

## DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL AO MEIO AMBIENTE DIGNO NO BRASIL: ESTUDO DE CINCO CASOS CONCRETOS

### SOCIAL FUNDAMENTAL RIGHT TO DECENT ENVIRONMENT IN BRAZIL: STUDY OF FIVE CONCRETE CASES

Rogério Gesta Leal\*  
Maria Cristina Cereser Pezzella\*\*

**Resumo:** Com o presente artigo objetivou-se discutir sobre o direito fundamental social ao meio ambiente digno no Brasil, alicerçando-se em cinco casos concretos complexos, nos quais em sua maior parte, a intervenção do Ministério Público Estadual e do Ministério Público Federal serviu de protagonista na defesa dos direitos fundamentais individuais, coletivos e difusos. Os cinco casos concretos ocorreram no território brasileiro e foram levados ao judiciário, que conduziu os conflitos de formas peculiares em cada uma das circunstâncias. Há, no presente estudo, o relato de agendamento e realização de audiência pública que envolveu toda a comunidade e restou exitosa na composição do litígio. Os casos concretos selecionados, em apartada síntese, são: I – Ação Civil Pública: proposta que pediu indenização e cumprimento de obrigação de fazer relativa ao alegado impacto ambiental decorrente de venda de unidades condominiais sem o devido tratamento dos desejos domésticos, que estavam sendo depositados diretamente no arroio que cruza a cidade e no qual se faz captação de água para abastecimento da população; II – Ação Civil Pública: interposta pelo Ministério Público

Estadual do Estado do Rio Grande do Sul e o Consórcio de Saúde, que pediu o deferimento de tutela antecipada com a imediata suspensão do início de qualquer obra para a construção do Hospital Regional – Rede Sarah em virtude da inadequação do terreno indicado para edificação; III – Ação Civil Pública: proposta pelo Ministério Público Federal de Santa Catarina, que pedia a recomposição do meio ambiente degradado em razão de construções irregulares realizadas na Praia Brava e na dos Amores; IV – O Tribunal Federal da 4ª Região decidiu pedido formulado por empresa concessionária de serviço público de energia elétrica para que fosse suspensa a execução de liminar concedida em primeiro grau; V – Ação Civil Pública: tramitou na Justiça Federal envolvendo os Estados de Santa Catarina e Rio Grande do Sul em que a Usina Hidrelétrica Barra Grande teria obtido laudo nulo, uma vez que não previa a derrubada de vegetação primária e secundária em estado de regeneração envolvendo mata Atlântica, com florestas de Araucárias e respectiva biodiversidade.

**Palavras-chave:** Direito fundamental social. Meio ambiente digno. Estudo de casos concretos.

\* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; Professor do Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; gestaleal@gmail.com

\*\* Doutora em Direito em Universidade Federal do Paraná; Advogada; Professora do Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Avenida Nereu Ramos, 3777 D, Seminário, 89813-000, Chapecó, SC, Brasil, maria.pezzella@unoesc.edu.br

**Abstract:** This article aims to discuss the fundamental social right to a decent environment in Brazil, based on five concrete complex cases whose trials were conducted in a peculiar way in accordance to each circumstances. Thus, first, there will be exposed the current Brazilian legal treatment concerning the defense of the environment, as enshrined in the Federal Constitution. In advanced, it will step into the case-by- case analysis, which selected individual suitcases will be reported and analyzed so that it can, in the end, assess the treatment of possible solutions to disputes. In synthesis, considerations concerning five litigations shall be deliberated: compensation to the environmental impact resulting from the sale of condominium units without proper treatment of domestic sewage; the performance by the Public Prosecution of the State of Rio Grande do Sul who called a halt to the commencement of any work for the construction of the Regional Hospital – Sarah Network due to of the inadequacy of the land suitable for building; the request, by the Federal Public Prosecutor of Santa Catarina, regarding the degraded environment due to irregular constructions held in Brava Beach and Amores; The trial for the suspension of a hydropower construction execution, on the grounds of a possibility of irregular award of grants; Finally, the suitcase in which the power plant Barra Grande would have gotten forged report, since it did not foresee the collapse of primary and secondary vegetation in regeneration state involving forest, with forests of Araucaria and other biodiversity.

**Keywords:** Social Fundamental Rights. Environmental Law. Case Studies.

## Notas Introdutórias

Pretende-se enfrentar o tema da relação entre meio ambiente e ordem econômica no Brasil, notadamente para os fins de estabelecer como isso deve ser considerado na decisão de casos judiciais concretos que envolvam bens e interesses ambientais e econômicos. Para tanto, são tecidas algumas considerações preambulares sobre o tratamento normativo que é dado ao meio ambiente na ordem constitucional e como isso se conecta à ordem econômica; após, serão constituídas algumas ferramentas argumentativas para auxiliar o deslinde de conflitos que possam se estabelecer no particular.

### 1 Meio ambiente, ordem econômica constitucional brasileira à luz dos direitos fundamentais

Habermas (1988, p. 47) defende que há uma relação interna e condicionante, e não meramente histórica e contingente associação, entre as normas jurídicas e a democracia, com suas representações institucionais, tal qual ocorre com a relação entre as previsões formais de equidade e suas dimensões materiais, pois, do contrário, esvaziaria-se o próprio sentido de sistema jurídico como um todo. Nessa perspectiva, a relação evidencia-se no âmbito do conceito de lei como resultado de procedimentos que veiculam os interesses sociais pela via da comunicação e da interlocução dos sujeitos afetados pela norma, pondo-se como mais democráticos aqueles procedimentos que mais se aproximam da manifestação da vontade popular direta. Habermas (1988, p. 493) refere:

*A legal order is legitimate to the extent that it secures the equally fundamental private and civic autonomy of its citizens; but at the same time it owes its legitimacy to the forms*

*of communication which are essential for this autonomy to express and preserve itself. That is the key to a proceduralist conception of law.<sup>1</sup>*

Como se estabelece a relação existente entre a manifestação da vontade social diante do sistema jurídico que a regula no cotidiano de seu evolver? É pela via da transmutação dessa vontade em códigos normativos constitucionais e infraconstitucionais visualizáveis, tanto princípios quanto regras. Os comandos vinculantes estabelecem, em caráter exemplificativo, as possibilidades emancipatórias do convívio social, confirmando suas funções civilizatórias e compromissórias à inclusão dos sujeitos de direitos na ambiência do tecido social.

A noção de espaço público compreendido a partir da categoria de esfera pública burguesa delineada por Habermas, em razão de sua conexão com a democracia e seus efeitos reflexos diante das tecnologias de informação e comunicação, permite dizer, também, que as normas insertas no sistema jurídico vigente, enquanto deontológicas, na forma de princípios ou de regras, constituem um momento objetificante das normas axiológicas previamente demarcadas pelo processo político e legislativo legítimo da manifestação de vontade da soberania popular, identificando as eleições comunitárias atinentes à vida que desejam partilhar, a partir dos pressupostos mínimos existentes para tanto e constituídos por essa mesma Soberania. Por isso: “[...] *the basic rights to conditions of life which are socially, technically and ecologically secure to the degree necessary for equal ability to make use of rights.*” (HABERMAS, 2004, p. 50).

Nessa trilha, importa identificar de que maneira tais parâmetros normativos discutem o tema do meio ambiente, objeto deste estudo. Os sistemas jurídicos ocidentais podem ser compreendidos em, ao menos, duas acepções: a gramatical (ante os seus enunciados que pretensamente estão racionalmente constituídos e concatenados) e a pragmática (vista como projeção empírica de seus comandos sobre a realidade circundante do cotidiano das pessoas). Assim, pode-se dizer que o sistema jurídico é sempre o que ele expressa e a sua *testificação empiriocriticista* (VERDROSS, 1982, grifo nosso) – haja vista a complexidade do processo relacional que ele mantém com a conjuntura incontrolável do tempo e do espaço em que opera. Pode-se, também, sustentar que as formas de interpretação e aplicação do sistema jurídico assim concebido devem ter presente a criação de condições para que a norma interpretada e aplicada ao caso concreto tenha eficácia em razão do tempo e do espaço, sempre no sentido da realização dos elementos axiológicos que o fundaram e o vinculam a todos e sob sua égide.

Assevera-se que de nada adianta a aplicação de norma que venha a ser absolutamente desconectada de uma realidade histórica que não mais comporta aquela interpretação, ou que não

<sup>1</sup> Tal perspectiva se afasta da assertiva de que as teses de Habermas pretendem instituir uma salvaguarda às relações sociais que não é de ordem jurídica, o que implicaria uma autonomia da Sociedade diante do Direito (como quer Streck (2005, p. 176), isso porque, na realidade, quaisquer salvaguardas – institucionais ou não – dos sujeitos de direito são trabalhadas pelo filósofo Tedesco numa acepção epistemológico-argumentativa, tomando como pressuposto lógico-constitutivo o seu processo/procedimento de construção, bem como a forma de operacionalização individual e coletiva delas, reciprocamente condicionadas pela necessidade de justificação e fundamentação racional-comunicativa. Assim, é óbvio que é a ordem jurídica legitimamente forjada por consensos comunicativos que garante a autonomia não diretamente da sociedade, mas dos sujeitos que a constituem (os quais, por sua vez, ensejam a formatação de um modelo de Sociedade historicamente situada e compromissada, axiológica e deontologicamente).

considere o universo de variáveis presentes empiricamente no caso. O contrário não pode ocorrer, que seria o intérprete responsável pela aplicação da norma ao caso concreto deixar de dar o seu correto direcionamento valorativo, oferecido pela Constituição, especialmente por seus princípios fundamentais.

Por outra perspectiva, a noção de sistema jurídico que se tomou como base precisa ser compreendida sob a ótica revelada pelo pensamento sustentado por Savigny (1960), no sentido de, permanentemente, lembrar a necessária concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de Direito a uma grande unidade ordenadora das relações sociais.

Compreendida a unidade sistêmica, à luz do que dispõe Alexy (1997, p. 174), em três níveis, que se constituem em *regras, princípios e procedimentos*; fundada, pois, na ideia da razão prática do direito, passível de controle e constituição dialógica pelos atores atingidos ou envolvidos em qualquer relação intersubjetiva decisional sobre interesses e pretensões, privadas e públicas. Refere o autor:

*Hay que excluir un legalismo estrictamente orientado por las reglas. Por razones de racionalidad práctica, es irrenunciable la presencia de principios y con ello – dicho con otra terminología – de valores en el sistema jurídico. En un Estado constitucional democrático, los principios tienen si no exclusivamente sí en una buena parte su ubicación jurídico-positiva en la Constitución. (ALEXY, 1997, p. 176).*

Verifica-se que quando o sistema jurídico brasileiro dispõe sobre o meio ambiente, o faz pela via de dispositivos de natureza principiológica e regratória, alguns inscritos no art. 225, da Constituição Federal de 1988, e noutros comandos dispersos tanto na Carta Política quanto na legislação infraconstitucional, que orientam a interpretação e aplicação da legislação e, também, da política ambiental, entre os quais se destacam os seguintes: o princípio da prevenção, o princípio do poluidor-pagador ou princípio da responsabilização e o princípio da cooperação ou da participação (DERANI, 2004, p. 164 e ss). Esses princípios estão condensados, ao lado de outros, nas disposições normativas federais, estaduais e municipais brasileiras atinentes à espécie.

Decorre daqui a tese de que a política ambiental não prescinde apenas da atuação do poder público, mas de ações solidariamente responsáveis que envolvam tanto o Estado quanto a coletividade. Grau (2004, p. 119) defende esse pensamento assim:

[...] os administradores, de meros beneficiários do exercício da função ambiental pelo Estado que eram, passam a ocupar a posição de destinatários do dever-poder de desenvolver comportamentos positivos, visando àqueles fins. Assim, o traço que distingue a função ambiental pública das demais funções estatais é a não exclusividade do seu exercício pelo Estado.

Noutro enfoque, qualquer política ambiental tem que considerar:

- a) adotar medidas preventivo-antecipatórias no lugar de medidas repressivo-mediadoras;
- b) controlar a poluição na fonte, em sua origem (especial e temporal);
- c) criar polícia ambiental exercida no comando de obrigar o poluidor a corrigir e recuperar o ambiente (CANOTILHO, 1993, p. 47).

Cabe perquirir de qual meio ambiente trata o sistema jurídico brasileiro? É comum se afirmar que o conceito de meio ambiente, atualmente, tem obtido ampliação significativa, inclusive em termos de espécies distintas, mas integradas, como meio ambiente natural e meio ambiente artificial, que, por sua vez, subdivide-se em meio ambiente artificial ou urbano, meio ambiente cultural, meio ambiente do trabalho, entre outras classificações que poderiam ser agregadas, como o ciberespaço. Nessa estrada, o meio ambiente artificial é a criação humana: material e intelectual, o patrimônio histórico e o meio ambiente do trabalho humano – em que são tutelados bens atinentes à saúde e à segurança do trabalhador –, cabendo ao empregador – por meio do método preventivo e de maneira objetiva –, arcar com o risco inerente às atividades desenvolvidas pelo empregado.

Compreendida a relação do meio ambiente com a ordem econômica, comporta observar o que dispõe o art. 170, da Constituição Federal, que foi alterado pela Emenda Constitucional n. 42, de 19 de dezembro de 2003, pois, nesse sentido, a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo, por fim, assegurando a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado, entre outros princípios, o estabelecido no inciso VI, a saber: *defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação*.<sup>2</sup> Por evidente, nada mais coerente do que essa alteração realizada pela Emenda Constitucional diante da prioridade que a ordem econômica confere ao assegurar para todos existência digna, o que somente existe com o meio ambiente ecologicamente equilibrado, possibilitando a sadia qualidade de vida de todos.<sup>3</sup> Nessa perspectiva é que o próprio conceito de dano ambiental também foi ampliado, para atender aos multifacetados caracteres do conceito de meio ambiente anteriormente descrito. É importante salientar que a doutrina insiste no fato de que “[...] dano ambiental é a lesão aos recursos ambientais, com consequente degradação – alteração adversa ou in pejus – do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida. (MILARÉ, 2001, p. 421-422).<sup>4</sup> Constata-se, também, que os recursos ambientais sob a perspectiva normativa, consoante os termos do art. 3º, inc. V, da Lei Federal n. 6.938/1981, são: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.

O jurista Paulo Affonso Leme Machado defende e define o dano ambiental como aquele sofrido pelo conjunto do meio natural ou por um de seus componentes, considerando patrimônio coletivo, independentemente de suas repercussões sobre pessoas e bens. É a lesão (alteração, prejuízo de um fator ambiental ou ecológico, ar, água, solo, floresta, clima, etc.) que gera uma modificação – para pior – da condição de equilíbrio ecológico do ecossistema local ou abrangente (MACHADO, 2002, p. 118).<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Faça uma abordagem ampliada dessa discussão na obra Leal (1998).

<sup>3</sup> Portanto, destoando da orientação economicista de Coase (1960, p. 16), para quem, por mais que se fixasse legalmente o direito de um condomínio exigir medidas ambientalistas de uma fábrica que estivesse poluindo o ambiente vivido, se os custos de remoção do condomínio fossem inferiores aos custos de tais medidas, a fábrica deveria pagar aos condôminos para que se mudassem, ao invés de reduzir seus níveis de poluição.

<sup>4</sup> Ver, também, o excelente texto de Bachelet (2004).

<sup>5</sup> Ver igualmente o trabalho de Freitas (1998).

Decorrem as preocupações com a questão, por exemplo, da sustentabilidade, aqui entendida fundamentalmente nas suas dimensões: social, verdadeira finalidade do desenvolvimento; cultural; do meio ambiente; e, econômica. Nesse particular, é preciso atentar para o fato de que a essas questões estão associadas tantas outras, como a distribuição territorial equilibrada de assentamentos humanos e atividades, afigurando-se a sustentabilidade econômica não como condição prévia para as anteriores, mas variável, que deve ser mensurada contingencialmente, considerando-se as demais sustentabilidades; estão presentes, aqui, também, questões relativas à existência ou falta de governabilidade política e à geração de políticas públicas curativas e preventivas das sustentabilidades referidas.<sup>6</sup>

Leff (2005, p. 31) defende com vigor o fato de que

[...] o princípio de sustentabilidade surge como uma resposta à fratura da razão modernizadora e como uma condição para construir uma nova racionalidade produtiva, fundada no potencial ecológico e em novos sentidos de civilização a partir da diversidade cultural do gênero humano.

Esse pensamento é comungado pelo magistrado federal Zenildo Bodnar ao referir que a sustentabilidade deve ser entendida como imperativo ético tridimensional: “[...] implementado em solidariedade sincrônica com a geração atual, diacrônica com as futuras gerações, e em sintonia com natureza, ou seja, em benefício de toda a comunidade de vida e com os elementos abióticos que lhe dão sustentação.” (BODNAR, 2009).<sup>7</sup>

A doutrina brasileira especializada destaca a importância de um outro princípio, o da *precaução*, como um dos principais orientadores das políticas ambientais, além de ser elemento estruturante do direito ambiental. No Direito Positivo Brasileiro, o Princípio da Precaução tem seu fundamento na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81), mais especificadamente no seu artigo 4º, I e IV, que expressa a necessidade de haver um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a utilização dos recursos naturais e, também, introduz a avaliação do impacto ambiental como requisito para a instalação da atividade industrial. A Constituição Federal vigente, da mesma forma, incorporou o Princípio da Precaução em seu artigo 225, § 1º, V, ao asseverar que “[...] todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” (BRASIL, 1988). Tais perspectivas estão a impor ao Estado e à coletividade uma nova postura e comportamento em relação às questões ambientais, pois tais princípios exigem que sejam adotadas medidas ambientais que, em um primeiro momento, obstem o início de uma atividade potencialmente (e/ou) lesiva ao meio ambiente, atuando, também, quando o dano ambiental já está concretizado, para que os efeitos danosos sejam minimizados ou cessados.

<sup>6</sup> Ver o texto de Sachs (2002).

<sup>7</sup> No mesmo texto ainda adverte o autor: “A sustentabilidade deve ser compreendida e operacionalizada numa tríplice dimensão: ecológica, econômica e social. Deve representar não apenas a garantia da manutenção futura dos bens ambientais, mas também a melhora das condições gerais de vida para as futuras gerações. Esta é uma imposição peremptória do princípio da equidade intergeracional.” (BODNAR, 2009).

A partir da ideia de precaução, consagra-se o critério da probabilidade na tomada de decisões que envolvam a questão ambiental, em detrimento do critério da certeza. Assim, ao demandado incumbe o dever de demonstrar, efetivamente, que a atividade desenvolvida não é lesiva ao meio ambiente, exigindo-se, portanto, certeza absoluta da ofensividade de sua prática, e ao demandante cabe demonstrar que há probabilidade da ocorrência do dano. No manejo desse sistema jurídico, importa ter presentes alguns critérios de aplicação das normas, regras e princípios, por procedimentos racionais e controláveis, entre os quais se destaca o da ponderação dos interesses envolvidos. Tem-se, então, na dicção de Barros (2000, p. 172), que:

A questão da ponderação radica na necessidade de dar a esse procedimento um caráter racional e, portanto, controlável. Quando o intérprete pondera bens em caso de conflito entre direitos fundamentais, ele estabelece uma precedência de um sobre o outro, isto é, atribui um peso maior a um deles. Se se pode estabelecer uma fundamentação para esse resultado, elimina-se o irracionalismo subjetivo e passa-se para o racionalismo objetivo.

Para Antunes (2001, p. 79, e ss),<sup>8</sup> a precaução não apenas deve estar presente para impedir o prejuízo ambiental, que possa resultar das ações ou omissões humanas, como deve atuar para a prevenção oportuna desse prejuízo. Evita-se o dano ambiental por meio da prevenção no tempo certo. Essa nova dimensão do direito ambiental com seus elementos normativos postos tem inaugurado ações administrativas e judiciais preventivas que não se limitam à eliminação dos efeitos lesivos ao meio ambiente, mas antecipam e previnem a ocorrência de uma atividade potencialmente danosa.

Precaução é cuidado. O princípio da precaução está ligado aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, como também de sustentabilidade ambiental das atividades humanas. Este princípio é a tradução da busca da proteção da existência humana, seja pela proteção de seu ambiente como pelo asseguramento da integridade da vida humana. A partir desta premissa, deve-se também considerar não só o risco eminente de uma determinada atividade, como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda densidade. (DERANI, 2002, p. 167).

Há uma discussão interessante, nesse sentido, de Virgílio da Silva, no sentido de que a proporcionalidade e a razoabilidade são instrumentos diferentes, seja por sua origem histórica seja pelo modo de operação, e essa diferenciação deve ser considerada, na medida em que a aplicação de um ou de outro método traduz consequências distintas. A regra da proporcionalidade, enquanto desdobramento lógico da estrutura dos direitos fundamentais, deveria ser aplicada de forma estruturada, a partir do exame da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, em sua visão, ela exigiria um rigor argumentativo muito maior que o da razoabilidade, em que simplesmente se verificaria a compatibilidade entre meios e fins da medida estatal (SILVA, 2002, p. 23-50; SILVA, 2003, p. 607-630.). O autor, fazendo uma adequada crítica a determinadas posições do próprio Su-

<sup>8</sup> Da mesma forma, Machado (2001, p. 57).



premo Tribunal Federal, lembra que a invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um *topos*, com caráter meramente retórico e não sistemático.

Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula ‘a luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional’. [...] não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados. (SILVA, 2002, p. 31).

É com base nesse racionalismo objetivo que Canotilho (2002, p. 1174) assevera que “[...] as ideias de ponderação (*Abwägung*) ou de balanceamento (*Balancing*), surgem em todo o lado onde haja necessidade de encontrar o direito para resolver casos de tensão (*Ossenbühl*) entre bens juridicamente protegidos.<sup>9</sup> Aqui é que o enquadramento sistêmico-constitucional ganha fôlego na solução do caso concreto, mediado pela interpretação do operador do direito, para dar relevo à ideia de que:

No momento de ponderação está em causa não tanto atribuir um significado normativo ao texto da norma, mas sim equilibrar e ordenar bens conflitantes (ou, pelo menos, em relação de tensão) num determinado caso [...] A actividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens. (CANOTILHO, 2002, p. 1179).<sup>10</sup>

Realizadas as ponderações apontadas anteriormente, permite-se trazer ao conhecimento do público leitor casos concretos que são capazes de conferir maior visibilidade às discussões travadas em tribunais brasileiros referentes ao meio ambiente e à ordem econômica, como se verá a seguir.

### 1.1 Primeiro Caso

O primeiro caso concreto submetido à testificação dos argumentos construídos anteriormente envolve Agravo de Instrumento interposto pelo Ministério Público, nos autos da Ação Civil Pública proposta contra Município gaúcho e empresa nele estabelecida,<sup>11</sup> em face da decisão assim exarada:

Conforme já declarado na decisão de fl.196, mantida pelo egrégio Tribunal de Justiça (fl.254), “a exigência legal de tratamento dos despejos domésticos parece ter sido cumprida (adoção do sistema de fossa séptica – decreto n° 23.430/74, art. 106) e ainda não há prova do descumprimento das condições previstas no art. 108 do mesmo diploma” O ônus da prova, portanto, incumbe ao autor. Digam o autor e a ré se têm interesse em produzir outras provas, em 05 dias [...]

<sup>9</sup> Ver também o texto Canotilho (2007).

<sup>10</sup> Na mesma direção ver o texto de Benjamin (2007).

<sup>11</sup> No âmbito do Agravo de Instrumento n. 70015155823, da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de minha relatoria.



Nas suas razões, o agravante argumentou que a ação civil proposta visa à indenização e à obrigação de fazer relativa ao suposto impacto ambiental decorrente da venda das unidades condominiais e, segundo os elementos constantes nos autos da referida ação, o efluente doméstico proveniente do conjunto é depositado diretamente em arroio que cruza a cidade e do qual se faz a captação de água para abastecimento da população. Diga-se de pronto que o ora agravante já havia postulado, quando da interposição da exordial, liminarmente: (a) a proibição de comercialização das unidades habitacionais, sem que os esgotos produzidos nas futuras construções fossem encaminhados ao tratamento adequado; (b) que a segunda agravada realizasse, às suas expensas; o *recall* das unidades habitacionais no referido condomínio, (c) a fixação de multa de R\$ 1.000 (um mil reais) por dia de atraso no prazo estabelecido para implementação do *recall* e multa de R\$ 10.000 (dez mil reais) por unidade habitacional comercializada, sem a adoção das providências anteriores.

Tais perquirições foram indeferidas na época e, interposto agravo de instrumento, a decisão foi mantida pela 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sob o fundamento de que, diante da relevância e complexidade da demanda, impunha-se a dilação probatória. Em novo Agravo de Instrumento, sustentou o cabimento da inversão do ônus da prova, eis que o caso em debate se enquadra no que dispõe o art. 6º, art. 12 e seguintes, do Código de Defesa do Consumidor, no que se refere à responsabilidade dos fatos danosos decorrentes dos produtos ou serviços, bem como nos termos do art. 17, do mesmo diploma legal, uma vez que, para o caso em questão, podem ser considerados consumidores todas as vítimas de possível evento danoso ao meio ambiente. Destacou que a inversão do ônus da prova deve ser adotado quando há verossimilhança ou hipossuficiência e, na espécie, a primeira restou demonstrada pelos elementos já constantes nos autos, enquanto a segunda restou configurada na medida em que, mantida a decisão atacada, não teria o agravante a possibilidade de arcar com os honorários periciais.

Requeru a concessão do efeito suspensivo para determinar a suspensão da instrução processual, a fim de que a instituição autora não restasse submetida a litigar e revelar sua estratégia de posicionamento em situação na qual não lhe foi garantida vantagem processual a que teria direito. No mérito, postulou o provimento do apelo para que fosse determinada a inversão do ônus da prova diante dos fatos a serem provados, a saber: a regularidade do sistema de recepção de esgoto de seu empreendimento imobiliário, bem como que o seu funcionamento não geraria qualquer sorte de degradação ambiental.

O problema central, pois, diz respeito à adequação de sistema de esgoto cloacal de condomínio residencial em comarca do interior do Estado do Rio Grande do Sul, bem como a condenação dos agravados em indenizar os danos ambientais causados. Em face disso, a problemática que surge é em relação às condições e possibilidades de se constituírem os elementos probatórios necessários à verificação da existência ou não de perigo ambiental no empreendimento imobiliário vergastado e quem deveria produzi-la. Para o enfrentamento de tal questão, importa se fazerem algumas considerações.

Registre-se que, desde o informe do Patrulhamento Ambiental (Patran), que trouxe à colação os primeiros dados do ocorrido, o que existe de concreto em termos de potencial lesividade ao

meio ambiente é o despejo do esgoto sanitário proveniente de condomínio residencial no nominado Arroio Duro, por meio de tubulação sem qualquer tipo de tratamento de dejetos. Há documentos do Município nos autos explicando que esse condomínio possui rede de esgoto “[...] servido por tratamento primário com fossa séptica”, sendo este o *tratamento usual da rede de esgotos públicos em todos os bairros da cidade*. Por outro lado, é o próprio Ministério Público que constatou, em sua investigação, que “[...] de acordo com o projeto protocolizado na prefeitura, e que foi rigorosamente cumprido, cada apartamento é dotado de uma fossa séptica que recebe toda água utilizada em sanitário, pias e outros. Essa fossa séptica se liga ao coletor público.”<sup>12</sup>

Assim, até aquele momento processual, não havia sequer indício de qual impacto ambiental poderia decorrer daquele despejo noticiado. Todavia, cumpre considerar que, consoante informações prestadas pela empresa envolvida e pela municipalidade, não contestadas pelo Ministério Público:

- a) não é indicado que recursos hídricos estão efetivamente ameaçados pelas situações descritas na exordial, inexistindo projeção quantitativa do dano lá sinalizado;
- b) no nominado Arroio Duro deságuam igualmente águas de outros bairros da Cidade;
- c) a comunidade não possui rede autônoma para escoamento de efluentes pluviais e cloacais, sendo ela mista;
- d) o receptor de águas para o fornecimento à comunidade não é atingido em face dos despejos sob comento, eis que o receptor dos recursos hídricos para tal desiderato se encontra localizado em outro lugar, no alto da barragem do Arroio Duro, vários quilômetros antes e acima da zona urbana;
- e) o referido Arroio, no trecho em que ocorre colocação dos dejetos, não está em seu estado natural.

Há muitos anos, por interesse econômico e para controle das cheias, o Arroio teve seu curso alterado e foi integralmente canalizado. Na zona urbana o Arroio é um canal. Repita-se: com a abertura das comportas as águas ficam totalmente limpas.

Esses fatos trazidos aos autos, melhor cotejados, impuseram questionamentos neurais à solução da controvérsia do Agravo: (1) Em nome do princípio da precaução à proteção do meio ambiente ora envolvido, que tipo de elementos probatórios iniciais devem existir a viabilizar a sindicabilidade jurisdicional postulada pelo Ministério Público? (2) Como se podem alcançar níveis maiores de certeza da ameaça ao bem juridicamente tutelado? (3) Que impactos econômicos podem decorrer dessa decisão e para o próprio empreendimento e Município? A seguir são respondidos tais questionamentos.

(1) Os elementos necessários à ativação legítima da tutela jurisdicional do Estado no que se refere à proteção de bem jurídico fundamental, como o meio ambiente, é aquele que dá indícios

<sup>12</sup> Relato do Ministério Público no feito.

de sua lesão ou ameaça de lesão, consoante preleciona a própria Constituição Federal, nos seus arts. 5º, XXXVI, 225 e seguintes, sendo cada caso concreto o responsável pela densificação material de tais possibilidades. De outro lado, esse bem jurídico, efetivamente, apresenta-se como relacionado diretamente ao que se tem chamado de interesse difuso ou coletivo, regulado, por exemplo, pelos termos do art. 90 do Código de Defesa do Consumidor e pelo art. 21 da Ação Civil Pública.

Inexistindo no sistema jurídico brasileiro, acertadamente, um rol identificador exaustivo daqueles interesses, eles podem ser compreendidos diante das naturezas indivisível e indisponível que possuem, figurando como seus titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato,<sup>13</sup> entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso.

Tais elementos e considerações fizeram com que o magistrado de primeiro grau acolhesse a pretensão de aferir as matérias ventiladas na ação civil pública, pois são atendidas as configurações anteriormente delineadas.

(2) Para o desenvolvimento regular do feito, no intento de alcançar níveis maiores de certeza sobre as ameaças ao meio ambiente sinalizadas, entendeu por bem o mesmo magistrado a não deferir a inversão do ônus da prova pretendida pelo *Parquet*, o que me parece, no caso, inadequado, a uma, pelos fatos trazidos ao processo por todas as partes, gerando dúvidas sobre, por exemplo: (a) quais os recursos hídricos que estão efetivamente ameaçados pelas situações descritas na exordial, considerando-se que existe o despejo de produtos poluentes no Arroio que abastece de águas a comunidade? (b) o que implica, no caso, a comunidade não possuir rede autônoma para escoamento de efluentes pluvial e cloacal? (c) afinal, o receptor de águas para o fornecimento à comunidade é ou não atingido em razão dos despejos sob comento? (d) o fato de o Arroio Duro ter tido o seu curso alterado e ter sido canalizado afasta a potencial lesividade ao meio ambiente envolvido?

A duas, porque é do interesse público, da mesma forma indisponível e indivisível, que sejam tais questões, e outras pertinentes à espécie, elucidadas no feito, o que somente poderá ocorrer com elementos probatórios a serem produzidos na instrução. A responsabilidade para fazê-lo, em meu sentir, era dos sujeitos passivos da ação civil pública, até diante da preliminar caracterização de responsabilidade que possuem aqui.

(3) Mas e os impactos econômicos significativos que podem advir desse cenário de inviabilização da iniciativa edilícia que se apresenta no feito? E as pessoas que já adquiriram seus imóveis para neles residir? E a empresa que – empregando muitos – tem que responder não apenas para com as condições do condomínio, mas, também, com eventuais indenizações por atrasos de obras e outras medidas de regularidade ambiental/processual? Qual o limite de suportabilidade do meio ambiente e das pessoas envolvidas à solução do caso concreto?

Veja-se que na relação Estado e Sociedade deve-se garantir tanto a liberdade individual do cidadão quanto a integridade do meio ambiente, estabelecendo diretrizes e instrumentos que possibilitem a “apropriação” e a “transformação” da natureza visando à sua proteção e manutenção do

<sup>13</sup> Nos termos do art. 81, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor.

equilíbrio ecológico (MIRRA, 1996). Nessa direção, já a Declaração do Rio de Janeiro adotou, em seu dispositivo n. 16, o Princípio do Poluidor-Pagador, ao afirmar que:

As autoridades nacionais devem procurar assegurar a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando em conta o critério de quem contamina, deve, em princípio, arcar com os custos da contaminação, levando-se em conta o interesse público e sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais. (ANTUNES, 2001, p. 31).

No Brasil, a Lei n. 6.938/81, de 31 de agosto de 1981, também adotou o referido princípio, ao apontar como uma das finalidades da Política Nacional do Meio Ambiente a imposição ao usuário da contribuição pela utilização dos recursos ambientais com fins econômicos e a imposição ao poluidor e ao predador da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados.

Além disso, o Princípio do Poluidor-Pagador fora recepcionado pela Constituição Federal, no seu art. 225, parágrafo 3º, que prescreve: “As atividades e condutas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.” (BRASIL, 1988).

No plano internacional, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), por meio da Recomendação C(72), 128, de 28 de maio de 1972, incorporou formalmente o Princípio do Poluidor-Pagador. Mais tarde, por força do Ato Único Europeu, os ordenamentos jurídicos de todos países da comunidade europeia e também o Conselho da Europa aceitaram o Princípio do Poluidor-Pagador (ARAGÃO, 1997, p. 27).<sup>14</sup>

Tendo esse princípio um caráter econômico destacado, porque imputa ao poluidor os custos decorrentes da atividade poluente, para a otimização dos seus resultados positivos na proteção do meio ambiente, é preciso que ele seja operado com bom senso econômico, jurídico e político, haja vista que implica custos às medidas de prevenção e controle da poluição, para estimular a utilização racional dos recursos ambientais escassos e para evitar distorções ao comércio e aos investimentos internacionais.

Quero dizer com isso que, na prática, os custos de controle da poluição que surgem em razão da regulamentação ambiental devem ser suportados pelo poluidor e pelo empreendimento poluidor, envolvendo todos aqueles que estão vinculados – direta e indiretamente<sup>15</sup> – a ele, pois a sociedade não deve arcar, diretamente e sozinha, com as obrigações decorrentes da proteção do ambiente.

Para se aferirem tais situações, o sistema jurídico brasileiro, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor em algumas situações como essas em que se afigura difícil ao meio ambiente e à Sociedade a prova do fato constitutivo do seu direito, o que é exigido nos termos do art. 333, do CPC, criou a possibilidade da inversão do ônus da prova, notadamente quando presente a verossimilhança

<sup>14</sup> O objetivo do princípio do poluidor pagador é fazer não apenas com que os custos das medidas de proteção do meio ambiente (as externalidades ambientais) sejam suportados pelos agentes que as originaram, mas, também, que haja a correção e/ou eliminação das fontes potencialmente poluidoras. Resumidamente, o Princípio do Poluidor-Pagador tem três funções primordiais: a de prevenção, a de reparação e a de internalização e redistribuição dos custos ambientais.

<sup>15</sup> No caso, à responsabilidade do Poder Público local, que autorizou a obra, com os seus licenciamentos respectivos, na perspectiva, por certo, de rentabilidades fiscais futuras. Sobre esta perspectiva, ver Leal (2007).

das alegações *sub judice*, deixando a critério do juiz exigir que o fornecedor prove o fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito que lhe é oposto, mesmo sem que este tenha provado o fato constitutivo conseqüente de forma absoluta.<sup>16</sup>

É o próprio Código de Defesa do Consumidor que dispõe sobre a “[...] facilitação da defesa dos direitos de que se está tratando, inclusive com a inversão do ônus da prova, a favor do hipossuficiente, quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiências.” (art. 6º, VIII) (BRASIL, 1990). Não se trata, pois, de inversão legal, visto que não decorre de imposição ditada pela própria lei, mas, sim, fica submetida ao crivo judicial, cabendo ao magistrado, em face do caso, dizer se é caso de inversão, ou não, do ônus da prova, uma vez analisada a ocorrência daqueles pressupostos.<sup>17</sup>

Perante tais considerações, e concordando com Moraes, parece claro que o momento adequado para a decretação da inversão do ônus da prova é aquele que ocorre por ocasião do saneamento do processo, quando, inexitosa a conciliação, o Juiz tiver fixado os pontos controvertidos da lide, decidindo as questões processuais pendentes, entre as quais o cabimento, ou não, dessa inversão (art. 331, § 2º, do CPC), ficando, dessa forma, cientes as partes da postura processual que passarão a adotar, não podendo alegar terem sido surpreendidas, especialmente aquela que recebeu o encargo de provar o que se está perquirindo (MORAES, 1998, p. 53).

Por essas razões, foi julgado parcialmente procedente o Agravo de Instrumento, para os fins de determinar a inversão do ônus da prova no feito, incumbindo, de forma solidária, ao Município e à Construtora a responsabilidade pelas provas necessárias à comprovação da regularidade do sistema de recepção do esgoto de seu empreendimento descrito na inicial, e de que ele não gera degradação ambiental comprometedor do meio ambiente.

## 1.2 Segundo Caso

O segundo caso diz respeito à ação civil pública interposta pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul contra o Estado do Rio Grande do Sul e o Consórcio Intermunicipal de Saúde Região Centro do Estado do Rio Grande do Sul, em que visava, com pedido de tutela antecipada, à imediata suspensão do início de qualquer obra de terraplenagem ou construção de unidade de saúde (Hospital Regional – Rede Sarah) no local definido ou nas proximidades do Distrito Industrial de Santa Maria, sob pena de multa diária de R\$ 50.000 (cinquenta mil reais).

A Sra. Juíza de Direito indeferiu a antecipação de tutela, sob os seguintes fundamentos:

<sup>16</sup> Ver, nesse sentido, o texto de Lisboa (2001, p. 95). Refere o autor que “[...] prevalece no processo civil moderno o princípio geral da verdade formal, o que possibilita ao juiz o poder de proceder a inversão do ônus da prova pela mera constatação de que as alegações do autor possam ser verdadeiras, inclusive no que diz respeito à dificuldade de obtenção de informações técnicas sobre o produto e o serviço fornecidos.”

<sup>17</sup> Nesse sentido, ver o texto de Moraes (1998, p. 44). Neste texto, o autor adverte também que “[...] a inversão do ônus da prova, com a devida vênia, não deve ser decretada *ab initio*, quando o Juiz analisa a petição inicial, pois sequer houve manifestação do demandado, não se podendo precisar, inclusive, a dimensão da sua resposta, muito menos os pontos controvertidos. Assim, mostra-se prematura e indevida a decretação da inversão do ônus da prova nessa fase do procedimento.”

- a) que havia possibilidade de instalação do Hospital na região definida pelo Estado, diante da alteração do Plano Diretor, que desmembrou a área destinada à construção do Distrito Industrial de Santa Maria;
- b) que inexistia prejuízo pela instalação da unidade de saúde na área, visto que “[...] as indústrias localizadas no Distrito Industrial não têm alto poder poluidor, até porque funciona no local uma indústria de alimentos”, e o fez com base em ofício apresentado pela FEPAM;
- c) que na “Certidão de Aprovação” expedida pelo órgão ambiental consta expressamente que a aprovação do projeto ocorreu “com restrições”, “[...] o que evidencia que serão adotadas todas as medidas mencionadas no relatório da FEPAM”;
- d) que as indústrias potencialmente poluentes (usina de asfalto e fábrica de baterias) são de pequeno porte, e sua atuação não comprometeria o funcionamento do Hospital, haja vista que essas empresas se encontram próximas a uma fábrica de massas e biscoitos, “[...] sem que haja qualquer reclamação sobre poluição ou sua interferência na qualidade dos gêneros alimentícios produzidos”;
- e) que há uma aparente regularidade do projeto, inclusive porque aprovado pelos órgãos ambientais responsáveis;
- f) que não há notícia de que a construção esteja na iminência de se iniciar, “[...] pois tudo o que restou demonstrado é que foi aprovado o Projeto Arquitetônico do hospital, para o qual o Estado disponibilizou recursos financeiros em seu orçamento, não havendo justificativa para o alegado risco na demora”.

Diante da decisão judicial de primeiro grau, o Ministério Público interpôs Agravo de Instrumento no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, insistindo na tese da irregularidade da instalação do hospital no local, em virtude do risco existente de desperdício de recursos públicos, diante da proximidade com empresas que desenvolvem atividades potencialmente poluentes, tratando-se de área recentemente desmembrada do Distrito Industrial de Santa Maria. Argumentou que o laudo elaborado pela fundação pública especializada nessas questões confirmou a inadequação do local, na forma em que se encontrava, para a instalação de unidade de saúde, o que foi ratificado pelos técnicos da Secretaria Municipal de Gestão Ambiental e pelo Instituto dos Arquitetos do Brasil, consoante ampla documentação acostada no feito. Apontou, ainda, malferimento às regras inscritas na Constituição Federal (artigo 170, inciso VI) e no Estatuto das Cidades – especialmente nos artigos 2º, incisos I, IV, VI e XIII; e 36 a 38. Por derradeiro, disse que a área escolhida para a instalação do hospital: “[...] é uma das zonas mais problemáticas do Município, em termos ambientais. Por isso, não podem os réus, à revelia do interesse social, decidir pela implantação de um equipamento de saúde que, sabe-se, consumirá mais de R\$ 40 milhões, em local que as manifestações técnicas indicam ser inadequado.”

E formulou o pedido de concessão da liminar para suspensão do início das obras e, no mérito, o provimento do recurso.

No Tribunal o efeito suspensivo foi deferido, oportunizando-se a manifestação dos agravados. O Consórcio Intermunicipal de Saúde veio aos autos apresentar contrarrazões, suscitando, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido do Ministério Público, haja vista a ausência de prova de que as obras de construção do hospital já tinham iniciado ou estivessem na iminência de começar. Apontou a ausência dos elementos autorizadores da concessão da tutela antecipada, em face da regularidade da obra, inexistindo qualquer óbice à instalação do hospital em área contígua ao Distrito Industrial. Argumentou quanto à efetiva obtenção de todas as licenças e autorizações para a construção da casa de saúde, inexistindo qualquer oposição da FEPAM para que as obras fossem iniciadas. Postulou, ao final, o desacolhimento do recurso.

O Estado do Rio Grande do Sul, de igual forma, ofereceu contrarrazões, defendendo a regularidade do local escolhido para a instalação do hospital, perquirindo a manutenção da decisão hostilizada. O Sr. Procurador de Justiça lançou parecer pelo parcial provimento do recurso, mostrando-se irregular a instalação do Hospital Regional nos limites do Distrito Industrial de Santa Maria; todavia, entendeu desnecessária a fixação de multa diária para o caso de descumprimento da ordem judicial nesse momento processual.

Diante da complexidade da matéria, algumas considerações precisam ser esposadas com caráter introdutório das razões na delimitação da perspectiva de solução ao caso. Cumpre consignar que tanto a propriedade quanto a cidade, historicamente, variaram conforme as relações sociais e econômicas de cada momento; assim, o grau de complexidade hoje alcançado pelo instituto da propriedade e pelo espaço público da cidade deriva do grau de complexidade das relações sociais. É assim que se impõe o reconhecimento de que tais institutos não têm natureza meramente jurídica, tampouco podem ser tratados como mônadas no âmbito do tecido social em que se encontram, mas, ao contrário, afiguram-se como verdadeiros fatos/atos jurídicos e sociais, provenientes muito mais de correlações de forças múltiplas – perspectiva fenomenológica – do que de disposições normativas engessadas, desconectadas de seu tempo.<sup>18</sup>

A função social, pois, nessa perspectiva, relaciona-se, fundamentalmente, com o *uso* da propriedade, incidindo, também, sobre o exercício das faculdades e poderes inerentes ao direito de propriedade, eis que sua utilização deve servir ao bem da coletividade.<sup>19</sup> A Constituição brasileira de 1988, de certa forma, tentou andar na direção apontada, na medida em que instituiu uma série de normas protetivas da propriedade e delineadoras de um conteúdo mínimo à sua função. Dessa sorte, tem-se, por exemplo:

- a) a inclusão da propriedade privada como um dos princípios da ordem econômica, ao lado de sua função social, nos termos do art. 170, incisos II e III;

<sup>18</sup> Ver esse assunto também no livro escrito por Leal (2001).

<sup>19</sup> Esta concepção foi elevada à condição de princípio jurídico pela Constituição de Weimar (1919).



- b) a inserção da função social da propriedade no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, no inciso XXIII do art. 5º, ao lado da proteção à propriedade privada;<sup>20</sup>
- c) o art. 182 e seguintes da Constituição atual fixam regras pertinentes à propriedade territorial urbana, referindo-se ao tema da Política Urbana, assim como o art. 184 e seguintes tratam da propriedade rural no capítulo dedicado à política agrícola e fundiária e da reforma agrária.<sup>21</sup>

Assim é que os limites positivos e negativos do próprio conteúdo do direito de propriedade e as limitações ao seu exercício, estabelecidas pelo ordenamento jurídico, formam o seu estatuto (HADERMANN, 1987, p. 139), não podendo ser de todo absoluto, visto que tal conteúdo e exercício têm de possibilitar sua coexistência com outros direitos. O poder ou a faculdade do exercício se inscreve, pois, no conteúdo do direito e, se ele é irregular ou danoso, há ilicitude, o que o sistema jurídico não pode aceitar.<sup>22</sup> Aliás, é o próprio sistema normativo brasileiro que indica alguns parâmetros de irregularidade ou danosidade para o direito de propriedade urbana e seu exercício, ao menos em termos potenciais, a saber, os formados pelos princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais<sup>23</sup> atinentes à matéria.

Na verdade, tenho que não existe imutabilidade em questão de poderes, de faculdades, em termos de conteúdo e de exercício de direitos – tampouco aos atinentes à propriedade urbana no Brasil. Em decorrência disso, as alterações no estatuto do direito de propriedade, a imposição de novas limitações e o aumentar ou diminuir de seu conteúdo não acarretam, em princípio, ilicitude por si só.<sup>24</sup>

Todas essas questões atingem diretamente o tema da ordenação do território urbano, principalmente quando se considera que ele é, antes de tudo, propriedade urbana, pública ou privada, o que explica a relação umbilical entre esses temas, destacando-se, aqui, e novamente, a ampliação das condições e possibilidades de gestão (vinculada) dessa propriedade, por parte do Poder Público, e o dever de tolerância e suportabilidade, por parte da propriedade privada, em nome exatamente da segurança, do bem-estar da população e da sustentabilidade do desenvolvimento equilibrado do meio ambiente natural e construído.<sup>25</sup>

<sup>20</sup> Veja-se que, na Constituição de 1967, a função social da propriedade era princípio da ordem econômica e social. Diante disso, entendemos que, nos termos do texto atual, respeitada a técnica adotada pelo constituinte, tal imposição à propriedade figura em lugar mais privilegiado, isto é, enquanto direito e garantia fundamental do indivíduo.

<sup>21</sup> Nesse sentido, a Constituição também disciplinou a função social da propriedade imobiliária urbana, valorizando o plano diretor a ser estabelecido por lei local – art. 182; previu o parcelamento compulsório e a tributação progressiva de solo urbano não edificado, bem como a desapropriação mediante pagamento em títulos da dívida pública, com prazo de até 10 anos, nos termos do art. 182, § 4º, I, II e III; instituiu o usucapião especial urbano – art. 183 – sob os seguintes requisitos: a) área de até 250 m<sup>2</sup>; b) 5 anos de ocupação como moradia própria ou da família; c) ausência de oposição; d) não possuir outro imóvel rural ou urbano.

<sup>22</sup> Nesse sentido, a advertência de Gandolfo (1970, p. 39-46).

<sup>23</sup> Os do Estatuto da Cidade, por exemplo.

<sup>24</sup> Retroagindo à função social da propriedade, esta leva, especificamente, a que o titular seja obrigado a “fazer”, a valer-se de seus poderes e faculdades, no sentido do bem comum. A função social da propriedade corresponde, dessa forma, a uma concepção também comissiva do uso da propriedade. Nesse sentido, ver o trabalho de Di Lorenzo (1998, p. 48).

<sup>25</sup> Nesse sentido, ver o trabalho de Lefebvre (1992, p. 34 e ss). Ademais, os ditames do art. 2º, do Estado da Cidade.

De outro lado, aqueles elementos normativos da Carta Política precisam ser cotejados com os Princípios Fundamentais que a informam, a saber e em especial, com as disposições do seu capítulo primeiro, arts. 1º a 4º, o que significa dizer que a função social da propriedade e da cidade estão prévia e definitivamente conectadas, em termos de significado, com os temas da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, do desenvolvimento nacional, da erradicação da pobreza e da marginalização, da redução das desigualdades sociais e regionais, etc.

Ao lado dessas questões normativas à espécie, há as políticas e sociais latentes no caso concreto, eis que não se discute o mérito do projeto (a construção de um hospital em região tão carente de serviços de saúde), causa de comoção e mobilização comunitária – como se pôde vislumbrar dos documentos e partes envolvidas –, mas tão somente o *locus* de sua instalação.

A tese provocadora da jurisdição e apresentada pelo Ministério Público é a de que o local definido para a instalação do Hospital Regional (Rede Sarah) é inadequado para tanto, em razão dos seguintes fatores:

- a) trata-se de área recentemente desmembrada do Distrito Industrial de Santa Maria, podendo acarretar danos à saúde dos pacientes, ante a exposição à poluição decorrente da atividade industrial;
- b) a Sociedade de Engenharia e Arquitetura de Santa Maria reconheceu a existência de “[...] atividades e/ou indústrias (Usina de Asfalto do município e indústria de baterias) que podem ser enquadradas como ‘usos incompatíveis e inconvenientes’”, em decorrência da “proximidade de usos incompatíveis e inconvenientes” à unidade de saúde;
- c) de acordo com estudo elaborado por fundação especializada na matéria, a referida área apresenta-se vulnerável à poluição, seja em razão de sua geologia (predominantemente arenosa e permeável), seja porque o solo apresenta acidez e baixa fertilidade natural, possuindo “[...] alta permeabilidade e grande índice de susceptibilidade à erosão”;
- d) ainda de acordo com essa fundação, há sinais de poluição, decorrentes da presença de lixo nas proximidades e da contaminação dos recursos hídricos com esgotos e lixo urbano e industrial (inclusive com emissão de resíduos sem qualquer tratamento), “[...] sendo perceptível um odor muito forte e focos de proliferação de insetos”;
- e) a Secretaria Municipal de Gestão Ambiental também se manifestou sobre a impossibilidade de instalação do hospital no local definido pelo Estado, apontando, além dos elementos já citados: que o regime de ventos no local não favorece a construção de unidade de saúde, que o solo não se afigura o mais adequado para a realização de obras de vulto, e que o local é desaconselhado para obras destinadas à intensa ocupação humana, em virtude da poluição;
- f) o Instituto dos Arquitetos do Brasil (IAB-RS), de igual sorte, indicou suas preocupações relativas às consequências nocivas que poderiam decorrer da instalação do hospital no local escolhido, em face dos problemas já apontados;

- g) os órgãos representativos de profissionais da saúde (Sindicato Médico de Santa Maria, Unimed Santa Maria, Conselho Regional de Medicina) apontaram, ainda, a ausência de rede de esgoto tratado, a presença de poluição industrial e o risco de poluição dos aquíferos com os dejetos do hospital, impondo-se a realização de estudos aprofundados para a sua instalação;
- h) a Associação de Empresas do Distrito Industrial de Santa Maria e o Ibama manifestaram-se contra a localização da unidade de saúde no local indicado pelo Estado, referindo questões acerca da limitação da atividade industrial e do impacto ambiental na área, decorrentes da interação entre os estabelecimentos instalados no DI e a saúde dos pacientes, impondo-se a realização de estudos aprofundados para aferição da viabilidade da obra.

Todas essas manifestações trazidas aos autos, lícitas perante o princípio da participação popular no âmbito da formulação, execução e acompanhamentos de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (art. 2º, II, do Estatuto da Cidade), corporificam mecanismos de gestão democrática da cidade, estabelecendo verdadeira interlocução jurisdicional à solução do caso concreto.

Aqui, efetivamente, pode-se visualizar a importância do enfoque e contextualização social do problema sob comento, bem como o universo de intérpretes e concretizadores do plexo normativo cogente brasileiro que se formou, reunindo múltiplas representações legítimas de proteção dos interesses envolvidos. Decorre, daqui, verificar as múltiplas variáveis que estão presentes no caso em termos materiais (natureza social do conflito), identificando quem são os sujeitos conflitantes, a história detalhada e matricial do conflito, bem como suas contingências econômicas, políticas, ambientais e de saúde pública, e em que medida tais elementos atingem os sujeitos conflitantes ou, mesmo, podem conformar o conflito em si.

Nesse sentido, o problema jurídico é sempre um problema prático-normativo (NEVES, 1995, p. 110), porque o seu caráter problemático-metodológico específico é regulativo (está alcançado pelo sistema de normas vigentes), com um fundamento axiológico e de realização concreta, e porque esses problemas são de imediata aplicação, no sentido de realização de uma intencionalidade prática, propostos pelo próprio sistema, no âmbito de seus princípios e regras (constitucionais e infraconstitucionais), orientando validamente a práxis comunitária.

De outro lado, os riscos ambientais e de saúde pública que restaram explicitados nos autos chamam à colação o dever de precaução protetiva dos interesses públicos indisponíveis que estão sob confronto. Na dicção de Derani (2002, p. 165), citando Kloespfer, “[...] a política ambiental não se esgota na defesa contra ameaçadores perigos e na correção de danos existentes. Uma política ambiental preventiva reclama que as bases naturais sejam protegidas e utilizadas com cuidado, parciosamente.”<sup>26</sup>

<sup>26</sup> Na verdade, o princípio da precaução vem sendo explorado pela Declaração de Wingspread, de 1970, na Alemanha, da seguinte maneira: “Quando uma atividade representa ameaças de danos ao meio ambiente ou à saúde humana, medidas de precaução devem ser tomadas, mesmo se algumas relações de causa e efeito não forem plenamente estabelecidas científica-

Por sua vez, as ponderações que levaram a magistrada de primeiro grau a não outorgar a antecipação de tutela (acima elencadas) também se apresentam como substanciais à delimitação da fatispécie debatida. É do cotejo desses arrazoados que precisam ser extraídas as motivações da presente decisão, a uma, porque são evidenciados problemas de ordem ambiental e de sustentabilidade da obra pública analisada, em face de sua natureza hospitalar, não espancados de forma convincente, ao menos no âmbito ainda restrito do Agravo de Instrumento; a duas, porque a complexidade da matéria (considerando os interesses jurídicos envolvidos e suas amplitudes sociais), efetivamente, está a perquirir mais zelo à cognição aprofundada para decisão final, até porque se pode, eventualmente, criar situações irreversíveis, atingindo de forma violenta os recursos públicos destinados à edificação, bem como o impacto ambiental e de saúde pública já referidos. Por todas essas razões, foi decidido pela manutenção da decisão agravada, que deferiu o efeito suspensivo pleiteado pelo Ministério Público, mantendo a ordem de suspensão do início das obras de terraplenagem ou de construção do Hospital Regional – Rede Sarah.

Veja-se que, a despeito dessa decisão ter sido proferida em sede de Agravo de Instrumento, passível, pois, de ser reformada em decisão de mérito definitiva no âmbito da ação civil pública que se desenvolve na comarca de origem, ela também gerou alguns comportamentos políticos alternativos na comunidade, em termos de localização matricial da obra pretendida, consoante notícia do jornal Diário de Santa Maria, edição de 21 de março de 2006. Esse veículo noticia que:

Depois de o Tribunal de Justiça do Estado ter suspenso, na semana passada, a construção do hospital regional/Sarah ao lado do Distrito Industrial, começou uma corrida frenética em busca de um novo terreno para a obra. Ontem, depois de uma reunião na Secretaria Estadual da Saúde, na Capital, ficaram definidas as candidaturas de quatro áreas: uma na Zona Leste e três na Zona Oeste. Todas em Santa Maria.

A tarefa de indicar o novo terreno será de uma comissão formada por representantes da prefeitura, do governo do Estado e da Câmara de Vereadores, entre outros. Ela vai avaliar as quatro áreas oferecidas. O trabalho será corrido, pois o resultado tem de ser apresentado em uma nova reunião com o secretário estadual da Saúde, Osmar Terra, na próxima segunda-feira, quando deve ser baido o martelo sobre o novo local [...]

O presidente do Conselho Regional de Desenvolvimento (Corede/Centro), Antônio Carlos Jordão, visitou no último sábado os quatro terrenos que estão na disputa pelo hospital regional/Sarah. Segundo ele, todos os locais têm chances, mas ainda é muito cedo para dizer qual deles será o escolhido. (grifo nosso)

Isso demonstra a pertinência da reflexão ponderada judicialmente, considerando-se o maior número possível de questões que tocam os interesses que estão em jogo na lide.

---

mente” (THE SCIENCE AND ENVIRONMENTAL HEALTH NETWORK). Derani (2002) propõe um conceito preliminar desse princípio, conectando-o aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, como também de sustentabilidade ambiental das atividades humanas. “Esse princípio é a tradução da busca da proteção da existência humana, seja pela proteção de seu ambiente como pelo asseguramento da integridade da vida humana. A partir desta premissa, deve-se também considerar não só o risco eminente de uma determinada atividade, como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda densidade.”

### 1.3 Terceiro Caso

Em ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal no Estado de Santa Catarina, em 2001, buscava-se a recomposição do meio ambiente degradado em decorrência de construções irregulares realizadas na conhecida Praia Brava, localizada na Cidade de Itajaí e na nominada Praia dos Amores, localizada no Balneário Camboriú.<sup>27</sup>

A intenção de recompor o meio ambiente degradado por anos ininterruptos de ocupação urbana (muitas delas clandestinas e irregulares) dessas localidades pela via judicial da ação civil pública traz ao Judiciário um problema que, para além do jurídico, em face até das situações consolidadas no tempo, é de natureza social e econômica complexa, envolvendo tanto o crescimento material da região quanto o próprio desenvolvimento social proporcionado pela indústria do turismo, construção civil, serviços, etc. Assim, à avaliação da matéria, mister é que fossem consideradas as múltiplas e distintas variáveis endo e exoprocessuais que envolviam o debate.

As questões endoprocessuais que poderiam ser destacadas aqui são as que dizem com a explícita insuficiência de muitos institutos processuais tradicionais para lidar com o tema complexo e multifacetário – além de difuso – que é o meio ambiente. Nesse ponto, o magistrado gestor dessa ação, em artigo científico já referido, sublinha essas particularidades, ao dizer que:

Os institutos da dogmática processual tradicional também precisam de uma revitalização hermenêutica, pois os direitos difusos exigem uma interpretação mais flexível acerca de institutos como: legitimidade, verdade real, contraditório, coisa julgada, adstrição ou congruência, inércia, dentre outros dogmas do processo tradicional arquitetado para a solução dos conflitos individuais.

A legitimidade, tanto ativa como passiva, deve ser vista numa perspectiva ampliada. A coisa julgada deve ter efeitos erga omnes. O juiz deve julgar além do pedido quando outras medidas forem necessárias para a plena proteção do meio ambiente e não pode ser um mero expectador inerte do desenrolar do processo; deve, antes, assumir uma postura ativa na busca da verdade suficiente e da plena realização da justiça. (BODNAR, 2009, p. 18).<sup>28</sup>

Já sob os aspectos exoprocessuais, importa ter presente que o universo de abrangência de uma decisão que viesse, eventualmente, intervir no meio ambiente construído naquelas localidades poderia igualmente impactar todo o seu entorno, inclusive, quiçá, inviabilizando a própria sustentabilidade material da região e de seus habitantes, razão pela qual, tendo-se consciência do que está envolvido, impunha-se a criação de espaços de interlocuções compartilhadas entre todos os potencialmente envolvidos, chamando-os à discussão e deliberação pública democrática e legítima, por óbvio que balizada pelo sistema normativo vigente.

<sup>27</sup> Autos n. 2001.72.08.000141-4, da 2ª Vara Federal de Itajaí, SC, em que foi dado deferimento parcial da liminar tão somente para proibir novas edificações nessas localidades. Juiz Zenildo Bodnar.

<sup>28</sup> Há também implicações diretas para os âmbitos da ampliação da noção de contraditório, entendido como verdadeiro espaço de diálogos compreensivos voltados para o consenso que não é exclusivamente das partes, mas de um novo sujeito de direito que é o meio ambiente natural e construído, assim como no que diz com a flexibilização do ônus da prova, para igualmente criar múltiplos cenários de instrução capazes de constituir soluções satisfativas para todos – por óbvio que se descurar do devido processo legal.

Nada mais coerente, diante da perspectiva sustentada anteriormente de corresponsabilidades constitucionais e republicanas à proteção do meio ambiente, que se envolva a comunidade como sujeito de direito difuso e coletivo, e que todos contribuam no processo decisional dos destinos que se esteja conferindo a sua história enquanto comuna.

Foi o que fez o magistrado condutor do feito, ao determinar a realização de uma audiência pública para discutir as questões de natureza extraprocessuais que, eventualmente, seriam atingidas por decisão judicial. Para tanto, determinou que fossem convidadas para essa audiência pública os seguintes agentes: Prefeitos de Itajaí e Balneário Camboriú; Procuradores Gerais dos respectivos Municípios; Presidentes das Câmaras de vereadores; Promotor de Justiça; Coordenador de Defesa do Meio Ambiente; Secretários Municipais do Meio Ambiente e Ação Social ou áreas relacionadas; Deputados da Região; Superintendente do Ibama; Diretor Geral da Fatma; Comandante da Polícia de Proteção Ambiental; Associação de moradores da Brava e Praia dos Amores; Organização não governamental Voluntários pela Verdade Ambiental; Professores e alunos da Universidade local.

Essa verdadeira comunidade aberta de intérpretes e concretizadores do sistema normativo nacional foi chamada para discutir problemas que dizem respeito a sua existência enquanto sociedade, e acolheram o chamado, pois consta que mais de 400 pessoas compareceram ao ato, entre moradores, pescadores, professores, representantes da comunidade, entidades de proteção ao meio ambiente e políticos da região (deputados, prefeitos, vereadores, etc.). Após ampla discussão sobre alternativas de solução à ocupação detrimetosa do meio ambiente natural pelo construído, pela via da persuasão não coitada, mas dialogada, os proprietários dos quiosques – mesmo aqueles que moravam com suas famílias no local –, assumiram o compromisso de desocupar pacificamente a área de dunas, o que fizeram sem a necessidade de uso da força física legítima do Estado-Juiz.

Por sua vez, o Poder Executivo local, sob o assentimento da população e de suas representações parlamentares presentes, assumiu o compromisso de elaborar e executar um amplo projeto de revitalização ambiental daquelas localidades, em toda a orla marítima, incluindo a construção de quiosques fora das áreas de Proteção Ambiental, que viessem garantir o emprego e a renda das pessoas retiradas do local.

Os níveis de satisfatividade nesse feito foi duplo; de um lado, envolvendo as partes direta e potencialmente atingidas pela lide, eis que cumpriram com o acordado para fins de revitalização das áreas atingidas pela ação civil pública, ao mesmo tempo que encontraram formas alternativas de manutenção de suas atividades cotidianas no âmbito econômico, de lazer, de preservação ambiental, etc., não tendo gerado tal autocomposição nenhum recurso processual. De outro lado, o Poder Judiciário operou como espaço de interlocução jurídica e política à mediação do conflito, com legitimidade soberana, eis que envolveu a própria comunidade interessada no feito.<sup>29</sup>

<sup>29</sup> Como disse o magistrado instrutor da causa, em texto científico referido anteriormente: “A proteção do meio ambiente é um dever fundamental imposto não apenas ao Estado, mas também a todos os cidadãos. Este dever fundamental exige de todos um agir solidário em prol da proteção da natureza, implica também o ônus imposto a todos de participar ativamente das decisões e encaminhamentos relacionados ao interesse geral de um meio ambiente sadio e equilibrado.” (BODNAR, 2009, p. 13).

#### 1.4 Quarto Caso

Ainda no âmbito da Justiça Federal, há outra recente decisão monocrática do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, publicada em 09 de março de 2009, condizente a pedido formulado por empresa concessionária de serviço público de energia elétrica para que fosse suspensa a execução de liminar concedida em Medida Cautelar Inominada proferida por magistrado do primeiro grau, que, em síntese, determinava a imediata paralisação de quaisquer atos praticados com base em licença de instalação oportunizadora da construção de Usina Hidrelétrica, eis que esta teria sido outorgada fundada em EIA/RIMA irregular, o qual, por sua vez, autorizara a licença prévia concedida.<sup>30</sup>

À apreciação da pretensão postulada, a magistrada relatora colacionou um universo significativo de variáveis fáticas que envolviam a *questio*, entre as quais: que as obras dessa hidrelétrica já haviam sido iniciadas em julho de 2008, envolvendo 575 trabalhadores contratados e mais de 4.500 postos de trabalhos diretos e indiretos, gerando, em expectativa tributária, aproximadamente R\$ 5.000.000 (cinco milhões de reais), atinentes a ISSQN para os Municípios da região; e que o estágio em que se encontra o canteiro de obras, pelo que consta dos autos, sinaliza potencial risco de deslizamentos significativos de terras às margens de mananciais hídricos envolvidos na espécie, o que demandaria, certamente, recomposição de toda a área sob comento, representando duplicidade de trabalho e tempo.

Uma vez demarcados descritivamente os fatos e variáveis atinentes ao caso,<sup>31</sup> ao menos no despacho da liminar, não houve manifestação da douta Desembargadora Federal sobre quais os elementos identificatórios do alegado dano ambiental sustentado pelo Ministério Público (fator relevantíssimo no caso),<sup>32</sup> prejudicando, em meu sentir, o segundo momento do estudo de caso, que é o da análise das variáveis e fatores extranormativos envolvidos em termos de pesos e importância.<sup>33</sup>

E por que o cotejamento dos danos ambientais investigados na ação civil pública deveria estar presente na avaliação e deliberação judicial nesse caso? Porque ele trata exatamente de um interesse e bem da vida indisponível, razão fundante da própria ação judicial, devendo ter presente se o resultado a se chegar deveria atender, ou não, e em que medida, o meio ambiente atingido.

<sup>30</sup> Autos do Processo n. 2009.04.00.004869-3-PR, Relatora Des. Federal Silvia Maria Gonçalves Goraieb. O argumento fundamental da ação civil pública e do pedido de liminar, pois, fora o de dano ambiental não mensurado adequadamente.

<sup>31</sup> Os momentos da descrição de um caso são: *Identificação*: consiste em agregar o máximo de informações sobre o caso a fim de destacá-lo de seu contexto. Qual a situação fática existente, sem valorar; *Qualificação*: consiste em aprofundar a identificação ao máximo com elementos de qualidade e quantidade, a fim de subsidiar as análises. Aqui há a valoração qualitativa e quantitativa dos dados colhidos faticamente, sob a perspectiva dos princípios e regras que o informam; *Contextualidade*: consiste em agregar elementos que ligam o caso ao conjunto da realidade social, mostrando qual o universo de agentes, meios e resultados potencialmente envolvidos na espécie.

<sup>32</sup> No despacho há referência de que *os fatos invocados para justificar a liminar deferida não levam à qualquer nulidade, pois podem ser sanados e resolvidos sem a paralisação da obra*.

<sup>33</sup> As fases desse momento aqui seriam as seguintes: *Análise dos Atores*: considerar aspectos dos personagens e de suas posições, motivos, pressupostos, do perfil social, educacional, sexual e formativo de cada um dos atores; *Análise dos meios*: considerar questões atinentes à infraestrutura física, orçamentária, logística, de informação e equipamentos, das rotinas e procedimentos envolvidos; *Análise dos fins*: verificar em que medida os meios existentes são aptos aos fins que estão postos, analisando se há coerência e pertinência de comportamentos dos atores e escolha dos meios para que se consiga atingir às finalidades possíveis. Nesse ponto é preciso já ter claro quais resultados lícitos podem advir do caso e suas implicações jurídicas e extrajurídicas (econômicas, políticas, sociais, ambientais), utilizando, para tanto, o manejo holístico e integral do sistema normativo – constitucional e infraconstitucional (principiológico e regratório).



No momento prospectivo da solução – mesmo que precária – do caso, devem ser considerados os seguintes elementos: *Cenários de Enfrentamento*: com base nos elementos agregados anteriormente, trata-se de estabelecer os cenários fáticos e normativos para o enfrentamento da situação, considerando, de um lado, quais os efeitos materiais (econômicos, orçamentários, ambientais, etc.) que se pretende dar ao caso, em face dos juízos de valor e jurídicos (constitucional e infraconstitucional) constituídos nas fases anteriores; *Possibilidades de Ação*: delimitados os cenários, é fundamental indicar as possibilidades de ação e solução que deles decorrem, a fim de refinar a sua perspectiva e subsidiar as possíveis escolhas dos agentes a quem cabe decidir; *Tarefas a Realizar*: depois da opção por um dos cenários é fundamental construir um planejamento de tarefas, acompanhado de um cronograma, com responsabilidades e prazos, a fim de orientar a ação concreta no andamento do que se fará em relação ao caso.

Veja-se que, perante a ausência de avaliação direta do objeto central da ação, não se tem elementos para julgar sobre se a decisão poderia ter estabelecido dissimetria material distinta à continuidade das obras que se buscava suspender, autorizando algumas atividades e não outras, por exemplo, tendo imperado fundamentalmente o raciocínio econômico.

### 1.5 Quinto Caso

Há um outro caso paradigmático da Justiça Federal envolvendo o famoso caso da Usina Hidrelétrica Barra Grande, que abrangeria parte de territórios dos Estados do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina, e cujo Estudo de Impacto Ambiental, consoante defendido pelos autores da Ação Civil Pública,<sup>34</sup> seria nulo, uma vez que não previra a derrubada de vegetação primária e secundária em estado de regeneração (envolvendo mata Atlântica, com florestas de araucárias e respectiva biodiversidade).<sup>35</sup>

Ocorre que o magistrado da subseção judiciária de Florianópolis, seção judiciária de Santa Catarina, deferiu liminar para suspender os efeitos da autorização de supressão de vegetação da presidência do Ibama, ordenando, ainda, que a autarquia se abstinhasse de conceder qualquer outra que viabilizasse o desmatamento da área para constituir a bacia de inundação da referida usina, bem como inoocresse a emissão de licença de operação da mesma usina.

As razões de justificação e fundamentação dessa decisão consideraram as seguintes questões descritivas, analíticas e prospectivas:

<sup>34</sup> Nos autos da suspensão de execução de liminar da Ação Civil Pública n. 2004.04.01.049432-1/SC, publicado no Diário de Justiça da União de 02 de dezembro de 2004. Os autos da ACP propriamente ditos levaram o n. 2004.72.00.013781-9/SC.

<sup>35</sup> É interessante notar que há nos próprios autos do processo o reconhecimento de que a floresta atlântica, em razão de suas peculiaridades biológicas, possui o reconhecimento internacional como sendo um dos ecossistemas mais importantes e mais ameaçados do planeta, conforme estudos de Moulin (2005). Além disso, atualmente, o bioma mata Atlântica está reduzido a 7,84% de sua cobertura florestal original, servindo de *habitat* para mais de 20 mil espécies de plantas, 261 espécies de mamíferos, 620 espécies de pássaros e 260 espécies de anfíbios.

- a) que as licenças prévias à construção da hidrelétrica não observaram o chamado plano global relativo à avaliação ambiental integrada dos aproveitamentos hidrelétricos de toda a bacia do rio Uruguai, limitando-se a considerar apenas os impactos e fragilidades das sub-bacias dos rios Ijuí e Butuí-Piratinim-Içamaquã, o que implica juízo de cognição e valoração parcial dos impactos que potencialmente poderiam ser causados a toda a bacia hidrográfica;<sup>36</sup>
- b) que o próprio termo de ajuste de conduta firmado entre as partes reconheceu a necessidade de se identificarem e avaliarem os efeitos sinérgicos e cumulativos resultantes dos impactos ocasionados pelo conjunto dos aproveitamentos em planejamento, construção e operação situados em uma mesma bacia hidrográfica;
- c) que apesar de as obras já terem sido iniciadas, não ocorrera a identificação e avaliação antes referida, inexistindo elementos que demonstrem com segurança quais os verdadeiros impactos, fragilidades e possibilidades de aproveitamento ecologicamente sustentável da bacia hidrográfica do rio Uruguai, inviabilizando a detecção de novos aproveitamentos dos potenciais hidrelétricos na bacia do rio Uruguai;
- d) a FEPAM realizou tão somente estudo de impacto e fragilidades ambientais da sub-bacia do rio Ijuí, visto que sua área de drenagem é de apenas 10.861 km<sup>2</sup>, enquanto a bacia do rio Uruguai totaliza 174.612 km<sup>2</sup>, representando a bacia do rio Ijuí o ínfimo universo de 6,22% da bacia do rio Uruguai.

Considerada, ainda, a sub-bacia do rio Piratinim/Içamaquã – também incluídos no estudo da FEPAM –, ter-se-ia uma abrangência do estudo de impacto e fragilidades alcançando percentual de 15,47% da bacia do Uruguai. Assim, estaria a descoberto de estudos envolvendo os impactos e fragilidades ambientais mais de 84% da bacia atingida pela obra analisada.

Ponderou a União Federal, em seu pedido de suspensão sob comento, entre outras questões processuais,<sup>37</sup> que esta usina se afigurava de alta importância para todo o sistema elétrico interligado nacional, e que já havia sido aportado à obra vultosos valores do orçamento público, estando, inclusive, as obras em franco estágio de conclusão à época.

A ponderação foi acolhida pelo relator do pedido de suspensão, sustentando, em síntese, que houve termo de compromisso firmado entre as partes interessadas, firmando obrigações atinentes à preservação ambiental, com medidas mitigadoras e compensatórias do impacto ambiental referido, e que a construção da hidrelétrica já implicara gastos públicos significativos, e seu funcionamento se revelava indispensável ao desenvolvimento da ordem econômica, visto que as medidas

<sup>36</sup> Refere explicitamente o magistrado prolator da decisão monocrática que: "[...] os impactos ambientais da construção de uma hidrelétrica não se restringem à sub-bacia hidrográfica daquele curso de água que foi interrompido ou daquelas terras adjacentes que serão inundadas. Esse é apenas o nível local do impacto, que deve também ser considerado quanto ao restante da bacia hidrográfica e dos ecossistemas que dependem, direta ou indiretamente, daquele equilíbrio."

<sup>37</sup> Que envolviam a questão da competência da jurisdição, se do local do dano (art. 2º, da Lei n. 7.347/75), ou do domicílio do réu (art. 94, CPC), pautando-se o relator pelo local do dano. Relator do pedido de suspensão o Des. Federal Vladimir Passos de Freitas.

compensatórias referidas atenderiam a um projeto de conciliação entre o desenvolvimento e a proteção do meio ambiente.

Não há, no despacho analisado, todavia, o cotejamento material do que consistiam aquelas medidas compensatórias e mitigadoras do impacto ambiental a autorizar juízo de convencimento sobre a adequação do termo de compromisso conciliatório entre o desenvolvimento e a proteção ambiental, fragilizando, assim, os elementos descritivos do caso concreto, o que vai igualmente prejudicar o sopesamento das variáveis e fatores que estavam interagindo na espécie (momento analítico do caso), o que, por fim, compromete a dimensão prospectiva da decisão, deixando de abordar elementos constitutivos do caso indispensáveis à sua adequada aferição.

Somente em sede de Agravo de Instrumento é que os autores da ACP trazem à colação informações que compõem de forma mais abrangente o cenário fático e contextual do entorno das partes envolvidas – notadamente condizentes às partes interessadas na hidrelétrica –, deduzindo, no que interessa a minha análise: que era falso o pressuposto de que houve gastos públicos de monta na construção da hidrelétrica, pois o titular da concessão é empresa privada, cujos acionistas são grandes grupos empresariais, e o único dinheiro público investido foi sob a forma de empréstimo efetuado pelo BNDS à empreendedora; e que a obra não objetiva fundamentalmente o fornecimento de energia elétrica aos cidadãos consumidores, mas, mediante créditos de energia no sistema interligado, alimentaria plantas industriais de empresas de grande parte.

De posse desses dados mais explicitamente postos pelos autores da ACP, somados a novas informações, inclusive sobre o assassinato de um indivíduo na área sob comento, e, ainda, ao fato de que não fora contestada pelo Ibama a alegação de fraude do EIA/RIMA, o que atingiria cerca de mais de 2.000 hectares de mata Atlântica primária (dado que surge nos autos densificando materialmente o prejuízo ambiental anteriormente posto de forma vaga), fez com que o mesmo relator chegasse à conclusão de que o próprio termo de compromisso à reparação dos danos ambientais referidos fosse ultimado diante de contingências de alta pressão política envolvendo a demanda de energia elétrica para o País.

Convencido, pois, da complexidade que se criara nos autos, houve, por bem, o relator em chamar uma audiência de tentativa de conciliação entre as partes, usando do processo como espaço de interlocução política e jurídica, para viabilizar entendimentos possíveis ante as variáveis e os fatores cotejados, a qual, a despeito de não resultar exitosa, gerou para todos os envolvidos elementos de cognição e reflexão que possibilitaram juízos deliberativos mais consistentes e fundamentados, no sentido de que, a despeito do prejuízo ambiental referido, há um fato consolidado no tempo<sup>38</sup> (uma vez que a liminar de suspensão da obra fora suspensa), no sentido de estar a obra já concluída, representando investimento na órbita de R\$ 1.300.000.000 (um bilhão e trezentos milhões de reais), representando edificação de 185 metros de altura por 665 metros de comprimento; e houve acordo de compensação das áreas degradadas, razões que o levaram, no mérito do Agravo de Instrumento

<sup>38</sup> Sendo que o contrato de concessão data de maio de 2001, o início da construção em julho do mesmo ano e o desvio do rio ter ocorrido em outubro de 2002, o que torna inexplicável a ACP ter sido intentada somente em setembro de 2004.

interposto pelos autores da ACP, a indeferi-lo, com voto vencido de Desembargador que compunha a sessão de julgamento.

Sem sombra de dúvidas que nesse feito o tempo de ação e reação dos poderes instituídos que têm a competência para zelar pelo meio ambiente natural e construído, depôs contra seus misteres, isto porque os fatos consumados falaram mais alto na decisão judicial, revelando aspectos mais econômicos do que sociais, aceitando a política compensatória sempre deficitária em termos de recomposição do meio ambiente.

No cotejo desses elementos, pode-se ver que há aspectos descritivos e analíticos muito mais favoráveis à biosfera do que ao empreendimento hidrelétrico, ou que, ao menos, deveriam ensejar maior acuidade na formação e execução dos termos de compromissos e condutas ambientalmente sustentáveis que se associam a feitos dessa espécie, o que tampouco fora ventilado na decisão judicial de segundo grau.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

ANTUNES, Paulo Bessa. *Curso de direito ambiental: doutrina, legislação e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANTUNES, Paulo Bessa. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. *O princípio do poluidor-pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente*. São Paulo: Coimbra, 1997.

BACHELET, Michel. *Ingerência Ecológica: Direito Ambiental em questão*. Lisboa: Instituto Piaget, 2004.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000.

BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira*. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Ambiental Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BODNAR, Zenildo. *Reflexões iniciais sobre a Jurisdição Ambiental e a Sustentabilidade*. Texto virtual, 2009.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 08 maio 2006.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Actos jurídicos públicos e responsabilidade por danos ambientais*. *Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra*, v. 9, 1993.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional Português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Ambiental Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- COASE, Ronald Henry. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3, n. 1, 1960.
- DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonada, 2002.
- DI LORENZO, Italo. *Diritto Urbanistico*. Turim: UTET, 1998.
- FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). *Direito ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 1998.
- GANDOLFO, Orlando Carlos. Limitações da propriedade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 421, 1970.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. Postscript to Between Facts and Norms. *New York University Law Journal*, New York University Press, Sept. 2004.
- HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Tratado de Derecho Civil*. Madrid: Civitas, 1987.
- LEFF, Henrique. *Saber Ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.
- LEAL, Rogério Gesta. *A função social da cidade e da propriedade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- LEAL, Rogério Gesta. *Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LEFÈBVRE, Henry. *The production of space*. London: Blackwell, 1992.
- LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Curso de Direito Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

- MIRRA, Álvaro Luíz Valery. Princípios fundamentais do direito ambiental. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Cidadania coletiva*. Florianópolis: Paralelo, 1996.
- MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista AJURIS*, Porto Alegre: AJURIS, v. 74, 1998.
- MOULIN, Marlúcia Ferraz. *Desmatamento e queimada: estudo de um caso*. In: Direitos Metaindividuais. São Paulo: Ltr, 2005.
- NEVES, Castanheira. *Digesta*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 2.
- SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.
- SAVIGNY, Fredrich Carl. *Sistema del Diritto Romano Attuale*. Turim: Daltricce, 1960.
- STRECK, Lenio Luis. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- THE SCIENCE AND ENVIRONMENTAL HEALTH NETWORK. *Princípio de precaução: uma maneira sensata de proteger a saúde pública e o meio ambiente*. Tradução Lucia A. Melim para Fundação Gaia. Tradução de: The Precautionary Principle: a common sense way to protect Public Health and the Enviroment. Disponível em: <<http://www.fgaia.org.br/texts/t-precau.html>>. Acesso em: 08 maio 2006.
- VERDROSS, Alfred. *La filosofia del derecho del mundo occidental*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

Data da Submissão: 08 de maio de 2016  
Aceito em: 09 de maio de 2016