, p. 66.

3.5 RESUMO DO CAPÍTULO

Marcas do Estado brasileiro na aplicação da legislação ambiental, a irresponsabilidade organizada, a fragmentariedade, a desconsideração da abordagem ecossistêmica e da preocupação com a integridade ecológica, a falta de consideração da resiliência e o excesso de discricionariedade fragilizam enormemente o seu *enforcement*.

Na esteira do legado de Ulrich Beck, vivemos no modelo societal da Sociedade de Risco, no qual estamos confrontados com os desafios da possibilidade de autodestruição real de todas as formas de vida deste planeta.

A reflexão sobre a acolhida possível de um fato consumado como razão de decidir uma causa ambiental não pode se afastar da perspectiva de que, além de se aceitar ou não o passivo ambiental fotografado pela demanda, faz-se imperioso projetar as perspectivas futuras. Em outras palavras: de que modo as lesões ambientais até então ocasionadas poderão interferir no ambiente como um todo, especialmente nos processos ecológicos essenciais e na integridade dos ecossistemas.

Devido ao funcionamento das atuais estruturas jurídicas para resolução de demandas ambientais, as abordagens reducionistas, como o são aquelas estribadas, implícita ou explicitamente, no argumento do fato consumado, ainda preponderam.

Além das decisões judiciais que, sob roupagens diversas, chancelam um fato consumado, uma situação consolidada, também a atividade legislativa e a Administração têm sido colonizadas por esse pragmatismo.

Não são raras as leis recentes editadas no Brasil que, motivadas por uma assunção de insuficiência dos modelos de fiscalização, gestão e repressão a lesões ambientais, aliados a questões sociais enraizadas no presente também configuram a acolhida dessa “teoria” do fato consumado que se transmuda em política.

A Administração, por sua vez, se vê frequentemente remetida a situações delicadas para reverter notórias lesões ao meio ambiente em prol de um fato consumado, de uma licença de instalação concedida, de uma obra iniciada.

Esse contexto acaba se encaixando com invulgar perfeição na teoria da sociedade de risco global e, mais especificamente, no seu traço marcante de irresponsabilidade organizada.

A fim de supostamente não destruir algo posto, aceita-se uma situação fática ou meramente jurídica (uma lei ou um ato administrativo) que colide com o mandamento constitucional de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

O Direito Ambiental assenta-se nos princípios da prevenção e da precaução, os quais definem a cautela como o comportamento ético recomendável na relação humana com o bem ambiental. O fato consumado é a antítese da precaução e da prevenção.

O fato consumado também não esconde a sua afronta ao princípio da reparação integral porque, em nome de algum outro valor/bem jurídico, o poluidor é agraciado com a possibilidade de não reversão do dano ao bem ambiental.

As decisões fisgadas pelo fato consumado desvelam um espírito decisório tendente à manutenção do *status quo* em que os julgadores cedem a uma natural tendência de se manter numa zona de conforto.

A abordagem ecossistêmica é o método que melhor se ajusta à gestão e à compreensão do bem ambiental e, por isso mesmo, merece ser paulatinamente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro e internacional.

A legislação ambiental necessita maior coesão, a fim de ampliar coerência, consistência e efetividade. O Direito como um todo precisa aprimorar sua compreensão de tempo e de espaço, reinventando-se para lidar com os desafios desses novos horizontes ampliados.

No tocante às decisões judiciais que se propõem a analisar danos ambientais pretéritos, é dever do julgador orientar a perícia para que ela seja desempenhada de modo complexo e sistêmico, considerando não só o ecossistema envolvido como também os demais com o qual se relaciona ou sobre os quais repercute.

A discricionariedade pode levar a inconsistências na aplicação do Direito Ambiental, razão pela qual seus respectivos princípios têm o papel de calibrar o poder normativo das regras legais, servindo como parâmetros, cânones hermenêuticos aptos a reduzirem os problemas da fragmentação e dos amplos poderes discricionários, desde que sejam entendidos e aplicados de forma substancial pelas autoridades públicas⁶⁰³.

⁶⁰³ PLATJOUW, Froukje Maria. **Environmental law and the ecosystem approach**: maintaining ecological integrity through consistency in law. New York: Routledge, 2016, p. 127.

O advento do NCPC trouxe a ferramenta do precedente vinculativo e sua utilização pode, se bem usado, reduzir a ampla margem interpretativa desfrutada pelos julgadores brasileiros.

É da essência do bem ambiental a característica do dinamismo e da complexidade. Não é possível, então, que o administrador anteveja as soluções para todas as questões ambientais, daí por que a Administração Pública não deve se restringir à legalidade, mas buscar a densificação dos princípios e valores constitucionais, operacionalizando uma legitimação substancial que deixe transparecer a ênfase protetiva conferida na Constituição à proteção do bem ambiental .

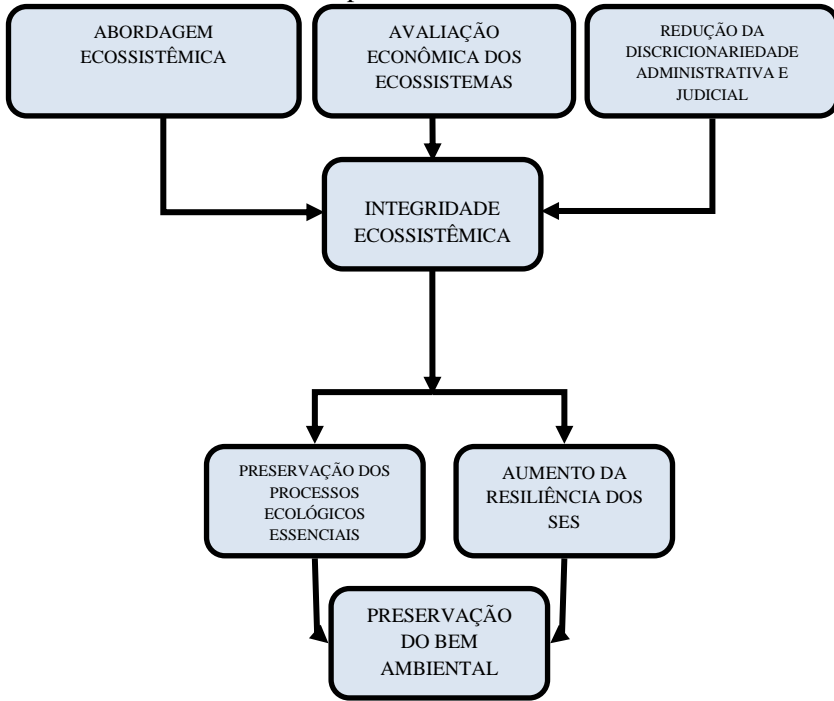
O caráter interdisciplinar ou heterônomo do Direito Ambiental induz ao reconhecimento do chamado princípio geral da objetivação ou princípio da vinculação à ciência e técnica, que exalta a indissociável relação entre direito e ciência. Assim, devido à elevada complexidade técnica, fluxo e velocidade dos eventos ambientais, alta conflituosidade dos temas a serem regradados, a esfera ambiental não tem como fugir de normas produzidas pelo Parlamento com espaços deixados em branco para serem integrados preferencialmente pelos conselhos e outros colegiados com participação paritária e representativos de todos os interesses envolvidos.

A resiliência tem sido deixada de lado pelos tribunais brasileiros e terá de passar a influenciá-los por dizer respeito a uma característica dos sistemas sócio-ecológicos, com implicações inegáveis em relação à acolhida do fato consumado.

A supressão de espaços territoriais especialmente protegidos, notadamente as áreas de preservação permanente, as unidades de conservação e as reservas legais das propriedades rurais implica perda gradativa de resiliência e de integridade ecossistêmica. Portanto, há de se perquirir sobre ela nas demandas relacionadas a esse tipo de danosidade ambiental.

Antes de ingressar na análise da jurisprudência, apresenta-se um Quadro-resumo do que foi até o momento sustentado no sentido da preservação do bem ambiental.

Figura 3 - Quadro Como Tutelar o Bem Ambiental com Base em Princípios EcoJurídicos



Fonte: Quadro elaborado pela autora.

4 O FATO CONSUMADO COMO RAZÃO DE DECIDIR. O DIREITO E O TEMPO

No três capítulos anteriores falou-se, sobretudo, de Economia, Direito, Ecologia e Sociologia. Permearam a discussão as concepções econômicas sobre o meio ambiente para que não se descure, em hipótese alguma, da integridade dos ecossistemas, da resiliência como propriedade inerente ao bem ambiental, propondo-se como método transitório para avaliação das situações de impacto ambiental – quando inexoráveis – a avaliação econômica dos ecossistemas.

Também foram trabalhados os déficits do Direito Ambiental para tutela do bem ambiental.

Nos dois últimos capítulos desta tese, volta-se ao Direito, porém na sua feição empírica. Procurar-se-á reunir todos os elementos até aqui estudados para uma análise crítica e, ao mesmo tempo, heurística de julgados relacionados ao fato consumado em matéria ambiental.

A passagem do tempo sempre foi um desafio para o processo judicial. O tempo do processo é completamente distinto do tempo da vida real.

Se levarmos em conta o mundo globalizado, marcado pelo solapamento das fronteiras nacionais, rapidez na troca de informações e labilidade do mercado, conforme se discorreu no capítulo primeiro, esse tempo do processo parece ainda mais lento, empacado.

Crítico sempre atento às questões da Justiça, Faria identifica o descompasso entre o tempo dos tribunais e o da Economia⁶⁰⁴.

Extrapolando essa percepção, afirma-se que igualmente, ou até mais, incongruente é o tempo dos tribunais em relação ao Tempo da Natureza, propiciando que situações deletérias ao meio ambiente venham a se consolidar ante a inércia ou morosidade do Poder Judiciário. Assim como em outras áreas sensíveis (saúde, infância e juventude, provisão de alimentos), o processo civil deveria ser ágil o bastante para tutelar o bem ambiental. A busca de um tempo adequado no processo civil ambiental é uma meta a ser atingida⁶⁰⁵ sob pena de

⁶⁰⁴ FARIA, José Eduardo. **Entrevista**. 10 nov. 2007. Disponível em: <<http://supremoemdebate.blogspot.com.br/2007/11/direito-e-economia-num-tempo-global.html>>. Acesso em: 06 maio 2018.

⁶⁰⁵ MARTINI, Simone; FERRONATTO, Rafael Luiz. O tempo ambiental e o fato consumado: o estudo de um caso. In: LUNELLI, Carlos Alberto

perecer o ambiente e o legado para as futuras gerações, contrariando o mandamento previsto no art. 225 da CF.

A característica do Judiciário é a da via do direito de defesa, do contencioso, do duplo grau de jurisdição, do garantismo processual. É um tempo diferido, de etapas bem definidas e sucessivas, portanto, um tempo incompatível com o tempo da economia. A lógica de tempo da economia é a da rapidez, do aqui e do agora. Há um descolamento entre o controle da economia pelas instituições jurídicas e políticas, agravado pela tendência de ampliação transterritorial por parte da economia globalizada.

Mas o tempo do processo, o tempo dos tribunais, é apenas uma das faces dessa complexa relação entre o tempo e o Direito. Essa relação que pode se travar no seio do Judiciário, da Administração e até mesmo através da Legislação.

O Conselho de Estado da França, conforme relata Ost em várias passagens de sua obra, tem criticado a labilidade, a efemeridade das leis em geral⁶⁰⁶ e da legislação ambiental em especial. “Um direito mole, vago, em estado gasoso, de que fala o Conselho de Estado da França”⁶⁰⁷ ou, mais especificamente em relação à legislação ambiental, um direito comparável à tapeçaria de Penélope, onde o que é feito de dia é insidiosamente desfeito de noite, como uma forma de contemplar simultaneamente interesses conflitantes⁶⁰⁸.

Esse fenômeno da inflação legislativa (ou normativa⁶⁰⁹) é muitas vezes justificado pela urgência. Na sensível observação de Ost, na sociedade de risco, o estado de urgência tende a tornar-se o estado normal⁶¹⁰. Lembra ele da obra de Lipovetsky⁶¹¹ sobre o tempo do

(Coord.). **Direito, ambiente e políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 101-121, p. 103.

⁶⁰⁶ OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

⁶⁰⁷ OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

⁶⁰⁸ OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 132.

⁶⁰⁹ Ost refere-se ao fenômeno bem conhecido da inflação normativa e ao seu cortejo de efeitos perversos: “demasiados textos, demasiado depressa modificados, demasiado desconhecidos, demasiado e desigualmente mal aplicados” (OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 124).

⁶¹⁰ OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 367.

efêmero caracterizado inclusive pelas normas de urgência e pela flexibilização do direito. A legislação parece sempre uma obra inacabada, fadada a surpreender pela rapidez com que o direito legislado vive e morre, com o advento da sanção de novas leis⁶¹².

Essa legislação oportunista e em prestações desvela uma faceta bastante sórdida da antiética do fato consumado.

Várias são as estratégias do Direito para se relacionar com o tempo. Mesmo a indesejável inércia do Estado-Juiz, do Estado-Administrador, do Estado-Acusador, tem sido mitigada através de institutos como os da prescrição, da decadência, da anistia, do direito adquirido, dentre outros.

A teoria/política do fato consumado insere-se nesse leque de alternativas eleitas pelo Direito para driblar as adversidades da passagem do tempo. Nesse enfrentamento, no campo ambiental, quem leva a pior é o bem ambiental.

No caso do Poder Judiciário, é da essência da Jurisdição estatuir sobre o passado. Na aguda percepção de Ost⁶¹³, as decisões judiciais declaram sobre o que passou, sendo a abordagem retrospectiva dos julgamentos algo a eles inerentes.

Entretanto, no Direito Ambiental, o futuro deve integrar a racionalidade decisória porque indivíduos não nascidos (protegidos *ante natalem*), desconhecidos, muitas vezes sem voz⁶¹⁴ (exceto a do Ministério Público⁶¹⁵), são sujeitos de direito e parte na relação jurídica

⁶¹¹ LIPOVETSKY, Gilles. **L'empire de l'éphémère**: la mode et son destin dans les sociétés modernes. Paris: Gallimard-Folio, 1987.

⁶¹² BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito intertemporal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 48.

⁶¹³ OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 190 e p. 323.

⁶¹⁴ Para mitigar esse déficit democrático, Ramos Júnior informa que na Nova Zelândia, Finlândia, Israel e Hungria vêm sendo instituídos órgãos estatais especializados para atuar como representantes das futuras gerações, conferindo-lhes voz nos processos de tomada de decisão (RAMOS JÚNIOR, Dempsey Pereira. **Meio ambiente e conceito jurídico de futuras gerações**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 97, p. 157-158).

⁶¹⁵ Reis sustenta que, no Direito Brasileiro, por força da legitimação que já ostenta para tutela de uma série de direitos difusos e coletivos, o Ministério Público, com base na Lei Complementar n° 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público), teria atribuições para promover a defesa dos interesses

ambiental e intergeracional. Antecipados e pré-percebidos, os humanos não nascidos têm de passar a fazer parte das nossas preocupações e responsabilidades. Assim como o passado se faz presente no aqui e agora através da memória e nos indica a urgência da questão ambiental, o futuro também nele deve marcar a sua presença na espera pela continuidade da humanidade. Graças à espera, sentimento que nos acomete no presente, é que as coisas futuras são por nós vislumbradas como porvir⁶¹⁶.

O espaço tradicional de tomada de decisão é visivelmente subdimensionado pois os efeitos dela desbordam tanto na sua dimensão territorial, adstrita ao raio da comarca, estado, etc., como em relação ao tempo (decisões tomadas hoje podem repercutir lá adiante)⁶¹⁷. As decisões ultrapassam o entorno vital e adquirem, como adverte Pardo, uma capacidade reflexiva ao adentrarem nas esferas interiores e constitutivas do ser humano, até então indisponíveis e sobre as quais não havia capacidade decisória alguma, como a própria configuração genética⁶¹⁸.

O fato dessas gerações futuras não possuírem voz nos processos judiciais serviu inclusive como um dos argumentos para o Superior Tribunal de Justiça afastar a prescrição em detrimento das causas envolvendo danos ao meio ambiente⁶¹⁹.

Corolário do perfil intertemporal dos danos ambientais, apresenta-se o fato de não ser admissível que o não-atoar ou a omissão

das futuras gerações (REIS, Marisa dos. Some thoughts on the legal nature of future generations: the recognition of an *ante natalem* protection? **Intergenerational Justice Review**, Oberursel, v. 10, n. 1, p. 42-43, 2010. Disponível em: <<http://www.igjr.org/ojs/index.php/igjr/article/view/485>>. Acesso em: 11 jul. 2018).

⁶¹⁶ RICOEUR, Paul. **Tempo e narrativa**. Campinas: Papyrus, 1994, v. 1, p. 27.

⁶¹⁷ Pardo exemplifica com os resíduos nucleares que podem subsistir 10.000 anos (PARDO, José Esteve. **El desconcierto del Leviatán: política y derecho ante las incertidumbres de la ciência**. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 113).

⁶¹⁸ PARDO, José Esteve. **El desconcierto del Leviatán: política y derecho ante las incertidumbres de la ciência**. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 114.

⁶¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 948921 / SP**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 23 out. 2007. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

de reclamar ou a alienação passiva venha a produzir a prescrição do direito à pretensão reparatória contra o poluidor. “A mesma inalienabilidade que cobre o atuar positivo dos titulares também reveste o não-atuar, a omissão de reclamar”⁶²⁰. Trata-se de uma das poucas situações em que a ação do tempo não tem o condão de arrear o direito de agir pois se está no campo dos direitos fundamentais da coletividade ou, mais precisamente, da humanidade. Esse aspecto está intimamente imbricado com a rejeição do fato consumado em matéria ambiental e o reconhecimento da imprescritibilidade do dano ambiental difuso serve como mais uma evidência para rechaço do fato consumado em matéria ambiental.

Na arguta percepção de Ost, o imperativo genealógico, que tem o dom de inscrever cada indivíduo numa cadeia vertical capaz de situá-lo em relação ao passado, igualmente revela-se útil em relação ao futuro. Ao instituir responsabilidade em relação a seres virtuais (gerações futuras), o Direito trata de mitigar a total dependência e assimetria que eles mantêm em relação a nós contemporâneos nesse tempo presente⁶²¹.

Um direito ecologizado, que avança em relação ao Direito Ambiental tradicional, envolve labor em outro tipo de escala temporal, orientado pelo princípio da transitividade⁶²², ligado à transmissão, ajusta-se muito melhor ao nosso compromisso com as futuras gerações, porque dá conta das interações dissimétricas e não simultâneas. Enquanto o princípio da justiça comutativa⁶²³ está ligado a um tempo do dar para receber (muito afeiçoado à lógica do mercado), o modelo da transmissão amplia o horizonte temporal das relações jurídicas.

A escala da ecologia, professa Sachs⁶²⁴, amplia-se para séculos e milênios. Passa pela compreensão da humanidade como um contínuo,

⁶²⁰ BENJAMIN, Antonio Herman. **Teoria geral do direito ambiental brasileiro: uma contribuição biocêntrica**. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 296.

⁶²¹ OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 81.

⁶²² OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 81.

⁶²³ OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 81.

⁶²⁴ SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. 4. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2002, p. 49.

fluindo como as águas de um rio⁶²⁵, ininterruptamente. O direito não está habituado a se relacionar com a infinitude temporal nem com a espacial⁶²⁶.

Ao fazer o retrospecto dos fatos, mercê do contexto probatório que lhe é apresentado pelas partes, o Juiz pode conceder ou não liminares capazes de desencadear a cessação de uma situação ilegal, nociva, degradante, conforme a área do direito afetada. Essas decisões associadas ao lapso temporal de duração do processo judicial (nem sempre razoável, como o quer a Constituição Federal no inc. LXXVIII do art. 5º), acabam perpetuando tais realidades fáticas não sem traumas na hipótese de reversão.

Nessa verificação metódica dos fatos, o juiz também poderá se deparar com situações que tiveram seu nascedouro há muito tempo atrás, mas que ainda hoje constituem agravos ao meio ambiente. Nesses casos, poderá seduzir-se pelo canto do fato consumado, por vezes adornado com o glamour do direito adquirido ou associado ao prejuízo econômico ou ainda em função da equidade.

4.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO FATO CONSUMADO NO DIREITO BRASILEIRO: IRRADIAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO PARA OS DOMÍNIOS DO DIREITO AMBIENTAL

O fato consumado originou-se dos casos residuais, relativos ao Ensino Superior, em que o Supremo Tribunal Federal chancelou os estudos levados adiante com base em provimentos cautelares ilegais, sob a invocação de um “peculiar” quadro de dúvida objetiva sobre a validade dos regimentos universitários⁶²⁷.

⁶²⁵ KISS, Alexandre. Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 1-12, p. 4.

⁶²⁶ GARCIA, Maria da Glória. **O lugar do direito na proteção do ambiente**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 412-413.

⁶²⁷ FERREIRA, Odim Brandão. **Fato consumado**: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 20.

O primeiro processo no qual se alçou o fato consumado ao *status* de razão de decidir foi o RMS 14.017⁶²⁸. Versava sobre nota mínima para aprovação no curso de Direito. No voto do Relator, Ministro Villas Boas, sobreveio a defesa da “justiça” como forma de se admitir a diplomação do aluno que, através de uma liminar, acabou sendo aprovado nos níveis mais altos do curso e se formou.

A justiça é invocada sem maiores desenvolvimentos no voto do Relator, ao passo que no voto do Ministro Revisor, Victor Nunes Leal, é desenvolvido o seguinte raciocínio: “Nessa altura, como anular o curso, que foi concluído com base em decisão judiciária?”

No voto do Min. Evandro Lins, há expressa alusão à Sumula n. 58 do STF⁶²⁹.

Durante as décadas de 60 a 80, como relata Ferreira, as decisões do Supremo Tribunal Federal alicerçadas no fato consumado eram centradas no direito universitário e traduziam meras repetições da prevalência do fato consumado, que vez ou outra aparecia sob a rubrica das situações consolidadas⁶³⁰.

Ao longo da década de 90, não se tem notícias de acórdãos do Supremo Tribunal Federal invocando o fato consumado.

O extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR) acabou recepcionando a jurisprudência do STF e se mostrou bem mais generoso no acolhimento do argumento, abolindo requisitos da jurisprudência do STF para a manutenção das liminares ilegais conferidas em questões relativas ao direito universitário: a situação de dúvida objetiva sobre a solução válida para a questão debatida e a excepcionalidade, inclusive estatística, dos casos surgidos naquele ambiente de dúvida⁶³¹.

Com a criação do Superior Tribunal de Justiça, pela Constituição Federal de 1988, e respectiva instalação no ano seguinte,

⁶²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RMS 14.07**. Relator: Ministro Villas Boas. Julgado em: 22 mar. 1965. Disponível em: <RMS14017EmentaeAcórdão(1)RMS14017EmentaeAcórdão>. Acesso em: 12 maio 2018.

⁶²⁹ Súmula 58 do STF “é válida a exigência de média superior a quatro para a aprovação em estabelecimento de ensino superior, consoante o respectivo regimento”.

⁶³⁰ FERREIRA, Odím Brandão. **Fato consumado**: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 24-25.

⁶³¹ FERREIRA, Odím Brandão. **Fato consumado**: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 27.

ocorreu uma natural transferência do argumento do fato consumado para a jurisprudência do STJ⁶³², sempre com a primazia do direito universitário e também alguns casos envolvendo aprovações em concursos públicos⁶³³.

Na mesma toada seguiram os novos tribunais regionais federais, os quais se mantiveram persistentes na aceitação do argumento do fato consumado relacionado ao ensino superior. Segundo Ferreira, é uma área de grande intromissão dos tribunais⁶³⁴, a “matéria-prima predileta” do fato consumado, por duas razões: a jurisprudência que o acolhe nasceu no STF quando apreciadas questões dessa tipologia e, no ensino, o fato consumado se presta a resolver diversas situações fáticas (como por exemplo não atingimento de nota mínima, transferências de alunos para outras instituições de ensino em hipóteses não previstas em lei).

Correto afirmar que, nessa área, o fato consumado surgiu – e ainda marca presença – como um curinga, um soldado de reserva capaz de chancelar situações sem amparo na ordem jurídica, mas que, diante da demora na prestação jurisdicional, exigiam um suporte argumentativo. A inércia da Administração aliada à demora do Judiciário permitiria prestigiar situações de fato revestidas de aparente legalidade em prol de valores como a boa-fé, segurança jurídica e paz social⁶³⁵.

O conceito de fato consumado relacionado a esses casos, para Ferreira, restringe-se “ao argumento judicial utilizado para validar, em sentenças, as atividades ilegais protegidas por liminares, tão-somente

⁶³² FERREIRA, Odim Brandão. **Fato consumado**: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 29.

⁶³³ Tessler aporta panorama bastante abrangente da jurisprudência do STF e do STJ sobre o fato consumado nos domínios do direito estudantil e administrativo. Os principais beneficiários do fato consumado, segundo ela, seriam funcionários públicos e seus dependentes, dependentes de militares e estudantes em geral. A principal causa seria a morosidade do Judiciário (TESSLER, Marga Inge Barth. O fato consumado e a demora na prestação jurisdicional. **Revista do CEJ**, Brasília, n. 27, p. 95-101, 2004).

⁶³⁴ FERREIRA, Odim Brandão. **Fato consumado**: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 33.

⁶³⁵ TESSLER, Marga Inge Barth. O fato consumado e a demora na prestação jurisdicional no direito estudantil. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 7, jul. 2005. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

porque o beneficiário delas já praticou o ato que lhe interessava quando chegou o momento de decidir a causa⁶³⁶”.

A partir da década de 1990, observa-se um fenômeno expansionista do fato consumado para outros domínios do direito, inclusive o ambiental.

Todavia, essa projeção ocorreu paralelamente a uma certa desconfiança quanto ao argumento do fato consumado, mesmo em seu terreno mais fértil – o do ensino superior – demonstrando que setores do Poder Judiciário já anteviam graves problemas de juridicidade no seu acolhimento.

O primeiro caso de que se teve notícia julgado por uma Corte Federal na esfera ambiental diz respeito à construção em sítio tombado pelo patrimônio histórico nacional. O Tribunal Regional Federal da 5ª Região considerou que uma construção no sítio Tombado do Monte Guararapes “ocupado há muitos anos” consubstanciaria um fato consolidado, não comportando alterações⁶³⁷. Essa decisão acabou prevalecendo pois o Superior Tribunal de Justiça, em 06/11/95, não conheceu do Recurso Especial n. 24.098 e, em 11/10/99, o Ministro Octávio Gallotti negou seguimento ao Recurso Extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal.

Nessa transposição do Direito Administrativo relacionado ao ensino superior para o Direito Ambiental, as duas principais características do fato consumado enquanto argumento recorrente, identificadas no conceito de Ferreira, foram um pouco alteradas. A ilicitude, corrosiva das bases do Estado de Direito, é um aspecto que se manteve. Porém, a situação não se consuma necessariamente no curso do processo, ou após a liminar ou devido ao indeferimento da liminar (fato consumado reverso).

Na maior parte das situações envolvendo o argumento do fato consumado no Direito Ambiental, a situação fática preexiste ao processo ou vem a se consolidar durante ele, por indeferimento de uma liminar ou não cumprimento em tempo de se evitar a consumação de um dano muitas vezes de difícil ou mesmo impossível reparação. Pode suceder, ainda, que uma medida judicial permita a continuidade da atividade

⁶³⁶ FERREIRA, Odím Brandão. **Fato consumado**: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 41.

⁶³⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apel. Cível n. 10.335-PE**. Relator: Juiz Lázaro Guimarães. Julgado em: 22 out. 1991. Acesso aos autos do processo n. 00.0014846-6.

danosa ou de seus atos preparatórios convolvando um quadro fático em irreversível ou, por razões que serão melhor exploradas no capítulo 4, envolto em intensa complexidade jurídica, fática, econômica e/ou ecológica para reversão.

Há muitos casos, como será visto a seguir quando da análise da jurisprudência, em que a situação se consolidou sob a égide de uma lei, foi objeto de ação judicial que a atacava e exigia a reparação dos danos e, no curso do processo, sobrevém uma nova lei mais benéfica à qual o fato consumado ajuda a atribuir efeitos retroativos, mesmo que nela esses não estejam explícitos. Nessas situações, a sofisticação da racionalidade jurídica relacionada ao acolhimento do fato consumado é bem menos direta e exige raciocínios deveras mais complexos.

A análise dessas decisões desvela uma soma de passividade institucional com labilidade legislativa. Em outras palavras: a inércia do poder de polícia administrativa alia-se à demora na prestação jurisdicional, de um lado; de outro, grupos de pressão reunindo aqueles interessados na ineficácia da legislação anterior conseguem mobilizar o Poder Legislativo e o Executivo para alterar a lei anterior sob cuja vigência ter-se-ia consumado a ilicitude. E assim, a legislação ambiental segue a sua sina simbólica, construída hoje e desconstruída amanhã.

O Direito Ambiental deve ser preponderantemente antecipatório, preventivo, pois o ordenamento jurídico, sob a influência duradoura do Estado Liberal, “é preguiçoso por natureza, não só na implementação, mas também na evolução e adaptação a novas exigências do dia a dia da vida em comunidade”⁶³⁸.

A atuação antes da ocorrência do dano é muito rara, “sendo mais comum que somente acorde diante do *fait accompli* que, na proteção do meio ambiente, já alertamos, pode ser muito tarde”⁶³⁹.

A literatura jurídica é farta em nos legar inúmeras situações em que o Direito Ambiental chegou para coibir ou remediar uma situação, mas chegou muito tarde...

⁶³⁸ BENJAMIN, Antonio Herman. **Teoria geral do direito ambiental brasileiro**: uma contribuição biocêntrica. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 192.

⁶³⁹ BENJAMIN, Antonio Herman. **Teoria geral do direito ambiental brasileiro**: uma contribuição biocêntrica. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 192.

No Brasil, o Caso Samarco, sobre o qual já se falou, talvez seja o pior de todos. Pareceres técnicos já apontavam para o risco de ruptura da barragem que de fato veio a se consumir.

A recente destruição quase total do acervo e de parcelas consideráveis do prédio ocupado pelo Museu Histórico Nacional do Rio de Janeiro, no dia 02 de setembro de 2018, dá conta da letargia do Direito Ambiental para atuar. Trata-se de uma “crônica de uma morte anunciada” em que a prevenção (não cabe sequer falar em precaução porque o perigo era conhecido e avisado) não teve qualquer atuação, pois ainda em 30 de maio do mesmo ano, a situação era tão grave que os pesquisadores da instituição propunham uma “vaquinha” virtual para angariar fundos devido aos sérios problemas de manutenção⁶⁴⁰. Consumado o dano (irreparável, irreversível, incomensurável e transgeracional), só restam responsabilidades pessoais nas esferas cível, administrativa e criminal. Mas nada é possível fazer para trazer de volta o que se perdeu.

Nos Estados Unidos da América, um exemplo nada inspirador é o da contaminação do rio Hudson por bifenilas policloradas (PCBs). Entre 1947 e 1977 (ano em que, finalmente, a EPA proibiu a produção de PCBs), estima-se que cerca de 585.000 de PCBs foram descarregadas no rio Hudson a partir de duas usinas de fabricação de condensadores GE localizadas em Fort Edward e Hudson Falls, N.Y.

Após inúmeras demandas judiciais, em julho de 2002, a General Electric Company (GE), considerada parte potencialmente responsável (PRP) para reparar o dano causado ao rio (classificado como um *Superfund site*), assinou um acordo denominado AOC Administrative Order on Consent) com a EPA para financiar e realizar a amostragem de sedimentos como o etapa inaugural de um amplo projeto mais amplo de descontaminação do site. O coração desse acordo envolvia a dragagem dos sedimentos do rio nas porções contaminadas com PCBs.

Essas dragagens iniciaram, não sem diversas suspeitas e críticas, porquanto, ao serem retirados os sedimentos, acabava ocorrendo uma dispersão das substâncias. Em função dessa situação, e diante de novos estudos que demonstraram que a EPA tinha

⁶⁴⁰ MUSEU Nacional faz vaquinha virtual para reabrir sala do dinossauro. Disponível em: <<https://extra.globo.com/noticias/rio/museu-nacional-faz-vaquinha-virtual-para-reabrir-sala-do-dinossauro-22680479.html#ixzz5QEmXHp1jstest>>. Acesso em: 05 set. 2018.

subestimado o tamanho e a persistência da contaminação na parte alta do Rio Hudson, o acordo inicial sofreu diversas alterações, basicamente em agosto de 2003, outubro de 2005, julho de 2007, março de 2009 e agosto de 2011⁶⁴¹.

Em setembro de 2014, foi celebrado novo acordo incorporado em uma Ordem Administrativa de Consentimento (AOC), uma espécie de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) prevendo um estudo abrangente sobre a contaminação na planície de inundação do rio Hudson (na parte superior do rio), incluindo uma avaliação da saúde humana e ecológica baseada em risco de contaminação por PCB de mais de 40 milhas de planícies de inundação que englobam mais de 3.000 propriedades que se estendem de Hudson Falls a Troy, Nova York.

O lançamento das PCBs, substâncias sabidamente cancerígenas, geraram danos complexos, sinérgicos e de grande repercussão no ecossistema enquanto ente auto-organizado e adaptativo. Dentre as diversas demandas judiciais que orbitaram em torno do problema, sobreveio decisão da Corte Recursal do Distrito de Colúmbia⁶⁴² que não considerou inconstitucional a possibilidade da EPA emitir ordens administrativas unilaterais (UAOs) a empresas e outros poluidores para limpar resíduos perigosos pelos quais foram responsáveis.

A GE alegava violação do devido processo legal, porque a ordem fora emitida sem sua prévia oitiva, e pretendia levar o caso até a Suprema Corte Americana.

A Corte Distrital, guiada pelo voto do Juiz Tatel, não acatou o argumento e declarou que esse tipo de ato não afronta a Constituição porque o destinatário pode simplesmente não cumpri-lo, buscando desconstituí-lo judicialmente. Dentre outros motivos, a empresa alegava que a simples expedição dessa Ordem Unilateral já causava danos à

⁶⁴¹ O teor integral destes documentos está disponível no *website* da EPA. Disponível em: <https://www3.epa.gov/hudson/plans.html#cleanup23> Acesso em 03.nov.2017.

⁶⁴² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações do Circuito do Distrito de Columbia. GENERAL ELECTRIC COMPANY v. Lisa Perez JACKSON (Administrator, U.S. Environmental Protection Agency and Environmental Protection Agency). Julgado em 29 jun. 2010. 610 F.3d 110 United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit Disponível em:

<[http://www.lawandenvironment.com/uploads/file/GE%20v_%20Jackson.p](http://www.lawandenvironment.com/uploads/file/GE%20v_%20Jackson.pdf)
df> Acesso em: 05. nov. 2017.

marca, baixa do valor das ações e dos estoques e aumento do seu custo de financiamento⁶⁴³.

O interessante nesse caso é que a partir da criação da EPA, em dezembro de 1970, iniciaram-se tratativas com a General Electric para dar início a um plano de remediação. Após inúmeras discussões e batalhas judiciais, esse plano, contemplando ações de dragagem, só começou a ser executado no dia 15 de maio de 2009. Ou seja, quase 30 anos depois!

Essa defasagem entre a causa do problema, seu diagnóstico e a efetiva resolução denota uma das fraquezas de implementação do Direito Ambiental num país que foi pioneiro na criação de estruturas administrativas e de atos normativos de resguardo ambiental.

O plano ainda está em execução. Além dos custos, que envolveu a dragagem de pelo menos três milhões de metros cúbicos de sedimentos contaminados, num valor aproximado de 1.6 bilhões de dólares⁶⁴⁴, os danos ecossistêmicos e sociais persistem.

Mesmo assim, a EPA concluiu que o projeto de remediação teria gerado significativa redução dos níveis de PCB no alto Hudson e que a única ação necessária remanescente seria o monitoramento dos níveis de PCB em sedimentos, água e vida selvagem.

A agência projeta, em seu relatório, que serão necessários ainda 55 anos antes que os níveis de PCB nos peixes sejam seguros para autorizar o consumo de pescados do rio.

Essa afirmação da própria agência põe em dúvida a eficiência do plano de remediação, ao mesmo tempo em que retrata dano multigeracional para a população de peixes, pessoas que os pescam e consomem e para a cadeia alimentar e o ecossistema como um todo.

⁶⁴³ Em relação a esses danos colaterais supostamente alegados pela empresa, a Corte entendeu que qualquer prejuízo para o preço das ações das partes potencialmente responsáveis (PRPs), o valor da marca e o aumento dos custos de financiamento não são valores protegidos sob o manto Constitucional do direito de propriedade (Vide *GENERAL ELECTRIC COMPANY v. Lisa Perez JACKSON*).

⁶⁴⁴ Um resumo do caso está disponível em: MCKINLEY, Jesse. G.E. **Spent Years Cleaning Up the Hudson**: was it enough? 2016. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2016/09/09/nyregion/general-electric-pcbs-hudson-river.html>> Acesso em: 05 nov. 2017.

Ao longo dos trabalhos de dragagem, houve vários episódios de resuspensão dos contaminantes que geraram problemas relacionados ao abastecimento de água de comunidades situadas no entorno do *site*.

Os estoques de peixes no Rio Hudson nunca voltaram a ser o que eram antes das instalações da GE, sobretudo em relação ao *striped bass*, um peixe de dimensões significativas e que servia de sustento para muitos pescadores da região.

Esse caso retrata como a poluição atua no ambiente e como a sua remediação é lenta – a conta gotas - por mais que os esforços sejam expressivos física e economicamente.

Mesmo que a decisão da Corte de Apelações do Estado de Columbia não tenha sido favorável à General Electric, o Direito Ambiental chegou tarde e não teve a habilidade necessária para conter essa gama de efeitos que se protraem no tempo e em relação aos quais, devido à complexidade, adaptatividade e auto-organização do ecossistema, as autoridades e a empresa não logram atuar com a eficiência necessária para fazer cessar de uma vez por todas a produção e a reprodução dos danos.

Trata-se de uma decisão que não contemplou passivamente um dano ambiental, ou seja, não acolheu o argumento do fato consumado, mas mesmo assim, do ponto de vista do ambiente, ainda há muito por fazer para que as águas do Rio Hudson retomem seus padrões livres de contaminação. Demonstra o quanto o tempo da Administração e o do Judiciário devem ser suficientemente céleres para minimizar os danos ambientais.

Inoperante a esfera Administrativa, o Judiciário e a legislação processual civil têm de se mostrar aptos à tutela deste bem jurídico de características, como demonstrado no capítulo 2, bastante específicas. Deve haver uma customização do quadro de proteção jurídica voltada ao meio ambiente, sob pena de total ineficácia.

A despeito do enorme avanço jurisprudencial associado à jurisprudência do fato consumado no Superior Tribunal de Justiça, alguns traços da situação diagnosticada, em 2007, por Dias, ainda se fazem presentes. Em escrito integrante de obra comemorativa aos 25 anos da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, no qual ele apontava que, setores reacionários da doutrina e da jurisprudência ainda insistiam em contrapor à proteção ambiental, como inconciliáveis, interesses como o desenvolvimento socioeconômico e o direito de

propriedade⁶⁴⁵. Embasava sua assertiva em duas decisões, uma do Tribunal Regional da 4ª Região⁶⁴⁶, na qual uma empresa, amparada em liminar concedida pelo STJ, acabou obtendo a licença ambiental de operação; outra, do Tribunal Regional da 5ª Região⁶⁴⁷, que recusou a demolição de construções em APP entendendo que a impugnação deveria ter sido deduzida por ocasião do início do procedimento expropriatório.

Ao longo desta pesquisa, diante da leitura de um número significativo de decisões judiciais onde explícita ou implicitamente figure o fato consumado como razão de decidir na esfera ambiental, formou-se uma opinião no sentido de que aquela teoria/argumento/política oriunda do direito universitário acabou se expandindo e se remodelando. Daquele fenômeno que inicialmente marcou presença na jurisprudência brasileira somente o fluxo do tempo e a ilicitude são características persistentes.

A expansão do fato consumado vem ocorrendo *pari passu* com uma sofisticação argumentativa.

Assim, é importante que se redefina o fato consumado como razão de decidir, reafirmando o seu caráter tendente a perpetuar situações ilícitas que se consolidaram diante da inércia ou morosidade da Administração ou do Judiciário, esse último nem sempre logrando cumprir a razoável duração do processo, ou ainda diante de inovação Legislativa menos protetiva ao meio ambiente.

⁶⁴⁵ DIAS, André de Vasconcelos. Meio ambiente e fato consumado. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Coord.). **Política nacional do meio ambiente**: 25 anos da Lei n. 6.938/1981. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 175-204, p. 176.

⁶⁴⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Ag. de Inst. 2002.04.01.003036-8/SC**. Relator Des. Amaury Chaves de Athayde. Julgado em: 06 ago. 2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor>. Acesso em: 10 ago. 2018.

⁶⁴⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **AGA 36945/PE**. Relator: Des. Napoleão Maia Filho. Julgado em: 09 out. 2001. Disponível em: <<https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

Não mais é necessário, como na jurisprudência original envolvendo casos de candidatos ao ensino superior, que a situação fática tenha se consolidado diante da concessão da liminar. Na seara ambiental, geralmente não existe a concessão da liminar, conquanto também nos deparemos com casos de liminares concedidas em prol do empreendedor para manutenção de uma atividade maculada por algum tipo de ilicitude.

Voltar-se-á agora à análise da jurisprudência das cortes federais em que o fato consumado aparece como argumento na esfera ambiental.

4.2 A JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES FEDERAIS A RESPEITO DO FATO CONSUMADO E A SÚMULA 613 DO STJ

Para empreender uma pesquisa ampla e conclusiva em torno do tema, optou-se por realizá-la através do repositório de jurisprudência do Conselho da Justiça Federal (CJF).

Devido à concentração da jurisprudência de todas as Cortes Federais, inclusive as superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), em um único repositório, essa abordagem metodológica pareceu-nos a mais abrangente.

Após diversas combinações, dentre elas as expressões ambiente + “fato consumado” ou “direito ambiental” + “fato consumado”, o conjunto de vocábulos que melhor se encaixou no propósito da pesquisa foi atingido com o lançamento das expressões “fato consumado” e “meio ambiente”, ambas entre aspas, no buscador do *website*⁶⁴⁸ do CJF. Através dessa estratégia localizou-se, até a data do encerramento desta tarefa (26 de maio de 2018), quarenta e oito decisões (incluindo acórdãos e monocráticas).

Nenhuma decisão do Supremo Tribunal Federal aparece sob esses critérios de busca, embora no próprio *website* da Corte Constitucional, inserindo-se no buscador as expressões “licença ambiental” e “fato consumado”, ambas entre aspas, logrou-se encontrar um único julgado, da lavra do Min. Luiz Fux, no qual há expressa rejeição ao fato consumado, sob o argumento de *não ser possível*

⁶⁴⁸ <http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta#>

*conceder direito inexistente sob a alegação de consolidação da situação fática pelo decurso do tempo*⁶⁴⁹.

Com a colocação das expressões “licença ambiental” e “fato consumado”, ambas entre aspas, diretamente no *website* do Supremo Tribunal Federal, localizou-se um total de oito decisões monocráticas: aquela anteriormente citada mais sete. Todas elas rejeitam a aplicação da teoria do fato consumado sob o argumento de que não pode ser invocada para conceder direito inexistente sob a alegação de consolidação da situação fática pelo decurso do tempo⁶⁵⁰.

⁶⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. Recurso Extraordinário 609748**. Relator: Ministro. Luiz Fux. Julgado em: 23 ago. 2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

⁶⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1048594**. Relator: Min. Edson Fachin. Julgado em: 21. ago. 2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia/>>. Acesso em 18.agos.2018. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1140644**. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em: 01 dez. 2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia/>>. Acesso em: 18 ago. 2018. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 901333**. Relator: Min. Carmem Lúcia. Julgado em: 12 ago. 2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia/>>. Acesso em 18 ago. 2018. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 650909**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 19 dez. 2011. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>. Acesso em: 18 ago. 2018. **ARE 901333**. Relator Min. Carmem Lúcia. Julgado em: 12 ago. 2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia/>>. Acesso em 18 ago. 2018. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 535091**. Relator: Min. Carmem Lúcia. Julgado em: 26 maio 2009. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia/>>. Acesso em: 18 ago. 2018. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1140644**. Relator Min. Dias Toffoli. Julgado em: 28 jun. 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia/>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

Na Base de Jurisprudência do CJF optou-se pela pesquisa simples, marcando o STF, STJ e os cinco tribunais regionais federais, com pesquisa no campo Livre⁶⁵¹.

As Bases do STF, STJ e TRF's foram utilizadas apenas quando houve necessidade de acessar a íntegra da decisão quando indisponível na pesquisa anterior (Base do CJF).

Ainda assim, mesmo utilizando essas duas expressões entre aspas, das quarenta e oito decisões, quatorze decisões fogem do escopo desta pesquisa por representarem “falsos positivos”.

São decisões que, mesmo abrigando as expressões articuladas “fato consumado” e “meio ambiente”, tratam de outros temas, como se vê no quadro abaixo:

⁶⁵¹ BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. **Teoria e prática da pesquisa em jurisprudência**: da procura e uso da informação para sustentar teses e estudos jurídicos. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Figura 4 - Quadro Falsos positivos

Temas abordados	Números de decisões
Ensino superior	4
Concursos e nomeações para cargos públicos	2
Liberação de madeira importada e liberação de uso madeira na construção civil	2
Reajuste de vencimentos	1
Desapropriação indireta	1
Inscrição de ente público no CADIN ⁶⁵²	1
Autorização de registro de licença para extração de areia e cascalho com prazo expirado	1
Autuação administrativa diante da infração consumada	2

Fonte: quadro elaborado pela autora

Desse apanhado inicial já foi possível extrair a conclusão de que o terreno jurídico de maior aplicação do fato consumado ainda é o ensino superior. Os outros dez casos são mais esporádicos e retratam a mera coincidência em que a expressão “meio ambiente” vem elencada dentre os bens jurídicos tuteláveis através da Lei da Ação Civil Pública e o “fato consumado” aparece ora como sinônimo de situação consolidada, ora como sinônimo de exaurimento.

Dessa lista de trinta e quatro decisões, dezessete são provenientes do Superior Tribunal de Justiça e parte delas serviu de base para a edição da recente Súmula n. 613: “Não se admite a aplicação da teoria do fato consumado em tema de Direito Ambiental”.

Três dos cinco precedentes referidos como base para a edição da Súmula confirmaram decisões das instâncias ordinárias. Do quadro abaixo, somente os precedentes oriundos do Tribunal de Justiça do Mato Grosso foram reformados pelo STJ:

⁶⁵² Cadastro Informativo de créditos não quitados federal.

Figura 5 - Quadro Tribunais de Origem das decisões prolatadas pelo STJ

Tribunal de Origem	Aspecto Analisado	Precedente(s)
TJSP	Intervenção em APP e na Reserva Legal	Resp 948.921
TJDF	Intervenção em Parque Urbano e APP	AgRg no Rec. em Mandado de Segurança 28.220
TRF 5 (Paraíba)	Intervenção em APP de manguezal	AgRg no Resp 1.491.027
TJMS	Construção em APP	AgRg no Resp. 1.497.346 AgRg no Resp. 1.494.681

Fonte: quadro elaborado pela autora

Dentre esses julgados, o primeiro deles não aparece na pesquisa junto ao repositório do CJF pelas expressões “fato consumado” e “meio ambiente”, pois dele não consta o “fato consumado” com essa designação. Entretanto, foi invocado como um dos suportes da novel Súmula porque no acórdão está afirmada a ideia da “inexistência de um direito adquirido de poluir”. Não sem razão essa motivação, pois o afastamento do fato consumado como razão de decidir em matéria ambiental possui ligação umbilical com o postulado da inexistência de um adquirido de poluir. Adiante esse tema será enfrentado de forma mais alentada.

O terceiro e o quinto⁶⁵³, por algum problema na indexação, também não constaram do repositório do CJF, conquanto neles apareçam ambas as expressões usadas na busca.

A partir da introdução da teoria dos precedentes no sistema processual civil brasileiro, nomeadamente com a construção apresentada pelos arts. 926 a 928 do NCPC, os tribunais passaram a poder se valer dos precedentes e de sua eficácia vinculativa. A finalidade dessa mudança está em adicionar maior racionalidade ao direito, reduzindo a

⁶⁵³ AgRg no Recurso Especial n. 1.497.346 e AgRg no Recurso Especial n. 1.491.027.

discricionariedade⁶⁵⁴. O conjunto de decisões de um tribunal ainda continua se chamando jurisprudência e essa é geralmente persuasiva e exemplificativa. Um seletivo grupo dessas decisões pode ser denominado de precedentes.

Cabe, no ponto, situar o sentido dessa expressão. Precedente não é o mesmo que decisão judicial colegiada, muito menos monocrática, emanada de tribunal, mesmo dos superiores. Precedente é definido, numa concepção restritiva, como aquele caso que venha a acrescentar uma glosa, um acréscimo aos textos legais para decidirem determinada questão jurídica. O julgamento, ainda que colegiado e oriundo de Corte Superior (no Brasil, STJ e STF), que aplique a lei sem qualquer acréscimo interpretativo não é considerado precedente⁶⁵⁵. Em sentido mais alargado, posicionam-se Didier Júnior, Braga e Oliveira. Para esse grupo de processualistas civis, precedente é qualquer decisão que constitua uma norma para o caso concreto e um precedente para os futuros casos⁶⁵⁶.

A paulatina adesão do processo civil brasileiro aos precedentes vinculantes importa redução na discricionariedade judicial nos casos

⁶⁵⁴ A respeito das consequências do modelo inaugurado pelo CPC de 2015 relacionado aos precedentes vinculantes, Zaneti observa as vantagens para a própria magistratura derivadas da redução da discricionariedade. “A liberdade absoluta degenera-se em arbítrio para o cidadão e, em risco, para a magistratura. Assim, a redução da discricionariedade dos juízes e tribunais, aumenta a independência e a autonomia destes em relação aos demais poderes, pois a diminuição da subjetividade decisória evita a exposição dos julgadores a pressões políticas e sociais de ocasião, já que estarão vinculados unicamente à lei e aos precedentes” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. Comentários ao art. 926. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1314-1315).

⁶⁵⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 333-334. Posição semelhante é sustentada por MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 216.

⁶⁵⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, v. 2, p. 281-282.

sumulados⁶⁵⁷. Ou seja, para superar a Súmula (e isso não é impossível, tampouco ilícito), é necessário um ônus argumentativo redobrado, hábil a demonstrar que o caso possui alguma diferença essencial em relação aos precedentes. Não se ajusta do ponto de vista fático ou jurídico. Essa relativa rigidez diz respeito à estabilidade e coerência em sentido estrito previstas no art. 926 do NCPC. Dito em outras palavras, os tribunais devem seguir seus próprios precedentes (vinculação horizontal). Os tribunais inferiores devem seguir os dos superiores (vinculação vertical). A consistência e a coerência em sentido estrito dizem respeito ao dever de não contradição em relação aos precedentes anteriores⁶⁵⁸.

Pode também a Súmula ser reinterpretada pela Corte, adicionando algumas variáveis para melhor explicitá-la⁶⁵⁹ ou ser revogada diante da superveniência de lei ou dispositivo constitucional que a contrarie.

Um alerta é importante que se faça. A súmula confere maior certeza e previsibilidade ao Direito. Mas dela não consta o *obiter dictum*⁶⁶⁰, todo o seu conteúdo consiste na tese jurídica afirmada. De modo que o trabalho desenvolvido neste estudo tem por uma de suas pretensões desenvolver um conjunto de argumentos para reforçar aquilo que a referida Súmula já consagrou relativamente ao fato consumado em

⁶⁵⁷ Há quem sustente ser inconstitucional a vinculação dos juízes aos precedentes e súmulas (art. 927, incs. III, IV e V, NCPC) por não ter autorização expressa na Constituição (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1250-1251). Em sentido contrário, ZANETI JÚNIOR, Hermes. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1307-1341).

⁶⁵⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 340-341.

⁶⁵⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 340-341.

⁶⁶⁰ *Obiter dictum* pode ser entendido como “o que não se oferece como indispensável para sustentação da solução da questão”. Literalmente, “é o que é dito de passagem, pelo caminho (**saying by the way**), cujo conteúdo não constitui precedente” (MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 106).

matéria ambiental e que ainda pode vir a ser esmiuçado nos futuros julgamentos.

Feita essa breve digressão a respeito do novel sistema de precedentes vinculantes, retorna-se ao fio condutor deste trabalho: o fato consumado no Direito Ambiental.

Quem se limita à análise da jurisprudência do STJ invocada como precedentes embaixadores da Súmula 613 pode ser conduzido à falsa ideia de que o fato consumado em matéria ambiental é uma tese fadada ao perecimento e que não merece maiores reflexões doutrinárias. Ledo engano. O fato consumado não só aparece com relativa frequência na jurisprudência das cortes federais como ainda incide com certo protagonismo, por vezes mascarado sob outros codinomes ou como argumento de reforço.

Doravante, será feita uma avaliação do conjunto das decisões encontradas na jurisprudência unificada do CJF, extraindo-se aquelas que não tratam do fato consumado em matéria ambiental, iniciando pelas decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Figura 6 - Quadro de Decisões do STJ “fato consumado” e “meio ambiente”

Tipo de recurso	Origem	Data do Julgado	Acolhe ou não o Fato Consumado
1) REsp. 650728	SC	23-10-07	Não
2) REsp. 1090968	SP	15-06-10	Não
3) REsp. 769753	SC	08-09-09	Não
4) REsp. 1394025	AC – N° 2010.000660- 1/0000-00 - MS.	18-10-13	Não
5) AGARESP 739253	SC	14-09-15	Não
6) REsp. 1494988	AC- N° 0000519- 22.2006.8.12. 0012-MS	18-08-15	Não
7) REsp. 1494681	AC - N°	26-08-15	Não

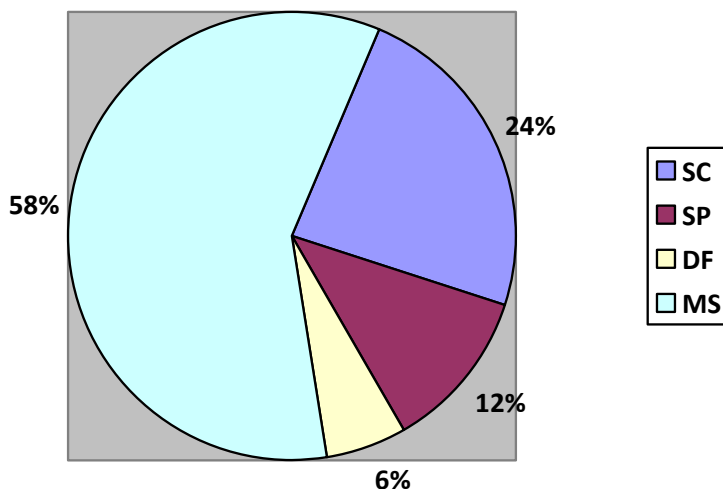
Precedente Súmula 613 do STJ	0000542-65.2006.8.12.0012 - MS		
8) RMS 28.220 Precedente Súmula 613 do STJ	DF	26-02-16	Não
9) AIRESP no REsp 1.382.576	AC - N. 2010.002833-9/0000-00 - MS	13-06-17	Não
10) REsp. 1389613	AC - N. 2010.002642-1/0000-00 - MS	16-02-17	Não
11) REsp. 1391986	AC - N° 0006188-70.2008.8.12.0017 - MS	02-08-16	Não
12) REsp. 1510476	AC - N° 0000511-45.2006.8.12.0012 - MS	07-11-17	Não
13) AIRESP 1363943	SC	15-12-17	Não
14) AIDARESP 359140	AC - N° 0006188-70.2008.8.12.0017 - MS	07-12-07	Não
15) REsp. 1.355.428	AC - N° 2010.003400 2/ 000000 - MS	26-06-16	Não
16) REsp. 1.495.757	AC - N° 0000522-74.2006.8.12.0012 - MS	01-08-216	Não
17) AINTARESP 1.211.974	SP	17-04-18	Não

Fonte: quadro elaborado pela autora

Desse conjunto de acórdãos e monocráticas do STJ, é interessante verificar que há um predomínio absoluto das decisões emanadas em recursos interpostos contra decisões do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul que, mesmo reconhecendo a ilegalidade de construções em áreas de preservação permanente (margem do rio Ivinhema), ainda assim as manteve sob o argumento do fato consumado.

Além dessas dez, somente um precedente de Santa Catarina⁶⁶¹ e outro de São Paulo⁶⁶² envolveram decisões de provimento ao Recurso Especial, com alteração de mérito das decisões das instâncias ordinárias.

Figura 7 - Gráfico Incidência de Decisões no STJ por Estado



Fonte: gráfico elaborado pela autora

⁶⁶¹ AIRESP 1363943.

⁶⁶² AINTARESP 121874.

Todo esse conjunto de decisões formou a massa crítica do STJ para a edição da Súmula 613.

O Tribunal da Cidadania captou a recorrência do argumento do fato consumado em decisões ambientais e, reiteradamente, passou a se pronunciar contra seu uso nesse ramo do Direito.

Nas primeiras decisões em que o Superior Tribunal de Justiça consagrara a tese jurídica da inexistência de um direito adquirido a poluir, já era possível detectar a semente da súmula. “Não há direito adquirido a poluir ou degradar o meio ambiente, não existindo permissão ao proprietário ou posseiro para a continuidade de práticas vedadas pelo legislador⁶⁶³”. Sobre essa tese dar-se-á maior enfoque no subitem 4.4.4.

Como ensina Sampaio, não pode haver direito sem base jurídica que o constitua⁶⁶⁴, ainda que venha sendo exercido sem oposição ou contestação durante largo tempo. A exigência de lei que permita a aderência subjetiva a determinado suporte fático é requisito de aparente obviedade dentro de qualquer ordenamento jurídico que possa ser considerado uma democracia constitucional. Entretanto, o autor adverte para os perigos da tese do fato consumado associado à segurança jurídica, confiança nas instituições e no devido processo legal, além do sempre presente prejuízo econômico⁶⁶⁵, exemplificando com a situação de um proprietário que explora os recursos naturais de forma predatória, degradando o meio ambiente, e que posteriormente, diante de superveniente ato legislativo, tenha de ver sua atividade, desenvolvida de forma danosa durante anos, interrompida ou reduzida. Descaberia invocar como defesa um suposto direito adquirido⁶⁶⁶.

O alerta de Sampaio parece bastante pertinente pois não são raros os casos em que os tribunais se seduzem pelo canto de sereia do deixar tudo como está. Foi assim em decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que, sob o fundamento do fato consumado aliado à

⁶⁶³ TESE Jurídica nº 3 de Direito Ambiental. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2030:%20DIREITO%20AMBIENTAL>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

⁶⁶⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito adquirido e expectativa de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 225.

⁶⁶⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito adquirido e expectativa de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005p. 100.

⁶⁶⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito adquirido e expectativa de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 101.

segurança jurídica, manteve doações de áreas públicas e construções em áreas de preservação permanente⁶⁶⁷.

Não só o direito brasileiro vem afirmando, reiteradas vezes, a negativa de existência de um direito adquirido a poluir. A pesquisa recolheu interessantes exemplos de julgados prolatados, por exemplo, pela Sala Constitucional da Costa Rica quando reiteradamente se pronunciou sobre a impossibilidade de considerar a existência de direitos adquiridos ou de situações jurídicas consolidadas contrariando o direito ao meio ambiente sadio⁶⁶⁸.

⁶⁶⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1.0625.98.001474-4/001**. Relator: Des. Jarbas Ladeira. Julgado em: 29 jul.2008. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisa>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

⁶⁶⁸“Sin que pueda alegarse -como se pretende que la Ley General de Salud entró en vigencia con posterioridad a la construcción y operación de las instalaciones de la recurrente por lo que ésta tenía derechos adquiridos, pues no sólo dicha ley es de orden público y, por ende, oponible a los intereses particulares, sino que en detrimento de la salud pública no existen derechos adquiridos no situaciones jurídicas consolidadas, de manera tal que toda empresa debe adecuar sus instalaciones y funcionamiento a las disposiciones que en esta materia establezca el Estado, sin importar -como en este caso- que aquella haya estado operando antes de la entrada en vigencia de la nueva normativa, a la que en todo caso, deberá adecuarse dentro de un plazo razonable” (RECURSO DE AMPARO N° 2529-B-92. VOTO N° 2742-93. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA) No mesmo sentido, “Al respecto, estima la Sala que a pesar de que efectivamente se le está exigiendo al recurrente el cumplimiento de algunos requisitos que no fueron solicitados por la Administración años atrás, lo cierto del caso es que, por encontrarse de por medio el interés público de proteger la salud, la vida, la seguridad de las personas y el ambiente, no puede considerarse válido el argumento del recurrente en el sentido de que por tener veinte años de operar ahí puede continuar haciéndolo ya que precisamente la exigencia de esas nuevas condiciones y requisitos, tiende a preservar el ambiente y a garantizar el derecho a la salud, a la vida y a la seguridad de las personas que habitan en el lugar que es una zona residencial. En ese sentido y como en otras ocasiones se ha afirmado, estima la Sala que entratándose de materia ambiental y de la preservación de los derechos a la salud, a la vida o la seguridad de las personas, no solo no puede considerarse la existencia de

Em Espanha também há decisões no mesmo sentido⁶⁶⁹, consoante cita Fraga⁶⁷⁰, mencionando que, sem licença ambiental não há direito adquirido e, em o havendo, por encarnar ato condicionado e precário, não gera direito adquirido a contaminar, devendo adaptar-se à legislação que vai sendo atualizada em função de novas realidades e avanços tecnológicos.

A licença ambiental deve ser percebida em meio a um cenário procedimental de procura pela melhor solução para conciliar a atividade proposta com a preservação do bem ambiental. Trata-se de um permanente processo de procura, de adaptação, em que a eficácia da ação administrativa se propaga no tempo, “acompanhando a produção de efeitos da licença, intervindo de forma oportuna em caso de revisibilidade”⁶⁷¹. Esse aspecto da revisibilidade (ou precariedade) da licença ambiental é justamente um mecanismo de adaptação da necessária estabilidade das normas jurídicas com o eterno aprendizado relacionado ao bem ambiental. As situações evoluem, para o bem ou para o mal, mais depressa que o conhecimento e a informação, daí por que, sustenta Garcia, trazer o futuro para o Direito é o grande desafio da Sociedade de Risco⁶⁷².

derechos adquiridos sino que, además, el Estado siempre cuenta con la posibilidad de exigir el cumplimiento de nuevos requisitos a las diferentes actividades que desarrollen los individuos, aún cuando el inmueble o el tipo de labor que se realiza, sea anterior a la modificación de la ley que exige nuevas condiciones”. Sentença Constitucional N° 2004-14576.

⁶⁶⁹ STSJ de Andalucía de 9 de febrero de 1999, RJCA 1999\371, Sala em Sevilla de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2, y STSJ de Andalucía, de 1 de diciembre de 1999, RJCA 1999\4772, Sala en Málaga de lo Contencioso-Administrativo. Citados por PEÑA CHACÓN, Mario. **Derecho ambiental efectivo**. San José, Costa Rica E-Book: pdf; 5000 Kb. Serie Derecho Ambiental, n° 1, p. 171.

⁶⁷⁰ FRAGA, Jesús Jordano. El derecho ambiental del siglo XXI. **Revista de Derecho Ambiental**, Aranzadi, n. 1, p. 95-113, 2002. Disponível em: <https://huespedes.cica.es/gimadus/09/dcho_amb2_XXI.htm>. Acesso em: 02 jul. 2018.

⁶⁷¹ GARCIA, Maria da Glória. **O lugar do direito na protecção do ambiente**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 461-462.

⁶⁷² GARCIA, Maria da Glória. **O lugar do direito na protecção do ambiente**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 458.

Yoshida e Franco⁶⁷³, em estudo específico sobre direito adquirido e situação consolidada em matéria ambiental concluem que os episódios de degradação ambiental não podem ser acobertados por esses argumentos, pois, em se tratando de atividade poluidora, não há falar em violação ao art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição e do art. 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Isso dimana do art. 225, § 3º, da CF e do art. 14, §1º, da Lei nº 6.938/81, os quais, em conjunto, impõem ao poluidor o dever de reparar o dano em prol da integridade do bem ambiental, das presentes e futuras gerações.

Assim, conquanto ainda não convertida em Súmula, a Tese jurídica relativa à inexistência de um direito adquirido a poluir está na raiz da Súmula 613, motivo pelo qual adiante o tema será desenvolvido com maior vagar.

A análise dos julgados que precederam à edição da Súmula 613 permite afirmar que o Superior Tribunal de Justiça vem promovendo uma verdadeira revolução em matéria de interpretação ambiental, reassentando o compromisso de cumprir com a Constituição Federal em seus mecanismos de proteção aos bens e direitos fundamentais.

Em uma Constituição em que o Estado se autoimpõe o papel de guardião do meio ambiente é dever do Judiciário, enquanto um dos poderes da República, reafirmar em todas as instâncias esse comando inscrito na letra do art. 225.

Ademais, é mister reconfigurar uma dimensão temporal adequada e responsável às questões ambientais, densificando os megaprincípios da prevenção e da precaução, e não através de estratégias simplistas e imediatistas como o fato consumado.

Muito mais política que jurídica, a teoria do fato consumado consubstancia uma estratégia de enfrentamento dos efeitos da passagem do tempo em relação aos direitos.

Ocorre que o fato consumado esconde sob o seu falso manto de juridicidade, as suas raízes no não direito, na negação do direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado que deve ser tutelado através de mecanismos de controle de danos e riscos sustentados nos princípios da prevenção e precaução.

⁶⁷³ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda; FRANCO, Rita Maria Borges. Prevenção, precaução e fato consumado. Perspectivas da tutela ambiental de risco. In: ROSSI, Fernando et al. (Org.). **Aspectos controvertidos do direito ambiental**: tutela material e tutela processual. Belo Horizonte: Forum, 2013, p. 87-11, p. 115.

A Súmula editada fecha as portas para a omissão estatal, para a corrupção urbano-ambiental, para o abuso de direito em detrimento do bem ambiental, reforçando a justiciabilidade de um princípio de integridade ecológica, definido pelo art. 5.1 da Carta da Terra.

Por outro lado, abre passagem para a coragem de desfazer o que deve ser desfeito, reparar o que pode e deve ser reparado, ao tempo em que insere nas relações jurídicas a perspectiva das gerações futuras como sujeitos de direitos.

Em relação às decisões das cortes federais, o *website* do Conselho da Justiça Federal indica dezessete decisões detectadas com a inserção, no buscador, das expressões “meio ambiente” e “fato consumado”, conforme o quadro abaixo:

Figura 8 - Quadro de Decisões Cortes Federais Ordinárias

Tribuna l de Origem	Tipo de Recurso	Acolhe ou Não o Fato Consumad o	Data do Julgament o
TRF 2	AC0000142552007402511 2	Não	17/09/2013
TRF 2	AC0003711942007402510 2	Não	20/02/2013
TRF 2	AC0000512912003402510 6	Não	12/02/2014
TRF 2	AC0000545222010402511 1	Não	09/02/2017
TRF 2	APELREEX 00006680520054025108	Não	24/04/2017
TRF 5	EIAC 20058400001585402	Em tese não, na prática sim.	22/10/2008
TRF 5	REO 200285000027419	Sim	24/05/2007
TRF 4	AC 200372000041850	Em tese não, na prática sim.	22/08/2006
TRF 2	AMS 00463465119994020000	Sim	07/02/2006

TRF 2	EDAG 00488056019984020000	Sim	11/10/2004
TRF 4	AG 200204010030368	Sim	06/08/2003
TRF 4	AGA 200105000303647	Sim	09/10/2001
TRF 1	AC0000740122009401380 4	Sim	05/06/2017
TRF 1	AC0002803362006401370 0	Não	01/02/2016
TRF 1	CAUTELAR INOMINADA 00712137620154010000	Sim	18/12/2015
TRF 1	CAUTELAR INOMINADA 00627037420154010000	Sim	15/12/2015
TRF 1	REMESSA EM MS 00049140420084013900	Sim	08/04/2015

Fonte:quadro elaborado pela autora

A análise desses julgados permite algumas conclusões:

- a) comparando com a coesão do Superior Tribunal de Justiça em relação ao assunto, as cortes federais ordinárias ainda recalcitram na acolhida ou não do fato consumado em matéria ambiental;
- b) o ano de 2015 parece ter sido o ano da virada, pois depois dele as decisões acolhendo o fato consumado passaram a ser mais esporádicas;
- c) a virada coincide com a consolidação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça rechaçando a teoria em matéria ambiental e com a publicação da Tese Jurídica n° 3 de Direito Ambiental.

4.3 A CAPTURA DO JUDICIÁRIO PELO FATO CONSUMADO

A par das decisões das cortes estaduais que permitiram ao STJ a construção da Súmula 613 e das decisões das cortes federais que aparecem na Jurisprudência Unificada do CJF, há um sem número de acórdãos demonstrando que também a matéria ambiental, nada obstante

todas as suas características dimanadas do estatuto do bem ambiental, foi fígada pelo fato consumado.

Analisando em bloco as decisões do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul⁶⁷⁴, a partir de seu contraste feito pelo STJ e que reverberaram o fato consumado como razão de decidir, observa-se que os argumentos repetitivos para acatá-lo resumem-se ao seguinte: (i) situação já consolidada de ocupação da área de preservação permanente não atenta contra a ordem jurídica; (ii) as severas medidas de desocupação, demolição ou remoção das edificações e reflorestamento da área ferem os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e, finalmente, (iii) os custos econômicos para demolição suplantam as benesses ambientais que poderiam ser geradas.

Antes de escrutinar cada um desses argumentos, é necessário que se faça uma breve incursão no NCPC e no que ele tem de inovador a respeito da fundamentação das decisões judiciais. Segundo Mello⁶⁷⁵, a partir do art. 489, o novo diploma adotou o dirigismo interpretativo acerca do tema. Dito de outra forma, a eliminação do livre

⁶⁷⁴ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 2010.004561-0/0000-00**. Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. Julgado em: 03 maio 2010. Disponível em: <<https://www.tjms.jus.br/cjsg/>>. Acesso em: 10 jul. 2018. MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 2010.002282-5/0000-00**. Relator: Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. Julgado em: 03 maio 2010. Disponível em: <<https://www.tjms.jus.br/cjsg/>>. Acesso em: 10 jul. 2018. MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 0000540-95.2006.8.12.0012**. Relator: Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. Julgado em 11 mar. 2014. Disponível em: <<https://www.tjms.jus.br/cjsg/>>. Acesso em: 10 jul. 2018. MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 2010.003321-3/0000-00**. Relator: Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. Julgado em: 03 maio 2010. Disponível em: <<https://www.tjms.jus.br/cjsg/>>. Acesso em 10 jul. 2018. MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração em Apelação Cível 2010.003400-2/0001-00**. Relator: Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. Julgado em: 14 jun. 2010. Disponível em: <<https://www.tjms.jus.br/cjsg/>>. Acesso em 10 jul. 2018.

⁶⁷⁵ MELLO, Cláudio Ari. Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. In: SILVA, Cláudio Barros; BRASIL, Luciano de Faria (Org.). **Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 262-282, p. 281.

convencimento judicial (art. 371), a necessidade da fundamentação adequada (489, § 1.º), a justificação interna e externa, fática e jurídica, passaram a ser exigências para conduzir qualquer motivação e ponderação como método de solução da colisão entre normas (art. 489, § 2.º) pelo NCPC. De acordo com o art. 489, §§ 1º e 2º, exige-se do julgador uma fundamentação consistente e responsável em que não mais se admite o recurso a um topos sem maiores explicações.

Essa previsão de fundamentação estruturada condiz com um detalhamento do art. 93, inc. IX⁶⁷⁶, da CF, vindo ao encontro da obrigatoriedade de fundamentação e reforçando a necessidade de os juízes justificarem responsabilmente suas decisões⁶⁷⁷.

Aludido dever de fundamentar com base nesse dispositivo vem a calhar para auxiliar no sepultamento definitivo do fato consumado em matéria ambiental. O recurso a expressões genéricas como ordem jurídica, razoabilidade, proporcionalidade, custos econômicos, todas figurando nas decisões antes referidas, não mais é admitido pelo NCPC sem uma boa explicitação, consistência e coerência com a prova dos autos⁶⁷⁸. O legislador foi taxativo ao dizer que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão⁶⁷⁹”.

⁶⁷⁶ Art. 93 [...] X todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁶⁷⁷ MELLO, Cláudio Ari. Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. In: SILVA, Cláudio Barros; BRASIL, Luciano de Faria (Org.). **Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 262-282, p. 281.

⁶⁷⁸ MELLO, Cláudio Ari. Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. In: SILVA, Cláudio Barros; BRASIL, Luciano de Faria (Org.). **Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 262-282, p. 265-266.

⁶⁷⁹ Art. 489 do NCPC.

Feita essa ressalva relativa ao sistema hoje vigorando no coração do processo civil brasileiro, passa-se agora a examinar os três blocos de argumentos.

No primeiro argumento, como sói acontecer quando do acolhimento do fato consumado, o fator tempo funciona como uma anistia. Uma varinha mágica capaz de converter uma ilegalidade, desde a sua raiz com a expedição da licença pelo órgão ambiental, ou, pior ainda, construção feita sem qualquer licença ou contrariando uma eventualmente expedida, em situação incapaz de atentar contra a ordem jurídica.

As construções das casas de veraneio (veja-se que sequer de moradia se trata) em áreas de preservação permanente (margens do rio Ivinhema), com supressão de vegetação ciliar, foram declaradas pelos acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul como contrárias ao Código Florestal então vigente (Lei Federal n. 4.771/65). Entretanto, o silogismo operado nas decisões foge à lógica jurídica porque, ao invés desse ato importar na anulação das licenças expedidas pelo IMASUL, o Tribunal opta por referendá-las, devido ao decurso de tempo.

Na verdade essas decisões têm muito pouco de jurídicas, apresentando um forte matiz político. São decisões que fazem tábula rasa de toda a dogmática ambiental enraizada na Constituição Federal, colidindo diretamente com a ideia do meio ambiente como bem fundamental e com a preservação dos processos ecológicos essenciais. Valendo-nos da crítica de Adeodato, são decisões em que os julgadores, num impulso pessoal, se valem de métodos de interpretação em que, ao invés do sentido da lei ou da pretensa vontade do legislador, conduzem a uma interpretação mais conveniente aos interesses teóricos e políticos subjetivos de quem as profere⁶⁸⁰.

A política dos fatos consumados, como bem observa Ferreira⁶⁸¹, opõe-se diretamente ao princípio da prevenção, pois estimula a prática de atos lesivos ao meio ambiente já que os aceita e, mais do que isso, os estabiliza, coroando-os com a marca de uma licitude artificial. Os

⁶⁸⁰ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 278.

⁶⁸¹ FERREIRA, Ricardo Viana. Um antiprincípio em el derecho ambiental: la política de hechos consumados. **Revista de Derecho Ambiental**, n. 13, p. 293-301, 2005.

juízos com lastro no fato consumado fazem política com a máscara da aplicação da lei⁶⁸².

Se a aplicação do fato consumado a campos menos perigosos como por exemplo o direito do ensino superior e ingresso no serviço público já produziu um desarranjo normativo e consequencial bastante problemático e embaraçoso, na seara ambiental pode-se dizer que ele produz um conjunto de danos irreversíveis ao bem ambiental (difuso, fundamental, transgeracional e intangível).

Ademais, essa opção política vai de encontro aos deveres fundamentais carreados ao Estado pela Constituição enquanto norma matriz da definição do meio ambiente como bem fundamental.

Voltando a Ferrajoli, é de se reforçar que os bens fundamentais têm um caráter inalienável, indisponível, não se submetendo à lógica do mercado⁶⁸³ e deles dimanando direitos e deveres fundamentais cuja violação importa invalidade das decisões a cargo do Estado⁶⁸⁴.

Por sua vez, a observância dos deveres de preservação ambiental é requisito para outorgar legitimidade aos atos do Poder Público.

Assim, as licenças expedidas pelo órgão ambiental padeceram de total ilegalidade e não estavam aptas a produzir os efeitos jurídicos almejados.

O só fato dessas casas de veraneio estarem licenciadas não as imunizava contra eventual ordem demolitória. As decisões judiciais nessas situações que opõem o interesse do proprietário ao interesse público e transgeracional de proteção do meio ambiente devem se pautar por um balanceamento que venha a promover o justo equilíbrio entre

⁶⁸² BUGGE, Hans Christian. Twelve fundamental challenges in environmental law. An introduction to the concept of rule of law for nature. In: VOIGT, Christina (Ed.). **Rule of law for nature: new dimensions and ideas in environmental law.** New York: Cambridge University Press, 2013, p. 3-26, p. 23.

⁶⁸³ LEITE, José Rubens Morato; GALBIATTI, Paula; BETEGA, Belisa. Princípios estruturantes do estado de direito para a natureza. In: LEITE, José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França (Org.). **Estado de direito ecológico.** Conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza. São Paulo : Instituto O direito por um Planeta Verde, 2017. p. 166-201, p. 190.

⁶⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** Madrid: Trotta, 2001, p. 19, p. 21, p. 39, p. 146, p. 154-156.

proteção ambiental, desenvolvimento econômico e as atividades dos particulares⁶⁸⁵, garantindo a preservação dos processos ecológicos essenciais, a manutenção da integridade dos ecossistemas e a qualidade ambiental.

Sem embargo, a Corte Estadual optou por validá-las e manter as edificações nos espaços territoriais protegidos como APP's.

Dissecando essas decisões do Tribunal sul-mato-grossense nas hipóteses das casas de veraneio às margens do rio Ivinhema, é possível observar que há uma análise bastante superficial da real assimetria entre manter as construções e desmanchá-las recuperando integralmente o ambiente e, com isso, restaurando os processos ecológicos essenciais.

Nas decisões há somente uma alusão à perícia que apontaria para um dano de pequena monta ocasionado pelas construções.

Todavia a soma delas e os efeitos sinérgicos que envolvem os danos ambientais situados em um mesmo ecossistema não foram rigorosamente avaliados.

Na mesma toada segue o julgamento da apelação pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina que deu origem ao aresto de n. 13 da Figura 6 (STJ)⁶⁸⁶. Percorrendo o caminho inverso (do repositório do STJ para o da Corte Estadual), verificou-se que o Tribunal Estadual⁶⁸⁷ havia reformado a sentença com ordem de demolição de uma construção à margem do Rio do Peixe, na Comarca de Videira.

Os argumentos se assemelham em muito àqueles articulados pelo Tribunal sul-mato-grossense, agregando-se uma ênfase na inaplicabilidade do Código Florestal às áreas urbanas, tese com a qual igualmente não se concorda e que, recentemente, foi rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça: “A proteção ao meio ambiente não difere

⁶⁸⁵ PEÑA CHACÓN, Mario. **Autorizaciones administrativas frente a la tutela ambiental.** Disponível em: <http://www.academia.edu/19467313/Autorizaciones_administrativas_frente_a_la_tutela_ambiental> Acesso em: 03 jul. 2018.

⁶⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AIRESP 1363943.** Relator: Min. Gurgel de Faria. Julgado em: 15 dez 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/>>. Acesso em 03 jul. 2018.

⁶⁸⁷ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apel. Cível 2008.049652-8.** Relator: Des. Carlos Adilson Silva. Julgado em: 30 ago. 2011. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora>. Acesso em: 02 jul. 2018.

entre área urbana ou rural, porquanto ambos merecem a atenção em favor da garantia da qualidade de vida proporcionada pelo texto constitucional, pelo Código Florestal e pelas demais normas legais sobre o tema”⁶⁸⁸. A dicotomia entre o urbano e o rural não se presta ao Direito Ambiental e é totalmente antagônica à abordagem ecossistêmica preconizada por esta tese.

No tocante ao fato consumado, a decisão da Corte Catarinense reporta-se à outra em que constou da ementa: “Se da demolição do prédio nenhum benefício resultar ao meio ambiente - e, por via de consequência, à sociedade -, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e também a teoria do fato consumado, positivada nos arts. 1.258 e 1.259 do C. Civil -, autorizam a conversão da obrigação de fazer (demolição) em obrigação de dar (indenização)”⁶⁸⁹.

Nessa decisão, merece destaque a menção aos artigos 1258 e 1259 do CC, os quais nada têm a ver com ocupação ou construção fora dos padrões urbanísticos ou desafiando o ordenamento ambiental. Tais dispositivos relacionam-se à invasão de construção em terreno privado. A fundamentação com base nesses dispositivos demonstra o esforço argumentativo feito para aniquilar a proteção ambiental .

Nos próximos itens, serão analisados os argumentos que de forma recorrente associam-se ao fato consumado nos tribunais. Por vezes, esses argumentos camuflam o fato consumado. Outras vezes, a ele se agregam.

4.4 O FATO CONSUMADO COMO DIREITO ADQUIRIDO

Um dos argumentos que está constantemente associado ao fato consumado em matéria ambiental é o do direito adquirido. Possivelmente pela sua aura de intangibilidade e secular tradição jurídica, além de sua aceitação tanto nos países que adotam o sistema da *common law* (através dos chamados *vested rights*) como de tradição

⁶⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1527846 / SC**. Relatora: Ministra Regina Helena Costa. Julgado em: 22 maio 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/>>. Acesso em 03 jul. 2018.

⁶⁸⁹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **AC 2008.020378-9**. Relatora: Desa. Sônia Maria Schmitz. Julgado em: 11 jan. 2011. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora>. Acesso em: 02 jul. 2018.

romano-germânica, o direito adquirido é presença marcante nos debates judiciais e nas contendas administrativas. Atado a ele surgem embates a respeito do não menos espinhoso tema do conflito intertemporal de leis.

O direito adquirido aparece associado aos seguintes modelos ou suportes fáticos que tangenciam questões ambientais: (i) quando uma atividade potencialmente poluidora que se prolonga no tempo é contestada, defende-se o responsável com o argumento de que possuía todas as licenças e autorizações necessárias ao tempo de sua implantação e início de operação ou nenhuma licença ambiental era exigível quando se instalou e iniciou a operação⁶⁹⁰; (ii) quando uma atividade potencialmente poluidora, exaurível em ato único, se implanta e, posteriormente, sobrevém legislação que se lhe opõe total ou parcialmente⁶⁹¹; (iii) construções em espaços territoriais protegidos cujas normas que os delimitem ou os tornem mais rigorosos venham a sobrevir após tais intervenções⁶⁹²; (iv) construções em espaços

⁶⁹⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. (AC) **590909/PE**. Relator: Des. Élio Siqueira Filho. Julgado em: 22 jun. 2017. Disponível em: <http://www.trf5.gov.br/archive/2017/06/ESPARTA/200883000124678_20170629_7034849.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2018. No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. AC nº **491755/PE**. Relator: Des. Edilson Pereira Nobre Júnior. Disponível em: <<https://www4.trf5.jus.br/data.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2018. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. AG **1.0416.13.001009-1/001**. Relatora: Desa. Versiani Penna. Julgado em: 18 dez. 2014. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 22 jun. 2018. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. AC **200782000093547**. Relator: Des. Francisco Cavalcanti. Julgado em: 26 abr.2012. Disponível em:

<http://www.trf5.gov.br/archive/2017/06/ESPARTA/200883000124678_20170629_7034849.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2018.

⁶⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp **1726986**. Relator: Min. Herman Benjamin. Julgado em: 14 jun. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/doc.jsp?livre=licen%E7a+ambiental+ato+%FAnico+%22direito+adquirido%22&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

⁶⁹² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. AC **0000927-53.2009.4.03.6006/MS**. Relator: Des. Nery Junior. Julgado em: 19 abr. 2017. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

territoriais protegidos cujas normas que os delimitem venham a ser mais favoráveis ao responsável/poluidor pelo advento de legislação posterior⁶⁹³; (v) licenças demolitórias concedidas para bens culturais cujo tombamento ou inventário sobrevenha antes da demolição⁶⁹⁴. Em todas essas situações, a litigiosidade se instaura entre a máxima fruição do direito de propriedade, a livre iniciativa e as limitações impostas ao domínio econômico derivadas do dever de preservação ambiental (na sua ampla compreensão⁶⁹⁵), sobretudo aquelas internalizadas no próprio conteúdo do direito de propriedade.

Demonstrada a relevância do tema, passar-se-á a teorizar sobre o tempo, o direito intertemporal e o direito adquirido para, no final, tentar retirar alguns critérios para melhor solução dessas questões de índole ambiental em que o tempo milita contra a integridade e a resiliência dos ecossistemas.

⁶⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp. 1.389.613 - MS (20130188421-7)**. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Julgado em: 13 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 29 jul. 2018. Paradigmática a decisão da lavra do Min. Herman Benjamin, contestando entendimento solidificado pela Câmara Reservada de Meio Ambiente do TJ/SP no sentido da aplicabilidade imediata do novo Código Florestal (Lei nº 12.651/12) a situações consolidadas no passado: “ Não se emprega norma ambiental superveniente de cunho material aos processos em curso, seja para proteger o ato jurídico perfeito, os direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, seja para evitar a redução do patamar de proteção de ecossistemas frágeis semas necessárias compensações ambientais. Precedentes (REsp1381191/SP, Rel. Ministra Diva Malerbi, Segunda Turma, julgado em 16/06/2016, DJe 30/06/2016; e AgRg no REsp 1367968/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 12/03/2014)” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. 1.725.202 - SP**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 22 maio 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/>>. Acesso em: 29 jul. 2018).

⁶⁹⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **AC 70069583730**. Relator: Des. Eduardo Uhlein. Julgado em 29 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search>>. Acesso em: 28 jul. 2018.

⁶⁹⁵ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

O Direito não seria o que é se não soubesse lidar com o tempo⁶⁹⁶. O tempo por si só suscita diversos confrontos jurídicos. As diferentes temporalidades, suas interações na vida real e nos direitos desafia a aplicação do direito⁶⁹⁷.

O tempo presente é interpenetrado pelo passado, através da memória, e pelo futuro, por meio da espera⁶⁹⁸. As agressões causadas ao meio ambiente ao serem perpetuadas subtraem integridade dos ecossistemas e dos processos ecológicos essenciais sinalizando para uma espera de curto alcance que privilegia o modo de apropriação do bem ambiental frente ao modo responsável e solidário.

Conforme enfatizado ao início deste capítulo, diversas são as estratégias empregadas pelo Direito para enfrentamento das suas complexas relações com a passagem do tempo.

Uma delas é o princípio/instituição/garantia⁶⁹⁹ do direito adquirido, a qual se insere na ampla temática da segurança jurídica, e que vem recebendo atenção muito especial da jurisprudência brasileira em matéria ambiental, notadamente do Superior Tribunal de Justiça.

No ordenamento jurídico pátrio, o direito adquirido, além do resguardo conferido na LINDB⁷⁰⁰, está protegido em nível

⁶⁹⁶ HAURIOU, Maurice. **Aux sources du droit**: le pouvoir, l'ordre et la liberté. Toulouse: Centre de Philosophie Politique et Juridique, 1986, p. 189.

⁶⁹⁷ OST, François. Multiplicité et discontinuité du temps juridique; observations critiques. **Contradogmáticas**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 415, 1985, p. 59.

⁶⁹⁸ RICOEUR, Paul. **Tempo e narrativa**. Campinas: Papyrus, 1994, v. 1, p. 23 e p. 26.

⁶⁹⁹ Adiante, desenvolver-se-á o tema da natureza jurídica do direito adquirido.

⁷⁰⁰ Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o **direito adquirido** e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º **Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem – grifos nossos.**

constitucional na dicção do art. 5º, inc. XXXVI⁷⁰¹. Contemplado no ápice do ordenamento jurídico, continua a ser “brandido como um talismã destinado a fazer bater em retirada as veleidades reformistas do legislador”⁷⁰², apresentando-se como um tema sempre atual e complexo na argumentação jurídica.

O direito adquirido, por sua notória transversalidade temática, perpassando a legislação constitucional e a LINDB, ora é entendido como princípio⁷⁰³, ora como instituição⁷⁰⁴. Opta-se, entretanto, por situá-lo como garantia⁷⁰⁵.

Garantia porque, na sua essência, o direito adquirido é vazio de uma base material, funcionando, na verdade, como acessório dos direitos ao qual adere. Assim, na linha do garantismo de Ferrajoli, pensamos que o direito adquirido traduz uma garantia individual jusfundamental não absoluta, porquanto pode ceder frente a outros direitos fundamentais, sobretudo os de natureza coletiva. “Não é correto postular que todo e qualquer direito subjetivo, independentemente do seu substrato ético, uma vez concedido no passado, jamais possa ser retirado pelas gerações futuras”⁷⁰⁶.

⁷⁰¹ XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

⁷⁰² OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 124.

⁷⁰³ Toledo considera o direito adquirido como um princípio relacionado a uma garantia jusfundamental (TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e estado democrático de direito**. São Paulo: Landy, 2003, p. 263-264). Também faz referência ao “princípio do respeito ao direito adquirido”, FRANÇA, Rubens Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 189.

⁷⁰⁴ PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 267.

⁷⁰⁵ Sarmiento também se refere ao direito adquirido como garantia constitucional (SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 9-39, 2005a, p. 37).

⁷⁰⁶ SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 9-39, 2005a, p. 37. Sampaio, ao final de sua profunda monografia sobre o tema, refere-se ao direito adquirido como

O legislador pátrio não acolheu na Constituição o princípio da irretroatividade absoluta das leis, mas, sim, o princípio da irretroatividade restrita, que consiste na proibição de leis prejudiciais ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

A relação entre lei e vida social é complexa e suscita interações recíprocas. Além disso, não se pode perder de vista que o direito, sob o influxo da questão ambiental, que é atrelada à sobrevivência da espécie humana e das demais formas de vida, incorpora gradativamente a dimensão do futuro, sem descurar do passado.

Conscientes do Antropoceno e de seus efeitos devastadores, os juristas, desde o campo da Ordem Econômica, passaram a regradar condições de vida social em geral, as relações do homem com o meio natural e hoje se abre caminho, cada vez mais, para regular as relações entre a geração atual e as futuras⁷⁰⁷. No ordenamento jurídico pátrio não tem sido diferente.

Se pensarmos na relação jurídica intergeracional definida por Ramos Júnior⁷⁰⁸ como sendo aquela que envolve membros de distintas gerações e que está contemplada em nível constitucional no Brasil em função da expressão futuras gerações (art. 225, “caput”), uma nova abordagem sobre essa ideia de fluxo de tempo é requerida.

Encontra-se na obra desse mesmo autor, que parte de conceitos da física, uma visão até certo ponto revolucionária e inédita a respeito do paradoxo temporal do Direito Ambiental em que propõe a eliminação dele considerando-o aparente. Ancorado nos conhecimentos de

garantia de *status* constitucional. Entretanto, em parte introdutória, traz uma noção estrita e outra larga. Em sentido estrito, seria o “complexo de situações concretas e subjetivas fundadas e esgotadas as hipóteses legais de aquisição”. Em sentido largo, entende o direito adquirido como abarcando as situações derivadas da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, ou seja, situações que decorrem de um julgado irrecorrível ou de situações existentes e realizadas de acordo com a lei (SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito adquirido e expectativa de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 84 e p. 247).

⁷⁰⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 94.

⁷⁰⁸ RAMOS JÚNIOR, Dempsey Pereira. **Meio ambiente e conceito jurídico de futuras gerações**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 48.

Hawking⁷⁰⁹ e Davies⁷¹⁰, Ramos Júnior pressupõe que o tempo não flui, ele simplesmente é⁷¹¹. Incorpora-se ao cotidiano a ideia de que o tempo voa. Sente-se a passagem do tempo por vezes de forma mais aguda que a mudança de espaços.

Contudo, a física contemporânea, com base na Teoria da Relatividade de Einstein, nega o fluxo de tempo e transforma passado, presente e futuro em ilusões⁷¹². “Os físicos preferem pensar o tempo como inteiramente mapeado – uma paisagem temporal (*timescape*), em analogia a uma paisagem espacial (*landscape*) – contendo todos os eventos passados e futuros”⁷¹³. Alguns cientistas chamam isso de tempo bloqueado, um tempo que não passa nem flui⁷¹⁴.

Isso não significa, especula Davies, dizer que as designações passado e futuro são incongruentes com os conhecimentos da física. “Eventos no mundo formam, inegavelmente, uma sequência unidirecional” e, por convenções, a flecha do tempo aponta para o futuro, assim como a da bússola aponta para o norte. Tanto uma como a

⁷⁰⁹ HAWKING, Stephen. **Uma nova história do tempo**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005, p. 42-57.

⁷¹⁰ DAVIES, Paul. Esse fluxo misterioso. **Scientific American Brasil**, Paradoxos do Tempo, v. 1, n. 6, p. 32-39, 2011. Disponível em: <https://issuu.com/ed_moderna/docs/saaulaaberta6>. Acesso em: 26 jul. 2018.

⁷¹¹ RAMOS JÚNIOR, Dempsey Pereira. **Meio ambiente e conceito jurídico de futuras gerações**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 218-19.

⁷¹² DAVIES, Paul. Esse fluxo misterioso. **Scientific American Brasil**, Paradoxos do Tempo, v. 1, n. 6, p. 32-39, 2011. Disponível em: <https://issuu.com/ed_moderna/docs/saaulaaberta6>. Acesso em: 26 jul. 2018.

⁷¹³ DAVIES, Paul. Esse fluxo misterioso. **Scientific American Brasil**, Paradoxos do Tempo, v. 1, n. 6, p. 32-39, 2011. Disponível em: <https://issuu.com/ed_moderna/docs/saaulaaberta6>. Acesso em: 26 jul. 2018, p. 35.

⁷¹⁴ DAVIES, Paul. Esse fluxo misterioso. **Scientific American Brasil**, Paradoxos do Tempo, v. 1, n. 6, p. 32-39, 2011. Disponível em: <https://issuu.com/ed_moderna/docs/saaulaaberta6>. Acesso em: 26 jul. 2018, p. 35.

outra indicam não mais do que a assimetria. Não são definidoras do movimento⁷¹⁵.

Essa nova perspectiva científica de espaço-tempo⁷¹⁶ incorporada ao profundo estudo de Direito Ambiental na sua feição intergeracional promovido por Ramos Júnior, revela-se uma verdadeira pedra filosofal para essa disciplina que rompe paradigmas, a começar pela ideia de inserir as gerações futuras nas relações jurídicas. Portanto, sua construção de espaço-tempo será aqui utilizada para o enfrentamento do debate sobre o direito adquirido e Direito Intertemporal em matéria de meio ambiente.

O direito adquirido, como uma das principais instituições relacionadas ao Direito Intertemporal, não se apresenta infenso a tais novidades, conforme se verá na sequência. Mesmo assim, não perde o seu valor como “barreira contra a presentificação do passado”⁷¹⁷.

A linha temporal neutra, defende Coeli Pires⁷¹⁸, parte da ideia tradicional do fluxo temporal em que a regra geral é: *lex posterior derogat priori*. A lei nova produz o efeito extintivo em relação à precedente.

Ocorre que o Direito é fadado a surpreender, como ensina Batalha⁷¹⁹. As leis, sobretudo nos tempos do efêmero⁷²⁰, nascem e

⁷¹⁵ DAVIES, Paul. Esse fluxo misterioso. **Scientific American Brasil**, Paradoxos do Tempo, v. 1, n. 6, p. 32-39, 2011. Disponível em: <https://issuu.com/ed_moderna/docs/saaulaaberta6>. Acesso em: 26 jul. 2018, p. 35.

⁷¹⁶ Para justificar essa abordagem que fundo o espaço e o tempo, Davies exemplifica com a escala física das distâncias. “Assim como anos-luz, minutos luz é uma medida de comprimento, não de tempo, e corresponde à distância percorrida pela luz em um minuto” (RAMOS JÚNIOR, Dempsey Pereira. **Meio ambiente e conceito jurídico de futuras gerações**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 34).

⁷¹⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito adquirido e expectativa de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 84.

⁷¹⁸ PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 86.

⁷¹⁹ BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito intertemporal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 48.

⁷²⁰ LIPOVETSKY, Gilles. **L’empire de l’éphémère: la mode et son destin dans les sociétés modernes**. Paris: Gallimard-Folio, 1987.

morrem com velocidade impressionante. Na área ambiental, por sua estreita vinculação com a economia (como vimos nos capítulos precedentes), legisla-se ao sabor das variações do mercado, transformando direitos humanos das presentes e futuras gerações, na expressão de Benjamin, num “ioiô legislativo, um acordeão desafinado e imprevisível, que ora se expande, ora se retrai”⁷²¹.

Os problemas surgem nos entretempos entre a vigência da lei anterior e da posterior. O direito novo que, supostamente, deveria ser neutro em relação ao passado, pode acabar repercutindo em relação ao passado e, com isso o traço de neutralidade do direito novo no tocante ao passado pode relativizar o efeito *ex nunc* da lei nova, e a lei antiga pode vir a ter seus efeitos mitigados ou modulados⁷²².

O tempo jurídico “opera por cortes e saltos numa realidade que insta, dura e se transforma paulatinamente”⁷²³. Esse fenômeno – conhecido como sucessão ou conflito de leis no tempo - produz controvérsias sobre a aplicabilidade da primeira, da segunda lei ou de um sistema jurídico intermediário ou de adaptação⁷²⁴.

Enquanto o direito transitório compõe-se daquele conjunto de normas destinadas a atuar temporariamente de forma **limitada e exaurível** no âmbito do regime especial a que pertencem (normalmente contidas nas disposições transitórias das leis), o direito intertemporal volta-se para o plano dinâmico⁷²⁵ e para o conflito das leis no tempo.

Sem desconhecer a posição que considera que o Direito Intertemporal pode ocupar-se tanto da estática do entretempo jurídico

⁷²¹ BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: O PRINCÍPIO da proibição de retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2012, p. 55-72, p. 55.

⁷²² PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública:** segurança jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 88.

⁷²³ BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito intertemporal.** Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 15.

⁷²⁴ PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública:** segurança jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 88.

⁷²⁵ PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública:** segurança jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 91.

(direito transitório) como da sua dinâmica⁷²⁶, o fato é que a própria questão da intertemporalidade, conquanto diretamente conectada à normatividade jurídica, vem-se revelando insuficiente na Pós-modernidade, sobretudo para o Direito Ambiental.

O Direito como um todo está remetido a se reinventar diante da historicidade dos sujeitos envolvidos, temporalidade coletiva e pelas novas visões de mundo trazidas pelas contribuições científicas, notadamente da Física.

A tarefa dos operadores do Direito em geral, e do Direito Ambiental em especial, é de superação do paradoxo do fluxo de tempo dando lugar a outra racionalidade complexa, abandonando uma perspectiva jurídica reducionista⁷²⁷, hiperfocada no presente.

A visão do tempo como um contínuo, uma paisagem temporal, em muito auxilia na revisão da noção de alguns institutos altamente conectados ao fato consumado, como é o caso do direito adquirido.

Intimamente ligado à noção de segurança jurídica, o direito adquirido é ponto de convergência das ideias de irretroatividade da lei e de imposição de barreiras à retroprojeção da lei nova e de sobrevivência da lei antiga⁷²⁸. Pilares do direito da Modernidade, o direito adquirido e a segurança jurídica são garantias entrelaçadas com o direito de propriedade para cuja potência o Estado-nação foi customizado⁷²⁹, sobretudo a partir do pensamento de Locke⁷³⁰.

⁷²⁶ Nesse sentido, FREIRE, Natália de Miranda. **Técnica e processo legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 147-148.

⁷²⁷ PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 96.

⁷²⁸ PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 99.

⁷²⁹ PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 25.

⁷³⁰ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2003. Para um estudo aprofundado da obra de Locke e suas influências na construção jurídica do direito de propriedade e na doutrina política do liberalismo, v. LASSALE, José Maria. **Locke, liberalismo y propiedad**. Madrid: Fundacion Beneficentia et peritia iuris, 2003.

Coeli Pires⁷³¹, Toledo⁷³² e Belchior⁷³³ já especularam em torno do tema, concluindo que a visão de mundo legada pela Modernidade, fruto do Iluminismo, centrada no indivíduo e que conforma o Direito e o Estado (sobretudo liberal) submete esse mesmo Estado, por meio da Constituição, à ordem jurídica, como forma de garantia da esfera egoística dos indivíduos e apta a sustentar a dicotomia entre sociedade civil e sociedade política.

A lei moderno-iluminista era vista como uma prescrição normativa da vontade geral, identificada como o direito. Essa visão rousseauiana não casa com a atual realidade das democracias ocidentais, sobretudo juvenis como a brasileira, onde a lei é muito mais fruto da força política dominante ou resultado de um conjunto de vontades negociadas e sempre impulsionadas pelos interesses do mercado e das forças econômicas que estabelecem múltiplos arranjos nas instâncias políticas⁷³⁴.

Vive-se em um contexto em que é notória a redução da aspiração da lei de ser, de fato, um fator de ordenação. Muito mais um ato personalizado, as leis têm sido pactuadas para poder conseguir o acordo político e social possível⁷³⁵.

Descendentes diretos de um Direito ainda calcado no paradigma da Modernidade, dois sistemas distintos passaram a reger o direito adquirido: o primeiro exige barreiras de segurança jurídica no plano do direito ordinário; o segundo, assenta-se sobre bases constitucionais e,

⁷³¹ PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública:** segurança jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 111.

⁷³² TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e estado democrático de direito.** São Paulo: Landy, 2003, p. 250.

⁷³³ BELCHIOR, Germana Parente. **Fundamentos epistemológicos do direito ambiental.** Tese (Doutorado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015, Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/156745>>. Acesso em: 18 jul.2018, p. 12 e p. 49, dentre outras passagens.

⁷³⁴ NEVES, Antônio Castanheira. **O Instituto dos «assentos» e a função jurídica dos supremos tribunais.** Coimbra: Coimbra, 1983, p. 584-585. Na mesma linha, TAMANAHA, Brian. **A realistic theory of law.** Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 195.

⁷³⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil:** ley, derechos, justicia. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 36-38.

por isso mesmo, além de vincular o administrador e o juiz, condicionaria o próprio Legislador⁷³⁶.

O ordenamento jurídico pátrio, assim como o fez nas constituições de 1934, 1946 e de 1967, e na Emenda Constitucional n° 1/69, consagra no texto constitucional a proteção ao direito adquirido. O fato de ele aparecer na Constituição não o torna mais relevante ou encorpado. Trata-se de garantia bastante introjetada no senso de Justiça do cidadão e dos operadores jurídicos, de modo que, mesmo prevista estivesse somente na legislação de introdução ao Código Civil ou às normas do direito brasileiro (norma de superdireito), igual relevo teria.

Situado o posicionamento do direito adquirido, calha discorrer sobre sua conformação.

Na caracterização ontológica do instituto, são referência internacional no Direito Intertemporal, as teorias de Carlo Francesco Gabba e de Paul Roubier⁷³⁷.

A doutrina do italiano Gabba⁷³⁸, denominada teoria subjetiva, influenciou e influencia até hoje a compreensão do direito adquirido, suscetível de ser considerada a mais aceita na doutrina e jurisprudência pátria⁷³⁹. Assenta-se em três bases: fatos aquisitivos, direito subjetivo (concreto) e patrimonialidade.

Em apertada síntese, ele considera como adquirido todo direito que é consequência de um fato idôneo, em virtude da lei do tempo em que esse fato ocorreu, embora a ocasião de o fazer valer não se tenha apresentado antes do surgimento de uma lei nova sobre o mesmo tema; e que, nos termos da lei, sob o império da qual se deu o fato de que se

⁷³⁶ PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 111.

⁷³⁷ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **O direito adquirido e o direito intertemporal a partir do debate entre Roubier e Gabba.** Disponível em: <<http://andersonteixeira.com/data/documents/Artigo-AVT-Direito-Adquirido-no-debate-entre-Roubier-e-Gabba.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

⁷³⁸ GABBA, Carlo Francesco. **Teoria della retroattività delle lege.** Torino: Unione, 1891, p. 98.

⁷³⁹ SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 9-39, 2005a, p. 23.

originou, tenha entrado imediatamente para o patrimônio de quem o adquiriu⁷⁴⁰.

Bastante controverso na doutrina⁷⁴¹ é o fato desse jurista inserir na noção de direito adquirido a ideia de que seria um direito que se incorpora ao patrimônio do sujeito.

Patrimônio é noção polissêmica. Com matriz inegavelmente civilista, o patrimônio geralmente vem conceituado sob duas formas: a) resultado da diferença entre os valores ativos e passivos de um sujeito⁷⁴² ou b) conjunto de direitos, relações ou bens que sejam aferíveis em pecúnia, ou seja, tenham valor de troca⁷⁴³. Tomando-se qualquer uma dessas definições, há de se reconhecer certa incongruência com o estatuto atual do direito adquirido, quer o consideremos um princípio, uma instituição jurídica ou mesmo uma garantia.

Não se pode deixar de destacar, entretanto, a visão contemporânea de patrimônio comum, abordada no capítulo 2, e que converte o proprietário, assim como o Estado nacional, em guardião do patrimônio comum confiado à sua vigilância. Os bens ambientais, neles incluída a dimensão cultural, e seu conjunto de funcionalidades (macrobem ambiental⁷⁴⁴) pertence a todos, indistintamente, ainda que na modalidade de microbem ambiental possam estar sob o regime de propriedade pública ou privada.

A teoria objetivista (também conhecida como do direito transitório), do francês Roubier, parte de alicerces ditos objetivos (não

⁷⁴⁰ GABBA, Carlo Francesco. **Teoria della retroattività delle lege**. Torino: Unione, 1891, p. 98.

⁷⁴¹ Por todos, TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e estado democrático de direito**. São Paulo: Landy, 2003, p. 190.

⁷⁴² PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. 1, p. 31.

⁷⁴³ FACHIN, Luis Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 43.

⁷⁴⁴ A noção de macrobem ambiental está gravada no art. 3º, inc. I, da Lei nº 6.938/81. Além de incorpóreo e imaterial, afirmam Leite e Ayala, configura-se o meio ambiente como bem de uso comum do povo, o que significa que o proprietário não poderá dispor da qualidade em si do meio ambiente (LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial, teoria e prática**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014, p. 89).

enfoca o sujeito) e incorpora a noção de situação jurídica⁷⁴⁵, em que distinguia a criação, os efeitos em curso e a extinção⁷⁴⁶.

Roubier traça uma linha divisória que foi bem resumida por Teixeira: a) *facta praeteria*: se a lei pretende se aplicar aos fatos realizados no passado, será retroativa; b) *facta pendentia*: se a lei pretende se aplicar às situações em curso, convirá estabelecer uma separação entre as partes anteriores à data da modificação da legislação, estas que não poderão ser atingidas sem retroatividade, e as partes posteriores, para as quais a lei nova terá efeito somente imediato; c) *facta futura*: se a lei se aplicar somente aos fatos a ocorrer, será, por óbvio, irretroativa⁷⁴⁷.

O civilista francês engendrou a arquitetura da situação jurídica pelo fato dela ser bem mais abrangente do que direito adquirido, já que envolveria a soma das situações subjetivas e objetivas, ou seja, um feixe de direitos, deveres, prerrogativas e encargos que se criam em torno de um fato ou estado ou de um ato, do qual emanam efeitos jurídicos.

Pela teoria de Roubier, a lei nova respeita todos os efeitos jurídicos produzidos no passado, mas governa o futuro, a contar da sua entrada em vigor. Aplica-se a todos os efeitos futuros das situações jurídicas consolidadas, em curso ou a serem criadas⁷⁴⁸.

O grande mérito de Roubier, bem percebido por Toledo⁷⁴⁹, foi esclarecer o sentido de efeito imediato das leis como regra de direito intertemporal, pois reinava até então grande confusão com o respectivo efeito retroativo, quando se tratava de situações jurídicas em curso de criação ou de produção dos seus efeitos⁷⁵⁰.

⁷⁴⁵ ROUBIER, Paul. **Le droit transitoire**: conflit des lois dans le temps. 2. ed. Paris: Dalloz et Sirey, 1960, p. 140.

⁷⁴⁶ OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 125.

⁷⁴⁷ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **O direito adquirido e o direito intertemporal a partir do debate entre Roubier e Gabba**. Disponível em: <<http://anderson Teixeira.com/data/documents/Artigo-AVT-Direito-Adquirido-no-debate-entre-Roubier-e-Gabba.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

⁷⁴⁸ ROUBIER, Paul. **Le droit transitoire**: conflit des lois dans le temps. 2. ed. Paris: Dalloz et Sirey, 1960, p. 179.

⁷⁴⁹ TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e estado democrático de direito**. São Paulo: Landy, 2003, p. 158.

⁷⁵⁰ TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e estado democrático de direito**. São Paulo: Landy, 2003, p. 158.

Partindo do reconhecimento de que toda situação jurídica é composta por três momentos (constituição, produção de efeitos e extinção), Roubier defendeu a incidência da lei nova não somente sobre as situações futuras como também sobre aquelas em curso de constituição, de produção de efeitos e de extinção⁷⁵¹.

Nisso reside um dos grandes méritos de Roubier, que foi esclarecer o sentido de efeito imediato das leis como regra de direito intertemporal, pois reinava até então grande confusão com o respectivo efeito retroativo, quando se tratava de situações jurídicas em curso de criação ou de produção dos seus efeitos⁷⁵².

Igualmente não se ousaria discordar de Ost⁷⁵³ ao considerar que a teoria de Roubier (chamada por ele de teoria do Direito Transitório), respaldada na noção objetivista da situação jurídica representou uma evolução em relação à construção subjetivista de Gabba, porquanto abandona o ponto de vista individualista do sujeito de direito apoiado, com a ajuda de seus direitos adquiridos contra o Estado, para adotar uma posição mais neutra de situação jurídica, em cujo contexto se distinguem a criação, os efeitos em curso e a extinção.

Sem embargo, avanços maiores ainda devem ser impressos na construção jurídica do direito adquirido, sobretudo para relacioná-lo a questões ambientais.

Durante muito tempo, o tema ficou restrito aos estudos no âmbito do Direito Privado, sendo que só mais recentemente, com ênfase nas esferas Penal, Tributária, Econômica e Constitucional, migraram para a órbita dos interesses do Direito Público. Tanto assim que é na doutrina civilista que o direito adquirido ainda encontra seu palco preferencial de debates, convertendo-se em símbolo da estabilidade da ordem social e jurídica, envolvendo em suas bases estruturais os princípios da segurança jurídica, irretroatividade e certeza jurídica⁷⁵⁴.

⁷⁵¹ ROUBIER, Paul. **Le droit transitoire**: conflit des lois dans le temps. 2. ed. Paris: Dalloz et Sirey, 1960, p. 180.

⁷⁵² TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e estado democrático de direito**. São Paulo: Landy, 2003, p. 158.

⁷⁵³ OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 125.

⁷⁵⁴ PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública**: segurança jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 235.

O Direito da Modernidade constrói-se a partir da ideia de estabilidade. Um direito duro fundado numa concepção simplista de uma sociedade homogeneizada⁷⁵⁵ e cujo fluxo temporal era pressuposto. A visão utilitarista justificaria toda e qualquer ação em prol de um progresso ideal, retilíneo e constante⁷⁵⁶.

Na Pós-modernidade, marcada pelos riscos difusos e invisíveis a que se refere Beck⁷⁵⁷, esses pilares que estruturavam a ideia de segurança jurídica estremeçam e vão dando espaço a diversas visões.

A par dessa reconfiguração objetiva do bem ambiental, mostra-se necessário que, simultaneamente, o presente e o futuro se abram à regência de normas derivadas dos novos padrões de justiça⁷⁵⁸. Uma justiça como a que se refere Tremmel: intergeracional⁷⁵⁹, ou seja, uma justiça entre gerações e não relativa a uma única geração.

Assentadas tais premissas, passa-se ao estudo do direito adquirido na sua evolução entre a Modernidade e a Pós-modernidade, revisitando os sentidos de alguns conceitos que historicamente a dogmática do Direito a ele associa.

Parte expressiva da doutrina identifica dois elementos primordiais na densificação do conceito de Direito Adquirido: a) o princípio da segurança jurídica e b) a patrimonialidade. Discorrer-se-á na sequência sobre ambos.

4.4.1 Direito adquirido e o princípio da segurança jurídica

⁷⁵⁵ PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 250.

⁷⁵⁶ ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 1997, p. 126.

⁷⁵⁷ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Barcelona: Siglo Veintiuno de España Editores, 1999, p. 30.

⁷⁵⁸ PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 254.

⁷⁵⁹ TREMMEL, Jörg Chet. **A theory of intergenerational justice**. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/29748980_A_Theory_of_Intergenerational_Justice>. Acesso em: 28 jul. 2018.

Os anos que se sucederam à Revolução Francesa são particularmente importantes, sobretudo em relação à realidade normativa. O período marcado pela *Era das Luzes* também foi berço de visões jurídicas que até hoje irradiam seus efeitos para diversos institutos e princípios gerais do Direito como é o caso da segurança jurídica.

No Direito europeu continental, duas concepções se estabeleceram a respeito da normalização: uma baseada no racionalismo iluminista que preconizava a difusão da doutrina da codificação do direito; outra estribada na perspectiva de difusão do historicismo⁷⁶⁰ com particular importância não só na teoria do direito como também na teoria social.

Travados intensos debates sob o influxo do Código Napoleônico, acabou preponderando a ideia da codificação em quase todos os países da Europa. Sob seus auspícios, o positivismo jurídico conferiu enorme poder ao legislador, tendo por base a crença de que a sociedade deve-se reger pelas codificações, as quais fazem resplandecer o ideal da segurança jurídica que, nas palavras de Belchior, “encontra seu pedestal”⁷⁶¹.

⁷⁶⁰ A perspectiva historicista era defendida por Savigny (SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Sistema del derecho romano actual**. Pamplona: Analecta, 2004). Em seu **jushumanismo**, preocupava-se com o não aprisionamento do ser humano em “um sistema rígido que viesse a impedir a evolução natural dos costumes e do próprio direito”. O cerne de sua peroração também envolvia a ideia de evitar que seu povo viesse a se tornar caudatário das tradições jurídicas de outros povos. Esse jurista sem dúvida alguma valorizava o direito enquanto expressão cultural construída pela Nação e, como tal, identificada com ela. Ele travava largos embates com Anton Friedrich Justus Thibaut, que foi um jurista alemão adepto do **jusnaturalismo** racional. Thibaut defendia a necessidade de codificação nacional do direito alemão. Enquanto Thibaut se esforçava para originar um direito uniforme capaz de indicar estabilidade e inderrogabilidade nas relações, o direito de Savigny se desenvolvia na linha do direito inglês, abeberando-se de um “frescor criativo”(DAL RI JÚNIOR, Arno. O direito enquanto historicismo jurídico humanista: Friedrich Carl Von Savigny. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos do humanismo jurídico no ocidente**. São Paulo: Manole, 2005, p. 105-127, p. 108).

⁷⁶¹ BELCHIOR, Germana Parente. **Fundamentos epistemológicos do direito ambiental**. Tese (Doutorado) – Centro de Ciências Jurídicas,

Com a evolução histórica pós-moderna, o Direito torna-se mais e mais plural e a codificação passa por uma crise, por dificuldades ligadas às aspirações pulverizadas e, não raras vezes, antagônicas presentes na sociedade.

No afã de superar essa falta de coerência e consistência nas legislações, as constituições contemporâneas tentam contornar tais efeitos destrutivos da ordem jurídica, mediante a previsão de um direito mais alto, dotado de força obrigatória inclusive para o próprio legislador. Desde o positivismo Kelseniano, a ideia de um Estado de direito constitucional, em que a lei vem submetida a uma relação de adequação e, portanto, de subordinação, a um estrato mais alto de Direito estabelecido na Constituição ganha gradativa força.

A racionalidade jusnaturalista, própria do Direito anterior à Modernidade, baseia-se numa justiça intrínseca, quase metafísica. A racionalidade juspositivista, própria da Modernidade, estrutura-se na legalidade formal (adequação ao disposto na lei). A racionalidade do jusconstitucionalismo funde as duas concepções (formal e substancial) para o atingimento dos escopos e metas constitucionalmente estipulados⁷⁶².

Portanto, no Estado Democrático de Direito não há segurança jurídica fora, contra ou além da Constituição.

Todavia, há de se pensar para além do modelo político de um Estado Democrático de Direito, a fim de se trilhar o rumo do Estado Democrático de Direito Ambiental⁷⁶³. Nesse, a segurança jurídica assume uma nova feição de segurança coletiva e intergeracional, sem descurar das esferas individuais. A reconfiguração do sentido da segurança jurídica passa pela reflexão de como deve ela ser formatada

Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015, Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/156745>>. Acesso em: 18 jul. 2018, p. 46.

⁷⁶² FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria della democrazia. Roma: Laterza, 2007, v. 2, p. 41-42. O tema também é desenvolvido em FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 36-38.

⁷⁶³ Canotilho fala desse Estado que, para além de ser um Estado de direito democrático, social, tem de ser ambiental (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito público do ambiente**. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1995, p. 22).

para atender aos novos direitos plurissubjetivos, ou seja, a quem e com que propósitos ela se destina.

No atual estágio societal da sociedade de risco⁷⁶⁴, o cidadão espera que a segurança jurídica envolva também a proteção contra os riscos tecnológicos, sociais e contra danos e catástrofes ambientais. Ferreira chama isso de “última geração da segurança jurídica”⁷⁶⁵.

O princípio da segurança jurídica⁷⁶⁶ entendido até então como limite ao campo de atuação legislativa do Estado, imobilizado pelo liberalismo e estigmatizado numa perspectiva egoística da esfera privada, merece, na feliz percepção de Simões Pires, ser interpretado em sua feição transformadora e positiva, no conjunto de ideais e princípios abrigados pela nova concepção que requer um direito mais aberto, flexível e dinâmico⁷⁶⁷, um direito capaz de dar conta de nortear a utilização sustentável de recursos naturais e a capacidade de sustentar e absorver distúrbios e mudanças complexas⁷⁶⁸.

Sem perder de vista as qualidades da consistência e da coerência essenciais ao ordenamento jurídico⁷⁶⁹, sobre as quais já foi

⁷⁶⁴ BECK, Ulrich. **Ecological politics in an age of risk**. Cambridge: Polity, 1995.

⁷⁶⁵ FERREIRA, Odin Brandão. **Fato consumado**: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 60.

⁷⁶⁶ Não previsto expressamente na Constituição, o princípio da segurança jurídica está gravado dentre os princípios regentes da Administração Pública, mais especificamente no art. 2º da Lei nº 9.784/99.

⁷⁶⁷ PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública**: segurança jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 255.

⁷⁶⁸ EBBESSON, Jonas. The rule of law in governance of complex socio-ecological changes. **Global Environmental Change**, 2010. Disponível em: <<http://www.stockholmresilience.org/download/18.3eea013f128a65019c2800010450/1459560566497/Ebbesson+2010.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

⁷⁶⁹ Preocupação que não se restringe ao ordenamento ambiental brasileiro, mas está presente na doutrina europeia e norte-americana. Nesse sentido, KLOEPFER, Michael. On the codification of german environmental law. In: BOCKEN, Hubert. RYCKBOST, Donatiene. **The codification of environmental law** : proceedings of the international conference in Ghent, February 21 and 22, 1995. Haia: Kluwe International law, 1996, p. 91. Igual

falado no capítulo 3, a crise ambiental vivenciada no Antropoceno, em tempos de sociedade de risco, exige reconceituar a segurança jurídica a partir de um modelo de sustentabilidade em que o Direito contemple em suas instituições estruturais ou fundantes, como é o caso do direito adquirido e da própria segurança jurídica, a percepção da responsabilidade para com o meio ambiente, com a integridade dos ecossistemas, com a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais e com a qualidade de vida para as presentes e futuras gerações. Não parece que o melhor caminho seja o de compreender a segurança jurídica pura e simplesmente como um estado de acomodação, ainda que isso represente dano ambiental e degradação dos processos ecológicos essenciais⁷⁷⁰.

O Direito não pode ser blindado a novas realidades sociais e ecológicas. A segurança jurídica passa longe da ideia de estagnação da ordem jurídica mas, por outro lado, numa perspectiva intergeracional, deve ser pensada também em relação ao futuro.

4.4.2 O direito adquirido e a patrimonialidade

É recorrente que a ideia de patrimonialidade apareça como elemento de caracterização do direito adquirido na literatura especializada em Direito Intertemporal. Parte da doutrina, entretanto, opõe-se à transposição desse conceito do Direito Civil para o Direito Público⁷⁷¹.

Toledo, por exemplo, considera importante que se tome com reservas a afirmação de que direito adquirido é aquele que se incorpora ao patrimônio material ou moral de outrem pois patrimônio é noção

pauta é desenvolvida por PLATJOUW, 2016, p. 16 e p. 140, dentre outras passagens.

⁷⁷⁰ Nesse julgado, o Tribunal resolveu manter construções em APA tendo por argumento central a segurança jurídica. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **APELREEX 31503-PB** 2009.82.00.001165-5. Relator: Des. Rogério Fialho Moreira. Julgado em: 02 dez. 2014. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 01 ago. 2018.

⁷⁷¹ PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 256.

típica de Direito Civil e somente pode ser aplicada a direitos públicos subjetivos por analogia⁷⁷².

Em sua imposição limitadora, o direito adquirido protege a patrimonialidade do Direito. Entretanto, essa deve ser avaliada no contexto, no caso concreto, hoje ressignificado na órbita do Estado Democrático de Direito (com possível avanço para o Estado de Direito Ambiental), cuja concepção reconforma institutos estruturados como a propriedade privada, relativizada pela função social integrada ao seu próprio núcleo. “Se remanesce protegida pelo limite do direito adquirido contra a vulneração, não se subtrai à força da própria reconceitualização do instituto no plano da ordem fundante”⁷⁷³.

Um dos desafios do Direito da Pós-modernidade, em seu viés mediador e regulatório, é justamente desconstruir e reorientar o instituto do direito de propriedade para trazer uma nova proposta que melhor o conforme ao aspecto coletivo⁷⁷⁴, sobretudo relacionado ao bem ambiental.

O meio ambiente merece tratamento diferenciado quanto ao regime proprietário. Na Pós-Modernidade, faz-se necessário superar o modelo de Estado forte e indivíduo proprietário, conformador de uma ordem potestativa que se retroalimenta⁷⁷⁵. O sentido coletivista da propriedade repercute diretamente no enfrentamento do direito adquirido em matéria ambiental.

A propriedade constitucional relacionada ao bem ambiental (macrobem), colocada na categoria de *res communis omnium* e *extra commercium*, torna-o em certa medida imune de apropriação individual⁷⁷⁶. Mesmo no tocante ao microbem ambiental, mencionado

⁷⁷² TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e estado democrático de direito**. São Paulo: Landy, 2003, p. 168.

⁷⁷³ PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 256.

⁷⁷⁴ PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 17.

⁷⁷⁵ PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 25.

⁷⁷⁶ BENJAMIN, Antonio Herman. **Teoria geral do direito ambiental brasileiro: uma contribuição biocêntrica**. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 329.

no capítulo 2, o qual pode estar transitoriamente sob o domínio público ou privado, o regime proprietário sobre bens da natureza é diferenciado devido à sua essencialidade e vinculação à sadia qualidade de vida. Pilati defende nova configuração de propriedade que se “exerce preservando, obedecendo e conciliando o individual, o público e o coletivo, mediante procedimentos de aquisição, exercício e tutela próprios”⁷⁷⁷.

Uma visão que se apresenta apta a explicar o adequado perfil contemporâneo da propriedade é aquela que traça uma distinção entre o direito à propriedade privada e o direito de propriedade, sendo o primeiro um direito humano fundamental e, o segundo, um direito real⁷⁷⁸, patrimonial, sujeito à aferição pelo mercado e indenizável⁷⁷⁹.

Portanto, há de se concordar com Coeli Pires quando conclui que devem ser retirados do espectro de proteção dos direitos adquiridos as situações que envolvam contraste com o interesse geral. Não se deve entender como passível de integrar o patrimônio do indivíduo o exercício de um direito lesivo à segurança coletiva ou, mais enfaticamente, a exploração de uma atividade econômica incompatível com o interesse social e difuso⁷⁸⁰.

⁷⁷⁷ PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 39.

⁷⁷⁸ Destaca-se a posição de Aronne, cuja tese doutoral procura fazer uma ressignificação dos direitos reais à luz da Constituição, insistindo que a propriedade é inflamada pela função social. Porém, considera que tanto o direito de propriedade como a função social são direitos fundamentais, não fazendo distinção entre o direito a ser proprietário e o direito de propriedade (ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**. Das raízes aos fundamentos contemporâneos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 64-65).

⁷⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia juris**: teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011b. v. 1: Teoría del derecho, p. 601-602. No mesmo sentido, ZANETI JÚNIOR, Hermes. Constitucionalismo garantista e precedentes vinculantes em matéria ambiental. Limites e vínculos ao ativismo judicial contrário ao meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, v. 78, p. 179-213, 2015, p. 185.

⁷⁸⁰ PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública**: segurança jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 260.

Outra distinção pertinente diz respeito ao exercício do direito recoberto pelo manto do direito adquirido. Embora ordinariamente ele seja consequência natural do direito adquirido pode, em caso específico, ser obstaculizado, quer pela natureza do objeto do direito, quer pelas circunstâncias que o envolvem⁷⁸¹.

Exemplo interessante é trazido por Coeli Pires⁷⁸² quando de delegações na esfera pública das quais possam advir ameaças aos interesses difusos ou coletivos representadas pelo virtual exercício do direito do delegado. Nesses casos, não resta dúvida de que o direito do titular da delegação há de ser sacrificado. Isso reforça a ideia encartada no parágrafo anterior de que os direitos que importam lesão ou ameaças aos interesses coletivos não possam ser suscetíveis à patrimonialização, ou seja, não se densificam na relação sujeito-objeto.

Nessas hipóteses, pode emergir, em prol do sujeito que firmou contrato com a Administração, dependendo da situação, um direito à indenização. Nessa avaliação, a autora considera relevante distinguir entre o interesse público estável (absoluto) e o contingente (relativo)⁷⁸³. Há quem distinga entre o interesse público primário, que seria o real interesse da coletividade, e o interesse público secundário, esse último atrelado ao interesse econômico do Estado⁷⁸⁴.

Mesmo configurado o direito adquirido na esfera do sujeito, corolário de contrato, a interrupção/impedimento do exercício deve ser tratada como consequência de sua própria condicionalidade, afastando-se a indenização, quando for essa a única alternativa para impedir a lesão aos interesses difusos ou coletivos⁷⁸⁵. Nesse caso, o interesse

⁷⁸¹ PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública:** segurança jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 269.

⁷⁸² PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública:** segurança jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 269.

⁷⁸³ PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública:** segurança jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 269-70.

⁷⁸⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43.

⁷⁸⁵ PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública:** segurança jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 269.

público estável (ou primário) estaria confrontado pela execução da delegação ou contrato, anulando-se o próprio sentido do contrato.

Imagine-se uma situação em que a concessionária do serviço de coleta e tratamento de resíduos utilize uma técnica de incineração que, ao longo dos anos, revelou-se altamente nociva à qualidade do ar. Mesmo com a firmatura do contrato, não possuindo a concessionária outra alternativa para esse tratamento, pode ele ser rescindido se o interesse público assim o justificar. Não haveria espaço para o direito adquirido tampouco para o fato consumado.

Se o exercício do direito advindo do contrato for incompatível com o interesse estatal contingente (ou secundário), ou seja, se o Estado, por conveniência administrativa, estribado em interesse público, variável e incerto, cerceia o exercício de um direito adquirido e, através dessa atitude, causa dano à esfera individual relativamente a objeto patrimonial, o sacrifício há de ser partilhado com a socialização do encargo, o que gera a necessidade da indenização⁷⁸⁶.

4.4.3 O direito adquirido frente ao bem ambiental

Essas modulações vêm ao encontro de uma tendência à imutabilidade, à estabilidade do direito adquirido⁷⁸⁷ para distingui-lo definitivamente de uma situação jurídica absoluta.

Limongi França ensina provir da Antiguidade a ideia de que, diante dos interesses da ordem pública⁷⁸⁸, o direito adquirido deve

⁷⁸⁶ PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 269.

⁷⁸⁷ TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e estado democrático de direito.** São Paulo: Landy, 2003, p. 268.

⁷⁸⁸ Ordem pública é um conceito que comporta um sem número de definições, consoante levantamento exaustivo promovido por D'Aquino Filocre (FILOCRE, D'Aquino. *Revisita à ordem pública. Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 184, p. 131-147, out./dez. 2009). Benjamin, nas conclusões de sua tese doutoral, destaca que, na Constituição de 1988, a ordem pública ambiental ampara-se no princípio da primariedade do meio ambiente e no princípio da explorabilidade limitada e condicionada da propriedade (BENJAMIN, Antonio Herman. **Teoria geral do direito ambiental brasileiro: uma contribuição biocêntrica.** Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande

arrefecer⁷⁸⁹, mas não considera essa uma noção absoluta. Após discorrer com profundidade sobre o tema, conclui que as normas de ordem pública têm efeito imediato; não podem retroagir, salvo se houver dispositivo expresso nesse sentido e, finalmente, propõe que “o fundamento da ordem pública, para desconhecer o Direito Adquirido, não pode ir a ponto de atingir os casos em que esse desconhecimento geraria o desequilíbrio social e jurídico”⁷⁹⁰.

Para dirimir essa espinhosa questão entre os interesses relacionados à ordem pública – dentre os quais, inegavelmente, se insere a proteção ambiental numa perspectiva intergeracional e ecossistêmica, mister retornar ao núcleo desta tese a respeito do direito ao meio ambiente como bem fundamental, porque derivado diretamente de um direito fundamental.

O meio ambiente, enquanto espaço vital e repositório dos processos ecológicos essenciais garantidores da integridade ecológica sobre a qual se discorreu no capítulo 2, só pode ser deteriorado nas situações excepcionais previstas em lei, devidamente autorizadas pela Constituição⁷⁹¹. Ou seja, está sujeito a limites estabelecidos na própria

do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 446). Pensamos que uma nova concepção de ordem pública deva englobar em seus domínios a segurança ambiental. Assim, provisoriamente, já que esse amplo tema não é o central deste trabalho, poderíamos conceituá-la como toda matéria relativa imediatamente ao interesse da coletividade, envolvendo tanto relações entre entes públicos, privados e públicos ou mesmo entre privados, mas com repercussões nos interesses públicos e notadamente nos direitos fundamentais, e que afetem, direta ou indiretamente, a realização do bem comum.

⁷⁸⁹ FRANÇA, Rubens Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 249.

⁷⁹⁰ FRANÇA, Rubens Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 259.

⁷⁹¹ O inc. III do § 1º do art. 225 da CF permite a alteração e a supressão nos espaços territoriais protegidos somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção. A exploração mineral, sempre danosa ao meio ambiente, é permitida, mas aquele que a fizer fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei (art. 225, § 2º). Observe-se que, nesse último caso, não se está frente a um princípio relacionado ao bem ambiental, mas

Constituição e que derivam de sua ontologia como um bem difuso, intangível, inapropriável, essencial à sadia qualidade, complexo, infungível, não excludente e subtraível.

Conquanto um direito fundamental possa estar hospedado tanto em um princípio como em uma regra⁷⁹², o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado está no topo da Constituição, desdobrando-se em princípios, como, por exemplo, o princípio de que “todos têm direito ao ambiente ecologicamente equilibrado”, e regras, como por exemplo a da necessidade de que o licenciamento de toda a atividade potencialmente causadora de significativo impacto ambiental seja previamente orientado pelo EIA/RIMA, ao qual se dará publicidade.

Assim, para que venha a ser mantida uma situação de deterioração, de agravo ambiental, um ato jurídico perfeito terá de conformá-la na sua origem. Dito de outra forma, a intervenção no ecossistema terá de ter ocorrido sob a égide de uma lei que, em conformidade total com a Constituição, a autorizava antes da implantação daquela atividade ou intervenção lesiva.

Além disso, todo o conjunto de atos que deveriam, sob a vigência daquela lei, ter sido cumpridos antes da sua implantação terão de ter sido perfectibilizados, vale dizer: iniciados e consumados integralmente sob seus auspícios.

Nessa hipótese – e somente nessa - a alegação de direito adquirido ou mesmo de um ato jurídico perfeito poderia ser admitida, mas não para poluir. Veja-se que a licitude da conduta, desde o nascedouro, porque ocorrida totalmente ao abrigo da lei e, notadamente da Constituição, afasta a ideia de poluição, convolvando eventual degradação em impacto ambiental⁷⁹³. Enfatiza-se a necessidade de que a

diante de uma regra, autoaplicável, de exigibilidade inclusive através de mandado de injunção caso inexistente uma lei que a conforme.

⁷⁹² DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. v. 4, p. 111.

⁷⁹³ Nesse sentido, aliás, decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, de cuja parte da ementa transcreve-se: “Em situação bastante similar à dos autos, a egrégia Segunda Turma deste Tribunal manifestou-se no sentido de que a construção de residência unifamiliar em terreno que, em momento muito posterior, foi considerado como inserido em área de preservação ambiental, pode ser considerado ato jurídico perfeito, mormente quando a

lei vigente à época da deterioração ambiental estivesse ela própria sintonizada com a Constituição, caso contrário igualmente não seria passível de reconhecimento qualquer alegação de direito adquirido ou de ato jurídico perfeito. Isso porque, “para afastar uma regra de direito fundamental, considerando seu caráter *prima facie*, há de ser ultrapassado o princípio formal de sua instituição (devido processo legislativo) e a decorrente presunção de constitucionalidade da ponderação de valores previamente efetuada pelo legislador”⁷⁹⁴.

4.4.4 Fato consumado, direito adquirido e o bem ambiental nas Cortes Federais brasileiras

Para finalizar a pesquisa relacionada à imbricação dos temas fato consumado e direito adquirido em relação ao bem ambiental, será explorada a jurisprudência das cortes federais brasileiras.

Mais uma vez a opção recaiu sobre o repertório do Conselho da Justiça Federal por abarcar uma amostra representativa das decisões

solução para os problemas ecológicos do ambiente não passaria pela simples demolição do imóvel (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. APELREEX 29140. Segunda Turma. Relator: Des. Federal Vladimir Carvalho. Julgado em: 20 maio 2014. **DJe** 26 maio 2014, p. 81). 6. O loteamento foi devidamente licenciado pelo município do Conde no longínquo ano de 1968, ou seja, há mais de 46 anos. Em todo esse tempo, não há notícias de que o IBAMA ou órgão ambiental estadual, ou mesmo o próprio Parquet, tenham se oposto ao empreendimento. Fazer menção à toda a legislação que, em tese, inviabilizaria o loteamento e a construção do imóvel, sem apontar em que grau eles provocaram dano ao meio ambiente equilibrado fere de morte a segurança jurídica sem que disso se extrai algum bem maior para a sociedade, na medida em que, como a farta documentação aponta e é do conhecimento geral, a praia em questão se encontra em avançado estágio de urbanização” (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **APELREEX 31503-PB** 2009.82.00.001165-5. Relator: Des. Rogério Fialho Moreira. Julgado em: 02 dez. 2014. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 01 ago. 2018).

⁷⁹⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. v. 4, p. 111.

(monocráticas e acórdãos) dos tribunais federais (STJ, STJ e os cinco TRFs). O fechamento desta pesquisa se deu em 20 de setembro de 2018.

Foram inseridas as expressões "fato consumado" e "direito adquirido" e "meio ambiente" no buscador. Optou-se pela pesquisa simples, marcando-se o STF, STJ e os cinco Tribunais Regionais Federais, com pesquisa no campo Livre⁷⁹⁵.

Dessa procura inicial, foram extraídas treze ocorrências (entre acórdãos e monocráticas). Porém, dessas treze, uma era repetida (AC 0000512-91.2003.4.02.5106) e duas se tratavam de falsos positivos, ou seja, eram decisões que, embora contendo em seu corpo ou na ementa todas as expressões utilizadas na busca, versavam sobre temática alheia ao meio ambiente, especificamente concurso público e processo seletivo (AC 2002.04.01.015310-7 e AC 0037729-65.2009.4.01.3400). Portanto, na data do fechamento da pesquisa havia dez acórdãos incorporando os critérios efetivos de busca.

Figura 9 - Quadro de Decisões das Cortes Federais envolvendo direito adquirido a poluir e fato consumado

Tipo de Recurso	Origem	Data do Julgado	Tribunal
AC 0001240-45.2013.4.03.6112	SP	01-08-2018	TRF 3ª Região
AC 0007272-67.2011.4.03.6102	SP	18-08-2016	TRF 3ª Região
AC 0000512-91.2003.4.02.5106	RJ	12-02-2014	TRF 2ª Região
AI 0026207-12.2016.4.01.0000	DF	06-10-2017	TRF 1ª Região
AC 0002803-36.2006.4.01.3700	MA	01-02-2016	TRF 1ª Região
AIEDRESP 1734350	SP	16-08-2018	STJ
REsp 1667087	RS	07-08-2018	STJ
AIRESP 1527846	SC	22-05-2018	STJ

⁷⁹⁵ BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. **Teoria e prática da pesquisa em jurisprudência**: da procura e uso da informação para sustentar teses e estudos jurídicos. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

AGARESP 739253	SC	03-09-2015	STJ
REsp 1394025	MS	08-10-2013	STJ

Fonte: quadro elaborado pela Autora.

Examinando as decisões que constam do Quadro anterior e que se relacionam tanto ao fato consumado quanto à inexistência do direito adquirido de poluir, viável intuir que a argumentação desenvolvida concentra-se nos seguintes tópicos: (i) o direito coletivo ao meio ambiente ecologicamente sustentável e equilibrado, previsto no artigo 225 da Constituição Federal, prevalece frente à situação lastreada em lei infraconstitucional menos protetiva; (ii) as construções em imóveis situados em espaços territoriais especialmente protegidos (ETEP's) continuam a irradiar efeitos incompatíveis com a proteção normativa do meio ambiente; (iii) inexistência de ofensa aos princípios do direito de propriedade, da razoabilidade, proporcionalidade, da irretroatividade, legalidade; (iv) a situação não pode ser consolidada no tempo, por se tratar de situação ilícita; (v) estando o imóvel situado em espaço territorial especialmente protegido pelo Poder Público, está gravado por obrigação *propter rem*, de maneira que a alegação de preexistência de construções à posse não exime seu titular da obrigação de reparar e indenizar os danos ambientais; (vi) o dano ambiental é imprescritível e o bem ambiental é inalienável.

Em um dos mais recentes acórdãos do STJ⁷⁹⁶, convém realçar que o rechaço ao direito adquirido em matéria ambiental se deu com base numa argumentação inclusiva do princípio da precaução com uma preocupação ecocêntrica, ou seja, reconhecendo o valor da integridade do ecossistema: “A teleologia consubstancia-se dentro da perfeita linha do princípio da precaução. Não se trata apenas de impactos da flora e da fauna, mas, sobretudo, como quer a Constituição, de meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

Além dessas decisões, o *website* do STJ, quando nele se acessa a pesquisa por teses jurídicas de Direito Ambiental, conduz-nos à tese

⁷⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n° 1.667.087/RS**. Relator: Min. Og Fernandes. Julgado em: 07 ago.2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/>>. Acesso em: 20 set. 2018.

de nº 3⁷⁹⁷: “Não há direito adquirido a poluir ou degradar o meio ambiente, não existindo permissão ao proprietário ou posseiro para a continuidade de práticas vedadas pelo legislador”. Essa tese foi sintetizada e publicizada pelo STJ no Informativo nº 30 da Jurisprudência em Teses, a partir dos julgados compilados até 06 de fevereiro de 2015.

Logo abaixo do verbete da tese, constam quatro acórdãos e duas monocráticas que compõem os precedentes que deram origem à tese jurídica⁷⁹⁸.

797

Disponível

em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2030:%20DIREITO%20AMBIENTAL> Acesso em 25 ago.2018.

⁷⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1172553/PR**. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Julgado em: 27 maio 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2030:%20DIREITO%20AMBIENTAL> Acesso em: 25 ago. 2018. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1367968/SP**. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgado em: 17 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2030:%20DIREITO%20AMBIENTAL> Acesso em: 25 ago. 2018. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl nos EDcl no Ag 1323337/SP**. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em: 22 nov. 2011. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2030:%20DIREITO%20AMBIENTAL> Acesso em: 25 ago. 2018. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 948921/SP**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 23 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2030:%20DIREITO%20AMBIENTAL> Acesso em: 25 ago. 2018. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MC 023429/SC**. Relator: Ministra Marga Tessler (Juíza Federal Convocada do TRF 4ª Região). Julgado em: 17 out. 2014. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2030:%20DIREITO%20AMBIENTAL> Acesso em: 25 ago. 2018. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1240201/PR**. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Julgado em: 07 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2030:%20DIREITO%20AMBIENTAL> Acesso em: 25 ago. 2018.

O interessante é que nenhum deles está acessível pelo repertório de jurisprudência do CJF (provavelmente devido à limitada capacidade do *site*).

Os argumentos utilizados nesse conjunto de seis decisões são praticamente os mesmos da lista anterior. Entretanto, há dois pontos que foram agregados e que merecem certa atenção.

O primeiro é o argumento empregado no acórdão de relatoria do Min. Herman Benjamin e que tem respaldo no princípio da equidade intergeracional previsto no caput do art. 225 da CF. Afirma ele que “o tempo é incapaz de curar ilegalidades ambientais de natureza permanente, pois parte dos sujeitos tutelados – as gerações futuras – carece de voz e de representantes que falem ou se omitam em seu nome”⁷⁹⁹. Essa decisão pode ser enquadrada perfeitamente no conceito de decisão intergeracional porque consegue sair de si, ou seja, projetar futuro para as pessoas não nascidas, rejeitando um direito adquirido para aqueles que ilícitamente fizeram uso de sua propriedade.

No acórdão da lavra do Min. Benedito Gonçalves, merece ser salientado o fundamento relacionado à compatibilização do direito de propriedade à preservação do bem ambiental.

Ao explorar a propriedade com a agricultura ou criação de animais, mesmo objetivando auferir o seu sustento e de sua família, também é obrigação da parte autora a defesa ecológica, mormente porque a própria atividade econômica tem como pressuposto essa proteção (art. 170, CF). O direito de propriedade não é uma cláusula aberta para a prática de atividades que não se coadunam com o interesse coletivo ao meio ambiente sadio e sustentável⁸⁰⁰.

⁷⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 948921/SP**. Relator: Min. Herman Benjamin. Julgado em: 23 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2030:%20DIREITO%20AMBIENTAL> Acesso em: 25 ago. 2018.

⁸⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1240201**. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Julgado em: 07 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2030:%20DIREITO%20AMBIENTAL> Acesso em: 25 ago. 2018.

Essa decisão projeta-se espacialmente porque enfatiza que o olhar exigido pela Constituição não é individualista, centrado na propriedade individual, mas também nos bens comuns como é o caso do bem ambiental e dos valores ecológicos nele encartados.

Infere-se desse conjunto de oito nichos de argumentos que o cerne da negação desse alegado direito adquirido está no estatuto do bem ambiental como bem fundamental, sujeito a rigorosos limites e vínculos, inclusive o da função social que se acha inseminada no núcleo do direito de propriedade, sendo dele inseparável. O direito fundamental ao meio ambiente, na opção bifronte eleita pela Constituição de 1988, além de subjetivo, reivindicável por todos e por cada um, é dotado de uma face objetiva da qual dimanam deveres estatais e coletivos.

Na concretização desses deveres, o Poder Judiciário se impõe “como grande artífice do desenvolvimento do aspecto objetivo dos direitos fundamentais, tanto quanto sempre serviu de amparo para os direitos individuais”⁸⁰¹.

A elaboração de teses jurídicas pelo STJ⁸⁰² e pelo STF⁸⁰³ é anterior ao NCP. Entrementes, ganhou relevância e operacionalidade com a sua entrada em vigor em 18 de março de 2016. Ainda que não tenha sido convolada em súmula, a tese jurídica n° 3 do Direito Ambiental compõe parte da *ratio decidendi*⁸⁰⁴ da Súmula 613 e está baseada no mínimo em seis precedentes. Portanto, ostenta inegável força vinculativa pela repetição do posicionamento da Corte encarregada de dar uniformidade à interpretação da legislação federal no Brasil.

⁸⁰¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado. In: SAMPAIO, José Adércio; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de direito ambiental: na dimensão internacional e comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 92 p. 32-111.

⁸⁰² A ferramenta foi disponibilizada pelo STJ em maio de 2014. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2030:%20DIREITO%20AMBIENTAL> Acesso em 25 agos.2018.

⁸⁰³ A ferramenta foi disponibilizada pelo STF em 09/12/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarTese.asp>> Acesso em 26 set.2018.

⁸⁰⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Comentários ao art. 926. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1319.

4.5 A MULTIFUNCIONALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, O DIREITO ADQUIRIDO, O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DE RETROCESSO E O FATO CONSUMADO

O bem ambiental na Constituição Federal é notadamente vinculado a um direito fundamental e, como tal, faz jus ao feixe de garantias e vínculos típicos desse universo de direitos essenciais.

Como já tratado no capítulo 2, a multifuncionalidade⁸⁰⁵ dos direitos fundamentais, plasmada no dever de respeito estatal (atuação negativa) e de proteção de todos e de cada um contra agressões públicas ou privadas, permite a qualquer pessoa, física ou jurídica, buscar a tutela judicial dos direitos fundamentais em geral e, com ênfase especial, devido ao detalhamento desse direito no Texto Magno, o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

No campo da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, a autonomia do bem ambiental se faz presente permitindo que qualquer pessoa possa exigir do Estado, da coletividade ou de qualquer outra pessoa, física ou jurídica, a sua concretização perante o caso concreto. Não se trata, como enfatiza Pilati, de buscar a dignidade da pessoa humana, por exemplo, mas de exercer um direito concreto, autônomo, também passível de ser pleiteado coletivamente através dos diversos instrumentos participativos previstos na legislação brasileira, como por exemplo a ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança coletivo⁸⁰⁶.

A fundamentalidade do direito ao meio ambiente no cenário de uma Constituição rígida como o é a brasileira permite explorar o caminho não menos extenso e complexo, que pode justificar, ou não, certa blindagem ao direito adquirido em matéria ambiental, na forma de direito adquirido a poluir. Trata-se do princípio da vedação de retrocesso ecológico, cujo sentido aponta para a possibilidade de combater

⁸⁰⁵ PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 160. O tema é desenvolvido sob a perspectiva garantista por ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 240-244.

⁸⁰⁶ PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 160.

qualquer iniciativa que represente marcha à ré em termos de proteção ambiental.

Mais do que uma mera cláusula geral, Prieur⁸⁰⁷ e Benjamin⁸⁰⁸ afirmam a existência desse princípio, designado em França pela expressão ou regra do *cliquet anti-retour* (trava anti-retorno). Tal e qual o alpinista que usa desse mecanismo para não descer, as sociedades democráticas tendem a incorporá-lo na defesa dos direitos fundamentais. Esse princípio identifica-se com o direito adquirido no ponto em que se conota à permanência, mas, como lembra Sampaio, é de sua índole mitigar o sentido reacionário das transformações, admitindo somente aquelas que representem avanços sociais⁸⁰⁹.

Partindo-se da premissa de que a preservação ambiental encarna, ela própria, uma norma forte derivada de sua natureza de regra deontica⁸¹⁰, na visão de Ferrajoli⁸¹¹ e de Zaneti Júnior⁸¹², ou, na dicção

⁸⁰⁷ PRIEUR, Michel. O princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: O PRINCÍPIO da proibição do retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2012, p. 11-54.

⁸⁰⁸ BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: O PRINCÍPIO da proibição do retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2012, p. 55-72, p. 62.

⁸⁰⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **O direito adquirido como garantia constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 251.

⁸¹⁰ Ferrajoli afirma que os direitos fundamentais possuem a natureza de regras deonticas da qual se irradia sua forte normatividade. Expressos pelos princípios constitucionais, vinculam tanto a legislação como a jurisdição. Decorre da possibilidade de sua violação, tanto por ação como por omissão, que as normas que estabelecem direitos fundamentais são qualificáveis como deonticas (FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 122).

⁸¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 122.

⁸¹² ZANETI JÚNIOR, Hermes. Constitucionalismo garantista e precedentes vinculantes em matéria ambiental. Limites e vínculos ao ativismo judicial contrário ao meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, v. 78, p. 179-213, 2015, p. 181.

de Prieur, uma política-valor⁸¹³ traduzível na busca incessante de progresso permanente da sociedade, nada mais natural que se postule, no âmbito do ordenamento jurídico, uma forma de bloqueio, de barramento a normas que possam prejudicar ou fulminar o patamar de proteção ambiental já atingido, sobretudo em relação àqueles valores que Benjamin denomina de núcleo legislativo duro⁸¹⁴ do arcabouço do Direito Ambiental.

Nesse bloco, Benjamin insere direitos e instrumentos associados à manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e dos processos ecológicos essenciais (art. 225 da CF). Pode-se acrescentar as garantias, também previstas no *core* da Constituição, como o são a da função social da propriedade⁸¹⁵ e relacionadas a questões procedimentais, como o direito à informação ambiental⁸¹⁶ e mecanismos de disseminação de participação pública na tomada de decisões ambientais⁸¹⁷.

Em consonância com essa zona de vedação reducionista⁸¹⁸, vislumbra-se com imensa dificuldade a acolhida do direito adquirido e de seu co-irmão menos erudito, o fato consumado. Isso porque, ao invocar uma suposta aquisição de direito com base em legislação ultrapassada, obstaculizando o progresso da sociedade como um todo e a preservação ambiental em particular, estar-se-ia causando um inaceitável retrocesso ecológico ou socioambiental.

Fere o senso comum que conduz para os avanços da humanidade admitir que se retroceda em termos de conquistas relativas a determinados direitos cujo exercício simboliza solidariedade e

⁸¹³ PRIEUR, Michel. O princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: O PRINCÍPIO da proibição do retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2012, p. 11.

⁸¹⁴ BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: O PRINCÍPIO da proibição do retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2012, p. 55.

⁸¹⁵ Arts. 5º, inc. XXIII, e 170, inc. III

⁸¹⁶ Arts. 5º, inc. XIV, 220 e 225, § 1º, incs. IV e VI, todos da CF.

⁸¹⁷ Art. 225, § 1º, inc. IV

⁸¹⁸ BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: O PRINCÍPIO da proibição do retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2012, p. 68.

densificação da dignidade humana⁸¹⁹ e mesmo, para além dela, dignidade de todas as formas de vida e das pessoas não nascidas⁸²⁰.

A Constituição brasileira praticamente acolhe o princípio da vedação de retrocesso, senão nominalmente, implicitamente, em razão da combinação dos arts. 3º, inc. II, 4º, inc. IX, 5º, § 2º, e 60, § 4º.

No primeiro caso, designa como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a garantia do desenvolvimento nacional. Aliás, nesse tópico, reproduz uma diretriz que vem indicada no Preâmbulo da Carta: assegurar o desenvolvimento.

No segundo, insere dentre os princípios de relações internacionais dessa mesma República a cooperação entre os povos com um foco no progresso da humanidade.

No terceiro, define a textura aberta da Constituição para albergar outros direitos e garantias expressos no regime e princípios por ela adotados, bem como em tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Por fim, no último dispositivo, remete à previsão das cláusulas pétreas, ou seja, vedação de emendas tendentes a abolir direitos e garantias individuais, dentre os quais situamos o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, corolário do próprio direito à vida.

4.5.1 Vedação de retrocesso e sua base constitucional

A vedação de retrocesso, na ótica desta tese, assenta-se em quatro pilares constitucionais, os quais conformam uma rigidez apta para bloquear qualquer recuo em relação ao patamar deontológico presente. São eles: *(i)* desenvolvimento sustentável ou ecodesenvolvimento; *(ii)* progresso da humanidade; *(iii)* a textura aberta da Constituição; *(iv)* a previsão das cláusulas pétreas.

⁸¹⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **O direito adquirido como garantia constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 164.

⁸²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. **Revista brasileira de direito animal**, v. 2, n. 3, jul./dez., 2007, p. 93. p. 69-94.

4.5.1.1 Vedação de retrocesso e desenvolvimento sustentável ou ecodesenvolvimento

Na Constituição Federal, a expressão desenvolvimento nacional tem um sentido específico, não atrelado ao crescimento econômico a qualquer preço, sobre o qual se falou no primeiro capítulo. Trata-se de um desenvolvimento sustentável ou ecodesenvolvimento.

A partir da tomada de consciência em nível internacional de que os recursos ambientais estavam escasseando frente aos usos e aumento da população mundial, surgiu a preocupação com a oposição de limites ao crescimento⁸²¹. No contexto da Conferência de Estocolmo (1972), as principais visões de crescimento econômico passaram a ser contrastadas e, como parte da implementação do PNUMA (Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente), coube a Maurice Strong cunhar o termo ecodesenvolvimento, buscando sintetizar iniciativas de dinamização econômica sensíveis aos fenômenos da degradação do **meio ambiente e da marginalização social, cultural e política**⁸²².

Esta versão inicial do conceito foi reelaborada e difundida por Ignacy Sachs⁸²³. Na nova concepção, ecodesenvolvimento ou desenvolvimento sustentável rotula uma abordagem que procura harmonizar objetivos sociais, ambientais e econômicos⁸²⁴. Refere-se a uma diretriz fundamental de articulação entre iniciativas de dinamização socioeconômica, consolidação e aprofundamento de uma cultura política democrático-participativa, distribuição equitativa das rendas e gestão ecologicamente prudente do meio ambiente⁸²⁵.

⁸²¹ MEADOWS, Donella (Org.). **Limits to growth**. New York: Universe Books, 1972.

⁸²² SACHS, Ignacy. **Rumo à ecossocioeconomia: teoria e prática do desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2007, p. 61. No mesmo sentido, VIEIRA, Paulo Freire. Meio ambiente, desenvolvimento e planejamento. In: VIOLA, Eduardo et al. **Meio ambiente, desenvolvimento e cidadania: desafios para as ciências sociais**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1998, p. 45-98.

⁸²³ SACHS, Ignacy. **Estratégias de transição para o século XXI: desenvolvimento e meio ambiente**. São Paulo: Nobel/Fundap, 1993.

⁸²⁴ SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. 4. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2002, p. 49.

⁸²⁵ VIEIRA, Paulo Freire. Meio ambiente, desenvolvimento e planejamento. In: VIOLA, Eduardo et al. **Meio ambiente, desenvolvimento e cidadania:**

Na tradicional definição do Relatório Brundtland, desenvolvimento sustentável aparece como sendo aquele que “satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras satisfazerem suas próprias necessidades”⁸²⁶. O desenvolvimento sustentável pode ser designado como o fio condutor das ideias que permearam os diversos documentos assinados na Rio 92, sobretudo a Agenda 21⁸²⁷.

De lá para cá, muitas críticas⁸²⁸ foram feitas ao relatório e, como produto dialético desse debate, avançou-se sobremaneira quanto ao real significado da sustentabilidade ecológica, que não se restringe às necessidades humanas tampouco à dimensão econômica.

Não se apresenta correto desconsiderar ou ignorar, simplesmente, o mérito do consenso a que se chegou com relação à incorporação pelas nações em torno da ideia de desenvolvimento sustentável, provavelmente, dentre todos os *standards*, a maior

desafios para as ciências sociais. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1998, p. 45-98, p. 55.

⁸²⁶ COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso futuro comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1991, p. 46.

⁸²⁷ FOSTER, John. **The sustainability mirage**: illusion and reality in the coming war on climate change. London: Sterling, 2008, p. 5.

⁸²⁸ v. BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 42-45. FOSTER, John. **The sustainability mirage**: illusion and reality in the coming war on climate change. London: Sterling, 2008. Bergel aponta um extenso rol de críticas ao Relatório, dentre as quais destacamos: I. exagero na importância do crescimento econômico para que se concretize o desenvolvimento sustentável; II. utilização do padrão dos ditos países do hemisfério Norte como modelo de bem-estar, descurando do fato de que é justamente esse nível ocidental de desenvolvimento que tem levado à destruição do meio ambiente e ao aumento da pobreza; III. fé cega na ciência como meio para resolver a clara contradição entre ampliação da renda individual (BERGEL, Salvador Darío. Desarrollo sustentable y medio ambiente. **Revista del Derecho Industrial**, Buenos Aires, n. 41, p. 303-343, maio/ago. 1979). Na mesma linha vão as críticas de WALSH, Juan Rodrigo. El ambiente y el paradigma de la sustentabilidad. In: WALSH, Juan Rodrigo (Org.). **Ambiente, derecho y sustentabilidad**. Buenos Aires: La Ley, 2000, p. 1-65.

aquisição em termos de políticas de recursos e colaboração internacional desde a criação da própria ONU⁸²⁹.

Nunca houve antes dele, uma moldura para o palco da atividade humana bem como uma direção de aspiração, ou seja, um rumo que deve ser perseguido pela humanidade se quiser estancar os danos decorrentes da depleção dos recursos naturais e culturais, ecossistemas e, notadamente, danos associados às mudanças climáticas. Porém, também não se pode dar as costas para a realidade de apropriação do termo pelas forças do mercado e paulatina perda de sua substância relacionada ao ecodesenvolvimento.

O termo sustentabilidade é onipresente e foi definitivamente incorporado na estratégia de planos, relatórios de administração corporativa e campos publicitários, apresentando uma variedade de dimensões e definições que fizeram com que ele se descolasse da sua essência relacionada à questão ambiental. É comum, destaca Russell, publicações corporativas incluírem desenvolvimento sustentável como meta, assim como as políticas corporativas aspirarem agregar sensibilidade à integridade física do planeta⁸³⁰.

Na verdade, a humanidade ainda não tinha sido confrontada com a necessidade de pensar na possibilidade de um regime global para padrões da vida, produção e trabalho humanos. Extrapolado, banalizado ou mesmo ignorado por muitos, o fato é que esse conceito alcançou consensos mínimos em torno da questão ambiental, ao ponto de influir na Carta Magna brasileira e em muitas outras⁸³¹.

Bosselmann, um dos maiores estudiosos do tema e idealizador do princípio da sustentabilidade, considera relevante distinguir entre a abordagem ecológica e a abordagem ambiental de desenvolvimento sustentável. Enquanto a primeira é crítica da ideia de crescimento econômico e confere uma relevância maior à sustentabilidade ecológica (sustentabilidade forte), a segunda pressupõe a relevância do

⁸²⁹ FOSTER, John. **The sustainability mirage: illusion and reality in the coming war on climate change.** London: Sterling, 2008, p. 7.

⁸³⁰ RUSSELL, Irma. The sustainability principle. **4 Env'tl. & Energy L. & Pol'y Journal**, p. 165-169, 2009, p. 165.

⁸³¹ Para um apanhado geral, vide VOIGT, Christina. **Sustainable development as a principle of international law.** Resolving conflicts between climate measures na WTO law. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff, 2009, P. 23.

crescimento e coloca em pé de igualdade a sustentabilidade ambiental, a justiça social e a prosperidade econômica (sustentabilidade fraca⁸³²).

Além disso, considera que a expressão desenvolvimento sustentável, tal e qual empregada no Relatório Brundtland, equipara em importância o desenvolvimento e a sustentabilidade (modelo das duas escalas), porquanto pressupõe uma falsa separação entre as esferas ambiental e de desenvolvimento e um equilíbrio entre as entidades. Esse modelo – e isso não é desprezível – não integra o fator tempo. Atém-se ao presente. E, por fim, reproduz a equação neoliberal do desenvolvimento com crescimento econômico, o que talvez não corresponda às expectativas de alguns países, nem seja factível dada a limitação dos recursos naturais⁸³³.

Para não se incorrer numa banalização do termo ou numa aceção fraca de sustentabilidade, é primordial não perder de vista que a sustentabilidade ecológica está ligada à ideia de “viver da produção, mas não da matéria”⁸³⁴ ou seja, viver dentro dos limites ecológicos.

Igualmente não parece adequada a pura e simples assimilação do desenvolvimento sustentável ao capitalismo, pautada essa que em nível internacional vem sendo difundida por diversos protagonistas no campo econômico sob a legenda do “direito e desenvolvimento”.

Como explica o professor havaiano, Brian Tamanaha, com sua tenaz crítica a essa plataforma de conhecimentos, inúmeros agentes financiaram estudos e esforços para difundir meios jurídicos para o desenvolvimento econômico – e só o econômico. O pacote costuma incluir leis sobre formação de sociedade, valores mobiliários, antitruste, operações bancárias, propriedade intelectual, transações comerciais, proteções para investidores estrangeiros e direitos de propriedade e execução de contratos⁸³⁵.

⁸³² BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 47.

⁸³³ BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 54.

⁸³⁴ BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 41.

⁸³⁵ Essa foi a plataforma do Consenso de Washington de reformas dóceis para com o mercado, ativamente promovida em todo o mundo nas décadas

Uma designação mais precisa para essa corrente, ironiza o professor da Universidade de Washington, seria “direito e capitalismo”, pois sua orientação é desenvolver regimes jurídicos adequados para participação na economia de mercado global.

Uma das principais falhas relacionadas a essa plataforma foi justamente uma percepção equivocada em relação aos recursos naturais. Um quadro econômico que tende a ampliar a externalização de custos ambientais e sociais, apoiando-se exclusivamente em uma escolha racional dos atores e nas regras do mercado acabou acirrando a situação de crise ambiental em um cenário de consumo e necessidades ampliadas e recursos naturais limitados. A lógica expansionista do mercado, consistente em produzir cada vez mais coisas para um maior número de consumidores, supõe uma espiral crescente na demanda de recursos⁸³⁶. Isso colide com os limites planetários sobre o qual já se discorreu no capítulo 1.

Bem diferente é a perspectiva de uma corrente progressista de Direito e desenvolvimento capitaneada por Amartya Sen, para quem o desenvolvimento como um todo não pode ser desvinculado do desenvolvimento jurídico. Desenvolvimento é concebido pelo indiano como uma relação funcional que agrega interesses diversos relacionados ao desenvolvimento nas esferas econômica, política, social, jurídica, dentre outras. O vencedor do Nobel da economia, enfatiza que, para além de mera interdependência causal, o desenvolvimento requer uma conexão constitutiva com o conceito de desenvolvimento⁸³⁷.

Schrijver também trabalha com a distinção entre sustentabilidade fraca e sustentabilidade forte, mas o faz segundo um critério um pouco diferente. O primeiro e mais difundido dos modelos

de 1980 e 1990 (TAMANAH, Brian. O primado da sociedade e as falhas do direito e desenvolvimento. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 11, p. 175-211, jan./jun. 2010, p. 176).

⁸³⁶ FERRER, Gabriel. La construcción del derecho ambiental. **Novos Estudos Jurídicos**. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5128/2688>>.

Acesso em: 31 ago. 2018.

⁸³⁷ SEN, Amartya. What is the role of legal and judicial reform in the development process. In: WORLD BANK LEGAL CONFERENCE, 5., Washigton D.C., 2000. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/legalandjudicial.pdf>>. Acesso em 05 ago. 2018.

prega a conservação de todos os tipos de capital, incluindo o capital natural, como garantia de que o nível de bem-estar se perpetue, embora isso implique a possibilidade de perda de capital natural que poderá ser reposto através do capital econômico (acredita-se que novas tecnologias estarão aptas a repor os recursos naturais não renováveis)⁸³⁸.

Essa corrente (sustentabilidade fraca), que tem em Robert Solow⁸³⁹ seu principal expoente, prega que o que deve ser mantido constante ou crescente ao longo do tempo, é o consumo *per capita* e a soma de todo o capital (natural, humano e manufaturado). Sua teoria está associada à manutenção da capacidade produtiva da economia, ou seja, a todas as três formas de capital. As rendas oriundas do uso dos recursos exauríveis devem ser reinvestidas sobretudo em capital manufaturado. Solow aposta muito em aprimoramento tecnológico e em programas governamentais com esse escopo. O crescimento do capital humano e manufaturado permitiria a substituição gradativa do capital natural.

Para os adeptos da sustentabilidade forte, corrente capitaneada por Pearce⁸⁴⁰, cada tipo de capital deve ser mantido separadamente. Para isso, é preciso conservar biodiversidade, prevenir significantes e irreversíveis danos ao meio ambiente, e usar moderadamente os recursos naturais com fins econômicos.

Com base nas especulações de Bosselmann, calha afirmar que o desenvolvimento a que a Constituição brasileira se alia induz à preocupação com todas as formas de vida, não somente com a vida humana, essencial para guiar o futuro. Portanto, o componente ecocêntrico do desenvolvimento sustentável é indispensável para implementação da política-valor⁸⁴¹ de preservação ambiental e que

⁸³⁸ SCHRIJVER, Nico. **Development without destruction**. Bloomington: Indiana University Press, 2010, p. 5.

⁸³⁹ SOLOW, Robert. The economics of resources or the resources of economics. **American Economic Review**, n. 64, p. 1-14, 1974. Disponível em:

<http://aida.econ.yale.edu/~nordhaus/homepage/documents/Solow_Resources_001.pdf>. Acesso em: 10 jul 2017.

⁸⁴⁰ PEARCE, David. **Economic values and the natural world**. Cambridge: MIT Press, 1993.

⁸⁴¹ PRIEUR, Michel. O princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: O PRINCÍPIO da proibição do retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2012, p. 11-5.

garanta, nas palavras do professor alemão, “estoque natural para satisfazer as necessidades não só das gerações presentes como também das futuras”⁸⁴².

Para que o desenvolvimento sustentável⁸⁴³ traslade-se da retórica à prática, a dimensão ecológica, como apregoa Bosselmann, deve gozar de uma proeminência em relação às dimensões econômica e social, pois a percepção desses fatores em igualdade de relevância “é indiscutivelmente, o maior equívoco do desenvolvimento sustentável e o maior obstáculo para se alcançar a justiça socioeconômica”⁸⁴⁴.

Em sentido diverso é a concepção de Ruhl⁸⁴⁵, o qual tece críticas ao ambientalismo e ao recursismo (*resourcism*)⁸⁴⁶,

⁸⁴² BOSELNANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade:** transformando direito e governança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 55.

⁸⁴³ Demonstrando a relevância do tema, recentemente os economistas William Nordhaus e Paul Romer foram aquinhoados com o Nobel da Economia por apresentarem pesquisas no campo do desenvolvimento sustentável. Criaram uma modelagem para integrar mudança climática e inovação tecnológica com o crescimento econômico (AMERICANOS William D. Nordhaus e Paul M. Romer ganham o Prêmio Nobel de Economia. **Jornal Estadão**, 08 out. 2018. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2018/10/08/americanos-william-d-nordhaus-e-paul-m-romer-ganham-o-premio-nobel-de-economia.htm>>. Acesso em: 15 out. 2018).

⁸⁴⁴ BOSELNANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade:** transformando direito e governança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 43.

⁸⁴⁵ RUHL, John B. Sustainable Development: a five dimensional algorithm for environmental law. **Stanford Environmental Law**, n. 31, p. 31-64, 1999, p. 40.

⁸⁴⁶ Para Ruhl, o ambientalismo foi útil como base para identificar, isolar e minar sua antítese, o *resourcism*, em uma luta entre interesses coletivos e privados relacionados ao meio ambiente e à economia. Enquanto o *resourcism* buscava coletivizar os custos da degradação ambiental e capturar os benefícios econômicos do uso de recursos para ganhos privados, o ambientalismo propôs revelar os benefícios coletivos da qualidade ambiental e o grau em que as externalidades não capturadas do *resourcism* ameaçavam a entrega desses benefícios comuns. O autor considera que o ambientalismo acabou aprendendo bem sua lição com o *resourcism*, simplesmente coletivizando os benefícios da preservação do meio ambiente

compreendendo o desenvolvimento sustentável como um método de avaliação que define todos os problemas sociais em termos de três parâmetros (3 Es)⁸⁴⁷: ambiente, economia e equidade. Na abordagem do desenvolvimento sustentável, a economia, o meio ambiente e a equidade social devem ser avaliados em todas as escalas geográficas (local, regional e global)⁸⁴⁸. A escala temporal, por sua vez, força soluções que busquem otimizar resultados positivos tanto a curto prazo (intra-geracional) como a longo prazo (intergeracional).

Um modelo mais preciso das relações entre ambiente, economia e equidade social mostra seus limites como campos permeáveis, permitindo que as condições em um domínio afetem aqueles em outro. Isso permite uma vantagem mais ampla ao abordar problemas ambientais. Por exemplo, se no nível do ambiente regional a degradação é principalmente o resultado das disparidades entre riqueza e consumo, a solução para o problema exigirá medidas econômicas mais amplas ao invés de contramedidas de índole ambiental⁸⁴⁹.

Conquanto não se possa concordar com Ruhl no ponto em que ele coloca no mesmo nível decisório a economia, a equidade social e o meio ambiente, pareceu relevante em sua conclusão a ênfase na complexidade e na adoção de escalas multicriteriais de planejamento, tanto em termos temáticos, quanto de espaço e tempo. Isso pode recomendar que a própria legislação ambiental seja remodelada para traçar critérios mais holísticos de avaliações e de planejamento.

Foster investe em profundas reflexões sobre as atuais diretrizes do desenvolvimento sustentável, partindo da política recente do Reino Unido, onde foi elaborado um denso Relatório (*The Stern Review on the Economics of Climate Change*)⁸⁵⁰. Pondera que, mesmo a pessoa não

e privatizando seus custos (RUHL, John B. Sustainable Development: a five dimensional algorithm for environmental law. **Stanford Environmental Law**, n. 31, p. 31-64, 1999, p. 34-35).

⁸⁴⁷ *Economy, environment, equity*.

⁸⁴⁸ RUHL, John B. Sustainable Development: a five dimensional algorithm for environmental law. **Stanford Environmental Law**, n. 31, p. 31-64, 1999, p. 39.

⁸⁴⁹ RUHL, John B. Sustainable Development: a five dimensional algorithm for environmental law. **Stanford Environmental Law**, n. 31, p. 31-64, 1999, p. 47.

⁸⁵⁰ Trata-se de um Relatório de 700 páginas lançado pelo Governo do Reino Unido em 30 de outubro de 2006 e coordenado pelo economista Nicholas

sendo um ativista “verde”, um engajado, irá observar que, quebrar a ligação entre crescimento econômico e degradação ambiental requer não somente crescimento da eficiência ecológica dos produtos e serviços durante toda a sua vida útil, mas confrontar opções de consumo em áreas chave (viagens pessoais, fontes de alimentos e suprimento doméstico de energia) com os seus integrais custos ambientais, a par de investimentos pesados em formas mais sustentáveis de provisão de todas essas áreas⁸⁵¹.

Na área de energia e mudanças climáticas, uma alteração profunda é requerida, o que significa investimentos pesados em eficiência energética e suporte de energias renováveis, através de pesadas taxações nos combustíveis da aviação, criação e integração de sistemas de transporte público coletivo, definição de capacidade de carga de congestionamento para todas as grandes cidades, dentre outras medidas nem sempre simpáticas, mas absolutamente necessárias⁸⁵².

Os objetivos do desenvolvimento sustentável passam, necessariamente, pelo consumo sustentável, ou seja, consumir de forma diferente e, sobretudo no Ocidente, consumir menos. Isso significa estabelecer um consumo que satisfaça as necessidades dos indivíduos, mas não a ganância⁸⁵³ e isso não costuma ser limitado pelos padrões correntes de danos ambientais no comércio interno ou internacional.

Na visão de Foster, não há esperança alguma de um conjunto de correções técnicas que permitam escapar da necessidade de grandes

Stern, coordenador do Instituto de Pesquisas Grantham sobre Mudanças Climáticas e Meio Ambiente da London School of Economics (LSE). O relatório discute os efeitos do aquecimento global na economia mundial. Disponível em: <mudancasclimaticas.cptec.inpe.br/~rmclima/pdfs/.../sternreview_report_complete.pdf> Acesso em 31 jul. 2018.

⁸⁵¹ FOSTER, John. **The sustainability mirage**: illusion and reality in the coming war on climate change. London: Sterling, 2008, p. 9.

⁸⁵² FOSTER, John. **The sustainability mirage**: illusion and reality in the coming war on climate change. London: Sterling, 2008, p. 9.

⁸⁵³ Veblen alude ao “consumo conspícuo”, como sendo aquele voltado à aquisição de produtos caros, para ostentar riqueza, ao invés de destinado às reais necessidades do consumidor. Certamente que esse consumo não se encaixa na ideia de desenvolvimento sustentável (VEBLEN, Thorstein. **The theory of the leisure class**. New York: Oxford University Press, 2007).

mudanças⁸⁵⁴. Sua visão cética é em certa medida confirmada pela Comissão da ONU para o Desenvolvimento Sustentável, a qual admite que a melhor produtividade dos recursos não irá entregar a desejada reconciliação entre o perseguido crescimento econômico e os inegociáveis imperativos da aprendizagem de viver dentro das restrições biofísicas da Terra⁸⁵⁵.

Portanto, desenvolvimento não é conceito desprovido de um caráter teleológico. Ao contrário, é desenvolvimento direcionado à sustentabilidade ou ecodesenvolvimento, o que dimana dos princípios gerais de Direito Ambiental inscritos em diversos tratados internacionais, notadamente na Declaração do Rio de Janeiro de 1992 e na CDB, incorporada à legislação pátria por força do Decreto Federal nº 4.339/2002⁸⁵⁶.

Nesse último ato normativo, merece destaque o item 2, inc. XV, quando alude “a conservação e a utilização sustentável da biodiversidade devem contribuir para o desenvolvimento econômico e social e para a erradicação da pobreza”.

Igual ênfase é dada pela Lei da Mata Atlântica, cujo art. 6º destaca como objetivo geral da proteção e utilização do bioma o desenvolvimento sustentável. O viés ecológico da sustentabilidade é realçado pelo inc. III do art. 7º que prevê “o fomento de atividades públicas e privadas compatíveis com a manutenção do equilíbrio ecológico”. Sem embargo, no mesmo art. 7º, porém no inc. IV, a tônica quase mítica do crescimento econômico reaparece nesse importante texto normativo.

O novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), já no seu primeiro dispositivo, afirma que seu objetivo é o desenvolvimento sustentável. Porém, entra também em contradição ao reafirmar, no inc. II do § único do mesmo art. 1º-A, a importância da função estratégica da atividade agropecuária e o papel das florestas e demais formas de vegetação nativa para o crescimento econômico.

Em que pese a legislação brasileira ainda oscilar entre o ecodesenvolvimento e o mito do crescimento econômico, intuitivo concluir que o desenvolvimento com ênfase no viés ecológico é

⁸⁵⁴ FOSTER, John. **The sustainability mirage**: illusion and reality in the coming war on climate change. London: Sterling, 2008, p. 10.

⁸⁵⁵ Disponível em: <<http://www.sd-commission.org.uk/publications.php?id=41>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

⁸⁵⁶ Item 2, incs. IV, XII e XV, dentre outros.

conceito que deve ser interpretado em consonância com todo o conjunto de tratados e convenções internacionais nos quais o Brasil figura como signatário e, por isso mesmo, ingressa em nossa ordem jurídica como princípio fundamental, por força do art. 5º, § 2º⁸⁵⁷, da CF.

4.5.1.2 Vedação de retrocesso e o progresso da humanidade

O segundo argumento que favorece o reconhecimento do princípio da vedação de retrocesso encontra-se no fato de que nossa Magna Carta inseriu dentre os princípios regentes da atitude do Brasil no relacionamento com outras Nações a ideia de contribuição para o progresso da humanidade.

Esse progresso não se restringe à prosperidade material, ao já citado crescimento econômico, mas deve ser entendido numa perspectiva ampliada no espaço e no tempo, de molde a abarcar valores intangíveis, como por exemplo a qualidade ambiental, o patrimônio cultural material e imaterial, “muitos deles coletivos por excelência e subprodutos da ética da solidariedade e da responsabilidade”⁸⁵⁸. No Preâmbulo da Constituição, que é inegavelmente um repositório valioso de princípios reitores do modo de vida eleito para o Brasil na democracia instaurada com a Carta de 1988, os valores da solidariedade (literalmente) e da responsabilidade (desdobrada em segurança, justiça, bem-estar e igualdade) ali estão para costurar eventuais fricções na hermenêutica jurídica.

A ideia de progresso da humanidade é uma realidade se retrocedermos numa análise da história. Ramos Júnior⁸⁵⁹ atenta para o fato de que, se tomarmos a humanidade como um único contexto espaço-temporal, é aferível o contínuo progresso em termos de qualidade de vida entre as gerações presentes em relação às que nos antecederam. Mas também não é menos verdadeira a ocorrência de uma

⁸⁵⁷ § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁸⁵⁸ BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: O PRINCÍPIO da proibição de retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2012, p. 55-72, p. 56.

⁸⁵⁹ RAMOS JÚNIOR, Dempsey Pereira. **Meio ambiente e conceito jurídico de futuras gerações**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 369.

correlação desigual de forças entre as gerações⁸⁶⁰. As futuras gerações, sem poderem ter voz e vez na tomada de decisões⁸⁶¹, ficam em posição bastante vulnerável em relação às atuais. Isso por si só justifica que a Constituição consagre esse princípio do progresso, altamente colmatado à dignidade das pessoas não nascidas.

Häberle⁸⁶², em seu constitucionalismo comprometido com os direitos fundamentais, sustenta a existência de uma “garantia cultural do *status quo*”, que aponta para determinados conteúdos irrenunciáveis para o Estado Constitucional. Ao longo da caminhada histórica da humanidade, conquistas foram consolidadas e incorporadas ao patrimônio jurídico-político fundamental. Esse cabedal de conquistas não estaria sujeito a um retrocesso, pois esse importaria em fragilização da tutela da própria dignidade da pessoa humana e das futuras gerações e dos direitos fundamentais.

A concepção de progresso inserida no texto Constitucional não pode ser interpretada numa perspectiva puramente materialista, identificada com acúmulo de riquezas, técnicas, capacidades de intervir, poderio de dominação. Ao contrário, interessante se apresenta lançar mão de uma visão kantiana⁸⁶³ de progresso, em que o homem tende a elevar-se moralmente, sobrepondo-se a qualquer melhora no nível econômico ou na capacidade de exploração sobre a natureza.

Jonas, em sua seminal obra sobre o princípio da responsabilidade⁸⁶⁴, parte dessas ideias de Kant para advertir que a moral precisa colonizar a esfera da produção, da qual durante muito

⁸⁶⁰ RAMOS JÚNIOR, Dempsey Pereira. **Meio ambiente e conceito jurídico de futuras gerações**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 369.

⁸⁶¹ Não por outra razão, Pardo sustenta que a inevitável ausência das futuras gerações nos processos de tomada de decisão seja suprida por procedimentos que considerem seus interesses ou por alguma de representação institucional do tipo *ombudsman* (PARDO, José Esteve. **El desconcierto del Leviatán: política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia**. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 118-119).

⁸⁶² HÄBERLE, Peter. **Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional**. Madrid: Trotta, 1998, p. 87.

⁸⁶³ KANT, Immanuel. **O conflito das faculdades**. Lisboa: Edições 70, 1993, p. 95, p. 102 e p. 105, dentre outras passagens.

⁸⁶⁴ JONAS, Hans. **El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica**. Barcelona: Editorial Herder, 1995, p. 37.

tempo esteve (e ainda está) alheia, para inserir-se nas políticas públicas e dessa forma conduzir a um progresso humanista, com respeito a todas as formas de vida.

Ao imperativo categórico de Kant, simplificado como “age somente, segundo uma máxima tal, que possas querer ao mesmo tempo que se torne lei universal⁸⁶⁵”, Jonas agrega um horizonte temporal que lhe falta em sua lógica instantânea. Preocupado com as incertezas do futuro, convoca a um outro tipo de concordância. Não a do ato consigo mesmo, mas de seus efeitos últimos com a continuidade da atividade humana no futuro⁸⁶⁶.

O fato é que nessa era de tamanhas intervenções do homem no mundo natural, um novo paradigma econômico, social e ambiental disruptivo há de ser buscado para fazer cessar o atual modelo de predação do meio ambiente que leva a um crescimento antieconômico e que amplia a desigualdade social e a injustiça ambiental. Progresso da humanidade passa, necessariamente, por essa complexidade, essa visão dos sistemas sócio-ecológicos que abarquem igualmente todas as dimensões da vida humana e não humana.

4.5.1.3 Vedação de retrocesso e a textura aberta da Constituição

A Constituição de 1988 é reconhecidamente um texto aberto, afinado aos anseios de dinamismo e complexidade das sociedades pós-modernas.

A textura aberta da Constituição de 1988, no tocante ao rol de direitos fundamentais, é exposta pelo § 2º do art. 5º e encontra ampla acolhida doutrinária e jurisprudencial. Guerra Filho⁸⁶⁷ sintetiza a perspectiva dominante, ponderando não ser a norma jurídica a única expressão de direitos fundamentais, por serem esses uma realidade mais abrangente que a norma. Daí por que, diz o brilhante constitucionalista cearense, estão positivados em nosso ordenamento outros direitos

⁸⁶⁵ KANT Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 59.

⁸⁶⁶ JONAS, Hans. **El principio de responsabilidad**: ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Barcelona: Editorial Herder, 1995, p. 40.

⁸⁶⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 98-99.

fundamentais não previstos na Carta Constitucional, como consta do § 2º do art. 5º⁸⁶⁸.

Sarlet, no afã de rebater a tese de que os direitos fundamentais conformam um sistema fechado e separado no contexto da Constituição brasileira, põe em destaque o conceito materialmente aberto dessa ordem de direitos incorporada pelo art. 5º, § 2º, da CF, o qual reconhece a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional bem como em tratados internacionais, além do possível reconhecimento de direitos fundamentais não-escritos e daqueles decorrentes do regime e dos princípios da Constituição ⁸⁶⁹.

Entretanto, no tocante ao resguardo às conquistas relacionadas aos direitos fundamentais, é reconhecida a existência de um núcleo duro, um patamar blindado contra retrocessos.

No interior desse núcleo duro, ou zona do indecível, concentra-se todo o feixe de direitos e garantias relacionadas à proteção ambiental .

Dessa forma, há de ser agregado ao conjunto de fundamentos do princípio da proibição de retrocesso, a cláusula de progressividade ou o dever de progressiva realização (e proteção) prevista no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, que impõe aos Estados pactuantes a implementação progressiva dos direitos sociais nele consagrados.

No art. 2, item 1, do Pacto⁸⁷⁰, está prevista a obrigação dos Estados-parte de adotarem medidas que visem a assegurar,

⁸⁶⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 29.

⁸⁶⁹ SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 75.

⁸⁷⁰ “Art. 2º

1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, **progressivamente**, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

2. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados e exercerão em discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza,

progressivamente, o pleno exercício dos direitos nele reconhecidos, notadamente através da adoção de medidas legislativas. Esse pacto foi internalizado na Ordem Jurídica pátria com a publicação do Decreto Federal n° 591, de 6 de julho de 1992.

Também o art. 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), assinada em San Jose da Costa Rica, consagra o desenvolvimento progressivo dos direitos humanos⁸⁷¹.

Esse acordo internacional foi posteriormente detalhado pelo Protocolo de San Salvador Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988)⁸⁷², que prevê o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Ambos os acordos foram ratificados pelo Brasil e internalizados no ordenamento pátrio. O primeiro, através do Decreto Federal n° 678, de 6 de novembro de 1992; o segundo, pelo Decreto Federal n° 3.321, de 31 de dezembro de 1999.

Piovesan⁸⁷³, Fensterseifer e Sarlet⁸⁷⁴ afirmam que a chamada cláusula de proibição do retrocesso social dimana dessa vedação imposta aos Estados de retrocederem na implementação de tais direitos.

origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”.

⁸⁷¹ Artigo 26 - Desenvolvimento progressivo - Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

⁸⁷² Artigo 1 - Obrigação de Adotar Medidas - Os Estados-Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, **progressivamente** e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo (grifos nossos).

⁸⁷³ PIOVESAN, Flávia. Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. **Consultor Jurídico**, 20 ago. 2002. Disponível em:

Alguém poderia opor restrições à acolhida da cláusula de vedação de retrocesso aos direitos relacionados ao meio ambiente sob o argumento de que não se tratariam de direitos sociais, motivo pelo qual não estariam cobertos na sigla DESC (Direitos econômicos, sociais e culturais). Fensterseifer e Sarlet respondem a essa hipotética contestação argumentando que o Protocolo de San Salvador, internalizado pelo Decreto Federal nº 3.321, de 31 de dezembro de 1999, teve o mérito de agregar os direitos ambientais em seus domínios. Na visão dos constitucionalistas, incorpora a compreensão acerca dos DESCA (Direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais), apontando em sua literalidade que “toda pessoa tem direito a viver em um meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos”(art. 11.1), bem como que “os Estados-Partes promoverão a proteção e melhoramento do meio ambiente” (11.2)⁸⁷⁵.

No Relatório final da RIO + 20, § 20, ao abrigo da expressão *not backtrack*, os estados se comprometeram a não aceitar retrocessos em relação aos compromissos assumidos na Conferência da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento⁸⁷⁶. Mas esse documento encarna aquilo que pode ser chamado *soft law*, ou seja, não tem força vinculante, mas serve como norte aos países signatários.

Recentemente, em 04 de março de 2018, celebrou-se o Acordo de Escazú (Costa Rica) sobre o Princípio 10 (Acesso à Informação e Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais), em fase de ratificações pelos países da América Latina e Caribe, dentre eles o Brasil. No art. 3º, que versa sobre os princípios reitores do

<https://www.conjur.com.br/2002-ago-26/direitos_economicos_sociais_culturais_desafios?pagina=5>. Acesso em: 01 agos. 2018.

⁸⁷⁴ FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo W. Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (socio) ambiental. In: O PRINCÍPIO da proibição de retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2012, p. 121-206, p. 155.

⁸⁷⁵ FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo W. Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (socio) ambiental. In: O PRINCÍPIO da proibição de retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2012, p. 121-206, p. 155.

⁸⁷⁶ THE FUTURE we want. 2012. Disponível em: <http://www.rio20.gov.br/documentos/documentos-da-conferencia/o-futuro-que-queremos/at_download/the-future-we-want.pdf>. Acesso em: 06 set. 2018.

cumprimento do Pacto, estão no item “c” o “princípio da não regressão e o princípio da progressividade”⁸⁷⁷.

Portanto, ainda que complexa a construção, o princípio da vedação de retrocesso ecológico dimana da participação do Brasil nesses três acordos internacionais de alta relevância na conformação contemporânea dos direitos humanos e jusfundamentais.

4.5.1.4 Vedação de retrocesso e a previsão de Cláusulas Pétreas

O quarto embasamento, intimamente ligado ao cerne das constituições democráticas, para o reconhecimento da proibição de retrocesso está no barramento de emendas tendentes a abolir direitos e garantias fundamentais, dentre os quais situamos o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, corolário do próprio direito à vida.

Sarlet⁸⁷⁸, numa das primeiras obras que estendem o princípio da vedação de retrocesso (antes restrito ao âmbito dos direitos sociais) para o campo ambiental, compreende que a vedação existe até mesmo para o poder constituinte reformador, ou seja, não só o legislador ordinário está proibido de retroceder no patamar de proteção ao meio ambiente, como também o constituinte, já que, mesmo não inscrito no rol do art. 5º, é pacífica a aceitação do direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado como direito fundamental, tratando-se, portanto, de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inc. IV, da CF/88), “beneficiando-se do regime geral atribuído aos direitos fundamentais que envolve o reconhecimento da aplicação direta e imediata (art. 5º, § 1º), abertura material (art. 5º, §

⁸⁷⁷ ACORDO de Escazú. 2018. Disponível em: <<http://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2018/03/Acuerto-P10-2018vf.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2018.

⁸⁷⁸ SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 78-80. No mesmo sentido, SILVA, José Afonso da. Fundamentos constitucionais da proteção do meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 27, jul./set. 2002, p. 55; e ALONSO JÚNIOR, Hamilton. **Direito fundamental ao ambiente e ações coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 49.

2º) e a proteção contra a abolição ou supressão (art. 60, § 4º, inc. IV)”⁸⁷⁹.

Rotular determinado direito e/ou garantia constitucional como cláusula pétrea equivale a bloquear uma possível alteração, mesmo através de maiorias expressivas, nas essências desses direitos. Isso poderia representar, *prima facie*, uma atitude antidemocrática, por violar a vontade de maioria.

Todavia, convém não perder de vista que se está na seara dos direitos fundamentais e, nesse espaço normativo, outros ingredientes passam a constar da complexa receita democrática.

A concepção liberal dos direitos-poderes da maioria estabeleceu no cenário pós-liberal uma vocação absolutista aos poderes políticos de maioria gerados pela análoga concepção (populista) dos direitos políticos como direitos de liberdade igualmente ilimitados⁸⁸⁰.

Esses desígnios da maioria política são, não raras vezes, dominados pelas forças ágeis do mercado que acabam repercutindo no Parlamento⁸⁸¹. A consequência inevitável disso passa a ser a redução de limites e controles aos poderes econômicos do mercado⁸⁸²,

⁸⁷⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 241-242.

⁸⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Principia juris**: teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011b, v. 1: Teoría del derecho, p. 757.

⁸⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia juris**: teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011b, v. 1: Teoría del derecho, p. 757.

⁸⁸² Com o liberalismo, o mercado transmuda-se de um conceito técnico, enquanto modo de regulação da atividade econômica através de um sistema de preços livremente formado, para um conceito sociológico e político. O mercado (econômico) e não o contrato (político) torna-se o verdadeiro regulador da sociedade (e não somente da economia). Na era do capitalismo global, entretanto, o mercado requer sistemas adicionais de controle através de um terceiro (o Estado, a opinião pública, agências independentes, dentre outros) (ROSANVALLON, Pierre. **La contrademocracia**. La política en la era de la desconfianza. Buenos Aires: Manantial, 2006, p. 268-269). Essa constatação é fundamental para que se compreenda a real importância de uma nova perspectiva para o tratamento do bem

retroalimentada pela concentração de poderes políticos e derrocada, gradativa, de direitos associados a bens fundamentais, como é o caso do meio ambiente⁸⁸³.

Nessa linha de raciocínio, nada mais adequado à jovem tradição democrática brasileira do que o estabelecimento em nossa Constituição de limites modificativos de questões estruturais e transcendentais relacionadas a direitos fundamentais em geral e ao meio ambiente em especial.

Questão que se coloca em relação a esse espaço de imutabilidade definido pela própria Constituição é clarear, de uma vez por todas, o significado e a extensão da expressão direitos e garantias individuais a que faz referência o aludido art. 60, § 4º, inc. IV.

Essa construção, como ensina Bonavides, tem origem nos conteúdos fundantes do Estado Liberal que vinculava o seu núcleo axiológico essencial aos valores ligados ao “axioma da razão individualista”⁸⁸⁴. Portanto, para que o intérprete adira à hermenêutica literal do dispositivo, dele excluindo as demais dimensões de direitos que se seguiram ao Estado Liberal, dentre eles o direito ao meio ambiente como bem fundamental, precisa igualmente parar no tempo e na evolução histórica dos direitos fundamentais, os quais são fruto de conquistas de movimentos revolucionários, mesmo as lutas operárias, ambientalistas, feministas e pacifistas⁸⁸⁵.

Concordamos com Alonso Jr.⁸⁸⁶ quando pondera que a exclusão dos direitos e garantias sociais e ecológicos do leque da órbita imutável do texto constitucional equivale a ignorar a vinculação estreita entre o direito ao meio ambiente como bem fundamental e o mais elementar de todos os direitos individuais – a vida.

A máxima da vedação de retrocesso ecológico tem aparecido em muitas decisões judiciais, associada, não raras vezes, ao fato

ambiental dotada de potência suficiente para o enfrentamento da ambição expansionista e destrutiva do mercado.

⁸⁸³ FERRAJOLI, Luigi. **Principia juris**: teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011b, v. 1: Teoría del derecho, p. 776.

⁸⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 589.

⁸⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Principia juris**: teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011b, v. 1: Teoría del derecho, p. 823.

⁸⁸⁶ ALONSO JÚNIOR, Hamilton. **Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 48.

consumado. O interessante, como se verá na sequência, é que mesmo com a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça rechaçando a aplicação de lei (ou mesmo ato normativo de hierarquia inferior), editada posteriormente, e com caráter menos protetivo à situação constituída ou consumada sob a égide de lei anterior, os tribunais de todo o país ainda titubeiam no reconhecimento da vedação de retrocesso.

Para demonstrar essa asserção, coletar-se-á julgados relacionados a danos ambientais ocorridos no mesmo Estado de São Paulo, onde a Corte Federal (TRF 3) e a Estadual (TJ/SP) apresentam entendimentos dominantes completamente opostos a respeito da situação que hoje mais aparece em relação à conjugação dos argumentos “fato consumado”, “vedação de retrocesso” e “direito adquirido a poluir”, sabidamente a questão do conflito intertemporal entre o anterior⁸⁸⁷ e o atual Código Florestal⁸⁸⁸.

Da Corte Federal sediada em São Paulo, transcrevem-se trechos de dois acórdãos que bem ilustram sua respectiva tendência:

Ressalta-se que a aplicação do artigo 62 claramente implica em situação de menor proteção ambiental, isso porque reduziria a APP tão somente para a faixa inundável do reservatório, o que na prática significaria afirmar que, em certos trechos do terreno, a zona de preservação equivaleria a zero. **É patente, nessa hipótese, violação ao princípio da vedação ao retrocesso ecológico.[...] Não é, portanto, o caso de aplicabilidade das normas do novo Código Florestal ou de alterações supervenientes, pois consolidou o Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o novo regramento material tem eficácia *ex nunc* e não alcança fatos pretéritos, quando implicar a redução do**

⁸⁸⁷ BRASIL. Lei 4.771, de 15 de setembro de 1965. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4771-15-setembro-1965-369026-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 2018.

⁸⁸⁸ BRASIL. Lei 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm>. Acesso em: 2018.

patamar de proteção do meio ambiente sem necessária compensação⁸⁸⁹.

[...] 4. Em face dos princípios *tempus regit actum* e da não regressão ou **vedação ao retrocesso ecológico**, a legislação ambiental, ainda que revogada, tal como a Lei nº 4.771/65, pode ser aplicada aos fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 12.651/12, ainda que a norma seja mais gravosa ao poluidor. 5. Os documentos que instruem os autos revelam que os danos ambientais foram verificados em datas pretéritas ao advento do novo Código Florestal, de modo que se torna imperiosa a realização de nova perícia, pois somente com as conclusões do laudo pericial é que se poderá delimitar a área de preservação permanente de acordo com a legislação atual e anterior. 6. Com o advento da Lei nº 12.651/12 houve alteração do critério de medida da área de preservação permanente no entorno de reservatórios d'água artificiais, passando a ser vertical, ou seja, com base no nível da água, em detrimento do horizontal, baseado na medida fixa a partir da margem do nível máximo normal ou operacional, razão pela qual houve evidente retrocesso na proteção ambiental. 7. **A revogação da legislação anterior não implica, por si só, na aplicação imediata da lei em vigor, sendo necessária o exame do caso concreto para definir quais regras lhe serão aplicáveis, notadamente por se tratar do direito fundamental do meio ambiente ecologicamente equilibrado.** 8. Independentemente da época da consolidação do reservatório, pode-se afirmar que podem prevalecer as regras previstas nas Resoluções CONAMA nº 4/85, nº 302/02 e nº 303/02 sobre as disposições da Lei nº 12.651/12,

⁸⁸⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível 0002067-08.2012.4.03.6107/SP**. Relator: Des. Carlos Muta. Julgado em: 21 fev. 2018. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/6513049>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

haja vista que essa veicula normas de direito material, cuja eficácia é **ex nunc**, por implicar redução de proteção do meio ambiente⁸⁹⁰ (grifos da autora).

A leitura desses e de outros tantos julgados⁸⁹¹ denota que a Corte Federal da 3ª Região (que abarca os estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul) encampou a tese da vedação de retrocesso nas causas ambientais envolvendo o estabelecimento de padrões menos restritivos pelo Novo Código Florestal Federal.

Vale destacar que o postulado da vedação de retrocesso nesses julgados, e isso não parece ser uma mera coincidência, vem associado ao vocábulo **ecológico**, denotando um avanço no reconhecimento do valor intrínseco do meio ambiente que se está a defender nesta tese.

Interessante é que as duas decisões citadas sobrevieram antes do julgamento do Supremo Tribunal Federal a respeito das ADIS 4901, 4902, 4903 e 4937, finalizado em 28 de fevereiro de 2018, mas ainda sem acórdão publicado⁸⁹².

Por sua vez, o Tribunal de Justiça de São Paulo, através de suas câmaras reservadas de meio ambiente⁸⁹³, vinha entendendo, mesmo

⁸⁹⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível 2083333 / SP**. Relator: Des. Antonio Cedenho. Julgado em: 07 fev. 2018. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/6513049>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

⁸⁹¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível 0001390-42.2002.4.03.6102**. Relatora Desa. Alda Basto. Julgado em: 23 ago. 2013. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/6513049>>. Acesso em: 02 ago. 2018. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível 0002879-98.2013.4.03.6112/SP**. Relator Des. Antonio Cedenho. Julgado em: 14 dez. 2017. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/6513049>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

⁸⁹² Informação obtida no website do STF em 02 ago; 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>.

⁸⁹³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração 000660997.2012.8.26.0577/50000**. Relator Des. Nogueira Diefenthaler. Julgado em: 05 jul. 2018. Disponível em:

antes da decisão do STF nas referidas ADIS, modo pacífico, pela aplicação imediata da nova lei. Seguem alguns julgados nesse sentido:

1. Dano ambiental consubstanciado na supressão de vegetação rasteira mediante edificação em área de preservação permanente a menos de 30 metros de córrego. 2. Ação ajuizada após o Novo Código Florestal. Aplicação imediata. Lei que alterou os critérios de definição dos limites das APPs de cursos d'água que passou a ser a partir da borda da calha do leito regular e não mais do leito maior sazonal do rio. Redução da área de proteção. 3. Área com urbanização consolidada, com infraestrutura adequada. Perda da função ecológica do local, sem possibilidade de recomposição de vegetação ou proteção de recursos hídricos. 4. Sentença que julgou improcedente o pedido. [...] Tenha-se presente, de início, que as CC. Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente desta E. Corte determinam, de forma reiterada, **a aplicação imediata do Novo Código Florestal**, porque assim entendem escorreito, refutando tese acerca da dita inconstitucionalidade da norma. Além disso, não há notícia acerca da declaração de inconstitucionalidade da indigitada norma, ou mesmo de concessão de liminar nas ADI's n.º 4901; 4902 e 4903, aforadas em face de diversos dispositivos do estatuto⁸⁹⁴.

Ademais, ressalta-se que **não há que se falar em retrocesso ambiental**, pois o que está sendo reconhecido é a execução do TAC observando as regras que atualmente estão vigentes e, conseqüentemente, são compatíveis com a finalidade de proteção ao meio ambiente. **Com**

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

⁸⁹⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apel. Cível 0001837-70.2015.8.26.0356**. Relator: Des. Oswaldo Luiz Palu. Julgado em: 05 abr. 2018. Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

relação à possível alegação de inconstitucionalidade do atual regramento florestal, cabe advertir a ausência de decisão liminar ou definitiva do STF sobre a mencionada inadaptação dos dispositivos em face da Constituição⁸⁹⁵ – grifos nossos.

Analisando esses quatro julgados e outros não transcritos é possível inferir uma incoerência enorme entre os discursos jurídicos argumentativos dos colegiados. A impressão que dá é que o distanciamento dos desembargadores federais em relação aos locais das intervenções, sobretudo, dos jurisdicionados, facilita uma decisão mais técnica e mais atrelada ao bem jurídico difuso e fundamental, em detrimento ao direito de propriedade na sua concepção típica do Estado Liberal, ou seja, desprovida até mesmo de função social (mesmo na sua feição relacionada ao social) e descolada da noção de meio ambiente como bem fundamental.

A tal conclusão, aliás, já chegara Krell quando avaliara que, especialmente nos julgados dos tribunais estaduais, existe “nítida tendência de relegar os aspectos de proteção ambiental para um segundo plano”⁸⁹⁶.

Por outro lado, os julgadores do Tribunal Estadual paulista, seduzidos pela maior viabilidade prática de aplicação efetiva no Novo Código Florestal, aderiram precocemente aos seus ditames, sem maiores inserções na repercussão global de seus diversos retrocessos em relação aos processos ecológicos essenciais e à integridade dos ecossistemas. Tampouco, manifestaram preocupação com manter resiliência para os ambientes degradados.

É impositivo observar, noutro giro, que o princípio do desenvolvimento sustentável é também invocado em um dos acórdãos da Câmara Reservada de Meio Ambiente surpreendentemente para

⁸⁹⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apel. Cível 0003992-63.2014.8.26.0491**. Relator: Des. Roberto Maia. Julgado em: 14 set. 2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

⁸⁹⁶ KRELL, Andreas. **Discricionariade administrativa e proteção ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais, um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 58.

fragilizar o princípio da vedação do retrocesso ecológico, quando o Des. Relator nega a ele possuir “força normativa suficiente para afastar as diretrizes estabelecidas na novel legislação ambiental, uma vez que esta abarca tanto a proteção ao meio ambiente como o desenvolvimento sustentável, ambos necessários à humanidade”⁸⁹⁷.

Desvela-se da leitura desse argumento uma deturpação da própria essência do desenvolvimento sustentável ou ecodesenvolvimento, com se viu no item 4.4.2. Da maneira como utilizado na fundamentação da decisão, o desenvolvimento sustentável transparece como algo alheio ou que prescinde de um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, lógica essa que não é aceita sequer por uma visão de sustentabilidade fraca⁸⁹⁸, tanto menos a partir de uma perspectiva de sustentabilidade forte, em quaisquer das definições sobre as quais se discorreu anteriormente.

O julgado abdica totalmente de prever e agir em conformidade com a prudência necessária. Deixa de seguir uma recomendação feita por Aragão no sentido de que temos, todos nós, que “por nos pratos da balança das decisões críticas de desenvolvimento sustentável, as funções ecológicas de suporte e de regulação como fatores críticos de decisão”⁸⁹⁹.

A ancestral noção da sustentabilidade⁹⁰⁰ compreende uma condição durável e equitativa das condições de vida da humanidade suportada pelo funcionamento dos sistemas naturais essenciais.

⁸⁹⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apel. Cível 0002501-83.2014.8.26.0341**. Relator: Des. Roberto Maia. Julgado em: 21 jun. 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>>. Acesso em 02 ago. 2018.

⁸⁹⁸ Sobre os conceitos, v. BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 47. SCHRIJVER, Nico. **Development without destruction**. Bloomington: Indiana University Press, 2010, p. 5. VEIGA, José Eli da. **Para entender o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Editora 34, 2015, p. 152-157.

⁸⁹⁹ ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. Direito do ambiente, direito planetário. **Themis**, Lisboa, v. 15, n. 26/27, 2014, p. 174.

⁹⁰⁰ BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 34-35. VOIGT, Christina. **Sustainable development as a**

O viés ecológico, como argumenta Bosselmann, não pode se situar simplesmente no mesmo patamar do econômico e social, porquanto o meio ambiente e seus processos ecológicos estruturam, são a base da vida no planeta⁹⁰¹.

De modo que essa perspectiva de desqualificar o princípio da vedação de retrocesso com estribo no princípio do desenvolvimento sustentável é totalmente inadequada, quer do ponto de vista jurídico, quer do ponto de vista da lógica. O desenvolvimento sustentável logrou, à custa de uma conscientização complexa e acidentada em nível internacional, converter-se num mínimo denominador comum na órbita interna e externa dos países. Isso só ocorreu devido à sensibilização para o problema do exaurimento dos recursos ambientais. De modo que se trata de uma incoerência inegável contrapor o desenvolvimento sustentável ao princípio da vedação de retrocesso para entronizar, uma vez mais, o fato consumado.

Na prática, as decisões com esse perfil de rejeição ao bloqueio quanto à aplicação de leis menos protetivas do meio ambiente selam um pacto com a acomodação, conferem um novo oxigênio para o fato consumado e a situação consolidada.

É importante situar a origem e os desdobramentos desse pacto. Ele tem início com as intervenções ilícitas geralmente promovidas em espaços territoriais protegidos. Prossegue com a omissão das autoridades encarregadas da fiscalização e que poderiam e deveriam agir imediatamente após as ilegalidades para estancá-las. Atinge seu ápice, em termos de irresponsabilidade organizada, com as alterações na legislação ambiental derivadas das intensas pressões logradas junto aos poderes Legislativo e Executivo. Quando a questão vem a ser judicializada (o que nem sempre ocorre), o pacto se exaure com o coroamento, pelo Poder Judiciário, daquela situação de danosidade ambiental material e formal, como fato consumado, ou situação consolidada ou, ainda, direito adquirido...

Nessa atitude de chancela do ilícito perpetrado ou, no dito popular, de acomodação, o Juiz deixa de desempenhar uma tarefa que lhe é peculiar que é a de ouvir os interesses daqueles que não têm voz –

principle of international law: resolving conflicts between climate measures and WTO law. Martinus Nijhoff, 2009, p. 5.

⁹⁰¹ BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade:** transformando direito e governança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 43.

os interesses das futuras gerações e dos sistemas ecológicos⁹⁰²—garantindo um equilíbrio mínimo com os interesses econômicos prevalentes.

O Judiciário em tempos de crise e de profundas alterações no meio natural que podem fazer perecer radicalmente as condições de vida no Planeta, deve procurar não se distanciar da pauta principiológica da Constituição Federal e dos tratados e convenções internacionais assinados pelo Brasil, incorporando o princípio do desenvolvimento sustentável como uma ferramenta de trabalho⁹⁰³, mas jamais para soterrar a preservação do bem ambiental. Devem sim os juízes continuar no protagonismo de sua consolidação, desenvolvendo-o tanto no âmbito do direito interno como externo, mostrando “imaginação, iniciativa e visão para lidar com um assunto tão profundamente repleto de implicações para o futuro global”⁹⁰⁴.

Sintetizando esse tópico relativo à aplicação do princípio da vedação de retrocesso ao meio ambiente, pode-se afirmar que ele se apresenta como um dos mais eficientes instrumentos operacionais para controlar os arroubos do Legislativo, sempre ávido para culpar a preservação ambiental pelos atrasos econômicos do país.

Ademais, ao acolher esse princípio, ao deparar-se com lei nova menos protetiva ao meio ambiente, o magistrado automaticamente há de deixar de reconhecer no caso específico o direito adquirido, por força dos quatro argumentos constitucionais que foram elencados para a fundamentação do princípio da vedação de retrocesso, aos quais se alinha que “o direito adquirido e o decurso de longo tempo não podem

⁹⁰² VOIGT, Christina. **Sustainable development as a principle of international law**. Resolving conflicts between climate measures and WTO law. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff, 2009, p. 184.

⁹⁰³ VOIGT, Christina. **Sustainable development as a principle of international law**. Resolving conflicts between climate measures and WTO law. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff, 2009.

⁹⁰⁴ “In short the judges are at the cutting edge of the development of this concept and both domestically and internationally will need to show imagination, initiative and vision in handling a matter so deeply fraught with implications for the global future”(WEERAMANTRY, Christopher; CORDONIER SEGGER, Marie-Claire. **Sustainable justice: reconciling economic, social and environmental law**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2005, p. 444).

ser opostos quando se tratar de manifesta contrariedade à Constituição”⁹⁰⁵.

Com essa afirmativa final extraída do voto da lavra da Ministra Ellen Gracie, faz-se a passagem para a seguinte ideia-força capaz de afastar o cabimento do direito adquirido contrário à proteção do meio ambiente como bem fundamental.

4.5.2 A intangibilidade do status quo relacionado a bens fundamentais

Na avaliação de uma possível alegação de direito adquirido, ou seja, uma tentativa de adjudicar determinada situação jurídica, é de extrema relevância que se faça uma incursão no *status quo* dos bens fundamentais, nomeadamente do bem ambiental.

Os direitos fundamentais vêm passando por paulatina evolução associada aos movimentos políticos, revoluções e construções teóricas.

A história do próprio constitucionalismo está atrelada à dos direitos fundamentais e à sua gradativa ampliação⁹⁰⁶ devidas às novas aspirações e necessidades humanas.

A partir do século XX, a chamada terceira dimensão de direitos fundamentais⁹⁰⁷, dentre eles o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado como bem fundamental, afirma-se como o

⁹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rec. Ext. 381.204**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgado em: 11out. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261652>>. Acesso em: 03 ago. 2018. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4270-SC**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Julgado em: 14 mar. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261652>>. Acesso em: 03 ago. 2018.

⁹⁰⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992a.

⁹⁰⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao direito processual constitucional**. Síntese: Porto Alegre, 1999, p. 26. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 47. Bonavides opta pela expressão “geração” de direitos (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 563). Considera-se mais apropriado usar “dimensão” de direitos, pela noção de complementaridade, ao invés de substitutividade.

mais importante deles⁹⁰⁸ e ocupa espaço nesse leque de direitos aos quais Ferrajoli qualifica como leis dos mais fracos, em alternativa às leis dos mais fortes que vigoravam e que vigoram em sua ausência⁹⁰⁹.

Nesse campo dos direitos de terceira dimensão, reluz com inegável destaque o brilho do direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado porque dele dependem e nele encontram limites o direito à vida e o direito à saúde (ou seja, os mais elementares direitos humanos).

Os limites às atividades humanas ditados pelos bens ambientais e pela integridade dos ecossistemas igualmente customizam a vida de cada indivíduo e de toda uma geração de indivíduos. Portanto, se alguma amarra constitucional é justificável, parece inegável que aquelas relacionadas à vedação de retrocesso, ou mesmo perda de bens e direitos ambientais, o são.

A partir do garantismo ou constitucionalismo democrático de Ferrajoli, uma vez estabelecidos os direitos fundamentais através de normas técnico-deontológicas⁹¹⁰, são inibidos como ilícitos ou inválidos ou mesmo inexistentes todos os atos que resultem redução ou lesão a esses direitos.

Para além de e talvez contra a vontade da maioria e ainda de seus próprios titulares, os direitos fundamentais, especialmente quanto ao seu núcleo essencial, não comportam redução, mesmo quando decidida pela maioria.

⁹⁰⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992a, p. 6.

⁹⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia juris: teoría del derecho y de la democracia**. Madrid: Trotta, 2011b. v. 1: Teoría del derecho, p. 823.

⁹¹⁰ Normas técnicas (regras técnicas) – estabelecem a condição para um *status* ou direito jurídico. Opõe-se às normas hipotéticas (regras hipotéticas) porque estabelecem um pressuposto para que entre em efeito uma norma. Normas deontológicas (regras deontológicas) são as que consistem em disposição de uma situação (faculdades e obrigações). Ferrajoli considera que as normas que regulam os direitos fundamentais são exemplos de normas técnico-deontológicas, pois elas próprias asseguram situações, faculdades, impõem deveres, obrigações e expectativas de atos (FERRAJOLI, L. **Principia juris: teoría del derecho y de la democracia**. Madrid: Trotta, 2011b. v. 1: Teoría del derecho, p. 402).

Sarmento discorre a respeito das dificuldades de sustentar direito adquirido e cláusulas pétreas contra a vontade da maioria em democracias constitucionais.

Diante do posicionamento que preponderou no país durante muito tempo no sentido de que o dogma do direito adquirido constringeria até mesmo o constituinte reformador, porquanto, em sendo ele um direito individual, não poderia ser alterado por conta do previsto no art. 60, § 4º, da Constituição. Ou seja, estaria acobertado pela poderosa capa das cláusulas pétreas.

O autor traça uma linha divisória entre democracia e constitucionalismo, situando a tendência da primeira a acolher a primazia absoluta dos desígnios da maioria. O constitucionalismo, por sua vez, estabelece freios e barreiras não só para o exercício do poder, como também para a soberania popular⁹¹¹.

Uma das funções da democracia na concepção de Ferrer é dominar “nosso gene egoísta” (numa alusão à expressão de Dawkins⁹¹²). Mas o autor observa que, submetida a processos democráticos, são raras as decisões e a construção de leis que prosperam no sentido de controlar com eficácia a ação predatória do homem em relação à natureza⁹¹³.

Nas constituições influenciadas por essa segunda corrente, verifica-se ser comum o controle de constitucionalidade não só de leis, mas até mesmo das emendas constitucionais⁹¹⁴ tendentes a fragilizar

⁹¹¹ SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 9-39, 2005a, p. 11.

⁹¹² DAWKINS, Richard. **O gene egoísta**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

⁹¹³ FERRER, Gabriel. La construcción del Derecho Ambiental. **Novos Estudos Jurídicos**. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5128/2688>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

⁹¹⁴ "O STF já assentou o entendimento de que é admissível a ação direta de inconstitucionalidade de emenda constitucional, quando se alega, na inicial, que esta contraria princípios imutáveis ou as chamadas cláusulas pétreas da Constituição originária (art. 60, § 4º, da CF). Precedente: ADI 939 (RTJ 151/755)"(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.946-MC**. Relator: Ministro Sydney Sanches. Julgado em: 29 abr. 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%20783>>. Acesso em 04 ago. 2018)

direitos fundamentais. No Brasil, o grande gargalo para essas alterações está no multirreferido art. 60, § 4º, da CF.

Esse dispositivo, aliás, faz ruir todo um conjunto de julgamentos, anteriores à Constituição de 1988, que propugnavam pela inexistência do direito adquirido contra o próprio texto constitucional⁹¹⁵.

O paradigma do constitucionalismo, ou da democracia constitucional como prefere Ferrajoli, outro não é senão essa **sujeição do Direito ao Direito** gerada pela dissociação entre racionalidade formal e racionalidade material⁹¹⁶.

A Constituição de 1988 fornece significativos sinais de seu comprometimento com o bem ambiental e com as futuras gerações, tendo, irretorquivelmente, “os olhos postos para o futuro”⁹¹⁷.

Na pena afiada do Ministro Herman Benjamin, sequer necessitamos de juízes ativistas, “pois o ativismo é da lei e do *texto constitucional*. Felizmente nosso Judiciário não é assombrado por um oceano de lacunas ou um festival de meias-palavras legislativas”⁹¹⁸ – grifos nossos.

De sorte que o chamado “núcleo legislativo duro” do direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, conforme já se destacou anteriormente, não seria sequer passível de contraposição sob a alegação de um direito adquirido, pois nesse específico caso, convolar-se-ia em direito adquirido de poluir, o que não é aceitável diante do arcabouço normativo vigente.

Não se desconhece a controvérsia que grassa em torno do conceito de núcleo essencial do direito fundamental, sobretudo na doutrina europeia. Sem embargo, como o faz Sarmento, na linha do Ministro Herman Benjamin, arriscar-se-ia aceitá-lo como um

⁹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 106733 – SP**. Relator: Ministro Néri da Silveira. Julgado em: 13 fev. 1985. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%20783>>. Acesso em: 04 ago. 2018.

⁹¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Principia juris**: teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011b. v. 1: Teoría del derecho, p. 804.

⁹¹⁷ SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 9-39, 2005a, p. 32.

⁹¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 650.728 – SC**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 23 out. 2007. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/>> Acesso em: 04 ago. 2018.

delimitador, o “limite dos limites”, uma ferramenta apta a interditar medidas tendentes a afetar o coração de cada direito fundamental⁹¹⁹.

Na era pós-moderna em que há inegável mescla entre as esferas pública e privada, em que os poderes públicos, inclusive o monopólio⁹²⁰ de fazer as leis, são cada vez mais colonizados pelos interesses dos poderosos e do mercado⁹²¹, subtrair determinados direitos fundamentais tanto das decisões do próprio mercado como da maioria é medida qualificada por Ferrajoli como intrínseca à democracia constitucional substancial. Essa substancialidade, defende o jurista italiano, é impressa pelos direitos fundamentais ao Estado de Direito e à democracia constitucional, configurando, ela própria, a marca registrada da democracia substancial, e não o absolutismo da onipotência da maioria⁹²².

Considera que o constitucionalismo democrático derivado da positivação dos direitos fundamentais como limites e vínculos substanciais à legislação positiva corresponde a uma segunda revolução na natureza do Direito que se traduz numa alteração interna do

⁹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n° 106733 – SP**. Relator: Ministro Néri da Silveira. Julgado em: 13 fev. 1985. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%20783>>. Acesso em: 04 ago. 2018, p. 36.

⁹²⁰ Sarmiento pondera sobre a existência de uma *lex mercatoria*, criada difusamente pelo próprio mercado, fazendo com que uma função tipicamente pública, desde o advento do Estado moderno, passe por uma verdadeira privatização, diante da eclosão de diversos polos de produção normativa (SARMENTO, Daniel. A trajetória da dicotomia público/privado. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 22, p. 239-257, abr./jun. 2005b, p. 249).

⁹²¹ Nesse sentido, vale uma incursão nos trabalhos de Tamanaha, especialmente quando questiona a teoria do espelho, em que supostamente a ordem jurídica seria um reflexo dos anseios da sociedade. O jusfilósofo sustenta que, na verdade, há um espelho seletivo auxiliado por um conjunto de tradições instrumentais que faz com que a lei seja muito mais fruto dos embates entre grupos políticos e econômicos do que um caminho para o bem comum (TAMANAHA, Brian. **General jurisprudence of law and society**. Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 110-132).

⁹²² FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 2004, p. 51.

paradigma positivista clássico ditado pela necessária congruência entre os conteúdos.

O direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, conectado ao bem ambiental, não se limita à esfera pública, colonizando a esfera das relações privadas através do estabelecimento de limites (proibições de excesso) e vínculos (proibições de proteção insuficiente) tanto ao Legislativo como ao próprio mercado, além de deveres para o Estado e para a coletividade⁹²³.

Nessa linha é que Ferrajoli, ao contrário de autores que sustentaram nos últimos anos a superação da dicotomia⁹²⁴ entre o público e o privado⁹²⁵, aponta para a necessária reafirmação dessa clivagem.

Diversa é a posição de Sarmento, em profundo estudo sobre o tema, onde reconhece a superação aparente da dicotomia entre o público e o privado para afirmar a unidade da ordem jurídica. Ainda assim, obtém que a separação entre os espaços público e privado continua um ingrediente fundamental no Estado Democrático de Direito⁹²⁶.

Após reconhecer a divisão entre esfera pública e privada como uma das mais discutidas da ciência jurídica, falando mesmo sobre a existência de três modelos: dicotômico (rígida contraposição), modelo de absorção (fronteira móvel e inserta entre eles) e o modelo radical que considera inadmissível a distinção (modelo de unidade do

⁹²³ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Constitucionalismo garantista e precedentes vinculantes em matéria ambiental. Limites e vínculos ao ativismo judicial contrário ao meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, v. 78, p. 179-213, 2015, p. 183.

⁹²⁴ BOBBIO, Norberto. A grande dicotomia: público/privado. In: ESTADO, governo, sociedade: para uma teoria geral da política. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992b.

⁹²⁵ Habermas vem defendendo a complementaridade entre as esferas pública e pública, afastando a ideia de que constituiriam domínios antitéticos, mas sim em tensão, condição que acaba imprimindo maior dinamismo entre elas (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 92 e 98).

⁹²⁶ SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 9-39, 2005a.

ordenamento)⁹²⁷, Ferrajoli é categórico ao afirmar que, mais que nunca, essa distinção faz-se necessária no plano teórico para os fins de análise do paradigma do Estado de Direito e da democracia constitucional e para a própria compreensão fenomenológica do Direito.

O fato das duas esferas se relacionarem constantemente não compromete a diferença. Ao contrário, sustenta o tratadista italiano, pois são justamente nessas relações que aparecem as garantias e limites desenvolvidos pela esfera pública em relação à privada⁹²⁸.

Concorda-se plenamente com o autor quando reputa inegável que hoje assistimos à progressiva erosão da esfera pública, o que é evidenciado, de um lado, pela expansão dos processos de privatização e, de outro, na ausência de limites e vínculos reivindicada e em grande medida obtida pela autonomia privada⁹²⁹.

A separação conceitual, na perspectiva desta tese, ainda é altamente importante para estabelecer o delineamento do sistema jurídico como um todo e, sobretudo, para delimitar a necessária separação entre política e mercado, ou entre sociedade civil e instituições públicas, com o fito de reforçar a democracia constitucional substancial, que é o ponto de partida e também o palco principal da afirmação dos direitos fundamentais, dentre eles o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, reconhecido por Ferrajoli como conectado ao respectivo bem fundamental.

Do plano teórico, esta pesquisa transfere-se agora para a não menos difícil tarefa de tentar extrair algumas conclusões – ou ao menos diretrizes *prima facie* – para dirimir situações que se encaixem nos suportes fáticos colocados ao início deste tópico:

a) quando uma atividade potencialmente poluidora que se prolonga no tempo é contestada, defende-se o responsável com o argumento de que possuía todas as licenças e autorizações necessárias ao tempo de sua implantação e início de operação ou nenhuma licença

⁹²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Principia juris**: teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011b. v. 1: Teoría del derecho, p. 757.

⁹²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Principia juris**: teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011b. v. 1: Teoría del derecho, p. 757.

⁹²⁹ Observa Ferrajoli que, nas experiências socialistas, houve o oposto. Produziu-se a tendencial e anômala supressão da esfera da autonomia privada e correlativa expansão da pública (FERRAJOLI, Luigi. **Principia juris**: teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011b. v. 1: Teoría del derecho, p. 757).

ambiental era exigível quando se instalou e iniciou a operação: nesses casos arredar o direito adquirido e junto com ele o fato consumado afigura-se uma obviedade, na medida em que a licença ambiental é ato administrativo precário, nascido e criado para durar enquanto a atividade estiver ajustada a ele e, não somente a ele, ao interesse coletivo projetado na sanidade ambiental. Pode acontecer, entretanto, que em alguns casos de investimentos vultosos feitos ao abrigo da licença, possa a situação do empreendedor vir a ser compensada através de indenização. Mas se durante a operação sobrevier conhecimento novo a revelar que a atividade é altamente tóxica por ação direta ou porque, combinada com alguns fatores imprevisíveis quando da concessão da licença, é da natureza desse ato administrativo a sua possível revisão em prol do interesse público. Igualmente a nova regulamentação através de lei ou resolução, fundada em conhecimento superveniente, poderá ensejar a revogação ou alteração da licença original⁹³⁰;

b) quando uma atividade potencialmente poluidora, exaurível em ato único, se implanta e, posteriormente, sobrevém legislação que se lhe opõe total ou parcialmente, considera-se que os interesses devem ser devidamente sopesados e a motivação da nova lei há de ser posta em xeque pelo Judiciário. Submetida a situação ao crivo da proporcionalidade, razoável supor que, na hipótese de ser imprescindível a cessação da atividade ou realocação, remanesceria para o prejudicado um possível direito à indenização proporcional ao prejuízo enfrentado;

c) construções em espaços territoriais protegidos cujas normas que os delimitem em termos territoriais ou tipos de uso se tornem mais rigorosas sobrevivendo a tais intervenções⁹³¹: nessas hipóteses, muito comuns em se tratando de posteriores criações de unidades de conservação ou redefinição de limites de APPs, a lei nova estaria atrelada ao núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente e, nesses casos, a realização do interesse público na consagração da política pública de preservação ambiental assemelha-se a um interesse

⁹³⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito adquirido e expectativa de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 101.

⁹³¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **AC 0000927-53.2009.4.03.6006/MS**. Relator: Desembargador Nery Junior. Julgado em: 19 abr. 2017. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

público estável e vocacionado ao interesse das futuras gerações⁹³². Entretanto, se as construções, ao tempo de sua realização, se deram totalmente ao abrigo e munidas de todas as licenças e alvarás necessários sob a égide da legislação em vigor, o prejudicado terá sim direito à indenização atrelada ao rateio do ônus que terá de experimentar em decorrência da consagração de um interesse público, caso esse seja relevante e demonstrado inclusive do ponto de vista da preservação dos processos ecológicos essenciais;

d) construções em espaços territoriais especialmente protegidos cujas normas que os delimitem venham a ser mais favoráveis ao responsável/poluidor pelo advento de legislação posterior: nessas hipóteses, que hoje penetram às pencas em nossos tribunais devido às alterações no Código Florestal, não há a menor chance de fazer a lei nova, menos protetiva ao meio ambiente, retroceder para guarnecer o interesse do poluidor que construiu sob o império de lei mais restritiva e contrariamente a ela. Incide o princípio da vedação de retrocesso como aliado da rejeição ao fato consumado e da inexistência do direito a poluir;

e) licenças demolitórias concedidas para bens culturais cujo tombamento ou inventário sobrevenha antes da demolição. Em que pese respeitável posição em contrário⁹³³, considera-se que o interesse/dever público na preservação do patrimônio cultural afasta a adesão subjetiva do direito à demolição como direito adquirido⁹³⁴.

⁹³² Observe-se que a Lei da Mata Atlântica (Lei nº 11.428/2006) contém dispositivo expresso no sentido de que: “Art. 5º A vegetação primária ou a vegetação secundária em qualquer estágio de regeneração do Bioma Mata Atlântica não perderão esta classificação nos casos de incêndio, desmatamento **ou qualquer outro tipo de intervenção não autorizada ou não licenciada**” - **grifamos**. Esse dispositivo parece um antídoto preventivo a ulterior alegação de fato consumado.

⁹³³ DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Tombamento – Licença de Construção – Direito Adquirido. **Revista de Direito Administrativo**, v. 208, p. 386-394, 1997.

⁹³⁴ Dessa posição comunga SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito adquirido e expectativa de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 86.

4.6 RESUMO DO CAPÍTULO

No presente capítulo foi proposta uma análise do histórico do fato consumado como razão de decidir na jurisprudência brasileira, demonstrando seu berço no direito universitário e sua perniciosa e gradativa ampliação para outros ramos do direito, inclusive - e notadamente - o ambiental.

Essa ampliação foi acompanhada de mutações e de uma sofisticação no discurso jurídico a ele relacionado. O próprio conceito, anteriormente definido como argumento judicial utilizado para validar, em sentenças, as atividades ilegais protegidas por liminares, tão somente porque o beneficiário delas já praticara o ato que lhe interessava quando chegado o momento de decidir a causa, alterou-se substancialmente.

Dentre as características inicialmente apontadas no conceito original, uma definição de fato consumado em matéria ambiental atualizada às suas características mantém a passagem do tempo e a ilicitude, mas pode ser proposta uma redefinição como sendo o argumento tendente a perpetuar situações ilícitas que se consolidaram diante da morosidade ou inércia da Administração ou do Judiciário, esse último nem sempre logrando cumprir a razoável duração do processo, ou ainda diante de inovação legislativa menos protetiva ao meio ambiente. A consolidação da situação fática diante da concessão de uma liminar, na seara ambiental, torna-se prescindível ao conceito e mesmo bastante rara. O fato consumado lesivo ao bem ambiental se agiganta normalmente diante da não concessão de uma liminar.

Também foi possível constatar, nessa trajetória, que a tendência de acolhimento desse argumento, mesmo que difícil e por vezes bastante dura para os implicados diretos e responsáveis pelas lesões ambientais consumadas, vem sendo gradativamente revertida pelas decisões do Superior Tribunal de Justiça, sobretudo a partir da tese jurídica sobre a “inexistência de um direito adquirido a poluir” e posterior edição da Súmula 613 a respeito do fato consumado.

A reflexão sobre as decisões judiciais que ainda teimam em acatar o fato consumado contra o bem ambiental permite intuir que elas se opõem diretamente aos princípios da prevenção e da precaução, estimulando a prática de atos lesivos ao meio ambiente já que os aceitam e os estabilizam. Os julgamentos com lastro no fato consumado fazem política, dão um “jeitinho”, acomodam as coisas ao invés de

aplicar a lei e a Constituição cuja primazia é a proteção do interesse público no qual se destaca o meio ambiente como bem fundamental.

De acordo com o art. 489 do NCPC, passou-se a exigir do julgador uma fundamentação consistente e responsável em que não mais se admite o recurso a um topos, a um conceito jurídico indeterminado, sem maiores explicações e cotejo analítico inclusive com a prova dos autos.

As relação humanas com o meio ambiente como bem jurídico fundamental envolvem, inexoravelmente, relações jurídicas intergeracionais, o que equivale a dizer que o interregno temporal que foi suficiente para conformar um hipotético direito adquirido precisa ser reavaliado em termos de espaço-tempo que transcenda o arco temporal da presente geração e abarque, como sujeito de direitos, as gerações futuras.

Sendo o direito adquirido uma garantia, não cabe reconhecer que o exercício de um direito subjetivo lesivo à ordem jurídica como um todo prejudique o interesse social e difuso.

Não há falar em segurança jurídica fora ou além da Constituição. A própria noção de segurança na sociedade de risco tem de ser revisitada e atualizada para proteção dos riscos e perigos tecnológicos e derivados das agudas intervenções humanas no ambiente natural e cultural, assegurando a integridade dos ecossistemas.

A ordem pública é um todo para o qual o meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado traduz elemento estrutural atrelado ao mais elementar dos direitos – a vida; portanto, diante dos interesses da ordem pública, o direito adquirido arrefece.

A vedação de retrocesso ecológico é princípio constitucional implícito que dimana dos quatro pilares constitucionais antes explanados (previstos nos arts. 3º, incs. II, 4º, inc. IX, 5º, § 2º, e 60, § 4º, todos da Constituição), não admitindo invocação de suposto direito adquirido a poluir no caso de superveniência de lei mais protetiva.

O direito já está chegando muito tarde para coibir o verdadeiro canibalismo ambiental incentivado pelo modo de produção predominante não só no Brasil como no mundo. Não se nos é admissível transigir com retrocessos. Marchar sempre em frente no sentido de aumentar deveres, responsabilidades e restrições ambientais.

O interesse público que justifica arredar o direito adquirido há de ser um interesse estável, pois em não o sendo (interesse contingente,

do governo de plantão, por ex.), poderá ensejar direito à indenização para o prejudicado.

A reconhecida imprescritibilidade do dano difuso serve como mais uma evidência para rechaço do fato consumado em matéria ambiental.

5 PROPORCIONALIDADE E HERMENÊUTICA DO FATO CONSUMADO: ENTRE A APROPRIAÇÃO PELO DISCURSO DO CRESCIMENTO ECONÔMICO E A LÓGICA PREVENTIVA

Neste segundo capítulo focado na jurisprudência, procurar-se-á articular a ideia a respeito de como a Economia deve ser também ela limitada pelo bem ambiental, desenvolvida no primeiro capítulo da tese, considerando todo o seu estatuto (essência) sobre o qual se debruçou a pesquisa no segundo capítulo. Os déficits do Direito Ambiental articulados no terceiro capítulo, como aliás já compareceram no anterior, voltam a ser destacados e analisados no presente capítulo.

Serão agregadas, ao presente capítulo, doutrina e jurisprudência norte-americana relacionada a questões ambientais, pois, após período de pesquisa para o doutoramento realizada naquele país, concluiu-se que as semelhanças entre o Direito Ambiental brasileiro e o norte-americano não se limitam às origens através de uma lei de política nacional de meio ambiente⁹³⁵.

A Lei n° 6.938/81, como relata Benjamin⁹³⁶, é em parte produto de transplante do National Environmental Policy Act (daqui em diante NEPA), editado em 1970, e adotado em grande medida pelos legisladores brasileiros em tempos de governo ditatorial. Quanto ao EIA/RIMA, sua origem no Brasil é anterior à própria lei da Política Nacional de Meio Ambiente, remontando à Lei n° 6.803/80. De abrangência restrita, essa lei tratava das diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição⁹³⁷.

⁹³⁵ Conquanto não se possa negar algumas reminiscências de normas ambientais nos 480 anos anteriores, o Direito Ambiental Brasileiro identifica na Lei n° 6938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) a sua certidão de nascimento. Pela primeira vez passamos a ter uma norma que trouxe uma contribuição sistêmica, ecológica e ao mesmo tempo antropocêntrica.

⁹³⁶ BENJAMIN, Antonio Herman. **Teoria geral do direito ambiental brasileiro**: uma contribuição biocêntrica. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 167-171.

⁹³⁷ BENJAMIN, Antonio Herman. **Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa**. 1990. Disponível em:

Portanto, referido diploma teve uma origem complicada porque esse tipo de transplante geralmente representa a concretização de um anseio de dominação econômica que os países interessados em se servir de matérias-primas exercitam sobre países subdesenvolvidos⁹³⁸. Após o período colonial, nas décadas de 60 a 80, os países ocidentais dominantes da economia mundial (dentre os quais sobressai os Estados Unidos da América) passaram a exigir alguns marcos regulatórios específicos tanto para garantir a persistência de matéria-prima como para propiciar adequadas condições de investimento.

É bem verdade que a história conferiu um novo rumo à Legislação Ambiental brasileira, sobretudo com o advento da Constituição de 1988, que acabou servindo não aos interesses do mercado, mas aos da sociedade.

Assim, além dessa origem espelhada, os embates judiciais no Brasil e nos EUA possuem muitas convergências, a despeito dos sistemas jurídicos serem bastante diferentes (tradição romano-germânica positiva x *common law*). Mesmo assim, essas diferenças estão sendo atenuadas com o curso da história. O processo civil brasileiro está cada vez mais próximo da cultura do precedente e, o norte-americano, repleto de leis, regulamentos e normas emanadas de todas as esferas da Federação.

Em que pese seus termos genéricos, o NEPA teve o inegável mérito de inserir na tomada de decisões políticas e econômicas a questão ambiental. Já em suas linhas iniciais, consagra como política contínua do Governo Federal usar todos os meios praticáveis para criar e manter condições sob as quais o homem e a natureza possam existir em produtiva harmonia⁹³⁹.

Tanto nos Estados Unidos da América, como no Brasil, o ordenamento jurídico ambiental encontra no fato consumado ou nas situações consolidadas um adversário forte. O *fait accompli*, como é conhecido naquele país, assume algumas outras formas que, no Brasil, estão agregadas ao contexto do fato consumado.

<file:///N:/Os_Principios_do_Estudo_de_Impacto%20artigo%20benjamin.pdf>. Acesso em: 10 maio 2018.

⁹³⁸ TAMANAHA, Brian. **General jurisprudence of law and society**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 114-115.

⁹³⁹ ANDREEN, William L. In pursuit of Nepa's promise: the role of executive oversight in the implementation of environmental policy. **Indiana Law Journal**, v. 64, p. 206. p. 205-261, Spring, 1988/1989.

Nessa altura do trabalho, já se conseguiu, minimamente, definir o conceito atual de fato consumado. No núcleo desse conceito não podem faltar uma situação de fato lesiva ao bem ambiental e o decurso do tempo. Decorrência desse contexto é a tensão valorativa que se dará no âmbito da Administração, do Judiciário e mesmo em nível de Legislação.

No momento em que se dá a apreciação judicial do argumento do fato consumado, além das regras vigentes e da necessária pré-compreensão do estatuto do bem ambiental (sobre o qual se discorreu no capítulo 2), alguns princípios de Direito Ambiental, todos plasmados na Constituição, devem iluminar a decisão judicial. O princípio da função social da propriedade, sobre o qual se irá dissertar largamente ao longo deste capítulo, deve ser colocado na pauta juntamente com os princípios da prevenção⁹⁴⁰, da precaução⁹⁴¹ e do poluidor-pagador⁹⁴².

⁹⁴⁰ Na hierarquia de objetivos visados pelo Direito Ambiental, o primeiro deles é sem dúvida evitar o dano. É um direito de antecipação, graças ao qual se procura inibir condutas que venham a causar danos e até mesmo pôr em risco valores ambientais (MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 112).

⁹⁴¹ O princípio da precaução é filho do princípio da prevenção, ou seja, é fruto da construção aprimorada de uma diretriz do Direito Ambiental aplicada às atividades humanas, especialmente aquelas que envolvem recursos naturais (ou mesmo culturais) e tecnologia. Ambos se fundam na antecipação e nos remetem a um relativismo em termos de saber científico (WOLD, Chris. Introdução ao estudo dos princípios de direito internacional do meio ambiente. In: SAMPAIO, José Adércio; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de direito ambiental: na dimensão internacional e comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 19).

⁹⁴² De origem econômica, esse princípio reza, em síntese, que o causador da poluição e da degradação dos recursos ambientais deve ser o responsável principal pelas consequências de sua ação ou omissão. Para Aragão, esse princípio transpõe a órbita do econômico e se apresenta como de ordem pública ecológica, “típico do Estado Social que obriga a criar normas que alterem a ordenação espontânea de valores que se gera através das regras do mercado (ordenação esta que redunde na subjugação da parte mais fraca à mais forte) contribuindo assim para alcançar o bem-estar e a justiça social” (ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. **O princípio do poluidor-pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente**. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 212-213).

Os princípios orientam a hermenêutica jurídica e servem de guia para uma decisão racionalmente adequada e comprometida com a Constituição, dentro de uma perspectiva ecossistêmica, que contemple o aspecto da resiliência do sistema sócio-ecológico afetado e as características infungíveis do bem ambiental.

Cabe aqui também retomar a temática desenvolvida no capítulo 1 a respeito das relações entre economia e meio ambiente para afirmar a necessária compatibilização entre a preservação ambiental e a atividade econômica. Dito de outra forma: não há qualquer primazia dessa última em relação à primeira. Esse aspecto, aliás, foi muito enfatizado na decisão do STF a respeito da importação dos pneus inservíveis⁹⁴³ e no voto da lavra do Min. Celso de Mello prolatado quando da análise de medida cautelar na ADI versando sobre a inconstitucionalidade de dispositivos do anterior Código Florestal (Lei n° 4.771/65) quando receberam nova redação pela Medida Provisória n° 2.166-67⁹⁴⁴.

⁹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 101/DF-DISTRITO FEDERAL**. Relatora: Min. Carmem Lúcia. Julgado em: 24 jun. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>> Acesso em: 28 ago. 2018.

⁹⁴⁴ Nesse multireverenciado voto, o Ministro Relator afirmou, em várias passagens, a necessidade da atividade econômica compatibilizar-se com a proteção ambiental. Em trecho ementado está dito: A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na ADI 3.540-1/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 01 set. 2005. Disponível em:

<file:///N:/economia%20e%20meio%20ambiente/ac%C3%B3rd%C3%A3o%20STF%20celso%20mello%20economia%20e%20ma.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2018).

O princípio da precaução, também reforçado na ADPF antes citada, está previsto no ordenamento jurídico brasileiro no art. 225, § 1º, incs. II, III, IV e V, da Constituição, além de frequentar diversos outros textos infraconstitucionais⁹⁴⁵. Ele é exemplo de vetor hermenêutico típico do Direito Ambiental. Na dúvida, afirma Benjamin⁹⁴⁶, a interpretação deve ser aquela mais favorável (=mais protetora) ao meio ambiente.

O princípio da precaução induz a que se redobrem as cautelas, sobretudo quando ainda paira incerteza científica sobre a ocorrência de um risco que parece socialmente inaceitável. É uma mudança de paradigma, observa Ost: a dúvida deve beneficiar a natureza e as gerações futuras e não mais as empresas de tecnologia. A partir desse novo ponto de vista - *in dubio pro natura* - resultarão vários efeitos legais originais. Além da inversão do ônus da prova, essa nova lógica indica que, em muitos casos, a abstenção da atividade será recomendada⁹⁴⁷.

De relevância para o presente trabalho é a ligação umbilical entre o princípio da precaução e o momento societal da sociedade de riscos. Como prega Leite⁹⁴⁸, a precaução é inafastável porquanto

⁹⁴⁵ Para um apanhado recente, vide BELCHIOR, Germana Parente. **Fundamentos epistemológicos do direito ambiental**. Tese (Doutorado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/156745>>. Acesso em: 18 jul. 2018, p. 164.

⁹⁴⁶ BENJAMIN, Antonio Herman. **Teoria geral do direito ambiental brasileiro**: uma contribuição biocêntrica. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 320.

⁹⁴⁷ OST, François. La responsabilité, fil d'Ariane du droit de l'environnement. **Droit et Société**, n. 30-31, p. 281-322, 1995. L'environnement et le droit, p. 297. Destaca-se a respeito do tema a recente Súmula 618 do STJ: “A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental” (Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Corte-Especial-aprova-s%C3%BAmulas-sobre-direito-ambiental-e-bens-p%C3%BAblicos>

⁹⁴⁸ LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.).

necessária nesse momento de recursos finitos e desejos infinitos. Entra ela em ação como critério balizador para tomada de decisões a respeito de como a atividade planejada interferirá nos processos ecológicos essenciais e na qualidade de vida.

O princípio *in dubio pro natura* (sobre o qual já se falou sumariamente no capítulo 2) rege a hermenêutica jurídico-ambiental⁹⁴⁹ e deve sim atuar na tomada de decisões envolvendo situações consolidadas. Trata-se de uma diretriz compatível com a ótica precaucional regente da hermenêutica ambiental comprometida com a dedicação da qual é tributária o bem ambiental. Seguindo esse raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça publicou a Súmula 618, com o seguinte verbete: “A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental”⁹⁵⁰

O *in dubio pro natura* figura dentre os princípios elencados na Declaração para um Estado de Direito Ambiental para a Natureza⁹⁵¹ (*World Declaration on the Environmental Rule of Law*), também já referida no capítulo 2. Afirma ainda a Declaração que não se devem adotar ações que tenham impactos negativos desproporcionais aos benefícios que causariam. Trata-se de um princípio integrativo dos demais que serve para interditar atividades degradadoras do meio ambiente e como reforço argumentativo em relação ao princípio da vedação de retrocesso⁹⁵².

Direito constitucional ambiental brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 179.

⁹⁴⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível 5001986-54.2012.404.7203/SC.** Relator: Des. Fernando Quadros da Silva. Julgado em: 28 maio 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor>. Acesso em: 10 ago. 2018.

⁹⁵⁰ Disponível em: < http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ.pdf> Acesso em 24 nov.2018.

⁹⁵¹ PRINCÍPIO 5. In: IUCN World Declaration on the Environmental Rule of Law. 2016. Disponível em: <https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/world_declaration_on_the_environmental_rule_of_law_final_2017-3-17.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2018.

⁹⁵² LEITE, José Rubens Morato; GALBIATTI, Paula; BETEGA, Belisa. Princípios estruturantes do estado de direito para a natureza. In: LEITE, José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França (Org.). **Estado de direito**

Além de sopesar todos os aspectos sociais e econômicos da decisão, o magistrado deve levar em conta, antes de sacramentar uma intervenção lesiva já ocorrida ou ao analisar um pedido de liminar que iniba determinada atividade sobre a qual pairam sérias críticas devido aos riscos e danos que possa causar, o critério do *in dubio pro natura* é altamente recomendável.

Zaneti Júnior faz uma enfática defesa da aplicação desse critério – ao qual qualifica como “metanorma de aplicação do direito”, ou, postulado normativo aplicativo para resolução das colisões entre direitos fundamentais (modelo combinado de regras, princípios e postulados), lembrando que a própria Constituição facilita essa equação ao estabelecer limites externos e internos ao direito de propriedade⁹⁵³.

Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça vem empregando em suas decisões o princípio *in dubio pro natura*, encontrado, na data de fechamento dessa pesquisa (16/agosto/2018), em doze acórdãos. Em um deles, que se ajusta como luva aos objetivos desta pesquisa, afirma o Ministro Relator:

Não bastassem todos esses argumentos, o juiz, diante das normas de Direito Ambiental, recheadas que são de conteúdo ético intergeracional atrelado às presentes e futuras gerações, deve levar em conta o comando do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que dispõe que, ao aplicar a lei, deve-se atender “aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. **Corolário dessa regra é o fato de que, em caso de dúvida ou outra anomalia técnica, a norma ambiental deve ser interpretada ou integrada de acordo com o princípio hermenêutico *in dubio pro natura*.**

In casu, a violação dos dispositivos legais sobressai evidente porque o Tribunal a quo negou

ecológico. Conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza. São Paulo : Instituto O direito por um Planeta Verde, 2017, p. 166-201, p. 186.

⁹⁵³ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Constitucionalismo garantista e precedentes vinculantes em matéria ambiental. Limites e vínculos ao ativismo judicial contrário ao meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, v. 78, p. 179-213, 2015, p. 181 e p. 188.

a possibilidade de cumular a reparação específica já determinada com a indenização pecuniária pretendida pelo Parquet⁹⁵⁴ - grifos da autora.

A invocação do art. 5^o⁹⁵⁵ da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, pela via do diálogo das fontes, parece perfeita para ingressar no cardápio das decisões envolvendo o fato consumado. Naqueles múltiplos acórdãos já referidos em que houve a acolhida do argumento, não se levou isso em conta, não se aplicou o *in dubio pro natura*. Geralmente, predominou uma lógica hermenêutica subjetiva, calcada no paradigma liberal alimentado pelos princípios/garantias constitucionais da livre iniciativa, desenvolvimento econômico (entendido como crescimento econômico, algo bem diverso da perspectiva defendida nos capítulos anteriores) e propriedade privada.

Considera-se um equívoco buscar apoio no princípio da proporcionalidade, ou mesmo no da razoabilidade, para decidir em desfavor do bem ambiental, especialmente para favorecer interesses econômicos ou o direito de propriedade, sem antes superar o ônus argumentativo representado pelo *in dubio pro natura*⁹⁵⁶.

Esse tipo de decisão judicial baseada em visões pessoais ou na combinação dessas visões com a realização de determinados fins (instrumentalismo ou consequencialismo) converte os ideais do Estado de Direito pautados pelo bem comum em fraude. A lei transforma-se em instrumento ou barreira a ser estrategicamente empregada pelos juízes para promoção de avanços em seus objetivos políticos *a priori* estabelecidos⁹⁵⁷. Os meios são reacomodados em função dos fins.

⁹⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Rec. Especial 1.180.078 – MG**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 02 dez. 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento>>. Acesso em 10 ago. 2018.

⁹⁵⁵ “Art. 5o - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

⁹⁵⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Constitucionalismo garantista e precedentes vinculantes em matéria ambiental. Limites e vínculos ao ativismo judicial contrário ao meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, v. 78, p. 179-213, 2015, p. 179.

⁹⁵⁷ TAMANAHA, Brian. How an instrumental view of law corrodes the rule of law. **DePaul Law Review**, v. 56, p. 469-505, 2007, p. 494.

Não que se esteja aqui a advogar decisões judiciais às cegas, sem vislumbre das consequências. Ao contrário, em matéria ambiental a visão do juiz deve ser ampliada tanto no espaço como no tempo. O cotejo das consequências tem de ir muito além do viés econômico. Pautado no texto Constitucional, o intérprete deve construir uma decisão buscando densificar o seu escopo maior que é o da dignidade da pessoa humana (inflamada por uma dimensão ecológica)⁹⁵⁸ para cuja consecução o bem ambiental é estruturante. O indivíduo opera não só no ambiente social como no meio natural⁹⁵⁹.

Os juízos de proporcionalidade, conforme será demonstrado, são bastante rasos e mais parecem atalhos para acomodar uma situação ilegal do que propriamente vereditos conformados com o paradigma do Estado de Direito Constitucional. Menos ainda são congruentes com um projeto de Estado de Direito Ecológico.

Outro ponto que merece destaque quando do julgamento de demandas envolvendo o meio ambiente diz respeito à pré-compreensão que tem a ver com a própria epistemologia e com a ética ambiental. Leite *et al* explicam que a pré-compreensão deita raízes na hermenêutica filosófica e se traduz no conjunto de conhecimentos prévios, preconceitos, valores e traumas e todos os demais fatores que influenciam o sentido a ser captado de um objeto, partindo da reflexividade e influências recíprocas entre sujeito e objeto⁹⁶⁰.

O aplicador, o intérprete e sobretudo o julgador, ao deparar-se com uma questão envolvendo o bem ambiental, seus processos ecológicos insubstituíveis e inapropriáveis pelo mercado, deve estar informado e suficientemente formado a respeito do estatuto desse bem jurídico. Noções mínimas sobre ecologia e dinâmica dos ecossistemas têm de ser incorporadas aos estudiosos do Direito em geral e do Direito Ambiental em especial. Também não se pode perder de vista a relação

⁹⁵⁸ BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 166-167.

⁹⁵⁹ BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 166.

⁹⁶⁰ LEITE, José Rubens Morato et al. **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 127.

jurídica transgeracional⁹⁶¹ numa nova visão de espaço-tempo solidária, calcada numa abordagem ecossistêmica e que não descuide da resiliência.

O Direito Ambiental deve abrir o caminho para uma nova abordagem sobre os danos causados ao bem ambiental, sobretudo em relação ao seu núcleo duro, confirmando-se como uma orientação inovadora em relação ao *mainstream* até então predominante nas análises desse tipo de situação.

5.1 O FATO CONSUMADO E A PROPORCIONALIDADE. DA BANALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE À APLICAÇÃO COM RIGOR TÉCNICO-JURÍDICO

São inúmeros os acórdãos em que a perpetuação de um agravo ambiental sob o argumento do fato consumado ou da situação consolidada vem associado ao princípio/regra/postulado da proporcionalidade, algumas vezes colado ao da razoabilidade.

Não se desconhece a dificuldade conceitual da proporcionalidade, tampouco suas peculiaridades operativas.

Não é pacífica a definição da proporcionalidade como princípio. No Direito brasileiro, Guerra Filho, Bonavides⁹⁶² e o Ministro Barroso a enquadram como princípio⁹⁶³, sendo que, para esse último, não há distinção entre proporcionalidade e razoabilidade.

Para Ávila, proporcionalidade é um dos postulados normativos, aos quais define como “normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre aplicação de outras

⁹⁶¹ Aragão faz referência ao estabelecimento do nível adequado de proteção, que corresponde à “materialização das presumíveis expectativas das gerações futuras”, como uma decisão ética e política (ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. Princípio da precaução: manual de instruções. **Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 2, 2008, p. 49).

⁹⁶² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 356.

⁹⁶³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, e BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

normas”⁹⁶⁴. Os postulados normativos diferem das regras e princípios porque, ao invés de serem direcionados ao Poder Público e aos cidadãos, destinam-se exclusivamente ao intérprete e ao aplicador da lei. Não são normas realizáveis em vários graus, mas estruturam a aplicação de outras normas com rígida racionalidade⁹⁶⁵.

Conquanto não renegue a importância da carga semântica difundida no direito brasileiro de “princípio da proporcionalidade”, Virgílio Afonso da Silva o compreende como uma regra⁹⁶⁶, porque regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio da subsunção. Os princípios exprimem deveres *prima facie* cujo conteúdo só é fixado em definitivo após o balanceamento com outros princípios colidentes⁹⁶⁷.

A partir de uma análise multidimensional em que avalia as dimensões analítico/conceitual, empírica e normativa do objeto investigado, conclui ele que a proporcionalidade é uma regra porque expressa dever definitivo e é aplicada por meio de subsunção. *Contrario sensu*, os princípios exprimem deveres “prima facie” cujo conteúdo só é fixado em definitivo após o balanceamento com outros princípios colidentes. Princípios são “normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”⁹⁶⁸.

Em que pese a profundidade com que Silva analisa a proporcionalidade, divisando-a da razoabilidade (tese com a qual se concorda), considera-se que sua avaliação esbarra na dimensão normativa.

Na dicção de MacCormick, regra é “disposição normativa estabelecida em ou interpretada a partir de uma fonte jurídica reconhecida que tem a característica de relacionar uma determinada consequência normativa a um determinado conjunto de fatos

⁹⁶⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 164.

⁹⁶⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 165.

⁹⁶⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002.

⁹⁶⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002, p. 25.

⁹⁶⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002, p. 25.

operativos⁹⁶⁹. Ocorrido determinado suporte fático, dele deriva uma dada consequência normativa.

A proporcionalidade aparece como princípio da Administração Pública no art. 2º da Lei 9.784/99. Nada além disso. Ou seja, não existe em torno dela uma ou um conjunto de consequências jurídicas gravadas para uma ou algumas hipóteses prefiguradas.

Com base na teoria dos direitos fundamentais arquitetada por Alexy⁹⁷⁰, afirma-se que o universo normativo apresenta como sua mais importante distinção estrutural aquela que imprime contraste entre regras e princípios.

Neste ponto do trabalho, será necessário um esmero argumentativo para compatibilizar a teoria dos direitos fundamentais – baseada em regras e princípios – de Alexy com o garantismo de Ferrajoli. Essa linha divisória constitui a base para uma fundamentação jusfundamental e é uma chave para a elucidação de problemas nucleares que permeiam a dogmática dos direitos fundamentais. Para Alexy, sem ela não pode existir uma teoria adequada dos limites, nem uma teoria satisfatória de colisão e tampouco uma teoria suficiente acerca do papel que jogam os direitos fundamentais no sistema jurídico. A *summa divisio* entre princípios e regras constitui uma das bases do edifício que representa a teoria dos direitos fundamentais⁹⁷¹.

Para Alexy, os princípios são normas com um grau elevado de generalidade, ao passo que as regras apresentam baixo grau de generalidade. Mas o ponto decisivo, para ele, consiste no fato de que os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que ordenem que algo se realize na maior medida possível, dentro das possibilidades reais e jurídicas existentes⁹⁷². As regras, por sua vez, só

⁹⁶⁹ MACCORMICK, Neil. **O estado de direito e o caráter argumentativo do direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 33.

⁹⁷⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997b, p. 82. Do mesmo autor, com semelhante abordagem: ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997a, p. 75.

⁹⁷¹ ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997a.

⁹⁷² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997b, p. 86.

podem ser ou não ser cumpridas. Se válida, a regra há de ser cumprida integralmente.

Ferrajoli considera arriscada essa oposição entre regras e princípios porque pode obscurecer e debilitar o valor vinculante desses últimos⁹⁷³. Tal depreciação da força vinculante dos princípios, segundo o doutrinador italiano, deve-se em muito à distinção estabelecida entre subsunção (para as regras) e ponderação ou balanceamento (para os princípios)⁹⁷⁴.

Sua perspectiva garantista repele que os princípios, sobretudo os de hierarquia constitucional, sejam simplesmente respeitados ao invés de aplicados. Na democracia constitucional substancial por ele defendida, os direitos fundamentais conformam aquilo que denomina de esfera do indecível, ou seja, mesmo a maioria não pode decidir contra esses direitos⁹⁷⁵. Dessa forma, os princípios têm carga vinculativa e são aplicáveis, inclusive por subsunção.

O fato é que a teoria de Ferrajoli nesse aspecto tem de ser compatibilizada com a Constituição brasileira que, diversamente da italiana, plasmou a eficácia imediata e a autoaplicabilidade das normas constitucionais relativas a direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º), razão pela qual afirmar a preponderância dos direitos fundamentais – e dentre eles o meio ambiente – não se torna algo equivocado.

Concorda-se com a doutrina de Zaneti Júnior quando conclui ser possível reconhecer a compatibilidade de uma teoria dos princípios com o garantismo, na medida em que, no ordenamento jurídico pátrio, esses estão positivados explícita ou implicitamente⁹⁷⁶ e representam um papel relevante na superação daquilo que Ferrajoli condena como sendo o paleojuspositivismo⁹⁷⁷ (expressão que ele designa para qualificar uma

⁹⁷³ FERRAJOLI, Luigi. **Principia juris**: teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011b, v. 1: Teoría del derecho, p. 533.

⁹⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Principia juris**: teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011b, v. 1: Teoría del derecho, p. 554.

⁹⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 2004, p. 51.

⁹⁷⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 249.

⁹⁷⁷ Ferrajoli considera que o paradigma superado do paleojuspositivismo foi propiciado pelo divórcio do direito em relação à filosofia do direito e sociologia do direito. Ou seja, o direito da Modernidade tentou romper com

visão antiquada, legalista e formalista do Direito). De molde que a contradição *prima facie* existente entre a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, baseada em regras e princípios, e o garantismo é apenas aparente, pois, afinal de contas, a interpretação no sistema combinado levará à determinação de uma regra para o caso concreto⁹⁷⁸.

O Direito necessita de aptidão para enfrentar o inesperado, concretizar a governança adaptativa⁹⁷⁹, lidar com os conceitos abertos e com as situações inusitadas, sobretudo na litigância ambiental. As normas de tessitura aberta estão disseminadas no ordenamento jurídico em geral, não sendo diferente no ambiental. Os princípios são mais do que uma realidade, uma necessidade. No modelo constitucional de Estado Democrático de Direito, os princípios valem e são imprescindíveis na hermenêutica jurídica⁹⁸⁰.

No presente trabalho, adere-se à designação da proporcionalidade como princípio, oriundo da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão⁹⁸¹ e que envolve uma série de etapas e critérios muito diversos da ideia simplista sugestiva de que os atos estatais devam ser razoáveis. Desde já se externa concordância com Silva⁹⁸², no ponto em que considera que razoabilidade é diferente de proporcionalidade. A primeira envolve um valor muito mais amplo de interpretação e argumentação jurídica. A segunda possui toda uma construção dogmática e jurisprudencial, requerendo uma operação escalonada e racionalmente fundamentada.

uma perspectiva integrativa sobre a qual se falou na introdução deste trabalho (FERRAJOLI, Luigi. **Principia juris**: teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011b. v. 1: Teoría del derecho, p. 36-37).

⁹⁷⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 251-252.

⁹⁷⁹ Abordada no capítulo 2.

⁹⁸⁰ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 52.

⁹⁸¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2000, p. 81-82. No mesmo sentido, SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002.

⁹⁸² SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002, p. 25.

Na forma da Jurisprudência alemã, a proporcionalidade tem uma estrutura racional definida, com subelementos independentes, aplicados em ordem igualmente pré-definida. Considerados “indicadores de mensuração”, esses subelementos são critérios para aferição da proporcionalidade, coisa que inexistente em relação à razoabilidade.

Essa lógica sistemática individualiza e personifica o princípio da proporcionalidade e a distingue claramente da razoabilidade⁹⁸³.

Estruturalmente, o conceito de razoabilidade corresponde apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, isto é, apenas à exigência de adequação. Razoabilidade mantém relação íntima com aquilo que historicamente o Direito conhece como prudência⁹⁸⁴ no trato das mais espinhosas questões.

A proporcionalidade é dividida, pela maior parte da doutrina⁹⁸⁵, sob a forte inspiração alemã, em três sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁹⁸⁶.

Essas três sub-regras são sucessivas, cada uma em seu tempo, iniciando pela adequação, seguida da necessidade e finalizando pela proporcionalidade em sentido estrito. Envolve uma tríplice testagem⁹⁸⁷. Guerra Filho, reportando-se à Jurisprudência da mais alta Corte alemã, alude à tríplice manifestação da proporcionalidade⁹⁸⁸.

A análise nem sempre implica na avaliação das três sub-regras, pois elas se relacionam subsidiariamente entre si. Ou seja, reprovado em alguma fase anterior, não faz sentido dar seguimento às seguintes. “É

⁹⁸³ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002, p. 29.

⁹⁸⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justiça**. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 123.

⁹⁸⁵ TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e estado democrático de direito**. São Paulo: Landy, 2003, p. 260; BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 360, dentre outros.

⁹⁸⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002, p. 33-34.

⁹⁸⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002, p. 34.

⁹⁸⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2000, p. 84.

justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras⁹⁸⁹”.

Passa-se agora ao escrutínio de cada uma das sub-regras que envolvem a tríplice análise.

A adequação diz respeito ao meio com cuja utilização um objetivo é fomentado, não necessariamente alcançado⁹⁹⁰. Uma medida somente pode ser considerada inadequada se o seu uso não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido⁹⁹¹.

A necessidade tem a ver com a intensidade do ato estatal que limita um direito fundamental. Ele só é necessário, ou seja, passa na testagem, “caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido⁹⁹²”. Guerra Filho fala da exigibilidade do meio que tem a ver com o meio mais suave dentre vários possíveis para atingir o fim colimado⁹⁹³.

Na análise da necessidade de uma medida deve-se indagar sobre a existência de outra igualmente eficaz. Uma aplicação dessa sub-regra implica uma avaliação comparativa dentre as diversas medidas alternativas que satisfaçam essa condição.

Por fim, a terceira e última sub-regra diz com a proporcionalidade em sentido estrito que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição do direito fundamental atingido e a

⁹⁸⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002, p. 35.

⁹⁹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002, p. 36.

⁹⁹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002, p. 37. O autor faz questão de dizer que o meio não precisa necessariamente atingir o fim pretendido, mas contribuir para sua consumação ou fomentá-lo. Nesse aspecto, difere um pouco da explanação de Guerra Filho (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2000, p. 84).

⁹⁹² SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002, p. 39.

⁹⁹³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2000, p. 85.

importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva⁹⁹⁴.

Para que uma medida seja reprovada na proporcionalidade em sentido estrito não é necessário que ela implique a não-realização de um direito fundamental nem que a medida atinja o chamado núcleo essencial de algum direito fundamental. Basta que os motivos que fundamentam sua adoção não tenham suficiente peso para justificar a restrição a direito fundamental atingido⁹⁹⁵.

A análise nem sempre implica na avaliação das 3 sub-regras, pois elas se relacionam, como dito anteriormente, subsidiariamente entre si.

O constitucionalista israelense Aharon Barak⁹⁹⁶ agrega um quarto componente à testagem. Para ele a proporcionalidade é composta de quatro elementos: (i) propósito adequado (*proper purpose*); (ii) conexão racional (ou adequação); (iii) necessidade; (iv) proporcionalidade em sentido estrito.

Em uma democracia constitucional, não basta para se admitir a limitação a um direito constitucional (como é o caso do direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado) que haja uma lei infraconstitucional autorizando, por exemplo, a consolidação de uma intervenção lesiva, pois legalidade não se confunde com legitimidade. Efetivamente, na visão de Barak, deve existir também uma justificação para a limitação, derivada do propósito adequado, em que se examina se a norma limitadora de um direito constitucional atende a uma finalidade que possa fundamentar essa restrição. O componente tem de refletir os valores fundamentais da sociedade.

Nessa linha argumentativa, Barak define o propósito adequado (*proper purpose*) como sendo aquele que almeja importantes objetivos sociais constantes de uma moldura social que reconhece a importância constitucional dos direitos humanos e a necessidade de protegê-los⁹⁹⁷.

⁹⁹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002, p. 41.

⁹⁹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002, p. 42.

⁹⁹⁶ BARAK, Aharon. **Proportionality**: constitutional rights and their limitations. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 131.

⁹⁹⁷ BARAK, Aharon. **Proportionality**: constitutional rights and their limitations. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 246.

A proporcionalidade, construída inicialmente como um balizador da atividade policial⁹⁹⁸, alastrou-se para outros setores do Direito Administrativo. Hoje ostenta forte presença no controle dos atos da Administração em relação ao particular, inclusive se inserindo dentre os princípios regentes da Administração Pública plasmados no art. 2º da Lei 9.784/99⁹⁹⁹.

Tamanaha esclarece em sua proposta de uma visão realista da lei, que os intérpretes e aplicadores partem de um conjunto de normas, precedentes e princípios para chegar a um veredito. Entre essas duas etapas, lançam mão de ferramentas como equidade, justiça, ponderação, proporcionalidade e outros critérios de orientação que combinam aplicação da lei com diferentes resultados possíveis¹⁰⁰⁰.

O fato é que o Direito Ambiental não renega sua ligação com o Direito Administrativo¹⁰⁰¹ e, nessa perspectiva, considera-se interessante referir que Winter¹⁰⁰² propõe uma nova vertente da proporcionalidade, por ele denominada proporcionalidade eco-lógica ou ecoproporcionalidade. O autor sugere uma aplicação extensiva do princípio da proporcionalidade para reger as atividades dos cidadãos, empresas e até do Estado, quando não atua como órgão regulador, que interfiram no meio ambiente¹⁰⁰³.

⁹⁹⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p.77.

⁹⁹⁹ Lei do Processo Administrativo em nível federal.

¹⁰⁰⁰ TAMANAHA, Brian. **A realistic theory of law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 197.

¹⁰⁰¹ Krell fala na relação de amor e de ódio entre o Direito Ambiental e o Direito Administrativo para na sequência concluir que, mais intervenção judicial nas decisões da Administração não significa necessariamente maior proteção ambiental (KRELL, Andreas. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais, um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 57).

¹⁰⁰² WINTER, Gerd. Ecological proportionality. In: VOIGT, Christina (Ed.). **Rule of law for nature**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 111-129.

¹⁰⁰³ WINTER, Gerd. Ecological proportionality. In: VOIGT, Christina (Ed.). **Rule of law for nature**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 114.

Merecedora de destaque a perspectiva criada por Ramos Júnior, o qual esboça a ideia de um princípio da proporcionalidade espaçotemporal para limitar as opções desarrazoadas da geração presente, a fim de que as futuras não sejam prejudicadas nas suas. Para tanto, propõe limitar o uso dos bens ambientais pelas presentes gerações assegurando desfrute para as próximas bem como ponderar o ônus imposto à geração presente de modo que o benefício ambiental, para ela e para as gerações futuras, seja maior que as limitações¹⁰⁰⁴.

A ideia que está na base do princípio é a limitação do poder, seja do poder estatal seja do poder da sociedade e do mercado sobre a natureza.

Quando fala em ecoproporcionalidade, Winter aborda uma racionalidade discursiva da qual se pode lançar mão na proteção da natureza quanto às intrusões da sociedade. Esse novo uso do princípio, segundo ele, justifica-se plenamente frente à escassez dos recursos naturais no Antropoceno.

Também ele submete a ecoproporcionalidade a um quádruplo teste. Se uma atividade afeta o meio ambiente, o desenvolvedor do projeto precisa perseguir um objetivo socialmente justificável, adequado, necessário e proporcional.

Em tempos de escassez de recursos naturais, não basta que a atividade seja lícita, mas deve ter um propósito adequado. Atividades ilegais¹⁰⁰⁵, enfatiza ele, não são justificáveis¹⁰⁰⁶.

Na abordagem do requisito da necessidade, Winter deixa clara a importância da avaliação das alternativas locais, propugnando a

¹⁰⁰⁴ RAMOS JÚNIOR, Dempsey Pereira. **Meio ambiente e conceito jurídico de futuras gerações**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 378.

¹⁰⁰⁵ Mesmo uma atividade *prima face* ilegal pode sim ser justificável. Recentemente tivemos o caso dos 12 meninos de um time de futebol que ficaram presos na caverna Tham Luang na Tailândia. Supondo que a drenagem dessa caverna fosse uma atividade ilegal – e provavelmente o era – ainda assim seria justificável por ter sido o meio hábil a promover a retirada com vida dos meninos e do treinador do grupo. Autorizar essa drenagem certamente passaria no teste trifásico da proporcionalidade. Os danos que certamente dimanaram para a fauna e flora daquela cavidade subterrânea foram amplamente compensados pelo salvamento das vidas.

¹⁰⁰⁶ WINTER, Gerd. Ecological proportionality. In: VOIGT, Christina (Ed.). **Rule of law for nature**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 115.

eleição daquela que menos efeitos adversos produza nos recursos naturais. Entretanto, diz ele, como nem todas as alternativas servirão ao objetivo exatamente da mesma maneira, alguns desvios da realização total do objetivo podem ser aceitos¹⁰⁰⁷.

No Brasil, pode-se inferir que a proporcionalidade ecológica dimana do art. 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988, quando se reporta ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado¹⁰⁰⁸. O conceito de equilíbrio contém a ideia de ponderação, pois não se está assegurando aqui o direito a um ambiente intocado, mas sim o direito a um ambiente que conserve sua capacidade de resiliência. Nesse sentido, o mandamento constitucional impõe o dever de preservação deste ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, vinculando o Estado e a sociedade à observância deste dever tanto em sua dimensão prestacional como defensiva.

A noção de ponderação de interesses encontra-se presente também no princípio do desenvolvimento sustentável (art. 170, VI, CF) e no princípio da função social da propriedade (arts. 182 e 186, II, ambos da CF).

5.1.2 A proporcionalidade aliada ao fato consumado na Jurisprudência Federal

Feita essa abordagem conceitual, histórica, analítica e normativa da proporcionalidade, cumpre doravante focar nas decisões judiciais sobre o fato consumado em matéria ambiental.

Uma vez mais, devido à concentração da jurisprudência de todas as Cortes Federais, inclusive as superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), em um único repositório, optou-

¹⁰⁰⁷ WINTER, Gerd. Ecological proportionality. In: VOIGT, Christina (Ed.). **Rule of law for nature**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 116.

¹⁰⁰⁸ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. A aplicação do princípio da proporcionalidade ecológica para a definição de medidas preventivas, mitigadoras e compensatórias no licenciamento ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França (Org.). **Estado de direito ecológico: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza**. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017, p. 586-612, p. 594-595.

se por pesquisar no repositório de Jurisprudência Unificada do Conselho da Justiça Federal (CJF). As Bases do STF, STJ e TRF's foram utilizadas apenas quando houve necessidade de acessar a íntegra da decisão quando indisponível na pesquisa anterior (Base do CJF).

Na Base de Jurisprudência do CJF optou-se pela pesquisa simples, marcando o STF, STJ e os cinco Tribunais Regionais Federais, com pesquisa no campo Livre¹⁰⁰⁹.

Inseriu-se no buscador do *website*¹⁰¹⁰ do CJF as expressões “fato consumado” + “meio ambiente” + proporcionalidade. Através dessa estratégia localizamos, até a data do fechamento desse trabalho (11/07/2018), catorze decisões (incluindo acórdãos e monocráticas).

Nenhuma decisão do Supremo Tribunal Federal aparece sob esses critérios de busca. Entretanto, rastreou-se uma decisão monocrática em que o Ministro Gilmar Mendes negou seguimento a um Recurso Extraordinário e, na fundamentação, sem maiores digressões, considerou razoável e proporcional a demolição de construções em APA e rejeitou expressamente o fato consumado¹⁰¹¹.

Do Superior Tribunal de Justiça, são oito as decisões, todas elas rechaçando a aplicação do fato consumado em matéria ambiental.

Entretanto, no tocante à proporcionalidade, observa-se que, em nenhuma delas, fez-se uma análise completa como requer tal princípio/regra. Nenhuma das fases foi expressamente testada.

Mesmo utilizando essas duas expressões “meio ambiente” e “fato consumado” entre aspas, além da proporcionalidade, uma das decisões pode ser considerada como um falso positivo, pois versa sobre ensino superior¹⁰¹².

¹⁰⁰⁹ BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. **Teoria e prática da pesquisa em jurisprudência**: da procura e uso da informação para sustentar teses e estudos jurídicos. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

¹⁰¹⁰ <http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta#>

¹⁰¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1048705**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 29 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

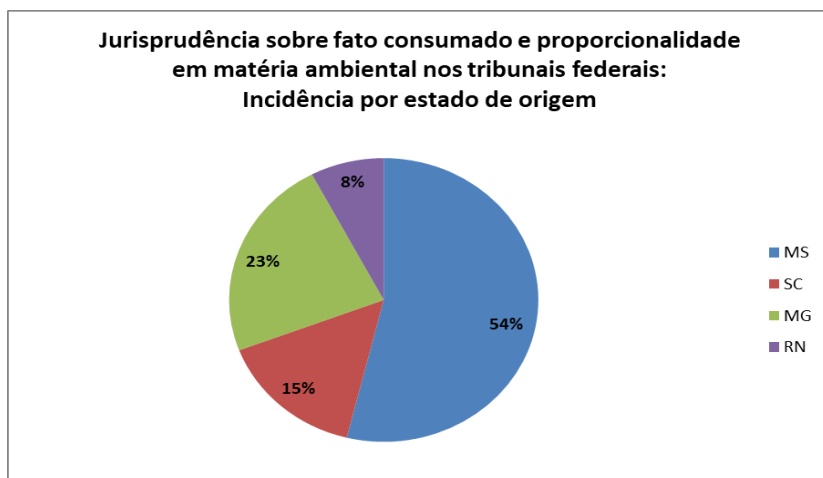
¹⁰¹² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Ag. de Instrumento n. 00076711620174010000. Relator: Des. Souza Prudente. Julgado em: 30 maio 2017. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

Figura 10 - Quadro do Fato Consumado aliado à proporcionalidade nos tribunais federais

Tribunal Prolator	Aspecto analisado	Nº do Precedente
STJ (MS)	Construção em APP	AIRESP 201303837948
STJ (MS)	Construção em APP	AIRESP 201202481155
STJ (MS)	Construção em APP	AIEDARESP 201301949114
STJ (SC)	Construção em APP	AIRESP 201300162188
STJ (MS)	Construção em APP	RESP 201500059824
STJ (MS)	Construção em APP	AIRESP 201302072611
STJ (MS)	Construção em APP	AIRESP 201301884217
STJ (MS)	Construção em APP	AIRESP 201301262090
TRF 1 (MG)	Construção em APP	AC 00007401220094013804
TRF 1 (MG)	Construção em APP	Cautelar Inominada 00712137620154010000
TRF1 (MG)	Construção em APP	Cautelar Inominada 00627037420154010000
TRF5 (RN)	Construção em zona costeira	EIAC 20058400001585402
TRF4 (SC)	Construção em APP	AC 200372000041850

Fonte:elaborado pela autora

Figura 11 - Gráfico da Jurisprudência sobre fato consumado e proporcionalidade



Fonte: elaborado pela autora

A leitura de todas essas decisões desvela que, em nenhuma delas, mesmo nas que rejeitam o fato consumado para evitar a demolição das construções em APP, há um aprofundamento dessa máxima e uma avaliação de suas sub-regras.

Aliás, como bem observa Silva¹⁰¹³, mesmo nos julgados do STF, relativos ou não à esfera ambiental, a proporcionalidade costuma ser tratada em conjunto como se fosse a mesma coisa que o princípio da razoabilidade.

Aparece como mero recurso a um topos¹⁰¹⁴, com caráter notadamente retórico, e não sistemático. MacCormick refere que argumentos lançados a partir de lugares-comuns ou pontos de partida

¹⁰¹³ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002, p. 31.

¹⁰¹⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1990, p. 298.

(*topoi*) são muito usados na retórica e podem, não raras vezes, levar a situações contraditórias¹⁰¹⁵.

Em inúmeras decisões, o Tribunal afasta alguma conduta considerada abusiva através da fórmula “à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional”¹⁰¹⁶. A proporcionalidade dificilmente é divisada da razoabilidade que, no nosso sentir, não é um princípio ou regra, mas pertence à categoria dos valores que são introjetados nos sistemas jurídicos e apresentam largo uso no discurso jurídico de tradições anglófonas¹⁰¹⁷.

O STF, embora saliente a importância da proporcionalidade para o deslinde de controvérsias envolvendo direitos fundamentais, não parece disposto a aplicá-la de forma estruturada, limitando-se a citá-la. Não se percorre qualquer *iter* ou processo racional. O raciocínio costuma ser simplista e mecânico do tipo: a Constituição consagra a proporcionalidade; o ato questionado não respeita essa exigência. Logo, o ato questionado é inconstitucional¹⁰¹⁸.

Não há sequer uma explicação normativa, ou seja, onde, de fato, a Constituição (ou mesmo a legislação infraconstitucional) consagra a máxima, como vem se repetindo. Isso leva a uma situação bastante arriscada, como adverte Bonavides, pois, na prática, os magistrados desempenham de maneira insólita o papel de legisladores sem que possam para tanto a legitimação constitucional para esse mister¹⁰¹⁹.

Na maior parte das decisões, a fundamentação é simplesmente pressuposta, como se se tratasse da utilização de um princípio constitucional de larga tradição no direito brasileiro¹⁰²⁰. Na verdade, a proporcionalidade desempenha um papel relevante no Direito Alemão

¹⁰¹⁵ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**: uma teoria da argumentação jurídica. São Paulo: Elsevier, 1995, p. 19.

¹⁰¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002, p. 31.

¹⁰¹⁷ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**: uma teoria da argumentação jurídica. São Paulo: Elsevier, 1995, p. 217.

¹⁰¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002, p. 31.

¹⁰¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 542.

¹⁰²⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002, p. 32.

que, por sua vez, influenciou o direito da União Européia¹⁰²¹ e só mais recentemente vem repercutindo no direito pátrio.

Geralmente, quando se fundamenta, se faz com base no art. 5º, inc. LIV, e no chamado *substantive due process of law*.

Analisando individualmente cada uma das decisões do Superior Tribunal de Justiça integrantes do quadro antes apresentado, importante destacar que a proporcionalidade é empregada basicamente para dirimir conflitos entre direitos fundamentais. Esse tem sido o uso mais difundido da máxima/princípio/regra da proporcionalidade no Direito brasileiro¹⁰²².

Observa-se que em nenhuma delas promoveu-se uma análise escalonada da proporcionalidade. O que se encontra nas razões decisórias é uma reprodução de trechos dos acórdãos do Tribunal de Apelação nos quais a proporcionalidade aparece casada com a razoabilidade, como se da mesma coisa se tratassem. Os argumentos são lançados como mera retórica sem que fossem submetidos a qualquer tipo de crivo, muito menos através do método tri ou quadrifásico sugerido pela doutrina constitucional preponderante. O recurso ao argumento da razoabilidade, por sua vez, não apresenta qualquer justificativa.

A partir dessas decisões do Superior Tribunal de Justiça, percorreu-se o caminho inverso até os julgamentos dos tribunais de apelação. Mesmo nesses, sobretudo naqueles que reconheciam o fato consumado e consideravam a desproporcionalidade das ordens demolitórias, não há sinal algum de avaliação analítica. A proporcionalidade é usada como algo tão óbvio que o direito sacrificado (no caso a proteção de áreas de preservação permanente) parece ser infinitamente inferior ao protegido (direito de propriedade).

Após a leitura de todos os julgados alinhados com a questão da construção das casas de veraneio às margens do rio Ivinhema, no Mato Grosso do Sul¹⁰²³, conclui-se que a proporcionalidade uniu-se à

¹⁰²¹ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**: uma teoria da argumentação jurídica. São Paulo: Elsevier, 1995, p.217.

¹⁰²² RAMOS JÚNIOR, Dempsey Pereira. **Meio ambiente e conceito jurídico de futuras gerações**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 376.

¹⁰²³ Apelações cíveis nº 2010.003321-3/0000-00; 2010.003400-2/0001-00; 2010.004561-0/0000-00; 0000540-95.2006.8.12.0012; 2010.002282-5/0000-00; 2010.002642-1/0000-00 e 0006194-77.2008.8.12.0017.

razoabilidade para que o Tribunal de Justiça daquele Estado reformasse as sentenças que determinavam a demolição das construções. Em nenhum deles encontra-se o menor resquício de racionalidade analítica da proporcionalidade.

Desse conjunto de decisões apresentado na Figura 10, há apenas uma envolvendo acórdão procedente de outro tribunal estadual que não o do Mato Grosso do Sul. Nessa decisão, que é do Tribunal de Justiça de Santa Catarina¹⁰²⁴ e está relacionada à construção às margens do rio do Peixe, em Videira, até foi esboçado um começo de análise. O Relator chega a mencionar que o princípio da proporcionalidade, embora não explicitado de forma individualizada no ordenamento jurídico pátrio, é uma exigência do Estado Democrático de Direito Ambiental.

Além disso, tece considerações a respeito da sua utilização como forma de dirimir colisão entre normas de direitos fundamentais, impondo ao magistrado a escolha do meio ou medida proporcional, “menos restritivo àquele direito que não vai prevalecer, sem, contudo, desprezar a sua essência, e dar máxima efetividade ao direito que foi priorizado”¹⁰²⁵.

Mas as considerações sobre a proporcionalidade limitam-se a isso, não havendo qualquer operação ou aplicação sistemática das suas sub-regras.

O Superior Tribunal de Justiça, ao reformar o acórdão da Corte catarinense¹⁰²⁶, poderia e deveria ter realizado o teste tri ou quadrifásico, exemplificativamente da maneira que se irá tentar expor na sequência.

Disponível em: <<https://www.tjms.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>
Acesso em 14.jul.2018.

¹⁰²⁴ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 2008.049652-8**. Relator: Des. Carlos Adilson Silva. Julgado em: 30 ago. 2011. Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br/web/jurisprudencia/inicio>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

¹⁰²⁵ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 2008.049652-8**. Relator: Des. Carlos Adilson Silva. Julgado em: 30 ago. 2011. Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br/web/jurisprudencia/inicio>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

¹⁰²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no RECURSO ESPECIAL 1.363.943**. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Julgado em: 07 nov. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300162188&dt_publicac>. Acesso em 13 jul. 2018.

Preliminarmente, seria importante explicitar os direitos fundamentais em rota de colisão, notadamente o direito de propriedade¹⁰²⁷, a função social da propriedade¹⁰²⁸ (conectada com os interesses coletivos de sustentabilidade e preservação ambiental) e o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado¹⁰²⁹, todos constitucionalmente assegurados.

A primeira sub-regra a ser avaliada seria a da adequação: o meio fomenta o fim?

Assim, vejamos, a manutenção dessas construções em área de preservação permanente promove o direito de propriedade?

Possível afirmar que parcialmente sim porque representa, para o proprietário, a manutenção de um *status quo*, assegurando-lhe máxima fruição desse seu direito. Entrementes, o direito de propriedade, na sua atual estrutura constitucional, apresenta-se prenhe de função social. Em outras palavras, a função social integra o próprio conteúdo do direito de propriedade¹⁰³⁰, direito esse que se transformou ao longo da história e vem-se adaptando do Estado Liberal para o Social, quando se requer sua função social¹⁰³¹, tendo avançado ainda mais, a partir da Constituição de 1988, para uma concepção que alcança o indivíduo, o Estado e a sociedade¹⁰³². Dito de outro modo, o meio ambiente como bem fundamental (ou coletivo, como fala Pilati) repercute na funcionalização da propriedade para que ela atenda às necessidades individuais e coletivas essenciais à sadia qualidade de vida.

A função social na Pós-modernidade, no marco da democracia constitucional participativa, oportuniza a autotutela da sociedade frente aos instrumentos do mercado, ágeis e hábeis para limitar os controles impostos ao uso dos bens comuns. Não se trata de suprimir o mercado,

¹⁰²⁷ Arts. 5º, “caput”, e inc. XXII, e 170, inc. II, da CF.

¹⁰²⁸ Arts. 5º, inc. XXIII, e 170, inc. III, da CF.

¹⁰²⁹ Arts. 170, inc. VI, e 225, ambos da CF.

¹⁰³⁰ PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 260.

¹⁰³¹ TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e estado democrático de direito**. São Paulo: Landy, 2003, p. 216.

¹⁰³² PILATI, José Isaac. *Propriedade e função social na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 108.

mas de “estabelecer parâmetros em que todos saiam ganhando, e não apenas o investidor ou especulador”¹⁰³³.

Merece destaque o aspecto relacionado ao *jus aedificandi*, ou seja, o direito de construir (ou ainda de lotear) que, notadamente, não se inclui no direito de propriedade, sendo antes o resultado de uma faculdade jurídica, de índole publicística, regrada pelos limites e vínculos estabelecidos na Constituição e detalhados na legislação urbano-ambiental.

Um dos aspectos mais relevantes que funcionalizam o direito de propriedade, ou seja, um dos motivos pelos quais o proprietário deve agir respeitosamente em relação ao bem do qual é titular é o zelo para com o meio ambiente. Os limites ao direito de construir que têm sua origem na proteção do bem ambiental não contendem com o direito à livre iniciativa, tampouco afetam o direito fundamental à propriedade.

Alguns autores¹⁰³⁴ denominam isso de função socioambiental¹⁰³⁵ da propriedade. Benjamin alude à função ecológica da propriedade¹⁰³⁶, para salientar a autonomia e peculiaridade desse atributo constitucional.

Há ainda quem trate, de forma apartada, a função social da função ambiental da propriedade¹⁰³⁷, posição da qual se discorda porque

¹⁰³³ PILATI, José Isaac. Propriedade e função social na pós-modernidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 73-74.

¹⁰³⁴ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios fundamentais de direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 2, p. 50-70, jun/1996; TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. O direito ambiental e seus princípios informativos. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 30, p. 155-178, abr./jun. 2003, e COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. **Proteção jurídica do meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 37, dentre outros.

¹⁰³⁵ A expressão função socioambiental da propriedade figura dentre os princípios reitores da proteção da Mata Atlântica, conforme art. 6º, § único, da Lei nº 11.428/2006.

¹⁰³⁶ BENJAMIN, Antonio Herman. **Teoria geral do direito ambiental brasileiro: uma contribuição biocêntrica**. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 321.

¹⁰³⁷ CARVALHO, Délton Winter. A função ambiental da propriedade: caráter conceitual para a modulação de conflitos socioambientais. **Revista de Direito da Cidade**, v. 10, n. 3, p. 1662-1691, 2018.

contrária ao texto constitucional que tatuou no coração da Ordem Econômica nacional, mais precisamente dentre seus princípios, a preservação ambiental como garantia de existência de uma vida digna. A Constituição consagra como direito fundamental o direito à propriedade, vale dizer, o direito de todo o indivíduo à aquisição de bens indispensáveis à sua subsistência. Trata-se de um direito humano fundamental atrelado à própria noção de liberdade¹⁰³⁸. Consequentemente, disso resulta possível afirmar que o direito à propriedade é garantido num plano superior ao direito patrimonial de propriedade¹⁰³⁹.

Voltando à distinção formulada por Ferrajoli¹⁰⁴⁰ entre direitos fundamentais e patrimoniais, sobre a qual se discorreu no capítulo 2, o direito à propriedade, atrelado à liberdade, está previsto no texto Constitucional no rol de direitos e garantias individuais¹⁰⁴¹. Já, o direito de propriedade, é direito patrimonial, de cunho real, previsto no Código Civil¹⁰⁴².

Se consagrou a propriedade privada como direito/garantia individual fundamental, igualmente embutiu no seu núcleo essencial a função social para que essa propriedade, como um dos fatores de produção, não desgarre da preservação ambiental. Ao integrar a propriedade, a função social atua como uma carga a ser suportada por quem eventualmente seja seu titular¹⁰⁴³; um ônus que precisa ser cumprido em prol do bem coletivo.

¹⁰³⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade.** Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo11.htm>> Acesso em: 30 maio 2004.

¹⁰³⁹ PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica:** o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 206.

¹⁰⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Principia juris:** teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011b. v. 1: Teoría del derecho, p. 601-602.

¹⁰⁴¹ Art. 5º, inc. XXII.

¹⁰⁴² Art. 1225 e segs.

¹⁰⁴³ PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 103-104.

Além de estar encravada na propriedade privada, acertada a posição de Figueiredo¹⁰⁴⁴ e de Derani¹⁰⁴⁵ ao se posicionarem pela existência da função social de bens públicos que devem cumprir os deveres inerentes ao domínio. Imagine-se um terreno público, situado em bairro residencial com limites construtivos restritos pelo Plano Diretor. Por óbvio que a utilização desse espaço territorial há de se dar segundo as regras urbanísticas locais, sob pena de se desvirtuar da função social.

Portanto, como já se teve oportunidade de expressar em escrito anterior¹⁰⁴⁶, para fortalecer a matriz constitucional do princípio da função social da propriedade, propugna-se uma unidade conceitual, cuja essência diz com a necessidade de uma interpretação da propriedade como “um direito-meio e não um direito-fim”¹⁰⁴⁷, pelo que não é ela garantida em si mesma, só se justificando como instrumento de viabilização de valores fundamentais, dentre os quais o da defesa do meio ambiente. A propriedade não é em si uma função social¹⁰⁴⁸, por força da Constituição e dos mecanismos de garantia da propriedade privada (art. 5º, inc. XXII, 170, inc. II), inclusive justa indenização que se assegura a imóveis rurais e urbanos (art. 5º, inc. XXV, 182, § 3 e § 4º, inc. III). Entretanto, a função social integra o direito de propriedade e dele se alimenta obtendo reforço na ordem jurídica.

Perante os bens fundamentais, notadamente o bem ambiental, o proprietário, contratante, empresa, instituição fica na situação jurídica concomitante de administrador de um interesse coletivo atrelado ao macrobem ambiental de dominialidade difusa. No constitucionalismo

¹⁰⁴⁴ FIGUEIREDO, Guilherme Purvin. **A propriedade no direito ambiental**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 208-209.

¹⁰⁴⁵ DERANI, Cristiane. A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da função social. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 27, p. 58-69, jul./set. 2002, p. 67.

¹⁰⁴⁶ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 145.

¹⁰⁴⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo11.htm>> Acesso em: 30 maio 2004.

¹⁰⁴⁸ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 93.

pós-moderno, uma das categorias recorrente é a dos direitos-vontade¹⁰⁴⁹ (como por exemplo o direito de propriedade) e para os quais se requer moderação, menos insolência, sobretudo quando o exercício desses direitos implica alteração e deterioração dos recursos naturais. Benjamin fala de um princípio da explorabilidade limitada e condicionada da propriedade¹⁰⁵⁰ explicitando as restrições omissivas e as obrigações positivas que derivam para o titular do domínio *in re ipsa*.

A vontade, no pensamento de Zagrebelsky¹⁰⁵¹, já não pode ser vista como um direito ilimitado porque igualmente não ilimitado o campo físico, natural no qual ela se exercita. Em todos os campos relativos aos recursos naturais e sua conservação para o desfrute desta e das futuras gerações, os direitos-vontade (em que pese tendencialmente ilimitados, pois nossas aspirações são igualmente ilimitadas) não podem se mover, em tempos de escassez, sem regras e limites como se fossem resíduos do estado de liberdade natural compatíveis com o *pactum societatis*¹⁰⁵². Diferentemente de outrora, os direitos cujo exercício recai sobre a natureza pressupõem hoje um marco objetivo para garantir sua sobrevivência e assegurar sua equitativa e generalizada utilização¹⁰⁵³. Essa característica limitadora e controladora está na base da função social da propriedade.

¹⁰⁴⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 104.

¹⁰⁵⁰ BENJAMIN, Antonio Herman. **Teoria geral do direito ambiental brasileiro**: uma contribuição biocêntrica. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 320.

¹⁰⁵¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 104.

¹⁰⁵² Nesse exato sentido, o STJ considerou que “A utilização da propriedade rural para deleite pessoal de seus titulares, ignorando a proteção da faixa mínima nas margens de curso d’água e, por isso, em desconformidade com a função sócio-ambiental do imóvel, torna inescapável a demolição da edificação, quanto à porção que avançou para além do limite legalmente permitido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1442440-AC**. Relator: Min. Gurgel de Faria. Julgado em: 07 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/>>. Acesso em: 28 ago. 2018).

¹⁰⁵³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 104.

Partindo-se do pressuposto de que a propriedade tem como uma das suas características a elasticidade, vale dizer, a possibilidade de ser comprimida a um certo mínimo ou alcançar um máximo, sem deixar de ser propriedade, deve ela ser exercida de acordo com condicionantes que venham a garantir a observância de suas funções sociais, dentre elas, destaca-se, a higidez do bem ambiental, a integridade dos ecossistemas e a preservação dos processos ecológicos essenciais .

Portanto, ainda que se extraia da equação o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, o próprio direito de propriedade (supostamente aquele que preponderou na decisão) não se apresenta como absoluto ou desvinculado de qualquer compromisso com os interesses da coletividade. Trata-se de um direito real sujeito a limites e vínculos característicos dos direitos patrimoniais. Diferente do direito à propriedade, esse sim de cunho fundamental.

Assertiva se nos apresenta a lição de Zaneti Júnior ao discorrer sobre os julgados que insistem em fazer prevalecer o direito de propriedade frente ao bem ambiental. Diz ele que apenas o direito à propriedade é fundamental. “O direito de propriedade somente pode ser exercido se respeitadas as exceções estruturais internas e limitações externas previstas expressamente na Constituição ou decorrentes implicitamente de sua interpretação¹⁰⁵⁴”.

Ainda no quesito adequação, ter-se-ia de questionar se a pura e simples manutenção do prédio de dois pavimentos, erguido para fins comerciais a uma distância de cinco metros das margens do Rio do Peixe, localizado no Município de Videira/SC, sem licença ou autorização prévia da municipalidade, fomentaria a concretização do direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado ? Ou esse direito seria em melhor grau atingido ou, no mínimo, fomentado, mediante a demolição da edificação e a implementação dos projetos de recuperação integral das áreas degradadas ?

O meio – demolição seguida de implantação de projeto recuperação de área degradada – promove o fim (retorno do ambiente, tanto quanto possível, às condições anteriores). Portanto, sequer seria necessário prosseguir na análise, porque o caso enfocado já teria sido,

¹⁰⁵⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Constitucionalismo garantista e precedentes vinculantes em matéria ambiental. Limites e vínculos ao ativismo judicial contrário ao meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, v. 78, p. 179-213, 2015, p. 185.

digamos, reprovado na primeira fase da testagem. Manter as casas não promoveria a preservação ambiental.

Mesmo assim, será feita a checagem sob o crivo da segunda sub-regra que diz respeito à necessidade, o que significa responder sucessivamente a duas questões: o exame da equivalência de adequação dos meios e o exame do meio menos restritivo. Trata-se da etapa em que uma avaliação comparativa é imprescindível.

Imperativo perguntar se o meio ambiente sofreria maior agravo com a demolição da construção e subsequente implementação de um PRAD (projeto de recuperação de área degradada) ou se a manutenção do prédio implicaria maior agravo ambiental ?

Desfazer construções é um processo de engenharia relativamente simples. Bem mais complexo, porém não menos factível, é a execução de um projeto de recuperação da área degradada.

Evidentemente que isso envolve capital natural e financeiro, os quais necessariamente têm de integrar essa equação precedente à tomada de decisão.

No caso das construções em espaços territoriais protegidos é preciso questionar se há outros meios disponíveis para recuperar as áreas e os processos ecológicos essenciais afetados? Em os havendo, deve-se perguntar qual deles é o menos restritivo ao direito friccionado, no caso o direito de propriedade (talvez aliado à livre iniciativa).

Não parece factível que um projeto de recuperação de área degradada, considerando a rigidez locacional característica das APP's situadas nas margens de cursos d'água, possa passar ao largo da demolição das construções. Essa é a medida inicial para todo e qualquer programa de retorno à condição anterior (ou retorno "in pristinum"¹⁰⁵⁵).

Do ponto de vista dos custos para o proprietário, é óbvio que a solução que recai na demolição seguida do PRAD representa valor muito superior ao representado por deixar a coisa como está. Entrementes, se utilizado um critério de avaliação econômica dos serviços ecossistêmicos suprimidos e comparado com os atribuídos ao responsável para reparar integralmente o dano ambiental, a equação talvez conduzisse a outra resposta.

¹⁰⁵⁵ PEÑA CHACÓN, Mario. **Derecho ambiental efectivo**. San José, Costa Rica E-Book: pdf; 5000 Kb. Serie Derecho Ambiental, nº 1, p. 31.

Exemplificar-se-á essa estimativa partindo da tabela criada por De Groot *et alii*¹⁰⁵⁶ para calcular os valores dos serviços ecossistêmicos, supondo uma área situada no Bioma Mata Atlântica. Em relação às florestas tropicais, referido trabalho apresenta os seguintes valores:

- Valor médio dos serviços ambientais em US\$: 5.264;
- Valor mínimo: 1.581;
- Valor máximo: 20.851.

Convertendo-se o valor médio de serviços ambientais da floresta para Real (R\$), chegar-se-á ao valor de R\$ 16.911,12/ha/ano¹⁰⁵⁷. Considerando que o tempo razoável para a implantação associado ao tempo mínimo de manutenção do projeto é 36 meses (3 anos), esse valor será multiplicado por três¹⁰⁵⁸, chegando a R\$ 50.733,37. Os serviços ecossistêmicos prestados por uma pequena área de cinco hectares de Floresta Atlântica seriam avaliados, ao longo de três anos, em R\$ 253.666,85.

Na comparação, será utilizado o levantamento de custos de recuperação de áreas degradadas elaborado por Benini e outros¹⁰⁵⁹ considerando um cenário de condições ambientais mais favoráveis e

¹⁰⁵⁶ DE GROOT, Rudolf et al. Global estimates of the values of ecosystem and their services in monetary units. **Ecosystem Services**, v. 1, n. 1, p. 50-61, jul. 2012, p. 50-61.

¹⁰⁵⁷ Considerando a cotação do dólar para compra (sempre em valor inferior à venda) estimada para o dia 30 de junho de 2016 (Tabela disponível em: <<https://economia.uol.com.br/cotacoes/cambio/dolar-comercial-estados-unidos/?historico>> Acesso em 15.agos.2018) e considerando que os valores dos insumos para restauração utilizados no trabalho de Benini *et al* foi estimado em junho de 2016 (BENINI, Rubens de Miranda et al. Custos de restauração da vegetação nativa no Brasil. In: BENINI, Rubens de Miranda; ADEODATO, Sérgio (Org.). **Economia da restauração florestal**. São Paulo: The Nature Conservancy, 2017, p. 20-36, p. 25).

¹⁰⁵⁸ Conforme BENINI, Rubens de Miranda et al. Custos de restauração da vegetação nativa no Brasil. In: BENINI, Rubens de Miranda; ADEODATO, Sérgio (Org.). **Economia da restauração florestal**. São Paulo: The Nature Conservancy, 2017, p. 20-36, tabela 2, p. 29.

¹⁰⁵⁹ BENINI, Rubens de Miranda et al. Custos de restauração da vegetação nativa no Brasil. In: BENINI, Rubens de Miranda; ADEODATO, Sérgio (Org.). **Economia da restauração florestal**. São Paulo: The Nature Conservancy, 2017, p. 20-36.

outro menos favorável, e a recuperação pelo método mais oneroso, dentre os vários possíveis, que é o que envolve plantio de mudas e respectivo controle em todo o terreno. Propositamente, pela dificuldade de cálculo quanto à metragem necessária, serão deixados de fora os possíveis custos, também estimados pelos autores na tabela 1¹⁰⁶⁰, com aceiros e cercas.

Figura 12 - Quadro do Custo de restauração de vegetação – bioma Mata Atlântica

Custo por hectare de restauração com plantio de mudas	CAF	CAD
1 hectare	R\$ 7.788,00	R\$ 21.271,00
5 hectares	R\$ 38.940,00	R\$ 106.355,00

CAF=condições ambientais favoráveis

CAD=condições ambientais desfavoráveis

Fonte:elaborado pela autora com base em BENINI, Rubens de Miranda et al. Custos de restauração da vegetação nativa no Brasil. In: BENINI, Rubens de Miranda; ADEODATO, Sérgio (Org.). Economia da restauração florestal. São Paulo: The Nature Conservancy, 2017, p. 20-36.

Da comparação extraída, ainda que se empregue a estimativa para restauração da área mais onerosa e se incluam as despesas com aceiros e cercas dentre as indicadas no trabalho de pesquisa conduzido por Benini e seus companheiros, no cenário ambientalmente mais desfavorável para o plantio e respectivo êxito, ainda assim é possível demonstrar matematicamente que o valor dos serviços ecossistêmicos suprimidos é muito maior que os custos da reparação, pelo que a coletividade ainda restaria lesada.

Considerando que as funções desempenhadas pelos ecossistemas ciliares não podem ser trasladadas para outros locais, por

¹⁰⁶⁰ BENINI, Rubens de Miranda et al. Custos de restauração da vegetação nativa no Brasil. In: BENINI, Rubens de Miranda; ADEODATO, Sérgio (Org.). **Economia da restauração florestal**. São Paulo: The Nature Conservancy, 2017, p. 28.

apresentarem rigidez locacional, fica difícil pensar em como poderia se dar uma solução equivalente.

Ainda que superadas as fases ou sub-regras anteriores, coisa que não se vislumbra nesse tipo de situação, o teste tradicional da proporcionalidade ainda careceria de uma terceira análise que é conhecida como proporcionalidade em sentido estrito e diz respeito ao seguinte: as vantagens decorrentes da promoção do fim superam as desvantagens associadas à adoção do meio?

A construção em questão era de uso comercial. Portanto, sequer de moradia se tratava, o que elimina um embate entre o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, de um lado, e direito à moradia e direito de propriedade privada (não fundamental), de outro. Isso opera sensível enfraquecimento na argumentação do réu.

A fricção estabelecida restringiu-se ao direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado e o direito de propriedade. A ponderação há de ser feita, no caso específico, entre a recuperação dos processos ecológicos essenciais concentrados naquela porção de território afetada e o direito de fruição almejado pelo proprietário/réu.

A vantagem da demolição da construção do ponto de vista público é inquestionável, desde que toda a execução do julgado, em caso de condenação dos responsáveis pelas construções, seja levada a cabo a contento. É muito perigoso que a execução seja parcial e as áreas das construções sejam convoladas em verdadeiros repositórios de resíduos¹⁰⁶¹ (RCC), os quais, além de obstruírem os processos ecológicos essenciais, afetam negativamente a paisagem e o fluxo hídrico. Não é incomum nas cidades brasileiras encontrar verdadeiros cemitérios de edifícios, sobretudo em áreas de orla, construídos para abrigarem futuros hotéis ou mesmo apartamentos de veranistas edificados em contrariedade à legislação urbano-ambiental.

No pesamento entre a restrição ao direito de propriedade do construtor e a importância da realização dos princípios da função social da propriedade e do meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, a adoção daquela prefigura-se consistente e coerente para a densificação de um direito de conteúdo coletivo e transgeracional. Consistente

¹⁰⁶¹ Florianópolis é uma das capitais que ostenta número expressivo de obras embargadas por questões ambientais. Vide matéria publicada no periódico Bom Dia Floripa, edição de março de 2017. Disponível em: <<http://www.bomdiafloripa.com.br/Edi%20035.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

porque não contraditória com o imenso cipoal de normas constitucionais e infraconstitucionais que protegem o meio ambiente e coerente porque representa uma ação apta a concretizar o escopo desse conjunto de normas numa maior medida do que deixar tudo como está¹⁰⁶².

Se a opção incorresse na análise quadrifásica proposta por Barak¹⁰⁶³ e por Winter¹⁰⁶⁴, esse último no seu modelo de eco-proporcionalidade, ainda seria necessário perquirir sobre o propósito adequado (*proper purpose*). Em outras palavras, a ordem demolitória sucedida pela execução de um PRAD condiz com importantes objetivos sociais ?

Barak sustenta que o interesse público é a soma total dos interesses que não constituem somente os direitos constitucionais. Porém, para fins de caracterizar um propósito adequado, é requerida a proteção de um direito constitucional. Essa proteção de um direito constitucional constitui um propósito adequado¹⁰⁶⁵.

Restaurar as funções ecossistêmicas usualmente desenvolvidas nas áreas ripárias afigura-se um propósito extremamente adequado. São áreas que atuam na regulação de clima, prevenção de inundações, regulação da qualidade e quantidade das águas, fixação e formação do solo, regulação de nutrientes, retenção de lixo, função de hábitat ligada aos refúgios, berçários de animais, recursos genéticos, além de outras funções ligadas à estética e paisagem¹⁰⁶⁶.

Se, hipoteticamente, por alguma razão técnica devidamente demonstrada no processo, não mais fosse possível implementar esse tipo

¹⁰⁶² MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**: uma teoria da argumentação jurídica. São Paulo: Elsevier, 1995, p. 71. No mesmo sentido, PLATJOUW, Froukje Maria. **Environmental law and the ecosystem approach**: maintaining ecological integrity through consistency in law. New York: Routledge, 2016, p. 16.

¹⁰⁶³ BARAK, Aharon. **Proportionality**: constitutional rights and their limitations. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

¹⁰⁶⁴ WINTER, Gerd. Ecological proportionality. In: VOIGT, Christina (Ed.). **Rule of law for nature**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 111-129.

¹⁰⁶⁵ BARAK, Aharon. **Proportionality**: constitutional rights and their limitations. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 255.

¹⁰⁶⁶ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Áreas de “degradação permanente”, escassez e riscos. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 35, p. 190-216, 2004.

de projeto de recuperação das funções ecossistêmicas da APP, aí sim poderia a proporcionalidade pender para o lado do construtor/poluidor. Nesse caso, a medida adequada, necessária, proporcional em sentido estrito e passível de ser colmatada a um propósito socialmente adequado possivelmente seria restrita ao dever de indenizar.

Todo esse complexo percurso argumentativo não aparece nessas decisões nem em qualquer outra das decisões das instâncias ordinárias que foram revertidas pelo Superior Tribunal de Justiça. Todas invocam a proporcionalidade e sua fiel aliada, a razoabilidade.

As demais decisões constantes da Figura 10 são oriundas de tribunais regionais federais. As três decisões do Tribunal Regional Federal da 1ª Região possuem em comum o fato de serem monocráticas, proferidas pelo Presidente da Corte, com o escopo de outorgar efeito suspensivo a decisões demolitórias, em razão da interposição de recursos extraordinário e especial.

Nesse conjunto de três decisões, enfatiza-se ser desproporcional autorizar a demolição das construções diante de uma possível reversão das decisões dos acórdãos que, reconhecendo a ilegalidade de tais intervenções em área de preservação permanente, teriam de ser cumpridas trinta dias após os julgados.

O fato de o empreendimento ter sido autorizado previamente pelo município, pelo INCRA e pelo Ibama, serve, nessas decisões, como mote para suspender eventual demolição

em nome do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como da teoria do fato consumado, até porque, a considerar o entendimento divergente das instâncias, para, na hipótese, controvérsia em matéria de direito, quanto à incidência do Código Florestal relacionado à faixa marginal do entorno do reservatório, somado à orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que execução de multa arbitrada liminarmente em ação civil pública, está condicionada ao trânsito em julgado da decisão nos termos, aliás, do art. 12, § 2º, da Lei 7.347/85¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível 2009.38.04.000741-9/MG**. Relator: Des. Hilton Queiroz. Julgado em: 05

Nas três concessões de efeito suspensivo, a proporcionalidade está decalcada na razoabilidade e na teoria do fato consumado. Não há qualquer aferição específica nem mesmo uma ponderação entre os direitos fundamentais em conflito. Tudo é tratado como óbvio e pressuposto. Não há o menor resquício de preocupação com coerência e consistência entre a argumentação desenvolvida e o ordenamento jurídico vigente.

O fato consumado aparece como um lugar-comum, um topos no qual, na falta de apoio mais seguro, o julgador se agarra.

Gize-se que a regra geral na ação civil pública é que o recurso de apelação será recebido somente no efeito devolutivo. Excepcionalmente, será recebido no duplo efeito quando o juiz verificar que há perigo de dano irreparável para a parte, conforme dispõe o artigo 14 da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85).

O advérbio excepcionalmente, no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, parece ter virado a regra, o que acaba por caracterizar decisões discrepantes do escopo legal de fazer cumprir com a urgência possível as decisões relacionadas aos bens-interesses tutelados pela ação civil pública, notadamente o bem ambiental.

Após a análise dessas decisões do TRF 1 que suspenderam o cumprimento de liminares (AC 00007401220094013804 – prolatada em 05/06/2017; 00712137620154010000 – prolatada em 18/12/2015 e 00627037420154010000, prolatada em 15/12/2015), passou-se a a pesquisar por quanto tempo se estendeu o efeito suspensivo conferido.

No caso da cautelar conferida na AC 00007401220094013804, foi admitido o Recurso Especial, que tomou o nº 1701019 / MG (2017/0240950-5), cujo trâmite informado é conclusão ao Relator para julgamento. Assim, desde a data da concessão da liminar (05/06/2017) até o encerramento desta etapa da pesquisa, em 18/07/2018, quem está sofrendo a continuação da supressão dos processos ecológicos essenciais desenvolvidos na APP é a coletividade credora da higidez ambiental.

Na decisão cautelar nº 00712137620154010000, prolatada em 18/12/2015, até encerramento desta etapa do trabalho (18/julho/2018) não havia sido sequer apreciada a admissibilidade ou não dos recursos

especial e extraordinário¹⁰⁶⁸ de molde que nenhuma ação demolitória fora iniciada, tampouco a prestação de caução exigida. O mesmo ocorre com a cautelar n° 00627037420154010000, prolatada em 15/12/2015, ainda sem apreciação quanto ao juízo de admissibilidade dos recursos para os tribunais superiores¹⁰⁶⁹.

Observa-se então que essas cautelares podem elas próprias dar origem a um novo tipo de fato consumado pois, com o passar dos anos, fatalmente ocorre a sucessão por morte em relação aos proprietários dos imóveis que deveriam ser demolidos. Assim, ocorre a transmissão da propriedade por qualquer modo admissível em Direito, sem falar na possível entrada em vigor de novas leis regrado a questão das ocupações de áreas de preservação permanente complicando o cenário para a execução da sentença extrema da demolição seguida do não menos complexo PRAD.

Nesse cenário, aquilo que poderia parecer desproporcional para os réus das ações civis públicas, inverte o pendor para o interesse público e intergeracional vinculado à integridade do bem ambiental. O manejo quase interminável de recursos em nossos tribunais faz com que o dano de tal sorte se estabilize que poucos juízes se animam a determinar a respectiva reparação.

O desafio da tutela ambiental passa pela formação de novos juízes “Hércules”, fazendo uso da interessante expressão de Dworkin¹⁰⁷⁰, que destaca o papel do magistrado comparando-o à figura mitológica que simboliza a força incomum. Em sentido diverso do atribuído por Dworkin, do novo juiz Hércules exige-se a coragem para reverter situações consolidadas ou fatos consumados em detrimento ao bem ambiental, ainda que a decisão pareça antipática ou radical.

¹⁰⁶⁸ Informação processual obtida em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=23163520124013804&secao=TRF1&nome=ALESSANDRO%20CESAR%20DE%20CASTRO&mostrarBaixados=S>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

¹⁰⁶⁹ Informação processual obtida em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=31002220064013804&secao=TRF1&nome=JOSIANE%20APARECIDA%20NO%20GUEIRA&mostrarBaixados=N>> Acesso em 18.jul.2018.

¹⁰⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 168-169.

No meio jurídico dos Estados Unidos, costuma-se utilizar uma expressão muito reveladora: *hard cases make bad law* (casos difíceis produzem direito ruim)¹⁰⁷¹.

A expressão significa que, por vezes, interferências extrajurídicas e extrajudiciais impedem que o direito seja aplicado da maneira mais adequada e justa.

Nesses casos, ocorre tentação forte, quase invencível, para evitar uma consequência extremada naquela situação específica. O *chavão* conduzia a uma exortação para que as pessoas evitassem distorcer o Direito em vista de situações individuais excepcionalmente duras¹⁰⁷².

As situações narradas nas decisões monocráticas da Presidência do TRF da 1ª Região padecem desse mal. Na reconstrução mental dos fatos pelo juiz que as proferiu representam tamanho ônus para um ser humano específico, com voz e rosto, que o meio ambiente em sua complexidade, diluição, quase transparência, resulta algo menor e mais facilmente preterível.

O único acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região¹⁰⁷³ que aparece na Jurisprudência Unificada do Conselho da Justiça Federal sob o critério de busca exposto anteriormente e que resultou na Figura 10 diz respeito ao julgamento dos embargos infringentes em apelação cível na qual se discutia declaração de nulidade das licenças ambientais concedidas na região denominada Lagoinha (na cidade de Natal), buscando o Ministério Público a condenação dos réus (empresa loteadora e Município) a cessarem quaisquer atividades que possam degradar o meio ambiente na aludida região e a recuperarem as áreas agredidas, proporcionalmente aos danos praticados, reflorestando-as, se recomendável, com a vegetação nativa, e a adoção de todas as medidas necessárias para o retorno da área ao seu estado anterior para que a área total retorne à sua condição primitiva.

¹⁰⁷¹ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**: uma teoria da argumentação jurídica. São Paulo: Elsevier, 1995, p. 65.

¹⁰⁷² MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**: uma teoria da argumentação jurídica. São Paulo: Elsevier, 1995, p. 65.

¹⁰⁷³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Embargos Infringentes em Apelação Cível 393786 RN (2005.84.00.001585-4/02)**. Relator: Juiz Francisco Cavalcanti. Julgado em: 22 out. 2008. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

Nesse acórdão, a máxima da proporcionalidade aparece, mais uma vez, colada com a razoabilidade e ambas estão reunidas para reconhecer que o Município poderia ter identificado, dentro de sua competência material, as áreas urbanizáveis ou não no território de Natal. Não há qualquer balanceamento explícito entre direitos fundamentais.

Quanto ao fato consumado, o voto condutor da maioria expressamente o rejeita quando afirma que “o argumento de que as obras já teriam sido concluídas e entregues não induz à conclusão pelo acolhimento da tese do fato consumado”. Isso porque, segundo o Relator, embora oneroso e difícil, é factível executar um projeto de recuperação da área degradada, além de ter sido celebrado, antes do ajuizamento da ação civil pública, um Termo de Ajustamento de Conduta, pelo qual construtora e imobiliária ficaram obrigadas a informar, nos contratos de compra e venda dos imóveis, sobre a existência de ação judicial, em que se discute a possibilidade de efetivação de construções na localidade.

Dessa forma, o fato consumado não foi empregado como razão de decidir a causa a favor dos réus, em que pese tenha sido ele agregado ao leque de argumentos de defesa.

Em pesquisa processual no *website* do TRF da 5ª Região constatou-se que o processo baixou à origem com trânsito em julgado em 05/02/2009¹⁰⁷⁴. Portanto, não foi alçado às Cortes Superiores.

Por fim, o único acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região¹⁰⁷⁵ localizado sob o mesmo critério de busca e que integra a Figura 10 é da lavra do Desembargador Luiz Carlos de Castro Ligon. Trata-se de ação civil pública ajuizada pela Associação de Moradores do Loteamento Novo Campeche contra a Construtora do Condomínio “Saint Éxupery”, FATMA - Fundação de Amparo ao Meio Ambiente e Município de Florianópolis, objetivando condenar a construtora ré a reconstituir o local lesionado à condição anterior da obra, ou alternativamente/cumulativamente indenizar pelo dano, a ser apurado por perícia judicial, além da condenação por dano moral.

¹⁰⁷⁴ Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/cp/cp.do>> Acesso em: 19 jul. 2018.

¹⁰⁷⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível 200372000041850**. Relator: Des. Luis Carlos de Castro Ligon. Julgado em: 22 ago. 2006. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

O fundamento do pedido é a caracterização da área como de preservação permanente (restinga), situada em faixa mínima de 300 metros, medidos a partir da linha de preamar máxima (art. 3º, IX, da Resolução do CONAMA, editada em 13/05/2002). No Recurso do Ministério Público Federal, também foram agregados outros argumentos, a saber: a) não ter sido precedido de avaliação de impacto e licenciamento ambiental prévio; b) não contemplar estudo de impacto de vizinhança (EIV); c) não respeitar sequer a utilização limitada prevista no Código Florestal.

Do ponto de vista da localização da área e de sua classificação como de preservação permanente, o acórdão considerou não haver dissídio, sequer entre as partes. Houve o expresso reconhecimento da incidência da limitação administrativa que impede a supressão de cobertura vegetal, notadamente, *in casu*, restinga, uma vez que o terreno está situado em faixa mínima de trezentos metros, medidos a partir da linha de preamar máxima (art. 3º, IX, da Resolução n. 303/2002 do CONAMA).

Todavia, apesar desse dado fático e jurídico ter indicado que a cobertura vegetal não deveria ter sido removida sem, pelo menos, a prévia análise dos órgãos ambientais competentes, disso não inferiu o Tribunal a procedência da ação.

O Tribunal concluiu que o parcelamento do solo - loteamento - que deu origem aos terrenos sobre os quais estava sendo edificado aludido condomínio fora aprovado em 1991, disso se seguindo arruamento, com pavimentação asfáltica, a colocação de equipamentos e serviços públicos (água, luz e esgoto), havendo, no entorno do edifício, inúmeras edificações, algumas multifamiliares, como aquela que se pretende ver definitivamente embargada.

Nessa linha argumentativa, o Des. Relator proclamou a supremacia do meio ambiente, “mesmo nas situações em que haja a efetiva configuração do fato consumado, de modo que sejam desestimuladas práticas de violações ecológicas contando com o beneplácito fundado na constatação de que ‘o mal já está feito’”.

Com uma análise detalhada do contexto probatório, o magistrado entendeu possível a a proteção ao meio ambiente ceder frente à situação específica, uma vez que a recuperação da restinga seria inviável naquele trecho. Não fora isso o bastante, que o impacto ambiental não se mostrara significativo, pois a área não possuía grande

extensão (suas medidas perimetrais eram 30,00m frente a leste e 60,00m nas laterais).

Arrematou o Relator: “a medida requerida não dialoga com o princípio da proporcionalidade”. No item em que sustenta esse argumento, o julgador fez referência à situação de inúmeros moradores do Loteamento Novo Campeche, idêntica à da Construtora recorrida, e que deveriam suportar as mesmas consequências sugeridas pelos recorrentes.

Embora não chegue a fazer uma análise explícita do teste da proporcionalidade, na prática o faz, conforme será demonstrado.

Quando fala da adequação, o Relator deixa claro que o embargo e futura demolição da obra não se mostrarão adequados à promoção do fim almejado (preservação do espaço territorial protegido e dos processos ecológicos essenciais residentes) porque o loteamento já está constituído desde 1991, com supressão da vegetação nativa em boa parte de sua extensão.

Quanto à necessidade, essa se neutraliza em função de que a restauração da APP passaria pela desconstrução ou mais precisamente desengenharia¹⁰⁷⁶ (utilizando de empréstimo a expressão do Prof. Luis Enrique Sánchez) de todo o loteamento, o que certamente não seria, dentre todas as possíveis soluções, aquela que menor prejuízo possível acarretaria.

Por fim, tocante à proporcionalidade em sentido estrito, o Desembargador deixou claro os direitos envolvidos ao afirmar que

grandes seriam os prejuízos financeiros para a construtora, sem qualquer garantia da possibilidade de recuperação efetiva da área, mediante a reconstituição da cobertura vegetal primitiva - restingas; e, ainda que assim não fosse, não há um dimensionamento do impacto ambiental em face da ausência da flora originária naquela porção de terra em que edificado o empreendimento. A certeza da perda econômica da construtora em contraposição à indefinição acerca do ganho ecológico decorrente da demolição da construção, desestimula, à vista do

¹⁰⁷⁶ SÁNCHEZ, Luis Enrique. **Desengenharia**: o passivo ambiental na desativação de empreendimentos industriais. São Paulo: Edusp/Fapesp, 2001.

absoluto da proporcionalidade, a confirmação da tutela jurisdicional pretendida.

Adicionou às suas razões de decidir, o fato de que, em frente ao empreendimento, remanesceria significativa área de preservação devidamente delimitada e identificada com placas alertando para a sua condição jurídico-ambiental, minimizando qualquer temor de descompensação ambiental na região.

Para a reprovação no teste da sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito, como sustenta Guerra Filho¹⁰⁷⁷, é importante que exista certa correspondência entre os meios e fins, ou seja, devem ser colocados lado a lado o interesse no bem-estar da comunidade e as garantias dos indivíduos que a integram, a fim de evitar que a balança penda demasiadamente para um lado em detrimento do outro.

Ajustando o caso concreto a essa premissa, verifica-se que o quadro probatório, em que se somam a concretização do loteamento em 1991, a pequena área afetada pelo condomínio e a infraestrutura existente, é aceita como defensável a aprovação nesse teste da proporcionalidade em sentido estrito.

Aderindo hipoteticamente ao procedimento quadrifásico de Barak¹⁰⁷⁸ ou Winter¹⁰⁷⁹, teríamos de examinar o tipo de propósito capaz de justificar a decisão do embargo e o respectivo grau de urgência para realizá-lo.

A primeira questão parece ser favorável ao pleito dos autores, porque preservar o meio ambiente e os processos ecológicos é mais do que um propósito adequado, é um mandamento constitucional. Todavia, a questão temporal prejudica sua consagração no caso específico devido à implantação do loteamento remontar há mais de uma década, comprometendo a realização dos processos ecológicos essenciais desenvolvidos naquela porção territorial selecionada pela demanda.

Importante destacar que, acessando o *website* do Superior Tribunal de Justiça, concluímos que o Recurso Especial manejado pelas

¹⁰⁷⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 85-86.

¹⁰⁷⁸ BARAK, Aharon. **Proportionality: constitutional rights and their limitations**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

¹⁰⁷⁹ WINTER, Gerd. Ecological proportionality. In: VOIGT, Christina (editora). **Rule of law for nature**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 111-129.

partes sucumbentes não foi conhecido pelo Ministro Humberto Martins¹⁰⁸⁰, por falta de prequestionamento e por objetivar reexame de matéria de fato.

5.2 O ARGUMENTO ECONÔMICO PREVALECENDO SOBRE A TUTELA DO MEIO AMBIENTE – O FATO CONSUMADO TRAVESTIDO

Algumas decisões judiciais envolvendo o fato consumado em matéria ambiental são de tal sorte focadas na perspectiva econômica que não se atêm na ilicitude da conduta, muito menos nos danos causados aos sistemas ecológicos. Simplesmente se prendem aos custos excessivos para reverter a situação ou aos benefícios econômicos advindos da situação danosa ao meio ambiente e ilícita em seu nascedouro.

Mirando nesses protótipos é que esse trabalho percorreu no capítulo 1 sobre as relações entre Ecologia e Economia e entre ela e o próprio Direito, procurando realçar as teorias econômicas que se rendem aos limites planetários.

Do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pareceu-nos merecedora de destaque decisão que remonta a 2001 envolvendo a obra da Estrada do Mar (rodovia que conecta praias do litoral norte gaúcho). Para implantação desse projeto, houve uma supressão vegetal expressiva em área remanescente da Mata Atlântica, prejuízos ao banhado de Caieira (no km 04 a 18) e ao sítio arqueológico existente num dos pontos do trajeto.

No aresto, cujo veredito foi tomado por maioria de votos, considerou-se basicamente que os benefícios gerados pela estrada foram superiores aos danos causados. Mas é possível inferir que as razões não explícitas repousam na ideia de fato consumado, pois quando do julgamento estava a obra totalmente concluída e servindo à população gaúcha. Transcreve-se a ementa para melhor compreensão do caso:

¹⁰⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.036.437 – SC**. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgado em 17 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/doc.jsp?livre=loteamento+novo+campeche+fato+consumado&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

DIREITO PÚBLICO E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTRUÇÃO DE VIA PÚBLICA (RODOVIA RS-786). ALEGADO PREJUÍZO AO MEIO-AMBIENTE, NÃO SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADO. DESCABIMENTO DE INDENIZAÇÃO. Qualquer obra do homem, por mais insignificante que seja, provoca sempre algum tipo de impacto negativo no meio-ambiente, pelo simples fato de que o altera. A obra se justifica, contudo, sempre que os benefícios dela decorrentes, traduzidos no bem-estar social, como segurança, conforto e saúde à coletividade, sejam maiores do que o impacto negativo por ela causado, mas não dispensa a compensação, ainda que por outra forma, do prejuízo causado. Não restando quantificado e comprovado o efetivo prejuízo alegado, mas, ao contrário, suplantados pelos evidentes benefícios, improcede o pedido de indenização formulado contra o construtor da obra, esta, no caso, uma via pública¹⁰⁸¹.

O interessante nesse julgado é que a ação não tinha por objetivo o desfazimento da obra ou alterações projetuais, mas pura e simplesmente buscar as devidas compensações derivadas de seus inegáveis impactos ambientais.

No voto condutor da maioria, até houve uma tentativa incompleta de avaliação trifásica da proporcionalidade, quando o Des. Relator acena com a justificação da obra em razão dos benefícios dela decorrentes para o bem-estar social. A assertiva de que os prejuízos não estariam quantificados fragiliza-se diante do fato de que os danos à vegetação derivados da construção da estrada eram de amplo conhecimento, pelo que a quantificação econômica desses danos seria de muito fácil verificação em sede de liquidação de sentença.

Na prática, a Corte Estadual gaúcha colocou o valor que a rodovia representava de um lado da balança e, do outro, o valor dos danos ambientais e propendeu para o primeiro.

¹⁰⁸¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70000683573**. Relator: Des. Roque Volkweiss. Julgado em: 26 jun. 2001. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 26 jul. 2014.

As futuras gerações, em que pese representadas pelo Ministério Público, não tiveram vez na ponderação realizada, tampouco o meio ambiente e os processos ecológicos essenciais tiveram algum tipo de expressão no decurso.

Outro caso paradigmático é a decisão envolvendo a construção da Usina Hidrelétrica de Barra Grande sobre a qual já falamos no capítulo 3. A questão econômica falou mais alto. No voto do Relator, está dito:

Todavia, a obra está construída, quase concluída, em um investimento total de R\$ 1.300.000.000,00 (um bilhão e trezentos milhões de reais). Ao que tudo indica, a construção passou despercebida, muita embora seu porte depois de construída seja gigantesco (185m de altura por 665m de comprimento). Certamente pelo desconhecimento é que a medida judicial foi tomada tardiamente. Apesar do contrato de concessão ser de maio de 2001, do início da construção ser de julho de 2001 e o desvio do rio ser de outubro de 2002, somente em setembro de 2004 a Ação Civil Pública ingressou na Justiça Federal. De resto, há alegação de séria fraude no EIA-RIMA, ocorrida na concessão da licença de operação, que teria sido baseada em estudo de impacto ambiental viciado (fls. 495/496). **No entanto, construída a obra, de valor e tamanhos expressivos, tal fato, ainda que venha a ser comprovado, não justifica a suspensão do funcionamento da represa. Não só pela soma investida (R\$ 1.300.000.000,00), pela necessidade que tem o país de energia elétrica, como e principalmente porque o corte já teve início**¹⁰⁸².

¹⁰⁸² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo na suspensão de execução de liminar 2004.04.01.049432-1/SC**. Relator: Des. Vladimir Passos de Freitas. Acórdão de: 19 jul. 2006. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa>>. Acesso em: 26 jul. 2014.

A leitura da ementa escancara que o atropelo da legislação ambiental consumou de tal sorte a situação ilícita, com um investimento público significativo, que colocou a Corte Regional em xeque.

A inversão significativa de recursos públicos em obras, antes mesmo de sua aprovação ou contrariando os trâmites necessários ao seu pleno licenciamento, é recorrente também no direito estadunidense, consoante foi possível deduzir de pesquisa na jurisprudência daquele país.

Tamanha é a recorrência dessas situações, em muito equiparadas ao fato consumado, que foi cunhada a chamada “sunk costs theory” (teoria dos custos irrecuperáveis ou, literalmente, afundados), a qual será desenvolvida na sequência.

5.2.1 A teoria dos custos irrecuperáveis do direito norte-americano e sua imbricação com o fato consumado

Um dos estudos mais consistentes acerca dessa “teoria” no âmbito do Direito Ambiental foi elaborado por Jeffrey Kopf. Sustenta que os custos irrecuperáveis e irreversíveis (*sunk costs*) aniquilam a efetividade desse direito. Na opinião dele, a teoria dos custos irrecuperáveis nada mais é do que a mais moderna manifestação da tática do fato consumado: a utilização da passagem do tempo por entes públicos e privados para desenvolverem seus projetos para afastar a aplicação do Direito Ambiental e seus obstáculos aos seus planos respectivos¹⁰⁸³.

Os efeitos insidiosos da *sunk costs theory* aparecem no seguinte tipo de situação: o proponente de um projeto, prevendo que ele irá desafiar alguma lei ambiental, como por exemplo o ESA (*Endangered Species Act*), para evitar dispêndios em termos de cumprimento com a legislação ambiental e para aumentar a confiança pública (e dos investidores) na realização do projeto, emprega uma já estabelecida, desviante e sempre efetiva estratégia: injetar muito dinheiro mesmo nas fases preliminares do projeto.

Além dos maciços investimentos, é nesta fase inicial que o meio ambiente – e os recursos tributários da proteção legal – é mais afetado.

¹⁰⁸³ KOPF, Jeffrey S. Steamrolling section 7(d) of the endangered species act: how sunk costs undermine environmental regulation. **Boston College Environmental Affairs Law Review**, n. 23, p. 393-436, 1996.

Com o passar do tempo, oponentes do projeto podem buscar a tutela judicial. Em geral, isso ocorre meio tarde, pois nesse momento, a Corte se depara com um *fait accompli*¹⁰⁸⁴: muito dinheiro já investido, agravos ambientais significativos, comunidade local pouco ou nada informada. Nesse cenário, os tribunais se deparam com um dilema gerado pelo desperdício de dinheiro: dar seguimento e autorizar a conclusão do projeto ou fazer cessar e reverter a situação ?

Um dos exemplos que o autor carrega para reforço argumentativo é justamente relacionado à construção de uma represa – “Tellico Dam¹⁰⁸⁵”.

Após ter sido informada sobre a descoberta de uma espécie ameaçada de extinção no Rio *Little Tennessee*, a agência de desenvolvimento regional acelerou a construção de um canal que destruiu vasta área de recursos culturais e ecológicos, ainda que para a aquisição de pequenos benefícios em termos de navegação, controle de flutuação e geração de energia.

O caso foi levado aos tribunais e a Suprema Corte dos EUA reforçou a aplicação do ESA¹⁰⁸⁶ e barrou o projeto, mas a TVA, destacando os custos que havia despendido na concretização do projeto, convenceu o Congresso Federal a autorizar a finalização da represa que todos os analistas concordavam nunca deveria ter iniciado¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸⁴ KOPF, Jeffrey S. Steamrolling section 7(d) of the endangered species act: how sunk costs undermine environmental regulation. **Boston College Environmental Affairs Law Review**, n. 23, p. 393-436, 1996, p. 394.

¹⁰⁸⁵ A barragem de Tellico foi construída pela Tennessee Valley Authority (TVA), agência estatal, no Condado de Loudon, Tennessee, no rio Little Tennessee. Represa as águas do rio formando um lago artificial. Sua construção foi bastante polêmica, gerando intensa disputa judicial que marcou uma mudança de atitudes no país em relação às barragens e ao meio ambiente (BARRAGEM de Tellico. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Barragem_de_Tellico>. Acesso em: 06 ago. 2018).

¹⁰⁸⁶ Texto integral do ESA em: ENDANGERED Species Act Of 1973. Disponível em: <<http://omnilearn.net/esacourse/pdfs/section7.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2018.

¹⁰⁸⁷ KOPF, Jeffrey S. Steamrolling section 7(d) of the endangered species act: how sunk costs undermine environmental regulation. **Boston College Environmental Affairs Law Review**, n. 23, p. 393-436, 1996, p. 394.

No decorrer da controvérsia judicial envolvendo a construção da represa Tellico, o Congresso editou um adendo ao ESA proibindo as agências de fazerem comprometimentos irreversíveis ou irrecuperáveis de recursos para projetos até que a consulta ao ESA estivesse completa¹⁰⁸⁸. Além disso, o episódio fez com que o Congresso adicionasse a famosa seção 7 - § 7 (h) - que consistiu numa exceção procedimental para permitir o projeto da represa, em que pese a violação ao ESA.

O ESA recebeu essa seção contra a estratégia *sunk costs* devido à vergonha do episódio relacionado à construção da Represa Tellico (que drenou milhões de dólares e acabou não sendo construída por conta da presença de um peixe em extinção denominado *snail darter*). Era e ainda é prática comum das agências, apontam Plater *et al*, colocar muito concreto ou cortar muitas árvores antes que um grupo de ambientalistas logre obter alguma ordem judicial para posteriormente gerar constrangimentos na concessão de uma decisão¹⁰⁸⁹.

Uma outra forma de *by-pass*¹⁰⁹⁰ ao § 7 do ESA informada pelos autores é o chamado Comitê de Deus ou Pelotão de Deus (*The God Committee* ou *The God Squad*). A Seção 1536 do ESA prevê um procedimento pelo qual uma agência federal ou estado pode obter uma

¹⁰⁸⁸ Em relação ao ESA, um dos primeiros casos envolvendo a aplicação ou não do §7(d) foi NEBRASKA v. REA. (Nebraska v. REA (rural electrification administration), 12 ERC 1156, 1170 (D. Neb. 1978). Nesse caso, a Corte Distrital de Nebraska considerou que as garantias exigidas para um empréstimo vultoso para a execução de uma obra que afetaria aves ameaçadas de extinção (*whopping crane's*), antes da consulta ao ESA quanto aos impactos ambientais do projeto, geraria uma pressão para sua execução e que isso violaria esse ato normativo como um todo. A Corte rejeitou o argumento da defesa no sentido de que a regulação somente proibiria ações diretamente lesivas às aves e seu hábitat e que garantias de empréstimos não seriam afetadas pela norma (Conforme KOPF, Jeffrey S. Steamrolling section 7(d) of the endangered species act: how sunk costs undermine environmental regulation. **Boston College Environmental Affairs Law Review**, n. 23, p. 393-436, 1996, p. 403).

¹⁰⁸⁹ PLATER, Zygmunt; ABRAMS, Robert; GOLDFARB, William; GRAHAM, Robert; HEINZERLING, Lisa; WIRTH, David A. **Environmental law and policy: nature, law, and society**. 3. ed. New York: Aspen, 2004, p. 802.

¹⁰⁹⁰ “Drible”.

isenção frente à lista de espécies ameaçadas vinculada ao ESA. Trata-se de um intrincado procedimento no qual a decisão é proferida por um colegiado. Segundo Plater e outros, a obtenção de uma isenção com base em decisões desse Comitê é algo tão complexo que as agências raramente o usam¹⁰⁹¹. O interessante é que, apesar da criação do Comitê, a isenção clamada pelo projeto da Represa Tellico não foi por ele outorgada e o projeto não alçou voo, reforçando uma certa independência outorgada ao órgão que pode, ou não, passar um atestado de óbito para uma determinada espécie em risco.

De se observar que também em relação às manobras utilizadas pelos empreendedores e órgãos do governo para burlar os dispositivos que procuram evitar os custos irrecuperáveis (*sunk costs*), há sensível similitude com estratégias empregadas no Brasil para evitar a suspensão ou barramento definitivo de grandes projetos e com isso criar aquilo que pode ser chamado de fato consumado reverso. Cuida-se de uma linha argumentativa que procura cegar os órgãos julgadores, criando uma verdadeira cortina de fumaça em relação aos possíveis efeitos ambientais adversos do projeto proposto.

Além do já citado caso de Barra Grande, conhecido como a “hidrelétrica que não viu a floresta”, a construção da megasina de Belo Monte, em plena Amazônia, tem revelado o quanto se pode avançar numa obra, investindo muito dinheiro público, evitando que os tribunais tenham coragem suficiente para suspendê-la, ainda que ela represente um bloco monolítico de agressões ambientais e aos direitos humanos.

O caminho jurídico tupiniquim tem sido o da suspensão de segurança.

A própria Lei da Ação Civil Pública¹⁰⁹² já previu a possibilidade de, a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo. Sob o âmbito desse permissivo, inúmeras liminares já vinham sendo cassadas, em decisões que davam plena preferência aos interesses públicos tradicionais,

¹⁰⁹¹ PLATER, Zygmunt; ABRAMS, Robert; GOLDFARB, William; GRAHAM, Robert; HEINZERLING, Lisa; WIRTH, David A. **Environmental law and policy: nature, law, and society**. 3. ed. New York: Aspen, 2004, p. 803.

¹⁰⁹² Art. 12, § 1º, da L. nº 7.347/85.

relegando a proteção do meio ambiente (tanto na sua dimensão natural como na cultural) para um segundo plano¹⁰⁹³.

Muitas dessas decisões, avalia Krell¹⁰⁹⁴, devem ser qualificadas de incorretas pois onde o legislador prevê sanções administrativas ou judiciais, como o embargo de atividades poluentes ou a interdição de instalações que (potencialmente) degradam o meio ambiente, não se apresenta adequado que o sistema permita desfazer essas sanções sob o argumento da defesa dos interesses da sociedade na manutenção dessas atividades (ilegais). Sua crítica é contundente quando considera “absolutamente inaceitável que essa medida de exceção se torne a regra, como tem acontecido na prática”¹⁰⁹⁵, acrescentando que as dificuldades na aplicação da lei ambiental no Brasil deve-se a problemas estruturais como falta de vontade política, corrupção, clientelismo, baixo desempenho dos órgãos públicos, dentre outros .

O coroamento do uso abusivo da suspensão de segurança veio através da medida processual introduzida na Lei Federal nº 8.437, de 30 de junho de 1992, permitindo ao presidente do Tribunal, “ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o poder público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas” (art. 4º, caput).

Essa previsão não bastou para atender aos anseios desenvolvimentistas dos donos do poder e foi seguida da edição da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, “revigorando os cadáveres normativos do regime de exceção, para assegurar a política

¹⁰⁹³ KRELL, Andreas. **Discricionariiedade administrativa e proteção ambiental**. O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 78.

¹⁰⁹⁴ KRELL, Andreas. **Discricionariiedade administrativa e proteção ambiental**. O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 78-79.

¹⁰⁹⁵ KRELL, Andreas. **Discricionariiedade administrativa e proteção ambiental**. O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 79.

governamental das privatizações de empresas estatais, e, agora, também, o programa energético do Governo federal, devastador das florestas brasileiras e, sobretudo, do bioma amazônico, bem assim, de seu patrimônio sociocultural”¹⁰⁹⁶, com estribo na Emenda Constitucional nº 32/2001 que, embora visando conter o abuso na edição dessas medidas provisórias, com vedação expressa de tratar de matéria de direito processual civil, dentre outras, permitiu que as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação dessa Emenda continuassem vigorando até que medida provisória ulterior as revogassem explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional (art. 2º).

A conjugação da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, com o art. 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, representa séria lesão às garantias fundamentais do pleno acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV), do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), das tutelas de segurança e de urgência dos mandados de segurança individual e coletivo, nos marcos regulatórios de suas hipóteses de incidência constitucional (CF, art. 5º, LXIX e LXX, a e b), e da eficácia plena e imediata dos direitos e garantias fundamentais, inclusive dos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (CF, art. 5º, §§ 1º e 2º¹⁰⁹⁷).

Pois tem sido justamente através do espúrio instrumento de suspensão da segurança que o megaprojeto da hidrelétrica de Belo Monte vem avançando, a passos largos, não sem deixar um rastro de degradação ambiental e social. A leitura de cinco medidas de suspensão de segurança, sendo duas concedidas pela presidência do Supremo

¹⁰⁹⁶ PRUDENTE, Antônio Souza. O terror jurídico-ditatorial da suspensão de segurança e a proibição do retrocesso no estado democrático de direito. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDA/article/view/5857/3803>> Acesso em 07.agos.2018.

¹⁰⁹⁷ PRUDENTE, Antônio Souza. O terror jurídico-ditatorial da suspensão de segurança e a proibição do retrocesso no estado democrático de direito. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDA/article/view/5857/3803>> Acesso em 07.agos.2018.

Tribunal Federal e três do Tribunal Regional Federal da 1ª Região¹⁰⁹⁸, denota que o viés econômico é sempre o que prepondera, sobretudo, nesse caso específico, devido aos recursos públicos investidos na execução do projeto.

Recorrente em todas essas decisões, até porque é da essência desse *remédio* processual, a potencial lesão à ordem econômica, a imensa preocupação com esse aspecto que é apenas uma dentre as múltiplas faces na avaliação de projetos. Garimpando os principais argumentos, é sensível o predomínio das questões econômicas, as quais podem assim ser sintetizadas: (i) a não-viabilização do empreendimento compromete o planejamento da política energética do país e, em decorrência da demanda crescente de energia elétrica, seria necessária a construção de dezesseis outras usinas na região com ampliação em quatorze vezes da área inundada, o que agravaria o impacto ambiental e os vultosos aportes financeiros a serem despendidos pela União; (ii) a paralisação da obra acarretaria demissão em massa na região de Altamira e Vitória do Xingu (em torno de 17.000 pessoas, influenciando

¹⁰⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1048594. Relator: Min. Edson Fachin. Julgado em: 21. ago. 2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>>. Acesso em 18.agos.2018. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1140644. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em: 01 dez. 2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>>. Acesso em: 18 ago. 2018. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 901333. Relator: Min. Carmem Lúcia. Julgado em: 12 ago. 2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>>. Acesso em 18 ago. 2018. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 650909. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 19 dez. 2011. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>. Acesso em: 18 ago. 2018. ARE 901333. Relator Min. Carmem Lúcia. Julgado em: 12 ago. 2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>>. Acesso em 18 ago. 2018. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 535091. Relator: Min. Carmem Lúcia. Julgado em: 26 maio 2009. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>>. Acesso em: 18 ago. 2018. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1140644. Relator Min. Dias Toffoli. Julgado em: 28 jun. 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

novas demissões e diminuição das atividades econômicas locais e, portanto, com graves consequências no desenvolvimento socioeconômico local; (iii) redução na arrecadação de tributos municipais, estaduais e federais, na ordem de R\$ 50 milhões por mês, aproximadamente; (iv) impactos negativos para a economia local e regional, com redução de investimentos no setor imobiliário, hoteleiro, turismo, construção civil e demais cadeias produtivas; (v) suspensão dos serviços e obras previstos e em execução pelo consórcio construtor nos onze municípios incluídos nos Programas Ambientais previstos nas licenças relacionados a obra e equipamentos de saúde, educação, saneamento, infraestrutura e segurança (obras de contorno); (vi) suspensão de obrigações da Norte Energia S/A relativas ao financiamento do Plano de Desenvolvimento Regional Sustentável do Xingu, tendo sido empenhados mais de R\$ 48 milhões, correspondente aos primeiros anos de vigência, sendo que o valor residual do Plano ultrapassa R\$ 400 milhões a serem aplicados nos dez municípios da área de influência da usina, incluindo as comunidades indígenas e populações tradicionais, em projetos relacionados à saúde, educação, saneamento básico, infraestrutura e capacitação profissional; (vii) suspensão de catorze planos, cinquenta e três programas e oitenta e cinco projetos constantes do Projeto Básico Ambiental, com a rescisão de inúmeros contratos e acordos, suspendendo o pagamento de R\$ 45 (quarenta e cinco) milhões/mês, causando a demissão dos trabalhadores que atuam em tais projetos; (viii) atraso na compensação financeira de aproximadamente R\$ 224,27 milhões anuais para os entes federativos envolvidos.

Na órbita das causas ambientais multifacetárias e que envolvem grandes projetos de infraestrutura, sobretudo na área de geração de energia, tem sido comum que o projeto receba, logo no seu alvorecer, enorme aporte de recursos financeiros, justamente para interditar ações judiciais que podem ser manejadas tão somente quando a sociedade civil e o Ministério Público de fato sejam integralmente informados sobre as consequências possíveis do projeto. Correto afirmar, nessa linha, que o Brasil também tem sido colonizado pela teoria *Sunk Costs* ou, em outras palavras, por uma variação do fato consumado que se aproveita da complexidade das autorizações e licenças ambientais.

No NEPA¹⁰⁹⁹, norma que define a política nacional de meio ambiente norte-americana, há também um dispositivo destinado a controlar gastos irrecuperáveis e irreversíveis que possam se antecipar à formulação ou implementação de razoável e prudente medida alternativa (§ 102(2)(C)do NEPA).

No Brasil, o só fato do licenciamento ambiental na sua forma plena ser trifásico (LP, LI e LO¹¹⁰⁰), compreendendo um *iter* sequencial cujo objetivo é verificar se determinada atividade ou empreendimento é passível de aprovação, indicia a vedação aos gastos irrecuperáveis. A etapa anterior, por exemplo a etapa de licença prévia, e o atendimento de todas as suas condicionantes, é requisito para a subsequente¹¹⁰¹ – licença de instalação. Isso também leva a crer que a concessão de uma licença anterior (ex. licença de instalação) não garante o deferimento da posterior (licença de operação)¹¹⁰². Assim, não é conveniente que o empreendedor – sobretudo quando esse é o Poder Público - execute gastos exorbitantes numa fase inicial.

Não é raro, como lembra Pinto¹¹⁰³, que o empreendedor (público ou privado), muitas vezes com a conivência do órgão ambiental, inicie intervenções no meio físico (remoção de vegetação, obras, aterros, etc.) sem possuir a licença prévia e antes de apresentar e aprovar o estudo prévio de impacto ambiental, o qual deve necessariamente integrar a primeira das fases do licenciamento

¹⁰⁹⁹ NATIONAL Environmental Policy Act, NEPA. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/ceq/NEPA_full_text.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2018.

¹¹⁰⁰ Art. 19 do Decreto Federal nº 99.274/90 e art. 8º da Resolução nº 237/97 do CONAMA.

¹¹⁰¹ Nem sempre isso tem sido observado pelos órgãos ambientais nem mesmo pelo Poder Judiciário. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Ag. de Inst. nº 2002.04.01.003036-8/SC**. Relator: Des. Federal Amaury Chaves de Athayde. Julgado em: 06 ago. 2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor>. Acesso em: 10.ago. 2018.

¹¹⁰² FARIAS, Talden. **Licenciamento ambiental**: aspectos teóricos e práticos. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 66.

¹¹⁰³ PINTO, Carlos Eduardo Ferreira. Ação civil pública, licenciamento ambiental e fato consumado. *In*. MILARÉ, Édís (org.). **A ação civil pública após 30 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 140.

ambiental¹¹⁰⁴, por ser justamente aquela em se avalia a viabilidade do projeto.

Também a previsão contida § 3º do mesmo art. 19 do Decreto nº 99.274/90, segundo a qual o início das atividades de implantação e operação, antes da expedição das respectivas licenças, gera o dever dos dirigentes dos Órgãos Setoriais do Ibama de comunicação desse fato aos entes financiadores dessas atividades, sem prejuízo da imposição de penalidades, medidas administrativas de interdição, judiciais, de embargo, e outras providências cautelares, traduz um outro indicativo de que também em nosso ordenamento jurídico a prática de investir muito em fases precoces dos projetos é algo no mínimo não recomendável.

O Direito Ambiental não deve ser condescendente com o empreendedor, ainda que seja o próprio Estado, que quer uma autoajuda burlando etapas que envolvem o procedimento de licenciamento ambiental ou urbanístico para implantação do projeto¹¹⁰⁵. A dissuasão deve ser forjada por um conjunto de instrumentos legais que desencorajem o desrespeito à legislação ambiental.

Portanto, considerando que pouco se teorizou no Brasil sobre esse assunto, traremos alguns exemplos norte-americanos para revelar que situações muito semelhantes têm ocorrido em nossa paróquia, denotando uma tônica muito forte do argumento econômico nas decisões envolvendo causas ambientais.

Mesmo após a introdução da seção 7 no ESA, agências federais, estados e partes privadas geralmente usam três tipos de argumentos para contornar esse dispositivo do ESA, como lista Kopf¹¹⁰⁶ :

1) Reversibilidade: sustentam que a obra pode ser iniciada porque tudo pode ser desfeito. Assim, os projetos não representariam

¹¹⁰⁴ BENJAMIN, Antonio Herman. **Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa**. 1990. Disponível em: <file:///N:/Os_Principios_do_Estudo_de_Impacto%20artigo%20benjamin.pdf>. Acesso em: 10 maio 2018.

¹¹⁰⁵ BLUMM, Michael C. The clean water act's section 404 permit program enters its adolescence: an institutional and programmatic perspective. **Ecology Law Quarterly**, v. 8, n. 3, p. 409-472, 1980.

¹¹⁰⁶ KOPF, Jeffrey S. Steamrolling section 7(d) of the endangered species act: how sunk costs undermine environmental regulation. **Boston College Environmental Affairs Law Review**, n. 23, 1996, p. 408.

comprometimento irreversível de recursos e, por esse motivo, não violariam o § 7(d)do ESA.

2) Fracionamento ou segmentação do projeto: costumam levar aos tribunais os projetos segmentados como partes separadas que podem ser avaliados e aprovados individualmente porque nenhum desses projetos, acaso analisado individualmente, causam impactos significativos.

3) Argumento da má-fé: A menos que os autores da ação demonstrem que as agências agiram de má-fé e especificamente comprometeram recursos com o objetivo de driblar uma regra ambiental, o *sunk cost* (custos irrecuperáveis) pode ser autorizado.

Analisar-se-á cada um deles traçando o paralelo possível com situações do Direito Ambiental brasileiro.

1) Reversibilidade:

Uma avaliação muito prudente desses casos relacionados aos custos irreversíveis foi feita no voto do Juiz Breyer, condutor da maioria no Tribunal de Apelações do Primeiro Circuito, no caso *SIERRA CLUB v. MARSH*¹¹⁰⁷ envolvendo a *Sears Island*. A Corte de Apelações anulou a decisão da Corte Distrital que negara um pedido de injunção de entidades ambientalistas que objetivava evitar a construção de uma passagem para uma ilha que o Estado do Maine projetara.

Em seu voto, o Juiz Breyer considerou que, deixar de lado uma decisão de uma agência não tem o condão de desfazer danos ambientais assim como o comprometimento dos recursos já teria sido consumado e poderia influenciar qualquer reavaliação quanto ao respectivo mérito. Ele considerou que é muito mais fácil influenciar uma opção inicialmente eleita do que mudar uma escolha adrede materializada.

Argumentou que o dano em questão é um dano ambiental que se corporifica quando os tomadores de decisões governamentais moldam suas mentes sem ter antes realizado as análises adequadas e suficientes quanto aos reais efeitos de suas decisões no meio ambiente. Reconheceu, ainda, a essência do risco criado pela estratégia *Sunk*

¹¹⁰⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações do Primeiro Circuito. *Sierra Club v. Marsh*. 872 F. 2d 497. (1st Cir. 1989) Disponível em: <<https://openjurist.org/872/f2d/497/sierra-club-v-o-marsh>>. Acesso em 18 out. 2017.

Costs, em que decisões prematuras danificam irreparavelmente o meio ambiente aumentando os seus riscos ¹¹⁰⁸.

A lição transplantada do voto do Juiz Breyer parece bastante útil a diversos feitos envolvendo a Administração Ambiental brasileira quando predisposta ou pressionada a aprovar determinado projeto. A reversibilidade do dano ao erário derivada de aplicação de investimentos em projetos que ainda não estão integralmente aprovados ou que ainda não cumpriram todas as condicionantes necessárias à passagem para outra etapa do procedimento de licenciamento ambiental é sempre um fator que acaba sendo sopesado nas decisões administrativas e judiciais.

Em outro sentido foi a decisão da Corte de Apelações do Quarto Distrito no Caso NORTH CAROLINA STATE v. VIRGINIA BEACH¹¹⁰⁹ em que esse tribunal anulou a decisão da Corte Distrital emitindo uma injunção contra a construção de um duto entre um lago artificial e a cidade, antes da FERC (*Federal Energy Regulatory Commission*) aprovar o projeto. No Recurso, a Corte de Apelações, sob a relatoria do Juiz Niemeyer, considerou que não havia evidências no processo de que a FERC poderia ser indevidamente influenciada para permitir que Virginia Beach prosseguisse com a porção do projeto. A FERC, na visão da Corte, poderia rejeitar o projeto, especialmente porque assegurou que o fato de Virgínia Beach ter investido cerca de 8.4 milhões de dólares não condicionaria a aprovação do projeto.

Essas contradições demonstram que o estado da arte da jurisprudência norte-americana envolvendo o que realmente constitui a cláusula que veda a irreversibilidade do comprometimento de recursos (*irreversible and irretrievable*) ainda está seriamente não pacificado. Mesmo assim, considera-se pertinente e até mesmo necessária uma reflexão no Direito Ambiental brasileiro, inclusive em nível legislativo, para um melhor aprimoramento dessa questão relacionada aos gastos

¹¹⁰⁸ KOPF, Jeffrey S. Steamrolling section 7(d) of the endangered species act: how sunk costs undermine environmental regulation. **Boston College Environmental Affairs Law Review**, n. 23, 1996, p. 408.

¹¹⁰⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações do Quarto Distrito. North Carolina v. Virginia Beach, 951 F 2d 596, 598 (4th Cir. 1991). Disponível em: <<http://www.ca4.uscourts.gov/Opinions/Published/152285.P.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

irrecuperáveis precocemente executados para criar um clima em que se afigure quase impossível a opção pela não aprovação do projeto¹¹¹⁰.

O Tribunal de Contas da União vem apreciando uma série de expedientes envolvendo obras públicas deflagradas antes da expedição da competente licença de instalação ou antes do cumprimento de algum requisito prévio ao prosseguimento da obra.

Numa situação envolvendo a implantação de rodovia com o aproveitamento do traçado de antiga estrada vicinal, alargando-se a plataforma original e utilizando-se a faixa de domínio, o DNIT deu início à execução da obra sem a licença de instalação. Na instância de Contas, não foi mantida medida cautelar para paralisação das obras, porque, ainda que os atos expropriatórios não tivessem sido completamente conclusos, o processo de regularização fundiária da faixa de domínio seria irreversível, dado o avançado estágio de avaliação, celebração e aprovação dos termos de acordo de desapropriação, somada ao argumento da “grande relevância sócio-econômica para a integração das regiões beneficiárias das referidas construções rodoviárias”¹¹¹¹.

Na base de decisões de suspensão de segurança também essa questão marca presença, travestida de argumentos do tipo “interesse público”, “segurança jurídica” e outras variáveis de difícil definição unívoca.

No caso da usina hidrelétrica de Jirau, a licença de instalação foi expedida sem que diversas condicionantes estabelecidas na licença prévia tivessem sido cumpridas. Isso provocou decisões suspendendo a licença¹¹¹². Mas os investimentos feitos acabaram alavancando a continuidade do projeto. No voto condutor da maioria no agravo de

¹¹¹⁰ KOPF, Jeffrey S. Steamrolling section 7(d) of the endangered species act: how sunk costs undermine environmental regulation. **Boston College Environmental Affairs Law Review**, n. 23, 1996, p. 408-409.

¹¹¹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão 008.834/2007-6**. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Julgado em: 06 out. 2010. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

¹¹¹² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **AG 0018341-89.2012.4.01.0000/MT**. Relator: Des. Souza Prudente. Julgado em: 01 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/juris/trf1/>>. Acesso em: 22.ago. 2018.

instrumento que reverteu a decisão política da suspensão de segurança, o Des. Relator fez expressa alusão à questão da irreversibilidade das obras que viessem a ser implementadas em detrimento ao meio ambiente e direitos de povos indígenas.

2) Fracionamento ou segmentação do projeto:

Outro expediente não incomum no Brasil e relacionado à teoria dos custos irrecuperáveis é a fragmentação ou licenciamento fracionado de empreendimentos, com o fito de simplificar os licenciamentos ambientais, agilizando-os, desconfigurando-os para que pareçam menores do que na verdade o são, e, muitas vezes, reduzindo seus custos para o empreendedor. Isso faz com que seja gerado um clima favorável de confiança para o empreendedor que pode arregimentar investidores seduzidos pelo licenciamento de uma parte do todo.

Como já se expôs no capítulo 3, a visão fragmentária do ambiente nunca é congruente com o planejamento e com a gestão ambiental.

No tocante ao ESA, Kopf exemplifica dois tipos de segmentação recorrentes¹¹¹³: a) num único contexto, empreendedores privados tentam convencer a agência ambiental de aprovar partes de um projeto em estágios, permitindo que os recursos sejam investidos fortemente antes de uma revisão abrangente dos efeitos do projeto global nas espécies ameaçadas; b) quando um empreendedor fatia o projeto em partes que dependem de aprovação federal e não federal.

Investindo nas fases iniciais de um projeto, o empreendedor privado apresenta aos órgãos federais uma situação de *fait accompli*, deixando o Governo Federal sem opção prática de completar o projeto sem que ocorram severos danos ao ambiente. Ambas as estratégias usam a teoria dos recursos irrecuperáveis para impulsionar projetos e fragilizar a efetividade do § 7(d) do ESA .

No caso CONNER v. BURFORD¹¹¹⁴ , a Corte de Apelações do Nono Circuito reforçou a noção de que atividades como exploração mineral e óleo não podem ser segmentadas em partes para fugir dos

¹¹¹³ KOPF, Jeffrey S. Steamrolling section 7(d) of the endangered species act: how sunk costs undermine environmental regulation. **Boston College Environmental Affairs Law Review** , n. 23, 1996, p. 409-410.

¹¹¹⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações do Nono Circuito. CONNER v. BURFORD 836 F. 2d 1521 (9th Cir. 1988). Disponível em: <<https://openjurist.org/836/f2d/1521/conner-v-burford>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

propósitos da Seção §7(d) da análise do ESA. Nesse litígio, a FWS (*Fish and Wildlife Service*) havia aprovado instalações de óleo e gás para distintos tratamentos em terras de uma floresta nacional. A FWS concluíra que as vendas locais por si sós não teriam o condão de danificar espécies ameaçadas, mas a Corte entendeu que a FWS não havia avaliado o impacto pós-venda da exploração de gás e óleo e das atividades de extração nas espécies protegidas.

Outro caso citado, em muito similar a algumas situações fáticas que ocorrem no Brasil e que dizem respeito à compensação de empreendimentos de significativo impacto ambiental foi o *SIERRA CLUB v. MARSH*¹¹¹⁵.

Trata-se de julgamento relacionado ao *California Least Tern*, uma ave ameaçada de extinção típica dos Estados Unidos da América. Para avançar no projeto, o CORPS¹¹¹⁶ (Corpo de Engenheiros do Exército) planejava adquirir áreas adjacentes a terras úmidas para mitigar efeitos deletérios de uma rodovia proposta ameaçando várias espécies em perigo, sobretudo aves com ninhos na área. Como o CORPS estava retardando a obtenção das áreas necessárias à mitigação, os autores ajuizaram um pedido de suspensão do projeto até que a mitigação fosse implementada. O CORPS arguiu que a Corte não poderia parar integralmente o projeto pois iriam adquirir a área. Porém, com base na Seção §7(d) do ESA, a Corte de Apelações do Nono Circuito observou que o projeto requereria significativa modificação caso o CORPS falhasse na compra da terra e, então, o juiz Boochever

¹¹¹⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações do Nono Circuito. *SIERRA CLUB v. MARSH* 816 F.2d 1376, 1380-81 (9th Cir. 1987). Disponível em: <<https://casetext.com/case/sierra-club-v-marsh-10>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

¹¹¹⁶ O CORPS é uma agência federal que integra 34600 civis e 650 militares, o que o torna a maior agência de engenharia pública, design e gestão de construção do mundo. É responsável pela maior parte das obras de infraestrutura nos Estados Unidos da América. O Corpo de Engenheiros do Exército dos EUA é uma das instituições mais antigas do governo federal. Suas barragens, diques e cursos d'água mudaram e continuam mudando a paisagem americana. É também uma organização conflituosa, respondendo tanto ao Presidente quanto ao Congresso, e as lutas entre eles pela direção do Corpo remontam à era de Jackson (HOUCK, Oliver A. *Breaking the Golden Rule. Judicial Review of Federal Water Project Planning*. **Rutgers Law Review**, v. 65, n. 1, p. 1-572012).

ponderou que “o risco imprevisível deve ser suportado pelo Projeto, não pelas espécies ameaçadas” (tradução livre da autora) suspendendo a continuidade das obras¹¹¹⁷.

O Congresso Norte-americano, da mesma forma como o fez o brasileiro editando a Lei da Política Nacional de Meio Ambiente, promulgou o NEPA com o escopo de assegurar que projetos federais não tivessem início até que fosse realizada uma acurada avaliação dos impactos ambientais¹¹¹⁸.

Assim como o ESA, o NEPA também impede comprometimento de recursos que poderiam impedir a implementação de quaisquer medidas alternativas razoáveis e prudentes nas subsequentes fases de um projeto.

No caso *Overton Park* ocorrido entre *NAMED INDIVIDUAL MEMBERS OF SAN ANTONIO CONSERVATION SOCIETY v. TEXAS HIGHWAY DEPARTMENT*¹¹¹⁹ em que um ente federal e um estadual pretendiam construir dois segmentos finais de uma rodovia antes de cumprirem com o NEPA e com o § 4(f) do DTA¹¹²⁰

¹¹¹⁷ *The risk that the COE might not prevail must be borne by the project, not by the endangered species* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações do Nono Circuito. *SIERRA CLUB v. MARSH* 816 F.2d 1376, 1380-81 (9th Cir. 1987). Disponível em: <<https://casetext.com/case/sierra-club-v-marsh-10>> Acesso em 20 ago.2018).

¹¹¹⁸ KOPF, Jeffrey S. Steamrolling section 7(d) of the endangered species act: how sunk costs undermine environmental regulation. **Boston College Environmental Affairs Law Review**, n. 23, 1996, p. 400.

¹¹¹⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações do Quinto Circuito. *NAMED INDIVIDUAL MEMBERS OF SAN ANTONIO CONSERVATION SOCIETY v. TEXAS HIGHWAY DEPARTMENT*. 446 F.2d 1013, 1014 (5th Cir. 1971). Disponível em: <<https://openjurist.org/446/f2d/1013/named-individual-members-of-san-antonio-conservation-society-v-texas-highway-department>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

¹¹²⁰ De acordo com essa seção, o Secretário dos Transportes pode aprovar um programa ou projeto de transporte que envolva o uso de terras públicas de um parque público, área de recreação ou refúgio de vida selvagem e aves aquáticas de importância nacional, estadual ou local, ou terra de um sítio histórico nacional, estadual, ou de significância local (conforme determinado pelo governo federal, estadual ou local), desde que inexistam

(Department of Transportation Act), eles manifestaram suas intenções no sentido de que o § 4(f) ainda não seria aplicável justamente porque esses segmentos finais realmente não adentrariam no Parque Overton.

O Tribunal de Apelações do Quinto Distrito observou que a adoção de uma visão estreita da aplicabilidade do §4(f) poderia minar a intenção do Congresso quando aprovou essa norma. A Corte recusou de forma cabal a visão do projeto como segmentos separados e criticou expressamente a tática do Secretário de Transportes, considerando que a abordagem que foi por ele dada no cumprimento desse dispositivo transformou em brincadeira a cláusula das alternativas viáveis e prudentes (*feasible and prudent alternatives*). Assim, a atitude do Secretário foi considerada completamente ilegal.

Outro julgado proeminente relativo à fragmentação de projetos diz respeito à rodovia projetada para cortar parte do Parque Seneca Creek¹¹²¹. O condado de Montgomery fez planos para construir uma rodovia que cortaria referido Parque com o objetivo de aliviar os congestionamentos de tráfego. Para buscar fundos financeiros federais, o Departamento de Transportes (DOT) e o condado prepararam um projeto de EIA.

Grupos de cidadãos organizados em ONG's ajuizaram uma ação buscando estabelecer que a construção ocorresse ao longo de outra alternativa que não cortasse o parque além do estritamente necessário para acesso local. Alegaram que o Condado teria violado o NEPA, 42 U.S.C. § 4331 e seguintes, por ter autorizado a construção de segmentos da rodovia antes do DOT emitir seu EIS final. Em apelação ao não conhecimento da ação pelo tribunal distrital, o tribunal de Apelação concluiu que a construção da rodovia era uma ação federal na acepção do NEPA, porque, onde quer que a rodovia fosse localizada, teria que

alternativa prudente e viável ao uso dessa terra; e desde que o programa ou projeto incluía todo o planejamento possível para minimizar danos ao parque, área de recreação, vida selvagem e refúgio de aves aquáticas, ou local histórico resultante do uso pretendido <Disponível em: https://www.nps.gov/history/local-law/fhpl_dotact.pdf>. Acesso em 20.agos.2018)

¹¹²¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações do Quarto Circuito. MARYLAND CONSERVATION COUNCIL, INC. v. GILCHRIST. 808 F.2d 1039, 1041 (4th Cir. 1986). Disponível em: <<https://openjurist.org/808/f2d/1039/maryland-conservation-council-inc-v-gilchrist-j>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

atravessar o parque que havia sido estabelecido com fundos federais substanciais, e a aprovação do Secretário do Interior era necessária. O tribunal considerou que a denúncia envolvia de fato uma causa de ação no âmbito da NEPA, mas não aceitou o argumento baseado numa violação do Ato de Conservação ou da Lei de Transporte.

O ponto mais importante desse julgado para os fins desta pesquisa diz respeito à argumentação desenvolvida pela EPA (*Environmental Protection Agency*), órgão ambiental federal, no sentido de que, ao ter autorizado boa parte da construção da rodovia, o Condado de Montgomery poderia gerar um fato consumado para persuadir as aprovações das demais autoridades federais envolvidas nas fase posteriores.

Por essa razão, a Corte de Apelação concedeu uma liminar contra a construção adicional até que a Secretaria dos Transportes finalizasse o EIA e reformou a decisão da Corte Distrital por ter essa desconsiderado que a definição teria de ser de uma esfera federal, porque relacionada a uma obra federal, já que o projeto envolvia uma parceria entre entidades federais e não federais. Com esse entendimento, o caso foi reenviado à Corte Distrital para novos procedimentos ao abrigo do NEPA.

O interessante nesse caso, no qual há menção expressa ao fato consumado, é a ideia de que o início da obra e a conclusão de cerca de 26% de seu total poderia gerar um condicionamento nas aprovações subsequentes. Esse argumento pode ser aplicado por analogia em inúmeras situações vividas no Brasil em que se deflagra a execução de projetos antes da expedição da licença de instalação ou antes da anuência do órgão gestor de uma unidade de conservação (para obras situadas na zona de amortecimento), ou antes da aprovação do Congresso Nacional no caso de afetação de terras indígenas¹¹²².

Em outro caso no qual o fato consumado foi referido como forma de coibir o fracionamento de um EIA, a Corte Distrital da Carolina do Norte avaliou que a simples realocação de uma ponte, onde futuramente seria construída nova rodovia, poderia caracterizar essa fragmentação ilegal e condicionar a agência ambiental nas futuras avaliações¹¹²³. No voto da juíza Flanagan, está assentado que o escopo

¹¹²² Art. 49, inc. XVI, da Constituição Federal.

¹¹²³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte Distrital da Carolina do Norte. *Defenders of Wildlife v. N.C. DOT*, 971 F. Supp. 2d 510, 2013.

de um estudo de impacto ambiental deve incluir ações cumulativas que, quando analisadas com outras ações propostas, têm impactos cumulativos significativos e, portanto, devem ser discutidas no mesmo estudo. Assim, as agências devem considerar ações conectadas e ações cumulativas no mesmo EIA.

Para fins de um Estudo de Impacto Ambiental relativo à construção de rodovia, disse a juíza, o tribunal considera não apenas a utilidade de componente específico da obra, mas também se o componente foi projetado de forma a virtualmente forçar a agência a aprovar um componente posterior como *fait accompli*. Assim, o tribunal deve considerar se o projeto violaria o NEPA limitando a escolha de alternativas razoáveis disponíveis aos decisores federais. Ou seja, o tribunal considera se a conclusão do primeiro componente tem uma probabilidade direta e substancial de influenciar as decisões da agência quanto a componentes futuros. Esse requisito destina-se a impedir que as agências se envolvam em segmentação imprópria que pode redundar na burla do NEPA, mediante a divisão de um projeto maior em projetos menores, sem que se estudem os impactos gerais do projeto global único

A questão guarda relação íntima com o problema do fracionamento dos licenciamentos dos empreendimentos que gera tamanha dependência entre eles de molde que o segundo licenciamento se torna inexorável decorrência do primeiro, porquanto o não licenciamento do segundo tornaria inútil o empreendimento inicialmente autorizado.

A Corte Distrital Ocidental de Washington também reconheceu que o NEPA tem o escopo de se aplicar para ações federais lesivas ao meio ambiente. No CASO ALPINE LAKES v. U.S. FOREST SERVICE¹¹²⁴, o Serviço de Florestas aprovou o uso de um acesso temporário por uma floresta nacional sem exigir uma avaliação prévia de impacto ambiental sob o NEPA utilizando como argumento o fato de que esses trechos estariam excepcionados do NEPA por serem meras rotas internas. A Corte entendeu que as agências não podem dividir

Disponível em: <<https://www.leagle.com/decision/infdc020130930508>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

¹¹²⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Court Distrital do Distrito de Washington Ocidental. ALPINE LAKES PROTECTION SOCIETY v. U.S. FOREST SERVICE. 838 F. Supp. 478, 484 (W.D. Wash. 1993) Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/838/478/2255209/>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

projetos em partes, cada uma insignificante em termos de impactos ambientais mas, coletivamente, com substancial impacto. O veredito foi no sentido de considerar que o acesso permitido pela agência era arbitrário e caprichoso¹¹²⁵.

Também em relação aos planos urbanísticos, as cortes norte-americanas vêm exigindo estudo e relatório de impacto ambiental por força do NEPA ou de regulamentos estaduais nele inspirados. No caso *City of Carmel-By-The-Sea v. Board of Supervisors*¹¹²⁶, proprietários de terra obtiveram uma determinação rezoneando sua propriedade. A parte demandante/ recorrente contestou a determinação (Portaria) e a Corte de primeira instância prolatou uma decisão para obrigar à anulação desse rezoneamento, considerando que era necessário um relatório de impacto ambiental (EIR). Na compreensão do julgado, a Portaria de rezoneamento equivalia a um projeto porque era um desenvolvimento para o qual várias aprovações governamentais eram necessárias e representava um compromisso com o uso expandido da propriedade e fixou o tamanho de uma área ambientalmente sensível, inadmitindo a fragmentação.

O tribunal entendeu que o rezoneamento poderia resultar em impacto ambiental significativo e houve uma disputa factual não resolvida que indicava a necessidade de um EIR. Também determinou que a preparação de um EIR em uma data posterior não seria suficiente porque trataria o zoneamento como um fato consumado e não precisaria abordar a designação da densidade ou a definição e demarcação das zonas úmidas. O tribunal considerou que o plano de uso da terra não seria o equivalente a um EIR porque não tratava de efeitos ambientais específicos decorrentes do rezoneamento.

A Corte de Apelações da Califórnia considerou que esse rezoneamento, permitindo um uso expandido da terra, equivaleria a um projeto e, portanto, deveria ser precedido de EIR.

¹¹²⁵ KOPF, Jeffrey S. Steamrolling section 7(d) of the endangered species act: how sunk costs undermine environmental regulation. **Boston College Environmental Affairs Law Review**, n. 23, 1996, p. 400.

¹¹²⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações do Sexto Distrito. *City of Carmel-By-The-Sea v. Board of Supervisors*, 183 Cal. App. 3d 229 (Cal. Ct. App. 1986). Disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/2155942/city-of-carmel-by-the-sea-v-board-of-supervisors/>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

No Brasil, a prática do fatiamento de empreendimentos tem sido muito usada e igualmente debatida nos tribunais.

A avaliação ambiental que precede o licenciamento há de ser a mais abrangente possível¹¹²⁷. A própria Resolução n° 01/1986 do CONAMA, que trata do detalhamento do Estudo Prévio de Impacto Ambiental, impõe deva ele envolver “a área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza”(art. 5º, III). Isso diz respeito ao escopo da avaliação e, para sua correta definição, não é possível desconsiderar aquela que é considerada a primeira lei da ecologia e sobre a qual se discorreu no capítulo primeiro – tudo é conectado com tudo.

Qualquer pessoa que se dedique aos estudos das Ciências da Natureza com mínima seriedade sabe que nem a vida nem o mundo físico que a suporta existem em compartimentos isolados. Ao contrário, reconhece a extraordinária unidade entre os organismos e o ambiente¹¹²⁸. A fragmentação colide com a abordagem ecossistêmica, com a integridade ecológica, ao mesmo tempo em que reduz a resiliência dos SES.

Imagine-se uma exploração mineral estimada para uma área de 50 hectares que, ao invés de ser planejada para esse todo passa a ser segmentada em 05 blocos de 10. Partindo-se da premissa de que partes dessa área possuem densa cobertura vegetal, outras são perpassadas por recursos hídricos, outras apresentam belíssimas formações espeleológicas, o licenciamento em tiras, desintegrado, pode romper conexões ecossistêmicas, reduzir resiliência e, inequivocamente, gerar graves e irreparáveis danos à biota.

Ademais, esse tipo de dissociação pode provocar o subdimensionamento ou mesmo a ineficiência das medidas de prevenção e as tradicionais medidas compensatórias e mitigadoras dos impactos. Imagine-se que as atividades de mineração não se limitarão à extração propriamente dita, mas igualmente promoverão intensa circulação de veículos de carga no entorno, produção de fuligem e de

¹¹²⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 264-265.

¹¹²⁸ FOSTER, John. **The anthropocene crisis**. Disponível em: <<https://monthlyreview.org/2016/09/01/the-anthropocene-crisis/>>. Acesso em: 30 out. 2017.

ruídos, além de outras emissões impactantes para muito além do perímetro da extração.

A par dessas questões, Pinto ainda enuncia que essa praxe gera insegurança jurídica¹¹²⁹ porquanto os estudos prévios não revelam os reais impactos dos empreendimentos, os quais acabam se tornando alvo certo de ações civis públicas para confrontá-los.

Um dos exemplos emblemáticos dessa fragmentação é o da construção da Usina Hidrelétrica de Jirau, alvo de ações civis públicas e populares. Numa delas, o Juiz Federal da 3ª Vara Federal de Rondônia concedeu liminar publicada em 21/11/2008¹¹³⁰ determinando paralisação e inspeção do canteiro de obras da usina de Jirau, sob o argumento de que:

A licença de instalação, premissa necessária ao início de obra ou atividade potencialmente poluidora, é insusceptível de cisão. Tanto a construção de canteiro de obras, como a construção de enscadeiras, incluem-se no contrato de execução de obra pública. São atividades poluidoras, indissociáveis do empreendimento como um todo. Por isto, hão de palmilhar o processo legal, só exequíveis ao depois do correlato licenciamento integral.

No parecer do Ministério Público Federal que precedeu à análise da medida de suspensão de segurança dirigida ao Presidente do TRF da 1ª Região um dos principais argumentos usados para manter a decisão monocrática foi o da necessária avaliação integral do empreendimento. **“A concessão de licenças fatiadas é prática que tem servido para criar o chamado fato consumado.** Inicia-se a obra por partes, que aos poucos vai sendo construída” – grifos da autora. Até mesmo a ANEEL, autarquia demandada, sustentava ter postulado uma licença parcial mas essa deveria ter sido negada pelo IBAMA, no aguardo da Licença de Instalação de todo o empreendimento.

¹¹²⁹ PINTO, Carlos Eduardo Ferreira. Ação civil pública, licenciamento ambiental e fato consumado. In. MILARÉ, Édis (org.). **A ação civil pública após 30 anos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 135-147, p. 141.

¹¹³⁰ RONDÔNIA. 3ª Vara Federal. **Processo nº 2008.01.00.065677-1.** Juiz Federal Elcio Arruda. Decisão de 21 nov.2008.

Esse posicionamento é o que mais se coaduna com toda a dogmática inspiradora da Lei nº 6.938/81 e do art. 225 da CF no tocante ao planejamento de atividades potencialmente causadoras de significativo impacto ambiental. Mesmo assim, o Presidente daquele Sodalício optou por não desconsiderar “o grave risco à economia pública caso não se implemente o programa traçado, em virtude da medida liminar, uma vez que a necessidade de energia elétrica é premente, e qualquer forma de substituição da fonte hidrelétrica é mais onerosa e agride em escala muito maior a natureza”, suspendendo os efeitos da liminar¹¹³¹.

No licenciamento do Rodoanel Mário Covas, em São Paulo, o projeto e, via de consequência, as avaliações ambientais foram segmentadas, ensejando ajuizamento de ações civis públicas nas justiças estadual e federal, sob a alegação do subdimensionamento dos impactos ambientais. Pleiteava-se a suspensão do licenciamento ambiental e da licença prévia, mas o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu adequadas as avaliações do órgão ambiental e confirmou a decisão de 1º Grau indeferitória da liminar¹¹³². Também tramitou na Justiça Federal ação estribada em semelhante causa de pedir que acabou redundando em acordo judicial¹¹³³. O Tribunal considerou se tratar de dano ambiental que se corporifica quando os tomadores de decisões governamentais moldam suas mentes sem ter antes realizado as análises adequadas e suficientes quanto aos reais efeitos de suas decisões no meio ambiente. Reconheceu, na prática, a essência do risco criado pela estratégia *Sunk Costs* (ainda que sem nominá-la expressamente) em que decisões

¹¹³¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **SLAT 2008.01.00.065677-1/RO**. Relator: Des. Presidente Jirair Aram Meguerian. Julgado em: 04 dez. 2005. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/juris/trf1>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

¹¹³² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **AG 546.688.5/9-00**. Relator: Des. Samuel Junior. Julgado em: 21 set. 2006. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1097050&cdForo=0>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

¹¹³³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **AC 9902530025724-15.2003.4.03.6100**. Relator: Des. Consuelo Yoshida. Julgado em: 09 mar. 2005. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=2>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

prematuras danificam irreparavelmente o meio ambiente aumentando os seus riscos¹¹³⁴.

O fracionamento dos empreendimentos pode reduzir custos, num primeiro momento, para os proponentes dos projetos. Porém, do ponto de vista do planejamento ambiental e da abordagem ecossistêmica sobre a qual se discorreu no capítulo 3 representa um déficit e um risco para o futuro.

A análise segmentada do projeto assim como a expedição das licenças como fatias afrontam não só um dos princípios do EIA (eficiência¹¹³⁵), como o princípio constitucional da eficiência previsto para a Administração Pública (art. 37, CF).

Sendo assim, embora um empreendimento normalmente seja composto de várias etapas e tarefas, se todas têm uma origem comum e guardam conexões vitais, devem ser havidas como um único empreendimento para efeitos de avaliação do impacto ambiental, sobretudo com vistas a precatar os possíveis impactos cumulativos e sinérgicos, que são, no dizer de Sánchez, o produto da soma ou da multiplicação de impactos¹¹³⁶ e que podem ter origem em distintos tipos de fontes; ou decorrentes dos caminhos ou processos de acumulação, considerando as mudanças ambientais que podem sobrevir ao longo do tempo e no espaço, e ainda mediante um acompanhamento do desenvolvimento desses efeitos cumulativos aptos a sofrerem distintos desdobramentos associados a atributos espaciais ou temporais.

Um desses casos ocorridos no Brasil foi o que envolveu a obra¹¹³⁷ para construção de uma hidrovia dissociada da construção de

¹¹³⁴ KOPF, Jeffrey S. Steamrolling section 7(d) of the endangered species act: how sunk costs undermine environmental regulation. **Boston College Environmental Affairs Law Review**, n. 23, p. 393-436, 1996, p. 408.

¹¹³⁵ INTERNATIONAL ASSOCIATION FOR IMPACT ASSESSMENT. **Principles of environmental impact assessment best practice**. 1999. Disponível em: <https://www.iaia.org/uploads/pdf/principlesEA_1.pdf>. Acesso em: 04 set. 2017.

¹¹³⁶ SÁNCHEZ, Luis Enrique. **Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos**. 2. ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2013, p. 200.

¹¹³⁷ DIREITO AMBIENTAL. HIDROVIA PARAGUAI-PARANÁ. PORTO DE MORRINHOS, NA REGIÃO DE CÁCERES/MT. PRETENSÃO DE CONSTRUÇÃO PARA INCREMENTO DA NAVEGAÇÃO CINCO VEZES A CAPACIDADE ATUAL. LICENCIAMENTO REQUERIDO À FEMA/MT E EIA/RIMA ISOLADO.

um terminal portuário. Poder-se-ia cogitar de dois empreendimentos separados, mas, na prática, verificou-se a total imbricação entre eles, uma relação de codependência que foi bem apanhada pelo Des. Relator do acórdão.

Essa praxe é extremamente nociva e vai contra todo o arcabouço de uma abordagem ecossistêmica. Rodgers Jr. e Burleson¹¹³⁸ observam que, diante de alegações de fracionamento ou segmentação forçada, os tribunais norte-americanos levam em conta, de forma recorrente, os seguintes fatores para não permitirem que se crie um fato consumado produtor de efeitos cumulativos e irreversíveis: (i) a maneira pela qual os segmentos foram planejados, seus locais geográficos e a utilidade de cada um na ausência do outro (questiona-se no caso específico, se o segmento excluído tem "utilidade independente"); (ii) se existe um forte "nexo" entre os dois ao ponto de requererem uma avaliação e um EIA únicos; (iii) se uma parte é um "mero componente" ou "incremento" dos outros; (iv) se as partes estão indissociavelmente ligadas e compõem partes de um plano integral; (v) se o alcance do projeto abordado permite a avaliação de alternativas que a Lei exige ou acelera os gastos irrecuperáveis (*sunk costs*) que a Lei não permite.

Os cinco fatores acima elencados, conquanto não exauram os possíveis vícios associados à fragmentação, conformam um rol interessante para que se inicie um elenco, ainda que não exaustivo. Outras três hipóteses devem ser agregadas devido a sua recorrência no

LIMIAR DO PANTANAL MATOGROSSENSE ('PATRIMÔNIO NACIONAL' E 'PATRIMÔNIO NATURAL DA HUMANIDADE'). ADAPTAÇÃO DA HIDROVIA PROPRIAMENTE DITA. CONSEQUÊNCIA INEVITÁVEL. IMPACTO AMBIENTAL DE CARÁTER REGIONAL. COMPETÊNCIA DO IBAMA PARA O LICENCIAMENTO. APRECIÇÃO CONJUNTA DO PEDIDO DE LICENCIAMENTO DAS DÍVERSAS OBRAS. NECESSIDADE. PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E PRECAUÇÃO. CONSULTA ÀS POPULAÇÕES ATINGIDAS. EXIGÊNCIA IMPLÍCITA (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **AC 10649 - MT 2000.36.00.010649-5**. Relator: Des. João Batista Moreira. Julgado em: 27 ago. 2007. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/juris/trf1/RespostaTRF1>>. Acesso em: 07 ago. 2018).

¹¹³⁸ RODGERS JR., William; BURLESON, Elizabeth. **Environmental law**. 2. ed. New York: Thomsom Reuters, 2016, p. 9-12.

Brasil: a unidade de impactos, ou seja, embora aparentemente causados por atividades distintas, os impactos são na verdade decorrentes de uma mesma instalação (ex. um porto para cujo acesso são construídas diversas vias, com severos impactos à biota e às populações circunvizinhas), o fracionamento para, por exemplo, fugir do licenciamento ambiental em um nível mais elevado do governo (várias situações licenciadas por municípios, ao invés do órgão estadual, geralmente mais rígido, ou para ficar no plano estadual, ao invés de ser submetido à análise do IBAMA) e o desmembramento de matrículas para permitir que se licencie por tiras.

A respeito da verificação sobre o chamado teste de utilidade independente, os autores afirmam que esse tem se popularizado nos tribunais, notadamente em construções de rodovias, onde o problema geralmente ocorre. Um dos aspectos sondados é a aferição da função de transporte útil, mesmo que as outras partes não sejam construídas ou se as fases anteriores produzem um gargalo inviável caso o segmento perdido não venha a ser completado. Nessa última hipótese ou se os dois segmentos estão sendo construídos simultaneamente, há uma probabilidade maior de que as partes venham a ser consideradas como um único empreendimento para fins do NEPA.

A esse gargalo inviável equipara-se o fato consumado, pois a aprovação de uma fração do projeto, sem a avaliação do todo, seguida de uma inversão de recursos significativa nessa primeira fase pode sim gerar uma situação no sentido de obrigar os tomadores de decisão a darem seguimento às aprovações das demais frações, ainda que, ali adiante, se constate que o todo se revela uma obra nociva ao bem ambiental. Mais plausível é que isso ocorra no Brasil sob os auspícios da recente Lei n° 13.655/18 sobre a qual se falou anteriormente e que impõe ao julgador, ao controlador e ao administrador avaliar as consequências da sua decisão e outras considerações de índole consequencialista e instrumentalista.

Tanto o NEPA quanto a Lei da Política Nacional de Meio Ambiente (aliás, nele inspirada), confrontam com o olhar reducionista representado pela segmentação nos licenciamentos. E essa é uma forma cada dia mais comum e sofisticada de agilização da emissão das licenças, possuindo um potencial ainda não adequadamente avaliado no Brasil de criação do fato consumado.

5.3 A APLICAÇÃO DA EQUIDADE PARA JUSTIFICAR O FATO CONSUMADO

No conjunto de variáveis operativas que costumam aderir ao fato consumado, a equidade vem associada ao fato consumado no Direito norte-americano e no Direito brasileiro.

Ferreira considera que a noção de equidade aparece como adaptação benigna da lei ao caso concreto, notadamente em prol dos supostamente mais fracos¹¹³⁹.

Segundo ele, a situação de fato consolidada quer credenciar-se como solução de equidade, pois pretende ser o modo pelo qual se resolveriam litígios em atenção à justiça do caso concreto, supostamente regrado de forma injusta pelo tom genérico da lei, daí por que mereceria esse ajuste corretivo¹¹⁴⁰.

Com o advento da nova redação conferida a diversos dispositivos da LINDB pela polêmica Lei n° 13.655/18, o critério hermenêutico da equidade ganhou vitalidade.

Conquanto o art. 140 do NCPC já contemplasse a possibilidade dada ao juiz de decidir com base em razões de equidade, limitava-a aos casos “previstos em lei”.

Equidade é expressão bastante vaga, aberta e de baixa densidade conceitual.

Maximiliano, em sua clássica monografia, mergulha no tema da equidade como critério hermenêutico. Segundo ele, a equidade desempenha um duplo papel. Serve para suprir as lacunas de leis e para auxiliar na descoberta do sentido e do alcance das disposições legais¹¹⁴¹. Só se recorre à equidade para atenuar o rigor excessivo de um texto legal e o interpretar de “modo compatível com o progresso e a solidariedade humana”¹¹⁴².

¹¹³⁹ FERREIRA, Ricardo Viana. Um antiprincípio em el derecho ambiental: la política de hechos consumados. **Revista de Derecho Ambiental**, n. 13, p. 293-301, 2005, p. 114.

¹¹⁴⁰ FERREIRA, Ricardo Viana. Um antiprincípio em el derecho ambiental: la política de hechos consumados. **Revista de Derecho Ambiental**, n. 13, p. 293-301, 2005, p. 115.

¹¹⁴¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1925, p. 184.

¹¹⁴² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1925, p. 187.

O brocardo *summum jus, summa injuria*, sintetiza o conceito de equidade enquanto critério para se buscar o justo melhor, que nem sempre coincide com o justo legal.

O fato é que, passado quase um século da publicação da obra de Maximiliano, a equidade andava meio adormecida nos estudos de Direito, até a superveniência da clássica obra de Rawls¹¹⁴³ sobre a teoria da justiça como equidade.

O jusfilósofo liberal parte da ideia do contrato social desenvolvida por Locke, Rousseau e Kant e sustenta, em apertada síntese, que os princípios da justiça seriam o resultado de um consenso ou ajuste equitativo celebrado por pessoas livres e racionais. Rawls propugna que a teoria da justiça como equidade (ou do justo como equidade) se acomoda aos juízos ponderados obtidos em equilíbrio racional e refletido, de maneira que pensar a justiça como equidade é dispor de uma definição para os conceitos tão complexos de justiça e do justo.

Faz-se imperiosa uma pequena digressão sobre as origens históricas da equidade. O conceito de equidade de Aristóteles era, em primeiro lugar e acima de tudo, o poder do tribunal de sobrepor-se a regras específicas em que circunstâncias pareciam exigir tal dispensa¹¹⁴⁴.

Partindo de estudos sobre igualdade, justiça e equidade em Aristóteles, Perelman designou-a como a muleta da justiça¹¹⁴⁵. Ele a define como “uma tendência a não tratar de forma por demais desigual os seres que fazem parte de uma mesma categoria essencial” em decorrência da aplicação de um único critério de determinada situação concreta¹¹⁴⁶.

¹¹⁴³ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Lisboa: Editorial Presença, 1993, p. 103-105.

¹¹⁴⁴ PLATER, Zygmunt. Statutory violations and equitable discretion. **California Law Review**, p. 524-594, 1982, p. 533.

¹¹⁴⁵ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 41.

¹¹⁴⁶ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 113.

A equidade se presta a solucionar problemas decorrentes de um caso concreto entre dois critérios de justiça acolhidos por um mesmo ordenamento jurídico¹¹⁴⁷.

Conquanto tenha aparecido ainda no Direito romano como forma de atenuar os rigores da lei e propiciar um balanceamento entre os interesses envolvidos, a equidade destacou-se na jurisprudência dos tribunais ingleses da chancelaria nos idos do século XV.

Nessa época de gestação daquilo que hoje se conhece como o sistema da *common law*, a equidade era ministrada por meio de tribunais ingleses de chancelaria inteiramente separados dos demais, com seus próprios procedimentos, padrões e poderes de reparação¹¹⁴⁸. A equidade era então valorizada por seus princípios e processos flexíveis, que funcionavam como um corretivo quando a aplicação das regras rígidas do *common law* a circunstâncias incomuns redundava em resultados injustos¹¹⁴⁹.

O Código de Processo Civil brasileiro, não sem críticas¹¹⁵⁰, retomou a ideia de equidade, no que foi copiado pela Lei n° 13.655/18. Ambos os diplomas poderão ter repercussão nas lides ambientais em que a questão econômica sempre pesa nas decisões finais.

No Direito norte-americano, a equidade aparece em muitos julgados relacionados a questões ambientais, relacionando-se direta ou indiretamente com o fato consumado. Em geral, a jurisprudência considera necessário que um balanceamento baseado em equidade deve conter três componentes distintos e separáveis: equilíbrio inicial, um equilíbrio na questão da redução ou da conduta requerida e, finalmente,

¹¹⁴⁷ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 38.

¹¹⁴⁸ PLATER, Zygmunt. Statutory violations and equitable discretion. **California Law Review**, p. 524-594, 1982, p. 545-46. Nesse artigo, o autor apresenta a equidade como um “remédio extraordinário” que vem sendo largamente utilizado pelos tribunais norte-americanos.

¹¹⁴⁹ MACH, Daniel. Rules without reasons: the diminishing role of statutory policy and equitable discretion in the law of NEPA remedies. **Harvard Environmental Law Review**, v. 205, p. 205-248, 2011, p. 206.

¹¹⁵⁰ DELFINO, Lúcio; STRECK, Lenio. **Novo CPC e decisão por equidade: a canibalização do Direito**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-29/cpc-decisao-equidade-canibalizacao-direito>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

um equilíbrio na adaptação de medidas equitativas para efetuar a segunda determinação¹¹⁵¹.

Mesmo quando os estatutos ambientais não preveem explicitamente uma medida cautelar, os juízes norte-americanos assumiram o poder de emitir liminares contra o descumprimento de normas ambientais, notadamente o NEPA.

Armados com essa poderosa ferramenta, observa Mach, os juízes das cortes de julgamento (*Trial Courts*) inevitavelmente exercem discricionariedade substancial na criação de remédios que respondem às complexas questões científicas, probatórias e societárias levantadas pela litigância ambiental. Na base da argumentação, está a natureza do bem ambiental como sendo público, insubstituível e incomensurável¹¹⁵². A equidade aparece tanto para precaver o fato consumado como para acatá-lo, em nome de um equilíbrio econômico.

Entretanto, ao longo dos anos, desde a entrada em vigor do NEPA (1969), Mach vê uma distorção porque a equidade vem sendo invocada como critério de interpretação e aplicação da lei mesmo onde não esteja prevista expressamente, dando ensejo à aplicação de critérios subjetivos e noções altamente vagas e imprecisas. Nesse aspecto é acompanhado por Plater quando preleciona que um tribunal, ao ser confrontado com violação de lei expressa em matéria ambiental, não tem discricionariedade ou autoridade para equilibrar sua decisão com base em equidade e permitir que a violação continue¹¹⁵³. Quando as doutrinas clássicas da equidade confrontam a realidade de violações estatutárias claras, o dogma do balanceamento por equidade não poderia sobreviver¹¹⁵⁴.

De acordo com o NEPA, todas as agências federais são obrigadas a preparar "uma avaliação detalhada" sobre as propostas para as principais ações federais "que afetam significativamente a qualidade

¹¹⁵¹ PLATER, Zygmunt. Statutory violations and equitable discretion. **California Law Review**, p. 524-594, 1982, p. 526.

¹¹⁵² MACH, Daniel. Rules without reasons: the diminishing role of statutory policy and equitable discretion in the law of NEPA remedies. **Harvard Environmental Law Review**, v. 205, p. 205-248, 2011, p. 206.

¹¹⁵³ PLATER, Zygmunt. Statutory violations and equitable discretion. **California Law Review**, p. 524-594, 1982, p. 527.

¹¹⁵⁴ PLATER, Zygmunt. Statutory violations and equitable discretion. **California Law Review**, p. 524-594, 1982, p. 527.

do ambiente humano"¹¹⁵⁵. Esse estudo de impacto ambiental deve abordar as consequências ambientais da ação federal proposta e as possíveis alternativas a essa ação. O requisito do EIA tornou-se o eixo do processo do NEPA¹¹⁵⁶.

Era de se esperar que as agências federais norte-americanas, após sua edição, passassem a examinar as consequências prejudiciais que suas principais decisões pudessem ter sobre a qualidade do meio ambiente. O EIA deve servir como evidência de que uma agência realmente examinou com atenção as implicações ambientais de uma ação proposta durante o processo de planejamento. Assim, o EIA é no sistema estadunidense um dispositivo que procura assegurar que os objetivos ambiciosos do NEPA não venham a murchar nas mãos passivas de administradores descomprometidos com a questão ambiental. Nesse sentido, algumas decisões, calcadas na cláusula da equidade, passam por cima do NEPA e sufragam o fato consumado.

Essa foi a opção que acabou prevalecendo no caso *Romero Barcelo v. Weinberger*¹¹⁵⁷, no qual o então governador de Porto Rico, Romero Barcelo, entrou em rota de colisão com a Marinha americana que vinha utilizando a ilha de Vieques para treinamentos militares envolvendo bombardeios. Invocando diversas leis ambientais norte-americanas, especialmente a Lei Federal da Água Limpa (que inclui expressamente munições como uma das muitas classes de poluentes que exigem uma autorização federal), pretendia uma liminar para fazer cessar os bombardeios. Entretanto, a Suprema Corte Americana, com voto líder do Juiz Byron White, entendeu que uma liminar não seria o único meio capaz de garantir a conformidade, pois a FWPCA (*Federal Water Pollution Control Act Amendments*) fornece recursos sob a forma de multas e penalidades criminais. De molde que os treinamentos foram em tese autorizados.

Dessa maneira um pouco enviesada, a Suprema Corte, sob a invocação da equidade, chancelou desrespeito a diversos dispositivos de

¹¹⁵⁵ NEPA § 102(2)(C), 42 U.S.C. § 4332(2)(C) (1982).

¹¹⁵⁶ ANDREEN, William L. In pursuit of Nepa's promise: the role of executive oversight in the implementation of environmental policy. **Indiana Law Journal**, v. 64, p. 206. p. 205-261, Spring, 1988/1989, p. 206.

¹¹⁵⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. ROMERO BARCELO v. WEINBERGER. 456 U.S. 305 (1982). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/456/305/>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

leis ambientais e findou por autorizar a continuidade de testes militares com poluição das águas e do ar, em detrimento à população do entorno da ilha, mesmo sem a prévia autorização exigida pelo *Clean Water Act*. Essa decisão colide com posterior entendimento da Corte Internacional de Justiça no conhecido caso *Nuclear Weapons*¹¹⁵⁸, quando afirmado que é dever dos Estados levar em conta considerações ambientais ao avaliar o que é necessário e proporcional na busca de objetivos militares legítimos. Ou seja, o respeito pelo meio ambiente deve ser um dos elementos avaliados na aferição da conformidade de uma ação com os princípios da necessidade e da proporcionalidade¹¹⁵⁹.

Ao não fazer cessar os treinamentos, deu guarida a um fato consumado¹¹⁶⁰ e fez tábula rasa da precaução. Em sentido oposto, a Corte de Apelações do Nono Circuito considerou que deveriam ser sustadas as aplicações de herbicidas até que todo o rito de consultas e

¹¹⁵⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Reports of judgments, advisory opinions and orders legality of the threat or use of nuclear weapons. 1. C.J. Reports 1996, p. 226. Julgado em: 08 jul. 1996. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2018.

¹¹⁵⁹ BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan; REDGWELL, Catherine. 3. ed. **International law and the environment**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009, p. 206.

¹¹⁶⁰ Muito semelhante e também respaldada em equidade, a decisão no caso AMOCO PRODUCTION CO. ET AL. v. VILLAGE OF GAMBELL ET AL. Empresas petrolíferas passaram a adquirir terras no Alasca, gerando impactos ao modo de vida das populações tradicionais, redução na pesca e na caça e perspectivas de graves danos ambientais. A Corte de Apelações do Nono Distrito havida dado acolhida aos autores e mandado liminarmente sustar as alienações. A Suprema Corte reformou a decisão entendendo que a Corte de Apelações falhou ao presumir os danos às populações tradicionais quando na verdade houve falha na Agência Ambiental em exigir um prévio estudo de impacto ambiental (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. AMOCO PRODUCTION CO. ET AL. v. VILLAGE OF GAMBELL ET AL. No. 85-1239. 1987. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/480/531.html>>. Acesso em: 01 set. 2018).

revisão bibliográfica quanto a possíveis efeitos nocivos à saúde no contexto de um estudo de impactos ambientais fosse cumprido¹¹⁶¹.

Outro caso paradigmático da *common law* relacionado ao balanço das equidades e que pode se constituir em perigosa inspiração para os intérpretes e aplicadores da lei brasileira pós alterações da LINDB, é *Madison v. Ducktown Sulphur, Copper & Iron Co*¹¹⁶².

Trata-se de uma demanda movida por fazendeiros contra as emissões atmosféricas de uma fundição que danificava suas plantações na região do Tennessee.

A Suprema Corte do Tennessee alterou as decisões distritais que haviam concedido injunções para cessar a atividade da empresa. Ao fazê-lo, a Corte comparou o valor das terras dos fazendeiros de Madison ao valor da Ducktown e descobriu que a perda para eles era de “apenas alguns milhares de dólares”, mas se a mina fechasse, custaria milhões e deixaria muitas pessoas desempregadas.

Nessa linha, o Tribunal concluiu que, neste caso de direitos conflitantes (livre iniciativa x saúde), o melhor que poderia fazer era preservar a maior medida de liberdade possível sob as circunstâncias. O balanço das equidades foi realizado de molde a dar guarida ao *fait accompli*.

O Tribunal permitiu que os fazendeiros de Madison cobrassem indenização pelos danos causados às suas propriedades, mas não emitiu liminar para fechar a operação da fundição.

A decisão é muito sintomática no contexto de um modelo sócio-econômico liberal e nada comprometido com o bem ambiental, menos ainda com as gerações futuras.

O julgamento sequer abordou especificamente como calcular os danos, cuja complexidade, como sói acontecer em casos dessa natureza, era notória. O dano decorrente da fundição não destruiu apenas um ano

¹¹⁶¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações do Nono Circuito. *SAVE OUR ECOSYSTEMS v. William P. CLARK*. 747 F.2d 1240. 1984. Disponível em: <<https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F2/747/747.F2d.1240.83-3916.83-3887.83-3918.83-3908.html>>.

¹¹⁶² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte do Tennessee. *Madison v. Ducktown Sulphur, Copper & Iron Co*. 113 Tenn. 331, 83 S.W. 658 (1904). Resumo do caso disponível em: <<http://www.invispress.com/law/environmental/madison.html>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

de colheitas, mas acabou com a fertilidade das terras de forma semipermanente, resultando na perda de colheitas durante cinquenta a cem anos. A lesão aos processos ecológicos essenciais foi severa e irreparável.

A equidade, nesse caso, utilizada totalmente contra os interesses coletivos, através de um critério economicista raso, ou seja, desconsiderando os valores dos serviços prestados pelos ecossistemas, prestou-se a petrificar o dano ambiental.

Mas dentre os inúmeros casos pesquisados, chamou-nos atenção pela magnitude do efeito gerado e pela plena prevalência do fato consumado, o litígio *Ogunquit Village Corp. v. Davis*¹¹⁶³. Sobre ele irá se discorrer um pouco mais amplamente pela riqueza de informações e como forma de alerta para que situações semelhantes não venham a se reproduzir no Brasil.

No Estado do Maine, ao lado do vilarejo de Ogunquit, havia uma duna de areia que se estendia por mais de uma milha ao longo da costa do sul do Maine. Entrecortada por pântanos de água salgada e pelo estuário do rio Ogunquit, formava um local de rara beleza cênica atraindo turistas para a região.

A popularidade da duna acabou determinando sua própria destruição. A grama e os arbustos que a mantiveram estável durante anos, devido à intensa carga de turistas (o que nos remete à capacidade de carga de determinado ecossistema), foram pisoteados, e a areia começou a se evadir. Os conjuntos de moluscos do estuário foram lentamente sufocados pela areia da duna erodida, e as tempestades de areia expulsavam os visitantes nos dias ventosos. Os moradores do continente passaram a temer que, numa tempestade de inverno, o mar atravessasse a duna e lavasse suas casas. Finalmente, a vila de Ogunquit pediu ao Serviço Federal de Conservação do Solo (*Federal Soil Conservation Service*) ajuda na restauração da duna. O Serviço propôs que a duna fosse reconstruída e, posteriormente, replantada. Elaborado e aprovado um Estudo de Impacto Ambiental.

Na primeira fração de duna reconstruída foi utilizada areia dragada do estuário de Ogunquit. A nova duna se assemelhava a um

¹¹⁶³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações do 1º Circuito. *Ogunquit Village Corp. v. Davis*, 553 F.2d 243, 246 (1st Cir. 1977). Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/107263>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

dique; tinha cerca de sete metros de altura com um topo plano de oito metros e amplos lados inclinados. A primeira parte do projeto foi finalizada em julho de 1974. Mas a areia proveniente do estuário só foi suficiente para completar pouco mais de um quinto da nova duna. O Serviço de Solos procurou a areia restante de uma fonte de terras do interior do Estado do Maine. Ao invés da fina areia branca de quartzo que é nativa da duna Ogunquit, acabou comprando areia e cascalho amarelos e grosseiros. Começou a despejar essa mistura na praia em dezembro de 1974. O trabalho foi concluído em cerca de um mês. Os moradores do vilarejo protestaram em janeiro de 1975, mas já era tarde demais. No lugar da duna branca de Ogunquit, os moradores e turistas se depararam com o que para muitos era um *bunker* amarelado.

Os cidadãos de Ogunquit se organizaram e ajuizaram uma ação contra o referido Serviço de Solos. O tribunal distrital concedeu julgamento sumário a favor do Serviço. Os autores apelaram à Corte do Primeiro Circuito que confirmou a decisão no sentido de que o NEPA não poderia ser aplicado às parcelas do projeto já construídas. Os julgadores consideraram que o fato consumado deveria prevalecer e que um juízo de equidade não poderia exigir o desfazimento de uma intervenção que custou mais de 443 mil dólares. Um dos pilares da decisão foi o fato de a Corte ter compreendido não haver má fé¹¹⁶⁴ por parte das autoridades que erraram na avaliação de impacto ambiental e que as oportunidades oferecidas pelo processo e pelo acesso aos tribunais para desafiar a adequação de um EIA teriam sido suficientes.

O resultado final pode ser considerado esteticamente infeliz, provavelmente pela falta de experiência do Serviço de Solos, historicamente experimentado em funções utilitárias tais como evitar a erosão do solo, o assoreamento e outros danos físicos. Nunca esteve voltado para o objetivo sutil de preservar forma, integridade e textura de uma formação de duna. O Serviço não teve uma preocupação com os valores estéticos da paisagem.

¹¹⁶⁴ A questão da inexistência de má fé também aparece associada à equidade no caso *ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações do Quinto Circuito. 671 F.2d 935 (5th Cir. 1982). ICHLAND PARK HOMEOWNERS ASSOCIATION, INC. v PIERCE*. Disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/399881/richland-park-homeowners-association-inc-richland-park-estates/>>. Acesso em: 03 set. 2018.

O Tribunal, ao negar alívio injuntivo, expressou preocupação com o grau de ingerência que poderia assumir em relação às decisões das agências federais sobretudo após o fato consumado. O precedente é considerado por comentaristas como perigoso no sentido de enfraquecer os objetivos preventivos do NEPA¹¹⁶⁵.

Um outro tema que acaba sendo dirimido com base na equidade nos Estados Unidos e que guarda conexão com o fato consumado diz respeito aos pedidos de restauração de áreas degradadas. O conceito de restauração possui grande utilidade ambiental, mas desperta alguns problemas difíceis de resolver. A par das dificuldades práticas do retorno *ad pristinum statum*, os custos para essa medida costumam ser bastante elevados, não raro superando o próprio valor do imóvel objeto da restauração.

Destacando a potência da restauração no Caso Village of Wilsonville v. SCA¹¹⁶⁶ em que os réus foram forçados a remover todo o material contaminado que causava incômodo público e perigo para a saúde dos cidadãos e restaurar integralmente a área degradada por produtos químicos, em decisão cautelar. O procurador-geral de Illinois apresentou uma queixa em 26 de maio de 1977, buscando uma liminar conforme a Lei de Proteção Ambiental. O julgamento começou em 7 de junho de 1977, consumiu 104 dias, resultando em veredito favorável aos demandantes.

Nos fundamentos da decisão, a equidade aparece como reforço argumentativo. Disse o Juiz Ryan que “existem situações em que o dano potencial é tão devastador que a equidade deve proporcionar a concessão de uma liminar, mesmo que a possibilidade do resultado

¹¹⁶⁵ ANDREEN, William L. In pursuit of Nepa’s promise: the role of executive oversight in the implementation of environmental policy. **Indiana Law Journal**, v. 64, p. 206. p. 205-261, Spring, 1988/1989, p. 260. No mesmo sentido: Note (sem autoria identificada). OGUNQUIT Village Corp. v. Davis and Judicial Relief under the National Environmental Policy Act: The Completed Project Problem. **Virginia Law Review**, v. 64, p. 629-640, 1978.

¹¹⁶⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte de Illinois. Village of Wilsonville v. SCA Services, Inc. 86 Ill. 2d 1 (1981)426 N.E.2d 824. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/illinois/supreme-court/1981/52885-6.html>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

prejudicial ocorrer seja incerta ou contingente¹¹⁶⁷” – tradução livre da autora. Por outro lado, se o dano potencial é menos grave, uma maior possibilidade de que isso aconteça deve ser necessária.

Esse teste de equilíbrio permitiu que o tribunal considerasse uma gama mais ampla de fatores e evitasse o resultado anômalo possível sob uma alternativa mais restritiva onde uma empresa envolvida em uma atividade ultra-perigosa com resultados potencialmente catastróficos poderia continuar até que toda uma comunidade tivesse sido levada ao enfrentamento de um desastre. Ele concluiu o seu voto afirmando que “um tribunal de equidade não precisa esperar tanto tempo para fornecer alívio”.

O direito norte-americano apresenta uma interessante fusão da tradicional doutrina equitativa com diversos dispositivos das atuais leis administrativas e ambientais que muitas vezes não apresentam a equidade como um critério aplicável. Mach aponta para a ocorrência de um choque entre o antigo e o novo¹¹⁶⁸, fenômeno esse que de certa forma começa a ocorrer na jurisprudência pátria em relação à equidade como critério exegético.

No direito brasileiro, a restauração¹¹⁶⁹ está definida no art. 2º, inc. XIV, da Lei nº 9.985/00, como sendo a restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada **o mais próximo**

¹¹⁶⁷ “However, I believe that there are situations where the harm that is potential is so devastating that equity should afford relief even though the possibility of the harmful result occurring is uncertain or contingent” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte de Illinois. Village of Wilsonville v. SCA Services, Inc. 86 Ill. 2d 1 (1981) 426 N.E.2d 824. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/illinois/supreme-court/1981/52885-6.html>>. Acesso em: 30 ago. 2018.).

¹¹⁶⁸ MACH, Daniel. Rules without reasons: the diminishing role of statutory policy and equitable discretion in the law of NEPA remedies. **Harvard Environmental Law Review**, v. 205, p. 205-248, 2011, p. 207.

¹¹⁶⁹ A definição de restauração ecológica adotada pela Sociedade para Restauração Ecológica (“SER”) destaca a combinação de atributos científicos e normativos. Adotada em 1994, a definição da SER para restauração envolve um **processo** assistido de reparação de danos causados pelo homem à diversidade e à dinâmica do ecossistema original (FUNDAMENTOS de restauração ecológica. Disponível em: <http://www.efraim.com.br/SER_Primer3_em_portugues.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2018).

possível da sua condição original. Portanto, distingue-se sutilmente da recuperação que consiste na restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada a uma condição não degradada, **que pode ser diferente de sua condição original** (inc. XIII).

Os autores citam como exemplo de imposição de restauração a limpeza da baía Chesapeake, em que a EPA determinou um limite diário para lançamentos de poluentes que afetou sensivelmente diversas empresas e fazendas no entorno da baía. A Corte de Apelações do Terceiro Circuito¹¹⁷⁰ e a Suprema Corte¹¹⁷¹ mantiveram a decisão adotada pela EPA, por considerá-la como legal e razoável exercício da autoridade ínsita à Agência ambiental com base no *Clean Water Act*.

A restauração assegura um aspecto dissuasório importante em amplos termos ambientais. Trata-se de uma medida mais complexa e abrangente e tende a de fato reabilitar os valores do ecossistema que usualmente são excluídos dos cálculos monetários empregados em ações de reparação de dano¹¹⁷².

Milhares de dólares podem ser inicialmente economizados pela disposição inadequada de resíduos perigosos, mas o subsequente custo de recuperação e remoção desse material tóxico do solo e da água pode ser geometricamente muito elevado, girando em torno de milhões de dólares. Os autores advertem que “se você pode ser pego, é muito mais barato tratar e descartar os produtos químicos de maneira adequada desde o início, do que recapturá-los depois que eles se dispersaram e

¹¹⁷⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações do Terceiro Circuito. *American Farm Bureau Federation v. U.S. E.P.A.* 792 F.3d 281 (2015). Disponível em: <<https://www.leagle.com/decision/infco20150706048>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

¹¹⁷¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *American Farm Bureau Federation v. U.S. E.P.A.* U.S. Supreme Court. No. 15-599. Janeiro/2016. Disponível em: <[https://www.nacwa.org/docs/default-source/clean-water-current-pdf/29-feb-16/2016-01-21epa-brief-\(epa\).pdf](https://www.nacwa.org/docs/default-source/clean-water-current-pdf/29-feb-16/2016-01-21epa-brief-(epa).pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2018.

¹¹⁷² PLATER, Zygmunt; ABRAMS, Robert; GOLDFARB, William; GRAHAM, Robert; HEINZERLING, Lisa; WIRTH, David A. **Environmental law and policy: nature, law, and society**. 3. ed. New York: Aspen, 2004, p. 168.

percolaram por uma milha ou mais de aquíferos de cascalho subterrâneo”¹¹⁷³(tradução livre da autora).

Por vezes as cortes consideram a restauração tão dispendiosa que utilizam a equidade como lastro para arredá-la. Dessa forma, a rendição ao fato consumado é total. Exemplo nesse sentido encontramos no caso *Ewell v. Petro Processors*¹¹⁷⁴.

No Direito brasileiro, a equidade já vem sendo usada em diversas causas ambientais como reforço argumentativo, a despeito de ter ingressado como lei formal através do recente diploma (Lei nº 13.655/18) que reconstruiu a chamada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Pesquisando na base de dados da jurisprudência unificada no *website* do Conselho da Justiça Federal (CJF)¹¹⁷⁵, não foram encontrados acórdãos associando o fato consumado à equidade em questões ambientais. Entretanto, com as expressões “dano ambiental” e “equidade”, ambas entre aspas, localizou-se, na data do fechamento desta etapa da pesquisa, um número total de trinta e oito acórdãos e decisões monocráticas nos tribunais federais do país.

Desse conjunto, muitos acórdãos utilizam a equidade para modular a verba honorária e outros são falsos positivos, ou seja, não se referem a dano ambiental. Dos trinta e oito analisados, somente sete enfrentam o mérito de questões ambientais utilizando a equidade como critério.

¹¹⁷³ “If you might be caught, it is far cheaper to treat and dispose of chemicals properly at the outset when you have them in one place than to recapture them after they have dispersed and percolated through a mile or more of underground gravel aquifer” (PLATER, Zygmunt; ABRAMS, Robert; GOLDFARB, William; GRAHAM, Robert; HEINZERLING, Lisa; WIRTH, David A. **Environmental law and policy: nature, law, and society**. 3. ed. New York: Aspen, 2004, p. 169).

¹¹⁷⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US District Court for the Middle District of Louisiana. *Ewell v. Petro Processors of Louisiana, Inc.*, 655 F. Supp. 933 (M.D. La. 1987). Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/655/933/1422933/>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

¹¹⁷⁵ <http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>

Figura 13 - Quadro de Decisões de Cortes Federais Relativas a Questões Ambientais decididas com Base em Equidade

DECISÕES DE CORTES FEDERAIS RELATIVAS A QUESTÕES AMBIENTAIS DECIDIDAS COM BASE EM EQUIDADE	
Equidade como meio para atingir precaução e concretização da dignidade da pessoa humana	AG 135862-PB
Equidade para afastar responsabilidade devido à insignificância do dano	EI 0203549-46.1994.4.03.6104-SP
Equidade para assegurar manutenção de guarda de animal silvestre por particular	APELREEX 27142-CE
Equidade como critério para balizar valor de indenização por dano moral ambiental	AC 545343-AL
	REsp 1114398-PR
Equidade para reconhecer solidariedade entre ente público e privado na responsabilidade civil ambiental	REsp 647493-SC
Equidade para modelar valor de multa administrativa ambiental	AC 0013440-91.2011.4.03.6100-SP

Fonte: Quadro elaborado pela autora

A busca direta no *website* do Supremo Tribunal Federal com as mesmas expressões “dano ambiental” e “equidade” detectou a célebre decisão a respeito da importação dos pneus usados¹¹⁷⁶ na qual a Relatora, Ministra Carmem Lúcia, invoca os princípios constitucionais do desenvolvimento sustentável, da equidade e da responsabilidade intergeracional (art. 225 da CF). Portanto, trata-se de outra situação de falso positivo, porquanto o princípio da equidade intergeracional,

¹¹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 101 / DF - DISTRITO FEDERAL**. Relatora: Min. Carmem Lúcia. Julgado em 24 jun.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

conquanto correlato, não é o mesmo que o critério hermenêutico da equidade sobre o qual ora se disserta.

A análise do Quadro acima permitiu confirmar uma suposição: a equidade é uma espécie de curinga na ordem jurídica. Pode ser aliada a qualquer coisa sob o pretexto de revelar o justo. No entanto, trata-se de um conceito bastante vago e que pode muito bem se prestar a chancelar danos ambientais ilícitos que pretendam se eternizar como fato consumado.

Com o advento da Lei nº 13.655/18, a equidade (sob a palavra “equânime”) como critério hermenêutico veio casada com a proporcionalidade nas novas redações conferidas aos arts. 21, 23 e 26 da LINDB. Essa lei é aplicável, em tese, a todo o direito público. Portanto, a vagueza da noção de equidade há de ser bastante contornada pela estrutura normativa da proteção ambiental que passa por sua espinha dorsal (art. 225 da CF) e se desdobra em outras múltiplas leis que fazem o seu detalhamento, numa engenharia de grande complexidade em prol do bem ambiental.

Em julgados versando sobre outros temas, notadamente ensino superior e concursos públicos, observamos que o fato consumado aparece associado à equidade¹¹⁷⁷, e isso também é fator de preocupação no sentido de que possa esse argumento, com o reforço recente da Lei nº 13.655/18, alastrar-se para a seara ambiental.

Não pode haver espaço para consagração do fato consumado em detrimento ao bem ambiental e à qualidade de vida sob o pálio da equidade. Tratando-se de um recurso hermenêutico que serve para nortear a aplicação da lei de “modo compatível com o progresso e a solidariedade humana¹¹⁷⁸”, o cumprimento rigoroso da legislação ambiental que de fato proteja o meio ambiente é o que melhor atende ao fluido conceito de equidade. De equidade sem maiores predicados, o

¹¹⁷⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **APELREEX 00004355820074025101**. Relator: Des. Poul Erik Dyrland. Julgado em 14 nov.2012. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>> Acesso em 30 ago. 2018. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **AMS 100687-PE 2006.83.00.013942-9**. Relator: Des. Rogério Fialho Moreira. Julgado em 21 maio 2009. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

¹¹⁷⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermeneutica e aplicação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1925.

compromisso do Direito Ambiental deve se projetar para a equidade intergeracional. Somente ela confere um norte sobre como proteger os ecossistemas e os bens culturais de forma sincrônica e diacrônica, ou seja, entre as presentes¹¹⁷⁹ e para as futuras gerações.

Uma aparição no mínimo surpreendente do critério da equidade vem associada ao princípio do poluidor-pagador, em julgado¹¹⁸⁰ que acabou acolhendo o fato consumado para perpetuar os *Beach Clubs* em Florianópolis. Ainda que no corpo do aresto a Desa. Relatora tenha feito referência expressa ao poluidor-pagador como “fundamento primário da responsabilidade civil no Direito Ambiental e oriundo do Princípio da Equidade”, transmite a ideia de que aquele que lucra com uma atividade deve ser responsabilizado pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes, assumindo os riscos de sua atividade que não poderiam ser assumidas como prejuízo para a sociedade.

Entretanto, a despeito dessa interessante conexão entre equidade e princípio do poluidor-pagador, o veredito foi no sentido de reformar a sentença que determinava a demolição dessas estruturas construídas em área de preservação permanente, sob um *mix* de argumentos (princípio da proporcionalidade, princípio da razoabilidade, princípio da segurança jurídica), dentre os quais não poderia faltar o fato consumado.

¹¹⁷⁹ A desigualdade sincrônica, entre as gerações viventes, também pode contribuir para agravar a sustentabilidade de várias maneiras. Quando os pobres são tão pobres que se vêem obrigados a pensar apenas em suas necessidades mais prementes, não se lhes é possível exigir que se preocupem em legar, por exemplo, um solo fértil, mananciais despoluídos, cidades belas e livres de poluição para as gerações futuras (Nesse sentido NORGAARD, Richard. Valoração ambiental na busca de um futuro sustentável Título. In: CAVALCANTI, Clóvis (Org.) **Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas**. São Paulo: Cortez, 1997, p. 83-92, p. 87)

¹¹⁸⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **APELAÇÃO CÍVEL 5026468-07.2014.4.04.7200/SC**. Relatora: Desa. Vânia Hack de Almeida. Julgado em: 24 out. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000220532&versao_gproc=12&crc_gproc=7ed649fd&termosPesquisados=IGVxdWlkYWRIICdmYXRvIGNvbN1bWFkbycg>. Acesso em: 30 ago. 2018.

Ao tempo em que manteve essas estruturas (justamente a fonte dos impactos aos processos ecológicos essenciais, o acórdão anulou os alvarás e as licenças concedidas aos *Beach Clubs*.

Quanto à indenização, os responsáveis pela operação dos *Beach Clubs* foram condenados ao pagamento de um valor fixo por temporada de ocupação, e, em relação à proprietária dos imóveis, em valor fixo total, configurando rateio na condenação contra todos os responsáveis pelo dano ambiental, garantindo-se o afastamento do *bis in idem*.

Observe-se que o *quantum* indenizatório, mais uma vez, vem fixado com base em critério completamente dissociado dos valores dos serviços ecossistêmicos prestados. Não há qualquer aferição sobre a perda da resiliência dos SES envolvidos.

O exame de todos esses julgados no Brasil e nos Estados Unidos desvela a presença de um recurso argumentativo que pode arrastar com ele boas e más intenções. Pode tanto se unir aos fundamentos empregados para proteger o bem ambiental como para perpetuar uma lesão ambiental ilícita para cuja consumação pesados investimentos foram feitos. Assim, na prática, funciona de maneira muito semelhante, sobretudo nos tribunais brasileiros, à aplicação da proporcionalidade quando invocada no vazio, ou seja, sem a realização do triplice ou quádruplo teste, conforme se discorreu anteriormente.

5.4 O FATO CONSUMADO PARA EVITAR UM GRAVAME AMBIENTAL – PREVENÇÃO LEVADA A SÉRIO

Até aqui pouco se falou da inevitabilidade, da repulsa ao fato consumado e em como ela deve orientar o aplicador da lei ambiental.

Como já averbado alhures, o fato consumado oculta sob suas vestes sua antijuridicidade, sua repulsa ao Direito e sua negação ao bem ambiental.

Quando o particular falha, o Estado administrador falha, só ao Judiciário remanesce a expectativa de não falhar.

A Súmula recentemente editada pelo Superior Tribunal de Justiça (nº 613) convoca o aplicador da lei a agir *ex ante*, ou seja, a evitar que qualquer situação fática em contrário à preservação do bem ambiental venha a se consolidar.

O entendimento da Corte da Cidadania bate de frente com o ativismo judicial não virtuoso¹¹⁸¹, contrário à ordem jurídica ambiental.

Evitar o fato consumado nada mais é do que se antecipar ao dano ou mesmo ao risco. É agir de acordo com o que a Constituição e diversos diplomas nacionais e internacionais (já expostos no início deste capítulo) apregoam em termos de proteção do bem ambiental.

Na área ambiental é de extrema valia a concessão de uma tutela inibitória, com base no art. 497 do atual Código de Processo Civil, de qualquer conduta que possa redundar num dano ambiental, inclusive para evitar futura alegação de fato consumado.

Como um evento extraprocedimental, o fato consumado pode ou não se juridicizar. Didier Jr. e Nogueira consideram que ele seria apto a integrar o procedimento pela alegação, no processo, de sua possível ocorrência¹¹⁸².

Por ostentar essa característica de potencialidade de integrar um suporte fático juridicizável, deve ser levado em conta, inclusive quando se avalia a concessão ou não de uma tutela antecipada ou de uma liminar.

Oliveira expressa sua posição no sentido de não ser possível a aplicação da teoria do fato consumado nos casos em que a tutela antecipada satisfativa tenha sido concedida em detrimento de interesse público envolvido, sendo exemplos “as ações de direito sanitário e de Direito Ambiental, como as de autorização de construções em áreas de preservação ambiental ou de proteção do patrimônio histórico-cultural”. Nesses casos, ele enfatiza que os bens jurídicos envolvidos transcendem o interesse particular, não se justificando o acolhimento do fato consumado diante de uma tutela antecipada satisfativa estabilizada¹¹⁸³.

¹¹⁸¹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Constitucionalismo garantista e precedentes vinculantes em matéria ambiental. Limites e vínculos ao ativismo judicial contrário ao meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, v. 78, p. 179-213, 2015, p. 201.

¹¹⁸² DIDIER JÚNIOR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 35.

¹¹⁸³ OLIVEIRA, Weber Luiz de. Estabilização da tutela antecipada e a teoria do fato consumado: estabilização da estabilização? **Revista do Processo**, v. 242, p. 225-250, 2015, p. 233.

Portanto, inibir uma prática que possa resultar em danos ao meio ambiente, considerando sua possível irreversibilidade, significa espantar futura alegação de fato consumado.

Tanto na jurisprudência pátria como na norte-americana foram coletados eloquentes exemplos de prevenção levada a sério e de negação do fato consumado.

5.4.1 Evitando o fato consumado no Brasil

A pesquisa, neste tópico meramente exemplificativa, garimpou algumas decisões de tribunais brasileiros que se utilizam do fato consumado como argumento para justamente proteger o meio ambiente, ou seja, como uma espécie de vacina inoculada para evitar que a situação lesiva ao bem ambiental se consolide exigindo esforços e sofrimentos sobre-humanos ao final para revertê-la.

Não foi possível, em que pese a tentativa de se fixar em um único repertório de jurisprudência, recolher um número razoável de julgados que pudesse ser considerado representativo. Isso por si já ratifica que o fato consumado tem sido usado muito mais após o dano concretizado do que antes dele, do que se deduz que a função preventiva e dissuasória da responsabilidade civil ambiental está perdendo para a ressarcitória e punitiva nos tribunais pátrios.

O fortalecimento da tutela inibitória ou de remoção de ilícito *initio litis* é justamente o que se exige para isso. O meio ambiente tem repulsa ao dano¹¹⁸⁴ em razão de suas características de bem praticamente infungível. A vida não se repete. Os ecossistemas são infungíveis.

Conforme foi possível demonstrar com alguns casos judiciais em que a passagem do tempo, aliada à inércia do Judiciário, revelou-se inimiga fidalga da proteção ambiental, e acaba por entregar, aos jurisdicionados e à coletividade em geral, um Direito tardio que apresenta dentre seus subprodutos a anomalia do fato consumado¹¹⁸⁵. Essas situações fragilizam o direito à prestação jurisdicional efetiva,

¹¹⁸⁴ BENJAMIN, Antônio Herman. Objetivos do direito ambiental. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 5. 2001, São Paulo. **Anais...** São Paulo: IMESP, 2001, p. 57-78, p. 71.

¹¹⁸⁵ Veja-se o caso da construção do edifício em Florianópolis referenciado no capítulo 3, item 3.1.

cujo conteúdo desdobra-se no direito a uma prestação fática, técnica processual adequada e resposta jurisdicional eficiente.

O primeiro julgado que mereceu atenção é do Superior Tribunal de Justiça e tem a ver com o licenciamento ambiental. No caso, em ação movida pelo Ministério Público Federal, na qual se alegavam ilegalidades na emissão de licença carente de prévia aprovação pelo Congresso Nacional para aproveitamento de recursos hídricos e exploração de riquezas minerais em terras indígenas, o Ministro Herman Benjamin acolheu a legitimidade ativa do *parquet*, em decisão que consagra o papel ativo do Judiciário no controle de ações que possam causar danos graves ao meio ambiente:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPEDIMENTO DE PROSSEGUIMENTO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL. DIREITOS DOS INDÍGENAS. INTERESSE PROCESSUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO INDEPENDENTEMENTE DA EXPEDIÇÃO DA LICENÇA AMBIENTAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. A recorrente defende a tese de que o Ministério Público Federal não possui interesse processual para ajuizar Ação Civil Pública que visa a impedir a implantação do "Projeto de Obras de Aproveitamento dos Rios Capivari e Monos" – voltado ao abastecimento da região metropolitana de São Paulo –, tendo em vista que ainda não finalizado o licenciamento administrativo. Em outras palavras, sustenta que, sem a expedição de licença ambiental, as obras não terão início, motivo pelo qual carece o Parquet de interesse de agir, já que sem utilidade e desnecessária a tutela judicial.

2. Na demanda original, o Ministério Público pleiteia provimento jurisdicional que proíba a realização da obra pretendida, sob o argumento de que implica aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas, sem prévia e obrigatória autorização do Congresso Nacional. Cautelamente, foi requerida a concessão de liminar especificamente para "impedir o licenciamento (...) junto ao órgão competente". O Tribunal de origem reformou a sentença de

extinção do feito sem julgamento do mérito, concluindo acertadamente que o Parquet possui interesse de agir.

3. O interesse de agir do Parquet e de outros legitimados da Ação Civil Pública independe de finalização do licenciamento e da expedição da respectiva licença ambiental. O grau de sucesso e eficácia do desempenho do autor no processo coletivo se mede não no terreno do enfrentamento de prejuízo já ocorrido, mas exatamente pelo impedimento ou mitigação de ameaça de degradação ambiental porvindoura. Do contrário, drenar-se-ia a relevância profilática do próprio Poder Judiciário, relegando-se a jurisdição ao infecundo e ineficiente papel de simples gestor de perdas consumadas e até irreversíveis para o meio ambiente e a saúde pública: um juiz de danos, constrangido a somente olhar para trás, em vez de um juiz de riscos, capaz de proteger o futuro e sob seu influxo realizar justiça preventiva e precautória. Compreensão diversa dificultaria inclusive a possibilidade de o órgão administrativo, de maneira oportuna, corrigir vícios e alterar rumos ainda no curso do licenciamento, economizando tempo – valor precioso a quem se preocupa em não retardar atividades e obras socialmente relevantes – e recursos materiais e humanos escassos, sem falar da maior segurança jurídica proporcionada seja ao empreendedor, seja ao Estado, seja, ainda, à sociedade e às gerações futuras por este representadas.

4. Sabe-se que, assim como outros atos administrativos, a licença ambiental apresenta elementos/requisitos essenciais e internos – verdadeiros órgãos vitais, que compõem o corpo e a genética do ato, por assim dizer – que vinculam sua existência per se (p. ex., sujeito competente e conteúdo/objeto lícito), além de pressupostos de fato ou de direito externos ao ato e condicionantes de sua prática (p. ex., exigência constitucional de prévia aprovação pelo Congresso Nacional para aproveitamento de recursos hídricos e exploração de riquezas minerais em terras indígenas). Em

situações nas quais faltem ou se questionem a presença ou a legalidade concretas desses elementos e pressupostos, patente a utilidade da prestação jurisdicional e o conseqüente interesse de agir do autor da Ação Civil Pública, independentemente da fase em que se encontre o licenciamento. Logo, indefensável, por ilógico e não razoável, **pretender que se aguarde o término (= fait accompli) de longo, trabalhoso e custoso procedimento administrativo para só então se objetarem em juízo suas premissas de existência e validade.**

5. Recurso Especial não provido¹¹⁸⁶ (grifos nossos).

Em demanda na qual autores populares manifestaram oposição à consolidação de um megaempreendimento imobiliário no litoral gaúcho, com possibilidade de graves e irreversíveis danos ao meio ambiente, sobreveio liminar concedida pelo juízo de 1º Grau e confirmada pelo Tribunal de Justiça tendo por base, dentre outros argumentos, a possível formação de uma situação consolidada (ou fato consumado):

Agravo de instrumento - Ação popular - Legitimidade dos autores - Aprovação e licenciamento pelo Município de Osório de edificação de nove andares à beira-mar em pacato balneário - perspectiva de dano ambiental significativo a exigir estudo de impacto ambiental - Ausência de plano diretor que não impede a adoção das cautelas necessárias para a liberação do empreendimento que foge ao convencional - Embargo da obra que se impõe no atual estágio do processo - Perigo da irreversibilidade da situação e alegação do fato consumado se houver prosseguimento e conclusão da obra antes de

¹¹⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Rec. Especial 1.616.027 – SP**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 14 mar. 2017. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601933346&dt_publicacao=05/05/2017>. Acesso em: 03 set. 2018.

decidido o feito ou evidenciada por prova técnica a inexistência dos danos ambientais - Caso que não configura concessão de liminar contra a fazenda pública atingindo diretamente apenas o particular¹¹⁸⁷.

Essa decisão transpõe para a vida real o disposto no art. 225, § 1º, inc. IV, da Constituição que recepcionou, dentre outros dispositivos, o art. 4º, inc. I, da Lei nº 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), quando insere dentre os seus objetivos “a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico”. Essa harmonização (compatibilização) entre desenvolvimento econômico e equilíbrio ecológico há de ser buscada através do instrumento clássico de planejamento das atividades – o EIA/RIMA.

A ideia-força contida no art. 4º, inc. I, da citada lei, remete todos os órgãos da Administração Ambiental e mesmo o Poder Judiciário a utilizarem os meios disponíveis para essa compatibilização. Não se trata de política meramente exortativa, destina-se a ser implementada. O acórdão andou justamente por esse caminho.

Há também uma decisão monocrática do Tribunal Regional Federal da 4ª Região na qual a Desembargadora Relatora deferiu uma liminar para impedir a transferência do monitoramento da qualidade da água dos balneários do litoral do Rio Grande do Sul da FEPAM (órgão ambiental) para a CORSAN (companhia de saneamento). Em trecho da decisão está dito pela magistrada federal que a liminar estava sendo deferida nos termos requeridos pelo *parquet*, “até mesmo para evitar que se perfectibilize fato consumado em detrimento do meio ambiente ecologicamente equilibrado e da própria saúde pública”. Entendeu-se, nesse interessante caso, que não seria possível transferir para o fiscalizado (CORSAN) o poder-dever de fiscalizar, atividade constitucionalmente atribuída à FEPAM (órgão ambiental do Estado do Rio Grande do Sul)¹¹⁸⁸.

¹¹⁸⁷ RIO GRANDE DO SUL. **Agravo de Instrumento 700005267430**. Relator: Des. João Carlos Branco Cardoso. Julgado em: 14 maio 2003. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 2 set. 2017.

¹¹⁸⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento 5053454-30.2015.404.0000**. Relatora: Desa. Maria Isabel

A par do argumento da possível consumação de uma situação de dano ambiental e à saúde de caráter irreversível, estão presentes no veredito os princípios basilares da precaução e prevenção, além do princípio democrático do qual derivam os deveres da informação e da publicidade.

Outro julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou provimento a agravo de investidor em loteamento na APA da Baleia Franca sob o argumento de que, mesmo que o licenciamento do empreendimento já estivesse tramitando há quase trinta anos, o laudo pericial anexado pelo Ministério Público indicava probabilidade razoável de dano ambiental, impondo-se, com base na precaução, a sustação da atividade¹¹⁸⁹.

Bastante representativa dessa ideia de inibir o dano ambiental, inspirada na prevenção, é a decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que acata embargo administrativo de construção em área de preservação permanente:

Não se pode desconhecer, finalmente, que em matéria ambiental aplica-se o princípio maior da prevenção (ou da precaução), que exige que as medidas acautelatórias, como as de interdição, sejam examinadas à luz do interesse da coletividade de evitar novos agravos ambientais, ou de evitar que os agravos já perpetrados continuem a produzir efeitos. Assim, a subsistência do embargo administrativo é medida necessária para evitar a continuidade do dano ambiental, até que a questão seja solucionada, em juízo definitivo, na ação principal¹¹⁹⁰.

Pezzi Klein. Decisão de: 13 jan. 2016. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

¹¹⁸⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento 5011892-46.2012.404.0000/SC**. Relator: Des. Cândido Alfredo Silva Leal Junior. Julgado em: 26 mar. 2013. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

¹¹⁹⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **AC 00011287920084036006**. Relator: Juiz Convocado Renato Barth. Julgado em: 22 nov. 2012. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/?np=8>>. Acesso em: 29 ago. 2018. No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Agravo de**

Não menos relevante é a decisão encontrada no repositório do Tribunal de Justiça mineiro, em que uma liminar corretiva de um loteamento foi expedida, justamente para evitar o fato consumado. Na ementa consta:

Impossível admitir a invocação da teoria do fato consumado como forma de livrar o ofensor do dever de promover a recuperação da área atingida pela intervenção antrópica. O meio ambiente se tornou uma das maiores preocupações da sociedade devendo seus destruidores ser severamente punidos, até mesmo em virtude do caráter pedagógico e do dano diretamente causado à qualidade de vida da coletividade¹¹⁹¹.

No corpo do aresto verificou-se que o Tribunal não reconheceu à empreendedora um direito adquirido à aprovação do loteamento com base em regulamentação anterior menos exigente. Ao contrário, a liminar mantida determinava a apresentação perante a SUPRAM de procedimento de licenciamento ambiental corretivo do loteamento, nos termos da Deliberação Normativa COPAM 58/02, instruído com toda a documentação e estudos necessários, a critério do órgão ambiental, inclusive PRAD - Plano de Recuperação de Áreas Degradadas, sob pena de, não o fazendo, incidir no pagamento de multa diária.

Instrumento 0021884-41.2015.4.03.0000/SP. Relator: Des. Andre Nabarrete. Julgado em 24.mai.2017. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/7?np=8>> Acesso em: 29 ago. 2018. No mesmo sentido, BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Agravo de Instrumento nº 453511 / SP.** Relatora: Juíza Convocada Simone Schroder Ribeiro. Julgado em: 12 fev. 2015. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/7?np=8>>. Acesso em 29 ago. 2018.

¹¹⁹¹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento-Cv 1.000.17.088189-0/001.** Relator: Des. Dárcio Lopardi Mendes. Julgado em: 08 mar. 2018. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisa>>. Acesso em: 02 set. 2018.

5.4.2 Evitando o fato consumado nos EUA

Nos Estados Unidos da América, recolheram-se alguns julgados que demonstram que por vezes os tribunais são bastante audaciosos para conceder liminares para controlar práticas que redundem em fatos consumados lesivos ao meio ambiente.

No caso *E.F.S. Ventures Corp. v. Foster*¹¹⁹², a Corte de Apelações de Nova Iorque rejeitou o argumento do fato consumado, modo explícito, porque a construtora decidiu dar seguimento à execução de seu projeto mesmo estando *sub judice*. Trata-se de julgado que pode ser classificado como rejeição ao chamado fato consumado premeditado.

O proprietário de um motel havia obtido a aprovação de seu projeto com base num plano diretor “x”. Depois que o conselho aprovou um novo plano, o proprietário obteve aprovação do conselho para modificar o plano para incluir mais índices construtivos. Entretanto, a Corte considerou essa nova aprovação ilegal à luz das alterações do plano e o proprietário moveu uma ação contra a autoridade edilícia para obter os alvarás de habitação. No curso dessa ação, deu continuidade à sua obra. O tribunal determinou a demolição dessas construções adicionais pelas seguintes razões: (i) a determinação do conselho não foi arbitrária ou caprichosa; (ii) mesmo que o proprietário dependesse da aprovação inicial na prossecução do projeto de construção, o Conselho de Administração tinha a autoridade para impor condições ou exigir modificações no projeto e como um ente governamental essa entidade não está impedida de impor medidas mitigatórias (iii) procurando modificar o plano original, o proprietário expôs todo o projeto à nova revisão.

A Corte considerou que o peticionário que procede por sua conta ao concluir a construção em meio a litígios não resolvidos não pode se queixar pois tomou uma decisão consciente de dar segmento a uma atitude ilícita e, portanto, constituiu uma dificuldade autocriada.

Embora os tribunais geralmente sejam relutantes em desfazer um fato consumado, esta regra não deve ser estendida a uma situação

¹¹⁹² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações de Nova Iorque. *E.F.S. VENTURES v. FOSTER*. 71 N.Y.2d 359 (1988). Disponível em: <<https://www.leagle.com/decision/198843071ny2d3591402>>. Acesso em: 01 set. 2018.

em que a realização do fato em questão parece ser o produto dos esforços do empreendedor para completar um projeto antes da interpretação de uma decisão judicial potencialmente desfavorável quanto à validade de uma resolução do conselho de planejamento.

De fato, os tribunais norte-americanos, inegavelmente conservadores no barramento de fatos consumados, não são nada tolerantes com os apressados ou impacientes que agem para forjar futura alegação de fato consumado.

Um dos casos mais representativos disso diz com o episódio em que uma empreiteira que edificara sem cumprir o zoneamento de Nova Iorque¹¹⁹³ foi compelida a extirpar **12** dos **31** andares de um prédio de apartamentos no *Upper East Side*¹¹⁹⁴.

Mesmo após ordem de suspensão, a família Ginsberg deu seguimento à obra. A ordem de parada foi confirmada por várias decisões judiciais e, em 1988, os Ginsberg solicitaram uma variação de zoneamento do Conselho de Padrões e Apelações da cidade que efetivamente teria deixado os 12 andares. Em março de 1989, o conselho recusou unanimemente o pedido, dizendo que a dificuldade prática ou as dificuldades desnecessárias reivindicadas como base para a variação se autocriavam, na medida em que a diligência razoável exigível de um investidor teria descoberto a existência do limite oriental do distrito de zoneamento aplicável.

Não menos rigorosa se nos apresenta a decisão no Caso *Rose Nulman Park Foundation v. Four Twenty Corp*¹¹⁹⁵ em que a Corte Superior de Rhode Island determinou, liminarmente, a demolição de uma residência avaliada em mais de 1 milhão e oitocentos mil dólares construída no interior de um parque destinado à fruição pública. Os donos da residência eram herdeiros do instituidor do parque e queriam

¹¹⁹³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações do Estado de Nova Iorque. *Parkview Assocs v. City of New York*. 71 N.Y.2d 274 (N.Y. 1988).

¹¹⁹⁴ DEVELOPER Agrees to Plan to Cut 12 Floors From a Too-Tall Tower. **New York Times**, 23 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/1991/04/23/nyregion/developer-agrees-to-plan-to-cut-12-floors-from-a-too-tall-tower.html>>. Acesso em: 01 set. 2018.

¹¹⁹⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte Superior de Rhode Island. *Rose Nulman Park Foundation v. Four Twenty Corp*. No. 2013-68-Appeal. Decided: June 13, 2014. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/ri-supreme-court/1669954.html>>. Acesso em: 03 set. 2018.

permanecer com a estrutura no local, mas esse não era compatível com usos privados.

Numa situação verificada na Louisiana¹¹⁹⁶, uma incorporadora foi flagrada ao destruir áreas úmidas antes das licenças expedidas. O empreendimento foi barrado pela Corte Distrital do Mississippi e acabou tendo um desfecho negociado: a empresa concordou em doar uma porção de suas terras para uma organização conservacionista (*The Land Trust for the Mississippi Coastal Plain*) ou, alternativamente, para a *The Nature Conservancy of Mississippi*; pagar pela restauração de áreas úmidas através de doações e pagar 95 mil dólares em penalidades civis ao Governo dos Estados Unidos. Esse acordo foi obtido pela Clínica de Direito Ambiental da Universidade de Tulane¹¹⁹⁷.

O quinto precedente que chamou a atenção relaciona-se à conservação de vida silvestre. Trata-se da disputa entre SEATTLE AUDUBON SOCIETY v. EVANS¹¹⁹⁸, em que a demandante, uma organização não governamental, pediu uma liminar proibindo a venda de direitos de exploração madeireira em áreas adicionais de habitat de corujas até que o Serviço Florestal estivesse em conformidade com a NFMA¹¹⁹⁹ (*National Forest Management Act*) e suas regulamentações adotando padrões e diretrizes para assegurar que uma população viável da espécie fosse mantida nas florestas.

O Serviço Florestal propunha uma solução diferente, que permitiria, nesse ínterim, vendas adicionais no hábitat da coruja se fossem consistentes com as recomendações do Relatório do Comitê Científico Interinstitucional para Abordar a Conservação da Coruja Estilhaçada do Norte (Relatório do ISC).

¹¹⁹⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte Distrital do Mississippi. Gulf Restoration Network v. Hancock Co. Development. Feb 22, 2011. 772 F. Supp. 2d 761. Disponível em: <<https://casetext.com/case/gulf-restoration-network-v-hancock-co-development>>. Acesso em: 03 set. 2018.

¹¹⁹⁷ Disponível em: <<http://www.tulane.edu/~telc/assets/pdfs/accomp.pdf>>. Acesso em 02 set. 2018.

¹¹⁹⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte Distrital Ocidental de Washington. Seattle Audubon Soc. v. Evans, 771 F. Supp. 1081 (W.D. Wash. 1991). Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/771/1081/1657110/>>. Acesso em: 03 set. 2018.

¹¹⁹⁹ Disponível em: <<https://www.fs.fed.us/emc/nfma/includes/NFMA1976.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2018.

A Corte entendeu que as leis ambientais sobre o tema são adequadas, mas as agências, dentre elas o Serviço Florestal, simplesmente se recusam a cumpri-las. Isto invoca um interesse público da mais alta ordem: o interesse em ter funcionários do governo agindo de acordo com a lei. Além disso, reconheceu igualmente o interesse do público na preservação de árvores antigas.

O Serviço Florestal não poderia admitir a perda de um adicional de 66.000 acres (equivalente a 26.709,252 hectares) de habitat de coruja pintada, sem um plano de conservação em vigor, e sem que nenhuma agência tivesse se comprometido com a estratégia do ISC. Isso levaria a um dano irreparável, e arriscaria a empurrar a espécie para uma faixa além de um limite do qual poderia não se recuperar.

O juiz Relator considerou que qualquer redução nas vendas federais de madeira terá efeitos adversos em algumas empresas da indústria madeireira e em seus funcionários, e a suspensão das vendas de habitats de coruja nas florestas nacionais não seria uma exceção. Mas enquanto a perda de espécies e de árvores antigas são permanentes, os efeitos econômicos de uma injunção são temporários e podem ser minimizados de muitas maneiras.

A Corte, guiada pelo voto do Juiz Dwyer, considerou inadequado o afastamento temporário ou permanente de preceitos das leis ambientais para favorecimento da indústria madeireira. Rejeitou o argumento de que a economia mais poderosa do mundo não poderia se dar ao luxo de preservar florestas antigas por um curto período de tempo, embora chegasse a uma decisão tardia sobre como administrá-las.

Pelos motivos expostos, com base no interesse público e no equilíbrio das equidades, o juiz concedeu uma medida cautelar orientando o Serviço Florestal a cumprir os requisitos da NFMA, impedindo-o de vender direitos adicionais de exploração madeireira em habitat de coruja até o cumprimento integral da lei.

A análise conglobante desses dez julgados, cinco brasileiros e cinco norte-americanos, ao tempo em que aproxima os dois sistemas jurídicos em relação a questões relacionadas ao licenciamento das atividades para as quais são exigidos estudos de impacto ambiental, demonstra o quanto a legislação norte-americana é provida de outros regulamentos específicos e temáticos (ex. leis de florestas, de espécies ameaçadas, de solos) e que também exigem estudos de impacto.

O fato consumado tem sido invocado lá e cá para ensejar a concessão de medidas judiciais que o evitem ou que obstaculizem a futura alegação de uma situação consolidada em detrimento da legislação.

Fica claro desses julgados que o fato consumado é a antítese da cautela, da prevenção e da precaução. É uma política de racionalidade simplista, baseada na situação de fato, no caso a caso, na irreflexão. Essa teoria/política “reacomoda os meios em função do fim”¹²⁰⁰.

Quando não deriva de imprudência, o fato consumado constitui-se em premeditação de burlar o dever de preservação da qualidade ambiental para as presentes e futuras gerações. Dessa maneira, qualifica-se como intrinsecamente antijurídico¹²⁰¹.

Esse tipo de entendimento que evita o fato consumado é o que se julga adequado aos princípios da prevenção e da precaução em matéria ambiental. Sem embargo, há que se registrar que as ideias aqui defendidas para densificação do dever de preservação do bem ambiental, notadamente a abordagem ecossistêmica, a integridade ecológica a resiliência como propriedade dos ecossistemas, ainda não se refletem nesses julgados com a clareza e persuasão racional desejável à construção de um direito ecologizado.

5.5 RESUMO DO CAPÍTULO

A ordem jurídica ambiental e a racionalidade ecológica encontram no fato consumado ou nas situações consolidadas uma negação. O *fait accompli*, como é conhecido nos Estados Unidos da América, assume algumas outras formas que, no Brasil, estão agregadas ao contexto do fato consumado.

Ao longo dos anos, o fato consumado remodelou-se na jurisprudência brasileira. No interior do seu núcleo são presenças obrigatórias a situação de fato lesiva ao bem ambiental, o decurso do tempo e a tensão valorativa que se dará no âmbito da Administração, do Judiciário e mesmo em nível de Legislação.

¹²⁰⁰ FERREIRA, Ricardo Viana. Um antiprincipio em el derecho ambiental: la política de hechos consumados. **Revista de Derecho Ambiental**, n. 13, p. 293-301, 2005, p. 300.

¹²⁰¹ FERREIRA, Ricardo Viana. Um antiprincipio em el derecho ambiental: la política de hechos consumados. **Revista de Derecho Ambiental**, n. 13, p. 293-301, 2005, p. 301.

Quando invocado como argumento principal ou acessório, o tomador de decisão, especialmente o juiz, deve levar em conta, além da Constituição, das regras vigentes, outros princípios como o da função social da propriedade, da prevenção, da precaução e do poluidor-pagador.

O princípio *in dubio pro natura* rege a hermenêutica jurídico-ambiental e deve sim atuar na tomada de decisões envolvendo situações consolidadas.

Trata-se de um princípio integrativo dos demais e serve para interditar atividades degradadoras do meio ambiente e como reforço argumentativo em relação ao princípio da vedação de retrocesso.

Não que se esteja aqui a defender a primazia absoluta do bem ambiental, mas, no cotejo entre os valores, o *in dubio pro natura* servirá como critério de desempate no procedimento trifásico da proporcionalidade.

A avaliação das consequências de uma decisão necessariamente tem de ir muito além do viés meramente econômico. Pautado no texto Constitucional, o intérprete deve materializá-la na construção de seu escopo maior que é o da dignidade da pessoa humana para cuja consecução o bem ambiental é estruturante. Situada no mais alto patamar do sistema jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana, no seu sentido mais avançado, desdobra-se, como já falado no capítulo 1, nas dimensões pessoal, social e ecológica. A abordagem multidimensional e não reducionista da dignidade da pessoa humana contempla a vida como um todo, e não só a vida humana¹²⁰².

Os juízos de proporcionalidade em modo sumário como vêm sendo feitos na maioria das decisões ambientais não se coadunam com o paradigma do Estado de Direito Constitucional. Menos ainda são condizentes com um projeto de Estado de Direito Ecológico.

¹²⁰² SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 2, n. 3, p. 69-94, jul./dez. 2007, p. 73. Posição semelhante é defendida por BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 118-119, e KOTZÉ, Louis. Sustainable development and the rule of law for nature: a constitutional reading. In: VOIGT, C. (Ed.). **Rule of Law for Nature**: new dimensions and Ideas in Environmental Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 130-145, p. 136.

O magistrado deve estar informado e suficientemente formado a respeito do estatuto do bem ambiental, recebendo capacitação em noções mínimas sobre ecologia, dinâmica dos ecossistemas e resiliência.

A proporcionalidade, como princípio que teve origem nas decisões do Tribunal Constitucional alemão e que envolve uma série de etapas e critérios, pode continuar a ser aplicada nas decisões administrativas, controladoras e judiciais em matéria ambiental. A proporcionalidade, inclusive ecológica, dimana do art. 225, caput, da Constituição Federal de 1988, quando se reporta ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O conceito de equilíbrio contém a ideia de ponderação, pois não se está assegurando aqui o direito a um ambiente intocado, mas sim o direito a um ambiente que conserve sua capacidade de resiliência e mantenha seus processos ecológicos essenciais.

A noção de ponderação de interesses encontra-se presente também no princípio do desenvolvimento sustentável (art. 170, VI, CF) e no princípio da função social da propriedade (arts. 182 e 186, II, CF).

Da forma como vem sendo usada nas causas ambientais, a proporcionalidade se apresenta como algo tão óbvio que o direito sacrificado (espaços territoriais protegidos, processos ecológicos essenciais, qualidade de vida, saúde humana, valores da biosfera, valores estéticos, dentre outros) parece ser de hierarquia infinitamente inferior ao protegido (direito de propriedade, direito à moradia e/ou livre iniciativa).

Na órbita das causas ambientais multifacetárias e que envolvem grandes projetos de infraestrutura, dissemina-se a prática de investir, logo no início do projeto, aporte significativo de recursos financeiros, justamente para obstaculizar ações judiciais que podem ser manejadas tão somente quando a sociedade civil e o Ministério Público de fato sejam integralmente informados sobre as consequências possíveis do projeto. A partir dessa heurística, proporcionada pelo método dedutivo, concluiu-se que o Brasil também tem sido colonizado pela teoria *Sunk Costs* ou, em outras palavras, por uma variação do fato consumado que se aproveita da complexidade das autorizações e licenças ambientais.

O fracionamento dos empreendimentos, do ponto de vista do planejamento ambiental e da abordagem ecossistêmica sobre a qual se discorreu anteriormente, representa um déficit e um risco para o futuro. Se todas as etapas de instalação do projeto têm uma origem comum e guardam conexões vitais, devem ser havidas como um único

empreendimento para efeitos de avaliação do impacto ambiental, sobretudo com vistas a precator os possíveis impactos cumulativos e sinérgicos.

O escopo do EIA é pautado pela totalidade do empreendimento. O EIA só irá atender aos princípios do rigorismo, eficiência, foco, credibilidade, transparência e sistematicidade apregoados pela IAIA¹²⁰³ se estiver congruente com esse escopo.

A análise segmentada do projeto assim como a expedição das licenças como fatias afrontam o princípio constitucional da eficiência previsto para a Administração Pública (art. 37, CF).

Tanto o NEPA quanto a Lei da Política Nacional de Meio Ambiente confrontam com o olhar reducionista representado pela segmentação nos licenciamentos.

A vagueza da noção de equidade reeditada pela Lei n° 13.655/18 há de ser contornada pela estrutura normativa da proteção ambiental que passa por sua espinha dorsal (art. 225 da CF) e se desdobra em outras múltiplas leis que fazem o seu detalhamento, numa engenharia de grande complexidade.

Não pode haver espaço para consagração do fato consumado em detrimento ao bem ambiental e à qualidade de vida sob o pálio da equidade. Tratando-se de um recurso hermenêutico que serve para nortear a aplicação da lei de “modo compatível com o progresso e a solidariedade humana”, o cumprimento rigoroso da legislação ambiental que de fato protege o meio ambiente é o que melhor atende à essa noção ancestral.

No quesito equidade, o real avanço do Direito Ambiental é com a equidade intergeracional. O recurso hermenêutico da equidade não pode se prestar a perpetuar uma lesão ambiental ilícita para cuja consumação pesados investimentos foram feitos.

A Súmula 613 do Superior Tribunal de Justiça é um chamamento ao aplicador da lei para reafirmar a necessária atuação *ex ante* em relação aos danos ambientais. A racionalidade ecológica, capaz de aglutinar a ambiental e a abordagem ecossistêmica¹²⁰⁴, é preventiva,

¹²⁰³ INTERNATIONAL ASSOCIATION FOR IMPACT ASSESSMENT.

¹²⁰⁴ BOSSELMANN, Klaus. Grounding the rule of law. In: VOIGT, Christina (Ed.). **Rule of law for nature**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 75-93, p. 87.

ou seja, tendente a evitar que qualquer situação fática em contrário à preservação do bem ambiental venha a se consolidar.

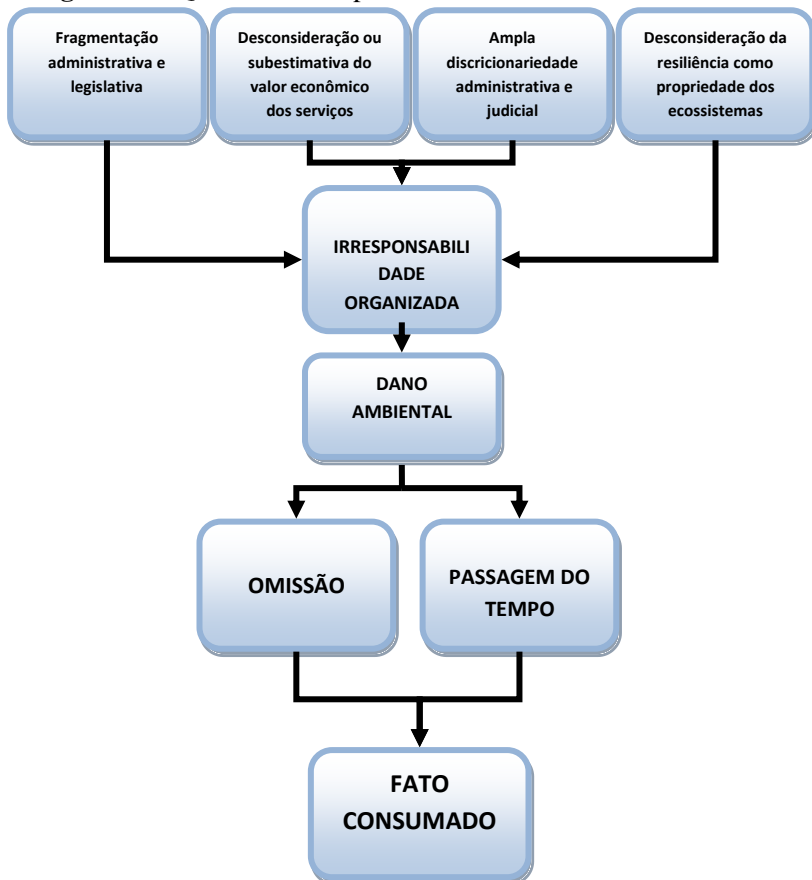
Por ostentar a potencialidade de integrar um suporte fático juridicizável, o fato consumado deve ser levado em conta, inclusive quando se avalia a concessão ou não de uma tutela antecipada ou de uma liminar.

O fortalecimento das tutelas inibitória e de remoção de ilícito *initio litis* é o procedimento que se ajusta à prevenção e à precaução. Como o meio ambiente tem repulsa ao dano não é compatível com o fato consumado em razão do estatuto do meio ambiente como bem fundamental.

Os empreendedores impacientes e/ou apressados que agem para forjar futura alegação de irreversibilidade não podem ser protegidos sob o escudo do fato consumado.

Não obstante os tribunais brasileiros já estejam concedendo liminares para evitar futura alegação de fato consumado, ainda não aparecem com clareza as ideias aqui defendidas de integridade ecológica, abordagem ecossistêmica e da resiliência dos ecossistemas, as quais devem ser introjetadas na racionalidade das decisões judiciais envolvendo o bem ambiental.

Antes de se adentrar nas conclusões articuladas desta pesquisa, apresenta-se um quadro-resumo.

Figura 14 - Quadro da Compreensão visual das conclusões da tese

Fonte: quadro elaborado pela autora

CONCLUSÃO

Ao explorar os aspectos econômicos, sociais, ecológicos e jurídicos, sobretudo no viés operacional do Direito e que se reflete na jurisprudência pátria, pode-se responder positivamente, em certa medida, às hipóteses inicialmente levantadas pela pesquisa.

As diversas decisões judiciais que, historicamente, chancelaram ilícitos ambientais, sob o argumento do fato consumado, desenvolvem uma argumentação baseada numa racionalidade pragmática, desenvolvimentista, política, sem fundamentação na inteireza do ordenamento jurídico ambiental vigente, notadamente sem correspondência com o estatuto do meio ambiente como bem fundamental.

A utilização desse argumento, sem levar em conta a preservação dos processos ecológicos essenciais, os quais se caracterizam por serem os processos vitais que tornam possíveis as inter-relações entre os seres vivos e o meio ambiente, desconsiderando uma abordagem ecossistêmica, a integridade ecológica e o princípio da resiliência, configura exemplo de irresponsabilidade organizada, uma das características essenciais da sociedade de risco descrita por Ulrich Beck

Marcas do Estado brasileiro na aplicação da legislação ambiental, a irresponsabilidade organizada, a fragmentariedade, desconsideração da resiliência e o excesso de discricionariedade administrativa e judicial fragilizam o seu *enforcement*.

A pesquisa redundou em uma reconceituação do fato consumado em relação ao argumento utilizado na jurisprudência relacionada ao Direito Universitário e Administrativo. Esse conceito era restrito: “argumento judicial utilizado para validar, em sentenças, as atividades ilegais protegidas por liminares, tão-somente porque o beneficiário delas já praticou o ato que lhe interessava quando chegado o momento de decidir a causa”¹²⁰⁵.

Daquele fenômeno que inicialmente marcou presença na jurisprudência brasileira somente o fluxo do tempo e a ilicitude são características persistentes ainda hoje.

¹²⁰⁵ FERREIRA, Odím Brandão. **Fato consumado**: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 41.

Portanto, para a vertente ambiental do fato consumado, propõe-se a seguinte redefinição: argumento tendente a perpetuar situações ilícitas que se consolidaram diante da morosidade ou inércia da Administração ou do Judiciário, esse último nem sempre logrando cumprir a razoável duração do processo ou ainda diante de inovação Legislativa menos protetiva ao meio ambiente. A consolidação da situação fática diante da concessão de uma liminar, na seara ambiental, torna-se prescindível ao conceito e mesmo bastante rara. Na verdade, o fato consumado lesivo ao bem ambiental se agiganta por conta da não concessão de uma liminar.

Ao longo da pesquisa, apurou-se que o fato consumado em matéria ambiental começou a crescer no início dos anos 2000 até que, a partir de diversos precedentes que foram se afirmando nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, sobretudo de 2015 em diante, e que culminaram com a edição da Tese nº 3 de Direito Ambiental (“Não há direito adquirido a poluir ou degradar o meio ambiente, não existindo permissão ao proprietário ou posseiro para a continuidade de práticas vedadas pelo legislador”) e com a Súmula 613 do STJ publicada em 2018, o recurso retórico ao fato consumado vem tendendo a escassear, o que não significa que, de modo camuflado, ele não continue aparecendo associado a discursos distintos.

São cada dia mais raras as decisões nos tribunais federais (e mesmo nos estaduais) que reconhecem a persistência de uma situação lesiva ao bem ambiental com arrimo explícito no fato consumado.

Para ganhar sobrevida, o fato consumado passou por uma gradativa sofisticação argumentativa, e teve de associar-se à proporcionalidade, ao direito adquirido, à economia (especialmente à teoria dos custos irrecuperáveis - *sunk costs*) e à equidade. Para que não ganhe robustez novamente, o fato consumado há de ser identificado no coração desses discursos e devidamente debelado em tempo hábil a não convolar o ilícito em lícito.

Mesmo com a edição da Súmula 613 do STJ, a presente tese acalenta a pretensão de ampliar os argumentos para reforçar a rejeição do fato consumado em matéria ambiental por se considerar que ele atenta contra a essência do bem ambiental e contra todo o arcabouço historicamente construído em nível constitucional e infraconstitucional, além da hermenêutica ambiental.

Considerando a extensão desta pesquisa, optou-se por extrair conclusões setorializadas, cujo desenvolvimento será feito na sequência.

1. Quanto às relações entre economia, meio ambiente e repercussão quanto ao fato consumado em matéria ambiental:

1.1. As novas tendências da economia ecológica contemplam a questão ambiental com prioridade, sobretudo numa economia sem fronteiras, mas com limites planetários definidos. A proposta que ora se aporta prega a aderência dessa nova visão ao universo jurídico, influenciando o conjunto de argumentos judiciais nas decisões ambientais, especialmente (mas não só) as relacionadas ao fato consumado.

1.2. A avaliação econômica dos serviços ecossistêmicos, aliada à abordagem ecossistêmica e à integridade ecológica, apresenta-se como um denominador comum e um critério uniformizador de linguagem e de tomada de decisão. Admite-se que essa estratégia, em alguma medida, possa representar uma rendição do Direito Ambiental à lógica econômica. Sem embargo, ao menos num momento de transição de um Estado de Direito Constitucional para um Estado de Direito Ecológico (enquanto utopia concreta a ser perseguida), essa ferramenta viabiliza a colocação de um holofote na importância dos serviços prestados pela natureza, para a vida humana e demais formas de vida, além de nos inserir como espécie animal na complexa teia da vida. Atribuir valores justos e realistas aos serviços ecossistêmicos é uma forma indireta de dar voz à natureza e às futuras gerações nos processos decisórios administrativos e judiciais, repercutindo inclusive na formação dos preços do próprio mercado.

1.3. Na órbita das causas ambientais multifacetárias e que envolvem grandes projetos de infraestrutura, dissemina-se a prática de investir, logo no início do projeto, aporte significativo de recursos financeiros, justamente para obstaculizar ações judiciais que podem ser manejadas tão somente quando a sociedade civil e o Ministério Público de fato sejam integralmente informados sobre as consequências possíveis do projeto. A partir dessa heurística, proporcionada pelo método indutivo, concluiu-se que o Brasil também tem sido colonizado pela teoria *sunk costs* ou, em outras palavras, por uma variação do fato consumado que se aproveita da complexidade das autorizações e licenças ambientais para garantir pesados investimentos logo no nascedouro do projeto.

2. Quanto ao barramento do fato consumado em matéria ambiental com base no estatuto (essência) do bem ambiental como bem fundamental:

2.1. Os bens fundamentais da categoria dos bens comuns, como é o caso do bem ambiental, têm dentre suas garantias mais importantes a indisponibilidade derivada do fato de que esses bens são patrimônio comum da humanidade, ou seja, objeto de uma situação coletiva de copropriedade universal a título originário, composta pelos direitos de uso e gozo pertencentes a todos os seres humanos enquanto componentes da espécie humana.

2.2. O tratamento especial ao bem ambiental encontra justificativa também na sua característica da infungibilidade como produtor de funções e prestador de serviços ecossistêmicos e garantidor dos processos ecológicos essenciais para as presentes e futuras gerações.

2.3. As relações humanas com o meio ambiente como bem jurídico fundamental envolvem, inexoravelmente, relações jurídicas intergeracionais, o que equivale a dizer que o interregno temporal que foi suficiente para conformar um hipotético direito adquirido precisa ser reavaliado em termos de espaço-tempo que transcenda o arco temporal da presente geração e abarque, como sujeito de direitos, as gerações futuras.

2.4. No núcleo da proteção do bem ambiental, refletindo o aspecto dinâmico da integridade dos ecossistemas, estão os processos ecológicos essenciais. Repositórios preferenciais desses processos, os espaços territoriais especialmente protegidos gozam de primazia na tutela jurisdicional ambiental, ocupando posição jusfundamental privilegiada na Constituição de 1988.

3. Aprimoramento da legislação ambiental e melhoria na sua efetividade (*enforcement*):

3.1. As relações humanas com o bem ambiental envolvem, inexoravelmente, relações jurídicas intergeracionais em que o interregno temporal que foi suficiente para constituir um suposto direito adquirido precisa ser reavaliado em termos de espaço-tempo que transcenda o arco temporal das presentes gerações. Isso pode ser suficiente para indicar a necessidade de inserir no marco legislativo nacional e internacional instrumentos para dar voz e vez às gerações futuras nesses processos intergeracionais.

3.2. A análise segmentada dos projetos assim como a expedição das licenças em fatias para empreendimentos e/ou atividades potencialmente causadoras de significativo impacto ambiental afrontam o princípio constitucional da eficiência previsto para a Administração Pública (art. 37, CF) e criam condições favoráveis ao reconhecimento

do fato consumado. Conquanto a Lei da Política Nacional de Meio Ambiente confronte com o olhar reducionista representado pela segmentação nos licenciamentos, melhor seria que a legislação ambiental pátria fosse explícita no sentido de vedar a fragmentação da avaliação de impactos ambientais.

3.3. Tal e qual se verifica no ESA e no NEPA, a legislação brasileira deveria prever expressamente dispositivos para evitar os chamados custos irrecuperáveis (*sunk costs*) logo no início da tramitação de projetos envolvendo empreendimentos de significativo impacto ambiental.

3.4. A legislação ambiental deve introjetar a abordagem ecossistêmica e a preocupação com a integridade ecológica, requerendo um novo design para superação dos atuais limites epistemológicos, com ênfase na resiliência e na capacidade adaptativa.

3.5. A vagueza da noção de equidade reeditada pela Lei nº 13.655/18 há de ser contornada pela estrutura normativa da proteção ambiental que passa por sua espinha dorsal (art. 225 da CF) e se desdobra em outras múltiplas leis que fazem o seu detalhamento, numa engenharia de grande complexidade.

4. Quanto à interpretação da legislação ambiental e aprimoramento da atividade jurisdicional relacionadas ao fato consumado:

4.1. A reflexão sobre as decisões judiciais que teimam em acatar o fato consumado contra o bem ambiental demonstra que elas se opõem aos princípios da prevenção, da precaução, da reparação integral, do poluidor-pagador e da equidade intergeracional.

4.2. Essas decisões acomodam as coisas, dão “um jeitinho”, ao invés de aplicar a Constituição e as leis ambientais.

4.3. Sendo o direito adquirido uma garantia, não cabe reconhecer que o exercício de um ato lesivo à ordem jurídica como um todo prejudique o interesse social e difuso à higidez ambiental.

4.4. Não há falar em segurança jurídica fora ou além da Constituição. A própria noção de segurança na sociedade de risco, no Antropoceno, tem de ser revisitada e atualizada para proteção dos riscos e perigos tecnológicos e derivados das agudas intervenções humanas no ambiente natural e cultural.

4.5. A ordem pública é um todo para o qual o meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado traduz elemento estrutural atrelado

ao mais elementar dos direitos – a vida; portanto, diante dos interesses da ordem pública, o direito adquirido arrefece.

4.6. A vedação de retrocesso ambiental é princípio constitucional implícito que dimana dos quatro pilares constitucionais antes explanados (previstos nos arts. 3º, inc. II, 4º, inc. IX, 5º, § 2º, e 60, § 4º, todos da Constituição), não admitindo invocação de suposto direito adquirido a poluir no caso de superveniência de lei mais protetiva.

4.7. A avaliação das consequências de uma decisão necessariamente tem de ir muito além do viés meramente economicista. Pautado no texto Constitucional, o intérprete deve materializá-la na construção de seu escopo maior que é o da dignidade da pessoa humana, no seu enfoque multidimensional (pessoal, social e ecológico) para cuja consecução o bem ambiental é estruturante.

4.8 No tocante às decisões judiciais sobre danos ambientais já ocorridos, é dever do julgador orientar a perícia para que seja ela desempenhada de modo transdisciplinar e sistêmico, considerando não só o ecossistema envolvido como também os demais com o qual se relaciona ou sobre os quais repercute.

4.9 Os juízos de proporcionalidade em modo sumário como vêm sendo feitos na maioria das decisões ambientais não se coadunam com o paradigma do Estado Democrático de Direito Constitucional. Menos ainda são congruentes com um projeto de Estado de Direito Ecológico.

4.10 O magistrado deve estar informado e suficientemente formado a respeito do estatuto do bem ambiental, recebendo capacitação em noções mínimas sobre ecologia, dinâmica dos ecossistemas e resiliência.

4.11 De acordo com o art. 489 do NCPC, o qual densifica o já previsto no art. 93, inc. IX, da CF, vindo ao encontro da obrigatoriedade de fundamentação e reforçando a necessidade de os juízes justificarem responsabilmente suas decisões, passou-se a exigir do julgador uma fundamentação consistente e responsável em que não mais se admite o recurso a um topos, a um conceito jurídico indeterminado, sem maiores explicações e cotejo analítico inclusive com a prova dos autos.

4.12. Isso não significa abdicar dos juízos de ponderação. A proporcionalidade, inclusive ecológica, dimana do art. 225, caput, da Constituição Federal de 1988, quando se reporta ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O conceito de equilíbrio

contém a ideia de ponderação, pois não se está assegurando aqui o direito a um ambiente intocado, mas sim o direito a um ambiente que conserve sua capacidade de resiliência e mantenha sua integridade ecossistêmica e seus processos ecológicos essenciais.

4.13. A Súmula 613 do Superior Tribunal de Justiça é um chamamento ao aplicador da lei para reafirmar a necessária atuação *ex ante* em relação aos danos ambientais. Os empreendedores impacientes e/ou apressados que agem para forjar futura alegação de irreversibilidade não podem ser protegidos sob o escudo do fato consumado.

4.14. A imprescritibilidade dos danos ambientais difusos está intimamente imbricada com a rejeição do fato consumado em matéria ambiental, servindo como mais uma evidência para a sua rejeição.

4.15. Não obstante os tribunais brasileiros já estejam concedendo liminares para evitar futura alegação de fato consumado, ainda não aparecem com clareza as ideias aqui defendidas de abordagem ecossistêmica, integridade ecológica, valoração econômica de serviços ambientais e da resiliência dos ecossistemas, as quais devem ser introjetadas na racionalidade das decisões judiciais envolvendo o bem ambiental.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Ricardo. **Muito além da economia verde**. São Paulo: Abril, 2012.

ACORDO de Escazú. 2018. Disponível em: <<http://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2018/03/Acuerdo-P10-2018vf.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2018.

ACOSTA, Alberto; BRAND, Ulrich. **Salidas del labirinto capitalista: decrecimiento y postextractivismo**. Barcelona: Icaria, 2017.

ACSELRAD, Henri. Liberalização da economia e flexibilização das leis: o meio ambiente entre o mercado e a justiça. **Revista de Educação, Ciências e Matemática**, v. 3, n. 3, p. 62-68, set./dez., 2013.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002.

AGREEMENT to promote compliance with international conservation and management measures by fishing vessels (embarcações) on the high seas. Disponível em: <http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/legal/docs/012t-e.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997a.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997b.

ALIER, Joan Martínez. **Da economia ecológica ao ecologismo popular**. Blumenau: Furb, 1998.

ALONSO JÚNIOR, Hamilton. **Direito fundamental ao ambiente e ações coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

AMERICANOS William D. Nordhaus e Paul M. Romer ganham o Prêmio Nobel de Economia. **Jornal Estadão**, 08 out. 2018. Disponível

em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/estadoo-conteudo/2018/10/08/americanos-william-d-nordhaus-e-paul-m-romer-ganham-o-premio-nobel-de-economia.htm>>. Acesso em: 15 out. 2018.

ANDRADE, Daniel Caixeta. **Valoração econômico ecológica**: bases conceituais. São Paulo: Annablume, 2013.

ANDRADE, Daniel Caixeta; ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Degradação ambiental e teoria econômica: algumas reflexões sobre uma “economia dos ecossistemas”. **Economia**, Brasília, v. 12, p. 3-26, jan./abr. 2011.

ANDREEN, William L. In pursuit of Nepa’s promise: the role of executive oversight in the implementation of environmental policy. **Indiana Law Journal**, v. 64, p. 206. p. 205-261, Spring, 1988/1989.

ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental**: para uma tutela preventiva do ambiente. Coimbra: Almedina, 1998.

ARAGÃO, Alexandra. A natureza não tem preço...mas devia. O dever de valorar e pagar os serviços dos ecossistemas. In: ESTUDOS em homenagem a Jorge Miranda. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/17696/1/A%20natureza>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. Direito do ambiente, direito planetário. **Themis**, Lisboa, v. 15, n. 26/27, 2014.

ARAGÃO, Maria Alexandra Souza. Pagamento de serviços ecossistêmicos e a utilização sustentável de pesticidas na união europeia. In: ARAGÃO, Alexandra; LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Jovino dos Santos; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti (Ed.). **Agrotóxicos: a nossa saúde e o meio ambiente em questão – aspectos técnicos, jurídicos e éticos**. Florianópolis: FUNJAB, 2012. p. 215-238.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. Princípio da precaução: manual de instruções. **Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente**, Coimbra, n. 2, 2008.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. **O princípio do poluidor-pagador**: pedra angular da política comunitária do ambiente. Coimbra: Coimbra, 1997.

ARCHIBUGI, Franco. Comprehensive social assessment: an essential instrument for environmental policy-making. In: ARCHIBUGI, Franco; Nijkamp, Peter (Org.). **Economy and ecology**: towards sustainable development. Amsterdam: Kluwer, 1989. p. 169-185.

ARENDDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 1997.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 29, n. 1/2, p. 70-79, jan./fev. 2017.

ARNOLD, Craig Anthony; GUNDERSON, Lance H. Adaptive law and resilience. **43 Environmental Law Reporter News and Analysis**, 10426, 2013. Disponível em: <file:///N:/resiliencia/AdaptiveLawandResilienceELRFinal.pdf> Acesso em 10 jul.2017.

ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**: das raízes aos fundamentos contemporâneos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 10520/2002**: citação em documentos, apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 14653-6 de 06/2008**: recursos naturais e ambientais. Disponível em: <portalclubedeengenharia.org.br/arquivo/1497047984.pdf>. Acesso em: 2018.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

AYALA, Patryck de Araújo. **Direito e incerteza:** a proteção jurídica das futuras gerações no Estado de Direito Ambiental. 2002. 495 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/83388>>. Acesso: 2018.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Método e hermenêutica material no direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BARAK, Aharon. **Proportionality:** constitutional rights and their limitations. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BARNOSKY, Anthony et al. Has the earth's sixth mass extinction already arrived ? **Nature**, n. 471, p. 51-57, 2011.

BARRAGEM de Tellico. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Barragem_de_Tellico>. Acesso em: 06 ago. 2018.

BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. **Teoria e prática da pesquisa em jurisprudência:** da procura e uso da informação para sustentar teses e estudos jurídicos. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito intertemporal.** Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BAUMOL, Wiliam J.; BLACKMAN, Sue; WOLF, Edward. Depletion of natural resources: must economic growth mortgage the future? In: PRODUCTIVITY and american leadership. Cambridge: The MIT Press, 1989. Cap. 10.

BAXTER, Brian. **A theory of ecological justice.** London: Routledge, 2005.

BECK, Ulrich. **Ecological politics in an age of risk**. Cambridge: Polity, 1995.

BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo**: como as alterações climáticas estão a transformar a sociedade. Lisboa: Edições 70, 2017.

BECK, Ulrich. **Políticas ecológicas en la edad del riesgo**: antídotos. La irresponsabilidad organizada. Barcelona: El Roure, 1998a.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998b.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Barcelona: Siglo Veintiuno de España, 1999.

BELCHIOR, Germana Parente. **Fundamentos epistemológicos do direito ambiental**. Tese (Doutorado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/156745>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

BENINI, Rubens de Miranda et al. Custos de restauração da vegetação nativa no Brasil. In:

BENINI, Rubens de Miranda; ADEODATO, Sérgio (Org.). **Economia da restauração florestal**. São Paulo: The Nature Conservancy, 2017. p. 20-36.

BENJAMIN, Antonio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 57-136.

BENJAMIN, Antonio Herman. **O estado teatral e a implementação do direito ambiental**. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/>>. Acesso em: 14.abr. 2018.

BENJAMIN, Antonio Herman. A implementação do direito ambiental no Brasil. **LexisNexis**, Revista de Derecho Ambiental, n. 0, p. 110-117, nov. 2004.

BENJAMIN, Antonio Herman. A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. **Nomos**: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, v. 31, n. 1, p. 79-96, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman. Objetivos do direito ambiental. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 5. 2001, São Paulo. **Anais...** São Paulo: IMESP, 2001. p. 57-78.

BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: O PRINCÍPIO da proibição de retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2012. p. 55-72.

BENJAMIN, Antonio Herman. **Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa**. 1990. Disponível em:
<file:///N:/Os_Principios_do_Estudo_de_Impacto%20artigo%20benjam in.pdf> Acesso em 10 mai.2018.

BENJAMIN, Antonio Herman. **Teoria geral do direito ambiental brasileiro**: uma contribuição biocêntrica. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

BENSON, Melinda Harm. Intelligent tinkering: the endangered species act and resilience. **Ecology and Society**, v. 17, p. 4-28, 2012.

BERGEL, Salvador Darío. Desarrollo sustentable y medio ambiente. **Revista del Derecho Industrial**, Buenos Aires, n. 41, p. 303-343, maio/ago. 1979.

BERKES, Fikret; COLDING, Johan; FOLKE, Carl (Ed.). **Navigating social-ecological systems**: building resilience for complexity and change. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

BENSUSAN, Nurit. A impossibilidade de ganhar a aposta e a destruição da natureza. In: BENSUSAN, Nurit. (Org.) **Seria melhor mandar**

ladrilhar? Biodiversidade: como, para que e por quê. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008. p. 17- 39.

BIBER, Eric. Adaptive management and the future of environmental law. **Akron Law Review**, vol. 46, 2013, p. 933- 962.

BINGHAM, Tom. **The rule of law**. Londres: Penguin, 2007.

BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan; REDGWELL, Catherine. 3. ed. **International law and the environment**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009.

BLAIR, John et al. Ecosystems as functional units in nature. **National Resources and Environment**, v. 14, n. 3, p. 150-155, 2000.

BLANCHARD, Olivier. **Macroeconomia**. 3. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2004.

BLUMM, Michael C. The clean water act's section 404 permit program enters its adolescence: an institutional and programmatic perspective. **Ecology Law Quarterly**, v. 8, n. 3, p. 409-472, 1980.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992a.

BOBBIO, Norberto. A grande dicotomia: público/privado. In: ESTADO, governo, sociedade: para uma teoria geral da política. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992b.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BORDIEU, Pierre. Os juristas, guardiães da hipocrisia coletiva. **Revista Direito, Sociedade e Cultura**. Disponível em: <<http://direitosociedadecultura.blogspot.com/2011/03/os-juristas-guardiaes-da-hipocrisia>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

BOSELNANN, Klaus. Grounding the rule of law. In: VOIGT, Christina (Ed.). **Rule of law for nature**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 75-93.

BOSELNANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BOSELNANN, Klaus; KIM, Rakhyun E. Operationalizing sustainable development: ecological integrity as a grundnorm of international law. **RECIEL**, Review of European, comparative and international environmental law, v. 24, p. 194-218, 2015.

BOULDING, Kenneth Ewart. The economics of the coming spacheship earth. In: JARRET, Henry (Ed.). **Environmental quality in a growing economy**. Baltimore: Jonh Hopkins University Press, 1966. p. 3-14.

BOYD, David R. **The rights of nature: a legal revolution that could save the world**. Vancouver: ECW Press, 2017.

BOYD, David. The implicit constitutional right to live in a healthy environment. **RECIEL**, Review of European Community and International Environmental Law, v. 20, n. 2, p. 171-79, 2011.

BUGGE, Hans Christian. Twelve fundamental challenges in environmental law. An introduction to the concept of rule of law for nature. In: VOIGT, Christina (Ed.). **Rule of law for nature: new dimensions and ideas in environmental law**. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 3-26.

BULLARD, Robert D.; JOHNSON, Glenn S. Environmental justice: grassroots activism and its impacts on public policy decision making. **Journal of Social Issues**, v. 56, n. 3, p. 555-578, 2000.

BUSCHBACHER, Robert. **A teoria da resiliência e os sistemas socioecológicos: como se preparar para um futuro imprevisível?** 15 mar. 2016. Disponível em:

<<https://pt.scribd.com/document/304840889/BUSCHBACHER-Robert->

a-Teoria-Da-Resiliencia-e-Os-Sistemas-Socioecologicos>. Acesso em: 31 mar. 2018.

CAMUS, Albert. **O mito de Sísifo**. Rio de Janeiro: Record, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito público do ambiente**. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 23-33.

CARRINGTON, Damian. The anthropocene epoch: scientists declare dawn of human-influenced age. **The Guardian**, 29 aug. 2016.

Disponível em:

<<https://www.theguardian.com/environment/2016/aug/29/declare-anthropocene-epoch-experts-urge-geological-congress-human-impact-earth>> Acesso em: 04 jan. 2018.

CARTA de Balneário Camboriú. 15 set. 2018. Disponível em:

<<http://aprodab.blogspot.com/2018/10/carta-de-balneario-camboriu.html>>. Acesso em: 10 out. 2018.

CARVALHO, Délton Winter. A função ambiental da propriedade: caráter conceitual para a modulação de conflitos socioambientais.

Revista de Direito da Cidade, v. 10, n. 3, p. 1662-1691, 2018.

CECHIN, Andrei. **A natureza como limite da economia**: a contribuição de Nicholas Georgescu-Roegen. São Paulo: Editora Senac, 2010.

CHESNEAUX, Jean. Tirania do efêmero e cidadania do tempo. In: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya (Org.). **A sociedade em busca de valores**: para fugir à alterantiva entre o cepticismo e o dogmatismo. Lisboa: Piaget, 1996. p. 117-127.

CHRISTOFF, Peter; ECKERSLEY, Robyn. **Globalization and the environment**. Lanham: Rowman and Littlefield, 2013.

COASE, Ronald. The problem of social cost. **The Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1-44, oct. 1960.

CODE of Conduct for Responsible Fisheries. Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/005/v9878e/v9878e00.htm>> Acesso em: 30 out. 2017.

COLE, Luke W.; FOSTER, Sheila. **From the ground up: environmental racism and the rise of the environmental justice movement**. New York: New York University Press, 2001.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso futuro comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1991.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo11.htm>> Acesso em: 30 maio 2004.

COP 4 Decisão IV/1. Disponível em: <<https://www.cbd.int/decision/cop/default.shtml?id=7124>>. Acesso em 08 abr. 2018.

COP 5 Decisão V/6. Disponível em: <<https://www.cbd.int/decision/cop/?id=7148>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

COP 13: decisões. Disponível em: <<https://www.cbd.int/conferences/2016/cop-13/documents>>. Acesso em 04 jul. 2018.

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

COSTANZA, Robert et al. **An introduction to ecological economics**. Boca Raton: St Lucie Press, 1997.

COSTANZA, Robert. Natural capital. **Encyclopedia of Earth**. 2008. Disponível em: <https://editors.eol.org/eoearth/wiki/Natural_capital>. Acesso em: 19 set. 2018.

COSTANZA, Robert et al. The value of the world's ecosystem services and natural capital. **Nature**, v. 387, p. 253-260, 15 may 1997.

COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 55, n. 217, p. 243-255, jan./mar. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p243>. Acesso em: 30 jun. 2018.

CRABBÉ, Philippe; MANNO, Jack. Ecological integrity as an emergent global public good. In: BOSSELMANN, Klaus et al (Ed.). **Reconciling human existence with ecological integrity**. Londres: Earthscan, 2008, p. 73-84.

CRUTZEN, Paul. Geology of mankind. **Nature**, n. 415, p. 23, 2002.

CRUTZEN, Paul; STOERMER, Eugene. The anthropocene. **Global Change Newsletter**, n. 41, p. 17-18, 2000.

CULLINAN, Cormac. **Wild law: a manifesto for earth justice**. Cambridge: UIT Cambridge, 2011.

CURRIE, Duncan E. J. **Ecosystem-based management in multilateral environmental agreements**: progress towards adopting the ecosystem approach in the international management of living marine resources. Disponível em: <assets.panda.org/.../wwf_ecosystem_paper_final_wlogo.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2017.

DAL RI JÚNIOR, Arno. O direito enquanto historicismo jurídico humanista: Friedrich Carl Von Savigny. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos do humanismo jurídico no ocidente**. São Paulo: Manole, 2005. p. 105-127.

DALY, Herman. **Beyond growth**: the economics of sustainable development. Boston: Beacon Press, 1996.

DALY, Herman. **Ecological economics and sustainable development**: selected essays of Herman Daly. Cheltenham: Edward Elgar, 2007.

Disponível em:

<http://library.uniteddiversity.coop/Measuring_Progress_and_Eco_Footprinting/Ecological_Economics_and_Sustainable_Development-Selected_Essays_of_Herman_Daly.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2017.

DALY, Herman. Elements of environmental macroeconomics. In: COSTANZA, Robert (Org.). **Ecological economics**: the science and management of sustainability. New York: Columbia University Press, 2011. p. 32-46. Disponível em:

<<http://ebookcentral.proquest.com/lib/pace/detail>>. Acesso em: 30 out. 2017.

DALY, Herman. On a road to disaster. **NewScientist**, p. 46-47, 18 out. 2008. Disponível em: <http://www.unice.fr/sg/resources/docs/Economy-kill-planet_b.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2017.

DALY, Herman. Sustentabilidade em um mundo lotado. **Scientific American Brasil**, 2005. Disponível em:

<http://www2.uol.com.br/sciam/reportagens/sustentabilidade_em_um_mundo_lotado.html>. Acesso em 05 jan. 2018.

DALY, Herman; FARLEY, Joshua. **Economia ecológica**: princípios e aplicações. Lisboa: Instituto Piaget, 2004.

DAVIES, Paul. Esse fluxo misterioso. **Scientific American Brasil**, Paradoxos do Tempo, v. 1, n. 6, p. 32-39, 2011. Disponível em:

<https://issuu.com/ed_moderna/docs/saaulaaberta6>. Acesso em: 26 jul. 2018.

DAWKINS, Richard. **O gene egoísta**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

DE GROOT, Rudolf et al. Global estimates of the values of ecosystem and their services in monetary units. **Ecosystem Services**, v. 1, n. 1, p. 50-61, jul. 2012.

DE GROOT, Rudolf; WILSON, Matthew; BOUMANS, Roelof. A typology for the classification, description and valuation of ecosystem functions, goods and services. **Ecological Economics**, v. 41, p. 393-408, 2002.

DE LUCIA, Vito. Competing narratives and complex genealogies: the ecosystem approach in international environmental law. **Journal of Environmental Law**, n. 27, 91-117, 2015. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jel/article/27/1/91/456225#6850982>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

DECLARAÇÃO do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em 04 jul. 2018.

DELFINO, Lúcio; STRECK, Lenio. **Novo CPC e decisão por equidade: a canibalização do Direito**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-29/cpc-decisao-equidade-canabalizacao-direito>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

DEMANGE, Lia Helena Monteiro de Lima. The principle of resilience. **Pace Environmental Law Review**, v. 30, p. 695-810, 2013. Disponível em: <<http://paceenvironmentalnotes.blogspot.com.br/2013/05/pace-environmental-law-review-volume-30.html>>. Acesso em: 6 nov. 2016.

DEMANGE, Lia Helena Monteiro de Lima. Resiliência ecológica: o papel do indivíduo, da empresa e do Estado. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 82, p. 17-35, 2016.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DERANI, Cristiane. A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da função social. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 27, p. 58-69, jul./set. 2002.

DE SORDI, Neide Alves Dias. **CEJ**: produção, gestão e disseminação do conhecimento na Justiça Federal. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/2127/2097>>. Acesso em: 20 set. 2018.

DEVELOPER Agrees to Plan to Cut 12 Floors From a Too-Tall Tower. **New York Times**, 23 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/1991/04/23/nyregion/developer-agrees-to-plan-to-cut-12-floors-from-a-too-tall-tower.html>>. Acesso em: 01 set. 2018.

DIAS, André de Vasconcelos. Meio ambiente e fato consumado. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Coord.). **Política nacional do meio ambiente: 25 anos da Lei n. 6.938/1981**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 175-204.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. v. 4.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 2.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Tombamento – Licença de Construção – Direito Adquirido. **Revista de Direito Administrativo**, v. 208, p. 386-394, 1997.

DOWBOR, Ladislau. O debate sobre o PIB: "estamos fazendo a conta errrada". **Carta Maior**, 07 maio 2009. Disponível em: <<https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Economia/O-debate-sobre->

o-PIB-estamos-fazendo-a-conta-errada-/7/15213>. Acesso em: 01 maio 2018.

DURÁN, Ramón Fernández. **El antropoceno: la expansión del capitalismo global choca con la biosfera**. Barcelona: Vírus, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWYER, John P. The pathology of symbolic legislation. **Ecology Law Quarterly**, v. 17, p. 233-316, 1990.

EBBESSON, Jonas. The rule of law in governance of complex socio-ecological changes. **Global Environmental Change**, 2010. Disponível em:
<<http://www.stockholmresilience.org/download/18.3eea013f128a65019c2800010450/1459560566497/Ebbesson+2010.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

ENDANGERED Species Act Of 1973. Disponível em:
<<http://omnilearn.net/esacourse/pdfs/section7.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2018.

FACHIN, Luis Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIA, José Eduardo. **Entrevista**. 10 nov. 2007. Disponível em:
<<http://supremoemdebate.blogspot.com.br/2007/11/direito-e-economia-num-tempo-global.html>>. Acesso em: 06 maio 2018.

FARIAS, Talden. **Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FARIAS, Talden. Princípio do acesso equitativo aos recursos naturais e justiça ambiental. In: BENJAMIN, A. H.; LECEY, E.; CAPPELLI, S. (Coord.). **Mudanças climáticas, biodiversidade e uso sustentável de energia**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008. p. 725-741.

FEENY, David et. al. The tragedy of the commons: twenty-two years later. **Human Ecology**, v 18, n. 1, p. 1-19, 1990.

FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo W. Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (socio) ambiental. In: O PRINCÍPIO da proibição de retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2012. p. 121-206.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 4.ed. Madrid: Trotta, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia juris: teoría del derecho y de la democracia**. Madrid: Trotta, 2011b. v. 1: Teoría del derecho.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoria della democrazia**. Roma: Laterza, 2007. v. 2.

FERRAZ, Bernardo Monteiro. O licenciamento de instalação por etapas. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17617/o-licenciamento-de-instalacao-por-etapas>> Acesso em 23agos.2018.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1990.

FERREIRA, Heline Sivini. **A biossegurança dos organismos transgênicos no direito ambiental brasileiro: uma análise fundamentada na teoria da sociedade de risco**. Tese (Doutorado em

Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal Santa Catarina, Florianópolis, 2008. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/91741>>. Acesso em: 2018.

FERREIRA, Odim Brandão. **Fato consumado**: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal. Porto Alegre: Fabris, 2002.

FERREIRA, Ricardo Viana. Um antiprincipio em el derecho ambiental: la política de hechos consumados. **Revista de Derecho Ambiental**, n. 13, p. 293-301, 2005.

FERRER, Gabriel. La construcción del Derecho Ambiental. **Novos Estudos Jurídicos**. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5128/2688>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Temer consegue retirar os ‘entraves ambientais’ apontados por Lula**. Disponível em: <<https://www.oeco.org.br/colunas/guilherme-jose-purvin-de-figueiredo/temer-consegue-retirar-os-entraves-ambientais-apontados-por-lula/>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

FILOCRE, D’Aquino. Revisita à ordem pública. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 184, p. 131-147, out./dez. 2009.

FISHER, Anthony C. **Resources and environmental economics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1981.

FOLKE, Carl. Resilience: the emergence of a perspective for social ecological systems analyses. **Global Environmental Change**, v. 16, n. 3, p. 253-267, 2006.

FOLKE, Carl et al. Social-ecological resilience and biosphere-based sustainability science. **Ecology and Society**, v. 21, n. 3, 2016.

Disponível em: <<https://www.ecologyandsociety.org/vol21/iss3/art41/>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

FOLKE, Carl; COLDING, Johan; BERKES, Fikret. Synthesis: building resilience and adaptive capacity in social-ecological level systems. In: FOLKE, Carl et al. **Navigating social-ecological systems**. Cambridge: Cambridge Press, 2003. p. 352-387.

FOSTER, John. **The anthropocene crisis**. Disponível em: <<https://monthlyreview.org/2016/09/01/the-anthropocene-crisis/>>. Acesso em: 30 out. 2017.

FOSTER, John. **The sustainability mirage**: illusion and reality in the coming war on climate change. London: Sterling, 2008.

FRAGA, Jesús Jordano. El derecho ambiental del siglo XXI. **Revista de Derecho Ambiental**, Aranzadi, n. 1, p. 95-113, 2002. Disponível em: <https://huespedes.cica.es/gimadus/09/dcho_amb2_XXI.htm>. Acesso em: 02 jul. 2018.

FRANÇA, Rubens Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FREIRE, Natália de Miranda. **Técnica e processo legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FREIRE, Paulo Vieira. Ecodesenvolvimento: reflexões sobre novas formas de resistência no Antropoceno. In: SOUZA, Cristiane Mansur de Moraes et al. (Org.). **Novos talentos**: processos de educação para o ecodesenvolvimento. Blumenau: Nova Letra, 2016. p. 23-64.

FREITAS, Juarez. Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios. **Boletim de Direito Administrativo**, p. 324-337, 1995.

FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 223-244, jun. 2013.

FUNDAMENTOS de restauração ecológica. Disponível em: <http://www.efraim.com.br/SER_Primer3_em_portugues.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2018.

FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1974.

THE FUTURE we want. 2012. Disponível em: <http://www.rio20.gov.br/documentos/documentos-da-conferencia/o-futuro-que-queremos/at_download/the-future-we-want.pdf>. Acesso em: 06 set. 2018.

GABBA, Carlo Francesco. **Teoria della retroattività delle lege**. Torino: Unione, 1891.

GALDERISI, Adriana. **Un modello interpretativo della resilienza urbana**. Disponível em: <<https://scholar.google.com.au/>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

GALLIGAN, Denis. Introductory report: discretionary powers and the principle of legality. In: GALLIGAN, Denis et al. **Administrative discretion and problems of accountability**: Proceedings of the 25th colloquy on European law. Oxford: Council of Europe, 1997. p. 1-25.

GARCIA, Fernando. **Os economistas**: Vilfredo Pareto. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

GARCIA, Júlio César. **A intangibilidade do bem ambiental**. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2016. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/43727>>. Acesso em 2018.

GARCIA, Maria da Glória. **O lugar do direito na proteção do ambiente**. Coimbra: Almedina, 2015.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. **Curso de derecho administrativo**. 11. ed. Madrid: Civitas, 2002. v. 1.

GARÓFALO, Gilson de Lima. Considerações sobre a microeconomia. In: PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio de (Org.). **Manual de economia** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GARRIDO PEÑA, Francisco. El decrecimiento y la soberanía popular como procedimiento. **Revista Res Publica**, Murcia, p. 471-477, 2009. Suplemento 1.

GIANNINI, Massimo Severo. Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, n. 26, p. 15-91, 1976.

GOLDBLATT, David. **Teoria social e ambiente**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GOULDER, Lawrence H.; KENNEDY, Donald. Valuing ecosystem services: philosophical bases and empirical methods. In: DAILY, Gretchen (Org.). **Nature's services: societal dependence on natural ecosystems**. Washington: Island Press, 1997, p. 23-47.

GROSSMAN, Gene; KRUEGER, Alan. Economic growth and the environment. **The Quarterly Journal of Economics**, Boston, v. 110, n. 2, p. 353-377, may 1995.

GUDYNAS, Eduardo. **Derechos de la naturaleza: ética biocéntrica y políticas ambientales**. Lima: Claes, 2014.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao direito processual constitucional**. Síntese: Porto Alegre, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

GUNDERSON, Lance. Adaptive dancing: interaction between social resilience and ecological crises. In: BERKES, Fikret; COLDING, Johan; FOLKE, Carl (Ed.). **Navigating social-ecological systems: building resilience for complexity and change**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 33-52.

GRIMM, Dieter. **Constitutionalism**: past, present and future. Oxford: Oxford University Press, 2016.

HÄBERLE, Peter. **Libertad, igualdad, fraternidad**: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. Madrid: Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAMILTON, Clive; GEMENNE, François; BONNEUIL, Christophe (Ed.). **The anthropocene and the global environmental crisis**: rethinking modernity in a new epoch. New York: Routledge, 2015.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. 13. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

HAURIOU, Maurice. **Aux sources du droit**: le pouvoir, l'ordre et la liberté. Toulouse: Centre de Philosophie Politique et Juridique, 1986.

HAWKING, Stephen. **Uma nova história do tempo**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005.

HOLLING, Crawford S. Resilience and stability at ecological systems. **Annual Review of Ecology and Systematics**, v. 4, p. 1-23, nov. 1973. Disponível em: <<https://www.annualreviews.org/doi/pdf/10.1146/annurev.es.04.110173.000245>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

HOTTELING, Harold. The economics of exhaustible resources. **The Journal of Political Economy**, v. 39, n. 2, p. 137-175, abril 1931.

HOUCK, Oliver. Breaking the golden rule: judicial review of federal water project planning. **Rutgers Law Review**, v. 65, n. 1, p. 1-57, 2012.

HOUCK, Oliver A. Land loss in coastal Louisiana: causes, consequences, and remedies. **Tulane Law Review**, 1983, n° 58, p. 3-168.

HUMBY, Tracy-Lynn. Law and resilience: mapping the literature. **Seattle Journal of Environmental Law**, v. 4, p. 85-130, 2014.

HUTTER, Bridget M. (Ed.) **Risk, resilience, inequality and environmental law**. Northampton: Edward Elgar, 2017.

INTEGRATING the ecological and economic dimensions in biodiversity and ecosystem service valuation In: The ECONOMICS of ecosystems and biodiversity. Disponível em: <<http://www.teebweb.org/wp-content/uploads/2013/04/D0-Chapter-1-Integrating-the-ecological-and-economic-dimensions-in-biodiversity-and-ecosystem-service-valuation.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2018.

INTERNATIONAL ASSOCIATION FOR IMPACT ASSESSMENT. **Principles of environmental impact assessment best practice**. 1999. Disponível em: <https://www.iaia.org/uploads/pdf/principlesEA_1.pdf>. Acesso em: 04 set. 2017.

INTERNATIONAL COMMISSION ON STRATIGRAPHY. **Chart**, 2017. Disponível em <<http://www.stratigraphy.org/index.php/ics-chart-timescale>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

JAMES, David Edward et al. Ecological sustainability and economic development. In: ARCHIBUGI, Franco; Nijkamp, Peter (Org.). **Economy and ecology: towards sustainable development**. Amsterdam: Kluwer Academic, 1989. p. 27-47.

JONAS, Hans. **El principio de responsabilidad**: ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Barcelona: Editorial Herder, 1995.

KAHN, Alfred E. The tyranny of small decisions. Market failures, imperfections, and the limits of economics. **Kiklos**, International Review for Social Sciences, v. 17, p. 23-47, jan. 1966.

KANT, Immanuel. **O conflito das faculdades**. Lisboa: Edições 70, 1993.

KANT Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

KARR, James R. Ecological integrity: an essential ingredient for humans' long-term success. In: WESTRA, Laura et al (Ed.). **Globalisation and ecological integrity in science and international law**. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, 2011. p. 8-25.

KEITER, Robert B. Ecosystems and the law: toward an integrated approach. **Ecological Applications**, v. 8, n. 2, p. 332-341, may, 1998.

KINNEY, Michael; SCHOCH, Robert; YONAVJAK, Logan. **Environmental science: systems and solutions**. 4. ed. Sudbury: Jones and Bartlett, 2007.

KISS, Alexandre. Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 1-12.

KITANO, Hiroaki. Biological robustness. **Nature Reviews Genetics**, v. 5, p. 826-837, 2004.

KITCHEN, KatieLee. **Journal of Environmental and Sustainability Law**. Vol. 23, Fall, 2016, p. 158-187.

KLOEPFER, Michael. On the codification of german environmental law. In: BOCKEN, Hubert. RYCKBOST, Donatiene. **The codification of environmental law** : proceedings of the international conference in Ghent, February 21 and 22, 1995. Haia: Kluwe International law, 1996.

KOPF, Jeffrey S. Steamrolling section 7(d) of the endangered species act: how sunk costs undermine environmental regulation. **Boston College Environmental Affairs Law Review**, n. 23, p. 393-436, 1996.

KOTZÉ, Louis. Sustainable development and the rule of law for nature: a constitutional reading. In: VOIGT, C. (Ed.). **Rule of Law for Nature: new dimensions and Ideas in Environmental Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 130-145.

KRELL, Andreas. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a

competência dos órgãos ambientais, um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LASSALE, José Maria. **Locke, liberalismo y propiedad**. Madrid: Fundacion Beneficentia et peritia iuris, 2003.

LATOUCHE, Serge. **Pequeño tratado del decrecimiento sereno**. Barcelona: Icaria, 2009.

LAVILLE, Christian; DIONNE, Jean. **A construção do saber**. Adaptação de Lana Mara Sima. Porto Alegre: Artmed, 1999.

LEFF, Enrique. Decrecimiento o desconstrucción de la economía: hacia un mundo sustentable. **Revista Polis**, v. 7, n. 21, p. 81-90, 2008.

LEITE, José Rubens Morato et al. Direito e política constitucional ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato. **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2015a.

LEITE, José Rubens Morato et al. **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2015b.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

LEITE, José Rubens Morato; GALBIATTI, Paula; BETEGA, Belisa. Princípios estruturantes do estado de direito para a natureza. In: LEITE, José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França (Org.). **Estado de direito ecológico**. Conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza. São Paulo : Instituto O direito por um Planeta Verde, 2017. p. 166-201.

LEOPOLD, Aldo. **Pensar como uma montanha**: a sand county almanac. Águas Santas: J.C. Marques, 2008.

LETTERA, Francesco. Lo stato ambientali e le generazioni future. **Rivista Giuridica dell’Ambiente**, v. 8, n. 2, p. 235-255, giug. 1992.

LINCOLN, Roger; BOXSHALL, Geoff; CLARK, Paul. **A dictionary of ecology, evolution, and systematic**. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

LIPOVETSKY, Gilles. **L’empire de l’éphémère**: la mode et son destin dans lês sociétés modernes. Paris: Gallimard-Folio, 1987.

LOCKE, Jonh. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

LUGO, Ezequiel. Ecosystem services: the millennium ecosystem assessment, and the conceptual difference between benefits provided by ecosystems and benefits provided by people. **Journal of Land Use and Environmental Law**, n. 243, p. 1-17, 2008.

MACCORMICK, Neil. **O estado de direito e o caráter argumentativo do direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**: uma teoria da argumentação jurídica. São Paulo: Elsevier, 1995.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MACH, Daniel. Rules without reasons: the diminishing role of statutory policy and equitable discretion in the law of NEPA remedies. **Harvard Environmental Law Review**, v. 205, p. 205-248, 2011.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Áreas de “degradação permanente”, escassez e riscos. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 35, p. 190-216, 2004.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARCOTULLIO, Peter et al. Faster, sooner, and more simultaneously: how recent road and air transportation CO₂ emission trends in developing countries differ from historic trends in the United States. **Journal of Environment and Development**, v. 14, n. 1, p. 125-148, march 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, João Fernando; COMUNE, Antônio Evaldo. A teoria neoclássica e a valoração ambiental. In: ROMEIRO, Ademar Ribeiro; REYDON, Bastiaan Philip; LEONARDI, Maria Lucia Azevedo (Org.). **Economia do meio ambiente: teoria, políticas e a gestão de espaços regionais**. 3. ed. Campinas: Unicamp, 2001. p. 24-44.

MARTINI, Simone; FERRONATTO, Rafael Luiz. O tempo ambiental e o fato consumado: o estudo de um caso. In: LUNELLI, Carlos Alberto (Coord.). **Direito, ambiente e políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 101-121.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermeneutica e aplicação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1925.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MCKINLEY, Jesse. G.E. **Spent Years Cleaning Up the Hudson: was it enough?** 2016. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2016/09/09/nyregion/general-electric-pcbs-hudson-river.html>> Acesso em: 05 nov. 2017.

MEADOWS, Donella (Org.). **Limits to growth**. New York: Universe Books, 1972.

MELO, Melissa Ely. **Pagamento por serviços ambientais (psa):** entre a proteção e a mercantilização dos serviços ecossistêmicos no contexto da crise ambiental. Tese (Doutorado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/156745>>. Acesso em: 18 set.2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Cláudio Ari. Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. In: SILVA, Cláudio Barros; BRASIL, Luciano de Faria (Org.). **Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 262-282.

MILL, John Stuart. **Princípios de economia política.** São Paulo: Abril, 1983.

MILLENNIUM ECOSYSTEM ASSESSMENT. **Ecosystems and human well-being.** 2005. Disponível em: <<http://www.millenniumassessment.org/documents/document.354.aspx.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Impacto ambiental:** aspectos da legislação brasileira. 4. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2008.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios fundamentais de direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 2, p. 50-70, jun/1996.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1.

MOONEY, Harold; EHRLICH, Paul. Ecosystem services: a fragmentary history. In: DAILY, Gretchen. **Nature's services:** societal

dependence on natural ecosystems. Washington D. C.: Island, 1997. p. 11-19.

MORA, Jose Ferrater. **Dicionário de filosofia**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2005. v. 2.

MORAND-DEVILLER, Jaqueline. Chose jugée et fait accompli, le juge, le préfet, le maire et le droit de l'environnement. **Les Petites Affiches**, n. 74, p. 12-21, 20 juin 1990.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-pátria**. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2003.

MUELLER, Charles. **Os economistas e as relações entre o sistema econômico e o meio ambiente**. Brasília: Editora UNB, 2007.

MUSEU Nacional faz vaquinha virtual para reabrir sala do dinossauro. Disponível em: <<https://extra.globo.com/noticias/rio/museu-nacional-faz-vaquinha-virtual-para-reabrir-sala-do-dinossauro-22680479.html#ixzz5QEmXHplj stest>>. Acesso em: 05 set. 2018.

NATIONAL Environmental Policy Act, NEPA. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/ceq/NEPA_full_text.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2018.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NESPOR, Stefano. **Il governo dell'ambiente: la politica e il diritto per il progresso sostenibile**. Milano: Garzanti, 2009.

NEVES, Antônio Castanheira. **O Instituto dos «assentos» e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983.

NICKEL, James. Intergenerational equity, future generations, and sustainable development. In: 2º CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 2., 1997, São Paulo. **Anais...** São Paulo: Imprensa Oficial, 1997. p. 73-81.

NICOLESCU, Basarab. A evolução transdisciplinar da Universidade. **Condição para o desenvolvimento sustentável**. Tailândia, nov. 1997. Disponível em: <<http://www.cetrans.futuro.usp.br/thailandiaport.html>> Acesso em: 27 nov. 2017.

NORGAARD, Richard. Valoração ambiental na busca de um futuro sustentável. In: CAVALCANTI, Clóvis (Org.) **Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas**. São Paulo: Cortez, 1997. p. 83-92.

NUSDEO, Ana Maria. **Direito ambiental e economia**. Curitiba: Juruá, 2018.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. Estabilização da tutela antecipada e a teoria do fato consumado: estabilização da estabilização? **Revista do Processo**. v. 242, p. 225-250, 2015.

ODUM, Eugene. **Ecologia**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1983.

ODUM, William. Environmental degradation and the tyranny of small decisions. **BioScience**, v. 32, n. 9, p. 728-729, oct. 1982.

OGUNQUIT Village Corp. v. Davis and Judicial Relief under the National Environmental Policy Act: The Completed Project Problem. **Virginia Law Review**, v. 64, p. 629-640, 1978.

OST, François. Multiplicité et discontinuité du temps juridique; observations critiques. **Contradogmáticas**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 415, 1985.

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

OST, François. La responsabilité, fil d'Ariane du droit de l'environnement. **Droit et Société**, n. 30-31, p. 281-322, 1995. L'environnement et le droit.

OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

OWEN, Dave. Mapping, modeling, and the fragmentation of environmental law. **Utah Law Review**, n. 219, p. 218-281, 2013.

PACKER, Larissa Ambrosano. **Novo código florestal e pagamentos por serviços ambientais: regime proprietário sobre os bens comuns**. Curitiba: Juruá, 2015.

PALMER, Margareth; AMBROSE, Richard; POFF, LeRoy. Ecological theory and community restoration ecology. **Restoration Ecology**, n. 5, p. 291-300, 1997.

PARDO, José Esteve. **El desconcierto del Leviatán: política y derecho ante las incertidumbres de la ciência**. Madrid: Marcial Pons, 2009.

PARDY, Bruce. In search of the Holy Grail of environmental law: a rule to solve the problem. **McGill Int'l J. Sust. Dev. Law and Policy**, n. 29, p. 30-57, 2005.

PEARCE, David. **Economic values and the natural world**. Cambridge: MIT Press, 1993.

PEDERSON, Ole W. Resilience in environmental law: epistemic limitations and the role of participation. In: HUTTER, Bridget M. (Ed.) **Risk, resilience, inequality and environmental law**. Northampton: Edward Elgar, 2017. p. 49-63.

PEGADA ecológica global. Disponível em: <https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/especiais/pegada_ecologica_a/pegada_ecologica_global/>. Acesso em: 25 set. 2018.

PEÑA CHACÓN, Mario. **Autorizaciones administrativas frente a la tutela ambiental**. Disponível em: <http://www.academia.edu/19467313/Autorizaciones_administrativas_frente_a_la_tutela_ambiental> Acesso em: 03 jul. 2018.

PEÑA CHACÓN, Mario. **Derecho ambiental efectivo**. San José, Costa Rica E-Book: pdf; 5000 Kb. Serie Derecho Ambiental, nº 1.

PERALTA, Carlos. Desafios para construir uma nova racionalidade ambiental no antropoceno: o esverdeamento da economia como caminho para incentivar a sustentabilidade. In: LEITE, José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França (Org.). **Estado de direito ecológico**. Conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza. São Paulo : Instituto O direito por um Planeta Verde, 2017. p. 644-674.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. 1.

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIGOU, Arthur. **The economics of welfare**. New York: Macmillan, 1920.

PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PIMM, Stuart Leonard. The complexity and stability of ecosystems. **Nature**, n. 307, p. 321-326, 26 jan. 1984.

PINTO, Carlos Eduardo Ferreira. Ação civil pública, licenciamento ambiental e fato consumado. In: MILARÉ, Édís (org.). **A ação civil pública após 30 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 135-147.

PIOVESAN, Flávia. Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. **Consultor Jurídico**, 20 ago. 2002. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2002-ago-26/direitos_economicos_sociais_culturais_desafios?pagina=5>. Acesso em: 01 agos. 2018.

PIOVESAN, Juliana et al. Processos ecológicos e a escala da paisagem como diretrizes para projetos de restauração ecológica. **Revista Caititu: aproximando teoria ecológica e aplicação**, v. 1, n. 1, p. 57-72, 2013.

PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PLATER, Zygmunt. Statutory violations and equitable discretion. **California Law Review**, p. 524-594, 1982.

PLATER, Zygmunt; ABRAMS, Robert; GOLDFARB, William; GRAHAM, Robert; HEINZERLING, Lisa; WIRTH, David A. **Environmental law and policy: nature, law, and society**. 3. ed. New York: Aspen, 2004.

PLATJOUW, Froukje Maria. **Environmental law and the ecosystem approach: maintaining ecological integrity through consistency in law**. New York: Routledge, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito internacional privado**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1935. v. 2.

PRIEUR, Michel. O princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: O PRINCÍPIO da proibição do retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2012. p. 11-54.

PRINCÍPIO 4. In: IUCN World Declaration on the Environmental Rule of Law. 2016 Disponível em: <<https://www.iucn.org/commissions/world-commission-environmental-law/events/27-29-april-2016-world-environmental-law-congress>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

PRINCÍPIO 5. In: IUCN World Declaration on the Environmental Rule of Law. 2016. Disponível em: <https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/world_declaration_on_the_environmental_rule_of_law_final_2017-3-17.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2018.

- PROCHNOW, Miriam (Org.). **Barra Grande: a hidrelétrica que não viu a floresta**. Rio do Sul-SC: APREMAVI, 2005.
- PRINCIPLES of environmental impact assessment best practice. 1999. Disponível em: <https://www.iaia.org/uploads/pdf/principlesEA_1.pdf> Acesso em: 04 set. 2017.
- PROJET Pacte mondial pour l'environnement. 24 juin 2017. Disponível em: <<http://www.leclubdesjuristes.com/projet-de-pacte-mondial-lenvironnement/>>. Acesso em: 26 dez. 2017.
- PRUDENTE, Antônio Souza. O terror jurídico-ditatorial da suspensão de segurança e a proibição do retrocesso no estado democrático de direito. **Direito em Ação**, Brasília, v. 11, n. 2, 193-216, jul./dez. 2013. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDA/article/view/5857/3803>>. Acesso em: 07 ago. 2018.
- PUGLIATTI, Salvatore. **Beni e cose in senso giuridico**. Milano: Giuffrè, 1962.
- RAMOS JÚNIOR, Dempsey Pereira. **Meio ambiente e conceito jurídico de futuras gerações**. Curitiba: Juruá, 2012.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Lisboa: Editorial Presença, 1993.
- REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- REIS, Marisa dos. Some thoughts on the legal nature of future generations: the recognition of an *ante natalem* protection? **Intergenerational Justice Review**, Oberursel, v. 10, n. 1, p. 42-43, 2010. Disponível em: <<http://www.igjr.org/ojs/index.php/igjr/article/view/485>>. Acesso em: 11 jul. 2018.
- REPORT of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity on its Thirteenth Meeting. Disponível em: <<https://www.cbd.int/conferences/2016/cop-13/documents>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

RESILIENCE ALLIANCE. **Assessing resilience in social-ecological systems**: workbook for practitioners. Version 2.0. 2010. Disponível em: <<http://www.resalliance.org/3871.php>>. Acesso em: 07 out. 2018.

RICOEUR, Paul. **Tempo e narrativa**. Campinas: Papirus, 1994. v. 1.

ROBINSON, Nicholas. Beyond sustainability: environmental management for the Anthropocene Epoch. 2012. **Journal of Public Affairs**, v. 12, n. 3, p. 181–194, 2012.

ROBINSON, Nicholas. Evolved norms. In: VOIGT, Christina (Ed.). **Rule of law for nature**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 46-71.

ROBINSON, Nicholas. The resilience principle. **IUCN: Acad. Env'tl. L. e Journal**, n. 19, 2014. Disponível em: <<http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/953/>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Vida digna: direitos, ética e ciência. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 11-174.

ROCKSTRÖM, Johan et al. Planetary boundaries: exploring the safe operating space for humanity. **Ecology and Society**, v. 14, n. 2, 2009. Disponível em: <<http://www.ecologyandsociety.org/vol14/iss2/art32/>>. Acesso em: 08 jul. 2018.

RODGERS JR., William; BURLESON, Elizabeth. **Environmental law**. 2. ed. New York: Thomsom Reuters, 2016.

ROSANVALLON, Pierre. **La contrademocracia**. La política en la era de la desconfianza. Buenos Aires: Manantial, 2006.

ROSENN, Keith. Brazil's legal culture: the jeito revisited. **Florida International Law Journal**, v. 1, n. 1, p. 1- 43, 1984.

ROUBIER, Paul. **Le droit transitoire**: conflit des lois dans le temps. 2. ed. Paris: Dalloz et Sirey, 1960.

RUDDIMAN, W. The anthropogenic greenhouse era began thousands of years ago. **Climate Change**, n. 61, p. 261-293, 2003.

RUHL, John B. The pardy-ruhl dialogue on ecosystem management, Part IV: Narrowing and Sharpening the Questions. **Pace Environmental Law Review**, n. 24, p. 25-34, 2007.

RUHL, John B. Sustainable Development: a five dimensional algorithm for environmental law. **Stanford Environmental Law**, n. 31, p. 31-64, 1999.

RUSSELL, Irma. The sustainability principle. **4 Envtl. & Energy L. & Pol'y Journal**, p. 165-169, 2009.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. 4. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SACHS, Ignacy. **Estratégias de transição para o século XXI: desenvolvimento e meio ambiente**. São Paulo: Nobel/Fundap, 1993.

SACHS, Ignacy. **Rumo à ecossocioeconomia: teoria e prática do desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito adquirido e expectativa de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado. In: SAMPAIO, José Adércio; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de direito ambiental: na dimensão internacional e comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 32-111.

SÁNCHEZ, Luis Enrique. **Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos**. 2. ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2013.

SÁNCHEZ, Luis Enrique. **Desengenharia: o passivo ambiental na desativação de empreendimentos industriais**. São Paulo: Edusp/Fapesp, 2001.

SANTOS, Boaventura Sousa. **Pela mão de alice**. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 2, n. 3, p. 69-94, jul./dez. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**: constituição, direitos fundamentais e proteção do meio ambiente. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 9-39, 2005a.

SARMENTO, Daniel. A trajetória da dicotomia público/privado. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 22, p. 239-257, abr./jun. 2005b.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Sistema del derecho romano actual**. Pamplona: Analecta, 2004.

SCHLOSBERG, David. **Defining environmental justice**: theories, movements and nature. Oxford: University Press, 2007.

SCHRIJVER, Nico. **Development without destruccion**. Bloomington: Indiana University Press, 2010.

SEN, Amartya. What is the role of legal and judicial reform in the development process. In: WORLD BANK LEGAL CONFERENCE, 5., Washington D.C., 2000. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/legalandjudicial.pdf>>. Acesso em 05 ago. 2018.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro:Freitas Bastos, 1953. v. 1.

SERRES, Michel. **Le contrat naturel**. Champs: Flammarion, 1992.

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

SILVA, José Afonso da. Fundamentos constitucionais da proteção do meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 27, jul./set. 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002.

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

SIMMS, Andrew. Trickle-down myth. **NewScientist**, p. 49, 18 out. 2008. Disponível em: <http://www.unice.fr/sg/resources/docs/Economy-kill-planet_b.pdf>. Acesso em: 25 jun 2017.

SOLOW, Robert. The economics of resources or the resources of economics. **American Economic Review**, n. 64, p. 1-14, 1974. Disponível em: <http://aida.econ.yale.edu/~nordhaus/homepage/documents/Solow_Resources_001.pdf>. Acesso em: 10 jul 2017.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e proteção jurídica**. Porto Alegre: Unidade Editorial, 1997.

SPECIAL report: the facts about overconsumption. **NewScientist**, 15 oct. 2008. Disponível em: <<https://www.newscientist.com/article/dn14950-special-report-the-facts-about-overconsumption>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

STEFFEN, Will et al. The anthropocene: from global change to planetary stewardship. **Ambio**, v. 40, n. 7, p. 739–761, nov. 2011.

Disponível em:

<<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3357752/>>. Acesso em: 12 out. 2017.

STEFFEN, Will et al. **The anthropocene**: from global change to planetary stewardship. Disponível em: <<http://www-ramanathan.ucsd.edu/files/pr185.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. A aplicação do princípio da proporcionalidade ecológica para a definição de medidas preventivas, mitigadoras e compensatórias no licenciamento ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França (Org.). **Estado de direito ecológico**: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017. p. 586-612.

STIGLITZ, Joseph. A neoclassical analysis of the economics of natural resources. In:

SMITH, Vicent Kerry (Org.). **Scarcity and growth reconsidered**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1979. p. 36-66.

SCHULZE, Clenio. **Direito à saúde análise à luz da judicialização**.

Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/perfil/clenio-jair-schulze-1508590002>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

SWANSON, Timothy. **Global action for biodiversity**: an international framework for implementing the convention on biological diversity. Londres: Earthscan, 1997.

TAMANAHA, Brian. **General jurisprudence of law and society**.

Oxford, Oxford University Press, 2001.

TAMANAHA, Brian. How an instrumental view of law corrodes the rule of law. **DePaul Law Review**, v. 56, p. 469-505, 2007.

TAMANAHA, Brian. O primado da sociedade e as falhas do direito e desenvolvimento. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 11, p. 175-211, jan./jun. 2010.

TAMANAHA, Brian. **A realistic theory of law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

TAYLOR, Prue. Ecological integrity and human rights. In: BOSSELMANN, Klaus et al (Ed.). **Reconciling human existence with ecological integrity**. Londres: Earthscan, 2008, p. 89-107.

TEEB: The Economics of Ecosystems and Biodiversity: Ecological and Economic Foundations. Londres: Routledge, 2010.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **O direito adquirido e o direito intertemporal a partir do debate entre Roubier e Gabba**. Disponível em: <<http://andersonteixeira.com/data/documents/Artigo-AVT-Direito-Adquirido-no-debate-entre-Roubier-e-Gabba.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

TESE Jurídica nº 3 de Direito Ambiental. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2030:%20DIREITO%20AMBIENTAL>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

TESSLER, Marga Inge Barth. O fato consumado e a demora na prestação jurisprudencial. **Revista do CEJ**, Brasília, n. 27, p. 95-101, 2004.

TESSLER, Marga Inge Barth. O fato consumado e a demora na prestação jurisdicional no direito estudantil. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 7, jul. 2005. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

TEXT of the Oslo Manifesto - ELGA's Founding Document. Disponível em: <<https://www.elga.world/oslo-manifesto/>>. Acesso em: 06 set. 2018.

THE FOLLY of growth. **NewScientist**, 18 out. 2008. Disponível em: <http://www.unice.fr/sg/resources/docs/Economy-kill-planet_b.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2017.

TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e estado democrático de direito**. São Paulo: Landy, 2003.

TREMMELE, Jörg Chet. **A theory of intergenerational justice.**

Disponível em:

<https://www.researchgate.net/publication/29748980_A_Theory_of_Intergenerational_Justice>. Acesso em: 28 jul. 2018.

TROUWBORST, Arie. The precautionary principle and the ecosystem approach in international law: differences, similarities and linkages.

RECIEL, Review of European Comparative and International Environmental Law, v. 18, n. 1, p. 26-37, 2009.

TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. O direito ambiental e seus princípios informativos. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 30, p. 155-178, abr./jun. 2003.

UN GENERAL ASSEMBLY. **Harmony with Nature**: note by the Secretary-General, 2016 (UN Doc. A/71/266). §§ 42-43. Disponível em:

<Report file:///N:/abordagem%20ecossistêmica/A_72_175-ES%20relatório%20geral%20harmonia%20com%20natureza.pdf>. Acesso em: 03 out. 2018.

UK NATIONAL ecosystem assessment follow-on. Disponível em:

<<http://uknea.unep-wcmc.org/LinkClick.aspx?fileticket=1n4oolhksY%3d&tabid=82>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

UNITED Nations Convention on the Law of the Sea Disponível em:

<http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

VEBLEN, Thorstein. **The theory of the leisure class**. New York: Oxford University Press, 2007.

VEIGA, José Eli da. **Para entender o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Editora 34, 2015.

VIEIRA, Paulo Freire. Meio ambiente, desenvolvimento e planejamento. In: VIOLA, Eduardo et al. **Meio ambiente**,

desenvolvimento e cidadania: desafios para as ciências sociais. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1998. p. 45-98.

VIÑUALES, Jorge. **Law and the anthropocene**. 2016. Disponível em: <file:///N:/antropoceno/_Law_and_the_Anthropocene%20-1.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018.

VITOUSEK, Peter M. et al. Human domination of earth's ecosystems. **Science**, v. 277, p. 494-499, 25 jul. 1997.

VOIGT, Christina. **Sustainable development as a principle of international law:** resolving conflicts between climate measures and WTO law. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff, 2009.

WALSH, Juan Rodrigo (Org.). **Ambiente, derecho y sustentabilidad**. Buenos Aires: La Ley, 2000.

WEERAMANTRY, Christopher; CORDONIER SEGGER, Marie-Claire. **Sustainable justice:** reconciling economic, social and environmental law. Leiden: Martinus Nijhoff, 2005.

WEIL, Pierre; D'AMBROSIO, Ubiratan; CREMA, Roberto. **Rumo à nova transdisciplinaridade**. São Paulo: Summus, 1993.

WEISS, Edith Brown. In fairness do future generations: intergenerational law: common patrimony and intergenerational equity. In: WEISS, Edith (Org.). **International environmental law and policy**. New York: Aspen Law and Business, 1998.

WEISS, Edith Brown. Rule of law for nature in a kaleidoscopic world. In: VOIGT, Christina (Ed.). **Rule of law for nature:** new dimensions and ideas in environmental law. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 27-45.

WENZ, Peter S. **Environmental justice**. Albany, NY: Suny, 1988.

WESTRA, Laura et al. **Globalisation and ecological integrity in science and international law**. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, 2011.

WILCOX, Andrew; HARTE, John. Ecosystem services in a modern economy. In: DAILY, Gretchen (Org.). **Nature's services: societal dependence on natural ecosystems**. Washington: Island Press, 1997. p. 311-328.

WINTER, Gerd. Ecological proportionality. In: VOIGT, Christina (Ed.). **Rule of law for nature**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

WOLD, Chris. Introdução ao estudo dos princípios de direito internacional do meio ambiente. In: SAMPAIO, José Adércio; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de direito ambiental: na dimensão internacional e comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 5-42.

WOLF, Paul. A irresponsabilidade organizada? Comentários sobre a função simbólica do Direito Ambiental. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 177-190.

YIN, Robert. **Pesquisa qualitativa do início ao fim**. Porto Alegre: Penso, 2016.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda; FRANCO, Rita Maria Borges. Prevenção, precaução e fato consumado. Perspectivas da tutela ambiental de risco. In: ROSSI, Fernando et al. (Org.). **Aspectos controversos do direito ambiental: tutela material e tutela processual**. Belo Horizonte: Forum, 2013. p. 87-11.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Comentários ao art. 926. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1307-1341.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Constitucionalismo garantista e precedentes vinculantes em matéria ambiental. Limites e vínculos ao ativismo judicial contrário ao meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, v. 78, p. 179-213, 2015.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo:** o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

ZALASIEWICZ, Jan. **The earth after us:** what legacy will humans leave in the rocks? Oxford: Oxford University Press. 2014.

ZALASIEWICZ, Jan. **When did the anthropocene begin?** a mid-twentieth century boundary level is stratigraphically optimal. Disponível em: <www.elsevier.com/locate/quaint>. Acesso em: 23 nov. 2017.

LA ZONE d'aménagement concertée. Disponível em: <<http://caue14.com/le-conseil-aux-collectivites/memento/zac/>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. **Decreto 2.652**, de 1 de julho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/D2652.htm>. Acesso em: 2018.

BRASIL. **Lei 4.771**, de 15 de setembro de 1965. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4771-15-setembro-1965-369026-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 2018.

BRASIL. **Lei 12.651**, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm>. Acesso em: 2018.

BRASIL. **Lei 19.823**, de 22 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://www.siam.mg.gov.br/sla/download.pdf?idNorma=19694>>. Acesso em: 09 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AgInt 850994**. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em: 19 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em 26 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no RECURSO ESPECIAL 1.382.576 - MS**. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Julgado em: 13 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 28 agos. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no RECURSO ESPECIAL 1.389613 - MS**. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Julgado em: 27 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no RECURSO ESPECIAL 1.391986 - MS**. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Julgado em: 17 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no RECURSO ESPECIAL 1.363.943**. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Julgado em: 07 nov. 2017. em Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300162188&dt_publicac>. Acesso em 13 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no Resp. 1.389.613 - MS (20130188421-7)**. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Julgado em: 13 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt REsp 1527846 / SC**. Relatora: Ministra Regina Helena Costa. Julgado em: 22 maio 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/>>. Acesso em 03 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1367968/SP**. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgado em: 17 dez. 2013. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%202030:%20DIREITO%20AMBIENTAL>> Acesso em: 25 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 327687 / SP**. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgado em: 26 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1434797**. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgado em: 07 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 26. ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AIRESP 1363943**. Relator: Min. Gurgel de Faria. Julgado em: 15 dez 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/>>. Acesso em 03 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp 703837**. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Julgamento em: 23 maio 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 05 maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl nos EDcl no Ag 1323337/SP**. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em: 22 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2030:%20DIREITO%20AMBIENTAL>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EResp 218781 / PR**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 09 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MC 023429/SC**. Relator: Ministra Marga Tessler (Juíza Federal Convocada do TRF 4ª Região). Julgado em: 17 out. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2030:%20DIREITO%20AMBIENTAL>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **PET no REsp 1240122 / PR**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 02 out. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Rec. Especial 1.180.078 – MG**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 02 dez. 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento>>. Acesso em 10 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Rec. Especial 1.616.027 – SP**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 14 mar. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601933346&dt_publicacao=05/05/2017>. Acesso em: 03 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 769.753**. Relator: Min. Antonio Herman Benjamin. Julgado em: 8 set. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 14 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Rec. Especial 2017/0085271-2**. Relator: Ministro Og Fernandes. Julgado em: 07 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 32103**. Relator: Min. Demócrito Reinaldo. Julgado em 07 dez. 1994. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199300033190&dt_publicacao=20-02-1995&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.036.437 – SC**. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgado em 17 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/doc.jsp?livre=loteamento+novo+campeche+fato+consumado&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 1.109.778 - SC**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 10 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp 1.158.999/ SC**. Relatora: Min. Eliana Calmon. Julgado em: 17 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 1.496.222 - RS**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 01 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 05 maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 1.516.278**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 17 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 05 maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 1071741 - SP**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 24 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1172553/PR**. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Julgado em: 27 maio 2014. Disponível

em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2030:%20DIREITO%20AMBIENTAL>> Acesso em: 25 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1240122 / PR**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: em 28 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1240201**. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Julgado em: 07 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2030:%20DIREITO%20AMBIENTAL>> Acesso em: 25 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1462208**. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgado em: 06 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1442440-AC**. Relator: Min. Gurgel de Faria. Julgado em: 07 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 176753 - SC**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 11 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1726986**. Relator: Min. Herman Benjamin. Julgado em: 14 jun. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/doc.jsp?livre=licen%E7a+ambiental+ato+%FAnico+%22direito+adquirido%22&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 176753 - SC**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 11 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em 30 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 948921/SP**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 23 out. 2007. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2030:%20DIREITO%20AMBIENTAL> Acesso em: 25 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.667.087/RS**. Relator: Min. Og Fernandes. Julgado em: 07 ago.2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/>>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. 1.725.202 - SP**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 22 maio 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoas/>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. 650.728 – SC**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 23 out. 2007. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/>>Acesso em: 04 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 056405 - SC**. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Julgado em: 01 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.544-9**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 12 jun. 2002. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br>> Acesso em: 09. set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.946-MC**. Relator: Ministro Sydney Sanches. Julgado em: 29 abr. 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%20783>>. Acesso em 04 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.378/DF**. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em: 9 abr. 2008. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4270-SC**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Julgado em: 14 mar. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261652>>. Acesso em: 03 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 101/DF-DISTRITO FEDERAL**. Relatora: Min. Carmem Lúcia. Julgado em: 24 jun. 2009.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>> Acesso em: 28 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. no Recurso Extraordinário 609748**. Relator: Ministro. Luiz Fux. Julgado em: 23 ago. 2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1048594**. Relator: Min. Edson Fachin. Julgado em: 21. ago. 2017. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>. Acesso em 18.agos.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1048705**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 29 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 901333**. Relator Min. Carmem Lúcia. Julgado em: 12 ago. 2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia/>>. Acesso em 18 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Med. Cautelar na Reclamação 14404**. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado. em: 27.agos.2008. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28BELO+MONTE+USINA%29%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/y7q7bwss>>. Acesso em: 07 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na ADI 3.540-1/ DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 01 set. 2005. Disponível em: <<file:///N:/economia%20e%20meio%20ambiente/ac%C3%B3rd%C3%A3o%20STF%20celso%20mello%20economia%20e%20ma.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rec. Ext. 381.204**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgado em: 11 out. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261652>>. Acesso em: 03 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rec. Ext. nº RE 106733 – SP**. Relator: Ministro Néri da Silveira. Julgado em: 13 fev. 1985. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%20783>>. Acesso em: 04 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 535091**. Relator: Min. Carmem Lúcia. Julgado em: 26 maio 2009. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 650909**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 19 dez. 2011. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>. Acesso em: 18 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1140644**. Relator Min. Dias Toffoli. Julgado em: 28 jun. 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RMS 14.07**. Relator: Ministro Villas Boas. Julgado em: 22 mar. 1965. Disponível em: <[RMS14017EmentaeAcórdão\(1\)RMS14017EmentaeAcórdão](#)>. Acesso em: 12 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SL 125 / PA – PARÁ - SUSPENSÃO DE LIMINAR**. Relatora: Ministra Presidente Ellen Gracie. Julgado em: 16 mar. 2007. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso: 07 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão 008.834/2007-6**. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Julgado em: 06 out. 2010. Disponível em:

<<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvIVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **AC 10649 - MT 2000.36.00.010649-5**. Relator: Des. João Batista Moreira. Julgado em: 27 ago. 2007. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/juris/trf1/RespostaTRF1>>. Acesso em: 07 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **AG 0018341-89.2012.4.01.0000/MT**. Relator: Des. Souza Prudente. Julgado em: 01 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/juris/trf1/>>. Acesso em: 22.ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **AI 0002453-41.2016.4.01.0000**. Julgado em: 19 jan. 2016. Disponível em: <www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>. Acesso em: 02 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Ag. de Inst. 0002453-41.2016.4.01.0000/MG**. Relator: Des. Neviton Guedes. Julgado em: 19 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/juris/unificada>>. Acesso em: 05 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Ag. de Instrumento n. 00076711620174010000**. Relator: Des. Souza Prudente. Julgado em: 30 maio 2017. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível 10649 MT 2000.36.00.010649-5**. Relator: Des. João Batista Moreira. Julgado em: 27 ago. 2007. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/juris/trf1/RespostaTRF1>>. Acesso em: 07 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível 2009.38.04.000741-9/MG**. Relator: Des. Hilton Queiroz. Julgado em: 05 jun. 2017. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/juris/trf1/>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **SLAT/PA. 0003551-61.2016.4.01.0000**. Relator: Des. Cândido Ribeiro. Julgado em: 26 jan. 2016. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/juris/trf1/RespostaTRF1>>. Acesso em: 07 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **SLAT/PA. 0053296-10.2016.4.01.0000**. Relator: Des. Hilton Queiroz. Julgado em: 12 set. 2016. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/juris/trf1/RespostaTRF1>>. Acesso em: 07 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **SLAT/PA. 0053298-77.2016.4.01.0000**. Relator: Des. Hilton Queiroz. Julgado em: 13 set. 2016. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/juris/trf1/RespostaTRF1>>. Acesso em: 07 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **SLAT nº 2008.01.00.065677-1/RO**. Relator: Des. Presidente Jirair Aram Meguerian. Julgado em: 04 dez. 2005. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/juris/trf1>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **APELREEX 00004355820074025101**. Relator: Des. Poul Erik Dyrland. Julgado em 14 nov.2012. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>> Acesso em 30 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **AC 0000927-53.2009.4.03.6006/MS**. Relator: Des. Nery Junior. Julgado em: 19 abr. 2017. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível 0001390-42.2002.4.03.6102**. Relatora Desa. Alda Basto. Julgado em: 23 ago. 2013. Disponível em:

<<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/6513049>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **AC 00011287920084036006**. Relator: Juiz Convocado Renato Barth. Julgado em: 22 nov. 2012. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/7?np=8>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **AC 9902530025724-15.2003.4.03.6100**. Relator: Des. Consuelo Yoshida. Julgado em: 09 mar. 2005. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=2>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Agravo de Instrumento 0021884-41.2015.4.03.0000/SP**. Relator: Des. Andre Nabarrete. Julgado em 24.mai.2017. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/7?np=8>> Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Agravo de Instrumento nº 453511 / SP**. Relatora: Juíza Convocada Simone Schroder Ribeiro. Julgado em: 12 fev. 2015. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/7?np=8>>. Acesso em 29 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível 0002879-98.2013.4.03.6112/SP**. Relator Des. Antonio Cedenho. Julgado em: 14 dez. 2017. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/6513049>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível 0001390-42.2002.4.03.6102**. Relatora Des. Alda Basto. Julgado em: 23 ago. 2013. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/6513049>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível nº 2083333 / SP**. Relator: Des. Antonio Cedenho. Julgado em: 07 fev. 2018. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/6513049>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível nº 0002067-08.2012.4.03.6107/SP**. Relator: Des. Carlos Muta. Julgado em: 21 fev. 2018. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/6513049>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **AC 2006.71.01.003801-8/RS**. Relator: Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Julgado em 13 out.2009. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>. Acesso em: 01 set. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Ag. de Inst. 2002.04.01.003036-8/SC**. Relator Des. Amaury Chaves de Athayde. Julgado em: 06 ago. 2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento 2004.04.01.031404-5/SC** . Relatora: Desa. Silvia Goraieb. Julgado em: 08 Maio 2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php>. Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento 5053454-30.2015.404.0000**. Relatora: Desa. Maria Isabel Pezzi Klein. Decisão de: 13 jan. 2016. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento 5011892-46.2012.404.0000/SC**. Relator: Des. Cândido Alfredo Silva Leal Junior. Julgado em: 26 mar. 2013. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo na suspensão de execução de liminar 2004.04.01.049432-1/SC**. Relator: Des. Vladimir Passos de Freitas. Acórdão de: 19 jul. 2006. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa>>. Acesso em: 26 jul. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível 200372000041850**. Relator: Des. Luis Carlos de Castro Lugon. Julgado em: 22 ago. 2006. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível 5001986-54.2012.404.7203/SC**. Relator: Des. Fernando Quadros da Silva. Julgado em: 28 maio 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível 5009646-79.2010.4.04.7200/SC**. Relatora: Desa. Vânia Hack de Almeida. Julgado em: 21 ago. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&n_umero_gproc=40000595218&versao_gproc=5&crc_gproc=7305e309&termosPesquisados=ICdmYXRvIGNvbN1bWFkbyAnICdtZWlviGFtYmllbnRlJyBlldml0YXIg>. Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível 5026468-07.2014.4.04.7200/SC**. Relatora: Desa. Vânia Hack de Almeida. Julgado em: 24 out. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&n_umero_gproc=40000220532&versao_gproc=12&crc_gproc=7ed649fd&termosPesquisados=IGVxdWlkYWRIICdmYXRvIGNvbN1bWFkbybcg>. Acesso em: 30 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **(AC) 590909/PE**. Relator: Des. Élio Siqueira Filho. Julgado em: 22 jun. 2017. Disponível em: <http://www.trf5.gov.br/archive/2017/06/ESPARTA/200883000124678_20170629_7034849.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **AC 200782000093547**. Relator: Des. Francisco Cavalcanti. Julgado em: 26 abr.2012. Disponível em: <http://www.trf5.gov.br/archive/2017/06/ESPARTA/200883000124678_20170629_7034849.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **AC 491755/PE**. Relator: Des. Edilson Pereira Nobre Júnior. Disponível em: <<https://www4.trf5.jus.br/data.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **AC 491755/PE**. Relator: Des. Edilson Pereira Nobre Júnior. Disponível em: <<https://www4.trf5.jus.br/data.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **AGA 36945/PE**. Relator: Des. Napoleão Maia Filho. Julgado em: 09 out. 2001. Disponível em: <<https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **AMS 100687-PE 2006.83.00.013942-9**. Relator: Des. Rogério Fialho Moreira. Julgado em 21 maio 2009. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apel. Cível 10.335-PE**. Relator: Juiz Lázaro Guimarães. Julgado em: 22 out. 1991.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **APELREEX 29140**. Segunda Turma. Relator: Des. Federal Vladimir Carvalho. Julgado em: 20 maio 2014. **DJe** 26 maio 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **APELREEX 31503-PB 2009.82.00.001165-5**. Relator: Des. Rogério Fialho Moreira. Julgado em: 02 dez. 2014. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 01 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Embargos Infringentes em Apelação Cível 393786 RN (2005.84.00.001585-4/02)**. Relator: Juiz Francisco Cavalcanti. Julgado em: 22 out. 2008. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Reports of judgments, advisory opinions and orders legality of the threat or use of nuclear weapons. 1. C.J. Reports 1996, p. 226. Julgado em: 08 jul. 1996. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações do Circuito do Distrito de Columbia. GENERAL ELECTRIC COMPANY v. Lisa Perez JACKSON (Administrator, U.S. Environmental Protection Agency and Environmental Protection Agency). Julgado em 29 jun. 2010. 610 F.3d 110 United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit Disponível em: <http://www.lawandenvironment.com/uploads/file/GE%20v_%20Jackson.pdf> Acesso em: 05. nov. 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações de Nova Iorque. E.F.S. VENTURES v. FOSTER. 71 N.Y.2d 359 (1988). Disponível em: <<https://www.leagle.com/decision/198843071ny2d3591402>>. Acesso em: 01 set. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações do Estado de Nova Iorque. Parkview Assocs v. City of New York. 71 N.Y.2d 274 (N.Y. 1988).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações do Quarto Distrito. North Carolina v. Virginia Beach, 951 F 2d 596, 598 (4th Cir. 1991). Disponível em: <<http://www.ca4.uscourts.gov/Opinions/Published/152285.P.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações do Primeiro Circuito. Sierra Club v. Marsh. 872 F. 2d 497. (1st Cir. 1989)

Disponível em: <<https://openjurist.org/872/f2d/497/sierra-club-v-o-marsh>> Acesso em 18 out. 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações do Nono Circuito. CONNER v. BURFORD 836 F. 2d 1521 (9th Cir. 1988). Disponível em: <<https://openjurist.org/836/f2d/1521/conner-v-burford>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações do Nono Circuito. SAVE OUR ECOSYSTEMS v. William P. CLARK. 747 F.2d 1240. 1984. Disponível em: <<https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F2/747/747.F2d.1240.83-3916.83-3887.83-3918.83-3908.html>>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações do Nono Circuito. SIERRA CLUB v. MARSH 816 F.2d 1376, 1380-81 (9th Cir. 1987). Disponível em: <<https://casetext.com/case/sierra-club-v-marsh-10>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações do 1º Circuito. Ogunquit Village Corp. v. Davis, 553 F.2d 243, 246 (1st Cir. 1977). Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/107263>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações do Quarto Circuito. MARYLAND CONSERVATION COUNCIL, INC. v. GILCHRIST. 808 F.2d 1039, 1041 (4th Cir. 1986). Disponível em: <<https://openjurist.org/808/f2d/1039/maryland-conservation-council-inc-v-gilchrist-j>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações do Quinto Circuito. NAMED INDIVIDUAL MEMBERS OF SAN ANTONIO CONSERVATION SOCIETY v. TEXAS HIGHWAY DEPARTMENT. 446 F.2d 1013, 1014 (5th Cir. 1971). Disponível em: <<https://openjurist.org/446/f2d/1013/named-individual-members-of-san-antonio-conservation-society-v-texas-highway-department>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações do Quinto Circuito. 671 F.2d 935 (5th Cir. 1982). ICHLAND PARK HOMEOWNERS ASSOCIATION, INC. v PIERCE. Disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/399881/richland-park-homeowners-association-inc-richland-park-estates/>>. Acesso em: 03 set.2 018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações do Sexto Distrito. City of Carmel-By-The-Sea v. Board of Supervisors, 183 Cal. App. 3d 229 (Cal. Ct. App. 1986). Disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/2155942/city-of-carmel-by-the-sea-v-board-of-supervisors/>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações do Terceiro Circuito. American Farm Bureau Federation v. U.S. E.P.A. 792 F.3d 281 (2015). Disponível em: <<https://www.leagle.com/decision/infco20150706048>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte Distrital da Carolina do Norte. Defenders of Wildlife v. N.C. DOT, 971 F. Supp. 2d 510, 2013. Disponível em: <<https://www.leagle.com/decision/infdco20130930508>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte Distrital do Mississippi. Gulf Restoration Network v.Hancock Co. Development. Feb 22, 2011. 772 F. Supp. 2d 761. Disponível em: <<https://casetext.com/case/gulf-restoration-network-v-hancock-co-development>>. Acesso em: 03 set. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte Distrital Ocidental de Washington. Seattle Audubon Soc. v. Evans, 771 F. Supp. 1081 (W.D. Wash. 1991). Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/771/1081/1657110/>>. Acesso em: 03 set. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte Superior de Rhode Island. Rose Nulman Park Foundation v. Four Twenty Corp. No. 2013–68–Appeal. Decided: June 13, 2014. Disponível em:

<<https://caselaw.findlaw.com/ri-supreme-court/1669954.html>>. Acesso em: 03 set. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Court Distrital do Distrito de Washington Ocidental. ALPINE LAKES PROTECTION SOCIETY v. U.S. FOREST SERVICE. 838 F. Supp. 478, 484 (W.D. Wash. 1993) Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/838/478/2255209/>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. American Farm Bureau Federation v. U.S. E.P.A U.S. Supreme Court. No. 15-599. Janeiro/2016. Disponível em: <[https://www.nacwa.org/docs/default-source/clean-water-current-pdf/29-feb-16/2016-01-21epa-brief-\(epa\).pdf](https://www.nacwa.org/docs/default-source/clean-water-current-pdf/29-feb-16/2016-01-21epa-brief-(epa).pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. AMOCO PRODUCTION CO. ET AL. v. VILLAGE OF GAMBELL ET AL. No. 85-1239. 1987. Disponível em: < <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/480/531.html>>. Acesso em: 01 set. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. ROMERO BARCELO v. WEINBERGER. 456 U.S. 305 (1982). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/456/305/>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte de Illinois. Village of Wilsonville v. SCA Services, Inc. 86 Ill. 2d 1 (1981) 426 N.E.2d 824. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/illinois/supreme-court/1981/52885-6.html>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte do Tennessee. Madison v. Ducktown Sulphur, Copper & Iron Co. 113 Tenn. 331, 83 S.W. 658 (1904). Resumo do caso disponível em: <<http://www.invispress.com/law/environmental/madison.html>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US District Court for the Middle District of Louisiana. Ewell v. Petro Processors of Louisiana, Inc., 655 F. Supp. 933 (M.D. La. 1987). Disponível em:

<<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/655/933/1422933/>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **AG 1.0416.13.001009-1/001**. Relatora: Des. Versiani Penna. Julgado em: 18 dez. 2014. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **AI nº 1.0416.13.001009-1/001**. Relatora: Des. Versiani Penna. Julgado em: 18 dez. 2014. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.17.088189-0/001**. Relator: Des. Dárcio Lopardi Mendes. Julgado em: 08 mar. 2018. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisa/>>. Acesso em: 02 set. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1.0625.98.001474-4/001**. Relator: Des. Jarbas Ladeira. Julgado em: 29 jul.2008. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisa/>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 0000540-95.2006.8.12.0012**. Relator: Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. Julgado em 11 mar. 2014. Disponível em: <<https://www.tjms.jus.br/cjsg/>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 2010.004561-0/0000-00**. Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. Julgado em: 03 maio 2010. Disponível em: <<https://www.tjms.jus.br/cjsg/>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 2010.002282-5/0000-00**. Relator: Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. Julgado em: 03 maio 2010. Disponível em: <<https://www.tjms.jus.br/cjsg/>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 2010.003321-3/0000-00**. Relator: Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. Julgado em: 03 maio 2010. Disponível em: <<https://www.tjms.jus.br/cjsg/>>. Acesso em 10 jul. 2018.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 2010.003400-2/0001-00**. Relator: Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. Julgado em: 14 jun. 2010. Disponível em: <<https://www.tjms.jus.br/cjsg/>>. Acesso em 10 jul. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 70000683573**. Relator: Des. Roque Volkweiss. Julgado em: 26 jun. 2001. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 26 jul. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **AC 70069583730**. Relator: Des. Eduardo Uhlein. Julgado em 29 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search>>. Acesso em: 28 jul. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **AC 70026151829**, Relator Des. Jorge Maraschin dos Santos, Julgado em 27out. 2010. Disponível e : < [http:// http://www.tjrs.jus.br/](http://http://www.tjrs.jus.br/)>. Acesso em: 02 set. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. **Agravo de Instrumento 700005267430**. Relator: Des. João Carlos Branco Cardoso. Julgado em: 14 maio 2003. Disponível em: <[http:// http://www.tjrs.jus.br/](http://http://www.tjrs.jus.br/)>. Acesso em: 2 set. 2017.

RONDÔNIA. 3ª Vara Federal. **Processo nº 2008.01.00.065677-1**. Juiz Federal Élcio Arruda. Decisão de 21 nov.2008.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **AC 2008.020378-9**. Relatora: Desa. Sônia Maria Schmitz. Julgado em: 11 jan. 2011. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora>. Acesso em: 02 jul. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apel. Cível 2008.020378-9**. Relatora: Des. Sônia Maria Schmitz. Julgado em: 11 jan. 2011.

Disponível em:

<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora>. Acesso em: 02 jul. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apel. Cível 2008.049652-8**. Relator: Des. Carlos Adilson Silva. Julgado em: 30 ago. 2011.

Disponível em:

<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora>. Acesso em: 02 jul. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 2008.049652-8**. Relator: Des. Carlos Adilson Silva. Julgado em: 30 ago. 2011. Disponível em:

<<https://www.tjsc.jus.br/web/jurisprudencia/inicio>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **AG 546.688.5/9-00**. Relator: Des. Samuel Junior. Julgado em: 21 set. 2006. Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1097050&cdForo=0>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apel. Cível 0001837-**

70.2015.8.26.0356. Relator: Des. Oswaldo Luiz Palu. Julgado em: 05 abr. 2018. Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apel. Cível 0002501-**

83.2014.8.26.0341. Relator: Des. Roberto Maia. Julgado em: 21 jun. 2018. Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>>. Acesso em 02 ago. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apel. Cível 0003992-**

63.2014.8.26.0491. Relator: Des. Roberto Maia. Julgado em: 14 set. 2017. Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 65.809-1. Relator: Des. Renan Lotufo. Julgado em: 13 set. 1988. **Lex Coletânea de Legislação e Jurisprudência**, São Paulo, v. 117, p. 44-54, 1989.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração 000660997.2012.8.26.0577/50000**. Relator Des. Nogueira Diefenthaler. Julgado em: 05 jul. 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível 1642843**. Relator: Des. Johansom Di Salvo. Julgado em: 08 maio 2014. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br>>. Acesso em: 05 maio 2018.

APÊNDICE A –QUADRO DE DECISÕES DO STJ “FATO CONSUMADO” E “MEIO AMBIENTE” OBTIDAS NO BUSCADOR DO CJF EM 26 DE MAIO DE 2018

Tipo de recurso	Origem	Data de Julgamento	Assunto	Ementa ou trecho da decisão monocrática
1)Resp. 650728	SC	23-10-07	Proteção de manguezais e marismas - rejeitou fato consumado	Processual Civil e Ambiental. Natureza Jurídica dos Manguezais e Marismas. Terrenos de marinha. Área de Preservação Permanente. Aterro Ilegal de Lixo. Dano Ambiental. Responsabilidade Civil Objetiva. Obrigação <i>Propter Rem</i> . Nexo de Causalidade. Ausência de prequestionamento. Papel do Juiz na implementação da Legislação Ambiental. Ativismo Judicial. Mudanças Climáticas. Desafetação ou desclassificação jurídica tácita. Súmula 282/STF. Violação do Art. 397 do CPC não configurada. Art. 14, 1º, da Lei 6.938/1981.
2)Resp. 1090968	SP	15-06-10	Área rural – averbação da reserva legal – dever de recuperar – rejeitou fato consumado	Processual Civil. Administrativo. Danos Ambientais. Ação Civil pública. Responsabilidade do Adquirente. Terras Rurais. Recomposição. Matas. <i>Tempus regit actum</i> . Averbação. Percentual de 20%. Súmula 07 STJ. 1. A responsabilidade pelo dano ambiental é objetiva, ante a ratio essendi da Lei 6.938/81, que em seu art. 14, § 1º, determina que o poluidor seja obrigado a indenizar ou reparar os danos ao meio-ambiente e, quanto ao terceiro, preceitua que a obrigação persiste, mesmo sem culpa. Precedentes do STJ:RESP 826976/PR,Relator Ministro Castro Meira, DJ de 01.09.2006; AgRg no REsp504626/PR, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 17.05.2004; RESP263383/PR, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 22.08.2005e EDcl no AgRg no RESP 255170/SP, desta relatoria, DJ

				de 22.04.2003.2. A obrigação de reparação dos danos ambientais é <i>propter rem</i> (...) por isso que a Lei 8.171/91 vigora para todos os proprietários rurais, ainda que não sejam eles os responsáveis por eventuais danos.
3)Resp. 769753	SC	08-09-09	Construção de hotel em área de promontório – STJ rejeitou o fato consumado e alterou a decisão do TRF4 para declarar a responsabilidade solidária do particular conjuntamente com a do Município de Porto Belo	Processual Civil e Administrativo. Ambiental. Ação Civil Pública. Responsabilidade por Dano Causado ao Meio Ambiente. Zona Costeira. Lei 7.661/1988. Construção de Hotel em Área de Promontório. Nulidade de Autorização ou Licença Urbanístico-Ambiental. Obra Potencialmente Causadora de Significativa Degradação do Meio Ambiente. Estudo Prévio de Impacto Ambiental - EPIA e Relatório de Impacto Ambiental - RIMA. Competência para o Licenciamento Urbanístico-Ambiental. Princípio do Poluidor-Pagador (Art. 4º, Vii, Primeira Parte, da Lei 6.938/1981). Responsabilidade Objetiva (Art. 14, § 1º, Da Lei 6.938/1981). Princípio da Melhoria da Qualidade Ambiental (Art. 2º, Caput, Da Lei 6.938/1981).
4)Resp. 1394025	MS AC - N. 2010.00066 0-1/0000-00 - Nova Andradina.	18-10-13	Construção de casas de veraneio em APP. Ordem demolitória. Decisão do TJMS alterada para rejeitar o fato consumado.	Ambiental e Processual Civil. Ação Civil Pública. Ocupação e Edificação em Área de Preservação Permanente-APP. Casas de Veraneio. Margens do Rio Ivinhema/MS. Supressão de Mata Ciliar. Descabimento. Art. 8º da Lei 12.651/2012. Não Enquadramento. Direito Adquirido ao Poluidor. Fato Consumado. Descabimento. Desapropriação não Configurada. Limitação Administrativa. Dano Ambiental e Nexos de Causalidade Configurados. Ausência de Prequestionamento. Súmula 211/STJ.
5)AgRg no AREsp 739253	SC	14-09-15	Demolição de casa em APP. Rejeitou o fato consumado.	PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO

				<p>PERMANENTE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA DO IBAMA. PRECEDENTE. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO.</p> <p>1. Recurso especial em que se discute a aplicação da teoria do fato consumado a construção de casa de alvenaria em APP (margens da barragem Rio Bonito - Rio dos Cedros/SC).</p> <p>2. Inexiste a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido.</p> <p>3. "A atividade fiscalizatória das atividades nocivas ao meio ambiente concede ao IBAMA interesse jurídico suficiente para exercer seu poder de polícia administrativa, ainda que o bem esteja situado em área cuja competência para o licenciamento seja do município ou do estado" (AgRg no REsp 1.373.302/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19/06/2013).</p> <p>4. A alegação da parte recorrente de que há integral cumprimento dos requisitos autorizadores do instituto do art. 62 da Lei 12.651/12 não pode ser conhecida, porquanto demandaria reexame de fatos e provas - incidindo o óbice da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.</p> <p>5. Em tema de direito ambiental, não se cogita em direito adquirido à devastação, nem se admite a incidência da teoria do fato consumado. Precedentes: REsp 1.394.025/MS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 18/10/2013; REsp</p>
--	--	--	--	---

				<p>948.921/SP, Rel.Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 11/11/2009.6. Ao analisar a existência ou não de nulidade nos autos de infraçãoe termo de embargo, esta Corte necessariamente teria de analisar o conjunto fático-probatório dos autos. Tal análise encontra óbice no enunciado da Súmula 7 desta Corte Superior.7. No que pertine ao Recurso Especial interposto pela alínea "c" do inciso III do art. 105 da CF/88, é imprescindível o atendimento dos requisitos dos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, para a devida demonstração do alegado dissídio jurisprudencial, dentre eles a demonstração da identidade das situações fáticas e a interpretação diversa, emprestada ao mesmo dispositivo de legislação infraconstitucional. Agravo regimental improvido.</p>
6)Resp. 1494988	MS AC - Nº 0000519-22.2006.8.1 2.0012 - Ivinhema	18-08-15	<p>Construção de casas de veraneio em APP. Ordem demolitória. Decisão do TJMS alterada para rejeitar o fato consumado.</p>	<p>Processual Civil. Ação Civil Pública Ambiental. Ocupação e Edificação em Área de Preservação Permanente (APP). Margens do Rio Ivinhema/MS. Impossibilidade. Alegação. Fato Consumado. Matéria Ambiental. Não Verificada Exceção Legal Do Art. 61-A do Código Florestal. Alínea C. Não Demonstração da Divergência. 1. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que o juiz tem a faculdade, e não a obrigação, de reconhecer a conexão entre duas ou mais demandas à luz da matéria controvertida, quando concluir pela necessidade de julgamento simultâneo para evitar a prolação de decisões conflitantes em litígios semelhantes. Nesse sentido: REsp 1.496.867/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 14.5.2015, e AgRg nos EDcl no REsp 1.381.341/MS, Rel. Ministro Humberto Martins,</p>

				<p>Segunda Turma, DJe 25.5.2016. 2. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul com o objetivo de condenar o recorrente: (a) a desocupar, demolir e remover as edificações erguidas em área de preservação permanente localizada a menos de cem metros do Rio Ivinhema; (b) a abster-se de promover qualquer intervenção ou atividade na área de preservação permanente; (c) a reflorestar toda a área degradada situada nos limites do lote descrito na petição inicial e (d) a pagar indenização por danos ambientais em valor a ser arbitrado pelo juízo. 3. Em tema de direito ambiental, não se admite a incidência da teoria do fato consumado. Precedentes do STJ e STF. 4. Verificou-se nos autos que houve a realização de edificações (casas de veraneio) dentro de uma Área de Preservação Permanente, assim como a supressão quase total da vegetação local. Constatado tal fato, deve-se proceder, nos termos da sentença, às medidas necessárias para restabelecer à referida área. 5. Cumpre salientar que as exceções legais a esse entendimento encontram-se previstas nos arts. 61-A a 65 do Código Florestal, nas quais decerto não se insere a pretensão de manutenção de casas de veraneio. A propósito: AgRg nos EDcl no REsp 1.381.341/MS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25.5.2016; e REsp 1.362.456/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28.6.2013. 6. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da</p>
--	--	--	--	---

				<p>similitude fático-jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial com base na alínea c do inciso III do art. 105 da Constituição Federal. 7. Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional em Recurso Especial, mesmo que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário. 8. Agravo Interno não provido.</p>
<p>7)Resp. 1494681</p> <p>Precedente Súmula 613 do STJ</p>	<p>MS AC - Nº 0000542-65.2006.8.1.2.0012 - Ivinhema</p>	<p>26-08-15</p>	<p>Construção de casas de veraneio em APP. Ordem demolitória. Decisão do TJMS alterada para rejeitar o fato consumado.</p>	<p>PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EDIFICAÇÃO EM ÁREA DE PROTEÇÃO PERMANENTE. PROXIMIDADE DE LEITO DE RIO. CASAS DE VERANEIO. ILEGALIDADE. SITUAÇÃO NÃO ABRANGIDA PELAS EXCEÇÕES LEGAIS PREVISTAS NOS ARTS. 61-A A 65 DA LEI 12.651/2012. 1. Na origem cuida-se de ação civil pública promovida pelo Ministério Público com o objetivo de condenar o recorrido: (a) a desocupar, demolir e remover as edificações erguidas em área de preservação permanente localizada a menos de 100m do Rio Ivinhema; (b) a abster-se de promover qualquer intervenção ou atividade na área de preservação permanente; (c) a reflorestar toda a área degradada situada nos limites do lote descrito na petição inicial; (d) a pagar indenização por danos ambientais em valor a ser arbitrado pelo juízo. 2. O art. 557</p>

				do CPC possibilita que, por decisão monocrática, o relator deixe de admitir recurso, entre outras hipóteses, quando manifestamente improcedente ou contrário à súmula ou a entendimento jurisprudencial dominante no Tribunal de origem. Ademais, eventual nulidade da decisão monocrática fica superada com a reapreciação do recurso pelo órgão colegiado na via de agravo regimental. 3. No caso concreto, as instâncias ordinárias constataram que há edificações (casas de veraneio), inclusive com estradas de acesso, dentro de uma Área de Preservação Permanente, com supressão quase total da vegetação local. 4. Constatada a degradação, deve-se proceder às medidas necessárias para recompor a área.
8)Rec. em Mandado de Segurança 28.220 Precedente Súmula 613 do STJ	DF	23-02-2012	Construção em área pública situada em APA – Rejeitou o fato consumado.	RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. DESOCUPAÇÃO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL. RECURSO RECEBIDO EM SEU EFEITO SUSPENSIVO, COM O SOBRESTAMENTO PROVISÓRIO, ATÉ O JULGAMENTO FINAL DO RECURSO, DE QUALQUER MEDIDA QUE IMPLIQUE NA DESOCUPAÇÃO PRETENDIDA PELO PODER PÚBLICO, EM EXECUÇÃO DE JULGADO.
9)AIRES P no RESP 1.382.576	MS AC - N. 2010.00283 3-9/0000-00 Nova Andradina	13-06-17	Construção de casas de veraneio em APP – Aplicação retroativa do Novo Código Florestal – rejeição ao fato consumado.	ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. Agravo interno no recurso especial. Ação civil pública. Ocupação e edificação em área de preservação permanente, nas proximidades do rio Ivinhema/MS. Supressão da vegetação. Concessão de licença administrativa. Ilegalidade. Inaplicabilidade da teoria do fato consumado, em matéria de direito ambiental.

				Dever de reparação do agente causador do dano ambiental. Precedentes do STJ, em casos idênticos. Agravo interno improvido.
10)Resp. 1389613	MS AC-N. 2010.00264 2-1/0000-00 - Nova Andradina.	16-02-17	Construção de casas de veraneio em APP. Ordem demolitória. Decisão do TJMS alterada para rejeitar o fato consumado.	Apelação Cível Ação Civil Pública Ambiental Preliminares não Conhecimento do Recurso por Ausência de Preparo Afastada não Conhecimento do Recurso por Intempestividade Nulidade da Sentença por Ausência de Interesse de Agir e por Deficiência do Relatório Nulidade do Processo pela Necessidade de Litisconsórcio e pela Existência se Litispendência Afastadas Mérito Ocupação e Edificação em Área de Preservação Permanente (APP) Margens do Rio Ivinhema Existência de Autorização do Órgão Competente Imasul Possibilidade Matéria Ambiental Competência da União, dos Estados e dos Municípios Direito de Propriedade Impossibilidade de Adoção de Medidas Extremas Observância dos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade Sentença Reformada Recurso Provido.
11)Resp. 1391986	MS AC - Nº 0006188- 70.2008.8.1 2.0017 - Nova Andradina	02-08-16	Construção de casas de veraneio em APP. Ordem demolitória. Decisão do TJMS alterada para rejeitar o fato consumado.	Trata-se de Recurso Especial, interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, em 05/04/2013, com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, o qual considerou que, apesar de os réus promoverem edificações em Área de Preservação Permanente, com supressão da vegetação, em afronta à legislação ambiental, a situação se encontrava consolidada, em razão de prévia licença concedida pelo Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul - IMASUL, sendo, assim, descabida a aplicação das

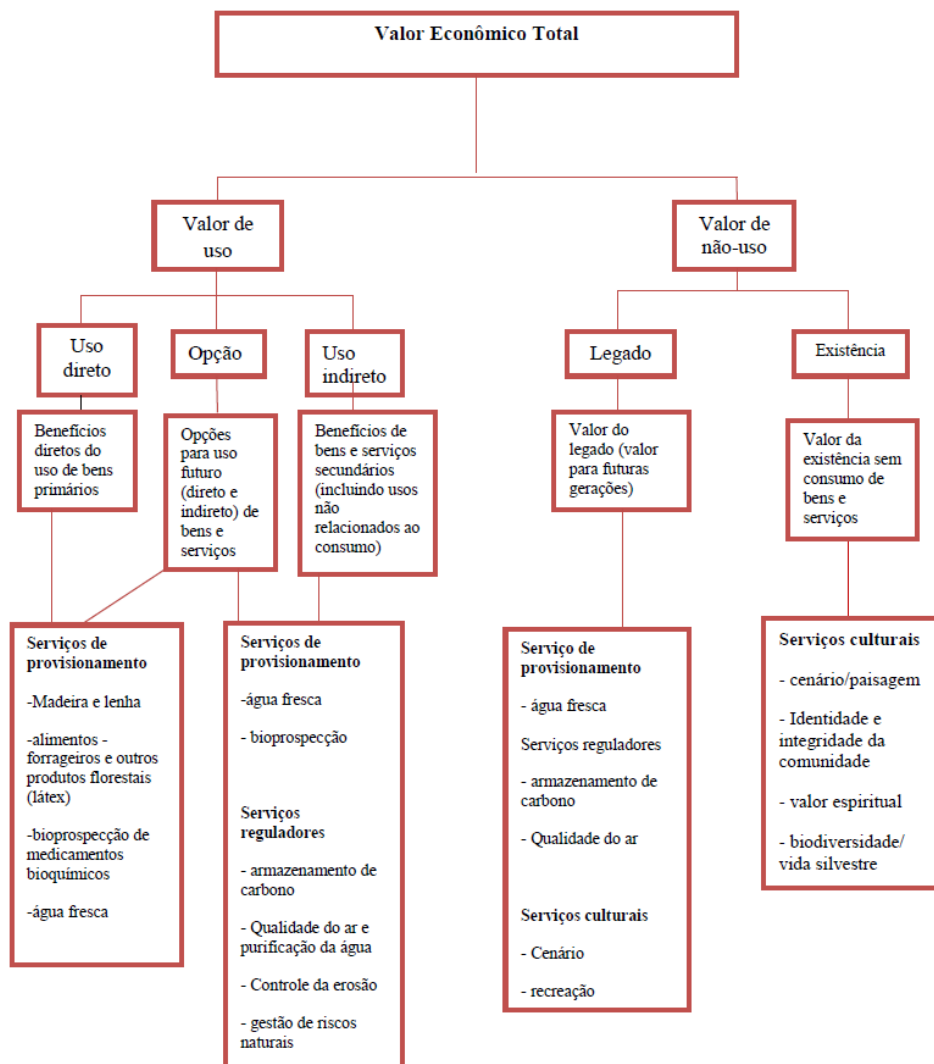
				medidas de desocupação, demolição de edificações e reflorestamento da área, determinadas pela sentença, sob pena de ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.
12)Resp. 1510476	MS AC - Nº 0000511- 45.2006.8.1 2.0012 - Ivinhema	07-11-17	Construção de casas de veraneio em APP. Ordem demolitória. Decisão do TJMS alterada para rejeitar o fato consumado.	Direito Administrativo. Enunciado Administrativo 2/STJ. Ação Civil Pública Ambiental. Edificação em Área de Proteção Permanente. Margem do Rio Ivinhema/MS. Casas de Veraneio. Fato Consumado em Matéria Ambiental. Inexistência.
13)AIRES P 1363943	SC	07-11-2017	Construção em APP. TJSC manteve a construção. Ordem demolitória determinada com rejeição ao fato consumado.	PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR DANO AMBIENTAL. EDIFICAÇÃO ÀS MARGENS DE RIO. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DEMOLIÇÃO. TEORIA DO FATO CONSUMADO. NOVA APLICAÇÃO. LEGISLAÇÃO. <i>TEMPUS REGIT ACTUM</i> .
14) AIDARESP 359140	MS AC - Nº 0006188- 70.2008.8.1 2.0017 - Nova Andradina	07-12-07	Construção de casas de veraneio em APP. Ordem demolitória. Decisão do TJMS alterada para rejeitar o fato consumado.	ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OCUPAÇÃO E EDIFICAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE, NAS PROXIMIDADES DO RIO IVINHEMA/MS. SUPRESSÃO DA VEGETAÇÃO. CONCESSÃO DE LICENÇA ADMINISTRATIVA. ILEGALIDADE. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO FATO CONSUMADO, EM MATÉRIA DE DIREITO AMBIENTAL. DEVER DE REPARAÇÃO DO AGENTE CAUSADOR DO DANO AMBIENTAL. PRECEDENTES DO STJ, EM

				CASOS IDÊNTICOS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.
15)Resp. 1.355.428	MS AC - Nº 2010.00340 02/000000 Nova Andradina.	26-06-16	Construção de casas de veraneio em APP. Ordem demolitória. Decisão do TJMS alterada para rejeitar o fato consumado.	Embargos de Divergência. Alegação de Prevenção. Competência Relativa. Sujeição à Preclusão. Acórdão Embargado em Conformidade com a Jurisprudência Consolidada do STJ. Súmula 168/STJ. Divergência não Demonstrada. Embargos de Divergência Indeferidos Liminarmente. Decisão Vistos.
16)Resp. 1.495.757	MS AC - Nº 0000522- 74.2006.8.1 2.0012 - Ivinhema	01-08-16	Construção de casas de veraneio em APP. Ordem demolitória. Decisão do TJMS alterada para rejeitar o fato consumado.	Apelação Cível - Ação Civil Pública de Obrigação de Fazer - Preliminares - Nulidade da Sentença por Ausência de Julgamento Único - Reconhecimento Parcial, do Recurso - Necessidade de um Recurso para Cada Sentença - Afastadas - Mérito - Ocupação e Edificação em Área de Preservação Permanente (APP) - Margens do Rio Ivinhema - Possibilidade - Matéria Ambiental - Competência da União, dos Estados e dos Municípios - Direito de Propriedade - Impossibilidade de Adoção de Medidas Extremas ~ Observância dos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade Laudo Pericial - Comprovação do Baixo Impacto Ambiental - Consolidação das Edificações - Artigo 61 -A, Caput E § 12, da Lei N.O 12.651/2012 -Multa Embargos Declaração - Afastada - Prequestionamento - Sentença Reformada - Recurso Conhecido e Provido.
17) AINTARESP12 1974	SP	17-04-18	Construção na margem da represa Billings. Ordem demolitória. Decisão do TJSP alterada para rejeitar o fato consumado.	ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE RETROAÇÃO DO SISTEMA NORMATIVO DO CÓDIGO FLORESTAL PARA REDUZIR,

				<p>SEM AS NECESSÁRIAS COMPENSAÇÕES AMBIENTAIS, O PATAMAR DE PROTEÇÃO DE ECOSISTEMAS FRÁGEIS OU ESPÉCIES AMEAÇADAS DE EXTINÇÃO. ACÓRDÃO EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.</p> <p>I - Trata-se de ação civil pública ambiental ajuizada pela Prefeitura Municipal de Santo André em decorrência da construção de obra irregular sem as devidas licenças ambientais, realizada pelo réu, em área de proteção aos mananciais (APA) e margem da Represa Billings.</p> <p>II - A ação foi julgada procedente pela r. sentença de fls. 340/343 que condenou o réu, ao cumprimento de obrigações de fazer consistentes em: i) promover a demolição da obra irregular identificada nos autos; ii) recompor a vegetação de antanho; iii)remover os materiais derivados da demolição para fora da área de mananciais, dispensando-os em aterro legalizado; iv) eliminar os processos erosivos decorrentes.</p> <p>III - No STJ firmou-se entendimento no sentido de que, em tema de direito ambiental, não se admite a incidência da teoria do fato consumado. Assim, devidamente constatada a edificação, em área de preservação, a concessão de licenciamento ambiental ou a sua regularização, por si só, não afastam a responsabilidade pela reparação do dano causado ao meio ambiente. Nesse sentido: STJ, REsp 1.394.025/MS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/10/2013; REsp 1.362.456/MS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 28/06/2013.</p> <p>IV - Na forma da jurisprudência,</p>
--	--	--	--	---

			<p> "o novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, os direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da 'incumbência' do Estado de garantir a preservação e a restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, D) (AgRg no REsp 1.434.797/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/05/2016, DJe 07/06/2016)" (STJ, AgInt no AgInt no AREsp 850.994/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES SEGUNDA TURMA, DJe de 19/12/2016). Ademais, as exceções legais, previstas nos arts. 61-A a 65 do Código Florestal (Lei 12.651/2012), não se aplicam para a pretensão de manutenção de casas de veraneio, como na hipótese. Nesse sentido: STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.447.071/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 02/02/2017; AgInt nos EDcl no REsp 1.468.747/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/03/2017; AgRg nos EDcl no REsp 1.381.341/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/05/2016. V - Agravo interno improvido. </p>
--	--	--	---

APÊNDICE B – A ECONOMIA DOS ECOSSISTEMAS E DA BIODIVERSIDADE - TEEB



Fonte: KUMAR, Pushpam (Ed.). **The economics of ecosystems and biodiversity: the Ecological and Economic Foundations**. Londres: Routledge, 2010, p. 236.