ICJP
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

CIDP
CENTRO DE INVESTIGAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

ANOTAÇÕES DE

JURISPRUDÊNCIA AMBIENTAL BRASILEIRA

CARLA AMADO GOMES

(coordenadora)

ANDRÉ DICKSTEIN | NATHALIE GIORDANO
MONIQUE MOSCA GONÇALVES

(Organizadores)

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia

ANOTAÇÕES DE

JURISPRUDÊNCIA AMBIENTAL BRASILEIRA

CARLA AMADO GOMES

(coordenadora)

ANDRÉ DICKSTEIN | NATHALIE GIORDANO
MONIQUE MOSCA GONÇALVES

(Organizadores)

Edição
Instituto de Ciências Jurídico-Políticas
Centro de Investigação de Direito Público

-

www.icjp.pt
icjp@fd.ulisboa.pt

-

Março de 2020
ISBN: 978-989-8722-45-4

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa
www.fd.ulisboa.pt

Imagem da capa:
Carla Amado Gomes

-

Produzido por:
OH! Multimédia
mail@oh-multimedia.com

Nota de Apresentação

A Constituição federal brasileira de 1988 sofreu, no que toca ao reconhecimento do dever estatal de protecção do ambiente, a influência da Constituição portuguesa de 1976, nomeadamente do seu artigo 66º (Ambiente e qualidade de vida). O artigo 225º da Constituição de 1988 apresenta, no entanto, um maior desenvolvimento quer porque dedica tutela específica a realidades especificamente brasileiras (como os biomas da Amazónia e do Pantanal: §4º), quer porque garante tutela qualitativamente superior (v.g., constitucionalizando a figura do estudo prévio de impacto ambiental e a solução da tríplice responsabilidade no domínio do ambiente: §1º, IV e §3º). A riqueza ecossistémica do país e a sua estrutura federal rapidamente contribuíram para a geração de uma jurisprudência abundante neste domínio.

A novidade da questão ambiental — refiro-me ao facto de o Direito do Ambiente constituir uma área jurídica jovem no confronto com o Direito Civil e o Direito Administrativo, que já contam séculos — dificulta a sua abordagem. Acresce a esta dificuldade a emergência de resolução que certos problemas ambientais demandam e a emoção que convocam — aspectos que promovem respostas muitas vezes mais assentes no coração do que na razão. Finalmente, a protecção do ambiente é um valor consti-

tucional, mas não é o único, e a tarefa de ponderação de bens e direitos que coenvolve situações como, por exemplo, o licenciamento de um empreendimento turístico em área protegida vs desenvolvimento local ou a protecção de área de Mata Atlântica vs direito à moradia, é árdua.

Desde 2008 que convivo, nos meus seminários de Direito do Ambiente na FDUL com alunos de naturalidade brasileira, tendo através deles tomado consciência de muitos temas e problemas debatidos pela jurisprudência brasileira. Com a ajuda de três desses alunos, já mestres — André Dickstein, Monique Gonçalves e Nathalie Giordano —, decidi promover esta publicação, que conto seja útil a alunos e profissionais do foro. A selecção foi feita pelos três organizadores e a publicação foi por mim coordenada, tendo em atenção uma determinada uniformidade formal mas sobretudo toda a liberdade académica de pensamento e crítica das soluções vertidas nos acórdãos. Os doze julgados emanam dos dois mais altos tribunais (STF e STJ) e foram escolhidos considerando a sua data recente mas sobretudo a diversidade e relevo dos temas, e a controvérsia da solução adoptada.

Muito agradeço a todas as alunas e alunos que quiseram participar neste projecto (na sua maioria já mestres em Direito mas alguns ainda a caminho de o ser), que espero possa lançar a semente para mais iniciativas, deste e de outro género, no domínio do Direito Ambiental brasileiro. E espero que estudantes, profissionais e público em geral retirem utilidade deste livro.

Lisboa, Março de 2020

Carla Amado Gomes

Voltar ao índice

Índice

I. ANOTAÇÕES A ACÓRDÃOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

9 1. Anotação ao acordão do Supremo Tribunal Federal, de 20 de Setembro de 2019, ADI nº 4615.

Licenciamento ambiental por autodeclaração. Lei estadual. Constitucionalidade.

Daniely Andressa da Silva

34 2. Anotação aos acórdãos do Supremo Tribunal Federal (STF), de 12 de Agosto de 20, ADI's 4901, 4902, 4903, 4937 e ADC 42.

Dever de proteção ambiental. Necessidade de compatibilização com outros vetores constitucionais de igual hierarquia. Desenvolvimento sustentável. Justiça intergeracional. Novo código florestal.

André Constant Dickstein

78 3. Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal Federal de 28 de Março de 2019, rext (RE) proc. nº 494.601.

Sacrifício de animais em rituais religiosos; vaquejada.

Fabrício Meira

106 **4. Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal Federal de 26 de Outubro de 2016, recurso ordinário em habeas corpus nº 125.566/PR.**
Princípio da insignificância; crimes ambientais; crimes de perigo abstrato.
Renata Machado Saraiva

132 **5. Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal Federal de 8 de Junho de 2016, recurso extraordinário (RE)nº 627.189/SP.**
Concessão de serviço público de distribuição de energia elétrica; campo electromagnético; princípio da precaução; saúde pública.
Pedro Sampaio Minassa

171 **6. Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal Federal de 30 de Abril de 2014, proc. nº 769878.**
Maus tratos contra animais.
Rafaela Caobelli Oliveira

II. ANOTAÇÕES A ACÓRDÃOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

196 **1. Anotação ao acórdão do Superior Tribunal de Justiça, recurso especial nº 1.784.755/MT, de 17 Setembro de 2019, processo nº 2017/0160480-4.**
Transporte Ilegal de Madeira/Apreensão de mercadoria/ Ponderação e Proteção Ambiental Efetiva.
Marianna Couto Silva Sobreira Lopes

225 **2. Anotação ao acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de 8 de Maio de 2019, proc. embargos de divergência em recurso especial (ERESP) Nº 1.318.051 - RJ (2012/0070152-3).**
Responsabilidade ambiental; responsabilidade subjetiva; direito sancionatório.
Orlindo Francisco Borges

248 **3. Anotação ao acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de 21 de Março de 2019, RESP nº 1.797.195/SP.**

Animal; animais de companhia; senciência.

Monique Mosca Gonçalves

276 **4. Súmula 618 do Superior Tribunal de Justiça, de 24 de Outubro de 2018.**

Responsabilidade civil do Estado por omissão. Dano ambiental. Inversão do ônus da prova.

Camila Dias Marques Tozzo

297 **5. Anotação ao acórdão do Superior Tribunal de Justiça de 2 de Junho de 2005 (RESP 628.588/SP).**

Desapropriação indireta. Imóvel inserido em unidade de conservação. Inexistência de apossamento administrativo. Carência de ação.

Daniel Otaviano de Melo Ribeiro

322 **6. Anotação ao acórdão do Superior Tribunal de Justiça de 5 de Abril de 2004, recurso especial nº 588.022/SC.**

Ação civil pública. Desassoreamento de rio. Licenciamento ambiental. Competência.

Nathalie Giordano

I. ANOTAÇÕES A ACÓRDÃOS DO **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Voltar ao índice

Anotação ao acordão do Supremo Tribunal Federal, de 20 de Setembro de 2019, ADI N. 4615[1]

DANIELY ANDRESSA DA SILVA[2]

1. INDICAÇÃO DO ASSUNTO

Licenciamento ambiental por autodeclaração. Lei estadual. Constitucionalidade.

2. INDICAÇÃO DA EMENTA

Ação direta de inconstitucionalidade. Direito ambiental e constitucional. Federalismo e respeito às regras de repartição de competências legislativas. Lei estadual que versa sobre procedimentos ambientais simplificados. Lei nº 14.882, De 27.01.2011, Do estado do ceará. Princípio da predominância do interesse. Jurisprudência pacífica e dominante. Precedentes.

1 Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4092257>. Acesso em 15 de dezembro de 2019.

2 Mestre em Ciências Jurídico-Ambientais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogada.

Voltar ao índice

1. O princípio norteador da repartição de competências entre os entes componentes do federalismo brasileiro é o princípio da predominância do interesse, que é aplicado não apenas para as matérias cuja definição foi preestabelecida pela Constituição Federal, mas também em interpretações que envolvem diversas matérias. Quando surgem dúvidas sobre a distribuição de competências para legislar sobre determinado assunto, caberá ao intérprete priorizar o fortalecimento das autonomias locais e o respeito às suas diversidades como características que assegurem o Estado Federal, garantindo o imprescindível equilíbrio federativo.

2. O constituinte distribuiu entre todos os entes da federação as competências legislativas e materiais em matéria ambiental, de modo a reservar à União o protagonismo necessário para a edição de normas de interesse geral e aos demais entes a possibilidade de suplementarem a legislação federal (arts. 23, VI ao VIII, e 24, VI e VIII, CF).

3. Este Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, já se pronunciou sobre o tema, afirmando a regra de que a matéria ambiental é disciplina de competência legislativa concorrente, cabendo à União estabelecer as normas gerais, restando aos Estados a atribuição de complementar as lacunas da normatização federal, consideradas as situações regionais específicas. Nesse sentido: ADI 5.312, Rel. Min. Alexandre de Moraes; ADI 3.035, Rel. Min. Gilmar Mendes; ADI 3.937, Rel. Min. Dias Toffoli; RE 194.704, Rel. p/ acórdão, Min. Edson Fachin.

4. A Lei nº 6.938/1981, de âmbito nacional, ao instituir a Política Nacional do Meio Ambiente, elegeu o Conselho Nacional

Voltar ao índice

do Meio Ambiente – CONAMA como o órgão competente para estabelecer normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo IBAMA. O CONAMA, diante de seu poder regulamentar, editou a Resolução n. 237/1997, que, em seu art. 12, § 1º, fixou que poderão ser estabelecidos procedimentos simplificados para as atividades e empreendimentos de pequeno potencial de impacto ambiental, que deverão ser aprovados pelos respectivos Conselhos de Meio Ambiente.

5. A legislação federal, retirando sua força de validade diretamente da Constituição Federal, permitiu que os Estados-membros estabelecessem procedimentos simplificados para as atividades e empreendimentos de pequeno potencial de impacto ambiental.

6. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente.

3. DESCRIÇÃO SUMÁRIA DOS FACTOS DO CASO

Trata-se de acordão do Supremo Tribunal Federal (STF) proferido no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) n. 4.615, em 20 de setembro de 2019, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, em que se questionou a constitucionalidade da Lei n. 14.882, de 27 de janeiro de 2011, do Estado do Ceará, que dispõe sobre procedimentos ambientais simplificados para a implantação e operação de empreendimentos e/ou atividades de porte micro com potencial poluidor degradador baixo.

Voltar ao índice

A ação proposta pela Procuradoria Geral da República fundou-se na tese de que a lei estadual violava os artigos 24, VI e 225 da Constituição Federal (CF/88) usurpando a competência legislativa da União, entidade competente, ao seu ver, para estabelecer normas gerais da política nacional do meio ambiente. Para o proponente, os Estados não poderiam, por meio de lei estadual, disciplinar procedimentos ambientais simplificados.

O STF, em votação unanime, reconheceu a constitucionalidade da norma estadual, julgando improcedente a ADI.

4. COMENTÁRIO

A decisão em análise consiste em um importante precedente na jurisprudência ambiental brasileira, ao consolidar a interpretação da Suprema Corte acerca de um dos mais importantes instrumentos de defesa do meio ambiente, o licenciamento.

No presente caso, o STF firmou entendimento sobre dois aspectos de destaque deste instrumento: i. a competência concorrente para o licenciamento; ii. os processos simplificados de licenciamento.

Trata-se de assuntos de relevância tendo em vista a operacionalização deste mecanismo, conforme se passa a expor.

4.1. Breves notas sobre o licenciamento ambiental

O licenciamento ambiental, identificado pelo inciso IV, do artigo 9º da Lei n.º 6.938/81 (também conhecida como a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente - LPNM), como um instrumento de proteção dos recursos naturais e do ecossistema. É regulamentado pela Resolução n. 237/1997 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), sendo por esta conceituado em seu artigo 1º, inciso I, como um procedimen-

to administrativo por meio do qual a Administração Pública controla e fiscalizar diferentes etapas e aspectos de atividades que geram ou possam gerar degradação ao meio ambiente[3].

Traduz-se em um encadeamento de atos conduzidos no âmbito do Poder Executivo, por intermédio dos órgãos ambientais, nos diferentes níveis de proteção (federal, estadual e municipal), em pleno exercício do poder de polícia administrativa[4], e que desenham uma relação jurídica contratual, concretizada pela licença ambiental (LA).

Confere-se o caráter contratual desta relação porque o licenciamento é um instrumento que permite ao empreendedor a possibilidade de explorar sua atividade e conquistar vantagens econômicas em contrapartida à implementação de medidas de proteção do meio ambiente[5]. Estabelece-se uma relação pactual caracterizada por um cruzamento de interesses, em que o empreendedor, para alcançar o lucro, segue as determinações e contribui para a promoção dos recursos naturais e, a Administração, ajudada pelo particular, autoriza-o, do ponto de vista ambiental, a desenvolver a atividade pretendida, além de permitir o desenvolvimento econômico e os benefícios sociais que este propicia, como a geração de empregos[6].

---

3 Ainda sobre o conceito de licenciamento ambiental, ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 11ª ed. ampl. ref. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 142.

4 A par da discussão acerca da utilização desta expressão: "poder de polícia", aqui a mesma é empregada apenas e tão somente no sentido de identificar uma limitação administrativa ao exercício de um direito individual em nome do interesse público. Sobre a questão, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 821 e ss.

5 AMADO GOMES. Carla. *A prevenção à prova no direito do ambiente.* Em especial, os actos autorizativos ambientais. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 72-73.

6 AMADO GOMES. Carla. O procedimento de licenciamento ambiental revisitado. In *O Direito*. Lisboa, 2008, Ano 140, V. p. 1053-1085. p. 1074.

Voltar ao índice

E este caráter pactual é marcado, de um lado pelos benefícios de ordem ambiental e, de outro lado, pelos deveres para as partes envolvidas, pois, enquanto ao operador são impostas determinações pela Administração Pública, que deverão ser cumpridas como requisito para o deferimento e a manutenção da licença, por outro lado, a Administração dedica-se ao controle da exploração da atividade, fixando parâmetros de atuação, bem como fiscalizando o contínuo cumprimento das regras que foram impostas ao particular[7].

A LA alberga as medidas a serem adotadas pelo empreendedor na prevenção e no combate à poluição, referenciando os padrões e normas ambientais vigentes que atendam às melhores técnicas disponíveis (MTDS) aplicáveis àquela atividade[8], importando, conforme o caso, em diferentes medidas, a saber: i. prescrição de padrões e níveis aceitáveis de emissão de substâncias poluentes (standards[9/10]); ii. indicação

7 Neste tocante, cite-se Vasco Pereira da Silva, para quem a LA constitui uma relação jurídica duradoura da qual emergem direitos e deveres ao operador e também à Administração. SILVA, Vasco Pereira da. *Verde Cor de Direito. Lições de Direito do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002.p. 203 e ss.

8 No Brasil a legislação ambiental não prevê, de forma explícita, a cláusula MTDS, todavia, o escopo albergado por esta pode ser verificado na leitura conjunta dos artigos 1º, inciso I, da Resolução n. 237/1997 do CONAMA e 5º, inciso I, da Resolução n. 01/86 do CONAMA.

9 Os standards, por sua vez, podem ser conceituados como parâmetros técnicos voltados à direção objetiva das atividades com repercussão ambiental negativa. São materializados por meio de indicadores numéricos precisos que apontam, para cada tipo de atividade, os limites máximos de atuação que obrigatoriamente deverão ser atendidos pelos operadores, tais como níveis de emissão de poluentes, ou ainda medidas de concentração de componentes utilizados em processos produtivos, assim como materiais para embalagens, dentre outros. Sobre as diferentes categorias de Standards, KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. *International Environmental Law*. 2ª ed. New York: Transnational Publishers, Inc, 2000. p. 194 e ss.

10 A utilização de *Standards* nas LA's implementa objetividade e uniformidade. A primeira decorre da precisão dos limites de poluição estabelecidos. Os indicadores são obtidos considerando cada atividade, e definem numericamente, de maneira precisa, os índices que deverão ser observados pelo operador quando do desenvolvimento de suas atividades. E, por ser identificado como um critério preciso, claro, objetivo, não suscita margem de interpretação para implementação diferenciada por empreendedores que exploram a mesma atividade e se submetem aos mesmos parâmetros. Assim, todos os particulares que explorem a mesma atividade deverão observar o mesmo limite de emissão, as exigências administrativas impostas serão as mesmas para todos. ANTUNES, Tiago. *O ambiente entre o direito e a técnica*. Lisboa: AAFDL, 2003. p. 41.

Voltar ao índice

de processos específicos de produção e/ou matéria-prima, iii. determinação, conforme o caso, da adoção de medidas hábeis a eliminar, neutralizar, mitigar[11] ou compensar[12] os impactos negativos decorrentes da atividade a ser licenciada.

A partir destas condicionantes, o licenciamento permite a harmonização entre a defesa dos recursos naturais e o desenvolvimento de atividades econômicas que causam ou causariam impactos negativos àqueles através do condicionamento da exploração à observância de medidas de proteção e níveis aceitáveis de poluição[13].

Assim, o condicionamento imposto pelo licenciamento, no modelo atual, concretiza a integração entre o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado e a livre iniciativa, o direito de propriedade e o desenvolvimento econômico e social, traduzindo, tal como leciona Carla Amado Gomes, "um instrumento de prevenção, que concretiza um princípio de proibição sob reserva de permissão" em que "ao particular é negada a possibilidade de emitir poluição proveniente da exploração de determinadas actividades industriais para o ar, água e solo, sem se munir previamente de um acto administrativo conformador dos limites desse desgaste"[14].

---

11 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 25ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2017.p. 238. Os artigos 6º, inciso III e 9º, inciso VI, ambos da Resolução n. 01/86, do CONAMA, estipulam que no Estudo de Impacto Ambiental (EIA), juntamente com a identificação dos efeitos negativos ao meio ambiente, deverão ser definidas as medidas mitigadoras destes impactos, a fim de que sejam adotadas pelo empreendedor quando da exploração de sua atividade econômica.

12 Orientações sobre a definição e emprego de medidas compensatórias: GOIÁS. Centro de Apoio Operacional do Ministério Público de Goiás. *Medidas compensatórias nos TACs*. Orientação técnico-jurídica n.º 001/2008. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/9/docs/2008_ort_tj_no_01.pdf>. Acesso em 13.01.2020.

13 ANTUNES, Tiago. *O ambiente... cit.,* p. 44.

14 AMADO GOMES, Carla. O procedimento... *cit.,* p. 1053-1054.

Voltar ao índice

Diferente de atos de punição ou repressão, a licença atua antes da constatação do dano, buscando não a sua correção, mas sim a sua não concretização[15].

Esta autorização é exercida em diferentes níveis federativos, suscitando debates acerca da competência dos entes federados em ordem material e normativa, primeiro item de importante análise na decisão do STF.

4.2. Competência em matéria ambiental

Em relação à competência em torno do licenciamento ambiental, sabe-se que a Constituição Federal de 1988 (CF/88), em seu artigo 23, incisos III, VI e VII, define como sendo de competência comum, de todos os entes federados- União, Estados e Municípios –, a proteção do meio ambiente e o combate à poluição em qualquer de suas formas.

A competência de todos os entes federados também se replica em âmbito legislativo, na medida em que o texto constitucional (art. 24, incisos VI, VII e VIII da CF/88) estabelece a competência concorrente de União, Estados, Distrito Federal e Municípios para legislar sobre matéria ambiental.

O compartilhamento de responsabilidades ambientais entre todos os entes da federação bem demonstra a preocupação do constituinte com a questão ambiental e o dever de todos em tutelar o meio ambiente, conforme preconiza o artigo 225 da CF/88.

---

15 Sinalizando o sentido preventivo das autorizações ambientais, Ramón Martín Mateo afirma que a prevenção da contaminação se realiza mediante a adoção inicial de cautelas impostas a novas atividades através de autorizações (como no caso da LA) ou concessões que se apresentam em consonância com o escopo do Direito Ambiental. MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental.* v. 1. Madrid: Trivium, 1991. p. 113. No mesmo sentido CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Introdução ao Meio Ambiente*. coord., Lisboa: 1998. p. 122. LOZANO CUTANDA, Blanca. *Derecho Ambiental Administrativo*. 7ª ed. atual. Madrid: Dykinson, 2006. p. 336.

Voltar ao índice

Entretanto, de outro lado, este compartilhamento também gera recorrentes questionamentos e dúvidas sobre a esfera de atuação de cada um dos órgãos ambientais[16], instaurando, por conseguinte, um ambiente de insegurança jurídica, em que o agente fiscalizador, por vezes, atua em questões para as quais não teria competência, conflitando com a competência de outro órgão no que se denomina conflito positivo de competências; ou mais grave ainda, deixa de atuar quando deveria estar atuando, ocasionando um conflito negativo de competências[17].

O empreendedor, por sua vez, já no início do processo de licenciamento, se depara com a dificuldade de entender, com clareza, a quem deve se reportar, a quem cabe a responsabilidade pelo licenciamento de sua atividade, a quais exigências deve atender e, não raras vezes, lhe são impostas obrigações para além daquelas efetivamente devidas.

Tudo isso importa em custos desnecessários, morosidade, perda de competitividade, insegurança e descrédito em relação ao próprio processo de licenciamento e desestimulo ao investimento[18].

No tocante à competência material, a edição da Lei Complementar n. 140, de 8 de dezembro de 2011 (LC n. 140/2011) buscou regula-

16 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Cartilha de licenciamento ambiental* / Tribunal de Contas da União; com colaboração do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. 2ª.ed. Brasília: TCU, 4ª Secretaria de Controle Externo, 2008. p. 23.

17 TRENNEPOHL, Curt; TRENNEPOHL, Terence Dornelles. *Licenciamento Ambiental*. 7ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 18 e 19. FINK, Daniel Roberto; ALONSO JR., Hamilton. DAWALIBI, Marcelo. *Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 53. ARAUJO, Sarah Cordeiro. Competência em Matéria de Licenciamento Ambiental: do Conflito à Solução. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará*. v. 34, n. 1, p.499-538. p. 500 a 502.

18 TRENNEPOHL, Curt. Licenciamento... *Cit.* p. 18 e 19.

Voltar ao índice

mentar a legitimidade de cada entidade para a operacionalização do licenciamento ambiental, definindo, em apertada síntese, que a competência ambiental para execução do licenciamento é definida a partir da influência imediata[19] do impacto ambiental provocado, ou que se pode provocar, diretamente relacionada à predominância do interesse ambiental envolvido[20], cabendo aos Estados a competência pelo licenciamento nos casos que não se enquadrem como interesse de ordem federal ou municipal, elencados pela lei[21].

Assim a LC n. 140/11 consolida a priorização da adequação regional/estadual conferida aos instrumentos de proteção ambiental, conforme suas realidades.

Por sua vez, no campo da competência legislativa ambiental, também são recorrentes as discussões, tendo o acordão em comento sedimentado a mesma linha de entendimento adotada para a competência comum, qual seja, "de fortalecimento das autonomias locais e respeito as suas diversidades", reservando à União "o protagonismo necessário para a edição de normas de interesse geral e aos demais entes a possibilidade de suplementarem a legislação federal", interpretação guiada pelo princípio da predominância do interesse:

> " 4. O princípio norteador da repartição de competências entre os entes componentes do federalismo brasileiro 'e o princípio da

19 E frise-se influência direta, na medida em que os impactos indiretos são de alcance global, por interessarem a todos, vez que o direito ao meio ambiente identifica um bem comum do povo, sem distinções. MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*: a gestão ambiental em foco: doutrinam jurisprudência, glossário. 10 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 428 e ss, especialmente p. 431.

20 FINK, Daniel Roberto. *Aspectos... cit.,* p. 18 e ss.

21 Para a identificação legal e pormenorizada das competências comuns, vejam-se os artigos 7º, inc. XIV, 8º, XIV e 9º, XIV da LC 140/11.

Voltar ao índice

> predominância do interesse, que 'e aplicado não apenas para as matérias cuja definição foi preestabelecida pela Constituição Federal, mas também em interpretações que envolvem varias e diversas matérias. Quando surgem dúvidas sobre a distribuição de competências para legislar sobre determinado assunto, caberá ao interprete do Direito priorizar o fortalecimento das autonomias locais e o respeito as suas diversidades como características que assegurem o Estado Federal, garantindo o imprescindível equilíbrio federativo. No presente caso, a jurisprudência desta Corte é pacífica e dominante no sentido de que matéria ambiental 'e disciplina da competência legislativa concorrente".

A decisão, portanto, alinhada ao posicionamento já manifestado pelo STF[22], referenda a possibilidade de os Estados legislarem em material ambiental, permitindo-lhes a adequação das respectivas normas à realidade local, segundo as suas especificidades regionais.

E ao sedimentar esta orientação, o STF formalizou importante precedente, norteador para os conflitos relativos à competência normativa de ordem ambiental, assegurando, por conseguinte, maior segurança jurídica em relação às diretrizes legais balizadoras do processo de licenciamento.

Cabe mencionar que esta forma de distribuição de competências, aumentando a margem de regulamentação do licenciamento pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, enfrenta críticas que vislumbram, nestas hipóteses, a possibilidade de eventuais disputas entre os Estados da Federação visando angariar instalações de empreendimentos em troca de baixos custos e exigências ambientais. A questão, de fato, merece atenção haja vista o risco de precarização da tutela ambiental como consequência da adoção deste tipo de conduta política, todavia, pode

22 Por exemplo ADI n. 5.312; ADI n. 3.035.

Voltar ao índice

se resolver a questão, a partir da definição de regras gerais, de âmbito nacional, e sistemas de controle subsidiários, inclusive no âmbito do CONAMA, de modo a inibir o mau uso da prerrogativa legislativa conferida.

4.3. Do licenciamento ambiental simplificado

Para além das questões relativas a competência normativa, a decisão em comento também tem relevância sobre o aspecto material da tutela ao meio ambiente, na medida em que demonstra a recepção, pelo Supremo Tribunal, da possibilidade de implementação, em âmbito estadual, de medidas de proteção ambiental simplificadas, menos burocráticas, condizentes com a adequação de processos de menor impacto ambiental e que, por consequência, devem ser controlados e fiscalizados através de mecanismos menos complexos.

Segundo o STF, a lei cearense disciplinou processos simplificados de licenciamento, em observância às diretrizes gerais fixadas pela União, tomando por base o fato de o artigo 12, §1º da Resolução n. 237/1997 do CONAMA admitir a possibilidade de serem estabelecidos procedimentos menos complexos para as atividades e empreendimentos de pequeno potencial de impacto ambiental, observada a aprovação pelos respectivos Conselhos de Meio Ambiente.

Uma vez que os Estados possuem competência para o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades nos termos do artigo 8º, XIV e XV da LC n.140/2011, consequentemente lhes é assegurada a possibilidade de, nestes casos, instituir processos simplificados para atividades e empreendimentos de pequeno potencial ofensivo, condicionados à aprovação dos respectivos Conselhos. Foi o que fez a lei cearense.

De acordo com o artigo 8º da Resolução n. 237/1997 do CONAMA, atualmente, no Brasil, o licenciamento ambiental é composto por três

diferentes licenças ambientais: licença prévia (LP), licença de instalação (LI) e licença de operação (LO). Cada licença corresponde a uma fase do empreendimento a ser autorizado: se em fase de planejamento, em fase de instalação, ou ainda em fase de exploração/ funcionamento[23].

Portanto, o licenciamento ambiental se apresenta como um procedimento administrativo faseado, "rasgadamente gradativo"[24], subdividido em diversas etapas, nas quais há a intervenção de diferentes órgãos[25] e, de acordo com a atividade, diferentes obrigações.

A justificativa para o fracionamento e a multiplicação dos atos administrativos em distintas modalidades de licenças ambientais está pautada na complexidade das questões envolvidas e em razão de fatores como: o número de destinatários, o caráter duradouro das relações em causa, ou o tecnicismo da decisão[26], considerando a necessidade de certificar o atendimento aos padrões de qualidade ambiental vigentes à época[27].

Entretanto, nem todas as atividades envolvem os mesmos níveis de complexidade em relação a estes fatores e, consequentemente, poderiam dispensar atos por demais burocráticos em atenção à natureza e ao impacto gerado pelo empreendimento.

---

23 A respeito, artigo 8º da Resolução n. 237/1997 do CONAMA.

24 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Actos autorizativos jurídico-públicos e responsabilidade por danos ambientais. In *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, LXIX, 1993. p. 1-69. p. 58.

25 MILARÉ, Édis. *Direito... cit*., p. 421.

26 SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 462.

27 FARIAS, Talden. Fases e Procedimentos do licenciamento ambiental. In *FDUA,* Belo Horizonte, ano 5, n. 27, p. 3349-3364, maio/jun. 2006. p. 3350.

Voltar ao índice

A respeito lecionam Grace Ladeira Garbaccio, Lyssandro Norton Siqueira e Paulo de Bessa Antunes[28]:

> "Esse modelo de licenciamento ambiental trifásico se, por um lado, em alguns casos é capaz de garantir segurança no exame dos impactos ambientais de atividades empreendedoras, por outro lado, em diversos outros casos, constitui medida excessivamente burocrática, não adequada aos impactos ambientais.
>
> Como exposto, a LP tem o escopo de verificar a localização e a concepção do empreendimento, enquanto a LI autoriza a sua instalação. Em diversas situações, ao examinar a localização e a viabilidade técnica do empreendimento, o órgão ambiental tem plenas condições de licenciar a sua instalação, sendo absolutamente desnecessária a divisão do procedimento administrativo em duas distintas fases. De igual modo, há empreendimentos que, uma vez instalados, estão em plena condição de operação, não se justificando seja aberta uma nova etapa do licenciamento para que seja autorizada a sua operação. A unificação dessas três fases para empreendimentos de menor potencial de impacto seria uma medida de simplificação, sem banalizar a importância do instrumento".

O entendimento do STF, neste sentido, pode ser tomado como a sinalização da pertinência de medidas que tem sido objeto de projetos de lei que prevêem instrumentos de controle e fiscalização ambientais simplificados, admitindo a utilização de mecanismos menos burocráticos para a autorização de atividades de menor impacto, permitindo, desta forma, a adequada operacionalização dos controles ambientais de modo proporcional ao grau de lesividade de cada atividade.

---

28 GARBACCIO, Grace Ladeira, SIQUEIRA, Lyssandro Norton, e ANTUNES, Paulo de Bessa. Licenciamento ambiental: necessidade de simplificação. In *Revista Justiça do Direito*, v. 32(3), 562-582. Disponível em: <https://doi.org/10.5335/rjd.v32i3.8516>. Acesso em 19 de dezembro de 2019. p. 565-566

Voltar ao índice

Dentre as diversas iniciativas legislativas que propõem a simplificação do licenciamento ambiental atualmente em trâmite,[29] cabe destacar a subemenda Substitutiva Global de Plenário[30] apresentada pelo Deputado Kim Kataguiri, que serve de texto-base para o grupo de trabalho instituído para analisar o marco legal concernente ao licenciamento ambiental brasileiro[31]. E especificamente sobre a simplificação dos instrumentos propostos para o licenciamento, há a previsão dos chamados licenciamentos ambientais por adesão e compromisso (LAC).

Na mesma linha do que preconiza a lei cearense[32] – declarada constitucional pelo STF -, a LAC propõe a autorização da exploração de determinadas atividades a partir do envio, pelo empreendedor, de documentos específicos e da sua adesão, mediante declaração, aos critérios e às condições estabelecidos previamente pelo órgão ambiental (artigo 2º, incisos XI e XIX da subemenda).

O foco da tutela ambiental para a operacionalização de atividades abrangidas pelo licenciamento por adesão valoriza a boa-fé em relação as declarações prestadas pelos empreendedores e todas as infor-

---

29 Exemplificativamente mencione-se o projeto de lei de iniciativa do Senado Federal, PLS n. 168/2018, e o projeto de lei n. 3.729/04, que tramita na Câmara dos Deputados, todos versando sobre licenciamento ambiental. Ainda, mencione-se o projeto de lei n. 2.942/2019, que também propõe medidas de simplificação envolvendo o licenciamento.

30 Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/licenciamento-ambiental/documentos/outros-documentos/texto-base-licenciamento-ambiental> Acesso em 15 de dezembro de 2019.

31 BRASIL, Câmara dos Deputados. Ato do Presidente de 06 de junho de 2019. Designa membros para o grupo de trabalho destinado a analisar o marco legal concern ente ao licenciamento ambiental brasileiro e apresentar propostas quanto ao seu aperfeiçoamento. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/licenciamento-ambiental/conheca-a-comissao/criacao-e-constituicao/criacao-e-aditamento>. Acesso em 10 de dezembro de 2019.

32 Vide art. 3º da Lei n. 14.882/2011 do Estado do Ceará.

Voltar ao índice

mações dela constantes, incluindo a adoção de medidas preventivas, mitigadoras e compensatórias, resguardando, outrossim, o poder de controle e fiscalização do órgão ambiental.

Conforme já afirmado anteriormente, há uma reserva de proibição acerca do exercício de atividades potencial ou efetivamente poluentes que só é afastada pela autorização formalizada através da LA, a qual tem o condão de estabelecer, antes do início da atividade, medidas a serem observadas pelo particular no desenvolvimento desta com vistas a harmonizar a sua exploração e a tutela dos recursos naturais.

No caso da proposta de LAC, a definição de medidas preventivas passa a se dar já na definição das condicionais previamente estabelecidas pelo órgão ambiental quando da indicação da atividade como sendo passível de ser autorizada por esta modalidade de licenciamento, obrigando o empreendedor, já no ato da sua declaração, a aderir a estas pré-condições voltadas ao controle ou a mitigação dos impactos ambientais da atividade que pretende desenvolver. Ou seja, por meio do compromisso formalizado pela Declaração de adesão e compromisso (DAC)[33], o empreendedor obriga-se a adotar estas medidas.

Por isso, como pressuposto indispensável à implementação deste modelo simplificado, necessário se faz respaldar a definição de atividades hábeis a este formato de licenciamento, a partir da prévia definição objetiva de condições e critérios relacionados aos diversos tipos de empreendimento potencialmente causadores de impacto, considerando porte e localização[34], tecnologias aplicáveis, dentre outros.

33 Art. 2º, inciso XIX da subemenda.

34 GARBACCIO, Grace Ladeira. Licenciamento... *Cit.* p. 566.

Voltar ao índice

Nesta perspectiva, ao condicionar o exercício desta modalidade de licenciamento à prévia classificação da atividade e ao dever de cumprir o compromisso ao qual o empreendedor aderiu, a LAC também atende ao controle preventivo inerente a defesa ambiental. Eis o disposto pelo artigo 18 da subemenda:

> "Art. 18. O licenciamento ambiental por adesão e compromisso será assegurado, desde que conhecidas as características ambientais da área de implantação, e estabelecidas as condições de operação da atividade ou empreendimento pelo órgão ambiental competente".

Destaque-se, ainda, a possibilidade de, durante a análise do pedido de licença, a autoridade ambiental exigir complementações as quais devem ser atendidas pelo empreendedor, sob pena de arquivamento e não liberação do desenvolvimento da atividade (artigo 33)

E para além do controle preventivo, a LAC também implementa a proteção de trato continuo[35], realizada ao longo da sua vigência, na medida em que, o artigo 11 da proposta de subemenda a ser votada pelo Congresso Nacional garante à autoridade licenciadora a prerrogativa de suspender a licença ambiental quando constatar omissão ou falsa descrição das informações que subsidiaram a licença, ou ainda, quando verificar a superveniência de riscos ambientais, sem prejuízo da possibilidade de suspender ou cancelar a licença[36], além da possibilidade de responsa-

35 Utilizando a expressão para as licenças ambientais, Blanca Lozano Cutanda defende serem instrumentos de "trato contínuo" que permitem que o controle da atividade persista durante a vigência da licença, exigindo do operador a observância constante dos parâmetros de exploração da atividade, impostos pela Administração, ao longo do desenvolvimento da atividade licenciada. LOZANO CUTANDA, Blanca. *Derecho... Cit.*, p. 337.

36 Artigo 11 da subemenda.

Voltar ao índice

bilização do empreendedor com a incidência de outras sanções administrativas e penais, como as previstas na Lei 9.605/98[37], bem como da responsabilidade civil pelos danos causados.

Neste caso, a análise dos impactos e o atendimento aos princípios da precaução e prevenção devem se dar quando da definição da sujeição, ou não, da atividade ao procedimento simplificado.

Adicionalmente, como forma de resguardar o poder fiscalizatório do órgão ambiental e rechaçar eventuais fraudes, a própria lei deve prever sanções em âmbito administrativo, cível e criminal, além de referendar a possibilidade de posterior validação das informações apresentadas pelo empreendedor ou mesmo revisão da autorização pelo órgão ambiental.

A exemplo do que já ocorre com as atuais licenças (artigo 19 da Resolução n. 237/1997 do CONAMA), o descumprimento e o erro das informações prestadas pelo empreendedor acarretará a nulidade da LAC e o consequente impedimento da continuidade das atividades, sem prejuízo da responsabilização do empreendedor em âmbito civil, administrativo e criminal (Artigo 43 da subemenda).

Outrossim, os modelos de simplificação ambiental, a exemplo da experiência do Estado de Minas Gerais[38], tem recepcionado a prerrogativa de o órgão ambiental, no exercício do poder de gestão e fiscalização, em atenção a critérios técnicos pertinentes, determinar o reenquadramento da atividade em modalidade de licenciamento diversa daquela inicialmente indicada[39]. Neste sentido:

---

37 Artigo 9º, § 6º da subemenda.

38 Vide deliberação normativa Copam n. 217, de 06 de dezembro de 2017.

39 GARBACCIO, Grace Ladeira. Licenciamento... *Cit.*. p. 566 e 567.

Voltar ao índice

> "A previsão normativa de alternativas de modelos de licenciamento dá ao órgão ambiental maior autonomia para a escolha do procedimento mais adequado a cada um dos empreendimentos, sem prejudicar a eficiência e a segurança do procedimento administrativo" [40].

Cumpre mencionar que os procedimentos de licenciamento ambiental simplificados não afastam a observância a lei 9.605/98 ou ao Decreto n. 6.514/2008. Referidos dispositivos estabelecem que o não cumprimento das disposições da LA constitui infração penal (exemplificativamente cite-se o artigo 66 da lei 9.605/98) e administrativa punível com multa e, dependendo da gravidade dos fatos, com outras sanções acessórias, tais como a cessação da licença e o encerramento da atividade (artigo 66, inciso II do Decreto n.º 6.514/2008).

A simplificação do processo de licenciamento elevou o grau de confiança em relação às informações e à vinculação das declarações prestadas pelo empreendedor. De outro lado, por conseguinte, cabe ao empreendedor a responsabilidade por suas declarações, reforçando o dever, na condição de administrado, de proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé em relação à Administração Pública[41], sob pena de lhe serem aplicadas as correspondentes sanções acima destacadas.

Portanto, mesmo com a simplificação proposta, a LAC não elide a prerrogativa de vigilância contínua pelos órgãos ambientais, garantindo o respeito às medidas de proteção durante o período de vigência da licença, além de evitar a ocorrência futura de lesões ambientais, reforçando o caráter preventivo inerente a todas as licenças ambientais.

---

40 GARBACCIO, Grace Ladeira. Licenciamento... *Cit.* p. 566 e 567.

41 Mencione-se o artigo 4º, inciso II da Lei n. 9.784/99, que versa sobre normais gerais de procedimento administrativo em âmbito federal, aplicável de forma subsidiaria a este contexto.

Voltar ao índice

Em tempo, cabe referir que a possibilidade de modulação de exigências ambientais de acordo com o grau de impacto ambiental da atividade não é uma novidade.

A legislação ambiental brasileira, em especial a LPNM em seu artigo 10, aponta para a necessidade de licenciamento de "estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental".

Daí depreende-se que nem todo e qualquer empreendimento ou atividade estará sujeito ao licenciamento ambiental[42].

O mesmo se dá com a exigência do Estudo de Impacto Ambiental (EIA).

A possibilidade de diferenciar exigências ambientais de acordo com a prévia classificação da atividade já é admitida pela Resolução n. 01/86 do CONAMA, que no artigo 6º vinculou a exigência do EIA apenas para os casos de licenciamento de atividades que gerem ou possam gerar significativo impacto ambiental, vez que tal estudo compreende medida altamente complexa, não se justificando sua exigência para atividades de irrelevante risco de degradação ambiental.

Insta referir ser crescente a interpretação de que a exigência do EIA deve se dar com parcimônia, sem tomar a classificação inicial da atividade como presunção absoluta de impacto altamente prejudicial, ponderando outros elementos que podem justificar a dispensa do EIA quando as demais circunstancias apontem para um baixo impacto ambiental. A respeito cite-se:

---

42 FARIAS, Talden. Fases... *cit.,* p. 3350; BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Cartilha... Cit.* p. 13.

> "Destarte, com base em todos esses atos normativos e ideias que referendam a tese de relatividade da presunção de significativo impacto ambiental das atividades relacionadas no art. 2º da Res. Conama 1/1986, é possível concluir que o órgão de controle mantém certa dose de liberdade para avaliar dito pressuposto do EIA/RIMA, isto é, o significativo impacto ambiental. Evidenciada, porém, por regular prova técnica, a insignificância do impacto, torna-se inviável a exigência do estudo.
>
> Com isso, obvia-se a transformação de um instrumento tão importante como o EIA em mera exigência formal, imposto sem critério, e que, muitas vezes, pode inviabilizar obras necessárias – pense-se, por exemplo, num pequeno aterro sanitário, em área desprovida de especial interesse para o meio ambiente-, em razão dos altos custos a serem incorridos com a sua contratação"[43].

Exigir um procedimento complexo quando os demais elementos em análise apontam para o baixo índice de lesividade ao ambiente importa em fazer prevalecer mera exigência formal, importando em morosidade e custos elevados para o empreendedor e para o próprio órgão fiscalizador (que mobiliza equipe e estrutura para analisar o estudo em causa), com a banalização do mecanismo[44] e da própria atuação dos órgãos de fiscalização e controle.

Para tanto é necessário pontuar que a dispensa de EIA tem como pressuposto o auxílio de outros instrumentos que permitam ao órgão ambiental "examinar as características especificas dos empreendimentos, afastando, com fundamento técnico, o significativo impacto ambiental"[45].

---

43 MILARÉ, Édis. *Direito... Cit.* p. 767-768.

44 GOUVEIA, Yara Maria Gomide. A interpretação do Artigo 2º da Resolução CONAMA 1/86. In. *Avaliação de impacto ambiental*. São Paulo. Secretaria do Meio Ambiente. 1998, p. 21.

45 GARBACCIO, Grace Ladeira. Licenciamento... *Cit.* p. 573.

Voltar ao índice

O embasamento técnico também deve ser norteador para embasar a simplificação do licenciamento ambiental.

No mesmo contexto em que se interpreta a relativização da exigência do EIA, insere-se a simplificação dos procedimentos de licenciamento ambiental como um todo, encontrando amparo legal no parágrafo único do artigo 3º da Resolução CONAMA n. 237/1997, que admite a possibilidade de se definir estudos ambientais pertinentes ao respectivo processo de licenciamento quando verifica-se que a atividade sob análise não é classificada como causadora de significativa degradação ambiental.

E não poderia ser diferente já que a exigência de procedimentos de tutela ambiental complexos, que não estejam amparados em circunstâncias de fato que lhes justifiquem, concretiza, a rigor, ato administrativo nulo.

O licenciamento, enquanto típico ato administrativo, tem sua prática condicionada aos elementos de validade como todo e qualquer outro ato desta natureza, inclusive em relação aos motivos, os quais compreendem o conjunto de pressupostos de fato e de direito que fundamentam sua concretização[46] e cuja inobservância importa na sua nulidade[47].

Nos casos de licenciamento de atividades cujos efeitos ambientais são classificados como de baixo impacto, a imposição de obrigações ambientais complexas não se justifica, na medida em que este tipo de imposição se sustenta apenas e tão somente nos casos de liberação de atividades de relevante impacto ambiental, as quais tornam imprescindível maior

46 DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32ª ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 246 e 247.

47 DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito...Cit.* p. 283 e 284.

Voltar ao índice

cautela sob o aspecto ambiental. Logo, as exigências ambientais precisam guardar correspondência com os respectivos tipos de atividades a serem licenciadas, não sendo plausível a imposição de obrigações severas em detrimento de condições fáticas cujo impacto ambiental pode ser facilmente controlado por meio de medidas mais acessíveis.

Se o órgão ambiental possui a prerrogativa de exigir medidas para o controle de atividades que envolvam risco ambiental, quando não há risco ou este já se mostra controlado, inexiste motivo que respalde a continuidade da imposição, que passa a ser desproporcional, abusiva e nula.

Se não bastasse, tal forma de atuação acaba por afrontar os princípios da impessoalidade e da eficiência, previstos no caput do Artigo 37 da CF/88, norteadores da Administração Pública.

Se ao Estado é vedado conferir tratamento distinto a cidadãos em mesma condição de igualdade, do mesmo modo, não é permitido conferir tratamento identifico a administrados que se encontram em situações distintas.

E se é verdade que nem toda atividade sujeita-se ao processo de licenciamento, igualmente deve ser verdadeira a premissa de que as diferentes atividades sujeitas ao licenciamento deverão submeter-se a procedimentos de autorização ambiental condizentes com suas peculiaridades, guardando procedimentos complexos para as atividades de risco ambiental que os justifiquem.

A autorização de atividades altamente poluentes deve continuar sendo[48] objeto de processos complexos de avaliação, os quais, todavia, não se mostram razoáveis quando estendidas, da mesma forma e em mesmo grau de exigência, para as atividades de menor impacto.

48 A exigência de licenciamento ambiental como regra persiste na proposta do novo marco regulatório do licenciamento ambiental. A respeito veja-se o Artigo 3º, da Subemenda.

Voltar ao índice

Atendendo aos princípios da impessoalidade e da isonomia, necessária se faz a modulação do processo de licenciamento admitindo diferentes modalidades, a fim de permitir a devida adequação das exigências de acordo com o nível de intervenção danosa no meio ambiente.

A partir de medidas que permitam a simplificação de processos em consonância ao seu baixo impacto ambiental, direcionando o rigor e a complexidade para as atividades que efetivamente necessitam deste cuidado, cria-se um modelo de maior eficiência na tutela ambiental, que confere o adequado tratamento a todas as atividades submetidas ao licenciamento, todavia, assegurando que atividades de menor impacto sejam controladas por meio de medidas simplificadas, condizentes ao tratamento dos efeitos ambientais que geram, de modo a garantir agilidade, redução de custos e segurança nas respostas aos pedidos de autorização ambiental. De outro lado, permanecem os modelos de maior complexidade, essenciais à garantia da proteção do meio ambiente quando se tratam de atividades de maior risco e danosidade, que assim o exigem.

Eis o que determina o princípio da eficiência, segundo o qual cabe à Administração Pública o melhor desempenho possível buscando os melhores resultados no atendimento ao interesse público[49].

A partir da adequação dos instrumentos de controle em consonância com os diferentes níveis de impacto das atividades será possível implementar uma política de proteção ambiental que efetivamente operacionalize preservação do meio ambiente e o desenvolvimento econômico sustentável.

Não é demais mencionar que segundo o artigo 1º, § 2º da subemeda, o licenciamento ambiental deve priorizar a prevenção do dano ambiental e a análise integrada dos impactos e riscos ambientais, bem como

49 Sobre o princípio da eficiência. DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito... Cit.* p. 111 e ss.

Voltar ao índice

a celeridade e a economia processuais[50]. Os processos simplificados de licenciamento, a exemplo da lei cearense e da própria subemenda, exemplificam meios de celeridade e economicidade neste âmbito.

4.4. Em forma de conclusão

A decisão do STF, portanto, apresenta-se como relevante precedente jurisprudencial demonstrando a atenção da mais alta corte do Poder Judiciário Brasileiro à modernização dos instrumentos de tutela ambiental, priorizando a segurança jurídica, pautada no reconhecimento da competência dos Estados na adequação das normas ambientais às suas peculiaridades locais, bem como valorizando a boa-fé do empreendedor e o ganho de eficiência do processo de licenciamento ao admitir a possibilidade de modulação de exigências em consonância com o grau de impacto do empreendimento no meio ambiente, sem contudo, deixar de observar as devidas cautelas hábeis a garantir a efetiva defesa ambiental em harmonização com o desenvolvimento sustentável.

50 https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/licenciamento-ambiental/documentos/outros-documentos/texto-base-licenciamento-ambiental

Voltar ao índice

Anotação aos acórdãos do Supremo Tribunal Federal (STF) de 12 de Agosto de 2019, ADI'S 4901, 4902, 4903, 4937 e ADC 42[1]

ANDRÉ CONSTANT DICKSTEIN[2]

1. INDICAÇÃO DO ASSUNTO

Qual é a justa medida do desenvolvimento sustentável? Como harmonizar proteção ambiental, promoção social e desenvolvimento econômico? Eis um enigma essencial das sociedades contemporâneas. Este artigo pretende analisar precedente do Supremo Tribunal Federal onde a questão se impõe. Trata-se de julgamento conjunto de quatro ações diretas de inconstitucionalidade e de uma ação direta de constitucionalidade pertinentes a inúmeros dispositivos da Lei Federal n.º 12.651, de 25 de maio de 2012[3], conhecida como "Novo Código Florestal" ou como "Código Florestal de 2012".

1 Disponíveis em http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4355097, última consulta em 09.01.2020.

2 Promotor de Justiça, membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ). Coordenador do Centro de Apoio Operacional de Meio Ambiente e do Patrimônio Cultural do MPRJ. Mestre em Direito do Ambiente pela Universidade de Lisboa. Pós-graduado (*lato sensu*) em Gestão Ambiental pela Universidade Federal do Rio de Janeiro UFRJ/PNUMA.

3 Disponível em http://www4.planalto.gov.br/legislacao/, última consulta em 09.01.2020.

Voltar ao índice

Mais especificamente, busca-se aqui analisar um aspecto específico do vasto julgamento conjunto das cinco ações diretas de in/constitucionalidade, qual seja, a previsão originária do Código Florestal de 2012 de autorizar instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais em APP´s - áreas de preservação permanente (art. 3º, VIII, "b", c/c art. 8º).[4]

2. INDICAÇÃO DA EMENTA

Direito constitucional. Direito ambiental. Art. 225 Da constituição. Dever de proteção ambiental. Necessidade de compatibilização com outros vetores constitucionais de igual hierarquia. Artigos 1º, iv; 3º, ii e iii; 5º, caput e xxii; 170, caput e incisos ii, v, vii e viii, da crfb. Desenvolvimento sustentável. Justiça intergeracional. Alocação de recursos para atender as necessidades da geração atual. Escolha política. Controle judicial de políticas públicas. Impossibilidade de violação do princípio democrático. Exame de racionalidade estreita. Respeito aos critérios de análise decisória empregados pelo formador de políticas públicas. Inviabilidade de alegação de vedação ao retrocesso. Novo código florestal. Ações diretas de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade julgadas parcialmente procedentes.

1. O meio ambiente é tutelado constitucionalmente pela regra matriz do artigo 225, caput, da Constituição, que dis-

4 De acordo com a redação originária do Código Florestal de 2012: "Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por: VIII- utilidade pública: b) as obras de infraestrutura destinadas às (...) instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais (...); Art. 8º A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente somente ocorrerá nas hipóteses de utilidade pública (...)".

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

2. O meio ambiente assume função dúplice no microssistema jurídico, na medida em que se consubstancia simultaneamente em direito e em dever dos cidadãos, os quais paralelamente se posicionam, também de forma simultânea, como credores e como devedores da obrigação de proteção respectiva.

3. O homem é parte indissociável do meio ambiente, uma vez que, por intermédio das interações genéticas biologicamente evolutivas que se sucederam nos últimos milhares de anos, o meio ambiente produziu a espécie humana, cuja vida depende dos recursos nele contidos. Nesse ponto, nem os mais significativos avanços tecnológicos permitirão ao homem, em algum momento futuro, dissociar-se do meio ambiente, na medida em que a atividade humana inventiva e transformadora depende da matéria nele contida, sob todas as suas formas, para se concretizar.

4. A capacidade dos indivíduos de desestabilizar o equilíbrio do conjunto de recursos naturais que lhes fornece a própria existência tem gerado legítimas preocupações, que se intensificaram no último século. Afinal, recursos naturais têm sido extintos; danos irreversíveis ou extremamente agressivos à natureza tornaram-se mais frequentes; disfunções climáticas são uma realidade científica; diversas

formas de poluição se alastram pelos grandes centros, entre outras evidências empíricas do que se cognomina crise ambiental. Nesse ínterim, o foco no crescimento econômico sem a devida preocupação ecológica consiste em ameaça presente e futura para o progresso sustentável das nações e até mesmo para a sobrevivência da espécie humana. O homem apenas progride como ser biológico e como coletividade quando se percebe como produto e não como proprietário do meio ambiente.

5. A Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, editada por ocasião da Conferência de Estocolmo, em 1972, consistiu na primeira norma a reconhecer o direito humano ao meio ambiente de qualidade.

6. Por sua vez, a Conferência Eco-92, no Rio de Janeiro, introduziu o princípio do desenvolvimento sustentável, consubstanciado na necessária composição entre o crescimento socioeconômico e o uso adequado e razoável dos recursos naturais. Essa nova perspectiva demandou aos Estados a construção de políticas públicas mais elaboradas, atentas à gestão eficiente das matérias primas, ao diagnóstico e ao controle das externalidades ambientais, bem como ao cálculo de níveis ótimos de poluição. Todos esses instrumentos atendem a perspectiva intergeracional, na medida em que o desenvolvimento sustentável estabelece uma ponte entre os impactos provocados pelas gerações presentes e o modo como os recursos naturais estarão disponíveis para as gerações futuras.

Voltar ao índice

7. A recente Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Natural (Rio+20), em 2012, agregou ao debate a ideia de governança ambiental global.

8. Paralelamente a esses marcos, são incontáveis os documentos internacionais bilaterais e multilaterais que tem disciplinado questões específicas do meio ambiente. Exemplificativamente, cito a Convenção para Prevenção da Poluição Marinha por Fontes Terrestres (1974), a Convenção para Proteção dos Trabalhadores contra Problemas Ambientais (1977), a Convenção sobre Poluição Transfronteiriça (1979), o Protocolo sobre Áreas Protegidas e Fauna e Flora (1985), a Convenção sobre Avaliação de Impacto Ambiental em Contextos Transfronteiriços (1991), a Convenção da Biodiversidade (1992), o Protocolo de Quioto (1997), dentre outros.

9. Essa movimentação política de âmbito global tem despertado os Estados nacionais e a coletividade para a urgência e a importância da causa ambiental. Comparativamente, 150 constituições atualmente em vigor tratam da proteção ao meio ambiente em seus textos. No Brasil, não obstante constituições anteriores tenham disciplinado aspectos específicos relativos a alguns recursos naturais (água, minérios etc), a Carta de 1988 consistiu em marco que elevou a proteção integral e sistematizada do meio ambiente ao status de valor central da nação. Não à toa, a comunidade internacional a apelidou de Constituição Verde, considerando-a a mais avançada do mundo nesse tema.

10. O caráter transnacional e transfronteiriço das causas e dos efeitos da crise ambiental demanda dos Estados, dos orga-

nismos internacionais e das instituições não governamentais, progressivamente, uma atuação mais articulada para transformar a preservação da natureza em instrumento de combate à pobreza e às desigualdades.

11. Por outro lado, as políticas públicas ambientais devem conciliar-se com outros valores democraticamente eleitos pelos legisladores como o mercado de trabalho, o desenvolvimento social, o atendimento às necessidades básicas de consumo dos cidadãos etc. Dessa forma, não é adequado desqualificar determinada regra legal como contrária ao comando constitucional de defesa do meio ambiente (art. 225, caput , CRFB), ou mesmo sob o genérico e subjetivo rótulo de retrocesso ambiental, ignorando as diversas nuances que permeiam o processo decisório do legislador, democraticamente investido da função de apaziguar interesses conflitantes por meio de regras gerais e objetivas.

12. Deveras, não se deve desprezar que a mesma Constituição protetora dos recursos ambientais do país também exorta o Estado brasileiro a garantir a livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170) e o desenvolvimento nacional (art. 3º, II), a erradicar a pobreza e a marginalização, a reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III; art. 170, VII), a proteger a propriedade (art. 5º, caput e XXII; art. 170, II), a buscar o pleno emprego (art. 170, VIII; art. 6º) e a defender o consumidor (art. 5º, XXXII; art. 170, V) etc.

13. O desenho institucional das políticas públicas ambientais suscita o duelo valorativo entre a tutela ambiental e a tutela do desenvolvimento, tendo como centro de gravidade o bem

comum da pessoa humana no cenário de escassez. É dizer, o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente não são políticas intrinsecamente antagônicas.

14. A análise de compatibilidade entre natureza e obra humana é ínsita à ideia de desenvolvimento sustentável, expressão popularizada pelo relatório Brundtland, elaborado em 1987 pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. A mesma organização eficiente dos recursos disponíveis que conduz ao progresso econômico, por meio da aplicação do capital acumulado no modo mais produtivo possível, é também aquela capaz de garantir o racional manejo das riquezas ambientais em face do crescimento populacional. Por conseguinte, a proteção ao meio ambiente, no contexto de um desenvolvimento sustentável, não equivale a uma visão estática dos bens naturais, que pugna pela proibição de toda e qualquer mudança ou interferência em processos ecológicos ou correlatos. A história humana e natural é feita de mudanças e adaptações, não de condições estáticas ou de equilíbrio.

15. A preservação dos recursos naturais para as gerações futuras não pode significar a ausência completa de impacto do homem na natureza, consideradas as carências materiais da geração atual e também a necessidade de gerar desenvolvimento econômico suficiente para assegurar uma travessia confortável para os nossos descendentes.

16. Meio ambiente e Desenvolvimento Econômico enceram conflito aparente normativo entre diversas nuances, em especial a justiça intergeracional, demandando escolhas trágicas a

serem realizadas pelas instâncias democráticas, e não pela convicção de juízes, por mais bem-intencionados que sejam. (REVESZ, Richard L.; STAVINS, Robert N. Environmental Law. In : Handbook of Law and Economics. A. Mitchell Polinsky; Steven Shavell (ed.). V. 1. Boston: Elsevier, 2007. p. 507)

17. A Jurisdição Constitucional encontra óbice nos limites da capacidade institucional dos seus juízes, notadamente no âmbito das políticas públicas, cabendo ao Judiciário a análise racional do escrutínio do legislador, consoante se colhe do julgado da Suprema Corte Americana FCC v. Beach Communications , Inc. 508 U.S. 307 (1993), em que se consignou que a escolha do legislador não está sujeita ao escrutínio empírico dos Tribunais e pode se basear em especulações racionais não embasadas em provas ou dados empíricos (Legislative choice is not subject to courtroom factfinding and may be based on rational speculation unsupported by evidence or empirical data).

18. A capacidade institucional, ausente em um cenário de incerteza, impõe auto-contenção do Judiciário, que não pode substituir as escolhas dos demais órgãos dos Estado por suas próprias escolhas (VERMEULE, Adrian. Laws Abnegation. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 130, 134-135)

19. O Princípio da vedação do retrocesso não se sobrepõe ao princípio democrático no afã de transferir ao Judiciário funções inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo, nem justifica afastar arranjos legais mais eficientes para o desenvolvimento sustentável do país como um todo.

Voltar ao índice

20. A propósito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal demonstra deferência judicial ao planejamento estruturado pelos demais Poderes no que tange às políticas públicas ambientais. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 586.224/SP (Rel. ministro Luiz Fux, julgamento em 05/03/2016), apreciou-se o conflito entre lei municipal proibitiva da técnica de queima da palha da cana-de-açúcar e a lei estadual definidora de uma superação progressiva e escalonada da referida técnica. Decidiu a Corte que a lei do ente menor, apesar de conferir aparentemente atendimento mais intenso e imediato ao interesse ecológico de proibir queimadas, deveria ceder ante a norma que estipulou um cronograma para adaptação do cultivo da cana-de-açúcar a métodos sem a utilização do fogo. Dentre os fundamentos utilizados, destacou-se a necessidade de acomodar, na formulação da política pública, outros interesses igualmente legítimos, como os efeitos sobre o mercado de trabalho e a impossibilidade do manejo de máquinas diante da existência de áreas cultiváveis acidentadas. Afastou-se, assim, a tese de que a norma mais favorável ao meio ambiente deve sempre prevalecer (in dubio pro natura), reconhecendo-se a possibilidade de o regulador distribuir os recursos escassos com vistas à satisfação de outros interesses legítimos, mesmo que não promova os interesses ambientais no máximo patamar possível. Idêntica lição deve ser transportada para o presente julgamento, a fim de que seja refutada a aplicação automática da tese de vedação ao retrocesso para anular opções validamente eleitas pelo legislador.

21. O Código Florestal ostenta legitimidade institucional e democrática, sendo certo que a audiência pública realizada

nas presentes ações apurou que as discussões para a aprovação da Lei questionada se estenderam por mais de dez anos no Congresso Nacional. Destarte, no âmbito do Parlamento, mais de 70 (setenta) audiências públicas foram promovidas com o intuito de qualificar o debate social em torno das principais modificações relativas ao marco regulatório da proteção da flora e da vegetação nativa no Brasil. Consectariamente, além da discricionariedade epistêmica e hermenêutica garantida ao Legislativo pela Constituição, também militam pela autocontenção do Judiciário no caso em tela a transparência e a extensão do processo legislativo desenvolvido, que conferem legitimidade adicional ao produto da atividade do Congresso Nacional.

22. Apreciação pormenorizada das impugnações aos dispositivos do novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012): (a) Art. 3º, inciso VIII, alínea b , e inciso IX (Alargamento das hipóteses que configuram interesse social e utilidade pública): As hipóteses de intervenção em áreas de preservação permanente por utilidade pública e interesse social devem ser legítimas e razoáveis para compatibilizar a proteção ambiental com o atendimento a outros valores constitucionais, a saber: prestação de serviços públicos (art. 6º e 175 da CRFB); políticas agrícola (art. 187 da CRFB) e de desenvolvimento urbano (art. 182 da CRFB); proteção de pequenos produtores rurais, famílias de baixa renda e comunidades tradicionais; o incentivo ao esporte (art. 217 da CRFB), à cultura (art. 215 da CRFB) e à pesquisa científica (art. 218 da CRFB); e o saneamento básico (artigos 21, XX, e 23, IX, da CRFB). O regime de proteção das áreas de preservação permanente (APPs) apenas se justifica se as intervenções forem

excepcionais, na hipótese de inexistência de alternativa técnica e/ou locacional. No entanto, o art. 3º, inciso IX, alínea g , limitou-se a mencionar a necessidade de comprovação de alternativa técnica e/ou locacional em caráter residual, sem exigir essa circunstância como regra geral para todas as hipóteses. Essa omissão acaba por autorizar interpretações equivocadas segundo as quais a intervenção em áreas de preservação permanente é regra, e não exceção. Ademais, não há justificativa razoável para se permitir intervenção em APPs para fins de gestão de resíduos e de realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais, sob pena de subversão da prioridade constitucional concedida ao meio ambiente em relação aos demais bens jurídicos envolvidos nos dispositivos respectivos;

Conclusão : (i) interpretação conforme à Constituição aos incisos VIII e IX do artigo 3º da Lei n. 12.651/2012, de modo a se condicionar a intervenção excepcional em APP, por interesse social ou utilidade pública, à inexistência de alternativa técnica e/ou locacional à atividade proposta, e (ii) declaração de inconstitucionalidade das expressões gestão de resíduos e instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais , do artigo 3º, VIII, b , da Lei n. 12.651/2012; (b) Art. 3º, XVII, e art. 4º, IV (Exclusão das nascentes e dos olhos dágua intermitentes das áreas de preservação permanente): Interpretações diversas surgem da análise sistemática dos incisos I e IV do artigo 4º da Lei n. 12.651/2017. Embora o artigo 4º, inciso IV, apenas tenha protegido o entorno de nascentes e olhos dágua perenes, o art. 4º, inciso I, protege, como áreas de preservação permanente, as faixas marginais de qualquer curso dágua natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros (grifo nosso). In casu, a polissemia abrange duas inter-

pretações: a primeira inclui as nascentes e os olhos dágua intermitentes como APPs; a segunda os exclui. Assim, cabe ao STF selecionar a interpretação que melhor maximize a eficácia das normas constitucionais. Considerando que o art. 225, §1º, da Constituição Federal, determina que incumbe ao Poder Público preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e promover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas, a interpretação mais protetiva deve ser selecionada. O Projeto de Lei n. 350/2015 (Autoria do Dep. Fed. Sarney Filho), em trâmite perante a Câmara Federal, prevê alteração nesse sentido no novo Código Florestal. A proteção das nascentes e olhos dágua é essencial para a existência dos cursos dágua que deles se originam, especialmente quanto aos rios intermitentes, muito presentes em áreas de seca e de estiagem; Conclusão : interpretação conforme ao artigo 4º, inciso IV, da Lei n. 12.651/2017, com vistas a reconhecer que os entornos das nascentes e dos olhos d´água intermitentes configuram área de preservação permanente (APP); (c) Art. 3º, XIX (Alteração do conceito de leito regular): A legislação em vigor tão somente modificou o marco para a medição da área de preservação ambiental ao longo de rios e cursos dágua, passando a ser o leito regular respectivo, e não mais o seu nível mais alto. O legislador possui discricionariedade para modificar a metragem de áreas de preservação ambiental, na medida em que o art. 225, § 1º, III, da Constituição, expressamente permite que a lei altere ou suprima espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos;

Conclusão: declaração de constitucionalidade do art. 3º, XIX, do novo Código Florestal; (d) Art. 3º, parágrafo único (Extensão do tratamento dispensado à pequena propriedade ou posse rural familiar aos imóveis com até 4 módulos fiscais): O tamanho da propriedade em módulos fiscais é critério legítimo para a incidência das normas especiais sobre Áreas de Preservação Permanente e de Reserva Legal previstas nos artigos

52 e seguintes do novo Código Florestal, quanto mais quando em concurso com outras formalidades, como a inscrição no cadastro ambiental rural (CAR) e o controle e a fiscalização dos órgãos ambientais competentes. Ademais, o módulo fiscal não consiste em unidade de medida baseada apenas no tamanho da propriedade imobiliária, uma vez que reúne uma série de outros critérios socioeconômicos que, uma vez conjugados, atendem às noções de razoabilidade e de equidade atinentes às especificidades da agricultura familiar. Por outro lado, a exigência de demarcação de terras indígenas e da titulação das áreas de povos e comunidades tradicionais, como pressuposto para a aplicação do aludido regime especial, viola o art. 231 da CF e o art. 68 da ADCT. A demarcação e a titulação de territórios têm caráter meramente declaratório e não constitutivo, pelo que o reconhecimento dos direitos respectivos, inclusive a aplicação de regimes ambientais diferenciados, não pode depender de formalidades que nem a própria Constituição determinou, sob pena de violação da isonomia e da razoabilidade;

Conclusão : Declaração de inconstitucionalidade das expressões demarcadas e tituladas , do art. 3º, parágrafo único, da Lei n. 12.651/2012; (e) Art. 4º, inciso III e §§ 1º e 4º (Áreas de preservação permanente no entorno de reservatórios artificiais que não decorram de barramento de cursos dágua naturais e de reservatórios naturais ou artificiais com superfície de até um hectare): As alegações dos requerentes sugerem a falsa ideia de que o novo Código Florestal teria extinto as APPs no entorno dos reservatórios dágua artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos dágua naturais. No entanto, esses espaços especialmente protegidos continuam a existir, tendo a lei delegado ao órgão que promover a licença ambiental do empreendimento a tarefa de definir a extensão da APP, consoante as especificidades do caso concreto. Essa opção legal evita os inconvenientes da solução one size fits all e permite

a adequação da norma protetiva ao caso concreto. Por sua vez, a pretensão de constitucionalização da metragem de Área de Proteção Permanente estabelecida na lei revogada ofende o princípio democrático e a faculdade conferida ao legislador pelo art. 225, § 1º, III, da Constituição, segundo o qual compete à lei alterar, ou até mesmo suprimir, espaços territoriais especialmente protegidos. Pensamento diverso transferiria ao Judiciário o poder de formular políticas públicas no campo ambiental.

Conclusão : Declaração de constitucionalidade do art. 4º, III e §§ 1º e 4º, do novo Código Florestal; (f) Art. 4º, § 5º (Uso agrícola de várzeas em pequenas propriedades ou posses rurais familiares): O dispositivo em referência admite o uso agrícola de várzeas na pequena propriedade ou posse rural familiar, assim entendida aquela explorada mediante o trabalho pessoal do agricultor familiar e empreendedor familiar rural, incluindo os assentamentos e projetos de reforma agrária, e que atenda ao disposto no art. 3º da Lei nº 11.326/2006. Não cabe ao Judiciário criar requisitos extras para a permissão legal já estabelecida, limitando os sujeitos beneficiados a comunidades tradicionais ou até mesmo proibindo a utilização de agrotóxicos. A possibilidade excepcional do uso agrícola de várzeas é compatível com a otimização da produtividade sustentável em consonância com realidade dos pequenos produtores do país, sendo a definição de requisitos gerais e abstratos tarefa a ser exercida, por excelência, pelo Poder Legislativo;

Conclusão : Declaração da constitucionalidade do art. 4º, §5º, do novo Código Florestal; (g) Art. 4º, incisos I, II, e §6º (Permissão do uso de APPs à margem de rios e no entorno de lagos e lagoas naturais para implantar atividades de aquicultura: O uso de áreas de preservação permanente à margem de rios (art. 4º, I) e no entorno de lagos e lagoas naturais (art. 4º, II) para atividades de aquicultura não encontra óbice constitucional. O

legislador estabeleceu rígidos critérios para a admissão da referida atividade, a serem perquiridos em concreto pelo órgão ambiental competente. Havendo autorização legal restrita a pequenas e médias propriedades, proibição a novas supressões de vegetação nativa, necessidade de inscrição no Cadastro Ambiental Rural (CAR), exigência de compatibilidade com os respectivos planos de bacia ou planos de gestão de recursos hídricos, bem como imposição de práticas sustentáveis de manejo de solo e água e de recursos hídricos, é de concluir-se pela plena legitimidade do regime jurídico criado pelo novo Código Florestal, à luz do preceito constitucional que consagra a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente (art. 186, II, da CRFB);

Conclusão : Declaração de constitucionalidade do art. 4º, § 6º, do novo Código Florestal; (h) Artigos 5º, caput e §§ 1º e 2º, e 62 (Redução da largura mínima da APP no entorno de reservatórios dágua artificiais implantados para abastecimento público e geração de energia): O estabelecimento legal de metragem máxima para áreas de proteção permanente no entorno de reservatórios dágua artificiais constitui legítima opção de política pública ante a necessidade de compatibilizar a proteção ambiental com a produtividade das propriedades contíguas, em atenção a imperativos de desenvolvimento nacional e eventualmente da própria prestação do serviço público de abastecimento ou geração de energia (art. 175 da CF). Por sua vez, a definição de dimensões diferenciadas da APP em relação a reservatórios registrados ou contratados no período anterior à MP nº 2166-67/2001 se enquadra na liberdade do legislador para adaptar a necessidade de proteção ambiental às particularidades de cada situação, em atenção ao poder que lhe confere a Constituição para alterar ou suprimir espaços territoriais especialmente protegidos (art. 225, § 1º, III). Trata-se da fixação de uma referência cronológica básica que serve de parâmetro para estabilizar expectativas quanto ao cumpri-

mento das obrigações ambientais exigíveis em consonância com o tempo de implantação do empreendimento;

Conclusão: Declaração de constitucionalidade dos artigos 5º, caput e §§ 1º e 2º, e 62, do novo Código Florestal; (i) Artigos 7º, § 3º, e 17, caput e § 3º (Desnecessidade de reparação de danos ambientais anteriores a 22.08.2008 para a obtenção de novas autorizações para suprimir vegetação em APPs e para a continuidade de atividades econômicas em RLs): o legislador tem o dever de promover transições razoáveis e estabilizar situações jurídicas consolidadas pela ação do tempo ao edificar novos marcos legislativos, tendo em vista que a Constituição da República consagra como direito fundamental a segurança jurídica (art. 5º, caput). O novo Código Florestal levou em consideração a salvaguarda da segurança jurídica e do desenvolvimento nacional (art. 3º, II, da CRFB) ao estabelecer uma espécie de marco zero na gestão ambiental do país, sendo, consectariamente, constitucional a fixação da data de 22 de julho de 2008 como marco para a incidência das regras de intervenção em Área de Preservação Permanente ou de Reserva Legal;

Conclusão : Declaração de constitucionalidade do art. 7º, § 3º, e do art. 17, caput e § 3º, da Lei n. 12.651/2012 (vencido o Relator); (j) Art. 8º, § 2º (Possibilidade de intervenção em restingas e manguezais para a execução de obras habitacionais e de urbanização em áreas urbanas consolidadas ocupadas por população de baixa renda): Ao possibilitar a intervenção em restingas e manguezais para a execução de obras habitacionais e de urbanização em áreas urbanas consolidadas ocupadas por população de baixa renda, o legislador promoveu louvável compatibilização entre a proteção ambiental e os vetores constitucionais de erradicação da pobreza e da marginalização, e redução das desigualdades sociais (art. 3º, IV, da CRFB); de promoção do direito à moradia (art. 6º da CRFB); de promover a construção de moradias e a melhoria das condições ha-

bitacionais e de saneamento básico (art. 23, IX, da CRFB); de combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos (art. 23, X, da CRFB); e de estabelecer política de desenvolvimento urbano para ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 182 da CRFB). Ademais, os empreendimentos respectivos devem sempre vir acompanhados de estudos de impacto ambiental e medidas compensatórias, além das medidas de fiscalização administrativa, consoante a determinação constitucional. Ante a previsão legal desses requisitos estritos e plenamente razoáveis, considerados os interesses em jogo, exige-se do Judiciário uma postura de autocontenção, em homenagem à função constitucionalmente garantida ao Legislativo para resolver conflitos de valores na formulação de políticas públicas.

Conclusão : Declaração de constitucionalidade do artigo 8º, § 2º, do novo Código Florestal; (k) Art. 11 (Possibilidade de manejo florestal sustentável para o exercício de atividades agrossilvopastoris em áreas de inclinação entre 25 e 45 graus): A admissão do manejo florestal sustentável e do exercício de atividades agrossilvopastoris em áreas de inclinação entre 25° e 45° se insere na margem de discricionariedade do legislador, máxime quando estabelecidos critérios para a autorização dessas práticas, exigindo dos órgãos ambientais a fiscalização da observância de boas práticas agronômicas, bem como vedando a conversão de novas áreas para as atividades mencionadas. Além disso, a legislação anterior já admitia atividades extrativas nessas áreas de inclinação, estabelecendo como restrição apenas a cláusula aberta da utilização racional. Nesse particular, as atividades agrossilvopastoris, em aperfeiçoamento das práticas agrícolas ortodoxas, são destinadas à otimização das vocações produtivas e ambientais na atividade agrícola;

Voltar ao índice

Conclusão: Declaração de constitucionalidade do artigo 11 do novo Código Florestal; (l) Art. 12, §§ 4º e 5º (Possibilidade de redução da Reserva Legal para até 50% da área total do imóvel em face da existência, superior a determinada extensão do Município ou Estado, de unidades de conservação da natureza de domínio público e de terras indígenas homologadas): A redução excepcional e facultativa da área de Reserva Legal em face de existência de unidades de conservação da natureza de domínio público e terras indígenas homologadas acomoda o atendimento de diversos interesses igualmente salvaguardados pela Carta Magna, como a proteção do meio ambiente (art. 225), o reconhecimento dos direitos dos índios (art. 231), o desenvolvimento nacional (art. 3º, II), a redução das desigualdades regionais (art. 3º, III) e a preservação dos entes federativos menores (art. 18). O Judiciário não é órgão dotado de expertise ou legitimidade democrática para definir percentuais de espaços territoriais especialmente protegidos, à medida que o próprio art. 225, § 1º, III, da Constituição atribui essa definição ao Executivo e ao Legislativo. A redução da área de Reserva Legal ocorre em graduação deveras razoável: de 80% (oitenta por cento) para até 50% (cinquenta por cento). Quando o poder público estadual optar pela redução, deverá ouvir o Conselho Estadual de Meio Ambiente, órgão estadual responsável pela análise da viabilidade ecológica dessa iniciativa, e possuir Zoneamento Ecológico-Econômico aprovado. Relativamente aos Municípios, as normas impugnadas visam a possibilitar uma alternativa institucional de manutenção da viabilidade e autonomia da municipalidade que tenha sua área sensivelmente afetada por iniciativa dos Estados (mediante a criação de unidades de conservação estadual), ou da União (seja pela instituição de unidades federais de proteção ambiental, seja pela homologação de terras indígenas). Trata-se, a rigor, de uma cláusula legal que protege o ente municipal de indevida intervenção estadual para além das cláusulas taxativas do art. 35 do texto constitucional;

Voltar ao índice

Conclusão: Declaração de constitucionalidade do artigo 12, §§ 4º e 5º, do novo Código Florestal; (m) Art. 12, §§ 6º, 7º e 8º (Dispensa de reserva legal para exploração de potencial de energia hidráulica e construção ou ampliação de rodovias e ferrovias): Na hipótese, a dispensa de reserva legal resulta de opção do legislador amparada pelos benefícios gerados quanto à satisfação dos objetivos constitucionais de prestação de serviços de energia elétrica e de aproveitamento energético dos cursos de água (art. 21, XII, b, da CRFB), de exploração dos potenciais de energia hidráulica (art. 176 da CRFB), de atendimento do direito ao transporte (art. 6º da CRFB) e de integração das regiões do país (art. 43, § 1º, I). Ademais, o novo Código Florestal não afastou a exigência de licenciamento ambiental, com estudo prévio de impacto, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente (art. 225, § 1º, IV, da Constituição);

Conclusão: Declaração da constitucionalidade do artigo 12, §§ 6º, 7º e 8º, do novo Código Florestal; (n) Art. 68 (Dispensa de os proprietários que realizaram supressão de vegetação nativa respeitando os percentuais da legislação revogada se adaptarem às regras mais restritivas do novo Código Florestal): A aplicação da norma sob a regra tempus regit actum para fins de definição do percentual de área de Reserva Legal encarta regra de transição com vistas à preservação da segurança jurídica (art. 5º, caput , da Constituição). O benefício legal para possuidores e proprietários que preservaram a vegetação de seus imóveis em percentuais superiores ao exigido pela legislação anterior, consistente na possibilidade de constituir servidão ambiental, Cota de Reserva Ambiental e outros instrumentos congêneres, traduz formato de política pública inserido na esfera de discricionariedade do legislador;

Conclusão: Declaração de constitucionalidade do artigo 68 do Código Florestal; (o) Art. 13, § 1º (Possibilidade de redução da reserva legal

para até 50% da área total do imóvel rural): A redução ou aumento da Reserva Legal pelo poder público federal, por indicação do Zoneamento Ecológico-Econômico estadual, para fins de regularização em imóveis com área rural consolidada na Amazônia Legal, valoriza as particularidades das áreas, com o intuito de fixar alternativas de uso e gestão que oportunizam as vantagens competitivas do território, contempladas variadas atividades de preservação e desenvolvimento em níveis nacional, regional e local;

Conclusão: Declaração de constitucionalidade do artigo 13, § 1º, do novo Código Florestal; (p) Art. 15 (Possibilidade de se computar as Áreas de Preservação Permanente para cômputo do percentual da Reserva Legal, em hipóteses legais específicas): As Áreas de Preservação Permanente são zonas específicas nas quais se exige a manutenção da vegetação, como restingas, manguezais e margens de cursos dágua. Por sua vez, a Reserva Legal é um percentual de vegetação nativa a ser mantido no imóvel, que pode chegar a 80% (oitenta por cento) deste, conforme localização definida pelo órgão estadual integrante do Sisnama à luz dos critérios previstos no art. 14 do novo Código Florestal, dentre eles a maior importância para a conservação da biodiversidade e a maior fragilidade ambiental. Em regra, consoante o caput do art. 12 do novo Código Florestal, a fixação da Reserva Legal é realizada sem prejuízo das áreas de preservação permanente. Entretanto, a incidência cumulativa de ambos os institutos em uma mesma propriedade pode aniquilar substancialmente a sua utilização produtiva. O cômputo das Áreas de Preservação Permanente no percentual de Reserva Legal resulta de legítimo exercício, pelo legislador, da função que lhe assegura o art. 225, § 1º, III, da Constituição, cabendo-lhe fixar os percentuais de proteção que atendem da melhor forma os valores constitucionais atingidos, inclusive o desenvolvimento nacional (art. 3º, II, da CRFB) e o direito de propriedade (art. 5º, XXII, da CRFB). Da mesma forma, impedir o cômputo das áreas de preservação

permanente no cálculo da extensão da Reserva Legal equivale a tolher a prerrogativa da lei de fixar os percentuais de proteção que atendem da melhor forma os valores constitucionais atingidos;

Conclusão : Declaração de constitucionalidade do artigo 15 do Código Florestal; (q) Art. 28 (Proibição de conversão de vegetação nativa para uso alternativo do solo no imóvel rural que possuir área abandonada): A ausência de vedação específica à conversão para uso alternativo do solo em áreas subutilizadas ou mal utilizadas não ofende a Constituição, mercê de o legislador ter transferido ao órgão ambiental competente a tarefa de apreciar a forma de utilização do imóvel ao decidir sobre o requerimento de autorização para a referida conversão;

Conclusão: Declaração de constitucionalidade do artigo 28 do novo Código Florestal; (r) Arts. 44; 48, § 2º; e 66, §§ 5º e 6º (Cota de Reserva Ambiental CRA): A Cota de Reserva Ambiental (CRA) consiste em mecanismo de incentivos em busca da proteção ambiental, não se limitando às tradicionais e recorrentemente pouco efetivas regras de imposições e proibições (command-and-control), por meio da criação de ativos correspondentes à preservação dos recursos ecológicos, de modo que qualquer tipo de degradação da natureza passa também a ser uma agressão ao próprio patrimônio. As soluções de mercado (market-based) para questões ambientais são amplamente utilizadas no Direito Comparado e com sucesso, a exemplo do sistema de permissões negociáveis de emissão de carbono (European Union Permission Trading System ETS). Um grande caso de sucesso é o comércio internacional de emissões de carbono, estruturado em cumprimento aos limites de emissões fixados pelo Protocolo de Kyoto. A União Europeia, por exemplo, estabeleceu em 2005 um sistema de permissões negociáveis de emissão de carbono, especificando os limites que cada poluidor deve atender, os quais são reduzidos

periodicamente (European Union Permission Trading System ETS). Ao final de cada ano, as companhias devem possuir permissões suficientes para atender às toneladas de dióxido de carbono e outros gases de efeito estufa emitidos, sob pena de pesadas multas. Dessa forma, a possibilidade de negociação (cap-and-trade) incentiva a redução de emissões como um todo e, ao mesmo tempo, possibilita que os cortes sejam feitos em setores nos quais isso ocorra com o menor custo. Nesse sentido, além de atender aos ditames do art. 225 da Constituição, no que se refere à proteção do meio ambiente, esse instrumento introduzido pelo novo Código Florestal também satisfaz o princípio da eficiência, plasmado no art. 37, caput, da Carta Magna. Por fim, a necessidade de compensação entre áreas pertencentes ao mesmo bioma, bem como a possibilidade de compensação da Reserva Legal mediante arrendamento da área sob regime de servidão ambiental ou Reserva Legal, ou, ainda, por doação de área no interior de unidade de conservação, são preceitos legais compatíveis com a Carta Magna, decorrendo de escolha razoável do legislador em consonância com o art. 5º, caput e XXIV, da Constituição;

Conclusão : Declaração de constitucionalidade dos artigos 44, e 66, §§ 5º e 6º, do novo Código Florestal; Interpretação conforme a Constituição ao art. 48, §2º, para permitir compensação apenas entre áreas com identidade ideológica (vencido o relator); (s) Arts. 59 e 60 (Programas de Regularização Ambiental- PRAs): Os Programas de Regularização Ambiental (PRAs) promovem transição razoável entre sistemas legislativos, revelando técnica de estabilização e de regularização das situações jurídicas já utilizada em outras searas do Direito brasileiro que igualmente envolvem a proteção de bens jurídicos igualmente indisponíveis. Eventual mora dos entes federados na regulamentação dos PRAs deverá ser combatida pelas vias próprias, não fulminando de inconstitucionalidade a previsão do novo Código Florestal. Necessidade de resguardar a inter-

rupção da prescrição punitiva durante a execução do PRA, mediante interpretação conforme dos dispositivos questionados.

Conclusão: Interpretação conforme do artigo 59, §§4º e 5º, de modo a afastar, no decurso da atuação de compromissos subscritos nos Programas de Regularização Ambiental, o risco de decadência ou prescrição, seja dos ilícitos ambientais praticados antes de 22.07.2008, seja das sanções dele decorrentes, aplicando-se extensivamente o disposto no §1º do art. 60 da Lei 12.651/2012 (vencido o relator); Declaração de constitucionalidade do artigo 60 da Lei n. 12.651/2012 (vencido o relator); (t) Art. 66, § 3º (Possibilidade de plantio intercalado de espécies nativas e exóticas para recomposição de área de Reserva Legal): Não existem elementos empíricos que permitam ao Judiciário afirmar, com grau de certeza, que a introdução de espécies exóticas compromete a integridade dos atributos de áreas de Reserva Legal. Tampouco há provas científicas de que utilização de espécies exóticas para o reflorestamento de biomas sempre prejudica as espécies nativas ou causa desequilíbrio no habitat. A autorização legal para a recomposição de áreas de Reserva Legal com plantio intercalado de espécies pode ser justificada em diversas razões de primeira e de segunda ordem: pode ser que o conhecimento da composição original da floresta nativa seja de difícil apuração; a espécie exótica pode apresentar crescimento mais rápido, acelerando a recuperação da floresta; a literatura científica pode conferir mais certeza sobre as características da espécie exótica, como a sua interação com outras espécies ou resposta a pragas, em contraposição ao possível desconhecimento do comportamento da espécie nativa, etc. Todos esses elementos devem ser considerados pelo órgão competente do Sisnama ao estabelecer os critérios para a recomposição da Reserva Legal, consoante o cronograma estabelecido pelo art. 66, § 2º, do novo Código Florestal. É defeso ao Judiciário, sob pena de nociva incursão em tarefa regulatória especializada, impor ao Administrador espécies de plantas a serem aplicadas em atividades de reflorestamento.

Voltar ao índice

Conclusão: Declaração de constitucionalidade do artigo 66, § 3º, do Código Florestal; (u) Arts. 61-A, 61-B, 61-C, 63 e 67 (Regime das áreas rurais consolidadas até 22.07.2008): O Poder Legislativo dispõe de legitimidade constitucional para a criação legal de regimes de transição entre marcos regulatórios, por imperativos de segurança jurídica (art. 5º, caput , da CRFB) e de política legislativa (artigos 21, XVII, e 48, VIII, da CRFB). Os artigos 61-A, 61-B, 61-C, 63 e 67 da Lei n. 12.651/2012 estabelecem critérios para a recomposição das Áreas de Preservação Permanente, de acordo com o tamanho do imóvel. O tamanho do imóvel é critério legítimo para definição da extensão da recomposição das Áreas de Preservação Permanente, mercê da legitimidade do legislador para estabelecer os elementos norteadores da política pública de proteção ambiental, especialmente à luz da necessidade de assegurar minimamente o conteúdo econômico da propriedade, em obediência aos artigos 5º, XXII, e 170, II, da Carta Magna, por meio da adaptação da área a ser recomposta conforme o tamanho do imóvel rural. Além disso, a própria lei prevê mecanismos para que os órgãos ambientais competentes realizem a adequação dos critérios de recomposição para a realidade de cada nicho ecológico;

Conclusão: Declaração de constitucionalidade dos artigos 61-A, 61-B, 61-C, 63 e 67 do Código Florestal; (v) Art. 78-A (Condicionamento legal da inscrição no Cadastro Ambiental Rural CAR para a concessão de crédito agrícola): O condicionamento legal da inscrição no Cadastro Ambiental Rural (CAR) para a concessão de crédito agrícola é um incentivo para que proprietários e possuidores de imóveis rurais forneçam informações ambientais de suas propriedades, a fim de compor base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento. Não há norma constitucional que proíba a concessão de crédito para agricultores sem inscrição em cadastro de cunho ambien-

tal, enquadrando-se a implementação do aludido condicionamento em zona de discricionariedade legislativa;

Conclusão: Declaração de constitucionalidade do artigo 78-A do Código Florestal. 23. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4901, 4902, 4903 e 4937 e Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 42 julgadas parcialmente procedentes. (ADC 42, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 28/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-175 DIVULG 12-08-2019 PUBLIC 13-08-2019)

3. DESCRIÇÃO SUMÁRIA DOS FATOS DO CASO

Cuida-se de cinco ações de fiscalização, em abstrato, de inúmeros dispositivos do Novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012) em face da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88), sendo quatro ações diretas de inconstitucionalidade (ADI's 4.901; 4.902; 4.903; e 4.937) e uma ação declaratória de constitucionalidade (ADC 42).

A Procuradoria-Geral da República (PGR) propôs as 3 (três) primeiras ações diretas de inconstitucionalidade (ADI´s 4.901; 4.902 e 4.903), em 18 de janeiro de 2013.

O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a quarta ADI (4.937), em 04 de abril de 2013. Por fim, o Partido Progressista (PP) ajuizou ação direta de constitucionalidade (ADC 42), em 08 de abril de 2016.

Durante a tramitação conjunta dos cinco feitos, foram habilitados dezoito amici curiae, bem como realizadas vinte e três exposições por ocasião da audiência pública, no dia 18 de abril de 2016.

Voltar ao índice

Na síntese do Ministro Marco Aurélio:

> "...a constitucionalidade da norma é discutida nas ações diretas nº 4.901, nº 4.902, nº 4.903 e nº 4.937, bem como na ação declaratória nº 42, relativamente a três temas centrais de Direito Ambiental: (i) reserva legal; (ii) mecanismos de sanção e reparação ambiental; e (iii) áreas de preservação permanente."[5]

Embora se trate de julgamento conjunto, a matéria especificamente aqui enfocada – intervenção em APP´s para instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais (Lei 12.651/12, art. 3º, VIII, b) – é objeto apenas das ADI´s 4.903 e 4.937 e da ADC 42.

Com base no princípio geral da prevenção, a petição inicial da ADI 4903 veiculava pedido cautelar de suspensão da eficácia dos dispositivos impugnados do Código Florestal de 2012, notadamente, art. 3º, VIII, "b", que inclui os casos de "instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais" entre aqueles de "utilidade pública" a justificar a intervenção excepcional em áreas de preservação permanente (APP´s). O STF não apreciou o pedido cautelar. No mérito, em 21 de fevereiro de 2018, mais de cinco anos após o ajuizamento das primeiras ações diretas, a Corte Constitucional brasileira julgou parcialmente procedentes as demandas. Em relação à norma em foco (intervenção em APP para a instalações necessárias à realização de competições esportivas- Lei Federal n.º 12.651/2012, art. 3º, VIII, "b"), a Corte julgou-a inconstitucional por folgada maioria (10 x 1). O inteiro teor

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.° 4903*, Relator: Min. Luiz Fux, 28 de fevereiro de 2018. p. 159. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340792260&ext=.pdf, última consulta em 23 jan. 2020.

do acórdão do julgamento conjunto foi publicado dezoito meses depois do julgamento, em 12 de agosto de 2019. Não houve qualquer modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

4. COMENTÁRIO

4.1 Áreas de preservação permanente – app´s: conceito e funções

Seja em localidades urbanas ou rurais, as áreas de preservação permanente (APPs) são espaços territoriais especialmente protegidos por disposição normativa, nos quais, em regra, são vedadas intervenções humanas. Trata-se, pois, de áreas reservadas ao metabolismo próprio da natureza, livre de pressões antrópicas inerentes à existência humana e ao desenvolvimento econômico como a agropecuária, a industrialização e a urbanização.

De maneira resumida, tais áreas estão identificadas por lei como as faixas marginais de cursos d´água, áreas de entorno de nascentes, lagos, lagoas e de reservatórios d´água, encostas, restingas, manguezais, bordas dos tabuleiros ou chapadas, topo de morros, montes, montanhas e serras, áreas em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros e veredas.[6] Há ainda a hipótese de que, por ato administrativo do poder público, determinadas áreas sejam declaradas como de preservação permanente, visando a desempenhar funções ambientais específicas como as de contenção de processos erosivos, proteção de áreas úmidas e de abrigo de exemplares

6 BRASIL. *Lei Federal n.º 12.651 de 25 de maio de 2012*, art. 4º. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm, última consulta em 09.01.2020.

da fauna ou da flora ameaçados de extinção.[7] Portanto, "a definição de APP está intimamente ligada às características geomorfológicas e/ou às áreas de transição entre os sistemas aquático e terrestre", ocupando "territórios de elevada fragilidade e/ou importância ambiental".[8]

Segundo o Código Florestal brasileiro, área de preservação permanente – APP é uma "área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas".[9] Com efeito, as APPs têm o condão, por exemplo, (i) de minimizar o escoamento superficial de águas pluviais, evitando riscos de enxurradas; (ii) de facilitar a infiltração das águas pluviais no solo, fortalecendo a recarga de aquíferos; (iii) de filtrar as águas pluviais, minimizando o assoreamento e a contaminação dos corpos d´água por sedimentos e por produtos químicos; (iv) de servir de anteparo e, assim, minimizar a compactação do solo pela ação física das chuvas; (v) de fixar o solo, minimizando escorregamentos de massa; (vi) de servir de abrigo e de corredor ecológico para espécies da fauna e da flora; (vii) de sombrear corpos d´agua, mantendo a sua temperatura e evitando a sua desertificação. [10] Observam-se aqui, portanto,

---

7 Ibid., art. 6º.

8 APARECIDA PANARELLI, Eliana *et al*. *Área De Preservação Permanente E Reserva Legal: Estudo De Caso Na Bacia Do Córrego Bebedouro*, 2017. p. 106. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/asoc/v20n1/pt_1809-4422-asoc-20-01-00105.pdf, última consulta em 09.01.2020.

9 BRASIL. *Lei Federal n.º 12.651 de 25 de maio de 2012*, art. 2º, II. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm, última consulta em 09.01.2020.

10 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Áreas de Preservação Permanente e Unidades de Conservação x Áreas de Risco. O que uma coisa tem a ver com a outra? Relatório de Inspeção da área atingida pela tragédia das chuvas na Região Serrana do Rio de Janeiro*. Brasília, DF, 2011. p. 9 e 13/25. Disponível em https://www.mma.gov.br/estruturas/202/_publicacao/202_publicacao01082011112029.pdf, última consulta em 09.01.2020.

relevantes serviços ecossistêmicos[11] de modo que as APPs não têm apenas a função de preservar os bens ambientais por si sós, mas, notadamente, de assegurar às populações humanas condições ambientais de existência digna, segura e de qualidade.

Entretanto, a despeito da alta relevância desses espaços territoriais, admite-se, excepcionalmente, a intervenção humana sobre os mesmos, nos casos de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental previstos em lei.[12] Para os fins de artigo, põe-se em foco a exceção prevista na redação originária do Código Florestal brasileiro segundo a qual se admitia a intervenção em APP, nos casos de realização de obras de infraestrutura destinadas às instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais.[13]

4.2 Evolução normativa

O primeiro Código Florestal brasileiro, editado por meio do Decreto Federal n° 23.793, de 23 de janeiro de 1934, dispunha sobre as "florestas protectoras" de "conservação perenne", que serviam para finalidades ambientais específicas de (i) conservar o regime das águas; (ii) evitar a erosão das terras; (iii) fixar dunas; (iv) auxiliar a defesa das fronteiras; (v) assegurar condições de salubridade publica; (vi) proteger sítios que por sua beleza mereçam ser conservados; (vii) asilar espécimes raros. Sob

11 De uma perspectiva marcadamente antropocêntrica, os ditos "serviços" que advêm das funções ambientais são "definidos de acordo com a possibilidade ou com o potencial de terem utilidade aos humanos para qualquer fim que seja" (HUETING, Roefie *et al*. *The concept of environmental function and its valuation*, p. 2. Disponível em https://sni-hueting.info/EN/Publications/1998-The-concept-of-env-function.pdf , última consulta em 09.01.2020).

12 BRASIL. *Lei Federal n.º 12.651 de 25 de maio de 2012*, art. 3º, VIII, IX e X, e 8º, *caput*, e §§2º e 3º. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm, última consulta em 09.01.2020.

13 Ibid., art. 3º, VIII, b.

Voltar ao índice

tal marco normativo, admitia-se a "exploração limitada" dessas florestas. Entretanto, diferentemente da legislação atual, o Código Florestal de 1934 não definia a priori um rol de áreas onde se situavam as "florestas protectoras", deixando ao governo federal a incumbência de fazê-lo.[14]

Também no ano de 1934, foi editado o Código de Águas (Decreto Federal n° 24.643, de 10 de julho), que, ao longo das margens do rios, instituiu faixas de "servidão de trânsito para os agentes da administração pública, quando em execução de serviço", com nítida feição de limitação administrativa e, portanto, sem o propósito de tutela ambiental.[15]

Posteriormente, no ano de 1965, a Lei Federal n.º 4.771, de 15 de setembro, instituiu o segundo Código Florestal brasileiro, substituindo o anterior e disciplinando as chamadas "florestas e demais formas de vegetação natural de preservação permanente". Na sua versão original, o Código Florestal de 1965 já apresentava um rol de áreas territoriais onde incidia a proteção normativa especial, tais como faixas marginais de cursos d´água, nascentes, lagos e lagoas, topos de morros, montes, montanhas e serras, encostas e restingas.[16]

Na década de 1980, as Leis Federais n.ºs 7.511, de 7 de julho de 1986, e 7.803, de 18 de julho de 1989, alterando o Código Florestal de 1965, vieram reforçar a proteção normativa às APPs relacionadas, por

---

14 BRASIL. *Decreto Federal n° 23.793, de 23 de janeiro de 1934*, arts. 3º, "a", 4º, 8º, 10, 11 e 53. Brasília, DF: Presidência da República, 1934. Disponível em http://www4.planalto.gov.br/legislacao/, última consulta em 09.01.2020.

15 BRASIL. *Decreto Federal n° 24.643, de 10 de julho de 1934*, art. 12. Brasília, DF: Presidência da República, 1934. Disponível em http://www4.planalto.gov.br/legislacao/, última consulta em 09.01.2020.

16 BRASIL. *Lei Federal n° 4.771, de 15 de setembro de 1965*, arts. 2º e 3º. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em http://www4.planalto.gov.br/legislacao/, última consulta em 09.01.2020.

Voltar ao índice

exemplo, aos cursos d´água e às nascentes intermitentes.[17] Anos mais tarde, a Medida Provisória n.º 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, incluindo dispositivo ao Código Florestal de 1965, veio introduzir o conceito legal de áreas de preservação permanente, indicando as suas funções ambientais e dispondo que a sua proteção normativa independia da existência de cobertura vegetal.[18]

Atualmente em vigor, a Lei Federal n.º 12.651, de 25 de maio de 2012, instituiu o terceiro Código Florestal brasileiro, revogando expressamente o anterior. O chamado "Novo Código Florestal" (Código Florestal de 2012) conservou a definição legal das APPs, dispondo em igual sentido ao Código Florestal de 1965. Entretanto, na definição de critérios técnicos aplicáveis à demarcação das APPs, o Código Florestal de 2012 (alterado, no ponto, pela Lei Federal n.º 12.727, de 17 de outubro de 2012) enfraqueceu, por exemplo, a proteção às encostas, a nascentes e a olhos d'água intermitentes e a cursos d´água efêmeros.[19/20]

---

17 Disponíveis em http://www4.planalto.gov.br/legislacao/, últimas consultas em 09.01.2020.

18 BRASIL. *Lei Federal n° 4.771, de 15 de setembro de 1965*, art. 1º, §2º, II (incluído pela Medida Provisória n.º 2.166-67, de 24 de agosto de 2001). Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em http://www4.planalto.gov.br/legislacao/, última consulta em 09.01.2020. Ainda, o Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA) editou as Resoluções n.ºs 302 e 303, de 20 de março de 2002, detalhando parâmetros, definições e limites das APPs. Disponíveis em http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiano.cfm?codlegitipo=3, última consulta em 09.01.2020.

19 Para uma crítica rigorosa ao Código Florestal de 2012, v. ABELHA RODRIGUES, Marcelo. Áreas consolidadas no Código Florestal (Lei 12.651/2012): uma vergonha sem precedentes no direito ambiental brasileiro. In*: Revista de Direito Ambiental*, vol. 69/2013, p. 345/356. Sob a perspectiva do "retrocesso ambiental", v. DOBLER, Gustavo; ASSUNÇÃO, Aldo Fernando. O regime jurídico das áreas de preservação permanente no Código Florestal (Lei 12.651/12) à luz do princípio da proibição do retrocesso: estudo a partir da Lei 4.771/65 e da Constituição Federal. In: *Revista de Direito Ambiental*, vol. 89, 2018. p. 159/184.

20 No julgamento em exame, entretanto, o STF decidiu que, em relação entornos das nascentes e dos olhos d´água *intermitentes*, impõe-se a interpretação conforme do Código Florestal de 2012 (art. 4º, IV), para reconhecer a tais espaços o caráter de áreas de preservação permanente (inteiro teor da ADI 4901, p. 9/10).

Voltar ao índice

De outro ângulo- já se consignou anteriormente-, a norma atual admite, excepcionalmente, a intervenção humana sobre APPs, nos casos de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental previstos em lei.[21]

4.3 Natureza jurídica

As APP´s podem ser instituídas por previsão legislativa geral e abstrata (ope legis), como decorre do art. 4º do Código Florestal de 2012. Nestes casos, ostentam a natureza jurídica de limitação administrativa. Essa limitação administrativa vem gravar as áreas de preservação permanente de obrigação propter rem, que adere ao título de domínio ou posse, cabendo ao proprietário ou ao possuidor, pela só propriedade/posse que exerce (portanto, independentemente de qualquer conduta sua ou mesmo de qualquer prova técnica de lesividade específica), o dever de preservar e de restaurar os processos ecológicos essenciais nesses espaços.[22]

Diversamente, consoante distingue Édis Milaré, tratando-se de APP´s instituídas por ato administrativo de efeitos individual e concreto, como decorre do art. 6º do Código Florestal de 2012, desponta hipótese de desapropriação indireta, dando azo a direito indenizatório em fa-

---

21 BRASIL. *Lei Federal n.º 12.651, de 25 de maio de 2012*, art. 8º. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm, última consulta em 09.01.2020.

22 Na doutrina, v. BENJAMIN, Antônio Herman. Hermenêutica do novo Código Florestal. In: *Revista de Direito Ambiental*, vol. 73/2014, p. 15/24, item 5.5. Na jurisprudência, v. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1237071/PR*, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 03/05/2011, DJe 11/05/2011; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1245149/MS*, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 09/10/2012, DJe 13/06/2013. Disponíveis em http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio, últimas consultas em 09.01.2020.

Lei 12.651/2012, art. 3º, VIII, b "Para os efeitos desta Lei, entende-se por: VIII - utilidade pública: b) as obras de infraestrutura destinadas às concessões e aos serviços públicos de transporte, sistema viário, inclusive aquele necessário aos parcelamentos de solo urbano aprovados pelos Municípios, saneamento, gestão de resíduos , energia, telecomunicações, radiodifusão, instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais , bem como mineração, exceto, neste último caso, a extração de areia, argila, saibro e cascalho;" (grifou-se)					
FUNDAMENTOS DA DECISÃO DO STF					
Ministro	**Prevalência do valor constitucional *proteção ambiental* sobre o valor constitucional *incentivo ao desporto***	**Existência de alternativa locacional para a realização de competições esportivas**	**Proporcionalidade – a desvantagens da degradação de APP superam as vantagens de "instalações necessárias à realização de competições esportivas" / razoabilidade**	**Vedação ao retrocesso**	**Separação de poderes – deferência às escolhas legislativas – autocontenção judiciária**
Min. Luiz Fux (relator)	p. 73/74				
Min. Marco Aurélio		p. 187/188			
Min. Carmen Lúcia			p. 226/227		
Min. Alexandre de Moraes			p. 322		
Min. Edson Fachin	p. 341	p. 362/363			
Min. Luis Roberto Barroso	p. 424/425	p. 424/425			
Min. Rosa Weber			p. 439		
Min. Dias Toffoli	p. 447, 568/569, 584/587	p. 587			
Min. Ricardo Lewandwski		p. 472		p. 473	
Min. Gilmar Mendes					p. 556
Min. Celso de Mello	p. 659/661				

Todas as páginas referidas são pertinentes ao Inteiro Teor do Acórdão da ADI 4903

Voltar ao índice

vor do proprietário expropriado.[23] Anote-se, entretanto, que, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a caracterização da desapropriação indireta depende, ainda, do efetivo apossamento da área pelo Poder Público, sem o qual não se configura o ato de expropriação, mas apenas uma limitação administrativa ao direito de propriedade.[24]

4.4 Fundamentos e efeitos da decisão de inconstitucionalidade

Na parte que aqui se analisa do vasto julgamento conjunto sobre a in/constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei Federal n.º 12.651/12, o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, VIII, b, no trecho em que a norma autorizava a intervenção em APP para obras de infraestrutura destinadas às "instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais".

Afora uma argumentação geral fundada no imperativo do desenvolvimento sustentável e no "duelo valorativo entre a tutela ambiental e a tutela do desenvolvimento", os fundamentos da decisão podem ser assim organizados conforme o quadro acima.

O quadro acima permite verificar os fundamentos da decisão tomada por ampla maioria (10 x 1). Em essência, houve quatro argumentos que subsidiaram a declaração de inconstitucionalidade da norma em exame: (1) prevalência do valor constitucional proteção ambiental sobre o valor constitucional incentivo ao desporto; (2) existência de alternativa locacional para a realização de competições esportivas; (3) violação à pro-

23 MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 10ª edição rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1316.

24 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1511917/SC*, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 03/08/2017, DJe 16/08/2017. Disponível em http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio, última consulta em 13.11.2019.

Voltar ao índice

porcionalidade/razoabilidade – as desvantagens da degradação de APP superam as vantagens de "instalações necessárias à realização de competições esportivas"; e (4) vedação ao retrocesso.

O segundo argumento para a declaração da inconstitucionalidade – existência de alternativa locacional para a realização de competições esportivas – não impressiona, sendo mesmo uma redundância, já que, no próprio julgado, o STF decidiu dar interpretação conforme à lei (art. 3º, VIII e IX), para condicionar qualquer intervenção excepcional em APP, por interesse social ou por utilidade pública, à inexistência de alternativa técnica e/ou locacional à atividade proposta.[25] Assim, ainda que subsistisse a possibilidade de intervenções em APP para a realização de competições esportivas, tais intervenções só seriam admissíveis, em todo caso, sob a condição de inexistir alternativa técnica e/ou locacional.

De todo modo, tendo sido declarada inconstitucional a norma que autorizava intervenção em APP para a realização de competições esportivas (Lei Federal n.º 12.651/12, art. 3º, VIII, b), resta proibida tal conduta, ainda quando inexistente qualquer alternativa técnica e/ou locacional para o empreendimento pretendido.

Em resumo, portanto, a vedação de instalações em APP para a realização de competições esportivas repousa sobre três os argumentos jurídicos decisivos:

---

25 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4903*, Relator: Min. Luiz Fux, 28 de fevereiro de 2012. p. 76 e 665. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340792260&ext=.pdf., última consulta em 23 jan. 2020.

(1) Prevalência do ambiente sobre o desporto. A partir da axiologia constitucional, entendeu-se que "a proteção fornecida pela Carta de 1988 ao meio ambiente é muito mais abrangente do que aquela conferida ao desporto", impondo-se "a prevalência do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado sobre o direito de acesso ao desporto"[26].

(2) Proporcionalidade. Aplicando-se o postulado da proporcionalidade na ponderação de interesses do caso concreto, concluiu-se não se admissível a degradação de APP "em favor de finalidades especificas, de caráter muitas vezes transitório (competições esportivas)", porquanto "as desvantagens da degradação de Área de Preservação Permanente (o meio) superam as vantagens dos fins almejados com a norma"[27].

(3) Vedação ao retrocesso ambiental. No ponto, entendeu-se que a hipótese de intervenção em APP para instalações de competições esportivas "não condiz com o objetivo da lei" e não constava da legislação anterior, o que "implica em flagrante desrespeito ao princípio do não retrocesso em matéria ambiental"[28].

Em sentido contrário, pela constitucionalidade da norma autorizativa de instalações em APP para a realização de competições esportivas, põe-

26 Ibid., p. 587. No mesmo sentido, o Min. Relator pontuou que "o constituinte originário impôs ao legislador que o meio ambiente deve prevalecer sobre o desporto quando necessária a composição entre esses dois valores. Por isso mesmo, admitir intervenções em APPs para realização de competições esportivas viola a ordem de preferência constitucional, cabendo ao Judiciário restabelecer a autoridade da escolha constituinte" (ADI 4903, p. 73/74).

27 Ibid., p. 227.

28 Ibid., p. 473.

Voltar ao índice

se o fundamento isolado da separação de poderes traduzido na autocontenção judiciária e na deferência às escolhas do legislador. Neste sentido, consignou-se que a supressão de vegetação em área de preservação permanente já era permitida "em caso de utilidade pública ou de interesse social". Portanto, não haveria qualquer "inconstitucionalidade ou inconvencionalidade pela explicitação da novel legislação do que seria interesse público ou alargamento de suas possibilidades"[29].

Como não houve qualquer modulação temporal dos efeitos da decisão, seus efeitos invalidantes retroagem (ex tunc) à origem da norma censurada.[30] Significa dizer que todos os empreendimentos lastreados na norma perdem, a partir do decisum, o seu lastro jurídico de validade, restando, afinal, irremediavelmente maculados. A rigor, portanto, as instalações necessárias à realização de competições esportivas que tenham sido edificadas em APP deverão agora ser demolidas, para dar lugar a medidas de recuperação ambiental. Tal conclusão ganha ainda mais força, à luz do enunciado da Súmula n.º 613 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), segundo o qual "não se admite a aplicação da teoria do fato consumado em tema de Direito Ambiental"[31].

---

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4903*, Relator: Min. Luiz Fux, 28 de fevereiro de 2012. p. 556. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340792260&ext=.pdf., última consulta em 23 jan. 2020.

30 Neste sentido, o STF já decidiu que "os efeitos da declaração de inconstitucionalidade (...) são *ex tunc*, uma vez que não houve ressalva quanto à modulação de efeitos". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extradordinário 1112332 ED*, Relator: Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 18/05/2018, Processo Eletrônico dje-111 divulgo 05-06-2018 publicado 06-06-2018. Disponível em https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/, última consulta em 09.01.2020.

31 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula STJ n.º 613*, Primeira Seção, julgado em 09/05/2018, DJe 14/05/2018. Disponível em http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Jurisprudencia/Sumulas, última consulta em 18.01.2020.

Voltar ao índice

4.5 O legado dos grandes eventos esportivos de 2014 e 2016

A norma do Código Florestal de 2012, que permitia intervenção em APP para instalações necessárias à realização de competições esportivas, parece ter mirado os grandes eventos esportivos internacionais sediados no país, nos anos de 2014 (Copa do Mundo de Futebol) e de 2016 (Jogos Olímpicos).

Dependentes da injeção de vultosos recursos públicos, a realização de tais eventos foi cercada de polêmicas. A favor dos investimentos, punha-se o argumento do legado que se deixaria à população. Entretanto, ainda hoje, buscam-se medidas que possam assegurar um legado qualquer. Diz-se que o legado "não aconteceu"[32]. Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União (TCU) determinou o ajustamento de conduta de gestão de complexos esportivos construídos para as Olimpíadas de 2016, na ci-

32 FARIA, Adriano; CARVALHO, Jeziel; DINIZ, Marcela. Onze Minutos: a falta do legado das Olimpíadas do Rio e os campeonatos de futebol. *Rádio Senado*. Data: 12.07.2019. Disponível em https://www12.senado.leg.br/radio/1/conexao-senado/onze-minutos-a-falta-do-legado-das-olimpiadas-do-rio-e-os-campeonatos-de-futebol, última consulta em 18.01.2020. No mesmo sentido: "o projeto de recuperação das lagoas da região incluído no caderno de encargos dos Jogos Olímpicos de 2016 está sendo analisado, com a intenção de tentar reduzir seu valor" (in: CALLEGARI, Carolina. Governo promete medidas emergenciais para conter poluição nas lagoas da Barra até o verão. *O GLOBO*. RJ, 2019. Disponível em https://oglobo.globo.com/rio/bairros/governo-promete-medidas-emergenciais-para-conter-poluicao-nas-lagoas-da-barra-ate-verao-24051917, última consulta em 18.01.2020); Cinco anos depois, Copa América começa com obras da Copa do Mundo ainda atrasadas em quase todas as sedes. *ESPN*, 2019. Disponível em https://www.espn.com.br/futebol/artigo/_/id/5733383/cinco-anos-depois-copa-america-comeca-com-obras-da-copa-do-mundo-ainda-atrasadas-em-quase-todas-as-sedes, última consulta em 18.01.2020; SHALDERS, André; MACHADO, Leandro; FRANCO, Luiza. Copa da Rússia chegou e Brasil ainda não terminou 41 obras de 2014. *BBC* Brasil, 2018. Disponível em https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44472647, última consulta em 18.01.2020; Quatro anos depois, ainda há obras prometidas para Copa no Brasil inacabadas em 11 das 12 cidades-sede. *G1 – Economia*, 2018. Disponível em https://g1.globo.com/economia/noticia/quatro-anos-depois-ainda-ha-obras-prometidas-para-copa-no-brasil-inacabadas-em-11-das-12-cidades-sede.ghtml, última consulta em 18.01.2020.

Voltar ao índice

dade do Rio de Janeiro.[33] Ao seu turno, a Justiça Federal vem de determinar a interdição destes mesmos complexos olímpicos por falta de laudo de vistoria do Corpo de Bombeiros e de habite-se da Prefeitura[34].

Neste contexto, se já era difícil vislumbrar algum legado dos grandes eventos, agora a ideia parece ainda mais distante. Ao menos quatro empreendimentos olímpicos impactam trechos de APP´s: o Campo Olímpico de Golfe (à margem da Lagoa de Marapendi), o Parque dos Atletas (à margem da Lagoa de Jacarepaguá), o Parque Olímpico da Barra da Tijuca (à margem da Lagoa de Jacarepaguá) e o Parque Olímpico de Deodoro (à margem do Rio Marangá), todos na cidade do Rio de Janeiro.

4.6 Análise crítica

O julgamento conjunto das cinco ações diretas de in/constitucionalidade incidentes sobre dispositivos do Código Florestal de 2012 é, sem dúvida alguma, um hard case[35]. Subjacente à composição do caso, havia (com ainda há) acentuado dissenso social sobre a justa medida da proteção ambiental; valores e princípios constitucionais em tensão; e sensível questão político-institucional afeta à harmonia entre os po-

33 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Processo n.º 015.072/2017-7*. Acórdão 2333/2019, Relator Raimundo Carreiro, data da sessão: 02/10/2019. Disponível em https://portal.tcu.gov.br/inicio/, última consulta em 18.01.2020.

34 LIMA, Gabriel. Justiça Federal determina interdição dos parques olímpicos da Barra da Tijuca e de Deodoro. *Agência Olímpica*, 2020. Disponível em https://agenciaolimpica.com.br/governanca/22808/justica-federal-determina-interdicao-dos-parques-olimpicos-da-barra-da-tijuca-e-de-deodoro/, última consulta em 18.01.2020.

35 DWORKIN, Ronald. Judicial Discretion. In: *The Journal of Philosophy*, Vol. 60, n.º 21, p. 624/638, p. 627 e 632. Disponível em http://www.jstor.org/stable/2023557, última consulta em 21.01.2020.

Voltar ao índice

deres judiciário e legislativo. Entre as premissas teóricas do julgado, constou a noção de desenvolvimento sustentável, a demandar "escolhas trágicas a serem realizadas pelas instâncias democráticas, e não pela convicção de juízes, por mais bem-intencionados que sejam"[36].

Com efeito, a noção do desenvolvimento sustentável é hoje hegemônica[37], estando estruturada sobre três pilares: "relevância social, prudência ecológica e viabilidade econômica"[38]. É fácil perceber, no entanto, a sua imprecisão conceitual[39] , reconduzível a uma "fórmula encantatória que evoca todos os sonhos"[40] e que lhe permite amparar, num mesmo caso concreto, pretensões diametralmente opostas. Como a "faca de dois gumes", a ideia do desenvolvimento sustentável "tanto suporta a construção de grandes barragens como a condena"[41].

---

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4903*, Relator: Min. Luiz Fux, 28 de fevereiro de 2012. p. 55. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340792260&ext=.pdf., última consulta em 23 jan. 2020.

37 GOMES CANOTILHO, José Joaquim. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. In: *Revista de Estudos Politécnicos*, Vol. VIII, n.º 13, 2010, p. 7/17, p. 8/9. No mesmo sentido: BARRAL, Virginie. Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm. In: *The European Journal of International Law*, Vol. 23, n.º 2, 2012, p. 377/400, p. 377/378 e 383/384. Disponível em https://doi.org/10.1093/ejil/chs016, última consulta em 22.01.2020.

38 SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond Ed., 2009, p. 35.

39 GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: *RevCEDOUA* A. 4, nº 8 (2001), p. 9/16, p. 11. Disponível em https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/5732/1/revcedoua8%20art.%201%20JJGC.pdf?ln=-pt-pt, última consulta em 22.01.2020.

40 AMADO GOMES, Carla. A insustentável leveza do "princípio do desenvolvimento sustentável". In: *Revista do Ministério Público*, Ano 37, Vol. 147, 2016, p. 137/158, p. 146.
Para Virginie Barral, um conceito de conteúdo "evasivo e flexível" (BARRAL, Virginie. Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm. In: *The European Journal of International Law*, Vol. 23, n.º 2, 2012, , p. 377).

41 AMADO GOMES, Carla. A insustentável leveza do "princípio do desenvolvimento sustentável". In: *Revista do Ministério Público*, Ano 37, Vol. 147, 2016, p. 137/158, p. 154/155.

Portanto, embora o desenvolvimento sustentável seja hoje, indiscutivelmente, um elemento do direito do ambiente[42/43], critica-se a sua escassez de conteúdo normativo, a sua "fórmula vazia"[44].

No caso em exame, embora o julgamento como um todo envolvesse matéria complexa, o ponto aqui enfocado – intervenção em APP para instalações necessárias à realização de competições esportivas – revelou-se de fácil solução. Bem se vê que, na questão em comento, o julgamento foi tomado com base em argumentos estritamente jurídicos. A axiologia e os princípios constitucionais foram suficientes para a composição do caso, não se tendo recorrido a argumentos técnicos e interdisciplinares e tampouco se fazendo presente qualquer cenário de incerteza científica. Neste sentido, a análise jurídica empreendida não suscitou maior controvérsia no seio do STF, o que se confirma pelo placar dilatado (10 x 1) no sentido da censura da norma que autorizava intervenção em APP para a construções de instalações necessárias à realização de competições esportivas (Lei Federal n.º 12.651/12, art. 3º, VIII, b).

No entanto, embora a questão tenha se revelado de fácil solução, o julgamento (ocorrido em 28.02.2018) levou mais de cinco anos para se realizar e, durante todo o período, não se apreciou o pedido cautelar veiculado pelo Ministério Público Federal (em 21.01.2013), parte autora da ADI 4903. Vale dizer: a prevenção – palavra de ouro do direito am-

---

42 KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. *Guide to International Environmental Law*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 97.

43 SANDS, Philippe *et al*. *Principles of International Environmental Law*. Third Edition. New York: Cambridge University Press, 2012, p. 217.

44 GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Sustentabilidade – Um Romance de Cultura e de Ciência para Reforçar a Sustentabilidade Democrática. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. 88, Tomo I, 2012, p. 1/11, p. 1.

Voltar ao índice

biental – não mereceu a consideração da Corte Constitucional.[45] Foram mais de cinco anos sem qualquer providência de cautelar. Não deve ter sido coincidência terem sido estes os principais anos de organização dos eventos esportivos internacionais sediados no Brasil (Copa do Mundo de 2014 e Jogos Olímpicos Rio 2016).

Portanto, embora o julgado consigne que, em tese, no marco do desenvolvimento sustentável, a proteção do meio ambiente deva preponderar sobre o interesse econômico-empresarial[46], na prática, o julgado deixou o meio ambiente desprotegido por longo tempo, à mercê da livre iniciativa conjugada com projetos políticos de maiorias ocasionais. É dizer: a decisão da Corte Constitucional chegou tarde, quando já estava inteiramente consumado o ciclo de desenvolvimento que permitiu intervenções em APP para instalações necessárias à realização de competições esportivas.

---

45 Sobre o princípio da prevenção, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de afirmar o sistema jurídico de proteção ao meio ambiente se guia pelos princípios da prevenção e da precaução (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* 1.153.500/DF , Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07/12/2010, DJe 13/02/2011. Disponíveis em https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/, última consulta em 09.01.2020) e que "os princípios do desenvolvimento sustentável e da prevenção, previstos no art. 225, da Constituição da República, devem orientar a interpretação das leis (...), ensejando a adoção de condutas cautelosas, que evitem ao máximo possível o risco de dano, ainda que potencial, ao meio ambiente" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1.418.795/SC*. Disponíveis em https://scon.stj.jus.br/SCON/, últimas consultas em 27.01.2020). Na doutrina, afirmando que o "princípio da prevenção opera com o objetivo de antecipar a ocorrência do dano ambiental na sua origem (...), evitando-se, assim, que o mesmo venha a ocorrer", v. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. 2º edição. São Paulo: Saraiva Ed, 2017. p. 209. No mesmo sentido, v. tb. MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patryck de Araújo. Dano ambiental. Do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática, 7ª edição, rev., atual., ampliada. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. Ed., 2015, p. 66/67.

46 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4903*, Relator: Min. Luiz Fux, 28 de fevereiro de 2012. p. 550 e 647/650. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340792260&ext=.pdf., última consulta em 23 jan. 2020.

Voltar ao índice

Gomes Canotilho já apontou para uma "discrepância estrutural entre o 'governo a curto prazo' e a responsabilidade democrática virada para os problemas ambientais e ecológicos de longo prazo"[47]. O STF, como instância democrática contramajoritária, haveria de apresentar-se com a vocação de minimizar essa "discrepância estrutural" entre a agenda (ocasional) de governos e a agenda (ambiental) de estado. No caso em comento, entretanto, a Corte falhou. Recentemente, por exemplo, o Parque Olímpico da Barra da Tijuca (à margem da Lagoa de Jacarepaguá, na cidade do Rio de Janeiro), que hoje reúne instalações esportivas e hotéis, serviu de palco para o festival de música Rock in Rio 2019.

Como o STF não modulou os efeitos da sua decisão e tampouco indicou as suas consequências práticas[48], fica sem resposta se determinadas obras dos grandes eventos esportivos internacionais ficarão afinal como legado, como fato consumado ou como bens a demolir. Neste sentido, também fica sem resposta se tais obras poderão, em alguma medida, vir a ser objeto de requalificação, para, sob novo enquadramento legal[49], lograrem sanação jurídica (isto é, lograrem a convalidação, a despeito do defeito

47 GOMES CANOTILHO, José Joaquim. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. In: *Revista de Estudos Politécnicos*, Vol. VIII, n.º 13, 2010, p. 7/17, p. 8.

48 Registre-se que o julgamento em exame foi proferido antes da vigência da Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018, que, alterando a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, incluiu disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

49 BRASIL. *Lei Federal n.º 12.651 de 25 de maio de 2012*, art. 3º, IX, "c" c/c art. 8º: "Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por: IX- interesse social: c) a implantação de infraestrutura pública destinada a esportes, lazer e atividades educacionais e culturais ao ar livre em áreas urbanas e rurais consolidadas, observadas as condições estabelecidas nesta Lei; / Art. 8º A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente somente ocorrerá nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental previstas nesta Lei."

Voltar ao índice

na origem). No país do jeitinho, esta gambiarra jurídica, por assim dizer, não haveria de surpreender. Sobre o tema, aliás, o e. Min. Relator do caso deixou escapar que, na sua concepção, "não dá para desenvolver se continuar com essa preservação..."[50].

Em conclusão, portanto, o estudo nos leva a ressaltar dois pontos fundamentais.

1) Mantra do direito ambiental, reafirma-se o caráter vital da abordagem da prevenção para a efetiva proteção dos bens ambientais.

2) O STF decidiu que, na escala constitucional de valores, a proteção ambiental prevalece sobre o incentivo ao desporto; que, à luz do princípio constitucional da proporcionalidade, os sacrifícios ambientais de intervenções em APP superam os benefícios proporcionados por competições esportivas; e que permitir a intervenção em APP para fins de competições esportivas é um retrocesso ambiental.

No horizonte, já se apresenta mais um caso a desafiar a proteção dos recursos ambientais: está em curso o licenciamento ambiental do Autódromo de Deodoro, na cidade do Rio de Janeiro. No local, há duas nascentes contribuintes do Rio Marangá. A ver se, no caso, prevalece uma abordagem jurídica da prevenção de danos e se, tal como estabeleceu o STF, o valor constitucional da proteção ambiental supera o valor do incentivo ao desporto.

---

50 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4903*, Relator: Min. Luiz Fux, 28 de fevereiro de 2012. p. 562. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340792260&ext=.pdf., última consulta em 23 jan. 2020.

Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal Federal de 28 de Março de 2019, REXT (RE) Proc. Nº 494.601 - RS[1]

FABRÍCIO MEIRA[2]

1. INDICAÇÃO DO ASSUNTO

Sacrifício de animais em rituais religiosos e o caso da vaquejada: uma análise comparativa.

2. INDICAÇÃO DA EMENTA

Direito constitucional. Recurso extraordinário com repercussão geral. Proteção ao meio ambiente. Liberdade religiosa. Lei 11.915/2003 Do estado do rio grande do sul. Norma que dispõe sobre o sacrifício ritual em

1 Disponível no sítio <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2419108>. Acessado em 05 de janeiro de 2020.

2 Juiz de Direito no Estado da Paraíba. Professor da Escola Superior de Magistratura do Estado da Paraíba. Professor Convidado do Centro Universitário de Patos. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas (Direito Constitucional) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Voltar ao índice

cultos e liturgias das religiões de matriz africana. Competência concorrente dos estados para legislar sobre florestas, caça, pesca fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição. Sacrifício de animais de acordo com preceitos religiosos. Constitucionalidade.

1. Norma estadual que institui Código de Proteção aos Animais sem dispor sobre hipóteses de exclusão de crime amoldam-se à competência concorrente dos Estados para legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI, da CRFB).

2. A prática e os rituais relacionados ao sacrifício animal são patrimônio cultural imaterial e constituem os modos de criar, fazer e viver de diversas comunidades religiosas, particularmente das que vivenciam a liberdade religiosa a partir de práticas não institucionais.

3. A dimensão comunitária da liberdade religiosa é digna de proteção constitucional e não atenta contra o princípio da laicidade.

4. O sentido de laicidade empregado no texto constitucional destina-se a afastar a invocação de motivos religiosos no espaço público como justificativa para a imposição de obrigações. A validade de justificações públicas não é compatível com dogmas religiosos.

5. A proteção específica dos cultos de religiões de matriz africana é compatível com o princípio da igualdade, uma vez que sua estigmatização, fruto de um preconceito estrutural, está a merecer especial atenção do Estado.

Voltar ao índice

6. Tese fixada: “É constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana”.

7. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

3. DESCRIÇÃO SUMÁRIA DOS FACTOS DO CASO

No dia 19 de novembro 2019, foi pulicado o acórdão do Supremo Tribunal Federal, referente ao julgamento do recurso extraordinário 494601 - RS, de 28 de março de 2019, que visava a reforma de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Ministério Público do mesmo estado, ocasião em que o tribunal recorrido julgou improcedente a ação, declarando, por conseguinte, a constitucionalidade da Lei Estadual 12.131, de 22 de julho de 2004 – RS, que introduziu parágrafo único ao artigo 2º da Lei Estadual 11.915 de 21 de maio de 2003 – RS, explicitando não infringir o Código Estadual de Proteção aos Animais o sacrifício ritual em cultos e liturgias das religiões de matriz africana, desde que sem excessos e crueldade.

4. COMENTÁRIO

O artigo 2º da Lei Estadual 11.915/2003 – RS veda as seguintes condutas: I- ofender ou agredir fisicamente os animais, sujeitando-os a qualquer tipo de experiência capaz de causar sofrimento ou dano, bem como as que criem condições inaceitáveis de existência; II- manter animais em local completamente desprovido de asseio ou que lhes impeçam a movimen-

tação, o descanso ou os privem de ar e luminosidade; III - obrigar animais a trabalhos exorbitantes ou que ultrapassem sua força; IV - não dar morte rápida e indolor a todo animal cujo extermínio seja necessário para consumo; V - exercer a venda ambulante de animais para menores desacompanhados por responsável legal; VI - enclausurar animais com outros que os molestem ou aterrorizem; VII - sacrificar animais com venenos ou outros métodos não preconizados pela Organização Mundial da Saúde - OMS -, nos programas de profilaxia da raiva.

Por força da Lei Estadual 12.131/2004, foi acrescentado parágrafo único ao mencionado dispositivo, pelo qual não se enquadra nessa vedação o livre exercício dos cultos e liturgias das religiões de matriz africana. O acórdão recorrido, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, considerou constitucional o sacrifício ritual de animais em cultos e liturgias das religiões de matriz africana, desde que sem excessos ou crueldade, posto que não existiria norma a proibir a morte de animais, acrescentando, ainda, que a prática seria permitida pela liberdade religiosa.

O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul interpôs recurso extraordinário, remetendo, pois, o tema à decisão do Supremo Tribunal Federal, aduzindo a inconstitucionalidade formal, posto que a Lei Estadual 12.131/2004 - RS, ao acrescentar o permissivo legal, teria versado indevidamente sobre matéria penal, invadindo, assim, área reservada à competência exclusiva da União. Ademais, não obstante a competência concorrente da União e dos estados para legislar sobre matéria ambiental, aquela, por meio da Lei 9.605/1998[3], teria estabelecido parâmetros gerais, os quais não poderiam ser contrariados pelo Estado.

3 Lei dos Crimes Ambientais.

Voltar ao índice

Quanto ao mérito, o recorrente invocou o princípio da unidade de ilícito, aduzido não ser adequado que um só fato seja reputado permitido e, ao mesmo tempo, proibido. Sustentou, ainda, não inviabilizar a prática de cultos religiosos a eventual supressão do preceito questionado, definindo a questão como o necessário equacionamento entre o direito fundamental à liberdade de consciência e crença e a proteção aos animais.

Acrescentou que a Lei Estadual 12.131/2004- RS teria ferido o princípio da isonomia, pois que concederia privilégios às religiões de matriz africana não extensíveis às demais crenças, ressaltando a existência de rituais envolvendo sacrifícios de animais nas religiões judaicas e muçulmana, não obstante as últimas não tivessem sido alcançadas pelo permissivo.

A Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul apresentou contrarrazões ao recurso, sustentando a constitucionalidade formal e material da Lei Estadual 12.131/2004- RS, pois que o preceito excluiria penalidades administrativas e não criminais. Alegou inexistente eventual ofensa ao princípio da igualdade ou isonomia, por ser desconhecida, no estado do Rio Grande do Sul, a existência de outras religiões com prática de sacrifício de animais.

A Procuradoria-Geral da República, por sua vez, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso extraordinário, ou provimento parcial para excluir da norma a expressão “de matriz africana”, estendendo, assim, o permissivo a quaisquer religiões praticantes do rito sacrificial de animais. Alegou, ainda, que eventual resolução do conflito existente entre a liberdade de crença e o dever de proteção ao ambiente em favor do segundo, não corresponderia a qualquer ganho qualitativo deste, posto que os mesmos animais continuariam a ser sacrificados como fonte de proteína na cadeia alimentar humana.

Voltar ao índice

Intervieram, ainda, no processo, na condição de amicus curiae, o Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal, Conselho Estadual da Umbanda e dos Cultos Afro-brasileiros do Rio Grande do Sul, União de Tendas de Umbanda e Candomblé do Brasil e Federação Afro-umbandista e Espiritualista do Rio Grande do Sul.

4.1. Fundamentos da decisão

Ao apreciar a questão, o Supremo Tribunal Federal afastou a tese de inconstitucionalidade formal, ao fundamento de que a Lei Estadual 12.131/2004- RS inseriu no Código Estadual de Proteção aos Animais tão somente uma situação de exclusão de responsabilidade, não alterando a essência de norma penal, posto que o referido Código estabelece regras de proteção à fauna e não tipos penais.

Quanto ao argumento de contrariedade às normas gerais estabelecidas pela União, foi rechaçado no julgado, ao fundamento do silêncio da Lei 9.605/1998 acerca de imolação de animais domésticos, havendo, o acórdão, considerado que somente esses são utilizados nos rituais.

Finalmente, afastando também os argumentos no sentido da inconstitucionalidade material, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, fixou a tese de que é constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana.

Houve divergências no julgado tão somente em relação à proposição da Procuradoria-Geral da República para que fosse interpretada a norma conforme a Constituição, a fim de extirpar do texto a expressão “matriz africana”, estendendo, dessa maneira, o permissivo a outros credos, tese esta que restou vencida, razão pela qual, não obstante a unanimidade

quanto à constitucionalidade da norma combatida, a tese foi declarada vencedora "por maioria".

Ao afastar a tese de inconstitucionalidade material da norma questionada, o acórdão considerou que a prática e rituais relacionados ao sacrifício animal integrariam o patrimônio cultural imaterial e constituiriam os modos de criar fazer e viver de diversas comunidades religiosas.

O relator originário do processo, Ministro Marco Aurélio, considerou, no seu voto, que seria necessário harmonizar a proteção à fauna com o fato de o homem ser carnívoro, razão pela qual seria desproporcional impedir todo e qualquer sacrifício religioso de animais, o que aniquilaria o exercício do direito à liberdade de crença de determinados grupos, ainda que diariamente a população consuma carne de várias espécies. Acrescentou que, afastados os maus-tratos no abate, sendo a carne destinada ao consumo humano, os sacrifícios deveriam ser permitidos.

O Ministro Edson Fachin, redator do acórdão, por sua vez, em seu voto, mencionou que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem paulatinamente reconhecido que a obrigação constitucional do Estado de assegurar a todos os cidadãos o pleno exercício dos direitos culturais não o exime de observar o preceito constitucional que veda o tratamento cruel de animais.

Nessa linha de pensamento, lembrou que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da "farra do boi"[4], das brigas de galos[5] e, por fim, mais recentemente, das vaquejadas[6].

4 RE 153.531, Rel. Min. Marco Aurélio, Segundo Turma, DJ 13.03.1998.

5 ADI 1.856, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 13.10.2011.

6 ADI 4.983, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 26.04.2017.

Voltar ao índice

Quanto aos sacrifícios de animais em rituais religiosos, ponderou, no entanto, a partir dos dados que foram levados ao processo por meio dos amicus curiae, que o abate religioso, de forma diversa do abate comercial, utilizaria um método que acarreta morte instantânea do animal, precisamente a degola. Os animais entrariam em uma espécie de transe hipnótico durante o ritual, de modo que, quando imolados, não agonizariam. Acrescentou que a Instrução Normativa n.º 3 do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento teria regulamentado o sacrifício de animais em rituais religiosos[7].

Concluiu que a liberdade religiosa adquire nítida feição cultural, merecendo, pois, proteção constitucional, especialmente no caso das religiões de matriz africana, haja vista a sua estigmatização, fruto de um preconceito estrutural.

O Ministro Alexandre de Moraes, ponderou, nas razões do seu voto, que a "sacralização" de animais, terminologia modernamente adotada pelos praticantes do candomblé com o escopo de afastar a impressão de que o sacrifício impingiria maus-tratos e, por conseguinte, sofrimento aos animais, seria parte indispensável da ritualística mágica das religiões de matriz africana.

Ponderou que, em conformidade com as crenças dos praticantes do candomblé, o sacrifício agiria ligando dois domínios, por meio de uma vítima sacralizada, possibilitando que uma divindade distante satisfaça os desejos humanos. Assim, proibir o sacrifício de animais significaria indevida interferência na liberdade religiosa dos praticantes de tais rituais, descaracterizando, ademais, a liberdade de culto.

---

7 11.3. É facultado o sacrifício de animais de acordo com preceitos religiosos, desde que sejam destinados ao consumo por comunidade religiosa que os requeira ou ao comércio internacional com países que façam essa exigência, sempre atendidos os métodos de contenção dos animais- INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 3, DE 17 DE JANEIRO DE 2000, Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

Voltar ao índice

Mencionou, em seu voto, que os animais sacrificados serviriam à alimentação, bem como somente os animais previamente escolhidos seriam imolados em favor das divindades. Assim, a Xangô, reputado o Orixá da Justiça, seriam sacrificados galo, carneiro, bode; a IEMANJÁ, mãe de todos os Orixás e Rainha das Águas, carneiro, pato, galinha; e, finalmente, a EXU, Orixá da Ordem e Disciplina, seriam sacrificados galos e bode preto. Não haveria risco da imolação de animais silvestres ou animais de estimação.

A alimentação seria, pois, uma parte essencial e imprescindível do culto religioso, não apenas do candomblé, mas também das demais religiões de matriz africana. O preparo do alimento faria parte do ritual, sem quaisquer ato de maus-tratos ou ofensa e agressões aos animais.

Admite, contudo, a existência de rituais específicos em que a oferenda não é posteriormente aproveitada como alimento pelos seguidores do credo, razão pela qual, conforme fundamentação do julgado, o consumo posterior do alimento não deve ser condição para reconhecimento da constitucionalidade do sacrifício.

Procurou, ainda, estabelecer uma distinção entre os sacrifícios ocorridos em contexto de rituais de religiões de matriz africana e os sacrifícios ocorridos na prática de magia negra, esclarecendo que esses últimos seriam uma espécie de desvio, razão pela qual os dados apresentados no processo por parte de alguns amici curiae defensores dos animais, que apontam a existência de animais mutilados e abandonados em estradas, agonizando, deveriam ser atribuídos aos praticantes de magia negra e não aos adeptos de religiões de matriz africana, para quem, conforme sustenta, seria inadmissível o sofrimento animal.

O acórdão esclarece, ainda, que o permissivo do parágrafo único, introduzido no artigo 2º da Lei Estadual 11.915/03 - RS, por força da Lei

Estadual 12.131/04 – RS, o Código Estadual de Proteção aos Animais, não excepciona as práticas vedadas nos seus incisos, dentre elas ofender ou agredir fisicamente os animais, sujeitando-os a qualquer tipo de experiência capaz de causar sofrimento ou dano, mas tão somente explicita que não infringe o mencionado Código o sacrifício ritual em cultos de liturgias das religiões de matriz africana, desde que sem excessos ou crueldades, posto que não haveria norma a vedar a morte de animais.

A declaração de constitucionalidade da norma questionada teria o escopo de explicitar a conformidade da prática dos rituais inerentes às religiões de matriz africana com as normas constitucionais de preservação ambiental.

Assim, explicitadas as premissas em que se baseou o Supremo Tribunal Federal, mister analisar o permissivo, inserido na Lei Estadual 11.915/03 – RS, cuja constitucionalidade foi reconhecida no acórdão em comento, à luz da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mormente diante da decisão que declarou a inconstitucionalidade das vaquejadas, assim como da Constituição Federal Brasileira.

4.2. O acórdão em comento e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Consoante acima mencionado, no próprio acórdão há o registro de que o Supremo Tribunal Federal vinha decidindo, inclusive em julgados mais recentes, no sentido de que o dever estatal de assegurar aos cidadãos o pleno exercício dos direitos culturais não o isenta de observar o preceito constitucional que veda o tratamento cruel de animais.

Um dos referidos julgados foi precisamente aquele que declarou a inconstitucionalidade das vaquejadas, regulamentada por força da Lei

Estadual n. 15.299 – CE, de 08 de janeiro de 2013[8]. Na ocasião, restou decidido que, apesar do dever do Estado em assegurar o pleno exercício dos direitos culturais, conforme determinação do artigo 215 da Constituição Federal Brasileiro, o exercício de tais direitos não seria absoluto, encontrando obste no inciso VII do artigo 225, que determina a proteção da fauna, flora, sendo vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

É que, devido a uma opção do poder constituinte originário, vedou-se , no Brasil, a prática de maus tratos a animais, não pressupondo a vedação qualquer distinção entre animais silvestres, domésticos ou exóticos, proibindo-se, ainda, as práticas aptas a colocar em risco sua função ecológica.

A liberdade de consciência e de crença, o livre exercício dos cultos religiosos, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias foram assegurados no inciso VI do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira, constituindo-se, pois, em garantia fundamental do indivíduo. Não obstante, reconhecidamente, o exercício de culto também corresponde à livre expressão da cultura, por se relacionar intrinsecamente com o modo de ser e de se expressar de determinada comunidade.

Nesse diapasão, decidiu o Supremo Tribunal Federal serem, a prática e os rituais relacionados ao sacrifício animal, patrimônio cultural imaterial, constituindo os modos de criar, fazer e viver de diversas comunidades religiosas, particularmente das que vivenciam a liberdade religiosa a partir de práticas não institucionais.

Evidencia-se, assim, a semelhança entre as questões decididas pelo Supremo Tribunal Federal em 2017, quanto declarou a inconstitucionali-

8 ADI 4.983, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 26.04.2017.

Voltar ao índice

dade da prática da vaquejada[9], e em 2019, apenas dois anos após, quando, restringindo o dever de proteção ambiental do Estado, declarou a constitucionalidade de lei de proteção ambiental que permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana[10].

Não obstante os conflitos sejam semelhantes, distintas foram as soluções. Cumpre indagar se, quiçá, existam diferenças substanciais entre os julgados, de modo a justificar as distintas decisões, ou se houve, de fato, uma modificação no tratamento do Supremo Tribunal Federal às questões ambientais, de modo a possibilitar que, no caso em comento, se decidisse em favor da cultura, possibilitando, assim, a continuidade dos ritos sacrificiais.

4.3. Deficiência do julgado quanto à apreciação das premissas fáticas

Forçoso é ressaltar a existência de contradições, no próprio acórdão, quanto às premissas fáticas que o embasaram. Em que pese o relator originário tenha mencionado que, em caso de proibição do abate dos animais durante os rituais, os mesmos animais seriam sacrificados para fins alimentícios, bem como que todos os animais seriam aproveitados com tal finalidade, tese esta também sustentada pelo Procurador-Geral da República em sua manifestação, evidenciou-se nos votos que se seguiram que, na verdade, nem todos os animais sacrificados são aproveitados para o consumo humano, razão pela qual se ponderou que a destinação ao consumo não deveria ser exigida para permissão dos sacrifícios.

Foi rechaçada, durante a discussão no plenário, a existência de interesse, dentre as religiões de matriz africana, no sacrifícios de animais em

9 ADI 4.983, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 26.04.2017.

10 RE 494.601, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, DJE 19.11.2019.

Voltar ao índice

risco de extinção, de animais silvestres e animais domésticos, sendo que aqueles que se utilizariam de tais práticas não estariam a fazer religião, mas antes estelionato religioso.

Entrementes, indispensável observar terem sido ouvidas, no curso do processo, além do Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal, tão somente entidades ligadas a duas religiões de matriz africana existentes no Brasil, precisamente a umbanda e o candomblé, que, embora sejam aquelas a reunir o maior número de praticantes no Brasil, pois a umbanda reúne 407 mil adeptos, enquanto o candomblé reúne 167 mil crentes, tais credos integram um universo de dez religiões de matriz africana catalogadas no País.

Além das religiões já mencionadas, fazem parte do referido catálogo: tambor de mina e magê de mina, praticadas no estado do Maranhão; batuque, no Rio Grande do Sul; pajelança, xangô do nordeste e terecô, na Região Nordeste; além daquelas que também possuem elementos indígenas, como jurema ou catimbó[11].

Assim, os dados levados ao processo pelo Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal, comprobatórios dos maus-tratos ou mesmo do risco à função ecológica dos animais, foram reputados como desvios pelo Tribunal, não integrantes, portanto, dos ritos de religiões de matriz africana, não obstante tenham sido confrontados, tão somente, com os argumentos apresentados pelas entidades representativas da umbanda e candomblé, apesar da multiplicidade de religiões de matriz africana praticadas no Brasil.

Considerou, o acórdão, que o rito sacrificial não imporia sofrimento aos animais, posto que esses seriam imolados por meio de degola, o que

11 MARIAN, Trigueiros. Diversidade Religiosa: a macumba pede passagem. Disponível no sítio https://www.folhadelondrina.com.br/reportagem/diversidade-religiosa---a-macumba-pede-passagem-852899.html. Acessado em 08 de janeiro de 2020.

evitaria o sofrimento desnecessário. Entrementes, dados da ONG SOS Aves & Cia, com atuação no estado do Rio de Janeiro, dão conta de mais de dois mil casos de animais encontrados nas ruas, mais precisamente em encruzilhadas, ainda vivos, mas em situação de sofrimento, com a barriga aberta, olhos perfurados ou asas amputadas[12].

O Supremo Tribunal Federal, contudo, entendeu que tais casos não correspondenderiam às práticas das religiões de matriz africana existentes no Brasil, mas antes se constituiriam em estelionato religioso, conforme já referido, ou magia negra e, portanto, numa espécie de desvio do credo originário.

A par da questão do sofrimento, cuja ocorrência procurou afastar o acórdão, este admitiu a possibilidade do sacrifício da vida animal, ainda que sem a finalidade alimentícia, o que implica em fazer ceder os valores do ambiente diante dos valores culturais. Significa a admissão de que um ser vivo possa ser utilizado fora da sua função ecológica, ainda que o seu sacrifício não decorra da necessidade alimentícia humana ou mesmo científica.

O sacrifício animal, em conformidade com as crenças dos praticantes das mencionadas religiões, possibilitaria uma troca de energias entre o fiel e o animal, quando possuiria, o animal, a finalidade de "descarregar" o fiel, retirar-lhe as energias negativas, passando, neste caso, o "carrego" do crente para o animal, que é em seguida sacrificado[13].

---

12 CORDEIRO, Tiago. Os sacrifícios de animais nas religiões afro-brasileiras. Disponível no sítio <https://super.abril.com.br/sociedade/os-sacrificios-de-animais-nas-religioes-afrobrasileiras/>. Acessado em 09 de janeiro de 2020.

13 ROBERT, Yannick Yves Andrade. Sacrifício de Animais em rituais de religiões de matriz africanas. Disponível no sítio <http://www.puc-rio.br/Pibic/relatorio_resumo2008/relatorios/ccs/dir/yannick_yves_andrade_robert.pdf> . Acessado em 10 de janeiro de 2020.

Assim, os animais, nos ritos das religiões de matriz africana, seriam utilizados para o recebimento de uma "energia negativa", sendo sacrificados em seguida. Em parte dos sacrifícios, os animais seriam preparados por cozinheiras integrantes dos rituais, sendo servido, em seguida, como alimento. Em outra parte, contudo, seria descartado.

Resta evidenciado, portanto, e o acórdão admite tal premissa, que nem sempre os animais são aproveitados como alimento. Não obstante, foi declarada a constitucionalidade do sacrifício pela máxima corte brasileira, sendo, pois, permitido, no Brasil, o sacrifício de animais, ainda que tal ato não possua uma finalidade científica ou alimentícia humana.

O acórdão, portanto, privilegiou os valores culturais e religiosos em detrimento dos valores ambientais, afastando a possibilidade de ofensa ao ambiente pelo modo através do qual seriam sacrificados os animais, a degola, o que não inflingiria sofrimento às criaturas.

Em que pese o Supremo Tribunal Federal tenha afastado a possibilidade de sofrimento animal — o que é discutível, considerando os exemplos já referidos —, não ponderou que o sacrifício dos animais em rituais de religiões de matriz africana poderia pôr em risco a sua função ecológica. Ou seja, o sacrifício para a viabilização de práticas culturais ou religiosas não se constituiria em atentado à função ecológica de qualquer animal.

As aves, por exemplo, teriam grande importância no equilíbrio do ecossistema, já que atuariam como dispersoras de sementes, agentes polinizadores, reguladoras de populações de suas presas e, ainda, como bioindicadores de conservação, pois são sensíveis a alterações de seus habitats[14].

14 FIGUEIREDO, Aymam Cobo de. A Importância Ecológica das Aves. Disponível no sítio <https://www.infoescola.com/biologia/importancia-ecologica-das-aves/> . Acessado em 15 de janeiro de 2020.

Voltar ao índice

Tais animais seriam igualmente importantes na regeneração de áreas degradadas, tendo em vista a possibilidade de, voando, percorrerem grandes distâncias, depositando sementes de árvores nativas em áreas antrópicas. As aves de rapina, por sua vez, seriam indispensáveis ao equilíbrio da população de pequenos animais, que seriam suas presas, possibilitando a estabilidade das teias tróficas.

Evidente, além disso, que seriam animais destinados à alimentação humana, de modo que, admitir o seu sacrifício em rituais religiosos, significa permitir práticas que colocam em risco a sua função ecológica, ao arrepio da vedação inserta no inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, privilegiando, assim, os valores culturais e religiosos em detrimento dos valores ambientais.

4.4. O Supremo Tribunal Federal e o caso das vaquejadas

O mesmo dispositivo constitucional que veda as práticas que ponham em risco a função ecológica dos animais, veda, igualmente, as práticas que submetam os animais à crueldade. Ocorre, entrementes, que o Supremo Tribunal Federal, analisando o conflito entre a livre manifestação cultural e a norma proibitiva inserta no referido dispositivo, precisamente o inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, consistente na vedação da crueldade contra animais, no caso das vaquejadas, decidiu em favor dos valores do ambiente[15].

Na ocasião, a Corte Constitucional decidiu que, mesmo presente manifestação cultural, considerando a inequívoca crueldade contra animais, haveria de se interpretar normas e fatos de modo mais favorável

15 ADI 4.983, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 26.04.2017.

à proteção do meio ambiente, demonstrando maior preocupação com a manutenção, em prol dos cidadãos de hoje e de amanhã, das condições ecologicamente equilibradas para uma vida mais saudável e segura.

Nesse diapasão, conforme já referido, o Tribunal já havia decidido quanto às práticas das brigas de galos e farra do boi, seguindo uma linha de coerência em relação aos conflitos eventualmente surgidos entre o direito à livre manifestação da cultura e o dever de manutenção do ambiente.

A decisão atinente aos sacrifícios de animais em rituais de religiões de matriz africana ignorou os maus-tratos impostos aos animais durante os referidos rituais, atribuindo-os exclusivamente à prática de magia negra, e deixou de considerar o risco existente à sua função ecológica, privilegiando, ademais, os valores culturais em detrimento de uma preocupação de preservação ambiental para as atuais e futuras gerações.

O acórdão em comento pode, pois, ser considerado um marco no retrocesso da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria ambiental ou, no mínimo, um ponto de contradição na linha de decisões que vinham sendo tomadas pelo Tribunal. Não obstante, mister observar que, no que se refere ao tratamento das questões ambientais no Brasil, outro marco pode ser considerado como retrocesso.

É que, após a decisão na qual o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade das vaquejadas, considerando que a obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, houve ampla mobilização de setores conservadores da sociedade brasileira, o que levou à aprovação, pelo Congresso Nacional, após uma açodada tra-

mitação, da emenda constitucional n.º 96 de 06 de junho de 2017, pouco mais de um mês após a publicação do acórdão[16].

Tal emenda inseriu o parágrafo 7º no artigo 225 da Constituição, com a seguinte redação:

> "§7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos".

A alteração na Constituição Federal visou, tão somente, tornar sem efeito a decisão do Supremo Tribunal Federal que, após ampla análise do tema, verificando estudos, laudos e pareceres que demonstravam, de forma insofismável, a existência de maus-tratos e crueldade no tratamento dos animais envolvidos na prática das vaquejadas, não obstante o reconhecimento de que se tratava de uma expressão da cultura, decidiu pela sua inconstitucionalidade.

Ocorreu, pois, no Brasil, o chamado efeito "backlash[17]", fazendo com que o acórdão, que poderia significar um avanço no tratamento das questões ambientais, tenha sido apenas o provocador de uma reação conservadora dos setores apoiadores da indústria milionária das vaquejadas,

16 ADI 4.983, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 26.04.2017.

17 Denomina-se "backlash" uma reação forte e adversa de um grande número de pessoas a um desenvolvimento social ou político. No caso em comento, reação de um influente e abastado setor da sociedade brasileira a uma decisão do Supremo Tribunal Federal que se constituiu em avanço no tratamento das questões ambientais.

Voltar ao índice

possibilitando, assim, que a legislação atual, posterior às alterações introduzidas pela emenda constitucional 96/2017, seja pior que a anterior.

Reconhecendo o Procurador-Geral da República o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado como cláusula pétrea da Constituição, constituindo-se, pois, em limitação ao poder constituinte de reforma, ajuizou, no dia 12 de setembro de 2017, uma ação direta de inconstitucionalidade, visando a invalidade da emenda constitucional de número 96/2017, sustentando ser o direito de preservação à integridade do ambiente direito fundamental de terceira geração.

Na inicial da ação direta de inconstitucionalidade, o Procurador-Geral da República requereu, ainda, a concessão de medida cautelar para suspender, no curso do processo, a eficácia da emenda à constituição, tendo em vista a existência de precedentes do Supremo Tribunal Federal abarcando a tese de inconstitucionalidade sustentada na ação, precisamente a decisão que declarou a inconstitucionalidade das vaquejadas[18].

O relator do processo, utilizando-se da faculdade do artigo 12 da Lei 9.868 de novembro de 1999, optou por ouvir informações do Advogado-Geral da União e do próprio Procurador-Geral da República para, em seguida, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação, tendo em vista a relevância da matéria e seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, não havendo, pois, sido apreciado o pedido de medida cautelar.

É inegável, portanto, não obstante o avanço e o incremento na proteção ao ambiente, sobretudo no que se refere à vedação de maus-tratos aos animais, possibilitada com a declaração de inconstitucionalidade das

18 ADI 4.983, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 26.04.2017.

vaquejadas, que a emenda constitucional 96/2017 desafiou a decisão do Supremo Tribunal Federal, de modo que o "esporte", hodiernamente, é livremente praticado no Brasil.

A expectativa, a possibilitar a manutenção da coerência da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria ambiental, era no sentido de que, igualmente, fossem declarados inconstitucionais os sacrifícios de animais durante rituais de religiões de matriz africana, expectativa esta que restou frustrada.

A insegurança jurídica, relativamente à constitucionalidade ou não das vaquejadas, foi novamente instalada na sociedade brasileira, de modo que, até o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra a emenda constitucional referida, inúmeros questionamentos ficarão sem resposta.

É que, consoante já foi mencionado, tanto no caso das vaquejadas, quanto no caso da imolação de animais durante rituais de religiões de matriz africana, estava em questão um conflito entre direitos fundamentais: de um lado o livre exercício dos direitos culturais e do outro o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, com previsão nos artigos 215 e 225 da Constituição Federal Brasileira, respectivamente, conforme reconhecido em ambos os julgados.

No julgamento relativo às vaquejadas, o Supremo Tribunal Federal decidiu em favor do ambiente, no sentido de que a obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Ao revés, no caso dos sacrifícios de animais em rituais de religiões de

matriz africana, decidindo de forma contrária aos valores do ambiente, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de que é constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana.

No primeiro caso, privilegiando os valores do ambiente, declarou a inconstitucionalidade de prática na qual há submissão de animais a tratamento cruel. No segundo, declarou a constitucionalidade de práticas que aniquilam por completo as vidas de muitos animais, olvidando-se, desse modo, da sua função ecológica.

Assim, seriam tais decisões conflitantes apenas um ponto de incongruência nos precedentes do Supremo Tribunal Federal, pois que, considerando a linha jurisprudencial traçada nos julgamentos da "farra do boi"[19], das briga de galos[20] e, por fim, mais recentemente, das vaquejadas[21], outra solução seria esperada para o caso dos sacrifícios de animais em rituais religiosos? Ou, na hipótese mais temida, a solução apresentada ao caso dos sacrifícios de animais em rituais religiosos estaria a anunciar uma mudança no entendimento do Tribunal em matéria ambiental?

Nas fundamentações dos votos do acórdão em comento, foi por diversas vezes mencionado o julgado relativo às vaquejadas. Contudo, em momento algum houve qualquer prenúncio de mudança de entendimento da Corte em relação às questões já decididas, tendo sido apresentada a questão dos sacrifícios de animais em rituais religiosos, apesar de envolver conflito entre os mesmos direitos fundamentais, direito à cultura e ao ambien-

19 RE 153.531, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ 13.03.1998.

20 ADI 1.856, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 13.10.2011.

21 ADI 4.983, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 26.04.2017.

Voltar ao índice

te ecologicamente equilibrado, como uma espécie de distinguishing[22] em relação ao precedente, razão pela qual a ela foi aplicada solução distinta.

Contudo, a seriedade que o momento requer não é sem razão. É que, no julgado dos animais sacrificados em rituais religiosos, os dados que demonstravam a existência de maus-tratos foram rechaçados pelo Supremo Tribunal Federal, com base nas informações prestadas pelas entidades que defendem os cultos de religiões de matriz africana, ignorando-se, ainda, o risco à função ecológica dos animais.

No caso das vaquejadas, em que pese a apresentação de dados e regramentos através dos quais os animais não seriam expostos a crueldade, por parte dos organismos defensores da prática, o Supremo Tribunal Federal, entendendo serem os maus-tratos inerentes à prática desportiva, declarou a sua inconstitucionalidade e, em concreto, a sobreposição dos interesses ambientais sobre os interesses culturais.

Sendo, entrementes, mais recente o julgado que permitiu o sacrifício de animais, não obstante não tenha sido nele declarada, concretamente, a sobreposição dos valores culturais sobre os valores ambientais, posto que o julgado não considerou os maus-tratos, nem tampouco ponderou sobre o risco à função ecológica dos animais gerado pela sua imolação, forma-se uma tensão em torno do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra a emenda constitucional 96/2017.

Forçoso é observar que o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade englobará não apenas as vaquejadas, mais uma vez, como tam-

22 Distinção: havendo precedente em relação a determinada matéria, existindo particularidades fático-jurídicas não presentes, seria o caso de não aplicar o precedente. No caso em comento, a particularidade fática apresentada como distinção no julgado foi precisamente a suposta ausência de maus-tratos.

Voltar ao índice

bém toda e qualquer prática desportiva que utilize animais, desde que seja considerada manifestação cultural. A tensão em torno do referido julgamento decorre precisamente da solução que foi dada ao conflito no acórdão relativo aos sacrifícios de animais, quando os valores culturais, na prática, se sobrepuseram aos valores do ambiente.

O julgamento no qual, no ano de 2017, declarou o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade das vaquejadas, foi concluído com apertada maioria em favor da tese vencedora. Agora, novamente será a mesma questão submetida a julgamento perante o Tribunal, com o diferencial de que, na oportunidade, decidirá acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma emenda à constituição que, na prática, procurou tornar sem efeito a decisão da Corte Constitucional do País.

Em um país de consolidada tradição de observância dos precedentes dos tribunais, sobretudo dos precedentes da sua mais alta corte, seria natural esperar a manutenção do entendimento expresso no acórdão de 2017, no sentido de que obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância dos limites impostos pelo inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal.

Contudo, verifica-se que, no Brasil, ainda não há tradição em torno da observância dos precedentes, de modo que uma questão decidida pelo Supremo Tribunal Federal de forma "definitiva" pode ser modificada pouco tempo após pelo mesmo Tribunal, sem qualquer mudança de situação fática que o justifique[23].

23 No ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal, durante o julgamento do HC 84.079, declarou ser inconstitucional a execução antecipada da pena. Em fevereiro de 2016, julgando o HC 126.292, o Tribunal assentou o entendimento de que seria possível a prisão do condenado, após a confirmação da condenação perante o segundo grau de jurisdição. Não obstante, no ano de 2019, o Tribunal, julgando as ADCs 43, 44 e 54, declarou a inconstitucionalidade da prisão após o julgamento perante o segundo grau de jurisdição.

Voltar ao índice

Assim, diante da perplexidade do julgado em comento, que contraria a linha jurisprudencial que vinha sendo traçada pelo Supremo Tribunal Federal, difícil será imaginar, doravante, que caminho irá tomar o Tribunal, seja da revisão do entendimento anterior, relativamente à vaquejada, seja de reafirmação dos valores ambientais.

A linha jurisprudencial anterior — no sentido de que, a pretexto de garantir a livre manifestação da cultura, não pode o Estado prescindir de exigir o cumprimento do disposto no inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, que veda a prática de crueldade contra animais, além de práticas que ponham em risco a sua função ecológica — era mais consentânea com a preservação das opções adotadas pelo constituinte originário.

Ora, proibir a realização de vaquejadas, não implica tolher o modo de ser e de se expressar de determinada comunidade. Não significa negar-lhe a vida em conformidade com os signos de sua cultura, mas antes significa dizer que, na expressão das suas atividades culturais, não poderá a comunidade ferir o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, adotando práticas que submetam os animais a tratamento cruel, dentre elas, as vaquejadas.

Da mesma maneira, impedir a prática de sacrifícios de animais durante os rituais de religiões de matriz africana não implica em tolher a cultura de determinada comunidade adepta de tal religião, impedindo que expresse livremente o seu credo, nem tampouco fere a garantia à inviolabilidade de culto ou o seu livre exercício. Significa, contudo, reconhecer que toda e qualquer religião ou manifestação cultural, não obstante protegida constitucionalmente no Brasil, necessita velar pela observância dos demais valores constitucionais, dentre eles os valores ambientais, pelos quais não se permite, no País, a prática de maus-tratos a animais, nem tampouco atividades que ponham em risco a sua função ecológica.

Voltar ao índice

Não se pode, assim, invocar uma pretensa liberdade de manifestação cultural, ou liberdade de culto, com o escopo de agasalhar condutas que são reputadas ilegais e mesmo inconstitucionais, sobretudo porque não há direitos constitucionais absolutos, não sendo razoável admitir, sobretudo em pleno século XXI, diante das emergências climáticas e ambientais que se apresentam, a flexibilização das normas de proteção ao ambiente em virtude de costumes, credos ou tradições.

É que, ainda que seja enraizado o costume, prática ou tradição, deve ceder às normas constitucionais escritas, não sendo admissível, tampouco, a afronta aos valores fundamentais da Constituição, pois que a rigidez e a força da constituição não se compatibilizam com o costume contra constitucionem[24].

Não se poderia admitir a proteção à liberdade de culto de religião de qualquer espécie, nem tampouco prática arraigada na cultura de qualquer comunidade que, por exemplo, negasse às crianças os seus direitos constitucionalmente assegurados, nem tampouco que as expusesse a qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Alguns seguidores do Islamismo, religião que mais cresce no mundo, utilizam-se do exemplo de Maomé, que teria casado com uma criança chamada AISHA quando esta contava com 06 anos de idade, consumando o casamento quando ainda possuía 09 anos, para justificar a possibilidade de casamento de adultos com crianças[25]. Tal prática, seria, pois, admitida no Brasil, por integrar a cultura de um povo ou mesmo a crença de determinada religião? É evidente que a resposta há de ser negativa.

---

24 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria história e métodos de trabalho/ Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento. 1. Reimpressão. – Belo Horizonte: Fórum, 2013, pág. 351.

25 LUZ, José William Pereira. Pedofilia: aspectos culturais e análise do processo civilizatório. Disponível no sítio <https://jus.com.br/artigos/68648/pedofilia-aspectos-culturais-e-analise-do-processo-civilizatorio> . Acessado em 22 de janeiro de 2020.

Voltar ao índice

Igualmente, não se pode compactuar com prática religiosa que ceifa vidas de animais em seus rituais, ao arrepio da sua função ecológica, tão somente em virtude de defenderem, os seus praticantes, que tais sacrifícios não provocariam sofrimento aos animais e porque seriam indispensáveis aos rituais de religiões de matriz africana.

Para além de se constituírem em prática que põe em risco a sua função ecológica, os sacrifícios de animais em rituais religiosos, conforme demonstrado no curso do processo pelo Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal, além dos dados acima referidos, colhidos pela ONG SOS Aves & Cia, com atuação no Rio de Janeiro, que dão conta de mais de dois mil casos de animais encontrados nas ruas, agonizando, com a barriga aberta, olhos perfurados ou asas amputadas, inegavelmente impõem sofrimento aos animais[26].

Embora o acórdão mencione que a redação do parágrafo único do 2º da Lei Estadual 11.915/2003 – RS não excepciona as vedações insertas nos incisos do mesmo dispositivos, dentre elas a proibição de sujeição a qualquer tipo de experiência capaz de causar sofrimento ou dano, informa que o escopo da referida norma é, precisamente, evitar a atuação das autoridades administrativas, que estariam interpretando de forma preconceituosa as religiões de matriz africana e interditando terreiros de candomblé.

Assim, o objetivo seria explicitar que os sacrifícios não encontrariam vedação no artigo 2º do Código Estadual de Proteção aos Animais, até porque, modernamente, o que ocorreria com os animais durante os ritos seria "sacralização" e não mais "sacrifício", como se alteração na nomenclatura pudesse alterar igualmente a natureza do ato. Eventuais desvios ou excessos continuariam encontrando obstáculos, inclusive na Lei dos crimes ambientais.

---

26 CORDEIRO, Tiago. Os sacrifícios de animais nas religiões afro-brasileiras. Disponível no sítio <https://super.abril.com.br/sociedade/os-sacrificios-de-animais-nas-religioes-afrobrasileiras/>. Acessado em 22 janeiro 2020.

Voltar ao índice

Ora, como constatar eventuais maus-tratos, se o que pretendeu a norma foi precisamente afastar a fiscalização das autoridades administrativas? Se tal não pretendia o legislador, excepcionando as vedações, qual seria o sentido da norma? O próprio acórdão reconhece que a redação seria deficiente, parecendo que estaria a permitir quaisquer das condutas vedadas nos incisos do artigo 2º do Código Estadual de Proteção aos Animais.

Na prática, a norma implica na concepção apriorística de que religiões de matriz africana, ao sacrificarem animais durante os seus rituais, somente sacrificariam bodes, carneiros, patos, galinhas e galos, bem como de que, durante as imolações, não impõem qualquer sofrimento a esses, apesar dos dados apresentados no processo em sentido contrário. Impossibilitou, ainda, que as autoridades administrativas sanitárias possam constatar abusos, pois que, conforme reconhecido no acórdão, a norma visa afastar a atuação de tais autoridades.

No caso das vaquejadas, de maneira completamente oposta ao acórdão em comento, mesmo diante dos dados apresentados pelos defensores da prática, dando conta de regras atinentes à "nova vaquejada", pelas quais os bovinos não sofreriam qualquer tratamento cruel, o Supremo Tribunal Federal, analisando a fundo a questão, decidiu pela sua inconstitucionalidade.

Resta saber, finalmente, se a declaração de constitucionalidade de norma permissiva de sacrifícios de animais em rituais de religiões de matriz africana se constitui em uma espécie de "ponto fora da curva", ou se constitui, afinal, um marco no retrocesso da jurisprudência ambiental do Supremo Tribunal Federal. Somente o tempo dirá.

4.5. Em forma de conclusão

A decisão do Supremo Tribunal Federal, desse modo, ao declarar a constitucionalidade de dispositivo inserido no Código de Proteção aos Animais,

permitindo a prática de sacrifícios de animais em rituais de religiões de matriz africana, ignorou os dados apresentados no processo a demonstrar um número significativo de animais, submetidos aos mencionados rituais, resgatados em estado de flagrante sofrimento. Acresce que autorizou prática que implica na eliminação das vidas de inúmeros animais, como se a função ecológica de qualquer deles fosse servir as práticas culturais ou religiosas, sobrelevando os valores culturais em detrimento dos valores do ambiente.

Voltar ao índice

Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal Federal de 20 de Outubro de 2016, recurso ordinario em *Habeas Corpus* Nº 125.566/PR[1]

RENATA MACHADO SARAIVA[2]

1. INDICAÇÃO DO ASSUNTO

Aplicação do princípio da insignificância nos crimes ambientais de perigo abstrato

2. INDICAÇÃO DA EMENTA

Recurso Ordinário. Crime ambiental tipificado no art. 34, parágrafo único, inciso I, da Lei 9.605/98. Proteção criminal decorrente de mandamento constitucional (CF, art. 225, § 3º). Interesse manifesto do estado na repreensão às condutas delituosas que venham a colocar em situação

1 <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12105235 >> acesso em janeiro de 2020.

2 Mestre em Ciências Jurídico-Ambientais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogada. Doutoranda em Ciências Jurídico-Penais pela mesma Faculdade

Voltar ao índice

de risco o meio ambiente ou lhe causar danos. Pretendida aplicação da insignificância. Impossibilidade. Conduta revestida de intenso grau de reprovabilidade. Crime de perigo que se consuma com a simples colocação ou exposição do bem jurídico tutelado a perigo de dano. Entendimento doutrinário. Recurso não provido.

1. A proteção, em termos criminais, ao meio ambiente decorre de mandamento constitucional, conforme prescreve o § 3º do art. 225: "[a]s condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

2. Em razão da sua relevância constitucional, é latente, portanto, o interesse do estado na repreensão às condutas delituosas que possam colocar o meio ambiente em situação de perigo ou lhe causar danos, consoante a Lei 9.605/98.

3. Essa proteção constitucional, entretanto, não afasta a possibilidade de se reconhecer, em tese, o princípio da insignificância quando há a satisfação concomitante de certos pressupostos, tais como: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (RHC no 122.464/BA-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 12/8/14).

4. A conduta praticada pode ser considerada como um crime de perigo, que se consuma com a mera possibilidade do dano.

Voltar ao índice

5. O comportamento do recorrente é dotado de intenso grau de reprovabilidade, pois ele agiu com liberalidade ao pescar em pleno defeso utilizando-se de redes de pesca de aproximadamente 70 (setenta) metros, o que é um indicativo da prática para fins econômicos e não artesanais, afastando, assim, já que não demonstrada nos autos, a incidência do inciso I do art. 37 da Lei Ambiental, que torna atípica a conduta quando praticada em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família.

6. Nesse contexto, não há como afastar a tipicidade material da conduta, tendo em vista que a reprovabilidade que recai sobre ela está consubstanciada no fato de o recorrente ter pescado em período proibido utilizando-se de método capaz de colocar em risco a reprodução dos peixes, o que remonta, indiscutivelmente, à preservação e ao equilíbrio do ecossistema aquático.

7. Recurso ordinário ao qual se nega provimento.

3. DESCRIÇÃO SUMÁRIA DOS FACTOS DO CASO

Trata-se de denúncia oferecida contra o sujeito "A" pelo crime de pesca ilegal tipificado no artigo 34, parágrafo único, inciso I, da Lei brasileira dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/98)[3]. Conforme a narrativa acusatória,

3 Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente: Pena- detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem: I- Pesca espécies que devam ser preservadas ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos;

o sujeito "A" foi surpreendido por agentes da Polícia Florestal, no rio Paranapanema – situado no município de Diamante do Norte, no Paraná –, por volta das 22 horas do dia 08 de fevereiro de 2011, em barco de alumínio de aproximadamente cinco metros, utilizando-se de rede de pesca de emalhar número 16 e aproximadamente 70 metros de comprimento, portando iscas vivas (pirambóias), em época de defeso – piracema –, porém sem qualquer pescado capturado.

Buscando o trancamento da ação penal, a defesa impetrou *habeas corpus* contra a decisão que recebeu a denúncia, cuja ordem foi denegada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Contra esta decisão a defesa impetrou novo *habeas corpus*, endereçado ao Superior Tribunal de Justiça (número 242.132/PR), que manteve a decisão originária.

O fundamento defensivo que embasou as ações autônomas estava relacionado à aplicação do princípio da insignificância, diante da inexistência de peixes e/ou outros animais capturados no momento da fiscalizaçã, pois não haveria qualquer dano ao equilíbrio ambiental que justificasse a intervenção estatal através de responsabilização penal, sendo caso de atipicidade da conduta descrita no artigo 34, parágrafo único, inciso I, da Lei 9.605/98 e, assim, de falta de justa causa para o prosseguimento da ação penal.

De forma contrária, tanto o Tribunal Regional Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça decidiram que não era caso de ofensa bagatelar e, assim, deram prosseguimento à ação penal. Inconformada com a decisão, a Defensoria Pública impetrou recurso ordinário em habeas corpus, distribuído no Supremo Tribunal Federal sob o número 125.566/PR e com relatoria do Ministro Dias Toffoli. Por unanimidade foi mantida a decisão do Superior Tribunal de Justiça, afastada a aplicação do princípio

da insignificância, e são justamente os fundamentos deste acórdão que servem de objeto aos comentários trazidos no ponto a seguir.

4. COMENTÁRIOS

O julgamento que ora se passa a analisar teve como objetivo verificar se a conduta de quem é flagrado, em época de defeso, à noite, com apetrechos de pesca fora dos padrões permitidos e com iscas vivas, mas sem qualquer pescado, tem relevância jurídica suficiente a embasar uma resposta penal por parte do Estado ou se seria o caso de aplicação do princípio da insignificância. Em outras palavras, a questão a saber é se a existência ou não de animais capturados pela conduta do sujeito "A" é relevante à responsabilização criminal.

O acórdão ora sob escrutínio alerta para o caráter constitucional da proteção reservada ao meio ambiente ao citar o artigo 225, § 3º, da Constituição Federal brasileira de 1988, concluindo que, em razão desta relevância constitucional, "é latente, portanto, o interesse do Estado na repreensão às condutas delituosas que possam colocar o meio ambiente em situação de perigo ou lhe causar danos". Destaca o julgado, entretanto, que, mesmo diante deste cenário de relevância, é possível a aplicação do princípio da insignificância no âmbito dos crimes ambientais, desde que sejam preenchidos os requisitos exigidos para tanto.

Apesar disto, como referido no acórdão, o conduta perpetrada pelo sujeito "A" caracteriza o crime de pesca ilegal (artigo 34 da Lei 9.605/98) que é tipificado como crime de perigo, com o que a inexistência de peixes pescados seria mero exaurimento do delito, incapaz de descaracterizar a conduta praticada que, segundo o entendimento do Relator, colocou em risco o bem jurídico tutelado e só não causou maiores danos à fauna aquática porque interrompida a tempo pelas autoridades ambientais.

Voltar ao índice

O comportamento analisado estaria dotado de intenso grau de reprovabilidade (pescar em época de defeso, utilizando-se de rede de pesca de 70 metros), indicando prática para fins econômicos e não artesanais (estado de necessidade ou para saciar a sua fome ou de sua família – teor do artigo 37 da mesma lei).

Por estes motivos é que não houve a aplicação do princípio da insignificância, "tendo em vista que a reprovabilidade que recai sobre a conduta do agente está consubstanciada em pescar em período proibido utilizando-se de método capaz de colocar em risco a reprodução dos peixes, o que remonta, indiscutivelmente, à preservação e ao equilíbrio do ecossistema aquático".[4]

Em nosso ver, andou bem o Supremo Tribunal Federal em assim decidir no caso sob exame, contudo, utilizou-se de uma argumentação bem mais superficial do que demandam os temas tratados. A solução dada ao caso, embora correta, perpassa institutos muito delicados e escorregadios do direito penal, exigindo um detalhamento maior do que aquele dado pelos julgadores. Vejamos alguns pontos que podem ser destacados.

De início é importante dizer que a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância nos crimes ambientais não tem acolhida unânime nem pela doutrina, nem pela jurisprudência[5] e isto está imbricado na delimitação, bastante complexa, do bem jurídico aqui tutelado.

O conceito de bem jurídico, como se sabe, constitui antes de mais nada um instrumento de limitação da intervenção estatal na vida dos cidadãos, pelo uso do direito penal, determinando os valores que a norma busca pro-

4 STF, HC 125.566/PR – p. 7.

5 PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro*: *volume 9, parte especial, Direito Penal do Ambiente.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p.135.

Voltar ao índice

teger. Podem ser valores tanto de ordem individual quanto coletiva – ou supraindividual. Dentre os bens jurídicos coletivos está o meio ambiente como um dos mais difíceis de ser definido.[6] O próprio ambiente é mutável em suas características e manifestações, provocando "(...) uma contínua reavaliação da base de facto sobre a qual recaem as vinculações administrativas, no sentido de que estas não vão além nem se quedem aquém das necessidades reais de tutela"[7]. E isto não ocorre, é evidente, somente em relação às vinculações administrativas, mas também no que toca à lei penal.

A importância de elevação do meio ambiente a bem jurídico penalmente relevante ocorre, a partida, em razão da sua importância como condição de desenvolvimento e continuidade da vida (não só humana) no planeta. Daí que todos tenhamos o direito de disfrutar de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas também o dever de assim preservá-lo.[8]

No que toca à legislação brasileira, FIGUEIREDO afirma que o legislador optou por uma noção mais restrita de meio ambiente "entendido aqui como meio ambiente "natural", ou seja, "como sistema biológico (ecossistema)".[9] Não seriam objetos de proteção penal cada um dos elementos do meio ambiente de forma autônoma – ainda que fundamentais, como a água, o ar e o solo, a flora e a fauna –, mas sim o meio ambiente compreendido como um todo, sob uma lógica unitária, o ciclo biológico natural que

---

6 MUÑOZ CONDE, Francisco; LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen; GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. *Manual de Derecho Penal Medioambiental.* Valencia: Tirant lo blanch, 2013.p.134.

7 GOMES, Carla Amado. Uma mão cheia de nada, a outra de coisa alguma: duplo eixo reflexivo em tema de biodiversidade *In* GOMES, Carla Amado (coord.). No ano internacional da biodiversidade – contributos para o estudo do Direito da protecção da biodiversidade. Lisboa: ICJP, 2010.p.25.

8 Como aliás é o texto da própria Constituição Federal, em seu art. 225.

9 Segue o autor: "(...) Para além do mais, fica também claro que, como objetos materiais, tipificados nas incriminações dos arts. 29 e ss., estão os "elementos fundamentais da biosfera" (água, ar e solo, flora e fauna). Vide: FIGUEIREDO, Guilherme de. *Crimes Ambientais e Bem Jurídico-Penal – (des)criminalização, redação típica e (ino)fensividade*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.p.136.

Voltar ao índice

a conexão destes elementos da natureza busca perpetuar, sendo a ofensa ao ambiente justamente a ruptura deste ciclo natural.[10]

Também nas palavras de SOUSA MENDES[11], "o ambiente, enquanto bem jurídico, não pode ser confundido com pedações desgarrados da Natureza". Como todo bem jurídico, trata-se de uma "idealização de uma forte necessidade social, reportada a algum substrato empírico (...)" que é representando, neste caso, por um conjunto tão dinâmico quanto intrincado.

Por isto afirmamos que a complexidade das normas ambientais e seu manancial de fontes de regramento, no fundo, apenas espelha a complexidade de relações e de exigências do próprio ecossistema e de todas as relações que têm influência no domínio ecológico (industriais, tecnológicas, sociais, políticas).[12]

---

10 Também sobre teorias ecocêntricas e antropocêntricas e os conceitos adotados pela Constituição Federal de 1988 e a Lei dos Crimes Ambientais, n. 9.605/98, vide os ensinamentos de FIGUEIREDO, Guilherme de. *Crimes Ambientais e Bem Jurídico-Penal – (des)criminalização, redação típica e (ino)fensividade.* 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.p.137.

11 MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* Lisboa: AAFDL, 2000.pp.99/104.

12 José Eduardo FIGUEIREDO DIAS enquadra as normas ambientais em dois temas principais: a complexidade e a tecnicidade. Segundo o autor, "a poluição e os problemas ambientais, em geral, têm caráter sistémico que torna muito difícil ou impossível determinar o contributo de cada elemento, de cada acção para a degradação ambiental, bem como o 'isolamento' do ou dos componentes ambientais afectados e a transferência dos problemas de um para outro: houve degradação da qualidade do ar e/ou poluição aquática? Quais serão as consequências para o solo do enquinamento de determinado curso de água? Em que medida a não valorização e/ou o tratamento não adequado de resíduos vai influir na qualidade do ar e/ou da água? Quais os efeitos da perda de determinada espécie vegetal ou animal nos diversos componentes ambientais e no equilíbrio global do ecossistema? A extrema complexidade dos fenómenos a regular vai-se repercutir, como é bom de ver, nas regras que disciplinam esse mesmo fenómeno, nas autoridade administrativas que pretendem protegê-lo e promovê-lo, nas formas jurídicas com as quais as visa regulamentá-los, nos procedimentos administrativos dirigidos a essa mesma regulamentação – no fundo, em todos os meios, autoridades, formas, regras e demais aspectos que compõem o direito do ambiente", vide: DIAS, José Eduardo Figueiredo. *A reinvenção da autorização administrativa no Direito do Ambiente*. Coimbra: Editora, 2014. p.819.

Voltar ao índice

Neste sentido, alerta também SOUSA MENDES que "a inclusão da Natureza no horizonte da responsabilidade implica a fundação de novos modelos de responsabilização. Naquele domínio que nos interessa (a saber: o direito penal), a complexidade deste desafio e a impreparação do direito penal para dar conta dele constituem um acasalamento sumamente infeliz de problemas".[13]

Isto porque para além dos desafios de delimitação do bem jurídico tutelado pela norma penal ambiental, também as ranhuras legislativas e a falta de precisão dos tipos penais permitem uma ampliação tamanha do escopo de condutas puníveis sob o argumento de proteção do bem jurídico penal ambiental, que acabam abarcadas condutas sem qualquer importância jurídica. O fenômeno não é exclusivo dos crimes relacionados ao meio ambiente, é claro, sendo bastante frequente em se tratando de bens jurídicos difusos.

Voltando ao acórdão ora em comento, vejamos que o Ministro Relator dá a entender que o bem jurídico tutelado pela norma é a reprodução dos peixes relacionada à preservação e ao equilíbrio do ecossistema aquático.[14] E parece ser realmente este o bem jurídico protegido pelo artigo 34 da Lei dos Crimes Ambientais: o meio ambiente ecologicamente equilibrado, no seu aspecto da biodiversidade.[15]

A opção do legislador ao tipificar a conduta descrita no tipo penal do artigo 34, parágrafo único, inciso I, da Lei 9.605/98 (pesca ilegal), em leitura combinada com o artigo 36 do mesmo diploma, claramente foi de um crime de perigo e, portanto, consumável com a mera possibilidade do dano. Segundo o artigo 36, para os efeitos da Lei 9.605/98, pesca é "todo ato

13 MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena... op.cit.*p.90.

14 STF, HC 125.566/PR – p. 7.

15 Em análise muito semelhante, porém com relação à lei espanhola, vide: MUÑOZ CONDE, Francisco; *et al*. *Manual de Derecho Penal Medioambiental... op cit.*p.136.

Voltar ao índice

tendente a retirar, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios, suscetíveis ou não de aproveitamento econômico, ressalvadas as espécimes ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora". Em sendo "todo o ato tendente a (...)", a efetiva subtração de animal do rio seria dispensável à configuração do tipo penal, mostrando-se como mero exaurimento do crime de pesca ilegal.

O debate quanto à resposta criminal no caso é interessante e controverso. Tanto que se pode perceber pela leitura de julgados, em situações semelhantes, a falta de uniformidade de entendimento. No próprio caso em tela, quando sob análise do Superior Tribunal de Justiça, em voto vencido, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura entendeu que "a questão (...) invoca pura constatação do direito penal mínimo, na medida em que se cogita de conduta que provocou inexpressiva lesão ao bem jurídico tutelado, não interessando ao Direito Penal. (...) Na espécie, como visto, não houve a apreensão de nenhum peixe, porque nenhum espécime foi capturado pelo paciente, com as ações tidas por delituosas, motivo pelo qual não entrevejo reprovabilidade suficiente para a tipicidade material. A conduta, a meu ver, preenche os requisitos da insignificância (...)"[16]. De outra sorte, os demais Ministros entenderam que a conduta do sujeito "A" estaria repleta de desvalor significativo tendo em vista o material com o qual foi apreendido e a época de defeso, mostrando-se potencialmente capaz de colocar em risco a reprodução das espécies de fauna local.[17]

---

16 Vide: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1316817&num_registro=201200960493&data=20140804&formato=PDF>> acesso em janeiro de 2020. STJ, HC 242.132/PR, pp.7-11

17 Vide: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1316817&num_registro=201200960493&data=20140804&formato=PDF>> acesso em janeiro de 2020. STJ, HC 242.132/PR, pp.13-18.

Voltar ao índice

É quase instintivo opinar no sentido de que a inexistência de qualquer peixe ou outro animal aquático capturado afasta a relevância jurídica da conduta do sujeito "A" e, assim, a necessidade de intervenção penal pelo Estado. Contudo, se vistos de perto os institutos jurídicos que permeiam o debate, não nos parece que seria possível outra decisão que não o afastamento do princípio da insignificância, embora pudéssemos, de fato, descaracterizar o crime, mas por motivação diversa. Vejamos.

A defesa do sujeito "A", desde a sua primeira manifestação, argumentou pela insignificância da conduta tendo como base a inexistência de pescado com o denunciado quando flagrado. Nos parece que poderia a defesa ter dado um passo atrás e questionado se o sujeito, ao ser surpreendido pela fiscalização, já havia dado início à execução do crime de pesca ilegal ou não. Poderia a defesa ter argumentado que a conduta do sujeito "A" se tratava de mero ato preparatório que, como tal, não é criminalmente punível. O próprio réu, ouvido em juízo, confessou que estava, no rio, sabendo tratar-se de período em que a pesca é proibida, confirmando que, quando flagrado, ainda estava armando a rede que trazia consigo e por isto não havia pescado nenhum peixe.

Ter a intenção de pescar em época proibida não é crime. Preparar instrumentos de pesca, portar iscas vivas e estar embarcado em rio protegido, em época proibida, ainda que à noite, também não é crime. Deveria a defesa ter questionado a partir de que momento a conduta do agente passaria a criar um campo de possibilidade de ofensa ao bem jurídico tutelado pelo artigo 34 da Lei 9.605/98. Por maior que seja a rede de pesca e por mais que as iscas encontradas com o sujeito "A" estivessem vivas, será que o perigo inerente à conduta existe antes que essas iscas e essa rede sejam efetivamente arremessadas na água?

Voltar ao índice

O questionamento deriva justamente do texto legal trazido no artigo 36 da referida lei, que define a pesca como "todo ato tendente a retirar, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes (...)". A questão é saber a partir de que momento o "ato tendente a" estaria configurado.

Salvo melhor juízo, a conduta perigosa surge quando os apetrechos, fora da regulamentação, são instrumentalizados na exposição do bem jurídico tutelado à possibilidade de ofensa. Em razão disto, entendemos que deveria a defesa ter argumentado que o sujeito "A" foi surpreendido pela fiscalização em atos preparatórios ao crime que pretendia executar: a pesca ilegal. Vejamos que mesmo nos crimes de perigo há um momento no qual a conduta deixa de ser ato preparatório e passa a ser subsumível ao tipo penal. Saber quando este momento ocorre, especialmente em se tratando de crimes de perigo, nem sempre é tarefa das mais fáceis.

A questão, contudo, não foi arguida pela defesa e nem mesmo examinada, *ex officio*, pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, partindo-se da premissa de que o sujeito "A" praticou pesca ilegal, sem, entretanto, capturar qualquer animal do rio, incorrendo na pena do artigo 34 da Lei dos Crimes Ambientais, e tratando-se de crime de perigo.

E por ser crime de perigo – é este o racional do acórdão – o tipo penal não pressupõe a produção de um resultado (crime de resultado), como seria no caso do homicídio em que a morte é consumação do crime. A realização do tipo ocorre com a mera colocação do bem jurídico em perigo[18]. Aqui o perigo não aparece como um elemento do tipo penal (caso em que tratar-se-ia de perigo concreto), mas sim como o motivo da proi-

18 REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal – parte geral.* 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.p.275.

Voltar ao índice

bição, configurando perigo de natureza abstrata: o comportamento é tipificado como crime em razão de sua perigosidade para um bem jurídico[19].

E perigo, nas palavras de REALE JÚNIOR, é "a aptidão, a idoneidade ou a potencialidade de um fenômeno de ser causa de um dano, ou seja, é a modificação de um estado verificado no mundo exterior com a potencialidade de produzir a perda ou diminuição de um bem, o sacrifício ou a restrição de um interesse. A possibilidade é um juízo que se funda no mundo real, é a verificação objetiva de um acontecimento"[20]. D'AVILA também nos ensina que o perigo, como realidade normativa, surge da combinação da probabilidade de ocorrência de um determinado resultado e o caráter desvalioso deste mesmo resultado.[21] Sendo que "o resultado, nos crimes de perigo-abstrato consiste, na criação de uma situação de instabilidade na esfera de manifestação do bem jurídico, ou seja, um resultado acentuadamente normativo, mas nem por isso menos representativo de uma concreta situação de desvalor"[22].

A probabilidade de dano ao bem jurídico deve ser significante, não num contexto meramente casuístico, mas sim uma probabilidade juridicamente relevante. É o legislador que, em juízo ex ante – ou seja, independente do resultado que vir um dia a ocorrer – conclui que a conduta tem reprovabilidade derivada da constatação de ser potencialmente ofensiva ao bem jurídico. A conduta, assim, justifica a sua tipificação

19 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – parte geral, Tomo I: questões fundamentais e doutrina geral do crime*. 2.ed. Lisboa/Coimbra: Editora, 2011.pp.305/309.

20 REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições... op.cit*.p.160.

21 D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios – contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico.* Coimbra: Editora, 2005.p.97.

22 D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos... op.cit*.p.164.

Voltar ao índice

como crime, pois o bem jurídico tutelado "resta sujeito à possibilidade de vir a ser lesado em decorrência da ação delituosa".[23]

Para FIGUEIREDO DIAS, no caso dos crimes de perigo abstrato é dispensada a prova de efetivo perigo, havendo uma presunção inelidível do perigo e, assim, a conduta é punida mesmo que não tenha criado um perigo efetivo ao bem jurídico.[24] Em sentido oposto, REALE JÚNIOR entende que, muito embora nos crimes de perigo abstrato o perigo seja presumido, sempre caberá prova em contrário, o que "adequa a figura do perigo abstrato à exigência de lesividade, dentro de um Direito Penal garantista, quando se expande a criação de figuras de perigo abstrato na proteção de bens jurídicos universais, como o meio ambiente"[25]. Na mesma linha conclui D'ÁVILA: "(...) se afirmamos dignidade constitucional ao princípio da ofensividade, compreender o perigo abstrato como perigo presumido juris et de jure seria o mesmo que reconhecer erroneamente a inoperosidade de tal categoria delitiva como categoria de crime constitucionalmente legítima"[26]. Parece-nos ser esta a linha mais acertada.

A prova em contrário da existência de exposição a perigo tampouco foi levantada no julgado ora comentado. A bem da verdade, o acórdão sequer menciona a natureza "abstrata" do tipo de perigo em questão.

É bastante comum que crimes ambientais sejam tipificados como crimes de perigo abstrato. Trata-se de verdadeira técnica de tipificação

---

23 REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições... op.cit*.p.276.

24 "Diz-se também – sendo esta, malgrado as críticas que lhe possam ser dirigidas, uma razoável forma de expressão – que nesta espécie de crimes o perigo é presumido *iuris et de iure* pela lei". DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – parte geral, Tomo I... op.cit.*p.309.

25 "(...) o perigo é presumido no sentido de que pode haver prova em contrário da inexistência do perigo, dando-se uma presunção *iuris tantum,* sujeita à prova em contrário (...)". REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições... op.cit.*p.277.

26 D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos...op.cit.* p.111.

Voltar ao índice

excepcional[27], escolhida pelo legislador quando opta "pela mais ampla forma de proteção jurídico-penal"[28], e quando o potencial do risco ainda não é conhecido, mas por cautela deve ser tutelado, dada a gravidade que a concretização de danos pode assumir.[29]

Nas palavras de SOUSA MENDES: "A fórmula preferida do legislador moderno para levar o direito penal a actuar como instrumento de tutela ambiental tem consistido em encarar a prevenção de perigos isolados, mas antes enquanto prevenção de riscos empiricamente catalogados como elementos integradores de uma grande perturbação que é susceptível de abalar os naturais processos dinâmicos da biosfera. Esta perspectiva implica fazer recuar o limiar do perigo relevante muito para aquém do habitual limiar dos perigos adivinháveis a olho nu, fazendo soar o alarme do direito penal logo à conta da criação de riscos difusos. Estes riscos difusos só podem encontrar tradução na técnica da lei penal como – dogmaticamente falando – crimes abstractos, ademais na modalidade francamente invulgar de perigos potenciais (...)"[30].

---

27 D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos...op.cit.*p.176.

28 D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos...op.cit.*p.176. Nas palavras do autor: "Quando o legislador opta por proteger um determinado bem jurídico mediante um ilícito-típico de perigo-abstrato, opta igualmente pela mais ampla forma de proteção jurídico-penal que, se por um lado, detém inúmeras vantagens, apresenta, por outro, uma série de inafastáveis desvantagens. (...) Daí percebermos que, embora consistam em realidades dogmáticas absolutamente legítimas, a técnica de tipificação através de crimes de perigo abstrato é excepcional, devendo ser utilizada apenas quando as circunstâncias que envolvem o fato e as características do bem jurídico a proteger, cotejadas à luz dos interesses de política criminal, indicarem-na como meio de tutela necessário e indispensável" (p.178).

29 SARAIVA, Renata Machado. *Criminal Compliance como instrumento de tutela ambiental – a propósito da responsabilidade penal de empresas.* São Paulo: LiberArs, 2018.p.144.

30 MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena... op.cit.*pp. 92/93. Neste sentido também é digna de nota a advertência de REALE JÚNIOR: "(...) o desafio do Direito Penal hodierno está em limitar as figuras de perigo abstrato, que beiram a inconstitucionalidade por ausência de lesividade (...)" vide: REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições ... op.cit.*.p.276.

Voltar ao índice

Em realidade, deve ser feito um duplo juízo com relação aos crimes desta natureza: num juízo *ex ante*, já referido, analisa-se a objetiva e real possibilidade de dano ao bem jurídico protegido pela norma e, posteriormente, deve ser feito um juízo negativo de significação dessa possibilidade, ou seja, a possibilidade de ofensa ao bem jurídico não pode ser insignificante. E aqui a concepção de "ofensa"/"ofensividade" tem caráter obrigatoriamente jurídico-penal, "o que equivale a dizer que nem toda a interferência objetivamente constatada é ofensa para fins jurídico-penais". Será justamente no momento de verificação da "não-insignificância de dano ao bem jurídico" que a resposta sobre a existência de ofensividade jurídico-penal será respondida.[31]

As discussões doutrinárias que circundam a definição e a aplicabilidade dos crimes de perigo abstrato são muitas, transbordando os esquadros deste artigo. Mas, evoluindo nos temas aqui abordados, vejamos que a importância da ofensividade jurídico penal está representada também no momento da análise de tipicidade da conduta.

Nos casos de tutela penal de bens jurídicos difusos – como o meio ambiente – é recorrente o uso de técnicas político-criminais de tipificação ampla – crimes de perigo abstrato, normas penais em branco etc. – em boa parte diante da importância do bem jurídico a ser protegido, mas também em razão da dificuldade em delimitá-lo. E justamente para "limitar essa amplitude do tipo penal ambiental, é mister atribuir um conteúdo material à tipicidade penal. Assim, apenas será típica a lesão

31 D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos... op.cit.*.pp.172/173. Explica o autor, ainda, que ofensa é a "interferência na esfera de manifestação do bem jurídico, uma inadmissível perturbação na tensão primitiva da relação de cuidado-de-perigo que o ilícito típico de perigo abstrato pretende evitar".

que violar materialmente o bem ambiental atacado, não sendo suficiente a mera adequação formal da conduta ao tipo penal realizado."[32] O fenômeno, obviamente, não é exclusivo dos crimes ambientais, mas neste campo mostra-se bastante frequente.

Para a análise da tipicidade de uma determinada conduta não basta a constatação de que preenche a descrição formal do tipo (tipo formal), é necessário que também ocasione uma ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma (tipo material). Isto alimenta o – ou, em verdade, deriva do – entendimento de que o tipo penal deve sempre ser analisado levando-se em consideração o bem jurídico que busca salvaguardar.

O princípio da insignificância molda-se precisamente no que toca à análise desta tipicidade material, revelando-se um auxiliar interpretativo ao julgador, permitindo o afastamento de comportamentos socialmente suportáveis e que, entretanto, estão abarcados pela literalidade da norma penal. Ao complementar a análise do tipo penal no seu aspecto formal – de subsunção dos fatos à norma – com o seu aspecto material – de efetiva ofensividade ao bem jurídico tutelado –, evita-se que haja responsabilização criminal quando o desvalor da ação ou do resultado não representa ofensa ao bem jurídico resguardado e preserva-se, ao mesmo tempo, o basilar princípio da legalidade.

A aplicação do princípio da insignificância ocorreria, assim, quando, ainda que houvesse a possibilidade de ofensa ao bem jurídico, fosse ela juridicamente inexpressiva – não-significante – ao direito penal, respeitando-se a máxima de que apenas as ações mais graves dirigidas contra bens fundamentais devem ser criminalizadas[33], protegendo-se, ainda, o

32 SILVA, Ivan Luiz da. Fundamentos da Tutela Penal Ambiental *In Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*.v.1.mar/2011.p.912.

33 PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal brasileiro... op.cit*.p.107.

Voltar ao índice

caráter fragmentário do direito penal. Pela sua natureza material, o princípio da insignificância exclui a própria existência do crime (pela atipicidade), sendo utilizado, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, como um instrumento de seletividade das ações concretamente lesivas ao bem tutelado; no caso em debate, o meio ambiente[34].

Como explica DE-LORENZI, com base no arcabouço teórico de CLAUS ROXIN, o princípio da insignificância nasce da concepção de que o direito penal e suas categorias devem ser desenvolvidos de acordo com os fins político-criminais que os fundamentam. E em assim sendo, "não há motivo para se incluir no âmbito do tipo penal aquelas condutas que, embora previstas na literalidade do tipo formal, não lesionam com certa gravidade o bem jurídico por ele tutelado, pois isto contraria o fim último do Direito Penal de proteção de bens jurídicos".[35]

Segue o autor afirmando que "o princípio da insignificância, ao excluir a tipicidade de lesões ínfimas ao bem jurídico, leva em conta somente o desvalor do resultado jurídico, não importando para a aferição da insignificância (i) o resultado naturalístico; (ii) o desvalor da conduta; (iii) e elementos externos ao tipo penal – como a culpabilidade, por exemplo".[36]

---

34 SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância e os crimes ambientais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.p.79

35 DE-LORENZI, Felipe da Costa. O princípio da insignificância: fundamentos e função dogmática: uma leitura à luz do funcionalismo de Claus Roxin *In Revista de Estudos Criminais*. ano XIII 2015. n. 57.p.218.

36 DE-LORENZI, Felipe da Costa. O princípio da insignificância... *op.cit.*p.223. Alguns conceitos segundo autor: desvalor da conduta: a realização efetiva ou tentada da conduta descrita no tipo (aspecto formal) + a criação de risco não permitido relevante ao bem jurídico + elemento subjetivo genérico (e elementos subjetivos específicos quando descritos no tipo) (p.221); desvalor do resultado: realização do risco não permitido com ofensa (lesão ou exposição a perigo de lesão) relevante ao bem jurídico tutelado pela norma (p.221); e resultado naturalístico: a modificação no mundo exterior ocasionada como uma ação humana voluntária (p.222).

Voltar ao índice

Foi justamente buscando a compatibilização do princípio da bagatela com outros princípios do direito penal que o Supremo Tribunal Federal delimitou quatro requisitos cumulativos essenciais à sua aplicação: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Estes requisitos acabaram se consolidando na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Todavia, segundo DE-LORENZI, os requisitos (ii) e (iii), por estarem relacionados ao desvalor da conduta dos agentes, deveriam de pronto ser excluídos[37] e os demais requisitos têm interpretação nebulosa do seu conteúdo.

Vejamos que no acórdão ora examinado, os requisitos preestabelecidos pelo Supremo Tribunal para a possível aplicação do princípio da insignificância são apenas mencionados, sem análise criteriosa de seu conteúdo, sem análise individualizada compatível com o caso concreto. Aliás, isto se repete em todos os acórdãos citados neste artigo. O que invariavelmente demonstra que a aplicação do princípio da insignificância na jurisprudência brasileira carece de estruturação sólida de premissas e critérios doutrinários, "a aplicação casuística e heterogênea e a fixação de parâmetros criticáveis quando observadas as categorias penais que com ele se relacionam e a própria sistemática jurídico-penal, mas que se consolidaram pela mera repetição"[38].

No campo da tutela ambiental, a insegurança em termos de aplicação do princípio da bagatela é expandida. Seja em razão das características do bem jurídico tutelado, seja pelas técnicas de tipificação das normas

37 DE-LORENZI, Felipe da Costa. O princípio da insignificância... *op.cit.*p.227.

38 DE-LORENZI, Felipe da Costa. O princípio da insignificância... *op.cit.*p.208.

ambientais, nem mesmo o entendimento pela possibilidade ou não de aplicação do princípio da bagatela no caso dos crimes ambientais é linear.

A Orientação n. 19 da 2ª Câmara do Ministério Público Federal, de 9 de junho de 2014, por exemplo, expressamente refere "a inaplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes ambientais"[39]. E neste mesmo sentido são alguns julgados dos tribunais de piso pelo país afora[40].

No âmbito dos Tribunais Superiores, já há bastante tempo mostra-se aceitável a aplicação do princípio bagatelar em se tratando de crimes ambientais. É evidente, contudo, a dificuldade jurisprudencial em estabelecer uma regra aceitável "de proporcionalidade entre o dano e a retribuição a ser aplicada"[41], apresentando decisões completamente diversas em curto espaço de tempo.

No contexto do Superior Tribunal de Justiça verifica-se uma certa inconsistência da análise do crime de pesca ilegal como crime de perigo e suas consequências. No HC 143.208/SC (2010), por exemplo, em

---

39 http://www.mpf.mp.br/atuacaotematica/ccr2/orientacoes/documentos/Orientacao%20no%2019%20%20Composicao%20e%20reparacao%20do%20dano%20em%20crimes%20ambientais.pdf acesso em janeiro/2020.

40 Apenas de forma ilustrativa, vide a apelação criminal n. 0004699-49.2008.4.03.6106/SP, julgada em 07 de março de 2018, em que o Tribunal Regional Federal da 3ª região manteve condenação por crime de pesca ilegal (art. 34 da Lei 9.605/98, *caput* e parágrafo único, II) em que o denunciado foi surpreendido pela fiscalização ambiental, com uma vara de bambu e uma rede de nylon duro medindo 10 m de comprimento e malha 1,5mm (infringindo instrução normativa) e 6 kg de peixe, na piracema. Segundo o entendimento do Relator: "Tratando-se de crime de perigo abstrato, o chamado princípio da insignificância não se aplica aos crimes ambientais, visto que o dano ao bem jurídico tutelado, qual seja, o meio ambiente, não pode ser mensurado".

41 EPSTEIN, Mário. O princípio da insignificância nos crimes ambientais – decisões do STJ em 2014 *In* ZAVASCKI, Liane Tabarelli; *et al. Temas de Direito Ambiental* Porto Alegre: Editora Fi, 2015. p.244.

Voltar ao índice

caso muito semelhante ao ora comentado, os acusados foram surpreendidos, em local interditado, com petrechos proibidos, sem qualquer espécie de pescado apreendido, assentando-se que a imposição de sanção penal mostrar-se-ia desproporcional, pois o resultado jurídico seria absolutamente irrelevante: "Embora a conduta dos pacientes se amolde à tipicidade formal e subjetiva, ausente no caso a tipicidade material, que consiste na relevância penal da conduta e do resultado típicos em face da significância da lesão produzida no bem jurídico tutelado pelo Estado (...).[42]

Em outro caso, também de pesca ilegal, foi concedido habeas corpus de ofício para determinar o trancamento da ação penal, tendo sido considerada inexistente qualquer lesão ao meio ambiente (fauna aquática), uma vez que não foi apreendido nenhum pescado com o acusado.[43] Em julgado ainda mais recente, o Tribunal é claro ao afirmar que "aplica-se o princípio da insignificância, reconhecendo a atipicidade material da conduta, consubstanciada em pescar mediante a utilização de petrechos não permitidos, se foi apreendida a ínfima quantidade de um quilo de peixe, o que denota ausência de ofensividade ao bem jurídico tutelado" (HC 178.208/SP)[44].

Em decisão de 2014, é destacada a possibilidade de aplicação do princípio da bagatela em crimes ambientais, desde que excepcionalmente, quando "a conduta do agente expressa pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social. Afinal, o bem jurídico tutelado

42 STJ, Quinta Turma, HC 143.208/SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, j. 25/05/2010.

43 STJ, Terceira Seção, CC 100852/RS, Min. Rel. Jorge Mussi, j. 28/04/2010.

44 STJ, Sexta Turma, HC 178.208/SP, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, j. 20/06/2013.

Voltar ao índice

é a proteção ao meio ambiente, direito de natureza difusa assegurado pela Constituição Federal, que conferiu especial relevo à questão ambiental." Com base nesta premissa, ao julgar caso de pesca ilegal em que foram apreendidos, além de alguns artefatos, 1,180Kg de traíra e 1,350Kg de tilápia (duas espécimes de peixes), foi aplicado o referido princípio (RHC 35577/MG).[45]

Em julgados mais recentes, entretanto, o posicionamento adotado pelo Tribunal Superior tem sido pelo afastamento da insignificância mesmo quando não há pescados apreendidos ou quando a quantidade apreendida é baixa, por exemplo em recurso especial julgado em 2017, no qual verificava-se a pesca ilegal de 12 camarões, em época proibida, com materiais de pesca proibidos, no qual foi decidido que "não é insignificante a conduta de pescar em época proibida, e com petrechos proibidos para pesca (tarrafa, além de varas de pescar), ainda que pequena a quantidade de peixes apreendidos.[46]

Também em 2018, em caso semelhante de pesca ilegal, um sujeito foi flagrado com 3 kg de pescado, extraídos durante o período de piracema, além de equipamentos proibidos, tendo o Tribunal decidido pela impossibilidade de reconhecer a atipicidade material da conduta, diante da potencialidade dos materiais apreendidos causarem estragos ainda maiores ao ambiente (AgRg nos EDcl no AREsp 1076143/SP)[47].

45 STJ, RHC 35577/MG, Quinta Turma, Min. Rela. Laurita Vaz, j. 24/04/2014.

46 STJ, Sexta Turma, REsp 1.685.927/RJ, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, j. 12/09/2017.

47 STJ, Quinta Turma, AgRg nos EDcl no AREsp 1076143/SP, Min. Rel. Jorge Mussi, j. 11/12/2018.

Voltar ao índice

Também tem sido este o entendimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal, nos últimos anos[48], como percebe-se pelo acórdão em comento[49]. Contudo, em julgado de 2012 ainda eramas em julgado de 2012 ainda é possível perceber resquícios de entendimento contrário, como se conclui de julgado em *habeas corpus* no qual foi efetivamente reconhecida a bagatela de pesca em período proibido, pois apreendidos apenas 12 camarões e uma rede (HC 112.563).[50]

Apesar de julgados bastante controversos num período exíguo de tempo, pelo teor das decisões mais recentes pode-se traçar um certo amadurecimento jurisprudencial em relação à aplicação do princípio da bagatela em casos de crimes ambientais de perigo, ao menos em se tratando de Tribunais Superiores. E este parece ser, no nosso sentir, o posicionamento mais acertado: nos casos de pesca ilegal, por se tratar de crime de perigo abstrato, é o potencial de exposição do bem jurídico gerado pela conduta que deve ser analisado e não o resultado obtido, pois mero exaurimento do crime.

Dito novamente, o crime descrito pela lei penal na combinação dos artigos 34 e 36 da Lei 9.605/98 pressupõe a exposição do bem jurídico à possibilidade de ser ofendido (perigo) e será sempre o grau de potencialidade desta ofensa (dano) o que deverá ser analisado: um caniço, por exemplo, tem menos potencial lesivo – quase que nenhum – ao equilíbrio ambiental, representado pela reprodução de animais aquáticos, que

48 Por exemplo: STF, HC 158973 AgR, Primeira Turma, Min. Rel. Rosa Weber, j. 22/10/2018.

49 Outro exemplo: STF, HC 135404, Segunda Turma, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, j. 07/02/2017.

50 STF, Segunda Turma, HC 112563, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, Min. Rel. Acórdão Cezar Peluso, j. 21/08/2012.

Voltar ao índice

uma rede de pesca de setenta metros; da mesma forma, uma pequena rede ou uma vara de pesca posicionada na beira de um rio. Em casos assim, parece-nos que a baixa potencialidade de lesão poderia sim encaminhar os julgados à aplicação do princípio da bagatela.

Com isto também estamos criticando os julgados que, havendo animais pescados, mas em baixa quantidade, destacam este dado como critério relevante à aplicação do princípio da insignificância.[51] Ou seja, tivesse o sujeito "A", no caso em exame neste comentário, efetivamente jogado sua rede no rio Paranapanema e, ao puxá-la, retirado 5 espécies de animais aquáticos do rio, ainda assim seria caso de não aplicação da insignificância, pois o potencial lesivo dos petrechos que possuía, na época em que foi flagrado (piracema), seguiria merecendo a mesma reprovabilidade jurídico-penal dada pelo Supremo Tribunal Federal.

A título de comentário final, ao encerrar seu voto, o Ministro Relator faz referência a um aspecto pedagógico da decisão – podemos assim chamar – ao afirmar que eventual aplicação do princípio da bagatela poderia estimular que "outros sujeitos, convencidos de que blindados pelo princípio da insignificância, atuassem em conluio com outros agentes na pesca, em período proibido, tendo um deles a função de pescar e repas-

51 Como por exemplo no seguinte julgado: "(...) Não há como se afirmar, de plano, que a conduta do paciente, surpreendido com "1 (uma) canoa, 3 (três) malhadeiras de mica malha 50 medindo 60 (sessenta) metros de comprimento, além de 120 (cento e vinte) quilos de pescado obtido em um único dia em área proibida", seria inexpressiva ao ponto de torná-la irrelevante. 3. A quantidade significante de pescado apreendido em poder do paciente, revela-se potencialmente suficiente para causar danos ao equilíbrio ecológico do local da pesca (Reserva de Desenvolvimento Sustentável de Mamirauá), não havendo que se falar, portanto, em incidência do princípio da insignificância na espécie. (STF, HC 130533, Segunda Turma, Min. Rel. Dias Toffoli, j. 21/06/2016).

Voltar ao índice

sar aos demais as espécimes para que as escondessem em local diverso, escapando aos olhos das autoridades ambientais. Assim, o pescador, eventualmente fiscalizado portanto poucos peixes ou nenhum, ainda que com apetrechos fora dos padrões permitidos e em época proibida, valer-se-ia do postulado da insignificância".[52]

Muito embora a ressalva feita pelo julgador de se tratar de argumento meramente ilustrativo – obter *dictum* –, a menção é, em nosso entender, descabida. Em eventual situação como a desenhada, havendo outros indícios quando da fiscalização – por exemplo, restos de animais ou plantas na rede – caberia aos agentes policiais investigar o caso e, identificando-se outros agentes coautores, também imputando a eles o crime de pesca ilegal. Ademais, a punição criminal nunca pode estar embasada em juízo especulativo de tal ordem.

É na relevância e na complexidade que permeiam os crimes ambientais que podemos compreender a postura adotada pelo julgador, certamente preocupado com a proteção de algo tão essencial à própria existência, como o equilíbrio ambiental. Aliás, também com este legítimo intuito é que se percebe na legislação brasileira – e não só na brasileira – uma indomável ampliação das figuras punitivas, justificada na necessidade de tutela ecológica, o uso excessivo de tipos de perigo abstrato, o desgaste do conteúdo material do injusto penal e a falta de delimitação das suas barreiras com o ilícito administrativo[53], para além da imprecisão e confusão normativa[54]. O

52 STF, HC 125.566/PR – pp.7/8.

53 MUÑOZ CONDE, Francisco; *et al. Manual de Derecho Penal Medioambiental... op.cit*.p.164.

54 FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes Ambientais ... op.cit*.p.153.

Voltar ao índice

que transparece é que, através do direito penal, quer-se voltar no tempo, quer-se prevenir o já ocorrido, quer-se recuperar o irrecuperável.

Dizer isto não é defender, é claro, a ausência de tutela penal no âmbito ecológico. Antes pelo contrário, entendemos que esta tutela deve estar direcionada de forma precisa e enérgica aos danos e perigos de danos mais graves no contexto ambiental, e não a todo e qualquer dano ou perigo. O resultado de uma legislação tão ampla e confusa é, como não poderia deixar de ser, a ineficiência da própria proteção do equilíbrio ambiental.

Prova disto é que, no caso em discussão, nunca houve condenação – nem mesmo absolvição – do réu, muito embora a longa discussão acima comentada. Isto porque, em 08 de agosto de 2017, verificando o transcurso de mais de seis anos desde o recebimento da denúncia, o juiz de primeiro grau declarou prescrita a pretensão punitiva do Estado e, assim, extinta a punibilidade do denunciado pela pena projetada, sem que restasse determinada qualquer resposta ao ocorrido por parte do direito penal.

Voltar ao índice

Anotação ao acordão do Supremo Tribunal Federal de 8 de Junho de 2016, Recurso Extraordinario (RE) Nº 627.189/SP[1]

PEDRO SAMPAIO MINASSA[2]

1. INDICAÇÃO DO ASSUNTO

Como inaugura o próprio acórdão: "o assunto corresponde ao Tema n° 479 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet e trata, à luz dos arts. 5°, caput e inciso II, e 225, da Constituição Federal, da possibilidade, ou não, de se impor a concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, por observância ao princípio da precaução, a obrigação de reduzir o campo eletromagnético de suas linhas de transmissão, de acordo com padrões internacionais de segurança, em face de eventuais efeitos nocivos à saúde da população."[3]

---

1 Acórdão disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12672680>.

2 Mestrando em Direito e Ciências Jurídico-Ambientais pela Universidade de Lisboa (UL); Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

3 STF. Acórdão RE 627.189/SP, de 08 de junho de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12672680>. Acesso em 01 de janeiro de 2020, p. 01-02.

Voltar ao índice

2. INDICAÇÃO DA EMENTA

Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito Constitucional e Ambiental. Acórdão do tribunal de origem que, além de impor normativa alienígena, desprezou norma técnica mundialmente aceita. Conteúdo jurídico do princípio da precaução. Ausência, por ora, de fundamentos fáticos ou jurídicos a obrigar as concessionárias de energia elétrica a reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão de energia elétrica abaixo do patamar legal. Presunção de constitucionalidade não elidida. Recurso provido. Ações civis públicas julgadas improcedentes.[4]

3. DESCRIÇÃO SUMÁRIA DOS FACTOS DO CASO

O litígio central emerge da expansão de uma instalação de torres e linhas de transmissão de energia elétrica pela empresa concessionária de serviço público no Estado de São Paulo, a Eletropaulo Metropolitana - Eletricidade de São Paulo S/A[5], nomeadamente em dois bairros residenciais do distrito administrativo da Lapa, na região oeste da capital paulista. A lide decorre essencialmente do temor de indivíduos e grupos dos referidos bairros diante do aumento da tensão elétrica a passar pelas linhas em expansão, o que supostamente ampliaria os campos

4 Ibidem, p. 01.

5 De extinta estatal à empresa multinacional, a antiga Eletropaulo foi adquirida pela empresa Enel, tornando-se, em 2018, Enel Distribuição São Paulo. Segundo dados colhidos do site da empresa, esta é considerada a maior distribuidora do país em número de clientes. Estima-se que a sua área de concessão seja de 4.526km². (Disponível em:<https://www.eneldistribuicaosp.com.br/a-enel/quem-somos>. Acesso em 01 de janeiro de 2020).

Voltar ao índice

eletromagnéticos no local e a exposição dos residentes e trabalhadores a eventuais efeitos nocivos sobre a saúde, especificamente o câncer.[6]

Diante disso, foram intentadas ações civis públicas em que os interessados, Sociedade Amigos do Bairro City Boaçava e um civil, requeriam, dentre outros pedidos, a juntada de prova técnica robusta sobre o tema e a adoção de medidas para redução da intensidade dos campos eletromagnéticos, com base no princípio da precaução. A redução da intensidade deveria, para tanto, se converter numa obrigação de fazer à empresa Eletropaulo, a fim de obedecer o padrão de 01 µT (microtesla) e não o limite adotado pela Comissão Internacional de Proteção contra a Radiação Não-ionizante (ICNIRP) de 83,3µT (microteslas).

Após provimento do pleito em primeira instância, o feito chega, por recurso da referida empresa, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, especificamente à Câmara Especial do Meio Ambiente, onde, por maioria de votos, o colegiado resolve reconhecer a obrigação de fazer da recorrente no sentido de observar o padrão de segurança mais restritivo (limites adotados por normativa da Suíça), devendo, pois, reduzir a intensidade nas linhas de transmissão para se conformar ao máximo de 1µT. Como principais elementos jurídico-argumentativos, o acórdão estadual suscitou a premência de aplicação do princípio da precaução na espécie e a primazia do direito à saúde.

---

6 No decorrer do acórdão é feita uma distinção entre exposição ocupacional e da população em geral aos efeitos dos campos elétricos. A exposição ocupacional seria aquela de trabalhadores que lidam diretamente com as redes elétricas e que, por isso, não sujeitos ao mesmo grau de exposição que o público geral. Com base nisso, a última Resolução Normativa da ANEEL (REN n° 097/2013) estabeleceu diferentes níveis de referência de exposição entre os dois grupos, sendo que a ocupacional suportaria limites máximos bem superiores ao da população geral (1000 µT- microteslas em comparação com 200 µT, respectivamente).

Voltar ao índice

Insatisfeita, a empresa chega ao STF por meio de Recurso Extraordinário, alegando a inaplicabilidade do princípio enunciado in casu, a violação aos arts. 5°, caput e inciso II e 225 da Constituição Federal (CRFB/88) e a afronta à legalidade, na figura da Lei n° 11.934/2009, a qual reconhece os parâmetros adotados pela Organização Mundial da Saúde (OMS) que, por sua vez, faz referência aos limites da ICNIRP (de 83,3μT)[7]; conjugada à Resolução Normativa n° 398/2010 expedida pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)[8].

Segundo a recorrente, a adoção de parâmetros mais rígidos, como consignado no acórdão recorrido, fulminaria a obrigação legal, por ela adimplida, de se respeitar os limites nacionais em detrimento de legislação estrangeira. Vale ressaltar que, após contrarrazões, o remédio recursal não passou pelo juízo de admissibilidade no tribunal a quo. O que não impediu, porém, a interposição de agravo de instrumento, que resultou em decisão monocrática convertendo-o em recurso extraordinário. Decisão monocrática esta, prolatada pelo futuro relator do RE, Ministro Dias Toffoli, que entendeu por bem levar a matéria ao pleno em virtude da ocorrência de repercussão geral.

Em paralelo ao presente caso, já transcorriam no STF, diversas outras ações acerca da adoção de inúmeras medidas administrativas e judiciais, ora pela paralisação, ora pela continuação das obras de construção e ampliação de linhas de transmissão, sendo que praticamente todas elas levantavam semelhantes controvérsias a respeito da aplicação do princípio da precaução diante dos riscos à saúde e ao meio ambiente. O RE 627.189/

7 A ICNIRP, organização internacional sem fins lucrativos, dedica-se a estudos científicos sobre exposição humana às radiações eletromagnéticas e periodicamente publica seus relatórios, os quais são utilizados, por sua confiabilidade, pela OMS. No caso, o documento que embasou o reconhecimento pela OMS e a adoção pelo legislador brasileiro foi o *Guidelines for Limiting Exposure to Time Varying Electric and Magnetic Fields*.

8 A REN n° 398/2010 regulamentou a Lei n° 11.934/2009 e aplicou os parâmetros de exposição estabelecidos pela ICNIRP, conforme prescreve seu art. 3°.

Voltar ao índice

SP foi escolhido, portanto, como leading case para fixação de tese sobre o tema dos campos elétricos e a aplicação da precaução, com vistas a fazer repercutir nos demais processos de mesma matéria, em todo o Judiciário pátrio, o entendimento assumido pelo STF. Com parecer ministerial favorável, o STF, por maioria dos votos[9], deu provimento ao recurso intentado pela Eletropaulo, julgando improcedentes as ações civis públicas outrora propostas, fixando a seguinte tese de repercussão geral:

> No atual estágio do conhecimento científico, que indica ser incerta a existência de efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica, não existem impedimentos, por ora, a que sejam adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial de Saúde, conforme estabelece a Lei n° 11.934/2009.[10]

Por fim, destaca-se a complexidade da causa em pauta, o que se confirma pela presença dos amicus curiae[11], a convocação de audiência pública sobre a controvérsia e aquilo a que o relator denominou de "desafio desta Corte", lançando-se, o tribunal superior, na aventura de encontrar o conteúdo jurídico do princípio da precaução por meio da bitola constitucional.

---

9 Ao RE 627.189/SP foi dado provimento por maioria de seis votos contra quatro, sendo vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Marco Aurélio e Celso de Mello. O então Presidente do STF, Ministro Ricardo Lewandowski, deu-se por impedido por já ter decidido sobre o mérito do feito noutras oportunidades nos autos.

10 STF. Acórdão RE 627.189/SP, de 08 de junho de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12672680>. Acesso em 01 de janeiro de 2020, p. 01-02.

11 Figuram como *Amicus Curiae* no caso: a ANEEL, a ABRADEE (Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica) e a União.

Voltar ao índice

4. COMENTÁRIOS

Pretendemos, desde logo, deixar previamente estabelecido o nosso posicionamento quanto ao acórdão em análise. Embora recebido pela jurisprudência pátria bem antes de sua aparição expressa em nosso ordenamento legal, o princípio da precaução não restou bem vincado ou compreendido nas decisões dos diversos tribunais espalhados pelo país e os tribunais superiores não ficaram isentos das armadilhas do princípio.

Em razão disso, entendemos que a par de algumas ressalvas a que ainda apontaremos, a primeira parte do vitorioso voto do relator Ministro Dias Toffoli merece algum louvor. Quando se propõe a árdua tarefa de resgatar ou encontrar um conteúdo jurídico para o princípio, no contexto constitucional brasileiro, o Ministro consolida na jurisprudência algo que ainda não havia, entre nós, vingado: a análise criteriosa para aplicação do preceito. Quanto ao caso julgado, tenderíamos a chegar em resultado muito próximo àquele que se firmou no fim, como tese da repercussão geral, talvez por linhas argumentativas transversas, como passaremos a expor em breve.

4.1. Direito à saúde "ambiental"?

O Direito Ambiental no Brasil abrange, para esmagadora parte da doutrina, e com lastro legal, um conceito amplíssimo de meio ambiente, que engloba desde o natural até o urbano, desde o patrimônio histórico-cultural até o meio ambiente do trabalho. Em nosso entender, a tutela amplíssima de bens jurídicos tão diversos destinada ao ramo, talvez explique muitas das dificuldades inerentes à sua efetividade prática e sedimentação identitária como campo de estudo jurídico autônomo. Àquilo que se destina a tutela de tudo, em verdade, não tutela efetivamente nada como deveria.

Voltar ao índice

A CRFB/88 em seu já citado art. 225, caput, ab ovo, estabelece que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida". A fórmula legada pelo constituinte, desde já, não foi muito feliz, muito embora tenha seguido, como se depreende do próprio acórdão em análise, de diversos documentos internacionais a ela anteriores. Ao associar a titularidade de bem, que é difuso e indisponível, ao uso comum do povo na sua face média (de meio) para garantia da sadia qualidade de vida, o legislador colabora com a indissociabilidade confusa entre o direito fundamental à saúde e um suposto direito fundamental ao meio ambiente equilibrado em si mesmo. Dessa justaposição normativa, alastra-se pelo ordenamento jurídico a construção "meio ambiente sadio e equilibrado" e, aqui, chegamos a indagação deste tópico: existiria um direito à saúde "ambiental", como defendem alguns autores e como fundamenta o relator no item II de seu voto no RE 627.189/SP?

O presente debate radica, antes, no que Carla Amado Gomes chamou de "o maior pecado do caput do artigo 225 da Lei Básica brasileira", isto é, "a colagem à sedutora fórmula do direito ao ambiente"[12], a que autora busca extrair um sentido jurídico, vez que considera haver uma insuficiência estrutural que impede de determinar seu conteúdo. Em não se atribuindo semântica próxima a de se constituir em termo para designar os direitos procedimentais próprios da tutela do meio ambiente (informação, participação e acesso à justiça), o direito ao ambiente padece de uma impropriedade lógica já que a característica elementar do bem jurídico em apreço é a indivisibilidade. Senão, vejamos.

12 AMADO GOMES, Carla. **O direito ao ambiente no Brasil: um olhar português**. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. Silva Cunha, Coimbra, 2005, p. 09.

Voltar ao índice

> A fórmula do direito ao ambiente move-se em torno da pessoa e das suas necessidades, físicas, psíquicas, de bem-estar sanitário e económico. O objeto do "direito ao ambiente", enquanto reportado a uma substancialidade material, não existe: esta ficção jurídica constitui uma espécie de "testa de ferro", inútil e perversa, de posições jurídicas perfeitamente autonomizadas como o direito à vida (...).[13]

Entretanto, o Ministro Dias Toffoli resolve estabelecer como premissa de seu voto a noção de "meio ambiente sadio e equilibrado" com base no dispositivo constitucional, o qual ratificaria o "direito do cidadão a ter uma vida naturalmente saudável". Após colacionar citações a documentos internacionais no mesmo sentido, o relator direciona a apreciação do "direito à saúde pública com desenvolvimento sustentável", assentando-se no art. 23, II e VI, CRFB/88 e indicando como dever constitucional impresso no §1° do art. 225 a obrigação do Poder Público e dos entes privados prestadores de serviço público assegurarem a efetividade do direito ao meio ambiente sadio e equilibrado.

Mais à frente, o Ministro separa a análise do direito à saúde como "direito fundamental transindividual e do cidadão, em sua integralidade", rememorando julgado do STF que reconhece a saúde como direito público subjetivo e prerrogativa constitucional expressa em dispositivo próprio: art. 196, CRFB/88. Observa-se, com isso, a verdadeira discussão jurídica em pauta: a aplicação ou não do princípio da precaução diante de riscos à saúde humana decorrentes de ondas eletromagnéticas. O meio ambiente aparece tão somente como baluarte instrumental para proteção de interesse outro, daí dizer-se em efeitos reflexos ou em ricochete que a proteção da saúde humana deflagraria ao meio ambiente enquanto grandeza tout court.

---

13 AMADO GOMES, Carla. **Introdução ao Direito do Ambiente.** 4ª ed., Lisboa, AAFDL, 2018, p. 55.

Voltar ao índice

Diante disso, no caso em análise, desde a propositura das ações civis públicas até o acórdão que deu provimento ao recurso extraordinário, que fique claro, não é o meio ambiente o bem jurídico tutelado, senão a saúde humana especificamente daquelas comunidades da região oeste da capital paulista. Prova maior disso é que o grande mote do julgado reside em saber se a intensidade nas linhas do campo eletromagnético da empresa, deveria seguir parâmetros mais restritivos (1μT) ou mais largos (83,3μT) estabelecidos por organizações que se dedicam aos efeitos nocivos à saúde humana. No RE 627.189/SP, pois, nem sequer os efeitos reflexos clássicos das medidas mitigadoras de outros danos para proteção do meio ambiente natural poderão ser efetivamente observados, vez que os padrões utilizados não são emitidos por entidades que estudam o impacto das ondas eletromagnéticas na fauna e flora do local.

Alude Celso A.P. Fiorillo que a saúde ambiental seria um direito emergente da vinculação constitucional entre saúde e meio ambiente, o que, de fato, à luz de uma interpretação literal, procede. E que, por isso, a saúde ambiental integraria ao que o autor denomina de "piso vital mínimo" constitucional, resultante da escolha do constituinte em atribuir ao bem jurídico meio ambiente o fato de supostamente a sua característica constitucional mais relevante, se constituir em "ser essencial à sadia qualidade de vida da pessoa humana, sendo ontologicamente de uso comum do povo, podendo ser desfrutado/usado por toda e qualquer pessoa dentro dos limites constitucionais".[14]

Com a devida vênia e reconhecendo que o voto vitorioso do relator acolhe, ao menos implicitamente, a noção autoral, o direito ao ambiente não deve ser consumido pela ideia de que a razão de existir do bem

14 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques.**Tutela jurídica da saúde ambiental em face do sistema econômico constitucional brasileiro**. RJLB, v. 4, n. 5, p. 169.

jurídico meio ambiente decorre essencialmente da garantia da qualidade de vida da pessoa humana, fazê-lo é apequenar a tutela ambiental e impregná-la dos inconsequentes utilitarismos. Acresce-se a isso, que a fórmula do piso mínimo vital em que se encontraria a saúde ambiental parece-nos demasiadamente redutora do ponto de vista da legitimidade processual, o que nos leva a corroborar com o entendimento de Carla Amado Gomes de que:

> Construções como a do "mínimo existencial ecológico" (ou piso vital mínimo, na denominação adoptada por alguma doutrina brasileira), noção insusceptível de valência universal e apenas preenchível pela negativa, só fazem sentido em ordenamentos desprovidos de mecanismos de alargamento da legitimidade processual que veiculem a tutela de bens de fruição colectiva - e ainda assim de forma amputada, conformada à medida das necessidades do indivíduo que recorre à via judicial. Ou seja, para além da protecção imediata dos direitos de personalidade (ou outros, eventualmente) do autor da ação, este obtém uma tutela mediata dos bens ambientais cuja lesão lhe esteja a provocar dano individual.[15]

Destarte, melhor teria feito o STF em não buscar estabelecer o direito ao meio ambiente equilibrado e sadio como premissa de análise para aplicação do princípio da precaução frente aos riscos de atividade econômica eminentemente sobre a saúde humana. Afinal, além de reconhecer haver o direito subjetivo à saúde constitucionalmente assegurado, a Corte só fez alimentar mais a celeuma da expressão "saúde ambiental" em tema cuja resolução poderia se dar por contribuição e orientação de outros ramos, mais específicos e apropriados, tais como o direito sanitário e o energético.

---

15 AMADO GOMES, Carla, **O direito ao ambiente no Brasil: um olhar português**. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. Silva Cunha, Coimbra, 2005, p. 10.

4.2. Conteúdo jurídico do princípio da precaução: desafio cumprido ou comprido?

Na busca por encontrar um conteúdo jurídico para o princípio da precaução, o relator Ministro Dias Toffoli lança-se ao desafio. Resta-nos saber se o desafio foi cumprido ou ainda permanece comprido, extenso, inacabado na jurisprudência após a tese fixada em repercussão geral no presente RE. Antes de mais, cumpre-nos já deixar elucidada nossa posição quanto à precaução no âmbito do direito ambiental para, em seguida, passarmos à análise desse segmento do voto.

Em nosso sentir, a precaução seria a conjugação do binômio: incerteza fática e ação profilática, i.e, a incerteza fática apontaria para um estado de cegueira frente a ocorrência de um possível dano, incerteza essa dada pelo nível evolutivo de resposta da Ciência, que dificultaria o estabelecimento de um nexo causal entre o fato e seus efeitos nocivos. Entendemos que a difusão do princípio pelos diversos diplomas internacionais, e depois nacionais, não se seguiu de uma explicação de sua essência conceitual, passível de materialização. A precaução é, pois, uma incógnita ambiental devido ao fato de sua essência ser de cláusula aberta, o que causa um prejuízo intransponível, como o extremismo interpretativo resultante de sua vagueza conceitual.[16]

Nesse sentido, a precaução estaria sempre situada no limiar entre o Direito e a Ciência, eis que identificar o nexo de causalidade e suplantar o risco de dano grave ou irreversível demandaria um estágio de conhecimento científico que levasse o decisor a tomar medidas minimamente embasadas. Portanto, temos nossas dúvidas acerca da eficácia e da utili-

16 Cfr. MINASSA, Pedro Sampaio; VINCENZI, Brunela. **A incógnita ambiental do princípio da precaução.** Revista Direito Ambiental e Sociedade, v. 8, n. 1, 2018, p. 160, 175 e 176.

dade do princípio no rol do direito ambiental, o que nos levaria a crer que a prevenção seria o princípio-chave em casos em que se têm elementos minimamente comprovados de um risco (possível perigo iminente) de dano grave ou irreversível. Na doutrina alemã, onde teria nascido o preceito, perigo é um termo que fomenta o mandado de proibição, já que sua ocorrência geralmente é certa e previsível, enquanto o risco dirige-se a mandado mais flexível, de tolerância ou mesmo de permissão.

> O arco entre incerteza e condicionalidade vai então desenhar-se por recurso a uma retórica técnico-científica. A precaução revela assim uma curiosa e quase paradoxal relação com a Ciência, uma vez que, por um lado, a entroniza como base de inteligibilidade de decisões complexas mas, por outro lado, a receia, por indutora de incerteza. Esta relativização da Ciência como reduto último e intocável da verdade acaba por ser a justificação da emergência da precaução, pelo menos na sua vertente de mandado de acção de um decisor político refém da incerteza. (grifos nossos)[17]

O relator começa por elencar os documentos internacionais em que o princípio apareceria: da Carta Mundial da Natureza (1982) às Declarações Ministeriais da Conferência Internacional sobre a proteção do Mar do Norte (1984, 1987 e 1990), até a chegada no polêmico Princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992. É neste último documento, que estariam os "elementos conformadores mais bem elaborados e explicitados" da precaução, conforme o Ministro. Acontece que, embora reconhecendo, de fato, a maior elaboração do princípio em 1992, não nos parece melhor explicitado ou dirimidas as suas imprecisões nesta altura.[18]

---

17 AMADO GOMES, Carla. **Direito Internacional do Ambiente: uma abordagem temática.** Lisboa, AAFDL, 2018, p. 201.

18 Na Declaração do Rio de 1992, a condicionalidade com que inicia o princípio 15 é um ponto de inflexão para a não cogência da norma aos Estados-parte. O uso de expressões como "medidas preventivas" coloca a precaução ladeada a prevenção, sem explicar porque não resultam no mesmo preceito.

Voltar ao índice

Um ponto relevante para se avaliar as diferentes perspectivas entre o voto vencedor e os dissidentes, com relação a aplicação do princípio no caso do RE 627.189/SP, é a forma com que o preceito aparece nesses documentos internacionais, ora com força máxima, ora com força moderada; ora genérico, ora específico. Assim, se na Carta Mundial da Natureza vê-se um princípio de feição hard, "na dúvida, proíbe-se - trata-se de um mandado de inação a favor do ambiente", na Declaração do Rio de 1992 e nos seus sucedâneos, aflora-se um princípio de feição soft, ou seja, "mantém-se a lógica do mandado de acção e neutraliza-se irreversivelmente a máxima in dúbio pro ambiente que resulta da Carta Mundial da Natureza".[19]

Como veremos no tópico 4.4, é o mandado de não-ação em favor do "meio ambiente sadio e equilibrado" (em suma, a saúde) que faz a dúvida razoável pender favoravelmente para o lado dos limites mais restritivos de exposição humana às ondas eletromagnéticas, nos votos dissidentes. Em contrapartida, na esteira do voto do relator, o mandado que vinga recorda-nos mais o Princípio 15 do Rio, uma vez que a primazia é dada ao mandado de ação pelo gatilho da proporcionalidade. Continua o voto trazendo as dificuldades em se definir a precaução em virtude de suas múltiplas aparições em documentos internacionais com elementos estruturantes diversos e, na sequência, lista outras tantas convenções. Acerta o relator em reconhecer a imprecisão do princípio e os riscos inerentes ao seu uso absoluto.[20] Aliás, "inexiste um enunciado único e uma interpretação uniforme,

19 AMADO GOMES, Carla. **Direito Internacional do Ambiente: uma abordagem temática.** Lisboa, AAFDL, 2018, p. 180 e 182.

20 Quanto ao uso sem balizas do princípio, ver as consequências do caso da encefalopatia espongiforme bovina, a doença da vaca louca, que fez França manter um extenso embargo à importação de carne inglesa com base num risco não mais verificado, mesmo após decisão no seio do Conselho de Ministros da União Europeia. Sobre o mesmo prejuízo de uma leitura absoluta, a OMC se pronunciou por meio de seu Órgão de Apelação (Caso DS26/AB/R) em 1998, no sentido de que o temor do consumidor europeu na utilização de hormônios bovinos não sustentava o seu banimento no comércio europeu. Por fim, no caso do Acórdão *Gabcikovo-Nagymaros* de 1997, a Corte Internacional de Justiça afastou o caráter de princípio à precaução, optando pela aplicação da prevenção enquanto preceito aceite nas raias do Direito Internacional.

Voltar ao índice

universalmente aceitos para a precaução, o que dificulta a sua compreensão e, consequentemente, a sua aplicação aos casos concretos".[21]

O princípio da precaução veio do soft law internacional e adentrou muitos dos direitos nacionais, nalguns dos quais inclusive em expressa aparição no texto constitucional. Diante disso, Toffoli sustenta que a doutrina é consentânea no sentido de que o princípio já se encontrava em nosso ordenamento jurídico desde a promulgação da Constituição em 1988, especificamente em seu art. 225, §1°, incisos IV e V. Seguimos, porém, aqui, a doutrina minoritária sobre o assunto, vejamos:

> O advérbio potencialmente ou o termo risco, utilizados pelo legislador constitucional, não devem ser considerados justificativas suficientes para se afirmar caber um princípio da precaução em termos constitucionais. Por isso, mais acertado, quando do estudo de impacto ambiental, seria reconhecer a assunção do princípio da prevenção.[22]

Compreendemos que a previsão não expressa na Lei Maior, não prejudique a interpretação de parte da doutrina por enquadrar a precaução como princípio implícito, o qual só se veio a explicitar nas leis infraconstitucionais, nomeadamente na Lei n° 9.605/98 (art. 54, §3°) e 11.105/05 (art. 1°). Todavia, somos do entendimento de que não há que se falar em precaução como princípio constitucional, pelo simples fato de que

---

21 DA SILVA, Romeu Faria Thomé; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. **Princípio da precaução: definição de balizas para a prudente aplicação.** Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, v. 15, n. 32, 2018, p. 48.

22 MINASSA, Pedro Sampaio; VINCENZI, Brunela. **A incógnita ambiental do princípio da precaução.** Revista Direito Ambiental e Sociedade, v. 8, n. 1, 2018, p. 170.

sequer as características de princípio autônomo este possui. Em direção parecida com a que assumimos, ensina Fernando Leal:

> A precaução não é, na verdade, um princípio constitucional. Não é passível de ponderação. É uma regra de decisão aplicável quando há incerteza científica radical quanto aos efeitos de medidas que podem afetar a realização de objetivos constitucionais específicos, como saúde e meio ambiente. Ou seja, o que gera dúvida nos casos de aplicação da precaução não é como ponderá-la; a dúvida é saber que comportamentos devem ser adotados quando, em condições de incerteza, precisamos conciliar proteção à saúde e ao meio ambiente com o desenvolvimento, a mudança e a inovação. (grifos nossos).[23]

Apesar disso, o STF assume reconhecer a previsão normativa do princípio na Constituição Federal, sobretudo após o julgamento da ADI 3510/2008, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. Ainda assim, segundo o próprio Ministro, o abrigo do preceito nos arts. 196 e 225, CRFB/88 não se dá por expressa formulação do constituinte. Para alguns autores, o julgamento do RE 627.189/SP, na senda de outros precedentes, teria auxiliado na consagração e consolidação do princípio no arcabouço constitucional pátrio.[24]

---

23 LEAL, Fernando. A retórica do Supremo: precaução ou proibição?. JOTA, 2016. Disponível em:<https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/stf/supra/retorica-supremo-precaucao-ou-proibicao-13062016>. Acesso em 12 de jan. 2020.

24 Cfr. DE OLIVEIRA, Carina Costa et al. **Os limites do princípio da precaução nas decisões judiciais brasileiras em matéria ambiental**. Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, v. 15, n. 32, 2018, p. 330 e 342). Embora reconheça, mais à frente, que "en razón de la previsión implícita en el texto de la Constitución Federal, especificamente en el articulo 225, párrafo primero, V; y también de la previsión expresa en varios dispositivos nacionales, **los jueces brasileños utilizan el principio de la precaución como una regla de derecho, muchas veces como la principal fuente de argumentación - una especie de argumento de autoridad - frente a una gran cantidad de problemas jurídicos medioambientales, de manera poco precisa, en detrimento de la seguridad jurídica."** (grifos nossos).

A menção à ADI 3510/2008[25] é realmente relevante para a busca de cumprir o desafio de estabelecer o conceito jurídico do princípio, pois ela dá o primeiro passo rumo à estatuição dos elementos indispensáveis para sua integração e aplicação. Colaciona o relator no bojo de seu voto no RE 627.189/SP, outrossim, excerto do voto proferido pela Ministra Carmen Lúcia no julgamento da ADPF 101/DF, destacando-o como "primoroso" por ter sedimentado a existência do princípio no regime jurídico brasileiro. Referido voto, embora faça a distinção clássica entre prevenção e precaução, não é muito mais esclarecedor quanto ao conteúdo da precaução.

Após abordar sobre a dinâmica da evolução científica, no estado civilizacional escolhido pela sociedade brasileira, e o fato daquela trazer consigo riscos diversos, muitos dos quais inevitáveis, Toffoli adentra no ponto distintivo desse segmento do voto e que merecerá nossa atenção até a conclusão deste tópico. Sabendo de toda a vagueza, flexibilidade, carga emotiva, usos exagerados e absolutos que o princípio tem vindo a gerar em vários dos atos administrativos e judiciais, o Ministro se vira para os critérios estabelecidos pelo Comunicado da Comissão Europeia em 2000 (COM/2000) para estabelecer finalmente aquilo que seriam as balizas de aplicação do princípio pelas instituições do país.

O anseio da doutrina em se obter um modelo de critérios para aplicação do princípio já era bastante amplo, sobretudo para orientar as decisões judiciais. Destacamos a seguir dois trechos que demonstram a virtude em se elucidar tais premissas:

---

25 Em seu voto, o relator Ministro Ricardo Lewandowski elenca os seguintes elementos integradores do conceito de precaução: i) a precaução diante de incertezas científicas; ii) a exploração de alternativas a ações potencialmente prejudiciais, inclusive a da não-ação; iii) a transferência do ônus da prova aos seus proponentes e não às vítimas e iv) o emprego de processos democráticos de decisão e o acompanhamento dessas ações.

Voltar ao índice

> Em suma, a própria delimitação jurídica do que seja o princípio da precaução é colocada em questão por sua natureza fluida e cambiável, o que exige a configuração de um modelo de aplicação que, congregando parâmetros de certeza possível, decidibilidade, razoabilidade e proporcionalidade, possa dar conta de uma configuração minimamente estruturada para a utilização prática nos tribunais.[26]
>
> (...) Una forma de garantizar la seguridad jurídica en la utilización del principio, como fundamento legal de las decisiones judiciales, sería el establecimiento de criterios objetivos que, una vez identificados, justifican su aplicación.[27]

A Comissão Europeia, em Comunicado de 2000, elencou os seguintes critérios para se aplicar a precaução quando se estiver diante de um risco de dano grave ou irreversível, que requeira uma tomada de ação pelo decisor público: a) a exploração de alternativas a ações, inclusive a não-ação;; b) a exigência de estudo de impacto ambiental; c) a adequação das medidas aos custos sociais e econômicos; d) a análise de medidas adotadas em casos similares; e) o exame das vantagens e desvantagens resultantes da ação; f) o reexame da suficiência das medidas de minimização tendo em atenção a evolução técnico-científica.[28]

O COM/2000 é importante por despertar que a precaução deve ser, antes de tudo, um mandado de ação por meio daquilo que se chama

---

26 MOTA, Mauricio. **Princípio da precaução: uma construção a partir da razoabilidade e da proporcionalidade.** In: MOTA, Mauricio (Ed.). Fundamentos teóricos de direito ambiental. Elsevier, 2008, p. 33.

27 DE OLIVEIRA, Carina Costa et al. **Os limites do princípio da precaução nas decisões judiciais brasileiras em matéria ambiental**. Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, v. 15, n. 32, 2018, p. 341.

28 UNIÃO EUROPEIA, Comunicação da Comissão relativa ao princípio da precaução (COM/2000), de 2 de fev. 2000. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52000DC0001>. Acesso em 11 de jan. 2020.

Voltar ao índice

de as melhores técnicas disponíveis (MTDs), para após avaliação dos critérios elencados, deixar nas mãos do Estado o juízo adequado de ponderação face ao risco. Como no Brasil não se tem notícia de norma regulamentadora semelhante a orientar a aplicação do princípio, ou mesmo algo similar ao que no Canadá é o Framework for the Application of Precaution in Science-based Harm and a lack of full certainty[29], o consignado no RE 627.189/SP é, ao menos, um avanço a nível de harmonização jurisprudencial.

Com a reprodução desses critérios, nesse segmento do voto, o relator consolida um vetor de aplicação do princípio da precaução que não havia sido esmiuçado antes pela jurisprudência brasileira e, por isso, louvável. Louvável ainda mais, diante de estudo quantitativo realizado entre 2007 e 2016, com base em decisões de diversos tribunais brasileiros, o qual demonstrou a falta de harmonia e a dificuldade em lidar com o princípio quando da subsunção aos casos concretos. Os dados são significantes:

> (…) 57% de las sentencias fueron clasificadas como no teniendo aplicado el principio de la precaución de forma correcta. Dentro

29 CANADA. Privy Council Office. ***A Framework for the Application of Precaution in Science-based Decision Making about Risk*.** Bureau du conseil privé, 2003, p. 09-13. Neste *framework,* o Poder Público canadense estabeleceu que: *"The application of precaution is distinctive within science-based risk management and is characterized by three basic tenets: the need for a decision, a risk of serious or irreversible harm and a lack of full scientific certainty"*, listando como critérios orientadores para aplicação da precaução: *"A high degree of transparency, clear accountability and meaningful public involvement are appropriate; Precautionary measures should be subject to reconsideration, on the basis of the evolution of science, technology and society's chosen level of protection; Precautionary measures should be proportional to the potential severity of the risk being addressed and to society's chosen level of protection; Precautionary measures should be cost-effective, with the goal of generating (i) an overall net benefit for society at least cost, and (ii) efficiency in the choice of measures; Where more than one option reasonably meets the above characteristics, then the least trade-restrictive measure should be applied*."

Voltar ao índice

> de este universo, el 41% de ellos fueron proferidos in juzgados sin que hubiera un análisis de mérito. Es decir, se puede decir que se está construyendo una jurisprudencia de bases procesales que no son sólidas, pues, son juzgados que están amparados, tan sólo, en la identificación concomitante de los elementos cautelares y no en un análisis mas profundo y detallado.[30]

Interessante seria, agora, a realização de estudo de similar natureza estatística para avaliar os efeitos da consolidação de tais critérios pelo RE 627.189/SP para aplicação da precaução nas decisões a posteriori (pós-2016). De toda forma, andou bem o STF ao trazer tais elementos para resolver o desafio do conteúdo jurídico, tendo, para tanto, mencionado também as Diretrizes para o Desenvolvimento de Medidas Preventivas em Áreas de Incerteza Científica da OMS, organização que se preocupou com que o princípio fosse uma metodologia de gestão de riscos a ser aplicado em casos de ocorrência de riscos efetivos ou potenciais à saúde humana e não a qualquer situação de risco, sem robusta comprovação científica de deflagração de dano.

Por fim, ao argumentar que o princípio não pode produzir uma letargia nas ações do Estado diante de riscos potenciais, isto é, ser contido na ação, não deve tampouco se embasar em temores infundados que levariam a sua aplicação sem filtros como medida a afastar qualquer tipo de risco. Fixa, pois, o conceito jurídico do princípio como método de gestão de riscos à luz da proporcionalidade, num desafio que apesar de cumprido, parece ainda comprido de ser superado, e implementados seus critérios, no horizonte das medidas administrativas e judiciais brasileiras:

30 DE OLIVEIRA, Carina Costa et al. **Os limites do princípio da precaução nas decisões judiciais brasileiras em matéria ambiental**. Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, v. 15, n. 32, 2018, p. 334.

> O princípio da precaução é um critério de gestão de risco a ser aplicado sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos, o que exige que o Estado analise os riscos, avalie os custos das medidas de prevenção e, ao final, execute as ações necessárias, as quais serão decorrentes de decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais. (grifos nossos)[31]

4.3. A precaução no caso concreto

Retomando o caso em epígrafe, encaremos agora o passo mais específico do voto do relator: a aplicação ou não do princípio diante do caso concreto. Como já visto, trata-se de recurso intentado pela Eletropaulo, empresa concessionária de distribuição de energia elétrica no estado de São Paulo, em face de acórdão do TJ-SP que concluiu pela aplicação do princípio da precaução a fim de condenar a referida à obrigação de reduzir a intensidade em suas linhas de transmissão para se conformar aos limites máximos de exposição suíços (1μT), em detrimento dos parâmetros adotados na legislação brasileira de padrões conformes à OMS (83,3μT).

O princípio da precaução deve ser convocado no momento da tomada de decisão pelo órgão competente diante de atividade que possa gerar risco de dano grave ou irreversível para a saúde, num cenário de incertezas científicas. Observe-se, desde já, que não se trata de um risco qualquer. No ato do decisor, a proporcionalidade deve guiar a análise dos critérios orientadores do princípio (custo benefício, custo efetividade, alternativas, vantagens e desvan-

31 STF. Acórdão RE 627.189/SP, de 08 de junho de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12672680>. Acesso em 01 de janeiro de 2020, p. 20.

tagens, comparação com casos similares e etc.) para deliberar acerca da ação ou proibição da atividade, sempre com foco no nível de proteção escolhido.

Agora, no caso em apreço, qual o nível de proteção escolhido para exposição humana às ondas eletromagnéticas no Brasil? Quem deve dizer qual é esse nível para gestão de eventuais riscos? No acórdão recorrido, as provas periciais acostadas aos autos comprovam que a empresa operava em 7,5μT em suas linhas de transmissão naquela região, o que não só estaria dentro dos limites estabelecidos pela Lei n° 11.934/2009 e pela REN n° 398/2010 (ANEEL), como inclusive abaixo do limite máximo de 83,3μT. Assim que, sendo o nível de proteção escolhido legitimamente pelo legislador, representante eleito democraticamente pela sociedade brasileira, e corroborado pela agência reguladora do Executivo, afasta-se, como acertadamente fez o relator, qualquer ilicitude na operação da recorrente.

Apesar disso, ao tempo do acórdão do tribunal a quo, argumentou o desembargador-relator que a ré deveria adotar o parâmetro suíço de 1μT, pois a precaução o recomendaria, sobretudo pelo fato de que os valores da ICNIRP não se aplicariam à exposição continuada da população aos campos eletromagnéticos e não estaria à altura dos "nefastos" (porém, não comprovados) efeitos à saúde. Claramente o TJ-SP pautou-se na versão radical do princípio para condenar a operadora, suscitando o brocardo in dúbio pro ambiente, o qual, diante da dúvida sobre os riscos, sugere o mandado de proibição ou restrição da atividade, como restou consignado na condenação.

Os parâmetros utilizados pela ICNIRP e assumidos pelo legislador brasileiro demonstram, por si, uma escolha por um certo nível de precaução. Isto é, ao optar pelos limites adotados por organização internacional confiável do ponto de vista científico e que estuda justamente os potenciais riscos das on-

das eletromagnéticas sobre a saúde humana, o Estado brasileiro fez a escolha dentro da ponderação que lhe é esperada para estabelecimento de tal parâmetro a nível legal. Afinal, se o risco é um conceito de construção simbólico-política, a escolha do nível de proteção também decorre de uma opção eminentemente política no marco civilizacional de uma sociedade. De modo que,

> (...) a exposição humana a campos eletromagnéticos no Brasil se dá de maneira pautada pelo princípio da precaução e que o estabelecimento de padrões distintos daqueles internacionalmente aceitos, a restrição ou a proibição da instalação de estações radiobase, ainda que por meio de textos legais ou de decisões judiciais pautadas no princípio da precaução, não parecem medidas genuínas de precaução adequadas para proteger e tranquilizar a sociedade sobre possíveis efeitos de campos de radiofrequência. (grifos nossos)[32]

Portanto, condenar a empresa ao ônus de provar a inocuidade de sua atividade, sendo que encontra, prima facie, resguardo da legislação brasileira, e ainda, dos parâmetros confiáveis de organizações internacionais é tocar numa das maiores externalidades negativas que pode assumir a precaução: a inversão do ônus da prova em situações de impossibilidade de certeza científica cabal do risco em jogo. É o que faz, lamentavelmente, o acórdão recorrido quando aduz que "a documentação produzida pela Eletropaulo (...) tão somente demonstr(ou) a inegável controvérsia na comunidade científica. Não afast(ou) a existência de risco dos campos eletromagnéticos para a saúde das pessoas."[33]

---

32 MILARÉ, Edis; SETZER, Joana. **Aplicação do princípio da precaução em áreas de incerteza científica: exposição a campos eletromagnéticos gerados por estações de radiobase.** In: Revista de direito ambiental. v. 41, ano 11, jan.-mar. 2006, p. 24.

33 STF. Acórdão RE 627.189/SP, de 08 de junho de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12672680>. Acesso em 01 de janeiro de 2020, p. 24.

Em não sendo possível provar a inocuidade absoluta da atividade, por não haver conhecimento científico que o contemple, mas tampouco que o condene, como exigir do particular prova draconiana de ausência total do risco? É fato que, diante de um perigo, ou seja, diante de uma circunstância em que se tenha certeza científica, ou ao menos mínima comprovação lógica de um nexo etiológico, a inversão do ônus da prova caiba, porque a parte tem a seu dispor recursos científicos que sustentem sua defesa. Assim, correto o entendimento do relator no RE 627.189/SP em dispensar à parte comprovação diabólica de ausência de nexo causal entre a sua atividade e os riscos à saúde humana, coisa que nem o meio científico ainda consegue responder com certeza.[34]

Em intrigante e parecido caso a rolar pelos tribunais administrativos portugueses, especificamente no acórdão do TCA-Sul de Março de 2013, Diogo Calado e Carla Amado Gomes comentam que, naquela oportunidade em que uma empresa de energia elétrica (REN) teria sido chamada a realizar a inversão do ônus da prova da inocuidade de sua atividade sobre a saúde humana, bem andou aquele tribunal ao "não se deixar fintar, pela falácia precaucionista", vale dizer, a oportunidade de se demonstrar a não afetação da atividade ocorre em momento anterior ao ato autorizativo de operação, o que não se deve confundir, pois, com a imposição de medida desarrazoada ao operador de provar a ausência total do risco ou do nexo causal. Senão, vejamos.

> É, pois, precisamente nisto que consiste a inversão do ónus da prova, imposto pelo princípio da prevenção alargada: a demonstração previa, ex ante, de que o projecto, segundo um critério de

34 A própria Comissão da União Europeia em seu COM/2000 esclarece que a inversão do ônus da prova não deve ser utilizada como regra geral, mas que sua aplicação deve ser pautada na análise caso a caso, diante da possibilidade e efetividade da medida no seio do procedimento.

Voltar ao índice

> comprovabilidade razoável, se situa dentro da margem de risco tolerável para o ambiente. O que, obviamente, é muito diferente da prova da inocuidade a cargo do operador, sustentada pela precaução, e invocada pela autora, que se consubstanciaria numa verdadeira probatio diabólica para a REN. (grifos nossos)[35]

A discussão acerca da inversão do ônus da prova, leva-nos a um outro aspecto relevante abordado pelo Ministro em seu voto: a impossibilidade de se assumir o risco zero. Seja no COM/2000, seja no Framework canadense[36], o risco zero não é uma questão, sobretudo se considerarmos a escolha do ponto de vista da inovação tecnológica a que a civilização ocidental acedeu por optar. Nesse sentido, leciona Joana Setzer:

> (...) a eliminação ou a comprovação científica da ausência de riscos e incertezas é uma tarefa inglória e impossível. Não existe um risk free behavior, e a própria tentativa de alcançar o risco zero pode implicar riscos mais graves do que aqueles que se pretendem proibir. (...) Quando não se espera um risco zero, a lógica econômica mais elementar fez valer o conceito do "nível ótimo de poluição", e o reconhecimento dessa hipótese não significa rejeitar a precaução, mas proporcionar uma noção de dano aceitável, no qual o conteúdo é determinado em cada caso.[37] (grifos nossos)

---

35 Sobre o caso que gerou o acórdão do TCA-Sul de 7 de Março de 2013 e os oportunos comentários acerca do princípio da precaução, cfr. CALADO, Diogo; AMADO GOMES, Carla . **Uma "embrulhada" com vários intervenientes: uma freguesia maçadora, uma empresa pública... e os tribunais que tomaram conta do caso.** In: Direito do Ambiente: Anotações jurisprudenciais dispersas. Lisboa, ICJP, 2013, p. 16-18.

36 Diz o *Framework for the Application of Precaution in Science-based Decision Making about Risk:* "*Governments can rarely act on the basis of full scientific certainty and cannot guarantee zero risk.*" (p. 03)

37 SETZER, Joana. **Panorama do princípio da precaução: o direito do ambiente face aos novos riscos e incertezas.** 2007. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, p. 120.

Voltar ao índice

Nesse sentido, Toffoli sustenta que a aplicação da precaução deve ocorrer quando há um certo nível de evidência sobre um risco e quando a margem de segurança seja excedida, o que não é o caso dos campos eletromagnéticos da operadora, eis que a margem de segurança encontra-se conformada aos parâmetros convencionados em lei e resoluções. O relator ainda aduz que o fato de se reconhecer a existência de um risco não quer dizer que este seja suficientemente deflagrador da aplicação da precaução. Não é qualquer cenário de incerteza que faça vingar o preceito. Por sinal, a precaução encontra diferentes modulações a depender da forma com que se relaciona com os riscos de dano grave ou irreversível e os mandados de ação ou inação. Vejamos.

Nas versões modulares da precaução, Carla Amado Gomes descreve três vertentes a que o preceito pode resultar: fraca, forte ou média. Interessa-nos, aqui, observar o comportamento da precaução na sua modulação média, pois ela "modera a versão forte com uma análise sopesando custo-benefício das medidas", o que corresponderia, na visão da autora, numa espécie de "prevenção modulada pela proporcionalidade".[38] No caso em apreço, a opção do voto vencedor foi justamente pela via da precaução na versão média, que nada mais é do que a prevenção de riscos por meio de técnica da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade stricto sensu). "Na verdade, nem o ambiente nem a saúde devem ser tidas por grandezas absolutas, cuja realização ou salvaguarda prima cegamente sobre quaisquer outros valores."[39]

---

38 AMADO GOMES, Carla. **Introdução ao Direito do Ambiente**. 4ª ed., Lisboa, AAFDL, 2018, p. 132.

39 AMADO GOMES, Carla. **Introdução ao Direito do Ambiente**. 4ª ed., Lisboa, AAFDL, 2018, p. 132.

Voltar ao índice

Adotar a versão forte do princípio seria contraproducente, pois se não há certeza científica a sustentar que os limites de exposição adotados no Brasil são precários em termos de proteção à saúde humana, impossível fazer valer um mandado restritivo da atividade, sobretudo pela via de análise dos critérios pelo Judiciário. Daí a necessidade de um juízo de ponderação no ato da tomada de decisão, a que se presume ter ocorrido quando do ato autorizativo in casu, até porque se,

> (...) a actividade é socialmente útil, ela não deve ser liminarmente proibida caso a sua lesividade não esteja absolutamente comprovada; todavia, o facto de poder importar em danos para o ambiente obriga o operador a suportar o custo de medidas de prevenção de riscos por recurso à melhor técnica disponível.[40]

Sobre as Melhores Técnicas Disponíveis (MTD) merece destaque que sua imposição deve se efetivar de acordo com o estado científico ao tempo do procedimento de licenciamento da atividade, estando sujeitas, por óbvio, ao que Ricardo Luis Lorenzetti denomina de "management adaptativo"[41] pelo campo regulatório, sempre que novas tecnologias disponíveis e viáveis economicamente ao operador, se mostrarem mais efetivas na proteção do bem jurídico. Nesse diapasão, tendo a empresa Eletropaulo respeitado os limites de exposição consagrados pela legislação nacional e pela ANEEL, a instalação de suas linhas de transmissão pre-

40 AMADO GOMES, Carla. **Direito Internacional do Ambiente: uma abordagem temática.** Lisboa, AAFDL, 2018, p. 180.

41 LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria geral do direito ambiental**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 88.

sume-se respeitar as MTDs exigíveis pelo marco regulatório brasileiro[42]. E isso chama-nos a atenção para outro critério relevante de aplicação do princípio da precaução: a exploração de medidas alternativas à ação.

Existiriam medidas alternativas para adequação aos limites máximos de exposição de 1μT, como consignado no acórdão recorrido? Seriam elas viáveis do ponto de vista do custo-benefício para o operador adequar-se a limites mais restritivos do que o necessário? Em relação a primeira questão, em audiência pública anterior ao acórdão do RE 627.189/SP, o representante da Eletropaulo afirmou existir um equilíbrio entre o limite de emissão, o tamanho de estrutura e o custo de energia elétrica para a população e que, por isso, "reduzir ainda mais o limite, que hoje está dentro dos padrões internacionais e nacionais de segurança, provocaria um desequilíbrio e encareceria os custos da energia elétrica para os consumidores finais."[43]

---

42 Em seu voto, o Ministro Celso de Mello destaca parte do voto do desembargador do TJ-SP e em que este menciona irregularidades nos pareces técnicos emitidos no âmbito do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA) da empresa, o qual, por sinal, teria sido dispensado pela autoridade municipal competente. Resta saber, nestes termos, se o controle e a possível nulidade do ato administrativo foi efetivamente discutida no bojo do processo, sobretudo sobre os motivos da dispensa. Há autores que, sobre o assunto, defendem não ser o EPIA o melhor dos mecanismos de verificação dos possíveis impactos ambientais quando diante de atividades como a distribuição de energia elétrica, indicando que a Avaliação de Risco seria o instrumento adequado, por estimar a forma, a dimensão e as características de um risco. Ocorre que o EPIA/RIMA é uma exigência expressa do constituinte no art. 225, §1°, IV, CRFB/88, o que nos leva a crer que deve ser realizado em qualquer atividade potencialmente causadora de impacto e indispensável para aferição inclusive dos critérios de aplicação do princípio da precaução pelo decisor público, logo a avaliação de riscos é muito bem-vinda se complementar ao EPIA. Sobre isso cfr. SETZER, Joana. **Panorama do princípio da precaução: o direito do ambiente face aos novos riscos e incertezas**. 2007. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, p. 125-126.

43 Informações coletadas do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=232595>. Acesso em 11 de jan. de 2020. Na matéria, o representante da Eletropaulo explicou haver alternativas, mas inviáveis do ponto de vista do custo-benefício.

Voltar ao índice

Essa parece ter sido a tese acolhida pelo Supremo, quando da análise da inviabilidade do esforço para adequação a limites que não se sabe ao certo o quão mais efetivos seriam para a proteção da incolumidade física das pessoas. A exploração de alternativas, entretanto, deve ocorrer no momento da tomada de decisão pela autoridade pública, devendo essas serem orientadas pela régua da evidência científica dos riscos da atividade, isto é, "quanto maior a evidência de efeitos irreversíveis à saúde, maiores serão as ações interventoras; se as evidências científicas não comprovarem a existência de efeitos irreversíveis à saúde, deverão ser escolhidas as alternativas de ações de gestão de menor intervenção."[44]

De todo modo, o custo para implementar medida desproporcional diante de risco sem lastro científico comprovado não justificaria, per si, a medida. Nota-se que a busca não deve ser, como a versão radical do princípio leva a crer, da melhor tecnologia praticável (best practicable technology), até porque em bons termos no caso ela até existiria, mas sim da melhor técnica disponível e viável em adequada e necessária proporcionalidade à natureza dos riscos da atividade em questão.

Merece, contudo, a nossa crítica, o argumento utilizado pela empresa na referida audiência pública e endossado pelo relator Ministro Dias Toffoli em seu voto, de que "o risco existirá, no que tange à exposição a campos eletromagnéticos, com o simples uso de equipamentos elétricos"[45]. A análise dos critérios de aplicação do princípio não deve se deixar levar por subjetivismos de ordem meritória acerca da atividade em discussão, afinal

---

44 SETZER, Joana. **Panorama do princípio da precaução: o direito do ambiente face aos novos riscos e incertezas.** 2007. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, p. 129.

45 STF. Acórdão RE 627.189/SP, de 08 de junho de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12672680>. Acesso em 01 de janeiro de 2020, p. 27.

o uso de equipamentos eletrônicos pelo consumidor é voluntária e de exposição igualmente consentida, o que difere, e muito, do caso em tela, em que as exposições seriam continuadas às ondas e sem o mínimo de volição dos ali abeirados. Não devem ser estes os argumentos comparativos simplificadores e falaciosos a sustentar a inaplicabilidade do princípio.

Igualmente questionável é a postura do Ministro Dias Toffoli diante de pesquisa de estudioso da área na audiência pública convocada, que estabelece um cotejo claro (na sua linha de pesquisa) entre os altos índices de leucemia infantil e os campos eletromagnéticos nos arredores das linhas de transmissão. O relator se propõe a questionar as variáveis da pesquisa científica desenvolvida, o que não nos parece ser caminho ideal e congruente com a correta aplicação dos critérios da precaução, afinal não cabe ao Judiciário adentrar no mérito das incertezas entre linhas de pesquisa científica, senão assinalar para o proporcional (ou não) uso daquela corrente científica que alicerça o ato administrativo autorizativo e/ou o legislado.

Posto isso, avancemos agora para a perspectiva do chamado custo-eficiência, já que como vimos o custo-benefício não abona em favor da precaução no caso.[46] A análise de custo-eficiência é muito utilizada na área econômica e conduz ao cotejo entre os custos para efetivação de uma medida e a eficiência dela para realização do objetivo pretendido. Assim que, diferentemente do custo-benefício, a ideia aqui é a de máxima eficiência da medida em si mesma. Na esfera do presente caso, os custos com a implementação de medidas de adequação aos valores mais restritivos de exposição compensariam à sua eficiência no Brasil? Na visão dos economistas Fernando B. Meneguin e Tomás T.S. Bugarin, não. A diferença entre

46 Sobre a relação entre o custo-benefício e o paradoxo que a precaução cria para si mesma, cfr. AMADO GOMES, Carla. **Direito Internacional do Ambiente: uma abordagem temática.** Lisboa, AAFDL, 2018, p. 177-178.

sociedades e seus limites de exposição escolhidos liga-se sobremaneira com a eficiência que deles se espera nessas mesmas sociedades, de forma que o que se espera da adoção de 1μT na Suíça não é o mesmo do que se teria como eficiente no Brasil. Senão, vejamos.

> (...) a Suíça conta com tecnologias avançadas, mão de obra altamente qualificada, laboratórios especializados e mercado concorrencial equilibrado (de modo geral). Logo, a imposição de um nível de precaução elevado poderá, em tese, fomentar o desenvolvimento de tecnologias propícias à apuração e supressão de prejuízos ambientais e sociais causados por atividades econômicas e favorecer o consumo de produtos e serviços inovadores, pouco vulnerando a livre iniciativa, a livre concorrência e a produção de inventos. (...) No entanto, o Brasil não conta com as mesmas condições da Suíça. Desse modo, a imposição de uma precaução "mitigada" (mas não suprimida) poderá ser mais eficiente no médio prazo, gradativamente se aumentado a precaução exigida. Dessarte, a própria eficiência de longo prazo poderá pressupor uma variação das condições iniciais a envolver, não raro, a eficiência de curto prazo. É dizer, inexiste uma fórmula universal e imutável assecuratória de eficiência de longo prazo.[47]

Com as devidas ressalvas ao que a desvirtuação do custo-eficiência possa deflagrar no sentido de uma ação mais utilitarista em detrimento do bem jurídico em jogo (no fundo, precarizando sua tutela e respondendo a interesses outros), relevante a visão econômica do que os efeitos da aplicação do princípio da precaução no caso dos campos eletromagnéticos poderia promover. E é com base nessa argumentação, que os precita-

47 MENEGUIN, Fernando B; BUGARIN, Tomás T. S. **O Dilema entre a Eficiência de Curto e de Longo Prazo no Ordenamento Jurídico e o Impacto do Crescimento Econômico.** RDU, Porto Alegre, Volume 13, n. 74, 2017, mar-abr 2017, p. 24.

dos autores, embora concordem com os resultados positivos da adoção do viés moderado da precaução no RE 627.189/SP, criticam a lógica do voto do relator, pautada em subjetividade no uso da proporcionalidade e da razoabilidade, "sem proceder a uma abordagem aprofundada da (in) eficiência gestada pela imposição de padrões demasiadamente elevados de precaução, conquanto fato inibitório do crescimento econômico".[48]

Em vias de finalizar este tópico, destacaremos dois pontos que entendemos satisfatórios da postura do Supremo face ao caso em apreço: primeiro, a convocação de audiência pública prévia e, segundo, a abertura à revisão pro futuro. No que tange ao primeiro aspecto, a Corte, reconhecendo a insuficiência do ramo jurídico diante dos fatos, convocou audiência pública com mais de vinte especialistas na área, além da aparição dos amicus curiae no acórdão. Para além da formação de convencimento com base em expertise técnica do assunto, a audiência pública figura como importante instrumento de participação democrática que faz jus à ideia de "uma atitude dialogante com os agentes económicos e a sociedade civil, sob pena de criação de resistências ao acatamento de medidas restritivas".

Em suma, o STF se imbuiu, através da audiência pública, da confortável margem de legitimidade democrática para decidir e fixar sua tese. Além disso e como já observado, na audiência convocada para o RE 627.189/SP- e como deve ser- atuaram múltiplos interessados na lide, dentre eles, aquele que "deve(ria) arcar com o custo da ameaça potencial", e se confirmada a aplicação do princípio, aquele que "deve(ria) arcar com o custo" dessa aplicação, tal como leciona Lorenzetti.[49] Quanto à abertura à revisão

48 MENEGUIN, Fernando B; BUGARIN, Tomás T. S. **O Dilema entre a Eficiência de Curto e de Longo Prazo no Ordenamento Jurídico e o Impacto do Crescimento Econômico.** RDU, Porto Alegre, Volume 13, n. 74, 2017, mar-abr 2017, p. 24.

49 LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria geral do direito ambiental**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 95.

Voltar ao índice

pro futuro da decisão, o relator age bem ao deixar devidamente registrado uma possível espécie de "modulação dos efeitos" do acórdão diante de eventual inconstitucionalidade superveniente que prejudique os parâmetros legais até então adotados, em prol de outros mais restritivos e atentos às inovações científicas pela agência reguladora ou pelo legislador [50].

Ao fazê-lo, o Ministro não só observa o critério do COM/2000 por ele suscitado ("reexame da suficiência das medidas de minimização tendo em atenção a evolução técnico-científica"), como também toca na eficácia temporal da decisão, isto é, no desafio que a precaução lança à perpetuação do consignado no julgado, "posto que não há decisões definitivas, senão parciais, experimentais, adaptativas, reorientadoras da atividade."[51] No mesmo sentido,

> Debe existir un constante reexamen de los hechos ante la actualización de la investigación científica, dada la precariedad de los conocimientos existentes en el momento de la pronunciación de la medida judicial. Significa decir que la medida liminar o la sentencia debería tener un carácter transitorio y poder ser objeto de revisiones periódicas. Sin embargo, como esta no es una característica del proceso civil brasileño, dado que éste debe caminar hacia un desenlace, su manifestación no puede ser comprendida por la Administración como final o definitiva. Un punto relevante

50 Em seu voto, o então Ministro Teor Zavascki esclarece que a destituição da coisa julgada e a eficácia temporal da sentença são realidades "absolutamente diferentes. (...) A sentença transitada em julgado permanece imutável - e essa é a qualidade da coisa julgada -, mas rebus sic standibus, o que significa dizer que a eficácia futura da sentença dependerá da manutenção do estado de fato e de direito." (STF. Acórdão RE 627.189/SP, de 08 de junho de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12672680>. Acesso em 01 de janeiro de 2020, p. 61).

51 LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria geral do direito ambiental**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 88.

Voltar ao índice

> del voto del ponente en el caso sobre campos electromagnéticos juzgado por el STF en 2016 fue indicar que la decisión podría modificarse posteriormente en la medida en que los avances científicos exijan esta modificación. (grifos nossos)[52]

Ante a todo exposto, posicionamo-nos favoráveis ao resultado conquistado com a adoção da versão média do princípio da precaução ("prevenção modulada pela proporcionalidade") na fixação da tese de repercussão geral no RE 627.189/SP[53], sobretudo quanto ao fato de que se sabendo do risco inerente à atividade e a decisão eminentemente política do Estado brasileiro pelo padrão da ICNIRP/OMS, aquela Corte primou pelo resguardo da decisão legislativa e administrativa, eis que ausente ilegalidade na assunção daqueles limites. O que não afasta, contudo, os nossos descontentamentos com o uso deliberado do princípio da proporcionalidade (muitas vezes cindido com a razoabilidade) para guiar a lógica argumentativa do voto vencedor, diga-se por sinal, um pouco aquém da análise criteriosa da aplicação do conteúdo do princípio da precaução realizada no segmento anterior do voto.

Vale dizer, com isso, que, malgrado a impossibilidade do Supremo de revolver matéria fático-probatória em sede de RE (Súmula 297, STF), se a Corte se propôs a analisar a precaução no caso concreto, deveria ao menos

---

52 DE OLIVEIRA, Carina Costa et al. **Os limites do princípio da precaução nas decisões judiciais brasileiras em matéria ambiental**. Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, v. 15, n. 32, 2018, p. 351-352.

53 Tese da Repercussão Geral do RE 627.189/SP: "no atual estágio do conhecimento científico, que indica ser incerta a existência de efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica, não existem impedimentos, por ora, a que sejam adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial da Saúde, conforme estabelece a Lei n° 11.934/2009."

ter realizado o passo a passo da observância ou não pelo decisor público da subsunção do princípio ao caso sub judice, sob pena de se ter elaborado elogioso modelo de critérios de aplicação, mas para fins meramente formais, sem conexão com a realidade em litígio no "apelo extremo".

Ademais, a proporcionalidade não se confunde com a razoabilidade, nem tampouco com a ponderação. O juízo de ponderação deve ser feito levando-se em conta a proporcionalidade das medidas de "precaução" diante do evento gerador de risco de dano grave ou irreversível e do nível de proteção pretendido. Frise-se, em última análise, juízo ponderativo do decisor público. Questão outra é saber se as medidas foram ou não razoáveis do ponto de vista legal. O relator, porém, assim como alguns dos demais Ministros parecem utilizar a proporcionalidade como vetor retórico-argumentativo, sem se ater ao seu conteúdo. Os efeitos dessa imprecisão não auxiliam, em nada, ao preenchimento da natural imprecisão da precaução e estes podem se mostrar, por vezes, contraditórios:

> (...) proporcionalidad y la razonabilidad. Se sabe que ambos son constantemente citados en la jurisprudencia, pero todavía hay bastante incertidumbre en cuanto a su operacionalización. Se entiende que la proporcionalidad y la razonabilidad deben ser utilizadas para ponderar los efectos del principio de precaución. Sin embargo, deben ser establecidos criterios más objetivos para evaluar si una decisión fue proporcional o no, razonable o no. El control de legalidad es una de las formas de evaluar la proporcionalidad, lo que fue hecho por la Sentencia de 2016 del STF y en otros varios en el análisis del cumplimiento de las normas de la Agencia Reguladora. Sin embargo, la falta de criterios objetivos puede llevar a conclusiones completamente contradictorias y opuestas del principio de proporcionalidad, como pudo ser

observado en el análisis del voto del ministro Dias Toffoli y del ministro Marco Aurelio en RE 627189. (grifos nossos).[54]

Em respeito ao contraditório à nossa posição, registre-se que no Yearbook of International Environmental Law de 2016, as autoras Priscila P. De Andrade e Carina C. De Oliveira, após elencarem algumas das posições da Corte brasileira daquele ano nos Positive Advances in Brazilian Environmental Law, destacaram dentre os Regressions in Brazilian Environmental Law, o RE 627.189/SP, no que chamaram de Restrictive Interpretation of the Precautionary Principle in Eletromagnetic Fields.[55]

4.4 Votos dissidentes: precaução à moda radical

A principal fundamentação que reverberou nos quatro votos dissidentes foi a existência de dúvida legítima e razoável sobre a potencialidade do risco de danos graves e irreversíveis à população, pela alta intensidade das linhas de transmissão da recorrente, o que levaria à aplicação da precaução na espécie como forma de garantir tutela integral à saúde pela via do in dubio pro securitate. A utilização da precaução com base no cenário de dúvida razoável pode levar a interpretações mais extremas do princípio, resultando invariavelmente na sua aplicação como forma de afastamento de todo e qualquer risco, ainda que sem o mínimo lastro de certeza científica. Dessa perspectiva, o vetor legado pela Carta Mundial

54 DE OLIVEIRA, Carina Costa et al. **Os limites do princípio da precaução nas decisões judiciais brasileiras em matéria ambiental**. Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, v. 15, n. 32, 2018, p. 348.

55 PEREIRA DE ANDRADE, Priscila; COSTA DE OLIVEIRA, Carina. D. Brazil. ***Yearbook of International Environmental Law,*** v. 27, p. 277-284, 2016. Neste ponto, as autoras concluem que: *"This decision, although a restrictive interpretation of the precautionary principle, provides more criteria for the interpretation of the precautionary principle." (p. 5)*

da Natureza em 1982, de que na dúvida acerca do risco, protege-se o bem jurídico (precaução na versão forte) parece dominar o teor dos votos dissidentes. Daí dizermos, precaução à moda radical.

O resultado prático do mandado de inação que se observa nesta altura é a ordem de proibição ou restrição, o que, in casu, seria a adequação aos limites mais restritivos (1μT) na intensidade das linhas de transmissão. Ao cabo, é dizer que não demonstrando, a recorrente, o nexo de causalidade entre o risco e o efetivo dano à saúde (as patologias clínicas, v.g. câncer) deve arcar com o ônus de adequação à medida mais precavida, independentemente dos elementos orientadores de aplicação do princípio. Nessa toada, criticável a utilização dessa versão do princípio[56]:

> O problema que permanece é a presença de posicionamentos mais restritivos por parte de alguns ministros, que aplicam a precaução de modo que essa seja incompatível com riscos, ainda que eles pudessem ser geridos de modo proporcional ao conhecimento científico existente. Assim, o PP teria um viés essencialmente proibitivo.[57]

Os votos dissidentes que mais conduzem à utilização da precaução à moda radical são os dos ministros Edson Fachin e Rosa Weber. Fachin foca na existência de dúvida razoável que justificaria a medida de precaução adotada no acórdão recorrido. Discorre o referido ministro, que a mera potencialidade do perigo sustentaria a incidência do preceito; logo, havendo a premissa da dúvida razoável, cabível a invocação da precaução. Nesse sen-

---

56 Observe-se que, por vezes, há desarmonia na aplicação das versões do princípio da precaução no STF. Sobre o assunto e demonstrando como o Ministro Luís Roberto Barroso se posicionou de forma diametralmente oposta nos casos do RE 627.189/SP e da ADI 4.983/CE, cfr. FRAGA, Júlia Massadas Romeiro. **Precaução e direcionamento de condutas sob incerteza científica**. 2019. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas, p. 129.

57 Ibidem, p. 119.

Voltar ao índice

tido, “a simples constatação de dissenso na comunidade científica se torna, na leitura mais radical, condição suficiente para descartar qualquer medida, qualquer proposta, qualquer tentativa de inovação.”[58] Por sua vez, Weber aduz que se a dúvida científica é o pressuposto da precaução, inexistindo prova do nexo etiológico, deve ser justamente este o princípio aplicado.

Em ambos os votos, parece-nos haver a distorção da lógica precaucionista, a ponto de levar ao extremo a comprovação da inocuidade absoluta de atividade que, ao fim, respeita os limites legislativos e encontra-se resguardada por ato administrativo. Afinal, a visão conservadora acerca do princípio não é o grande problema, “problemático é torná-la uma exigência de certeza absoluta para a adoção de medidas cujos efeitos sobre a saúde e o meio ambiente não são agora determináveis.”[59]

Essa postura de radicalizar o uso da precaução acaba, em última análise, por irromper no desvirtuamento do controle jurisdicional do ato legislativo e das políticas públicas do Executivo competente. Ao exigir a adequação desarrazoada aos limites de exposição de norma alienígena pela recorrente, tendo vista a não comprovação da inocuidade de sua atividade, os ministros atuam, por um lado, avançando sobre o ato legislativo ordinário e atuando como legisladores negativos por assunção de parâmetro legal adverso; e por outro, avançando sobre o ato administrativo autorizativo e regulamentar que resguarda a atividade do operador. Sobre o controle dispôs Toffoli:

> O eventual controle pelo Poder Judiciário quanto à legalidade e à legitimidade na aplicação desse princípio há de ser realizado com

58 LEAL, Fernando. A retórica do Supremo: precaução ou proibição?. JOTA, 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/stf/supra/retorica-supremo-precaucao-ou-proibicao-13062016>. Acesso em 12 de jan. 2020.

59 Ibidem.

Voltar ao índice

> extrema prudência, com um controle mínimo, diante das incertezas que reinam no campo científico. (...) Insisto que, nos controles administrativo e jurisdicional do exercício da precaução, se deve verificar tão somente se, na escolha do Estado, foram adotados os procedimentos mencionados e se as decisões legislativas e/ou administrativas produzidas obedecem a todos os fundamentos de validade das opções discricionárias (...).[60]

Em nosso sentir, adequado o tratamento dado pelo voto vencedor em resguardar as opções políticas do Estado Brasileiro, traçando a linha essencial da separação de poderes no campo republicano. No caso lusitano, outrora referido, Diogo Calado e Carla Amado Gomes ressaltam a inviabilidade de "tomar o princípio da precaução como critério aferidor da legalidade dos actos administrativos."[61] Até porque fazê-lo é "entrar numa substituição do juízo ponderativo que, evidentemente, ao órgão jurisdicional está vedado fazer, sob pena de estar aí, não a julgar mas a administrar."[62]

Ao cabo e ao resto, é preciso cuidar para que a precaução não se torne um preceito coringa, preenchedor de lacunas e sustentáculo de decisões teratológicas. Como leciona Fernando Leal, "sem isso, a precaução se limita a um mero artifício retórico, um obstáculo intransponível pronto para ser seletivamente empregado pelos juízes."[63] Sugere-nos Lorenzetti que "deve-

---

60 STF. Acórdão RE 627.189/SP, de 08 de junho de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12672680>. Acesso em 01 de janeiro de 2020, p. 20.

61 CALADO, Diogo; AMADO GOMES, Carla. **Uma "embrulhada" com vários intervenientes: uma freguesia maçadora, uma empresa pública... e os tribunais que tomaram conta do caso**. In: Direito do Ambiente: Anotações jurisprudenciais dispersas. Lisboa, ICJP, 2013, p. 16.

62 Ibidem, p. 21.

63 LEAL, Fernando. A retórica do Supremo: precaução ou proibição?. JOTA, 2016. Disponível em:<https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/stf/supra/retorica-supremo-precaucao-ou-proibicao-13062016>. Acesso em 12 de jan. 2020.

mos ser precavidos quanto à precaução"[64]. Assim, os tribunais, respeitando o ato administrativo e a opção política legítima do legislador, devem se esforçar ao máximo para realizar o cotejo do princípio ao caso concreto, assumindo a postura prudente que o debate requer e estando atentos às externalidades negativas quando da sua invocação face aos worst case scenarios.

64 LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria geral do direito ambiental**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 73.

Voltar ao índice

Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal Federal de 30 de Abril de 2014, Proc. Nº ARE 769878 DF [1]

RAFAELA CAOBELLI OLIVEIRA[2]

1. INDICAÇÃO DO ASSUNTO

Maus tratos infligidos a animais

2. DESCRIÇÃO SUMÁRIA DOS FATOS DO CASO

A decisão monocrática em questão foi proferida pelo Ministro Gilmar Mendes. O recorrente interpôs agravo contra a decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário, que impugna acórdão da 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal.

Conforme denúncia do Ministério Público, o agravante cometeu abuso e maus-tratos a uma égua branca, exagerando no uso do chicote e

1 Disponívelem:http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=220016190&ext=.pdf. Acesso em: 28 dez. 2019.

2 Estágiária no Centro de Apoio Operacional de Defesa do Meio Ambiente (Ministério Público do Rio Grande do Sul)

Voltar ao índice

mantendo-a sem as ferraduras adequadas, incorrendo, portanto, no delito do art. 32, da Lei n° 9.605/98 – Lei de Crimes Ambientais. O animal era utilizado na atividade de coleta de material reciclável, em Brasília.

No primeiro grau de jurisdição, sobreveio a condenação de cinco meses de detenção, em regime aberto, pena que foi substituída por restrição de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade e ao pagamento de dez dias multa.

A apelação criminal interposta à 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal restou desprovida. Prevaleceu o entendimento de que denúncia anônima não caracteriza nulidade processual se as provas testemunhais e periciais são cabais. Ademais, a existência de materialidade no laudo pericial do animal e do local não deixam dúvidas quanto ao dolo, já que submeteu o animal a trabalho excessivo, resultando em ferimentos. Por fim, a condição financeira do recorrente não implica inexigibilidade de conduta diversa, sendo, portanto, devida a condenação.

Opostos dois embargos de declaração, estes restaram rejeitados. Foi interposto, então, recurso extraordinário com fundamento no art. 102, III, "a", da Constituição Federal, alegando violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da legalidade. Em sua defesa, afirma que não foram levados em consideração o fato de ser miserável e do Direito Penal só ser necessário em ultima ratio.

O Tribunal a quo negou trânsito ao recurso extraordinário, tendo o entendimento que se houvesse ofensa à Constituição Federal, esta seria reflexa, o que demandaria análise fático-probatória.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, sustenta que não há violação aos princípios da proporcionalidade e da legalidade: a Carta Magna, em seu art. 225, § 1°, inciso VII, confere proteção jurídica à fauna, afastando qualquer dúvida referente a proteção penal do ambiente.

Voltar ao índice

Dando maior respaldo à estrutura argumentativa, o Ministro referiu trechos do acórdão recorrido e mencionou que não há ausência de dolo, tampouco inexigibilidade de conduta diversa. Ainda, seguiu a orientação da Súmula 279 do STF, que veda o revolvimento fático-probatório em sede de recurso extraordinário.

Por fim, monocraticamente, o recurso extraordinário foi negado.

3. COMENTÁRIO: CRIME DE MAUS-TRATOS A ANIMAIS, SENCIÊNCIA ANIMAL E O BEM JURÍDICO-PENAL AMBIENTE

A natureza sempre foi o grande desafio do homem, que desde a antiguidade busca se desenvolver cada vez mais. Ao longo do tempo, o ser humano dominou a natureza sem se preocupar com os danos que causava, especialmente no que tange outras espécies.

Apesar de atualmente existir reflexão acerca do tratamento outorgado aos animais[3], o entendimento de que são inferiores ainda é uma realidade. Isso porque eles vêm sendo explorados e inferiorizados durante séculos, fazendo com que a quebra dessa visão se encontre em um campo delicado.

3.1. Aspectos Constitucionais

Em 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil deu início a proteção ambiental, vez que foi a primeira Constituição brasileira a es-

3 Embora seja de conhecimento que os seres humanos também se enquadrem como animais, uma vez que, conforme classificação oriunda da Biologia, pertencem ao Reino *Animalia*, utilizar-se-á, ao longo do trabalho, o termo "animais" apenas para tratar dos animais vertebrados, em razão de a ciência ainda não ter constatado que os animais invertebrados são sencientes.

Voltar ao índice

tipular o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, estabelecendo, em seu artigo 225, que este deve ser defendido e preservado pelo Poder Público e pela coletividade. Anteriormente, os textos constitucionais eram omissos nesse aspecto, não havendo qualquer previsão a respeito[4].

Para melhor compreensão, faz-se necessário a transcrição do artigo supramencionado:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
>
> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
>
> (...)
>
> VII- proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.
>
> (...)
>
> § 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, deven-

4 BENETTI, Karina Moraes. **Análise crítica acerca da tutela penal de animais no ordenamento jurídico brasileiro**. Orientadora: Bianca Pazzini. 2019. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito)- Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2019.

Voltar ao índice

> do ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos[5]. (grifo nosso)

Existe, portanto, no direito pátrio constitucional, uma vedação à crueldade contra os animais, já que são considerados como parte de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Observa-se que a Carta Magna não atribuiu uma definição à palavra "crueldade", omitindo quais práticas seriam caracterizadas como cruéis, o que possibilita aos operadores do direito a interpretarem a norma constitucional como bem lhes convier[6].

O dicionário "Mini Houaiss" de língua portuguesa tem como significado de cruel: "1. Que gosta de maltratar. 2. Doloroso; infeliz[7]." Por sua vez, o significado de crueldade é: "1. Característica do que é cruel. 2. Prazer em fazer o mal. 3. Severidade; dureza[8]". Diante dos significados e buscando uma solução, a doutrina encarregou-se de atribuir um conceito ao referido termo. Lourenço aponta que a crueldade normalmente está relacionada à prática de um ato impiedoso ou insensível. Contudo, destaca que atos causadores de sofrimento que visem o suprimento de demandas humanas relevantes, acabam sendo toleráveis[9].

---

5 BRASIL. [Constituição(1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/lconstituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 jan. 2020.

6 BENETTI, Karina Moraes. **Análise crítica acerca da tutela penal de animais no ordenamento jurídico brasileiro**. Orientadora: Bianca Pazzini. 2019. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito)- Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2019.

7 CRUEL. *In*. **Mini Houaiss**: dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Moderna LTDA, 2008. p. 203.

8 CRUELDADE. Op. Cit. p. 203.

9 LOURENÇO, Daniel Braga. **Direito dos animais**: fundamentação e novas perspectivas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 818-819.

Voltar ao índice

Somente a título de exemplo, as "demandas humanas relevantes" no ordenamento jurídico brasileiro podem ser questionadas, especialmente no campo da moral e da ética. Isso porque os zoológicos, regulamentados pela Lei n. 7.173/1983, forçam os animais a permanecerem em pequenos espaços, privando-os de viver em seus habitats naturais. A Lei n. 13.364/2016, alterada pela Lei n. 13.873/2019, reconheceu o rodeio, vaquejada e a prova do laço como patrimônio cultural imaterial[10], práticas que causam extremo sofrimento aos animais.

3.2. Breve análise principiológica e penal do caso concreto

Na decisão analisada, o autor do fato, por entender excessiva a condenação, sustenta a violação aos princípios da proporcionalidade e legalidade. Segundo os ensinamentos de Sarlet, Marinoni e Mitidiero, o princípio da proporcionalidade, como definição, guarda a ideia de controlar os atos do Poder Público, buscando coibir excessos e insuficiência de intervenção nos direitos dos cidadãos[11].

Para analisar se a pena de prestação de serviços à comunidade e o pagamento de dez dias multa é desproporcional, resta averiguar o dispositivo legal em questão. Em 1998, foi promulgada a Lei n. 9.605, deno-

---

10 Os rodeios submetem os touros ou cavalos a sofrimento, ocasião que ficam sob o efeito compressivo de uma cinta amarrada no abdômen, cujo objetivo é comprimir sua genitália, gerando estímulos dolorosos nos órgãos internos, fazendo-os pular na arena. Na vaquejada, vaqueiros montados em cavalos tentam encurralar e derrubar o boi, o que é feito através de puxadas em seu rabo, com o escopo de marcar pontos. Desse modo, "não raras vezes ocasionam deslocamento de vértebras, rupturas musculares e fratura de ossos dos animais perseguidos". (LEVAI, Laerte Fernando. Crueldade Consentida. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 1, n. 1, jan./dez., p. 171-190. 2006. Disponível em: https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10246/7303. Acesso em: 29 dez. 2019).

11 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. aum. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 522.

minada Lei de Crimes Ambientais, que, em seu artigo 32, tornou o artigo 225, § 1°, inciso VII, da Constituição Federal, em crime ambiental, através da seguinte redação:

> Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:
>
> Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.
>
> § 1° Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.
>
> § 2° A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal[12]. (grifo nosso)

Primeiramente, a norma infraconstitucional não conceituou o que são "maus-tratos" para fins de aplicação do dispositivo, ocasionando a mesma dificuldade referida anteriormente com o vocábulo "crueldade", que, aliás, é utilizado no § 1° do artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais. Evidentemente, a indeterminação conceitual cria uma lacuna e dificulta a aplicação do dispositivo pelos operadores do direito, possibilitando, inclusive, a tomada de decisões prejudiciais para os animais.

Nesse contexto, o questionamento a ser feito é: em se tratando de proteção de um direito fundamental previsto no art. 225, da Constituição Federal, e tipificado como crime por norma infraconstitucional, seria exagerada a pena de prestação de serviços à comunidade e ao pagamento de dez dias multa por maus-tratos à água branca?

---

12 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Lei n. 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em: 30 dez. 2019.

Voltar ao índice

Caso o Poder Judiciário deixasse de aplicar a pena, ou a deixasse branda, certamente estaria frustrando seu dever de proteção, pois estaria atuando de maneira insuficiente, isto é, aquém do mínimo de proteção constitucionalmente exigido, especialmente por se tratar de um direito fundamental.

O princípio da legalidade, previsto no artigo 5°, inciso II, da Constituição Federal, "preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Tal principio visa combater o poder arbitrário do Estado[13]". Acerca da alegação de violação a legalidade, no que tange a aplicação do Direito Penal, o recorrente afirma se tratar de ultima ratio, ou seja, outras medidas deveriam ser aplicadas no caso concreto antes de ser utilizado o sistema punitivo.

A doutrina é clara e uníssona: a Constituição Federal afastou qualquer eventual dúvida quanto à indisponibilidade de uma proteção penal do ambiente, devendo o ordenamento jurídico lançar mão da pena, ainda que em ultima ratio para efetivar a proteção ambiental[14].

A miserabilidade do agente não implica inexigibilidade de conduta diversa, visto que não se está diante de um comportamento que não poderia ter sido evitado. Ademais, o sofrimento animal é visível, não precisando ter condições financeiras ou grau de escolaridade elevado para ter empatia.

3.3. Um olhar crítico à tutela penal ambiental antropocêntrica

Um problema a ser enfrentado na temática abordada é o antropocentrismo. Na Antiguidade Clássica, os seres humanos não dominavam a na-

13 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 51

14 PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**: crimes ambientais. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Plataforma Minha Biblioteca. p. 80

Voltar ao índice

tureza. Como não havia conhecimento científico que pudesse explicar os fenômenos naturais, a crença nos deuses do Olimpo assumiu esse papel. Com o passar dos anos surgiu o Cristianismo e, consequentemente, a crença do homem como imagem e semelhança de Deus. A autora Samylla Mól refere que "como ser racional, cumpriria ao homem gerir e cuidar do planeta" [15]. Sabe-se, contudo, através da interpretação a bel prazer das palavras bíblicas, mais especificamente do Gêneses[16] (1:26-28), que o homem assumiu o lugar de ser mais importante e razão de tudo que existe na Terra.

É necessário ressaltar que não se pode dar ao Cristianismo a responsabilidade pela humanidade ter adotado o antropocentrismo como principal parâmetro em relação ao meio ambiente por tanto tempo. Afinal, os animais, em geral, ainda são considerados em razão dos seres humanos e não como um fim em si mesmos[17].

Faz-se essencial destacar, também, que o especismo, caracterizado pelo preconceito ou a atitude tendenciosa de alguém a favor dos interesses de membros da própria espécie, contra os de outras, corrobora para os interesses dos animais serem postos em patamar inferior ao dos humanos[18].

Com o progresso das ciências e avanço ético, a concepção antropocêntrica vem sendo questionada e sofrendo abalos. Diante da evolução industrial, cada vez menos é necessário o trabalho humano, fazendo com que a defesa dos animais ganhe espaço. Consequentemente, a exploração

---

15 MÓL, Samylla. **Carroças urbanas & animais**: uma análise ética e jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 14.

16 BÍBLIA, A. T. In BÍBLIA. Português. **Sagrada Bíblia Católica**: Antigo e Novo Testamentos. Tradução de José Simão. São Paulo: Sociedade Bíblica de Aparecida, 2008.

17 MÓL, Samylla. Op. Cit. p. 15.

18 SINGER, Peter. **Libertação animal**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda., 2013, p. 11.

Voltar ao índice

destes para o desenvolvimento passa a ser dispensável, surgindo, então, uma proteção jurídica aos animais contra a crueldade e abusos humanos.

Contudo, apesar da vedação à crueldade aos animais ter status constitucional e tipificação própria na Lei de Crimes Ambientais, o que se vê, na prática, é que o direito penal ambiental no Brasil, ainda se pauta em um paradigma antropocêntrico: a tutela jurídica dos animais é importante para o equilíbrio do meio ambiente e, em especial, à sadia qualidade de vida do ser humano. Assim, o meio ambiente é protegido para preservar a vida humana, não havendo proteção das demais espécies em razão de sua condição de seres vivos.

Segundo o autor Romeu Thomé, a Constituição Federal de 1988, assim como a maioria das normas nacionais e internacionais, adota o antropocentrismo protecionista, ou seja, o meio ambiente não se restringe às sujeições dos interesses humanos. A corrente ecocêntrica, marcada pela não instrumentalização do meio ambiente e proteção de cada ser vivo, por sua vez, está longe prevalecer. Entretanto, é possível identificar traços biocêntricos[19] e ecocêntricos em algumas normas de proteção ambiental vigentes[20].

A partir da análise do artigo 32, da Lei de Crimes Ambientais, salienta-se que o crime de maus-tratos se enquadra como de menor potencial ofensivo, devendo seguir o rito dos Juizados Especiais Criminais, destacando-se

---

19 Por "biocêntrica" entende-se "a corrente que devolveu ao homem sua condição de simples espécie dentre outras tantas que integram a complexa 'teia da vida'. Não se trata de menosprezar a importância da vida humana, mas de estender o alcance da justiça àquelas criaturas que também têm o direito de viver sem sofrimento" (LEVAI, Laerte Fernando. Crueldade Consentida. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 1, n. 1, jan./dez., p. 171-190. 2006. Disponível em: https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10246/7303. Acesso em: 26 dez. 2019. p. 187.)

20 SILVA, Romeu Faria Thomé da. **Manual de direito ambiental**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 58-59.

a pouca expressividade da pena cominada: aqueles que maltratam os animais não se sentem intimidados pela norma, visto que a prática de maus-tratos deve ser de detenção de 3 meses a 1 ano, cumulada com multa.

Tendo em vista que o instituto da detenção é menos rigoroso e não admite regime inicial fechado, como a pena mínima é inferior a 1 ano, de acordo com a Lei n. 9.099/95, o Ministério Público pode oferecer a transação penal e suspenção condicional do processo, acarretando uma despenalização. Em outras palavras, não se alcança, mesmo na hipótese de condenação, uma resposta penal adequada capaz de dissuadir a prática delitiva.

Tanto é assim que, excepcionando-se as hipóteses previstas pela Lei de Proteção à Fauna, toda e qualquer crueldade praticada contra os animais é considerada infração de menor potencial ofensivo, acabando por ser punida, via de regra, com dias-multa.

Da sociedade vem surgindo um novo entendimento em relação aos animais. O Direito, em resposta a essa nova sensibilidade, passa a estabelecer normas e limites na relação homem versus animal[21].

3.4. Status jurídico dos animais: o reconhecimento da senciência como forma de evolução do ordenamento jurídico

Não é somente no campo penal o problema para tutelar os maus-tratos aos animais: pelo ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente no Código Civil – Lei n. 10.406/2002 - os animais são classificados como coisas, o que dificulta a aplicação de uma tutela penal efetiva.

---

21 MÓL, Samylla. **Carroças urbanas & animais**: uma análise ética e jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p.78.

O doutrinador Caio Mário entende que "todos os bens são coisas, mas nem todas as coisas merecem ser denominadas bens"[22]. Tartuce, por sua vez, compreende coisa como gênero do qual bem seria espécie, especificando, ainda, que aquela caracteriza "tudo que não é humano" e este "coisas com interesse econômico e/ou jurídico", e sustenta ser este o entendimento adotado pelo Código Civil vigente[23].

Identifica-se uma relação pensada nos direitos do proprietário perante a sua propriedade, afinal, o Código Civil enquadrou os animais no livro destinado aos bens, classificando-os como bens móveis, no caput do artigo 82, que assim preconiza: "São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social"[24].

Supreendentemente, os animais estão em pé de igualdade com os objetos inanimados. Nesta temática, é primordial compreender o sofrimento e a senciência como determinantes, pois segundo Naconecy, ambos partem de uma experiência sensorial ou emocional negativa, ou seja, caracterizada por ser desagradável e pelo desejo de que ela termine. "O sofrimento reduz a qualidade de vida do indivíduo"[25].

Afirmar que os animais são seres sencientes já é indubitável, vez que são capazes de sentir dor, medo, prazer, alegria, bem como se importar

---

22 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Plataforma Minha Biblioteca. p. 308.

23 TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: lei de introdução e parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Plataforma Minha Biblioteca. p. 331-332.

24 BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. PL 634/1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 15 jan. 2020.

25 NACONECY, Carlos Michelon. **Ética & animais**: um guia de argumentação filosófica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006. p. 116.

Voltar ao índice

com o que sentem, de maneira semelhante à dos humanos. Contudo, faz-se importante ressaltar que estudos científicos comprovaram, até então, que apenas os animais vertebrados (mamíferos, aves, répteis, anfíbios e peixes) sentem dor e, portanto, são sencientes[26].

Quanto à inexistência de obrigação moral direta dos humanos para com os animais, em decorrência da irracionalidade destes, observa-se que tal afirmativa enseja a possibilidade de aqueles tratarem estes como bem entenderem, submetendo-os, inclusive, a situações de sofrimento[27].

Nesse sentido, se a irracionalidade fosse relevante para ter, ou não, empatia entre os seres humanos, inexistiria a obrigação moral de adultos com bebês, por exemplo, já que estes, muitas vezes, não são autoconscientes e nem possuem discernimento. Por conseguinte, estes argumentos são falíveis e não merecem ser fomentados.

A alegação utilizada por muitos filósofos é que os animais, por não entenderem a própria mortalidade, não têm direito à vida. Tom Regan contesta tal afirmação, utilizando-se das crianças como exemplo. Segundo o autor, até os nove ou dez anos de idade elas não são capazes de compreender a própria mortalidade, o que acarretaria dizer que crianças não têm direito à vida[28].

O Código Civil Brasileiro prevê, em seu artigo 1° , que "toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil". Para Venosa, o artigo prevê a

---

26 NACONECY, Carlos Michelon. Op. Cit. p. 119-129.

27 BENETTI, Karina Moraes. **Análise crítica acerca da tutela penal de animais no ordenamento jurídico brasileiro**. Orientadora: Bianca Pazzini. 2019. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito)- Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2019. p. 18.

28 REGAN, Tom. **Jaulas vazias**: encarando o desafio dos direitos animais. Porto Alegre: Lugano, 2006, p. 55-56.

Voltar ao índice

capacidade de direito das pessoas, ou seja, dos seres humanos. Segundo ele, "todo ser humano é sujeito de direitos, portanto, podendo agir pessoalmente ou por meio de outra pessoa que o represente"[29] No mesmo entendimento, Pereira leciona que "a ideia de personalidade está intimamente ligada à de pessoa, pois exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres"[30].

No que tange à condição de sujeito de direitos, Andrade e Zambam realizam didática explicação:

> Sujeito de direito é um gênero que abarca sujeitos personalizados humanos (pessoas naturais/seres humanos) e personalizados não humanos (pessoas jurídicas); ainda, abarca sujeitos despersonalizados humanos (nascituros) e despersonalizados não humanos (exemplificativamente: massa falida, condomínio, herança jacente e vacante, espólio, sociedades sem personalidade jurídica[31]

Quanto aos animais, Venosa enfatiza que "as normas que almejam proteger a flora e a fauna o fazem tendo em mira a atividade do homem. Os animais são levados em consideração tão só para sua finalidade social, no sentido protetivo[32]".

---

29 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Plataforma Minha Biblioteca, p. 124.

30 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Plataforma Minha Biblioteca.

31 ANDRADE, Fernanda; ZAMBAM, Neuro José. A condição de sujeito de direito dos animais humanos e não humanos e o critério da senciência. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 11, n. 23, p. 143-171, set./dez. 2016. Disponível em: https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/20373/12957. Acesso em: 08 jan. 2020.

32 VENOSA, Silvio de Salvo, Op. Cit. p. 124.

Voltar ao índice

Novamente, há a inferiorização das demais espécies, estipulando sua existência e finalidade em torno dos seres humanos. Esse entendimento causa impacto direto nas normas protetivas dos animais, que são interpretadas com enfoque no homem e em suas atividades.

Outrossim, o Código Civil, ao deixar de especificar que tipo de pessoa é apta a adquirir direitos e contrair deveres, permitiu uma interpretação extensiva do seu dispositivo, no sentido de que todas as pessoas têm personalidade jurídica. Dentre essas pessoas, encontram-se as denominadas jurídicas, que, assim como as naturais, são dotadas de personalidade, sendo sujeitos de direitos e de deveres na ordem civil.

O instituto "pessoa jurídica", "permite que instituições públicas ou privadas sejam titulares de determinados direitos conferidos pela lei, tais como o direito ao devido processo legal, à igualdade, o direito de ação, a participação em contratos e a aquisição de bens móveis e imóveis"[33].

Desse modo, vê-se que a condição humana não é requisito determinante para se conferir direitos. Assim, portanto, a alteração do status jurídico dos animais é juridicamente possível.

A alteração da atual natureza jurídica dos animais, a fim de enquadrá-los na categoria de sujeitos de direitos na condição de entes personificados – em equiparação aos absolutamente incapazes –, seria uma hipótese de "subjetivação forte", uma vez que haveria a necessidade de se ampliar o rol do que se entende como "pessoa", o que, consequentemente, significaria "compartilhar uma condição específica que restringe automatica-

33 GORDILHO, Heron José de Santana. **Abolicionismo Animal**. Salvador: Evolução, 2008. p. 115.

mente o arbítrio de terceiros e do próprio Estado e garante uma condição privilegiada em termos de titularidade de direitos subjetivos"[34].

Desse modo, poder-se-ia dizer que a titularidade de direitos subjetivos, como o direito à vida e à integridade física, somada à restrição do arbítrio de terceiros e do Estado, traria empecilhos para o exercício de atividades econômicas, como a agropecuária, e também de práticas ditas culturais, como a vaquejada e a farra do boi, vez que nestas não há qualquer respeito à vida, nem à integridade física do animal[35].

No Brasil, tendo em vista a senciência animal, tem-se debatido, o cabimento da alteração do status jurídico de "coisa" dos animais. Tal temática tem gerado muita controvérsia, haja vista que, de um lado, há aqueles que são a favor de tal mudança, e, de outro, há os contrários, formados de maneira expressiva, pela bancada ruralista, que entende que tal mudança prejudicaria um dos setores mais fortes da economia brasileira.

Nesse sentido, o Projeto de Lei (PL) n. 27/2018, cujo escopo é estabelecer nova natureza jurídica aos animais, qual seja, a de sujeitos de direitos, de forma a garantir-lhes direitos atualmente defesos, foi originalmente proposto em 20 de novembro de 2013, sob o n. 6.799/2013, proveniente da Câmara dos Deputados. Tal Projeto encontra-se em um nível de tramitação avançado, vez que já foi aprovado pelo Senado

---

34 LOURENÇO, Daniel Braga. As propostas de alteração do estatuto jurídico dos animais em tramitação no Congresso Nacional brasileiro. **dA. Derecho Animal**, Barcelona, v. 7, n. 1, p. 01-26, mar. 2016. Disponível em: https://ddd.uab.cat/pub/da/da_a2016v7n1/da_a2016v7n1a3.pdf. Acesso em: 01 jan. 2020. p. 13.

35 BENETTI, Karina Moraes. **Análise crítica acerca da tutela penal de animais no ordenamento jurídico brasileiro.** Orientadora: Bianca Pazzini. 2019. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito)- Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2019. p. 18.

Voltar ao índice

Federal, onde teve alguns de seus dispositivos emendados, motivo pelo qual retornou à Câmara para nova apreciação.

O Projeto de Lei em questão propõe uma categoria sui generis aos animais, enquadrando-os como sujeitos de direitos na condição de entes despersonificados. Consoante disposto no seu art. 3°: "Os animais não humanos possuem natureza jurídica sui generis e são sujeitos de direitos despersonificados, dos quais devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa"[36].

Outrossim, há, ainda, uma categoria que busca inserir os animais como um ente intermediário entre coisas e pessoas, um tertium genus[37], a qual foi adotada por diversos países europeus, como Áustria, Alemanha, Suíça, Holanda, França e Portugal.

Tem-se que, no Brasil, o único Projeto de Lei que parece seguir os países europeus é o de n. 3.670/2015, originalmente proposto pelo Senado Federal, sob o n. 351/2015, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados, cujo objetivo é acrescentar parágrafo único ao artigo 82[38] e inciso IV ao artigo 83[39] do Código Civil Brasileiro, a fim de determinar que

---

36 BRASIL. **PL 27/2018**, de 19 de abril de 2018. Acrescenta dispositivo à Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a natureza jurídica dos animais não humanos. Brasília, DF: Senado Federal, 2018. Projeto de Lei em tramitação. Autor: Ricardo Izar. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg- getter/documento?dm=7729363&ts=1567535458027&disposition=inline. Acesso em: 02 jan. 2020.

37 Terceiro gênero.

38 *In verbis*: "São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social. Parágrafo único. Os animais não serão considerados coisas" (BRASIL, 2015b).

39 *In verbis*: "Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais: IV- os animais, salvo o disposto em lei especial" (BRASIL, 2015b).

Voltar ao índice

"os animais não serão considerados coisas[40]", mas serão considerados móveis, salvo o disposto em lei especial.

Nesse sentido, Gordilho afirma que "um dos principais obstáculos aos direitos dos animais têm sido a recusa dos operadores jurídicos em considerá-los capazes de defenderem em juízo seus interesses tutelados pela lei"[41].

Ainda, o autor refere que a admissão em juízo de um animal, ou de um grupo de animais, na condição de entes despersonificados, é exequível no atual sistema jurídico, mediante representação processual pelo Ministério Público, pelas sociedades protetoras, ou por guardiões – no caso de animais domésticos ou domesticados[42].

E, quanto a tal recusa, Araújo assim complementa:

> À primeira vista, o argumento de que os animais não podem defender-se juridicamente, nem representar-se sequer o que são os direitos que lhes atribuiríamos, é cruel, porque fomos nós que convencionámos a inferioridade deles com base, quer na sua inacessibilidade ao nosso sistema convencional de avaliação da coexistência, quer na crua constatação da desproporção de forças: a incapacidade que os não-humanos têm de travar uma guerra organizada contra os humanos (com a possível excepção dos vírus), face à nossa muito visível capacidade de promovermos o extermínio de espécies inteiras[43]

---

40 BRASIL. **PL 3.670/2015**, de 18 de novembro de 2015. Altera a Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para determinar que os animais não sejam considerados coisas [...]. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015. Projeto de Lei em tramitação. Autor: Antonio Anastasia. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1414939& filename=PL+3670/2015. Acesso em: 02 jan. 2020.

41 GORDILHO, Heron José de Santana. **Abolicionismo Animal**. Salvador: Evolução, 2008. p. 130.

42 GORDILHO, Heron José de Santana. Op. Cit. p. 131.

43 ARAÚJO, Fernando. **A hora dos direitos dos animais**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 300.

Voltar ao índice

No entanto, por mais que essa linha de pensamento atraia quem defende a causa animal, não vivemos em uma realidade onde isso seja factível. Os animais poderiam ser representados pelo Ministério Público, pelas sociedades protetoras ou por guardiães, mas a pecuária ainda faz parte de grande parte da economia brasileira, o que impossibilita tal avanço.

A indústria de carne impede que os ideais de Gordilho e Araújo se concretizem: animais domésticos teriam como ingressar em juízo, mas como os animais utilizados na pecuária fariam? Logicamente, sociedades protetoras e até mesmo o Ministério Público poderiam assumir esse papel. Contudo, seria uma contradição permitir que a pecuária continuasse a existir e os animais, através de um representante legal, exercessem direitos em juízo.

Apesar de existirem argumentos sustentando que os animais, assim como o absolutamente incapaz e as pessoas jurídicas, poderiam defender-se em juízo através de um representante legal, os seres humanos, em sua grande maioria, se alimentam de outras espécies, o que, como já rebatido, impossibilita o exercício dos animais em juízo.

De volta à análise do Projeto de Lei n. 27/2018, faz-se importante, neste momento, destacar a única[44] emenda aprovada pelo plenário do Senado, que acrescentou um parágrafo único ao artigo 3 – citado anteriormente –, com a seguinte redação: "A tutela jurisdicional referida no caput não se aplica aos animais produzidos pela atividade agropecuária e aos que participam de manifestações culturais registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro[45]".

---

44 Houve propostas de emenda no sentido de estabelecer que o novo regime jurídico vincularia apenas os animais de estimação; porém, não foram aprovadas.

45 BRASIL. **PL 27/2018**, de 19 de abril de 2018. Acrescenta dispositivo à Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a natureza jurídica dos animais não humanos. Brasília, DF: Senado Federal, 2018. Projeto de Lei em tramitação. Autor: Ricardo Izar. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg- getter/documento?dm=7729363&ts=1567535458027&disposition=inline. Acesso em: 02 jan. 2020.

Voltar ao índice

Assim, embora o inciso III do artigo 2° do projeto em análise reconheça, expressamente, que "os animais não humanos possuem natureza biológica e emocional e são seres sencientes, passíveis de sofrimento[46]", o parágrafo único destituiu da tutela jurisdicional os animais de produção e os destinados às atividades culturais.

Outro ponto problemático do projeto em tela é o disposto pelo seu artigo 4 , que acrescenta um novo artigo à Lei n. 9.605/1998 – Lei de Crimes Ambientais –, cuja redação é a seguinte: "O disposto no art. 82 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), não se aplica aos animais não humanos, que ficam sujeitos a direitos despersonificados[47]".

Não obstante os pontos controversos, Lourenço faz a seguinte ponderação:

> A grande virtude do projeto é a de assumir uma posição clara a respeito da natureza jurídica dos animais. O problema é que esta tomada de posição nada significará se não forem efetivamente enunciados e demarcados os direitos subjetivos que os animais supostamente titularizam. Caso isto não seja feito, tratar-se-á de apenas um rótulo mais bonito, mas com conteúdo pouco efetivo. A tendência, em princípio, pela inafastável força das instituições de exploração animal, seria fazer com que os animais estivessem formalmente vinculados à condição de sujeito, mas materialmente muito próximos da situação de objeto[48].

46 BRASIL. Op. Cit.

47 BRASIL. Op. Cit.

48 LOURENÇO, Daniel Braga. As propostas de alteração do estatuto jurídico dos animais em tramitação no Congresso Nacional brasileiro. **dA. Derecho Animal**, Barcelona, v. 7, n. 1, p. 01-26, mar. 2016. Disponível em: https://ddd.uab.cat/pub/da/da_a2016v7n1/da_a2016v7n1a3.pdf. Acesso em: 01 jan. 2020.

Voltar ao índice

Outrossim, insta referir que, para Pazzini, incluir os animais na categoria de sujeitos de direitos, mas como entes despersonificados, é medida inadequada, pelos motivos que atentamente expõe:

> [...] manter os animais como entes despersonificados, ainda que sujeitos de direitos, é manter a lógica de diferenciar seus valores intrínsecos dos valores intrínsecos humanos. Isso significa diminuir seu valor inerente, atribuindo a essas vidas valor minorado. [...]. Ocorre que, no caso dos animais, atribuir o grau de sujeito de direitos sem a personificação é criar uma falácia jurídica. Ora, parece claro que a despersonificação serve para aqueles casos em que o ente merece ser protegido mas não tem a corporalidade material (como de um humano)- como é o caso do condomínio edilício, por exemplo. Os animais têm um corpo físico a ser protegido, e uma materialidade física que os torna tão sujeitos quanto um humano[49]

Embora entenda-se como adequada a visão de Pazzini, diante do exposto, entende-se que, sob uma visão pragmática, nos atuais panoramas jurídico, social e político, o reconhecimento dos animais como sujeitos de direitos – mesmo que na condição de entes despersonalizados e com a ressalva dos animais de produção e destinados às atividades culturais – seria um avanço considerável, pensando-se a curto prazo. Afinal, tal medida traria um novo significado jurídico e, consequentemente, impactaria o modo como os operadores jurídicos pensam o Direito[50].

---

49 PAZZINI, Bianca. **Direitos Animais e Literatura**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 835.

50 BENETTI, Karina Moraes. **Análise crítica acerca da tutela penal de animais no ordenamento jurídico brasileiro**. Orientadora: Bianca Pazzini. 2019. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito)- Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2019. p. 31.

Voltar ao índice

A inserção dos temas Direitos Animais, vegetarianismo e veganismo, na sociedade brasileira, ainda é muito recente – embora estejam sendo potencializados gradativamente. Infelizmente, a maioria das pessoas ainda só possui empatia e afeição pelos animais de companhia, como cães e gatos, e consome carnes de outros animais e produtos de origem animal, sendo a sociedade como um todo extremamente especista e conservadora. Desse modo, precisa-se, inicialmente, de uma mudança no modo como a maior parte da sociedade percebe os animais, a fim de que esta possa pressionar os três Poderes Estatais, para que se garanta igual tratamento a todos os animais vertebrados.

3.5. Considerações finais

A decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, apesar de acarretar a condenação do agente, sendo a pena de restrição de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade e ao pagamento de dez dias multa, observa-se, inclusive pela estrutura da defesa apresentada, que a norma penal prevista na Lei de Crimes Ambientais não é levada a sério. Não há como afirmar que exista, de fato, efetividade na repressão penal do delito de maus-tratos.

A norma constitucional prevista no art. 225, § 1°, inciso VII, demonstra a existência de preocupação com a integridade física dos animais, uma vez que veda práticas cruéis. Nesse sentido, a Constituição Federal, estipulou o meio ambiente como direito fundamental. Logicamente, essa opção legislativa deu-se em um viés antropocêntrico. Contudo, pensando na sociedade de 1988 – ano de promulgação da Carta Magna- e até mesmo na atual conjuntura, para o meio ambiente – expressão que inclui a fauna – não foi de todo mal estar no rol dos direitos fundamentais e ter proteção assegurada em detrimento dos seres humanos. Se utilizando de

uma visão antropocêntrica para a proteção ambiental o meio ambiente já não recebe a proteção fática necessária, logicamente, se não tivesse essa proteção – de direito fundamental – menos protegido ele seria.

Nesse intuito de proteção jurídico-penal do meio ambiente é que foi editada a Lei de Crimes Ambientais. No entanto, na prática se verifica que a aplicação da Lei penal não segue a diretriz imposta pela Constituição Federal, uma vez que a pena prevista para os crimes de maus-tratos é excessivamente baixa e insignificante se comparada a prática do delito.

Entende-se, no entanto, que as penas muito baixas também ocorrem devido ao posicionamento civilista que coisifica os animais. O Projeto de Lei n. 27/2018, que se encontra em tramitação, estabelece que os animais deixam se ter status jurídico de coisa e passam a ter natureza jurídica sui generis. A aprovação deste Projeto de Lei traz esperança que os animais passem a ter mais uma defesa jurídica em caso de maus-tratos, uma vez que seriam reconhecidos como sencientes.

Contudo, existe a possibilidade de o projeto apenas proporcionar uma classificação mais agradável aos ouvidos dos seres humanos, não acarretando mudanças na prática, principalmente se levado em consideração a importância dos animais utilizados na pecuária.

Todavia, o direito penal ambiental, mais especificamente a proteção dos animais contra a crueldade, de fato, é simbólica. Ressalta-se que não se está buscando colocar os animais em igualdade de proteção penal que os seres humanos. Porém, é preciso maior proporcionalidade nas penas, a fim de que não sejam irrisórias frente aos maus-tratos sofridos pelos animais.

Assim, se realmente se deseja tutelar os animais de forma efetiva, especialmente em matéria penal, são necessárias alterações legislativas relacionadas à proteção animal. Não há como proteger efetivamente os

animais de maus-tratos com uma legislação que falha no âmbito penal e civil. A partir do momento que um animal teve sua vida ou integridade física violada por maus-tratos, é extremamente incoerente considerar a visão antropocêntrica de que a sociedade foi vítima do delito.

Num mundo ideal, os animais não seriam tratados como coisas ou propriedade; a sociedade seria vegana, de forma que a pecuária deixaria de ser prioridade, e, consequentemente, os animais não seriam explorados. No entanto, é preciso diferenciar o que é possível ser conquistado e alcançado pela sociedade atual e o que é uma utopia para a realidade.

O reconhecimento da senciência animal através da provável alteração do Código Civil- Projeto de Lei n. 27/2018 –, demonstra que avanços estão sendo fomentados. A Lei de Crimes Ambientais pede por penas mais rigorosas aos infratores, mas o mais importante é que para iniciarmos a caminhada em direção a utopia supramencionada, é necessário consciência da coletividade, porque de nada adianta a imposição de normas em uma sociedade que não quer mudanças.

Voltar ao índice

II. ANOTAÇÕES A ACÓRDÃOS DO **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Voltar ao índice

Anotação ao acórdão do Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial Nº 1.784.755/MT, de 17 de Setembro de 201, Processo Nº 2017/0160480-4[1]

MARIANNA COUTO SILVA SOBREIRA LOPES[2]

1. INDICAÇÃO DO ASSUNTO

Transporte Ilegal de Madeira/Apreensão de Toda Mercadoria/Ponderação e Proteção Ambiental Efetiva

2. INDICAÇÃO DA EMENTA

Processo civil. Ambiental. Recurso especial. Apreensão de madeira transportada irregularmente. Inobservância dos limites contidos na guia de autorização de transporte. Liberação da quantidade

1 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.784.755/MT, Relator: Min. Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 17/09/2019, DJ-e 01/10/2019. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/> Último acesso em 30/01/2020.

2 Mestre em Direito na área de Ciências Jurídico-Ambientais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Assessora Jurídica da Secretaria Municipal de Meio Ambiente de Nova Lima/Minas Gerais.

Voltar ao índice

autorizada. Aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Descabimento. Efeito dissuasório da legislação. Recrudescimento da atividade fiscalizatória. Recurso a que se dá provimento.

1. Discute-se na ação mandamental a legalidade do auto de infração lavrado por Fiscal do Ibama que determinou a apreensão de toda a madeira transportada, haja vista a discrepância entre a respectiva guia de autorização e a quantidade efetivamente contida no veículo.

2. A efetividade da política de preservação do meio ambiente, especialmente no momento em que a comunidade internacional lança os olhos sobre o papel das autoridades públicas brasileiras no exercício de tal mister, atrai para o Judiciário o dever de interpretar a legislação à luz de tal realidade, recrudescendo a proteção ambiental e a correspondente atividade fiscalizatória.

3. A legislação ambiental estabelece como efeito imediato da infração a apreensão dos bens e instrumentos utilizados na prática do ilícito ambiental. Tendo o infrator sido flagrado transportando madeira em desconformidade com a respectiva guia de autorização, não é possível que o Judiciário flexibilize a sanção prevista na lei e determine a liberação da quantia anteriormente permitida. Tal postura compromete a eficácia dissuasória inerente à medida, consistindo em incentivo, sob a perspectiva da teoria econômica do crime, às condutas lesivas ao meio ambiente.

4. Os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade, no âmbito das sanções ambientais, encontram-se frequen-

temente associados à comparação entre o valor econômico do instrumento utilizado no ilícito e à extensão do dano ambiental. Sob esse contexto, uma singela diferença entre as quantidades autorizadas na guia de transporte e aquelas efetivamente transportadas deveria acarretar penalidades mais brandas por parte da autoridade competente. Contudo, tal raciocínio realizado de forma estanque desconsidera a potencialidade danosa da conduta sob uma perspectiva global, isto é, sob a ótica da eficácia da lei ambiental e da implementação da política de defesa do meio ambiente.

5. A técnica de ponderação de interesses deve considerar a especial proteção jurídica conferida à preservação ambiental, de modo que os interesses meramente individuais relacionados à livre iniciativa e à proteção da propriedade devem ceder em face da magnitude dos direitos difusos tutelados.

6. A aferição da extensão do dano ambiental é tarefa deveras complexa, pois não se limita a avaliar isoladamente o quantitativo que excedeu a autorização de transporte de madeira previsto na respectiva guia. O equilíbrio ecológico envolve um imbricado esquema de relações entre seus diversos componentes, de modo que a deterioração de um deles pode acarretar reflexos imprevisíveis aos demais. Nesse sentido, a gravidade da conduta de quem transporta madeira em descompasso com a respectiva guia de autorização não se calcula com base no referido quantitativo em excesso. Sobredita infração compromete a eficácia de todo o sistema de proteção ambiental,

seja no tocante à atividade de planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais, seja quanto ao controle das atividades potencial ou efetivamente poluidoras, seja no que diz respeito à proteção de áreas ameaçadas de degradação. Logo, a medida de apreensão deve compreender a totalidade da mercadoria transportada, apenando-se a conduta praticada pelo infrator e não apenas o objeto dela resultante.

7. Recurso especial a que se dá provimento.

3. DESCRIÇÃO SUMÁRIA DOS FATOS DO CASO

Apresenta-se, inicialmente, breve síntese dos fatos para melhor compreensão acerca do comportamento dos tribunais brasileiros sobre o tema, bem como do percurso processual que culminou com a alteração do entendimento pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, que se encontrava consolidado.

Na origem, trata-se de mandado de segurança impetrado em 13 de abril de 2009 na Justiça Federal - art. 109, inciso I, da CF/88, pela empresa A. Mello Comércio e Indústria Ltda. e outros, contra ato decorrente do poder de polícia do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA.

A empresa foi autuada em 09 de abril de 2009 pelo agente do IBAMA por transportar madeiras serradas e essências diversas em desacordo com a nota fiscal e com a licença de transporte que possuía. A nota fiscal

da mercadoria e a guia de transporte[3] indicavam o total de 37,120 m³ de madeira, enquanto a carga efetivamente transportada perfazia a quantia de 41,597 m³, segundo medição da fiscalização. Em razão da diferença de 4,477 m³ de madeira, ou seja, pouco mais de 10% da carga total de 41,597 m³, procedeu-se a apreensão da carga e dos veículos que realizavam o transporte, além da aplicação de multa.

Os autos foram distribuidos para 1ª Vara de Rondonópolis e a sentença foi proferida em 07 de maio de 2009, sem exame de mérito, sob fundamento de "falta de interesse processual – perda de objeto", em razão do entendimento do juízo que a madeira apreendida está relacionada com a prática de crime ambiental tipificado na Lei Federal nº 9.605/98, sendo o caso vinculado ao juízo criminal competente - Juízo Estadual de Alto Garças/MT. Assim, o remédio processual adequado seria o pedido de restituição, conforme art. 118 e seguintes do CPP.

Em 03 de junho de 2009, foi interposta apelação pela empresa impetrante, no âmbito da qual sustentou-se que a competência, ao contrário do entendimento adotado na sentença, seria da Justiça Federal. No mérito, aduziu que a autuação sofrida foi arbitrária, sendo desproporcional a sanção de perda da carga total e apreensão do veículo utilizado no transporte, e que o auto de infração não apresentava fundamentação adequada. Em 13 de novembro de 2009 foram apresentadas as contrarrazões

3 A título de elucidação, Documento de Origem Florestal – DOF é a nomeclatura técnica utilizada para denominar a guia de autorização para transporte de madeira, instituído pela Portaria n° 253, de 18 de agosto de 2006, do Ministério do Meio Ambiente. Tal guia constitui-se na licença obrigatória para o transporte e armazenamento de produtos florestais de origem nativa, nos termos do art. 36 da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012 - Código Florestal Brasileiro. E, ainda, as regras de procedimento do DOF estão previstas na Instrução Normativa Ibama nº 21, de 23 de dezembro de 2014, alterada pela Instrução Normativa Ibama nº 9, de 12 de dezembro de 2016. BRASIL. IBAMA. Disponível em: <http://www.Ibama.gov.br/flora-e-madeira/dof/o-que-e-dof#sobreodof> Último acesso em 21/01/2020.

Voltar ao índice

pelo IBAMA, e a remessa ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região- TRF1 ocorreu em 19 de novembro de 2009.

Em 06 de abril de 2016, a Quinta Turma do TRF1 decidiu, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação da parte impetrante para conceder a segurança quanto ao pedido de liberação de 37,120 m³ da carga apreendida pela fiscalização ambiental. Para tanto, utilizou como fundamento o princípio da proporcionalidade, na medida em que parte da carga estava devidamente autorizada pela guia de transporte, sendo mantida a apreensão quanto ao excedente.

O IBAMA opôs embargos declaratórios[4] ao acórdão alegando ser o julgado omisso por deixar de levar em consideração o disposto nos artigos 25, caput, e 46, parágrafo único, da Lei Federal nº 9.605/98, e 47, parágrafo 3º, do Decreto Federal nº 6.514/08, que amparam integralmente a apreensão da totalidade da madeira transportada ou comercializada. Segundo a autarquia seria muito mais coerente com o espírito da lei o perdimento completo da madeira, ainda que parte dela conte com licen-

4 Interessante trazer à baila um trecho da fundamentação do voto do relator que rejeitou os embargos opostos ao acórdão da Quinta Turma do TRF1, de 06 de abril de 2016: O acórdão embargado, sem conter qualquer omissão, contradição ou obscuridade, foi expresso em concluir, em atenção ao princípio da proporcionalidade, pela ilegitimidade de apreensão de toda a madeira transportada, quando a maior parte dela se encontrava devidamente autorizada por guia de transporte. Sendo certo que, à luz do entendimento assente firmado sob império do Código de Processo Civil de 1973, do juiz não se exige resposta para todos os fundamentos deduzidos pelas partes, mas tão só a explicitação dos que tem por necessários à solução da controvérsia, e sendo certo, outrossim, que o embargante, em última análise, se limita a insistir com seu entendimento em contrário ao sustentado no aresto, já se vê, sem dificuldade, que a pretexto de ver sanadas omissões, inexistentes, busca ele, em verdade, rediscutir as premissas jurídicas do decidido, com propósito de obter melhor sorte no resultado do julgamento, procurando assim imprimir ao recurso nítida feição infringente, de todo incompatível com sua natureza apenas declaratória. BRASIL. Tribunal Regional Federal Da Primeira Região. Embargos De Declaração Na Apelação E Reexame Necessário Nº. 0000253-66. 2009.4.01.3602/MT, Relator: Des. Carlos Moreira Alves, Quinta Turma, julgado em 06/04/2016. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/numeroProcesso.php?secao=TRF1&enviar=ok> Último acesso em 23/01/2020.

Voltar ao índice

ça de transporte, na medida em que castigo mais severo seguramente intimida mais os infratores do que penalidades brandas.

Em 05 de outubro de 2016, o IBAMA interpôs recurso especial a alegar violação aos arts. 25 e 46 da Lei Federal nº 9.605/98, bem como ao art. 47, §3º, do Decreto Federal nº 6.514/08. Afirmou que a apreensão da totalidade da madeira não configura medida desproporcional, uma vez que teria o objetivo de coibir fraudes praticadas por alguns madeireiros que se valem de guias florestais parcialmente válidas para transportar outras madeiras de forma irregular.

O recurso especial foi inadimitido em 24 de fevereiro de 2017, com o fundamento de que o exame de suposta violação a decreto é vedado, por não se enquadrar no conceito de lei federal, na forma do art. 105, inciso III, alínea "a", da CF/88. Da mesma forma, fundamentou-se que o reexame de fatos e provas é incompatível com a via eleita conforme comando contido na Súmula 7 do STJ.

Após, em 22 de março de 2017 o IBAMA interpôs agravo à decisão denegatória do recurso especial, reiterando a sua argumentação. O Relator, Ministro Og Fernandes, em decisão monocrática, não conheceu do agravo em recurso especial, expondo, na decisão monocrática publicada em 04 de outubro de 2017, que a parte insurgente não teria impugnado os fundamentos da decisão agravada, não realizando o necessário cotejo entre o acórdão recorrido e a argumentação trazida no recurso especial que pudesse justificar o afastamento do referido óbice processual - incidência do disposto no art. 932, inciso III, do CPC (correspondente ao art. 544, §4º, inciso I, do CPC/73). Suscitou ainda, o art. 253, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno do STJ, segundo o

qual "não se conhecerá do agravo em recurso especial que não tenha impugnado especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida[5]".

Contra a decisão do relator, o IBAMA opôs agravo interno. Ainda em sede monocrática, o relator entendeu que, diversamente do que havia decido anteriomente, teria havido sim a impugnação dos fundamentos da decisão que inadmitiu o recurso especial, cabendo o afastamento do referido enunciado sumular, sendo, portanto, possível o exame do recurso especial. A decisão monocrática proferida pelo relator Ministro Og Fernandes publicada em 30 de outubro de 2018 tornou nula a decisão agravada, para conhecer do agravo e determinou sua conversão em recurso especial.

Finalmente, em 1º de outubro 2019, a 2ª turma do STJ julgou o Recurso Especial objeto da presente análise, para reformar o acórdão proferido pelo TRF1 e denegar a segurança, a despeito do parecer do Ministério Público Federal pelo não conhecimento com base na Súmula 7 do STJ.

Os fundamentos do voto do relator Ministro Og Fernandes foram no sentido de recrudescer a proteção ambiental e a correspondente atividade fiscalizatória em atenção à efetividade da política de preservação do meio ambiente, visto que: "A medida de apreensão da totalidade da carga transportada consiste em importante mecanismo para a tutela do meio ambiente, em razão do efeito dissuasório imediato que produz sobre o infrator ou aquele que contribuiu para a prática da conduta ilícita[6]".

No que tange aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade para a aplicação da sanção ambiental, houve também a alteração do enten-

---

5 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.784.755/MT, Relator: Min. Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 02/10/2017, DJ-e 04/10/2017. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/> Último acesso em 30/01/2020.

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1.784.755/MT, Relator: Min. Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 26/10/2018, DJ-e 30/10/2018. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/> Último acesso em 30/01/2020.

Voltar ao índice

dimento, tendo assim se manifestado o relator: "Na situação em debate, tem-se, de um lado, a proteção do patrimônio daquele flagrado com quantidade de madeira em descompasso com a autorizada e, de outro, a magnitude dos direitos e interesses difusos em matéria ambiental, bem como a própria efetividade da legislação de proteção ao meio ambiente[7]". Assim, a extensão do dano ambiental da infração em análise não se calcula com base no referido quantitativo em excesso e sim no comprometimento da eficácia de todo o sistema de proteção ambiental.

Em que pese a oposição de embargos de declaração pela empresa contra acórdão que deu provimento ao recurso especial manejado pelo IBAMA, estes foram rejeitados pela Turma, por unanimidade, em decisão publicada no dia 12 de dezembro de 2019 em razão da preclusão consumativa, pela descabida inovação recursal, bem como pela vedação em rediscutir a matéria na estreita via aclaratória.

4. COMENTÁRIO

4.1 Revisão jurisprudencial – Alteração de entendimento pela segunda turma do STJ em razão do prestígio à efetividade da política nacional de meio ambiente – obediência ao princípio constitucional do devido processo legal substancial

Ao analisar as razões e os fundamentos das decisões proferidas pelos tribunais ao longo dos últimos anos, que formavam a jurisprudência consolidada acerca da matéria de extração ilegal de madeira, percebe-

7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1.784.755/MT, Relator: Min. Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 26/10/2018, DJ-e 30/10/2018. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/> Último acesso em 30/01/2020.

se a dificuldade dos órgãos ambientais do poder executivo em ter suas demandas reconhecidas pelo judiciário. A alteração de entendimento da Segunda Turma do STJ em relação às sanções ambientais aplicadas pelos agentes públicos, expressa no acórdão do REsp nº 1784755/MT em análise, nomeadamente no reconhecimento da legalidade da medida administrativa sancionadora de apreensão da totalidade da madeira transportada irregular, quando houver diferença entre o autorizado no DOF e a carga efetivamente transportada, fortalece não só a fiscalização ambiental como privilegia todo sistema nacional de tutela do meio ambiente.

Segundo entendimento que vigorava até recentemente, a sanção administrativa deveria ser aplicada somente à margem irregular, não podendo ser consequência de atos lícitos mesmo que praticados concomitantemente com atos ilícitos. Por isso, os veículos, que transportavam as madeiras autorizadas e as madeiras irregulares, bem como o volume não autorizado, eram liberados e a multa imposta era reduzida, sendo calculada apenas sob o excedente por determinação judicial. O judiciário, portanto, suavizava as penalidades aplicadas pelas autoridades competentes aos infratores. Neste sentido, colaciona-se da jurisprudência trecho do exposto no acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5 citado no REsp nº 1376162/CE [8]:

> (...)
>
> 3. O § 3º do art. 47 do Decreto nº 6.514 determina a autuação sobre a totalidade da mercadoria, entretanto, a jurisprudência orienta-se no sentido de determinar a apreensão das madeiras transportadas sem autorização dos órgãos competen-

8 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1376162 CE 2013/0085329-6, Relator: Ministra Assusete Magalhães, Data de Publicação: DJ 27/03/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/> Último acesso em: 30/01/2020.

Voltar ao índice

tes, sobre as quais deve ser calculada a multa administrativa, incidindo as conseqüências legais apenas sobre o excesso verificado na mercadoria autorizada. (AC- 464519, Des. Federal Margarida Cantarelli, Quarta Turma, DJE em 26/03/2009) e (AC - 491218, Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, Terceira Turma, DJE em 07/05/2010).

4. O § 4º do mesmo artigo de lei determina, que o agente autuante promoverá a autuação considerando o volume integral de madeira que não guarde correspondência com aquele autorizado pela autoridade ambiental competente, do que se pode deduzir que havendo madeira licitamente transportada, não haveria cabimento de ser incluída no procedimento administrativo, devendo as mesmas ser liberadas, enquanto as ilícitas, em se tratando de madeiras, devem ser avaliadas e doadas, conforme dispõe o item II do art. 107 do decreto acima referenciado.(AC- 200336000069985, Juiz Federal Pedro Francisco da Silva, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, DJF1 em 09/04/2010). (grifo nosso)

O entendimento em questão se viu por muito tempo estanque em razão do óbice, de cunho processual, identificado na dificuldade dos tribunais superiores em atacar a matéria de fundo, visto que pela inteligência da Súmula 7 do STJ, o reexame de provas é vedado em sede de Recurso Especial. Logo, a análise da matéria fático-probatória, para verificar-se se a aplicação de multa e a apreensão do veículo e da madeira em sua totalidade não configurariam medida desproporcional, era descartada.

Vislumbra-se, em alguns momentos, um flerte do STJ com a argumentação trazida pelo órgão ambiental. Muito embora não tenha sido conhecido o recurso exatamente pela aplicação da Súmula 7 do STJ, o

voto do relator Ministro Herman Benjamin no REsp 1651673/RR[9] admite a razoabilidade da tese do IBAMA de que é possível a apreensão da totalidade da carga quando a madeira transportada regularmente é usada para acobertar madeiras em desacordo com a legislação ambiental.

> Processual civil. Transporte de madeira. Parte regular e parte irregular. Utilização da madeira regular como acobertamento da irregular. Apreensão total. Possibilidade, em tese. Situação não constatável nos autos. Revisão do entendimento do tribunal de origem. Reexame da matéria fático-probatória. Impossibilidade. Incidência da súmula 7/stj. 1. Não obstante a razoabilidade da tese do Ibama de que é possível a apreensão da totalidade da carga quando a madeira transportada regularmente é usada para acobertar madeiras em desacordo com a legislação ambiental, na presente hipótese não é possível abstrair tais conclusões. 2. A pretensão de revisão do entendimento proferido na origem acerca da regularidade de parte das madeiras transportadas implica, no caso, reexame da matéria fático-probatória dos autos, o que é vedado em Recurso Especial, conforme Súmula 7/STJ. 3. Recurso Especial não conhecido. REsp 1651673 / RR - 2016/0321971-5 Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN (1132) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 16/03/2017 Data da Publicação/Fonte DJe 24/04/2017. (grifo nosso)

Fundamentações sumulares diversas eram utilizadas para o não conhecimento e não admissibilidade dos recursos, como: a aplicação por analogia da Súmula 284 do STF, que inadmite o recurso quando a parte não aponta de forma clara o vício em que teria incorrido o acórdão impug-

9 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1651673 / RR- 2016/0321971-5 Relator(a) Ministro Herman Benjamin (1132) Órgão Julgador T2- SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 16/03/2017 Data da Publicação/Fonte DJe 24/04/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/> Último acesso em: 30/01/2020.

Voltar ao índice

nado, não permitindo a exata compreensão da controvérsia; a Incidência da Súmula 211 do STJ que se refere à inadmissibilidade do recurso especial em razão de questão inapreciada pelo tribunal de origem, a despeito da oposição de embargos declaratórios, ausência de prequestionamento; a inteligência da Súmula 283 do STF utilizada por analogia, quando o recurso não abrange todos os fundamentos da decisão recorrida, bem como a Súmula 182 do STJ que inadmite o agravo do art. 545 do CPC, que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada[10].

Recorrente também a fundamentação de invasão à competência do STF quando o tribunal de origem tiver decidido a questão com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo o entendimento do STJ de não apreciar a matéria de cunho eminentemente constitucional.

Contudo, a partir de uma aparente conscientização e melhor reflexão sobre o tema pelos ministros, deu-se a mudança de entendimento, observada mais claramente no acórdão do REsp nº 1784755/MT, mas já percebida quando, em análise sob a perspectiva processual, o relator examina o agravo interno interposto pelo IBAMA e reconsidera a própria decisão anterior de não conhecimento. Assim, em sede de exame do agravo interno, admite, ainda que timidamente, a presença de impugnação dos fundamentos da decisão que inadmitiu o recurso especial, afastando a súmula para conhecer do recurso[11].

---

10 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.463.762/RO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 17/11/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/> Último acesso em: 30/01/2020.

11 "Há de se reconhecer que, ao menos superficialmente, houve o necessário combate à negativa do apelo extremo, o que justifica o conhecimento do agravo, revendo-se a decisão combatida. Ante o exposto, torno nula a decisão agravada, para conhecer do agravo e determinar sua conversão em recurso especial". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.784.755/MT, Relator: Min. Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 17/09/2019, DJ-e 01/10/2019. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/> Último acesso em 30/01/2020.

Voltar ao índice

Desta forma, ultrapassadas as questões processuais, a revisão jurisprudencial para melhor interpretação da norma substantiva em matéria ambiental permite o aprofundamento da análise pelo tribunal do contexto de fundo, que é o combate ao desmatamento ilegal e de todas infrações decorrentes. Valida-se, assim, a atuação estratégica das autoridades ambientais competentes em um dos momentos da comercialização da madeira – o transporte. Esse marco representa uma contribuição expressiva para a continua concretização do Estado do Ambiente e não mais em um óbice para fiscalização ambiental, resultado do constante desenvolvimento do Direito Ambiental.

Verifica-se, no julgado sob comento, uma preocupação legítima do relator e dos outros membros da Corte em relação à persecução da efetividade da Política Nacional do Meio Ambiente em razão da relevância do bem jurídico tutelado, dando-se uma maior atenção ao direito material envolvido. Consagra-se a opinião da comunidade internacional, atraindo o foco para questões hodiernamente discutidas em sede de direito internacional do ambiente. A decisão reflete uma atenção que transcende o ambiente eminentemente interno, visto que o desmatamento ilegal representa não só a devastação ao bioma local, sendo uma das principais causas de alterações climáticas no mundo.

As razões do acórdão expõem a busca por maior efetividade na aplicação e cumprimento da legislação de proteção ambiental, visto que a eficácia social[12] da norma é alcançada quando as sanções administrativas

12 O conceito de efetividade se confunde com o de eficácia social "A validade de uma norma de direito pode ser vista sob três aspectos: o da validade formal ou técnico-jurídica (vigência), o da validade social (eficácia ou efetividade) e o da validade ética (fundamento)". "Fácil é perceber que a apreciação ora feita sobre vigência, eficácia e fundamento vem comprovar a já assinalada estrutura tridimensional do Direito, pois a vigência se refere à norma; a eficácia se reporta ao fato, e o fundamento expressa sempre a exigência de um valor". "A eficácia se refere, pois, à aplicação ou execução da norma jurídica, ou por outras palavras, é a regra jurídica enquanto momento da conduta humana. A sociedade deve viver o Direito e como tal reconhecê-lo. Reconhecido o Direito, é ele incorporado à maneira de ser e de agir da coletividade". REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 87 a 93.

Voltar ao índice

pelo seu incumprimento forem executáveis e tiverem capacidade dissuasória o suficiente para afastar o ilícito. Assim, a efetividade se manifesta com a concretização do comando normativo no mundo dos fatos, com o devido desempenho de sua função social.

Há, ainda, a conformação da situação ao princípio do devido processo legal, disposto no art. 5º, inciso LIV da CF/88, especialmente na sua perspectiva substancial – acerca da salvaguarda do direito substantivo, material,[13] que se constitui pela justa ponderação e adequação dos referenciais na utilização dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Em outro recente precedente do STJ – REsp nº 1084396/RO, cujo tema se refere à apreensão de veículo utilizado no transporte irregular de madeira, hipótese semelhante à ora debatida, o Ministro Og Fernandes ressaltou, novamente, em seu voto a importância do poder judiciário não representar um entrave à eficácia da legislação ambiental podendo comprometer, assim, todo o sistema da Política Nacional. A mesma preocupação pode ser vislumbrada nos votos do Ministro Mauro Campbell Marques no REsp nº 1.133.965/BA julgando caso semelhante ao presente, e no REsp 730.034/PA, que analisou a situação de doação de produtos da infração de extração ilegal de madeira – disciplinada pelo art. 25, §2º, da Lei Federal nº 9.605/98.

Ao aprofundar a seguir nas razões elencadas pelo relator em seu voto para legitimar o recrudescimento da atividade fiscalizatória destacam-se dois pontos que merecem atenção: a eficácia dissuasória da legislação ambiental baseada na Teoria Econômica do Crime; e a devida interpretação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação das sanções administrativas em relação à extensão do dano ambiental ocorrendo a ponderação e proteção ambiental efetiva.

---

13 Atualmente o princípio do devido processo legal é analisado sob duas óticas; formal – das garantias processuais e substancial – interpretação das normas jurídicas. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* – Volume único. 9. Ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 174.

Voltar ao índice

4.2. Eficácia dissuasória da legislação ambiental baseada na teoria econômica do crime

A eficácia dissuasória da legislação ambiental é um fundamento importante do acórdão em comento, visto que a limitação da penalidade apenas ao excedente da carga considerada ilícita incentiva ainda mais a clandestinidade. Ao admitir que, nesse panorama, a prática da conduta irregular compensaria financeiramente, o relator decidiu rever o seu posicionamento e manter a penalidade aplicada pelo IBAMA. A ideia é desestimular as práticas nocivas aos valores latentes de Direito Ambiental. Utilizar a coerção administrativa não só com o fim de penalizar a conduta infracional mas para influenciar os comportamentos futuros demonstrando que o ilícito não vale, literalmente, a pena.

Aplicando-se a lógica de mercado nas estratégias da fiscalização para melhor dissuasão, quanto maior for a vantagem econômica a ser obtida pelo infrator no cometimento do ilícito em relação aos custos das penalidades aplicadas, menor será a chance de evitar o desmatamento ilegal. Por outro lado, adotar medidas administrativas como as do caso em tela de apreender integralmente os instrumentos, produtos e subprodutos da infração, corrobora com a descapitalização e desestruturação do infrator, ao menos momentaneamente, dificultando e desestimulando a execução de novo ilícito em razão do cálculo de seu custo-benefício.

Nessa ótica, segundo o relator, baseando-se na Teoria Econômica do Crime Ambiental, a aplicação da sanção de apreensão além de estar prevista expressamente na legislação como medida imediata à constatação da infração, possui o condão de gerar efeitos diretos e instantâneos ao infrator. Isso porque não há necessidade de aguardo do trânsito em julgado do processo administrativo para a penalidade ser efetivada. Assim, o prejuízo financeiro é sentido rapidamente pelo infrator impactando diretamente a sua conduta.

Voltar ao índice

Segundo o precursor da teoria, Gary Becker, a análise dos custos e benefícios de um ilícito advém de uma escolha racional da pessoa e para tanto, apresenta-se uma de suas fórmulas acerca do cálculo de eficiência para demonstrar a probabilidade no cometimento de uma ofensa por um indivíduo[14]:

> EUj = Pj . Uj (Yj – Fj) + (1 – Pj) Uj (Yj)
>
> Utilidade Esperada pelo delito = Probabilidade de Condenação * Função Utilidade (Renda Monetária do indivíduo ou vantagem monetária psíquica de uma ofensa – Equivalência monetária da punição) + (1 – Probabilidade de Condenação) Função Utilidade (Renda Monetária do indivíduo ou vantagem monetária psíquica de uma ofensa)

Assim, se restar demonstrado que o proveito econômico da prática da infração for maior que os riscos e os seus custos, o indivíduo tende a decidir pela sua realização. Logo, se os lucros esperados com o ilícito forem maior do que o risco das sanções, fica comprovado o baixo efeito dissuasório da norma. Aponta-se outra explanação da fórmula no formato numérico com base na Teoria Econômica do Crime para avaliar os efeitos das sanções administrativas sobre a conduta dos indivíduos[15]:

> Se fizermos a seguinte quantificação das variáveis para determinado evento: Pj = 0,05 (5% chance de ser pego), logo a chance (1- Pj) de não ser pego é 0,95 (95% de chance de escapar), se o prêmio pelo sucesso for Y = R$ 10.000,00. Se for pego, a

14 BECKER, Gary apud STEIN, Luís Gustavo; WEDY, Miguel Tedesco. *A análise econômica do direito penal entre possibilidades e limitações.* Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 148/2018 | p. 97- 130 | Out / 2018 DTR\2018\19793. p. 106 a 108.

15 BRENNER, Geraldo apud STEIN, Luís Gustavo; WEDY, Miguel Tedesco. *A análise econômica do direito penal entre possibilidades e limitações*. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 148/2018 | p. 97- 130 | Out / 2018 DTR\2018\19793. p. 106 a 108.

Voltar ao índice

> pena é de R$ 2.000,00. Valeria a pena praticar este crime se os princípios morais do agente forem fracos? O cálculo matemático mostra que sim, pois a utilidade esperada deste evento é muito positiva (R$ 9.900): EUj = 0,05 (10.000- 2.000) + 0.95 (10.000) = R$ 9.900,00. O indivíduo cometerá uma agressão delituosa se a utilidade esperada for positiva, e não o fará se proceder racionalmente, quando ela for negativa.

Obviamente que as fórmulas explicitadas deverão ser entendidas como projeções, passíveis de ser incluídas inúmeras variáveis para subsumir ao caso concreto, mas pela perspectiva do efeito dissuasório, as medidas administrativas de um alto custo econômico possui o condão de desestimular a prática delituosa, tanto para o infrator em novas investidas, quanto para terceiros.

Em virtude da decisão ter expressamente prestigiado a eficácia do sistema de proteção ambiental e sendo a dissuasão um dos efeitos do poder sancionador, se constituindo em um de seus instrumentos, pertinente se faz trazer à baila os dispositivos presentes na legislação ambiental utilizados na análise do caso concreto.

Analisando o plexo normativo atinente à questão, observa-se que a apuração de infrações administrativas e a imposição de sanções decorrem do exercício do poder de polícia repressivo da autoridade ambiental competente. Neste sentido, o Código Tributário Nacional- CTN[16], em seu art. 78, traz o conceito tradicional de poder de polícia:

> "Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de inte-

16 BRASIL. Lei nº 5.172, de 25/10/1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm> Último acesso em 30/01/2020.

Voltar ao índice

> resse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.
>
> Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder".

Criticando o referido conceito, Binenbojm expressa que a sociedade contemporânea vem exigindo uma abordagem mais ampla dessa clássica de segurança, tranquilidade e salubridade pública, evoluindo para abarcar a possibilidade do Estado fornecer incentivos para adoção de condutas esperadas e não somente a atuação fiscalizatória repressiva para desestimular as condutas ilícitas. Assim, abre-se o campo ao direito administrativo ordenador, que se caracteriza por "(...) um conjunto de regulações sobre a atividade privada, que erigem um sistema de incentivos voltados à promoção de comportamentos socialmente desejáveis e ao desestímulo de comportamentos indesejáveis, de acordo com os objetivos políticos-jurídicos pré-determinados[17]".

Entretanto, tradicionalmente, a responsabilidade administrativa ambiental advém do poder de polícia e foi instituída pelo art. 14 da Política Nacional do Meio Ambiente, implementada pela Lei Federal nº 6.938/1981. Poderá ser identificada em atos normativos ou concretos, com o fim de condicionar a liberdade e a propriedade de indivíduos, mediante atuação preventiva ou repressiva, usualmente por meio de ações fiscalizatórias[18].

---

17 BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político - jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador.* Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 70 e 71.

18 SILVA, Tatiana Fernandes Dias da. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: SESES, 2016 p. 353.

Voltar ao índice

Assim, o Estado, no exercício desse poder, com base no princípio da predominância do interesse público sobre o particular, deverá conciliar o conflito entre direitos e liberdades de indivíduos ou grupos de indivíduos[19].

Observa-se, ainda, que a responsabilidade administrativa encontra fundamento no art. 225, §3º, da CF/88 e autoriza concomitantemente a responsabilização civil e penal no ordenamento pátrio: "As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados". O atual entendimento do STJ é pela desnecessidade da conclusão do processo administrativo para a deflagração da persecução penal[20] ou civil, em razão da autonomia entre si.

Portanto, o mesmo bem jurídico ambiental poderá ser tutelado simultaneamente pelas esferas administrativa, civil e penal. Sendo essa particularidade um grande instrumento dissuasório de condutas lesivas ao meio ambiente.

Neste sentido, convém trazer a definição legal de infração administrativa ambiental disposta no art. 70 da Lei Federal nº 9.605/98, in verbis: "Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente". Podendo ser aplicada a qualquer poluidor, pessoa física ou jurídica[21], de direito público ou privado, que por ação ou omissão viole a tutela jurídica dos bens ambientais.

---

19 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2018, p. 335.

20 "A tramitação de processo administrativo não impede a instauração de ação penal quando constatada a suposta ocorrência de delito ambiental, dado o princípio da independência de instâncias que vigora no sistema jurídico pátrio" (STJ, RHC 31.948/MG, rel. Min. Jorge Mussi, DJe 12.03.2013). GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio Luiz. *Lei de Crimes Ambientais: comentários à Lei 9.605/1998* / – 2. ed. rev., atual. e ampl., – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 29 e 30.

21 Conforme disposto no art. 3.º da Lei Federal nº 9.605/98, as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente.

Voltar ao índice

Nota-se como os tipos definidos na Lei Penal Ambiental são correspondentes às infrações previstas no Decreto, aquele que praticar crime ambiental também irá incorrer na prática de infração administrativa.

Na situação fática enfrentada pelo aresto ora anotado, a conduta infracional descrita na autuação pela autoridade ambiental competente, de transporte irregular de madeira em razão da identificação da diferença entre o autorizado no DOF e a carga efetivamente transportada, guarda abrigo no art. 47 do Decreto Federal nº 6.514/2008[22] , com equivalência ao tipo penal descrito no art. 46 da Lei Federal nº 9.605/1998[23].

---

22 Art. 47 do Decreto Federal nº 6.514/2008: Receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira serrada ou em tora, lenha, carvão ou outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento:

Multa de R$ 300,00 (trezentos reais) por unidade, estéreo, quilo, mdc ou metro cúbico aferido pelo método geométrico.

§ 1º Incorre nas mesmas multas quem vende, expõe à venda, tem em depósito, transporta ou guarda madeira, lenha, carvão ou outros produtos de origem vegetal, sem licença válida para todo o tempo da viagem ou do armazenamento, outorgada pela autoridade competente ou em desacordo com a obtida.

§ 2º Considera-se licença válida para todo o tempo da viagem ou do armazenamento aquela cuja autenticidade seja confirmada pelos sistemas de controle eletrônico oficiais, inclusive no que diz respeito à quantidade e espécie autorizada para transporte e armazenamento.

§ 3º Nas infrações de transporte, caso a quantidade ou espécie constatada no ato fiscalizatório esteja em desacordo com o autorizado pela autoridade ambiental competente, o agente autuante promoverá a autuação considerando a totalidade do objeto da fiscalização.

§ 4º Para as demais infrações previstas neste artigo, o agente autuante promoverá a autuação considerando o volume integral de madeira, lenha, carvão ou outros produtos de origem vegetal que não guarde correspondência com aquele autorizado pela autoridade ambiental competente, em razão da quantidade ou espécie.

23 Art. 46 da Lei Federal nº 9.605/1998: Receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento:

Pena- detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, tem em depósito, transporta ou guarda madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem licença válida para todo o tempo da viagem ou do armazenamento, outorgada pela autoridade competente.

Voltar ao índice

As sanções administrativas foram instituídas como instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, conforme disposto no inciso IX, em seu art. 9º. Em seguida a Lei Penal Ambiental e o Decreto Administrativo as classificaram. Cabe ressaltar, que as penalidades podem ser aplicadas concomitantemente a depender da necessidade do caso concreto.

E, limitando-se ao objeto de análise do acórdão, a penalidade de apreensão dos bens e instrumentos utilizados na prática da infração está fundamentada nos arts. 25, caput c/c 72, inciso IV, da Lei Penal Ambiental.[24/25].

> Art. 25. Verificada a infração, serão apreendidos seus produtos e instrumentos, lavrando-se os respectivos autos.
>
> Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º:
>
> (...)
>
> IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração; (grifo nosso)

As medidas cautelares de proteção de efeito imediato merecem um destaque no rol das penalidades. Ao tratar-se do ambiente, a dimensão temporal é de suma importância, visto que a supremacia da prevenção do dano em razão de suas consequências impactantes, irreparáveis ou de

---

24 Frisa-se que a ação pode ocorrer tanto pelas autoridades administrativas ambientais, quanto pela polícia se houver indícios de crime ambiental

25 A doação de madeiras (§ 3.º) e a doação ou destruição de produtos e subprodutos da fauna não perecíveis (§ 4.º) somente podem ocorrer após "verificada a infração", ou seja, somente após o esgotamento do processo administrativo ou criminal, com a constatação definitiva da infração. GOMES, Luiz Flávio e MACIEL, Silvio Luiz. *Lei de Crimes Ambientais: comentários à Lei 9.605/1998* / – 2. ed. rev., atual. e ampl., – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 85.

Voltar ao índice

difícil reparação atingirem não só os elementos atuais da biosfera, como pela sua disponibilidade intergeracional.

Neste sentido a sanção na modalidade apreensão pode ser, ainda, cominada com as restritivas de direito, como suspensão ou cancelamento da autorização ou licença ambiental, conforme disposto nos incisos I e II do §8º do art. 72 da Lei 9.605/98 e incisos I e II do art. 20 do Decreto Federal nº 6.514/08, visto que cabe à autoridade competente suprimir, temporária ou definitivamente, o ato administrativo em decorrência de sua conduta ilegal. Outro argumento para enfraquecer a tese de que a carga transportada dita regular deveria ser liberada, já que a própria autorização é passível de cancelamento por se encontrar contaminada com a ilicitude.

O exercício do poder de polícia sancionador é efetivado pelos órgãos do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, incluindo-se os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além do Ministério Público. Todavia, a omissão do órgão na tutela ambiental pode configurar ofensa à ordem constitucional de proteção ao meio ambiente. Assim, a alteração do entendimento da Segunda Turma do STJ representa um avanço em respeito à norma ambiental, bem como à ordem constitucional.

Esse respeito concerne à atuação jurisdicional em si mesma, e também à atuação administrativa que foi recrudescida pela determinação judicial. Nesse diapasão, não se pode olvidar que o Decreto Federal nº 6.514/2008 prevê sanções administrativas tão abrangentes ou mais que as previstas na Lei Penal Ambiental. Assim, a atuação administrativa do servidor especializado na legislação ambiental pode ter até mais eficácia do que a via judicial[26].

26 GOMES, Luiz Flávio e MACIEL, Silvio Luiz. *Lei de Crimes Ambientais: comentários à Lei 9.605/1998* / – 2. ed. rev., atual. e ampl., – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 40.

Voltar ao índice

Outro aspecto destacado pelo relator, foi o fato de haver previsão legal expressa determinando a apreensão da totalidade da carga transportada. Assim, o agente fiscalizador estaria obrigado a atender à regra, sob pena de mácula ao princípio administrativo da legalidade previsto no art. 37, caput da CF/88.

Por oportuno, esclarece-se que em algumas hipóteses a medida administrativa decorre do exercício do poder discricionário, em outras o agente da fiscalização apenas aplica dispositivos normativos sem margem de escolha[27]. Logo, diante da previsão normativa expressa no §3º do art. 47 do Decreto Federal nº 6.514/2008[28], suscitada pelo relator em seus fundamentos, para coibir o transporte irregular de madeira, não resta outra hipótese ao agente da fiscalização ambiental que o seu estrito cumprimento.

Em que pese a doutrina contemporânea afirmar que, na prática das atividades administrativas são poucas as situações de vinculação pura e de discricionariedade pura[29], no presente caso, o agente público possuía pouca discricionariedade na aplicação das penalidades, tendo em vista a literalidade da disposição normativa.

Portanto, a forma com que os tribunais estavam interpretando a legislação ambiental, anteriormente, representava na prática em uma atenu-

---

27 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2018, p. 337.

28 O §3º do art. 47 do Decreto Federal nº 6.514/2008 prevê que nas infrações de transporte, caso a quantidade ou espécie constatada no ato fiscalizatório esteja em desacordo com o autorizado pela autoridade ambiental competente, o agente autuante promoverá a autuação considerando a totalidade do objeto da fiscalização.

29 O ordenamento confere ao administrador um poder de decisão, mas predetermina as situações e condições, canalizando-o a uma só direção. Por isso na doutrina se diz que há matérias de reserva legal absoluta, em que o vínculo da Administração ao bloco de juridicidade é máximo. Se houver uma só solução, como consequência da aplicação de uma norma, ocorre o exercício do poder vinculado. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2018, p. 103 e 104.

Voltar ao índice

ante da sanção enfraquecendo o seu efeito dissuasório. Contrariando a jurisprudência consolidada, o acórdão privilegia o fortalecimento da legislação de proteção ao ambiente ora exposta, uma vez que para ser legítima e devidamente cumprida pelos cidadãos deve apresentar o mínimo de eficácia. O judiciário não deve compactuar com o esvaziamento das normas de proteção ao meio ambiente, elevado à condição jurídica de bem de uso comum do povo, que ostenta a natureza de direitos fundamentais.

4.3. Justa medida - Interpretação dos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação das sanções administrativas em relação à extensão do dano ambiental - ponderação e proteção ambiental efetiva

O segundo ponto de destaque, relativo à proporcionalidade na aplicação das sanções administrativas, leva em consideração o impacto da conduta praticada pelo infrator no sistema de proteção ao ambiente em detrimento do quantitativo do excedente sem previsão na autorização de transporte, como fator de ponderação aos valores econômicos dos bens e instrumentos apreendidos utilizados no ilícito. Para tanto, a decisão esclarece o equívoco da jurisprudência na interpretação dos parâmetros para dimensionar o dano. A persecução da justa medida na aplicação das sanções constitui marca inerente ao Estado Democrático de Direito, no qual deve prevalecer o respeito aos direitos fundamentais e ao devido processo legal.

Ao contrário do entendimento que estava sendo utilizado pelos tribunais, a apreensão da totalidade da madeira não configura medida desproporcional, visto que um dos objetivos da sanção administrativa é, justamente, afastar a recorrente fraude praticada por alguns madeireiros, que se aproveitam de guias florestais válidas para tentar transportar cargas não abrangidas pela

licença, quer quantitativamente, quer qualitativamente. Ao determinar a liberação de parte da carga tida como regularizada, na prática, o Poder Judiciário estava diminuindo os custos do infrator, legitimando a tentativa de burla à norma ambiental, incentivando ações similares, a realização de novas infrações dessa natureza e mitigando a proteção ao bem jurídico tutelado.

Não se pode olvidar que a atuação estatal exige a subordinação aos parâmetros de legalidade e de proporcionalidade, dado que ao particular é assegurada a segurança jurídica, não podendo suportar mais do que o necessário para que a sua conduta seja punida e para se adequar aos preceitos da norma, sob pena de abuso de poder. Isto posto, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade norteadores para aplicação das sanções administrativas são emanados da perspectiva substancial do devido processo legal.

As doutrinas francesa, espanhola e alemã utilizam o termo proporcionalidade enquanto as argentina e norte-americana optam pela razoabilidade para garantir que as medidas de limitação de direitos assegurem a convergência com os motivos que as justificam. A esta racionalidade é atribuído o sentido de adequação entre os meios e fins, ligada à amplitude ou intensidade das decisões e medidas administrativas, especialmente nas restritivas e sancionadoras[30] .

Ao considerar os elementos da proporcionalidade, a aplicação da sanção administrativa deve ser adequada, compatível com a conduta ilícita,

30 O princípio da proporcionalidade consiste, principalmente, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins. Aplica-se a todas as atuações administrativas para que sejam tomadas decisões equilibradas, refletidas, com avaliação adequada da relação custo-benefício, aí incluído o custo social. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2018, p. 129.

Voltar ao índice

sua gravidade e suas consequências. Deve ser necessária para oferecer uma resposta da forma menos gravosa possível, e deve ser proporcional em sentido estrito, ou seja, na medida entre o meio e o fim há de se observar o equilíbrio entre o meio empregado e o fim pretendido[31].

Nesse sentido, a regra trazida pelo artigo 6º da Lei Federal nº 9.605/98 determina que a imposição e gradação da penalidade pela autoridade competente deverá observar a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente, os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental e a sua situação econômica, no caso de multa.

Todavia, como dito, a medida deve ser adequada aos objetivos da norma, que não é outro senão dissuadir a prática de condutas lesivas ao meio ambiente.

Logo, diante das mazelas que ameaçam a efetividade do sistema de proteção ambiental, com base no postulado da proporcionalidade, a sanção de apreensão da carga integral se constitui no meio mais adequado para se atingir a ratio legis da Política Nacional do Meio Ambiente, que é a garantia do direito ao ambiente sadio e equilibrado para toda humanidade, presentes e futuras gerações.

Assim, a lei ao determinar a apreensão da totalidade da carga e não somente do excesso em relação ao permitido na autorização de transporte, coaduna-se com o princípio da proporcionalidade, pois determina medida adequada, necessária e proporcional, impondo ao infrator sanção

31 NETO, Nicolao Dino. *Introdução ao Estudo das Infrações Administrativas Ambientais*. Revista de Direito Ambiental | vol. 62/2011 | p. 169 - 200 | Abr - Jun / 2011 DTR\2011\1409, p. 179.

que irá dissuadi-lo da prática degradante, indo, desta forma ao encontro do objetivo da intervenção estatal.

Por outro lado, a justa medida é atingida quando se coloca como parâmetro a garantia do interesse público, comum à toda sociedade – da proteção efetiva do ambiente. E, consequentemente, o tribunal ao manter as sanções administrativas aplicadas fortalece não só a atividade fiscalizatória do órgão, como abrange todo procedimento administrativo e legitima o sistema da proteção ambiental.

4.4. Considerações finais

Em conclusão, pode se asseverar que o aresto em análise consagrou a alteração de entendimento da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça em relação às sanções administrativas aplicadas pela fiscalização ambiental, ao determinar a manutenção da medida de apreensão da carga integral de madeira transportada em desconformidade com documento de autorização. Prestigiando, assim, a eficácia da legislação ambiental e o recrudescimento do instrumento dissuasório de condutas lesivas ao meio ambiente.

Anteriormente, os tribunais, no exercício da ponderação entre os princípios da propriedade privada e da livre iniciativa em relação ao poder sancionatório do estado, sob a égide do Princípio da Proporcionalidade, concluia pela preponderância daqueles, revogando a apreensão da parcela da carga de madeira autorizada, bem como tendo somente o excedente como elemento a ser levado em conta na aplicação de multas e demais sanções. Isto, não obstante a existência de disposição legal expressa a dar guarida à atuação da fiscalização.

No julgado em comento, a ponderação passa a ser em relação ao direito difuso de proteção ao ambiente, concluindo-se pela adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, da regra que determina a apre-

ensão da totalidade da carga, muito em virtude do seu efeito dissuasório de condutas nocivas ao meio ambiente. A Teoria Econômica do Crime vem socorrer a atuação fiscal vinculada à legislação vigente, tendo em vista que a sanção positivada irá resultar em maiores riscos e custos ao potencial infrator, retirando a racional vantagem que poderia advir da conduta ilícita.

O STJ demonstra por meio do acórdão em tela, coordenação com as preocupações vigentes no cenário internacional que atinem ao ambiente, atuando para afirmar norma que tem como objetivo a proteção do meio ambiente e a dissuasão da prática de ilícitos ambientais.

Voltar ao índice

Anotação ao acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de 8 de Maio de 2019, Proc. Embargos de Divergência em Recurso Especial (ERESP) Nº 1.318.051 - RJ (2012/0070152-3)[1]

ORLINDO FRANSISCO BORGES[2]

1. INDICAÇÃO DO ASSUNTO

O acórdão objeto destas anotações consolidou o entendimento da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) acerca da responsabilidade administrativa ambiental subjetiva no Brasil.

Trata-se de precedente de extrema relevância para o microssistema de Direito Ambiental brasileiro, que pacifica, ainda que tardiamente, questão que permanecia incerta ao aplicador do direito e acarretava em excessos punitivos no exercício do poder de polícia ambiental.

---

1 STJ, **EREsp nº 1318051**, 1ª Turma, Min. Rel. Mauro Campbell Marques, DJ 08.05.2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=EREsp%201318051>. Acesso em 19.12.2019.

2 Mestre em Ciências Jurídico-Ambientais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa- FDUL. Advogado.

Voltar ao índice

Tais excesso decorrem da indevida extensão da excepcionalidade prevista no art. 14, §1º, da Lei nº 6.938/1981 (Política Nacional de Meio Ambiente – PNMA), que prevê a responsabilidade ambiental objetiva (sem culpa) do poluidor para fins de reparação dos danos ambientais (efeitos civis e patrimoniais) ao Direito Sancionador, desvirtuando-se, assim, a sua matriz teórico-normativa, que requer a avaliação de culpabilidade para fins de punição do transgressor.

Dessa maneira, inúmeros casos de apuração de responsabilidade administrativa ambiental abarrotam os tribunais nacionais, questionando-se a lavratura de infrações sem a apuração da culpabilidade do acusado, muitas vezes sustentados, apenas e tão somente, em declarações standartizadas acerca da presunção de veracidade dos atos praticados pelo agente público na apuração de infração e da existência de uma suposta responsabilidade objetiva ambiental que eximiria o Poder Público de demonstrar a extensão dos atos e a culpabilidade individual do acusado no caso concreto.

Com a resolução destes Embargos de Divergência, o STJ realinha a sua jurisprudência sobre a matéria, que reconhece a distinção entre as esferas civil e punitiva ambientais e, no âmbito do Direito Sancionador Ambiental (responsabilidades administrativa e criminal), confirma o dever de caracterização da culpabilidade do agente causador do dano para fins de imputação da sanção.

2. INDICAÇÃO DA EMENTA

Processual civil. Embargos de divergência submetidos ao enunciado administrativo 2/stj. Embargos à execução. Auto de infração lavrado em razão de dano ambiental. Necessidade de demonstração da responsabilidade subjetiva.

1. Na origem, foram opostos embargos à execução objetivando a anulação de auto de infração lavrado pelo Mu-

nicípio de Guapimirim- ora embargado-, por danos ambientais decorrentes do derramamento de óleo diesel pertencente à ora embargante, após descarrilamento de composição férrea da Ferrovia Centro Atlântica (FCA).

2. A sentença de procedência dos embargos à execução foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro pelo fundamento de que "o risco da atividade desempenhada pela apelada ao causar danos ao meio ambiente consubstancia o nexo causal de sua responsabilidade, não havendo, por conseguinte, que se falar em ilegitimidade da embargante para figurar no polo passivo do auto de infração que lhe fora imposto", entendimento esse mantido no acórdão ora embargado sob o fundamento de que "[a] responsabilidade administrativa ambiental é objetiva".

3. Ocorre que, conforme assentado pela Segunda Turma no julgamento do REsp 1.251.697/PR, de minha relatoria, DJe de 17/4/2012), "a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano".

4. No mesmo sentido decidiu a Primeira Turma em caso análogo envolvendo as mesmas partes: "A responsabilidade civil ambiental é objetiva; porém, tratando-se de

responsabilidade administrativa ambiental, o terceiro, proprietário da carga, por não ser o efetivo causador do dano ambiental, responde subjetivamente pela degradação ambiental causada pelo transportador" (AgRg no AREsp 62.584/RJ, Rel. p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, DJe de 7/10/2015).

5. Embargos de divergência providos.

3. DESCRIÇÃO SUMÁRIA DOS FACTOS DO CASO

O caso em questão decorreu de um incidente envolvendo o derrame de óleo na Baía de Guanabara, ocasionado por um acidente ferroviário ocorrido em 26 de abril de 2005, com o descarrilamento de composição férrea de sete vagões-tanque da Ferrovia Centro Atlântica (FCA), que transportava óleo diesel de propriedade da Cia. Ipiranga Produtos de Petróleo S.A.

O derramamento em questão foi classificado como um dano ambiental de natureza grave, tendo em vista que aproximadamente 70.000 (setenta mil) litros de óleo diesel contaminaram a Baía de Guanabara e outras zonas especialmente protegidas pela legislação ambiental brasileira, tais como a área de preservação ambiental (APA) de Guapimirim e áreas de preservação permanente (APP's) das faixas marginais dos rios Aldeia, Caceribú, Guaraí-Mirim e seus canais, bem como vegetações protetoras de mangue, que exercem função ecológica relevante.

Como consequência deste evento, o município de Guapimirim/RJ imputou à empresa proprietária da carga (Ipiranga) multa administrativa ambiental no valor de R$ 5 milhões de reais, com fundamento nos arts.

2º, 6º e 14, da Lei nº 9.605/1998 (Lei de Crimes e Infrações Administrativas Ambientais) e no art. 41 do Decreto 3.179/1999[3], que o regulamenta.

Uma vez constituída a multa em dívida ativa, a proprietária da carga ingressou com Ação de Embargos à Execução, tendo obtido em 1ª instância decisão de anulação do auto de infração lavrado pela autoridade municipal, diante do reconhecimento de sua ilegitimidade passiva.

Contudo, a sentença foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ (2ª instância recursal) em sede de apelação, sob o fundamento de que "o risco da atividade desempenhada pela apelada ao causar danos ao meio ambiente consubstancia o nexo causal de sua responsabilidade, não havendo, por conseguinte, que se falar em ilegitimidade da embargante para figurar no polo passivo do auto de infração que lhe fora imposto"[4].

Diante disso, a Ipiranga interpôs recurso especial ao STJ apontando ofensas aos art. 3º, IV, da Lei nº 6.938/1981 e art. 72, §3º, I, da Lei nº 9.605/1998, sob o fundamento de que às sanções administrativas aplica-se a teoria da culpabilidade (responsabilidade subjetiva), motivo pelo qual dever-se-ia anular o auto de infração objeto da ação, haja vista que o vazamento do óleo diesel de sua propriedade decorreu de acidente ferroviário operado por terceiro, alheio ao seu controle.

Distribuído para a 1ª Turma do STJ, o acórdão do TJ/RJ foi mantido pela decisão de relatoria do Min. Benedito Gonçalves, no sentido que

---

3 Em 2008 o referido Decreto foi revogado pelo Decreto nº 6.514/2008, subsistindo o tipo "Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora" em seu art. 61.

4 Cfr. STJ, **EREsp nº 1318051**... ob. cit., p. 1.

Voltar ao índice

a responsabilidade administrativa ambiental seria de natureza objetiva, a justificar a condenação da empresa em razão da carga transportada extravasada no acidente ser de sua propriedade:

> 1. A responsabilidade administrativa ambiental é objetiva. Deveras, esse preceito foi expressamente inserido no nosso ordenamento com a edição da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/1981). Tanto é assim, que o § 1º do art. 14 do diploma em foco define que o poluidor é obrigado, sem que haja a exclusão das penalidades, a indenizar ou reparar os danos, independentemente da existência de culpa. Precedente: REsp 467.212/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 15/12/2003.

Irresignada com a decisão do Min. Relator da 1ª Turma, que expressamente aduziu que a responsabilidade ambiental administrativa seria de natureza objetiva, ainda que decorrente de uma ação punitiva derivada do exercício do poder de polícia, a recorrente apresentou Embargos de Divergência, que é a via em que se busca a harmonização de entendimentos divergentes dentro da Corte.

Para tanto, sustentou seus embargos na existência de entendimento diametralmente oposto adotado pela 2ª Turma do STJ no julgamento do REsp 1.251.697/PR, de relatoria do Min. Mauro Campbell Marques (DJe 12.04.2012), que reconheceu que a responsabilidade administrativa ambiental é de natureza subjetiva e, portanto, deve se reger conforme a sistemática da teoria da culpabilidade.

Posta a divergência para apreciação, o Tribunal entendeu com base na jurisprudência dominante em casos análogos, inclusive, com precedentes nas duas turmas de direito público, que deve se prevalecer o entendimento de que a responsabilidade administrativa ambiental é subjetiva e, portanto, requer a demonstração da culpa do acusado.

Voltar ao índice

4. COMENTÁRIO

A responsabilidade em matéria ambiental se rege com base no art. 225, §3º, da Constituição Federal (CF/88), que dispõe que "as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

Com essa disposição, o sistema constitucional brasileiro reconheceu a tríplice responsabilidade em matéria ambiental, em que se admite a imputação civil, penal e administrativa de forma autônoma e independente aos "infratores".

Há, portanto, de um lado, um regime jurídico de Direito Sancionador, que abrange o Direito Penal e o Direito Administrativo do ambiente e, consequentemente, seus princípios e garantias fundamentais na aplicação de penalidades ambientais (Lei nº 9.605/1998) e, de outro, a Responsabilidade Civil Ambiental, que goza de um tratamento legal próprio, decorrente da especialidade da Política Nacional de Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981) em relação às regras gerais do Código Civil.

Diferentemente do sistema punitivo, a responsabilidade civil ambiental, não requer a prática de um ilícito para gerar o dever de reparação do dano e, portanto, se apresenta subjetivamente mais abrangente que aquela.

Diante da complexidade e dinâmica dos danos ambientais, sua natureza difusa e o caráter preventivo da matriz jurídico-ambiental brasileira fundamentada no art. 225, da CF/88, o legislador reconheceu na Política Nacional de Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981) que o dano ambiental não poderia esperar a confirmação - e eventual apuração de responsabilidades e condenação - dos infratores para que houvesse a caracterização do dever de reparação dos danos ambientais causados, bastando-se,

para este fim, a caracterização do prejuízo e a demonstração de sua correlação (nexo de causalidade) com a atividade geradora do risco que se concretizou em dano ambiental.

Sustentado nos princípios da prevenção e do poluidor-pagador, o dever de reparação dos danos haveria de ser imediato, a justificar a criação de uma exceção às hipóteses clássicas de responsabilização previstas no Código Civil, que demandam mais tempo para a demonstração da culpabilidade do agente, até então, necessária para a caracterização do dever de reparação/indenização dos danos sofridos dentro de um modelo clássico de responsabilização civil patrimonial.

Explica Paulo Affonso Leme Machado[5] que, "na Lei nº 6.938/1981 pensou-se 'vir ao encontro também das necessidades da vítima, que, em caso de responsabilidade baseada na culpa, estaria enfrentando a difícil tarefa de ter que provar negligência do agente'.

E continua:

> Com maior respeito, essa minha interpretação é a de quem teve o encargo histórico de redigir o mencionado §1º do art. 14, da Lei 6.938, como mencionou o então Secretário Especial do Meio Ambiente, Prof. Dr. Paulo Nogueira Neto. Na Lei de 1981 não se levou em conta o que hoje consta no Código Civil, de 2002: "... ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de ou-

5 Cfr. LEME MACHADO, Paulo Affonso. **Parecer Jurídico**: Recursos Especiais Repetitivos n. 1.596.081/PR e 1.602.106/PR (Consulentes Arauco do Brasil S.A; Hexion Química do Brasil Ltda.), p. 10. In: STJ, **REsp n. 1.596.081/PR**. 2ª Seção, Min. Rel. Ricardo Villas Boas Cueva. Dje 22.11.2017. Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?repetitivos=JULGADO+E+CONFORME+E+%22RECURSOS+REPETITIVOS%22&processo=1596081&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 14.01.2020.

> trem" (art. 927, Parágrafo único). Por isso, é que me manifestei acima dizendo que a responsabilidade objetiva ambiental "não se pergunta a razão da degradação para que haja o dever de indenizar e/ou reparar". A responsabilidade civil assenta-se na conduta do agente (responsabilidade subjetiva) ou no fato da coisa ou no risco da atividade (responsabilidade objetiva).

No caso, o legislador ambiental inverteu a lógica até então vigente e, para fins de reparação do dano ambiental, focou-se nos "riscos da atividade" em detrimento da clássica acepção centralizada na conduta (ação/omissão) do agente causador do dano.

Nesse sentido, Orlando Gomes[6] explica:

> A obrigação de indenizar sem culpa nasce por ministério da lei, para certos casos, por duas razões: 1º) consideração de que certas atividades do homem criam um risco especial para os outros; 2º) a consideração de que o exercício de determinados direitos deve implicar a obrigação de ressarcir os danos que origina.

Dentro desta perspectiva, a Lei nº 6.938/1981 estabeleceu a responsabilidade civil objetiva ambiental (sem culpa) em seu art. 14, §1º e criou a figura do "poluidor" (definida no art. 3º, IV), que aumentou o rol de potenciais partícipes no dever de reparação do dano ambiental ao também prever a responsabilização para aqueles que não tenham atuado diretamente na prática do fato lesivo:

> § 1º. Sem obstar a aplicação de penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da exis-

6 GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**. Atualizador: Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 113.

> tência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Veja, contudo, que, ao contrário do que fora afirmado no voto do Relator da 1ª Turma, objeto dos Embargos de Divergência que redundou no acórdão que comentamos, o art. 14, §1º, da Lei nº 6.938/1981 jamais afastou o dever de caracterização de culpa para a aplicação de penalidades.

Na primeira parte do dispositivo é feita a ressalva quanto a autonomia e independência entre os procedimentos de aplicação de penalidades e de reparação de danos/indenização; sendo que, a ressalva acerca da dispensa de caracterização de culpa se dirige exclusivamente ao dever de indenizar/reparar danos atribuído ao "poluidor".

Ou seja, sem prejuízos do procedimento cabível para a apuração de responsabilidades administrativa e criminal (penalidades) – autônomos e independentes entre si, inclusive, em relação à responsabilidade civil (tríplice responsabilidade ambiental)-, o poluidor será obrigado a reparar ou indenizar os danos causados ao meio ambiente e pessoas que tenham sido afetados por sua atividade sem a necessidade de demonstração de sua culpabilidade.

A responsabilidade ambiental no âmbito do Direito Sancionador, por outro lado, em razão de sua estrutura normativo-constitucional, deve sempre se dirigir ao respeito às garantias fundamentais do acusado perante eventuais arbítrios do Estado, que detém o exercício do uso legítimo da força em seu território. Logo, a interpretação acerca de sua aplicabilidade e efeitos jurídicos tem por objeto nuclear a conduta do indivíduo, respeitadas suas garantias fundamentais.

Voltar ao índice

Ao se avaliar a definição jurídica de "infração administrativa ambiental" no art. 70, da Lei nº 9.605/1998, resta inequívoca a centralidade que o papel da "conduta do indivíduo" (ação ou omissão) exerce no procedimento de apuração dessa modalidade de responsabilidade ambiental, tornando clara a sua distinção em relação à perspectiva do modelo de reparação de danos (responsabilidade civil), voltada aos riscos da atividade:

> Art.70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

Ao se afirmar como um sistema dirigido à conduta do indivíduo, a esfera de imputação sancionatória ambiental requer a observação aos princípios que regem a autoria do fato tipificado como ilícito.

Em outras palavras, deverá se respeitar a individualidade e a culpabilidade como elementos essenciais para a delimitação da punição. Isso se deve ao fato de que a sanção sobre um agente somente poderá ser atribuída caso o autor seja responsável individualmente pelo fato que é acusado do ponto de vista objetivo (actos reus) e subjetivo (mens rea), e que a essa responsabilidade não se contraponha nenhuma excludente prevista em lei[7].

Isso porque, ao se dirigir à conduta do agente, somente o indivíduo (dotado de vontade, motivação e conhecimento – todos, elementos subjetivos da conduta e, portanto, inerentes à culpabilidade) poderá responder prima-facie por eventual penalidade, ainda que sustentado em uma estrutura organizada institucionalmente para tal prática, haja vista que

7 Sobre a sistemática dogmático-analítica de responsabilidade punitiva ambiental em variados sistemas jurídicos e seus princípios, inclusive, o sistema internacional, por todos: Cfr. BORGES, Orlindo F. **Direito Penal Internacional Ambiental**. D'Plácido: Belo Horizonte, 2018.

Voltar ao índice

não há como se aferir os elementos psicológicos de uma ação institucional sem correlacioná-la com a de seus dirigentes. E tais elementos são essenciais para a delimitação dos contornos da responsabilidade de cada sujeito envolvido no fato típico, sua dosimetria e proporcionalidade aos limites da conduta dentro de uma estrutura de concausalidades potenciais.

Desse modo, para prescrever a possibilidade de a pessoa jurídica responder por ilícitos ambientais, dada a necessidade de caracterização de elementos volitivos inerentes à conduta, o legislador brasileiro previu o disposto no art.3º, da Lei nº 9.605/1998:

> Art.3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Veja que, ao exigir que, para a caracterização da responsabilidade administrativa da pessoa jurídica, haja a demonstração de que a infração tenha sido cometida por "decisão" de seu representante legal ou outra pessoa física que possa agir e/ou se beneficiar em nome da pessoa coletiva, deixou claro o legislador não ter afastado a elementar subjetiva inerente à conduta para a caracterização de um ilícito.

Além disso, para a gradação da infração, o art. 6º torna inequívoca a necessidade de avaliação dos motivos que levaram o agente a prática daquele ato ilícito, sem prejuízos de exigir a avaliação de outros elementos de subjetividade inerentes ao dever de individualização da punição, tais como: os antecedentes do infrator (II) e sua situação econômica (III):

Voltar ao índice

> Art. 6º Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará:
>
> I - a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas conseqüências para a saúde pública e para o meio ambiente;
>
> II - os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental;
>
> III - a situação econômica do infrator, no caso de multa.

Inegável, portanto, ser o modelo punitivo ambiental brasileiro dirigido à culpabilidade e, portanto, incompatível com interpretações que indiquem a possibilidade de condenação de um indivíduo sem que requeira a verificação dos elementos subjetivos de sua conduta.

Do mesmo modo, o caput do art. 14, da Lei 6.938/1981, tratou expressamente da figura jurídica do "transgressor", em oposição expressa à figura do "poluidor" referenciada em seu §1º e definida em seu art. 3º, IV:

> Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:
>
> I - à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTNs, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios.
>
> II - à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público;

Voltar ao índice

III - à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;

IV - à suspensão de sua atividade.

O art. 4º, VIII, da Lei nº 6.938/1998, do mesmo modo, deixa clara a necessária distinção de tratamento que deve ser feita entre "poluidor" e "infrator/transgressor" (aqui tratado pelo sinônimo de "predador"), ao destacar expressamente na mesma sentença a existência destes dois tipos de sujeitos quando estabeleceu que a Política Nacional de Meio Ambiente visará "à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos".

Se a responsabilidade fosse objetiva (sem culpa) para ambos os sujeitos não precisaria o legislador excepcionar ou destacar tal distinção.

Desse modo, a responsabilidade administrativa ambiental decorre da transgressão da regra jurídica ambiental, não se devendo confundir "poluidor" (que é responsável pelo dano ambiental) com "transgressor" (que é o responsável pela conduta apontada como um ato ilícito).

Há, portanto, a distinção entre dois tipos de sujeição passiva na estrutura de responsabilização ambiental brasileira:

(1) O poluidor (art. 3º, IV c/c art. 14, §1º, da Lei 6.938/1981): que é aquele que, independentemente de culpa, possui o dever de reparar os danos e indenizar as vítimas em razão dos riscos causados, direta ou indiretamente, por sua atividade, ainda que decorrentes de um fato lícito; e o

(2) transgressor ou infrator (art. 14, caput, da Lei 6.938/1981 c/c art. 70, da Lei 9.605/1998): que é aquele que, por ação ou omissão, viole as regras jurídicas de proteção ambiental

> tipificadas como crime ou infração administrativa, cuja responsabilização se dará na medida de sua culpabilidade.

O poluidor, embora seja responsável civilmente e sem culpa em relação ao dever de reparar os danos ambientais decorrentes de sua atividade, ao indenizar as vítimas e adotar as medidas de reparação dos danos que lhe são imputáveis, não poderá ser presumido criminoso ou infrator.

Para isso, há de se ultrapassar questões antecedentes e inerentes ao devido processo penal e administrativo sancionador, cuja avaliação da medida de culpabilidade do agente é elemento essencial.

Dentre suas garantias fundamentais, a Constituição Federal da República assegura o dever de sujeição do Estado, no exercício de seu poder punitivo, ao respeito aos princípios da legalidade (art. 5º, II, e 37, caput); do devido processo legal (art. 5º, LIV); do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV); da segurança jurídica e da irretroatividade (art. 5º, caput, XXXIX e XL); da culpabilidade e da pessoalidade da pena (art. 5º, XLV); da individualização da sanção (art. 5º, XLVI); da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 1º e 5º, LIV).

Portanto, não há se falar em ação punitiva pela Administração Pública que não requeira a demonstração da culpabilidade do acusado. Admitir o contrário caracterizaria violação expressa à Constituição e ao regime de garantias fundamentais que visa assegurar.

Nesse sentido foi o voto do relator, já manifesto no precedente de sua relatoria proferido no REsp 1.251.697/PR, julgado pela 2ª Turma de direito público do STJ e apontado como causa justificadora dos Embargos de Divergência:

> Em resumo: a aplicação e a execução das penas limitam-se aos transgressores; a reparação ambiental, de cunho civil, a seu turno, pode

> abranger todos os poluidores, a quem a própria legislação define como "a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental" (art. 3º, inc. V, do mesmo diploma normativo).

Note-se que nem seria necessária toda a construção doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a obrigação civil de reparar o dano ambiental é do tipo propter rem, porque, na verdade, a própria lei já define como poluidor todo aquele que seja responsável pela degradação ambiental - e aquele que, adquirindo a propriedade, não reverte o dano ambiental, ainda que não causado por ele, já seria um responsável indireto por degradação ambiental (poluidor, pois).

Mas fato é que o uso do vocábulo "transgressores" no caput do art. 14, comparado à utilização da palavra "poluidor" no § 1º do mesmo dispositivo, deixa a entender aquilo que já se podia inferir da vigência do princípio da intranscendência das penas: a responsabilidade civil por dano ambiental é subjetivamente mais abrangente do que as responsabilidades administrativa e penal, não admitindo estas últimas que terceiros respondam a título objetivo por ofensa ambientais praticadas por outrem[8].

Em outros casos análogos apreciados pelo STJ, tanto a 1ª Turma quanto a 2ª Turma já apresentavam posicionamento dominante nesse mesmo sentido, conforme registrado no voto do relator e confirmados no voto-vista do Min. Herman Benjamin:

> Administrativo e processual civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. (...) Dano ambiental. Acidente no transporte de óleo diesel. Imposição de multa ao proprietário da carga. Impossibilidade. Terceiro. Responsabilidade subjetiva. (...) II- A responsabi-

8 Cfr. STJ, **EREsp nº 1318051**... ob. cit., pp. 5-6.

lidade civil ambiental é objetiva; porém, tratando-se de responsabilidade administrativa ambiental, o terceiro, proprietário da carga, por não ser o efetivo causador do dano ambiental, responde subjetivamente pela degradação ambiental causada pelo transportador.

III - Agravo regimental provido. (AgRg no AREsp 62.584/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 07/10/2015)

Processual civil. Administrativo. Dano ambiental. Auto de infração. Responsabilidade administrativa. Exigência de dolo ou culpa. Multa. Cabimento em tese.

1. Segundo o acórdão recorrido, "a responsabilidade administrativa ambiental é fundada no risco administrativo, respondendo, portanto, o transgressor das normas de proteção ao meio ambiente independentemente de culpa lato senso, como ocorre no âmbito da responsabilidade civil por danos ambientais" (e-STJ fl. 997).

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, como regra a responsabilidade administrativa ambiental apresenta caráter subjetivo, exigindo dolo ou culpa para sua configuração. Precedentes: REsp 1.401.500 Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/9/2016, AgRg no AREsp 62.584/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Rel. p/ acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 7/10/2015, REsp 1.251.697/PR, Rel. Ministro. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 17/4/2012.

3. Recurso Especial parcialmente provido. (REsp 1640243/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 27/04/2017)

Quando avaliados os precedentes, autores que ainda defendem a aplicação da responsabilidade administrativa objetiva ambiental, como

regra geral, alegam que o ponto comum entre os casos que culminaram na construção do aludido precedente seria a ausência de "nexo de causalidade" e não de culpabilidade[9].

Sustentam, ainda nesse sentido, que o legislador excepcionou a regra geral apenas para as hipóteses de aplicação de multa simples (art. 72, §3º, da Lei n 9.605/1998), bastando-se para a caracterização das demais espécies de sanção administrativa, a mera voluntariedade do agente em praticar um ato tido como ilícito (imputação objetiva), que prescindiria de avaliação da culpabilidade[10].

A provocação feita nos leva a refletir conceitualmente sobre elementos como a culpabilidade enquanto elemento subjetivo do tipo, consciência da ilicitude, inexigibilidade de conduta diversa e ausência de nexo causal. Contudo, em que pese a seriedade da avaliação feita, ousamos discordar de suas conclusões.

Em nossa perspectiva, a visão apresentada por tais autores tratou o nexo causal como sinônimo de fato típico (actos reus), o que não é.

Embora exigível em ambos os sistemas, sancionador e civil, o nexo causal, no âmbito sancionador, precisa estar acompanhado de outros elementos para a configuração do fato típico, quais sejam: (i) a conduta (ação ou omissão); (ii) o resultado (lesão material ou formal) e; (iii) a tipicidade (fato previsto como infração, respeitado o princípio da legalidade).

---

9 Cfr. ABELHA RODRIGUES, Marcelo. O STJ e a responsabilidade ambiental subjetiva: notas para uma reflexão. In: **Migalhas**, 18.01.2020. Disponível em: < https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI302576,101048-O+STJ+e+a+responsabilidade+administrativa+ambiental+subjetiva+notas>. Acesso em: 18.01.2020.

10 Idem.

Logo, eventual ausência de caracterização desses elementos não se trata de uma questão de nexo de causalidade, mas da ausência de "fato típico" em um sistema punitivo.

Embora a ausência de "fato típico" trate de uma questão de imputação objetiva da pena (actos reus), isso não se confunde com responsabilidade objetiva, pois se trata de apenas uma etapa essencial para a apuração de responsabilidades. No caso, após constatação objetiva da ocorrência de uma infração, deve ainda o intérprete avançar sobre as elementares subjetivas propriamente ditas (mens rea) e eventuais excludentes de responsabilidade (defences), para a determinação da autoria, dosimetria e adequação dos fins (penalidades) às condutas que pretende reprimir.

A não caracterização do fato típico não significa ausência de nexo de causalidade, tendo em vista ser este apenas um de seus elementos essenciais. E a sua constatação também não dispensará a apuração de autoria e limites da pena individualizada, que requer um juízo de culpabilidade.

Para corroborar essa questão, importante destacar a recente atualização normativa publicada com a Instrução Normativa Conjunta nº 02/2020, de 30 de janeiro de 2020, do Ministério de Meio Ambiente, IBAMA e ICMBio, que incorporou expressamente os princípios e elementos de direito administrativo sancionador ao procedimento administrativo para a apuração de infrações ambientais.

Como pode se observar em seu art. 16, I, a IN Conjunta nº 02/2020 estabeleceu o dever de o fiscal indicar os elementos subjetivos do acusado em relatório de fiscalização logo no início do procedimento de apuração infracional, cuja definição, prevista no art. 6º, XII, volta a especificar o dever de registar o comportamento, causas e circunstância da conduta para fins de aplicação de penalidade administrativa. Ou seja, requer a caracterização da culpabilidade indistintamente do tipo que se pretende aplicar no caso concreto:

Art. 16. A lavratura do auto de infração será detalhada em relatório de fiscalização, que conterá:

I - a descrição das circunstâncias que levaram à constatação da infração ambiental e à identificação da autoria, que se baseia na demonstração da relação da infração administrativa com a conduta do autuado, comissiva ou omissiva, e o seu elemento subjetivo;

Art. 6º [...]

XII- Relatório de fiscalização: a formalização de acusação contra o autuado acerca da prática de infração ambiental, por meio do qual o agente ambiental federal relata as causas e circunstâncias da violação detectada e descreve, detalhadamente, o comportamento do autuado- e dos demais agentes envolvidos, o que inclui o seu elemento subjetivo, para determinar a responsabilidade administrativa e fundamentar a imposição das sanções indicadas, bem como das eventuais circunstâncias atenuantes ou agravantes apontadas; ainda, discute os elementos probatórios colhidos e individualiza os objetos, instrumentos e petrechos relacionados à prática da infração ambiental;

Nos casos dos precedentes apontados, em especial no caso objeto desses comentários, entendemos que houve a caracterização do nexo de causalidade entre o dano e o sujeito/atividade a quem se pretendia atribuir responsabilidade administrativa.

O nexo causal do processo em questão se limitou ao fato de que a causa do incidente "poluição marinha" decorreu do contato de óleo diesel de propriedade da Ipiranga com o meio biótico, sendo esse vazamento um risco decorrente da atividade. Esse fato deve ser considerado para todas as hipóteses de responsabilização ambiental: civil, penal e administrativa, na medida de suas especificidades.

Voltar ao índice

A diferença reside, contudo, nos demais elementos necessários para a caracterização de cada uma dessas formas de responsabilidade (autoria, culpabilidade e excludentes de responsabilidade).

Para a responsabilidade civil, basta a configuração do nexo de causalidade com a existência do dano ambiental para gerar o dever de reparação. Isso porque, o dever de reparação/indenização se dirige ao risco da atividade e, com base no princípio do poluidor-pagador, ainda que o incidente decorra de uma atividade lícita, deve o "poluidor indireto" ser responsável solidário no dever de reparação civil dos danos, independentemente de culpa (art. 14, §1º c/c art. 3º, IV, da Lei nº 6.938/1981)[11].

Já para o direito sancionador, em que pese a existência do nexo causal, existem outras perguntas a serem respondidas para a caracterização de eventual infração e aplicação de uma penalidade: (1) A carga (óleo diesel) foi o elemento causador da contaminação ambiental? Quem deu causa ao dano?; (2) como foi a dinâmica desse incidente e a participação dos envolvidos no evento (ação/omissão) ?; (3) existiu alguma conduta proibida pela lei?; (4) quais as causas e circunstâncias dessa conduta?; (5) Sobre as causas e circunstâncias observadas, existe alguma previsão legal que majore, diminua ou exclua os efeitos da punição originalmente prevista?

No caso, (1) o óleo diesel foi o elemento causador da contaminação ambiental e a sua capacidade de ocorrência é ínsita a atividade da proprietária da carga. Contudo, a ré (proprietária da carga) não deu – e nem podia dar causa – ao incidente que gerou o dano, por não deter o controle da ação/omissão que gerou o evento; (2) a dinâmica do incidente decorreu do descarrilamento de composição férrea operada pela FCA que transportava o

11 Sobre os contornos do nexo de causalidade da responsabilidade civil, Cfr. entendimento do STJ no Tema Repetitivo nº 957. In: STJ, **REsp n. 1.596.081/PR**... ob. cit.

Voltar ao índice

óleo de propriedade da Ipiranga; (2.1) a FCA detinha a guarda e domínio do bem no momento do acidente; (2.2) A Ipiranga contratou o transporte de operador legítimo e de reconhecida capacidade técnico-operacional para a atividade; (3) A atividade proibida por lei é a de "causar poluição de qualquer natureza [...]". Pelo verbo nuclear da ação, a conduta proibida requer uma ação comissiva (dar causa ao evento); (4) A circunstância da conduta da Ipiranga, enquanto proprietária da carga, foi a de contratar licitamente operação de transporte ferroviário com empresa idônea e dotada de capacidade técnico-operacional de cumprir com o contrato, o que afasta de si a capacidade de "causar" poluição por ação própria ou por intermédio de terceiro (omissão ou culpa por falta de diligência na contratação); (5) Pelas circunstâncias observadas, além de inexistir autoria para o fato típico previsto, ainda lhe caberia a exclusão de responsabilidade decorrente do evento ter sido ocasionado por ato exclusivo de terceiro e inexigibilidade de conduta diversa na contratação do transporte (haja vista o monopólio que a FCA detém para o trecho).

Vê-se, portanto que, do ponto de vista infracional, é a centralização da tipicidade na conduta do agente e a subjetividade que imperam como fatores limitadores da causalidade para fins imputação.

Sem esses elementos, não haveria distinção entre o dever de reparação (extensível para todos aqueles que contribuem de alguma forma para o evento lesivo, inclusive, aqueles que atuaram de forma lícita, desde que haja um liame causal entre o dano e sua atividade) do dever de sujeição passiva infracional, dirigida apenas àqueles que tenham capacidade de praticar a ação ou omissão tipificada como punível e que, por sua vez, deverão responder na medida de suas responsabilidades (culpabilidade, subjetividade).

Trata-se, portanto, da aplicação do princípio da intranscendência das penas. Ou seja, ainda que exista correlação entre causa e efeitos na

dinâmica de caracterização dos danos, para fins de aplicação de uma penalidade, há de se avaliar a efetiva conduta do agente e os limites de sua ação no âmbito do resultado lesivo, para a delimitação das consequências imputáveis a cada sujeito, na medida de sua efetiva participação para a consequência jurídica que a norma pretendia evitar – situação impossível de se caracterizar apenas com a aferição da ocorrência do nexo causal, ou, ainda que de forma mais abrangente, do fato típico descontextualizado de uma apuração de culpabilidade.

Nesse sentido, a novel normativa conjunta do Ministério de Meio Ambiente, do IBAMA e ICMBio, que regulamenta o processo administrativo federal para apuração de infrações administrativas por condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, ao incorporar expressamente a natureza subjetiva da responsabilidade administrativa ambiental e exigir a sua demonstração desde os primeiros atos da fiscalização (relatório de fiscalização, conforme seu art. 16, I), reafirma no âmbito do Poder Executivo Federal o acerto do acórdão do STJ e o dever de motivação adequada e respeito às garantias ao acusado em um sistema punitivo.

Voltar ao índice

Anotação ao acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de 21 de Março de 2019, Resp Nº 1.797.195/SP[1]

MONIQUE MOSCA GONÇALVES[2]

1. INDICAÇÃO DO ASSUNTO

O presente julgado trata essencialmente de duas questões que estão em ampla discussão no cenário jurídico atual, a saber, o novo estatuto jurídico dos animais e a natureza jurídica da relação estabelecida com os animais de companhia.

A evolução da tutela jurídica do animal nos últimos anos foi de tamanha envergadura que hoje já se fala consistentemente na ascensão de um novo ramo jurídico: o Direito Animal. No domínio das relações privadas, o eixo da discussão centraliza-se no estatuto jurídico do animal e já é orientação amplamente dominante que não deve subsistir a natureza de objetificação do animal no direito civil.

---

1 Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201800312300&dt_publicacao=13/05/2019 Acesso em: 07 dez 2019.

2 Mestre em Ciências Jurídico-Ambientais pela Universidade de Lisboa. Pós-graduada em Direito Penal pela Universidade Anhanguera/UNIDERP. Promotora de Justiça no Estado de Minas Gerais.

Voltar ao índice

A forte demanda jurídico-social pela descoisificação do animal é fruto da combinação de dois movimentos extrajurídicos que despertaram a atenção do Direito para a urgente reformulação do tratamento dispensado aos animais. Em primeiro lugar, uma verdadeira revolução no pensamento filosófico clássico, ancorado no antropocentrismo teleológico de matriz especista, para consolidar a posição de que os seres sencientes não humanos são dignos de consideração moral, o que torna a sua exploração um problema ético relevante. Em complementação, a neurociência evoluiu substancialmente para afirmar capacidades de determinadas espécies antes atribuídas apenas aos humanos e a descoberta de que muitos animais são dotados de senciência, autoconsciência e certo grau inteligência comprometeu fortemente a validade do juízo legal de coisificação e a legitimidade de diversas formas de exploração.

Enquanto o legislador civil permaneceu inerte frente a esta nova realidade, a doutrina e a jurisprudência buscaram na Constituição da República, a partir de uma interpretação principiológica e de um novo olhar para o preceito anticrueldade (art. 225, §1º, inciso VII), o fundamento para o reconhecimento da senciência animal, ora sob um viés objetivo, consolidado na noção ampla de bem-estar animal, ora para considerar os animais como verdadeiros sujeitos de direitos, a exemplo do acórdão apresentado.

Além do substrato moral, especificamente no domínio dos pets, a senciência ganhou um forte aliado para o alargamento da proteção jurídica do animal: o afeto. Dados estatísticos atuais apontam que, atualmente, há mais cães do que crianças nos lares brasileiros[3] e o fortalecimento do vínculo afetivo formado com essas espécies suscitou a questão sobre a natureza jurídica

3 Fonte: IBGE (2015). Disponível em: https://sidra.ibge.gov.br/tabela/4930 Acesso em: 07 dez 2019

dessa relação, se constitui vínculo de propriedade regulado pelo regime de bens ou se, a exemplo da atual conformação da realidade social, trata-se de relação familiar, o que, pela condição vulnerável dos animais, sobrepõe os deveres de guarda e cuidado às faculdades inerentes ao domínio.

É precisamente neste contexto que se insere o julgado do Superior Tribunal de Justiça, que, pelo voto corajoso e inédito do Ministro Og Fernandes, rompeu paradigmas jurídicos de ordem milenar ao reconhecer direitos e dignidade aos animais e, no plano concreto, ao tomar em consideração, como um dos critérios predominantes da decisão, o interesse próprio do animal envolvido na demanda. Pela primeira vez, acolhe-se na jurisprudência a perspectiva de limitação de direitos fundamentais dos seres humanos com base no reconhecimento de interesses de indivíduos não humanos.

2. INDICAÇÃO DA EMENTA

Administrativo. Ambiental. Recurso especial. Não configurada a violação do art. 1.022 Do cpc. Inexistência de omissão, obscuridade ou contradição. Multa judicial por embargos protelatórios. Inaplicável. Incidência da súmula 98 do stj. Multa administrativa. Rediscussão de matéria fática. Impossibilidade. Súmula 7 do stj. Invasão do mérito administrativo. Guarda provisória de animal silvestre. Violação da dimensão ecológica do princípio da dignidade humana.

1. Na origem, trata-se de ação ordinária ajuizada pela recorrente no intuito de anular os autos de infração emitidos pelo Ibama e restabelecer a guarda do animal silvestre apreendido.

2. Não há falar em omissão no julgado apta a revelar a infringência ao art. 1.022 do CPC. O Tribunal a quo fundamentou o seu

posicionamento no tocante à suposta prova de bons tratos e o suposto risco de vida do animal silvestre. O fato de a solução da lide ser contrária à defendida pela parte insurgente não configura omissão ou qualquer outra causa passível de exame mediante a oposição de embargos de declaração.

3. Nos termos da Súmula 98/STJ: "Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório". O texto sumular alberga a pretensão recursal, posto que não são protelatórios os embargos opostos com intuito de prequestionamento, logo, incabível a multa imposta.

4. Para modificar as conclusões da Corte de origem quanto aos laudos veterinários e demais elementos de convicção que levaram o Tribunal a quo a reconhecer a situação de maus-tratos, seria imprescindível o reexame da matéria fático-probatória da causa, o que é defeso em recurso especial ante o que preceitua a Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." Precedentes.

5. No que atine ao mérito de fato, em relação à guarda do animal silvestre, em que pese à atuação do Ibama na adoção de providências tendentes a proteger a fauna brasileira, o princípio da razoabilidade deve estar sempre presente nas decisões judiciais, já que cada caso examinado demanda uma solução própria. Nessas condições, a reintegração da ave ao seu habitat natural, conquanto possível, pode ocasionar-lhe mais prejuízos do que benefícios, tendo em vista que o papagaio em comento, que já possui hábitos de ave de estimação, convive há cerca de 23 anos com a autora. Ademais, a constante

indefinição da destinação final do animal viola nitidamente a dignidade da pessoa humana da recorrente, pois, apesar de permitir um convívio provisório, impõe o fim do vínculo afetivo e a certeza de uma separação que não se sabe quando poderá ocorrer. (grifo nosso)

6. Recurso especial parcialmente provido.

3. DESCRIÇÃO SUMÁRIA DOS FACTOS DO CASO

3.1. Escorço processual

Trata-se de julgamento proferido em sede de recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, em ação anulatória de multas proposta por Maria Angélica Caldas Uliana em face do Estado, denegou o pedido de concessão da guarda definitiva do animal silvestre e manteve a multa aplicada por maus-tratos.

A recorrente foi autuada pelo IBAMA por cativeiro irregular de animal silvestre e maus-tratos, ocasião em que o papagaio Verdinho foi apreendido e encaminhado ao órgão ambiental. Inconformada, Maria Angélica Caldas Uliana ingressou com ação judicial postulando a anulação das multas e a concessão da guarda da ave.

O acórdão impugnado concedeu a guarda provisória do animal silvestre à autora, com fundamento na falta de cuidados especiais com o animal pelo IBAMA, determinando, contudo, a reversão da guarda ao órgão ambiental após a comprovação da viabilidade da destinação prevista em lei e da garantia dos aparatos necessários para assegurar o bem-estar do animal.

Voltar ao índice

A recorrente então interpôs recurso especial, no qual alegou violação ao art. 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB em razão da negativa de concessão da guarda definitiva do animal. Argumentou que, apesar da inexistência de permissivo legal para a "legalização" da guarda de animal silvestre, a impossibilidade de reinserção do animal na natureza e a existência de vínculo de afeto justificavam o provimento desejado, em razão da necessidade de adaptação do comando da norma às necessidades sociais.

Aduziu, ainda, que a instabilidade da guarda provisória, com a necessidade de entrega futura do animal ao IBAMA, malferem o princípio da dignidade humana, causando à recorrente expectativa e ansiedade que transcendem a necessária estabilidade emocional e física e que tal solução é contrária ao interesse do animal, que corre risco de vida caso se afaste da recorrente.

Pelo acolhimento unânime do voto do Ministro relator Og Fernandes, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça deu provimento parcial ao recurso para determinar a guarda definitiva do papagaio em favor da recorrente, mediante a observância de condições estritas para assegurar o bem-estar do animal.

3.2. Teses de fundamentação do julgado

No plano do dispositivo, o acórdão não destoa da jurisprudência já consolidada da Corte, no sentido da admissibilidade da concessão da guarda de animal silvestre em cativeiro irregular, quando constatada a alta domesticação e consequente dificuldade de reintegração do animal na natureza e desde que ausente situação de maus-tratos[4]. Foi na fundamentação, con-

4 Veja, por exemplo, o *REsp nº 1.389.418-PB, de 21 de setembro de 2017*, também da relatoria do Ministro Og Fernandes.

tudo, que o acórdão inovou, ao reconhecer expressamente dignidade aos animais e a sua consequente natureza de sujeito de direito, rompendo com o paradigma histórico de objetificação dos animais no sistema jurídico.

Como premissa de raciocínio, o acórdão lembrou da relevância do meio ambiente no contexto atual, enquanto valor fundamental da mais alta significância social. Com base na adoção de um paradigma jurídico biocêntrico, afirmou ser necessário repensar o conceito de dignidade, no intuito de adapta-lo aos enfrentamentos existenciais contemporâneos e à ascensão dos valores ecológicos, de forma que se torna imperioso:

> (...) refletir sobre o conceito kantiano, antropocêntrico e individualista de dignidade humana, ou seja, para incidir também em face dos animais não humanos, bem como de todas as formas de vida em geral, à luz da matriz jusfilosófica biocêntrica (ou ecocêntrica), capaz de reconhecer a teia da vida que permeia as relações entre ser humano e natureza.

Boa parte da fundamentação se ancora na doutrina de Ingo W. Sarlet e Tiago Fensterseifer, especialmente no tocante à sustentada compreensão ecológica da dignidade humana, no sentido de uma nova formulação do conceito de dignidade que se adeque aos valores ecológicos contemporâneos e da adoção de uma nova concepção ética, compreendida substancialmente como uma ética de respeito à vida.

A partir da consideração do modelo de ética animal integrado na disciplina ecológica, compreendeu a legitimação constitucional dos direitos dos animais a partir da tutela da flora e da fauna, especificamente da vedação constitucional de práticas que coloquem em risco a função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a cru-

eldade (art. 225, §1º, VII). Com isso, mesmo a proibição de tratamento cruel aos animais resta concebida como um valor de natureza ambiental.

Essa compreensão não reducionista de dignidade, que considera sua dimensão ecológica, constitui, na linha de compreensão do julgado, o fundamento maior do reconhecimento da dignidade dos animais, conceito aplicável também aos elementos da natureza, com base no paradigma biocêntrico acolhido.

Como reforço de sustentação, o julgado considerou a tendência moderna que se cunhou chamar de novo constitucionalismo latino-americano, representado por dois grandes marcos de adoção de um modelo ecológico de matriz biocêntrica: as Constituições do Equador e da Bolívia. Este constitui outro ponto inovador da decisão, que realizou verdadeiro diálogo de fontes e de Cortes Constitucionais para considerar a tendência moderna de desconstrução da corrente filosófica clássica antropocêntrica.

De forma inédita, o Ministro Og Fernandes compreendeu a visão da natureza enquanto expressão da vida na sua totalidade e afirmou o reconhecimento em prol do meio ambiente e dos animais de um valor próprio, inerente, de forma a merecerem respeito e cuidado, enquanto titulares de direitos e de dignidade.

Ao final, o voto contrapôs a persistência da concepção histórica de coisificação dos animais no Código Civil frente ao modelo constitucional moderno ancorado no paradigma biocêntrico e pontuou sobre a necessidade de revisão do ordenamento para a efetiva concretização desta nova compreensão dos animais enquanto titulares de direitos:

> Sendo assim, torna-se essencial refletir, no bojo do ordenamento jurídico, em busca de caminhos para o amadurecimento da problemática e a concretização da dignidade dos animais

não humanos, reconhecendo os respectivos direitos e ocasionando mudança na forma como as pessoas convivem entre si e com os demais animais não humanos.

Ao considerar o papagaio Verdinho como sujeito de direito, o Ministro relator entendeu que seu próprio interesse demandava a persistência da guarda em favor da autora, em razão da relação de afeto presente na longa domesticação e que a instabilidade da condição definida no decisum a quo, com o rompimento futuro certo desta relação de convivência doméstica seria capaz de malferir a dignidade da demandante, causando-lhe lesão a um valor existencial consubstanciado no vínculo de afeto com o animal.

O aspecto de maior relevo do julgado reside, sem sombra dúvidas, na expressa atribuição de dignidade e direitos aos animais, o que o deixará marcado na história como a primeira decisão a nível de corte superior a seguir este novo paradigma. Contudo, mesmo a partir de um olhar essencialmente animalista, há alguns aspectos na construção do raciocínio jurídico encetado passíveis de análise crítica, conforme se verá a seguir.

4. COMENTÁRIOS

4.1. Biocentrismo & senciocentrismo: distinção entre ética ambiental e ética animal

O acórdão em análise seguiu a tendência interpretativa moderna de mitigação do paradigma jurídico clássico de viés antropocêntrico, que serviu de base à criação das normas ambientais, em atenção ao valor do equilíbrio ecológico para a qualidade de vida dos seres humanos, a fim de respaldar o modelo de ética ambiental de valor inerente da natureza.

Essa corrente tem como base fundamental os preceitos da deep ecology, orientação filosófica cunhada por Arne Naes na década de 1970 e que se caracteriza pela defesa do valor moral inerente a cada ser vivo e propõe uma reestruturação radical do modo de vida contemporâneo, em contraste com a ecologia rasa, típica da sociedade moderna e de cunho eminentemente utilitarista e antropocêntrico.

Na legislação comparada, nossos vizinhos Equador e Bolívia albergaram de forma expressa e a nível constitucional a matriz biocêntrica. Já no ordenamento brasileiro, a ascensão do biocentrismo extrai-se da alteração da interpretação clássica da disciplina constitucional do meio ambiente, seja para considerar um antropocentrismo alargado que combina ambos os valores subjacentes à norma[5], seja para defender um modelo verdadeiramente biocêntrico, através da mudança de compreensão do alcance da palavra "todos" na declaração do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, expressa na redação do caput do art. 225, no sentido de alcançar todas as formas de vida, ou seja, não apenas os seres humanos[6].

No âmbito específico dos animais, a concepção filosófica clássica ancora-se no antropocentrismo teleológico, que considera a hierarquia da natureza e das relações sociais para afirmar que os animais existem para

5 Com base na disciplina constitucional portuguesa, Vasco PEREIRA DA SILVA defende uma posição intermediária, que ele nomeia *antropocentrismo ecológico*, como rejeição a uma qualquer visão meramente instrumentalista, economicista ou utilitarista da natureza, mas que refuta, igualmente, os excessos ditos "fundamentalistas" e a defesa da personificação jurídica das realidades naturais ou a atribuição de direitos subjetivos à natureza. **Verde Cor de Direito. Lições de Direito do Ambiente.** 2ª reimpressão da edição de fevereiro de 2002. Coimbra: Editora Almedina, 2005, p. 30.

6 Para maiores desenvolvimentos sobre a discussão: LEME MACHADO, Paulo Affonso. **Direito Ambiental Brasileiro.** 25ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2017, p. 957/960

Voltar ao índice

uso e benefício do homem. Tal linha filosófica constitui o fundamento maior da teoria da Grande Cadeia do Ser, que estabelece uma pirâmide de hierarquia naturalística, na qual o homem figura no topo, logo acima dos animais e depois das plantas e, na base, as coisas inanimadas. A tradição da Cadeia do Ser envolve, assim, uma rígida separação entre espécies e o estabelecimento de classes, no qual o grau máximo de perfeição é representado pela inteligência humana[7].

O modelo filosófico exposto fundamentou as bases do sistema jurídico, com a institucionalização da exploração dos animais, materializada no estatuto milenar de coisa, tal qual os objetos inanimados, com valor unicamente extrínseco e instrumental. A existência de normas anticrueldade não abalava este cenário, tendo em vista que se ancoravam na teoria dos deveres indiretos, a partir da noção de transbordamento moral, como se a atenção para com os animais fosse uma propedêutica à humanização das relações entre os homens[8]. Somente a partir da década de 80 é que este pensamento passou a ser consistentemente contestado, quando se iniciou uma verdadeira revolução no pensamento filosófico em favor dos animais.

O grande precursor desta mudança foi Peter Singer, que concentrou no critério da senciência o fundamento para a defesa de um novo modelo ético na relação com os animais. O filósofo australiano partiu da

---

7 De forma crítica, Fernando ARAÚJO se refere à Cadeia do Ser como uma estratégia de inferiorização e lembra que as concepções teleológica e hierárquica da natureza e das relações sociais ao longo da história já sustentaram e ainda hoje sustentam afirmações patentemente absurdas, como, dentre outras, as de que as marés existem para propiciar a entrada e saída dos navios dos portos, os suínos só existem para nossa alimentação e os cavalos para nosso transporte, algumas raças humanas são inferiores e as mulheres existem para servir os homens, etc. **A hora dos direitos dos animais**. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 53.

8 LOURENÇO, Daniel Braga. **Direito dos animais: fundamentação e novas perspectivas.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 296/297.

Voltar ao índice

consideração do princípio da igual consideração de interesses semelhantes como um princípio moral básico que se aplica também a membros de outras espécies. A senciência, por outro lado, seria a única fronteira defensável de preocupação com os interesses alheios, já que a escolha de qualquer característica externa seria arbitrária e representaria forma inaceitável de preconceito, contrário ao princípio da igualdade[9].

Premissa semelhante foi utilizada posteriormente por Tom Regan, que combinou o critério da senciência com capacidades cognitivas para afirmar que os animais são indivíduos moralmente relevantes, são sujeitos-de-uma-vida, portadores de valor inerente e, portanto, dignidade e consequentes direitos morais, de forma que injustificável a sua dominação e exploração pelos seres humanos[10].

A defesa por uma teoria moral direta em favor dos animais foi ganhando força ao longo dos anos e o desenvolvimento da ética animal ainda foi apoiado pela evolução da neurociência, com a descoberta progressiva de capacidades pertinentes a cada espécie, reveladoras não apenas da senciência, entendida hoje como a capacidade de sentir e de sofrer de forma consciente, mas, em muitos casos, de autoconsciência e de inteligência[11]. Com isso, consolida-se uma visão ética específica para os animais, calcada no reconhecimento do valor inerente dos seres sencientes não humanos.

O senciocentrismo constitui, assim, o modelo de ética de respeito aos indivíduos sencientes e não se confunde com o biocentrismo, enquanto

---

9 SINGER, Peter. **Libertação animal**. Tradução de Marly Winckler e Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 14.

10 REGAN, Tom. ***Animal rights, human wrongs: an introduction to moral philosophy***. Oxford/UK: *Rowman & Littlefield Publishers*, 2003, p. 82.

11 Vide a Declaração de Cambridge, de 2012. Disponível em: http://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf. Acesso em: 11 nov 2019.

Voltar ao índice

visão ética de respeito a todas as formas de vida. Vai além para afirmar que o valor inerente dos animais é superior, não equivalente, ao valor inerente da natureza. Ou seja, o valor inerente da ecologia profunda é menos forte ou protetivo do que aquele professado no campo da ética animal[12].

A ética animal considera que a condição especial dos animais, enquanto seres vivos sencientes, exige uma distinta consideração do seu valor inerente, como especial valoração da sua identidade e personalidade natural. Contesta o igualitarismo biosférico presente no biocentrismo, com base na assertiva de que a equiparação do valor inerente dos elementos naturais e dos animais gera o risco de degradação da própria condição humana, na medida em valora de forma equânime rochas, rios, plantas e indivíduos dotados de sensibilidade, um mínimo de autoconsciência, autodeterminação e inteligência[13].

4.2. A ascensão do Direito Animal a ramo jurídico autônomo

A mudança no pensamento filosófico dominante e a ascensão da ética animal provocaram o surgimento de uma nova concepção jurídica em favor dos animais, com base no princípio da senciência animal, o que colocou em xeque a sua pertinência temática com a disciplina ambiental. Essa alteração é fortemente sentida no fenômeno mundial de descoisificação dos animais, ou seja, na alteração do seu estatuto civil para a eleição de um status próprio, sui generis. A nível nacional, é refletida na mudança da interpretação clássica do preceito constitucional de vedação da crueldade animal.

---

12 Neste sentido: OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Direitos da natureza e direitos dos animais: um enquadramento**. *In*: Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Ano 2. Nº 10. Lisboa, 2013, p. 11366/11367.

13 REGAN, Tom. **Animal rights, human wrongs: an introduction to moral philosophy.** Oxford/UK: *Rowman & Littlefield Publishers*, 2003, p. 101/102.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Luís Roberto Barroso foi o primeiro a abraçar a concepção jurídica senciocêntrica ao afirmar, em seu voto-vista no celebre caso da vaquejada, a autonomização da tutela dos animais em relação ao ambiente[14]:

> Ao vedar práticas que submetam animais a crueldade (CF, art. 225, §1º, VII), a Constituição não apenas reconheceu os animais como seres sencientes, mas também reconheceu o interesse que eles têm de não sofrer. A tutela desse interesse não se dá, como uma interpretação restritiva poderia sugerir, tão-somente para a proteção do meio ambiente, da fauna ou para a preservação das espécies. A proteção dos animais contra práticas cruéis constitui norma autônoma, com objeto e valor próprios.

O reconhecimento jurídico da senciência conferiu um fundamento autônomo para a proteção do animal, desconectado dos valores ecológicos que este representa, o que conforma o modelo de regulação em diversos aspectos. Como se sabe, a proteção do ambiente constitui interesse difuso e contemplado sob forma de proteção por instrumentos de natureza igualmente coletiva. A proteção do animal com fundamento na senciência, por sua vez, implica no reconhecimento do valor inerente de cada animal, enquanto ser dotado de identidade própria e personalidade natural, o que atrai uma tutela de natureza essencialmente individual, voltada à proteção de seus interesses fundamentais (vida, liberdade, integridade física e emocional).

Destarte, do ponto de vista da regulação animal, o que interessa é o seu bem-estar enquanto indivíduo, de forma que cada um conta e cada um importa, pois eles são seres capazes de sentir prazer, dor e experimentar outras sensações positivas e negativas, muitas vezes se-

14 ADI nº 4.983/CE, voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso.

melhantes à própria condição humana, e estas constituem a base dos interesses a serem tutelados pelo Direito.

Na linha do pensamento de Peter Singer, a capacidade de sofrer e de sentir prazer é suficiente para se reconhecer que animais têm interesses[15], de forma que, se um ser sofre, não haveria qualquer justificativa moral para se deixar de levar em conta esse sofrimento. Consequentemente, somente podem ser reconhecidos interesses jurídicos às pessoas ou, de forma mais clara, aos seres sensíveis. O ambiente fica de fora desta noção.

A partir desta nova formulação, compreende-se que não deve persistir a integração da tutela dos animais no Direito Ambiental, em razão da diversidade de objetos. Mesmo sob a ótica antropocêntrica, vislumbra-se a ausência de vínculo finalístico, já que a proteção do meio ambiente enquanto direito fundamental de terceira geração decorre da relação entre o equilíbrio ecológico e a sadia qualidade de vida humana. Essa relação não se faz presente na proteção dos animais contra violências injustificadas, que tem caráter eminentemente moral e somente revela interesse humano na prevenção da violência entre membros da nossa própria espécie, com base na comprovação de que a violência contra animais é um indicativo da violência contra seres humanos vulneráveis (teoria do link)[16].

---

15 Neste ponto, Peter Singer e Tom Regan concordam que as árvores não têm interesses, uma vez que não existem evidências de que plantas sentem dor ou prazer, não possuem um sistema nervoso e não são sencientes. Peter Singer ainda vai além para cogitar a hipótese de se descobrir que plantas podem sofrer, e assevera que, ainda assim, tal capacidade seria obviamente inferior à dos animais, o que respaldaria uma visão diferenciada e uma tutela de menor intensidade. SINGER, Peter. **Libertação animal**. Tradução de Marly Winckler e Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 268.

16 A teoria do link revelou a existência de forte conexão entre crueldade animal, abuso infantil e violências domésticas. Pesquisas científicas realizadas no Brasil e no exterior demonstraram que o perfil do agressor de animais indica propensão para violências contra humanos vulneráveis no âmbito doméstico. A prática de violência contra animais, indica, assim, a formação de um ciclo de violência que, normalmente, começa com o animal e se expande para a violência contra seres humanos. NASSARO, Marcelo Robis Francisco. **Maus-tratos aos animais e violência contra as pessoas**. *In:* MPMG Jurídico, 2016, p. 47.

Voltar ao índice

O Direito Animal conforma-se, assim, como um emergente ramo jurídico, de caráter transdisciplinar, destinado à regulação das relações entre seres humanos e animais, com fundamento na senciência e com o objetivo de garantir, de forma progressiva e continuada, a proteção dos interesses fundamentais dos seres sencientes não humanos, notadamente a vida, a liberdade e a integridade física e emocional[17].

Em resumo, as normas jurídicas direcionadas aos animais podem ter distinta natureza jurídica, de acordo com o seu fundamento. Quando o animal é considerado fauna, relevante pela sua função ecológica, como espécie, é objeto das considerações do Direito Ambiental. Por outro lado, quando o animal é relevante enquanto indivíduo senciente, portador de valor intrínseco e dignidade própria, é objeto das considerações do Direito Animal. Dessa forma, Direito Animal e Direito Ambiental não se confundem, constituem disciplinas separadas, embora compartilhem várias regras e princípios jurídicos, dado que ambos, o primeiro exclusivamente, e o segundo inclusivamente, tratam da tutela jurídica dos animais[18].

4.3. Inter-relação entre dignidade humana e dignidade animal: a solidariedade interespécie

A crítica acima esposada, no tocante à compreensão ecológica dos direitos dos animais, não afasta o sentido principal da fundamentação

17 Tagore Trajano de Almeida Silva afirma que o Direito Animal enquanto ramo emergente parte do abandono da defesa da fauna como bem difuso e imaterial, em favor de uma visão que reconhece a individualidade do animal não humano e a importância da defesa dos seus interesses fundamentais, como valor autônomo, a partir de um olhar animalista do sistema jurídico. Com base em uma visão pós-humanista que redefine os elementos básicos da relação jurídica (sujeito, objeto e fato jurígeno), o Direito Animal enquadrar-se-ia dentro do campo do direito privado, estabelecendo uma personalidade natural para os animais não humanos. **Direito Animal e ensino jurídico: formação e autonomia de um saber pós-humanista.** Tese de doutorado em Direito Público. UFBA, 2013, p. 26/27.

18 ATAÍDE JÙNIOR, Vicente de Paula. **Introdução ao Direito Animal brasileiro**. *In:* Revista Brasileira de Direito Animal. Volume 13. Nº 3, 2018, p. 50.

do acórdão, quanto à afirmação de que o reconhecimento da dignidade animal é corolário do princípio da dignidade humana. Apenas o enquadramento é diverso.

Como se sabe, a conceituação jurídico-constitucional moderna da dignidade da pessoa humana prende-se à ideia kantiana de que o ser humano não pode ser empregado como simples meio (ou seja, objeto) para a satisfação de qualquer vontade alheia, mas sempre deve ser tomado como fim em si mesmo, como reconhecimento do seu valor inerente e consequente vedação de toda e qualquer forma de instrumentalização da vida humana, tanto nas relações públicas como entre particulares. A dignidade da pessoa humana, como destacado por Ingo W. Sarlet[19], assume a condição de matriz axiológica de todo ordenamento jurídico, fundamento maior dos direitos fundamentais, e configura-se valor primário e princípio de maior hierarquia da Constituição (art. 1º, III), além de pedra basilar de edificação constitucional do Estado (Social, Democrático e Ambiental) de Direito brasileiro.

Conforme justificação adotada no acórdão, na sua dimensão ecológica, a dignidade humana passa a ser compreendida a partir de uma visão relacional, com base na noção de que a dignidade do indivíduo nunca se concebe isoladamente, projetando-se na dignidade de todos os integrantes do grupo social. O caráter expansivo e multidimensional da dignidade humana, na sua compreensão ecológica, considera a combinação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado com o princípio constitucional da solidariedade como fundamento para o reconhecimento dos direitos da natureza e dos animais.

---

19 SARLET, Ingo W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 81/85.

Voltar ao índice

A partir de uma visão estritamente animalista, a ampliação do conteúdo da dignidade da pessoa humana para abarcar valores de caridade, solidariedade e respeito ao próximo, fundamenta o reconhecimento da dignidade dos animais. O dever de solidariedade, consubstanciado no respeito social interpessoal e o respeito pela dignidade dos outros, como repúdio a toda forma de egoísmo e desprezo pelo semelhante[20], deve também ser considerado na relação com os indivíduos sencientes não humanos.

De forma precisa, a condição de tratamento que desconsidera a natureza de ser sensível dos animais ou demonstra a insensibilidade humana pelo sofrimento animal, não condiz com o princípio da dignidade da pessoa humana pois, embora não se trate de conduta direcionada a membros da nossa espécie, configura comportamento humano que não expressa valores sociais e morais mínimos e acaba por degradar não apenas os destinatários do comportamento como a própria condição humana.

Isso quer dizer que, embora a ordem constitucional brasileira, ao vedar a crueldade contra animais, demonstre de forma clara a sua preocupação com o bem-estar animal, tomado em si, e consequentemente reconheça o valor não meramente instrumental da vida animal, essa preocupação não deixa de ser, também, uma manifestação da dignidade da pessoa humana, como demonstração da estreita relação entre dignidade humana e dignidade animal.

O Supremo Tribunal Federal já realizou a ligação entre a crueldade animal e o princípio da dignidade da pessoa humana com base nesta vertente, ou seja, enquanto manifestação direta, sem recurso ao direito fundamental ao meio ambiente, o que restou destacado no julgamento sobre a "briga de

20 DA CUNHA, Paulo Ferreira. **O Ponto de Arquimedes.** Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 212.

galos" [21]. Em seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski proclamou: "quando se trata cruelmente ou de forma degradante um animal, na verdade esta se ofendendo o próprio cerne da dignidade da pessoa humana". Em sentido semelhante, o Ministro Cezar Peluso afirmou que a questão não está apenas proibida no art. 225 e "ofende também a dignidade da pessoa humana porque, na verdade, ela implica de certo modo um estímulo às pulsões mais primitivas e irracionais do ser humano". E concluiu: "A proibição também deita raiz nas proibições de todas as práticas que promovem, estimulam e incentivam essas coisas que diminuem o ser humano como tal e ofendem, portanto, a proteção constitucional da dignidade do ser humano".

Note-se que o reconhecimento da dignidade animal parte também da superação da visão kantiana de dignidade, centrada na autonomia e na racionalidade, mas considera características próprias e exclusivas dos animais para reconhecer em favor deles os interesses fundamentais na vida, liberdade, integridade física e psíquica[22], noção claramente não extensiva à natureza. Considera que os animais constituem individualidades dotadas de uma personalidade típica à sua condição, distinta da personalidade natural dos seres humanos, condição que os fazem titulares de direitos civis e constitucionais[23].

Com isso, surge uma concepção inovadora de dignidade, não coincidente com o seu conceito original, no sentido conferido à dignidade humana. Compreende-se que os animais são detentores de um conceito

21 ADIN nº 1.856/RJ, acórdão de 14 de outubro de 2011.

22 RACHELS, James. **Darwin, espécie e moralidade**. *In*: Os animais têm direitos? Perspectivas e argumentos. Pedro Galvão (organização e tradução). Lisboa: Editora Dinalivro, 2010, p. 190/196

23 ACKEL FILHO, Diomar. **Direito dos Animais**. São Paulo: Editora Themis, 2001, p. 64/65.

próprio de dignidade[24], que conserva a sua dimensão ontológica (dignidade como qualidade intrínseca do indivíduo), mas não compartilha do mesmo resultado, enquanto vedação absoluta de instrumentalização.

Essa linha de pensamento decorre da distinta consideração do valor inerente dos animais e da pessoa humana. Se a condição senciente dos animais fundamenta sua distinta valoração em relação aos elementos da natureza, não pode, por outro lado, corresponder ao mesmo grau do valor inerente afirmado à condição humana, com fundamento no princípio maior da dignidade humana. O mesmo raciocínio que justifica a diversa consideração do valor inerente da natureza e dos animais obsta a equiparação entre os conceitos de dignidade humana e dignidade animal, com base no valor supremo da dignidade humana. São, desta forma, conceitos interdependentes, mas não equivalentes.

Tal concepção corrobora-se com as características da personalidade natural dos animais, que, na ampla maioria das espécies, apresenta aspecto limitado quando em comparação com a complexa personalidade humana, especialmente pela ausência de alguns valores existenciais como honra, nome, imagem, intimidade, etc. Como resultado, a dignidade animal ancora apenas o reconhecimento dos interesses diretamente decorrentes da senciência, ou seja, vida, liberdade e integridade psicofísica.

É importante consignar que, por um lado, a equiparação do valor inerente das realidades ecológicas, dos animais e dos seres humanos, se levada ao extremo, pode gerar o risco de desvalorização da dignidade hu-

24 Em defesa de uma dignidade específica para os animais, Luís Roberto BARROSO afirma que há uma percepção crescente de que a posição especial da humanidade não autoriza a arrogância e indiferença frente à natureza em geral, incluindo os animais não-racionais, que têm seu próprio tipo de dignidade. **Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse**. In: Boston College International and Comparative Law Review. Volume 35. Nº 2, 2012, p. 362.

Voltar ao índice

mana. Mas, por outro lado, a estreita visão da dignidade animal, em seu conteúdo próprio e desconectada da questão ambiental, produz o efeito inverso. Na medida em que o reconhecimento do valor inerente dos seres sencientes não humanos é uma manifestação direta da dignidade humana, como corolário do ideal de evolução civilizacional expresso no objetivo fundamental declarado de construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3º, I, da Constituição da República), esta só se fortalece com a promoção de uma relação entre indivíduos sencientes humanos e não humanos baseada no respeito, na compaixão e na solidariedade. Afinal, se a indiferença com o sofrimento dos animais pode provocar a insensibilidade frente ao sofrimento de um semelhante[25], o cultivo de um tratamento respeitoso na relação homem-animal só pode promover melhora nas relações interpessoais humanas.

O dever de respeito, que é inerente à noção de dignidade, e a característica vulnerável dos animais implicam em considerar que a proteção dos seus interesses é um direito-dever de todos e uma obrigação estatal constitucional, enquanto valor fundamental da sociedade contemporânea.

É verdade que as concepções teóricas até agora abordadas não interferem no resultado final do julgado e na sua tese de fundamentação principal, no tocante ao reconhecimento da dignidade dos animais. Contudo, o adequado enquadramento da matéria é condição absolutamente necessária para conferir legitimidade e coerência a um segmento jurídico em franca evolução. Caso contrário, a tão aguardada descoisificação legal

25 A violência animal pode eventualmente ensejar um dano psicológico por quem assiste ao ato, já que o sofrimento do animal reflete também no sofrimento humano. Em razão desta relação, a ONU, por meio do Comitê dos Direitos da Criança, emitiu recomendação ao governo português de proibição de participação de crianças em touradas, com base em estudos que indicaram que a violência intrínseca da tourada é capaz de provocar um efeito de dessensibilização face à violência, o que pode levar a comportamentos desviantes e à formação de personalidades violentas (Parecer CRC/C/PRT/CO/3-4, 5 de fevereiro de 2014).

Voltar ao índice

do animal, com a eleição de um novo estatuto no Código Civil, que seja próprio e consentâneo com a condição senciente dos animais, pouco terá condições para promover alterações significativas no regime jurídico e poderá representar nada mais que um fardo simbólico.

4.4. Especismo afetivo e o animal de companhia no contexto da família

Para justificar a concessão da guarda definitiva do animal silvestre à recorrente – solução que, diga-se de passagem, deve ser sempre excepcionalíssima, já que se está em causa conduta criminosa de alto potencial lesivo, não apenas ao bem-estar animal mas, em especial, à biodiversidade brasileira – o Superior Tribunal de Justiça deu especial atenção ao vínculo de afeto construído na relação doméstica ao longo de mais de duas décadas.

A decisão é louvável por colocar na arena jurídica o interesse do próprio animal, afastando o juízo legal de coisificação e dando-lhe preferência até mesmo sobre o interesse ecológico representado pela sua reintrodução na natureza. Em específico, a decisão usou do recurso à razoabilidade para, no conflito entre o interesse ecológico e o interesse individual do animal, dar prevalência a este último. Mais do que desintegrados, Direito Animal e Direito Ambiental foram contrapostos no caso.

A premissa de raciocínio utilizada, no sentido de que a reintegração da ave ao seu habitat natural poderia ocasionar-lhe mais prejuízos do que benefícios, em razão da longa convivência com a autora e a perda da condição selvagem, parte de um olhar essencialmente humanizado da condição animal. A literatura técnica não respalda esse argumento, uma vez que aponta a viabilidade de reintrodução de aves altamente domesticadas. Com a técnica adequada, o animal perde progressivamente o comportamento de desnaturação causado pelo afastamento do habitat, desvinculando-se dos hábitos humanizados adquiridos em cativeiro para

readquirir suas características selvagens[26]. Essa questão, contudo, não merecerá análise detida nesta anotação.

Ao respaldar o vínculo de afeto presente na relação doméstica entre a autora e o papagaio Verdinho, o acórdão seguiu a tendência moderna em se conferir um tratamento jurídico privilegiado a determinada classe de animais com fundamento na conformação de uma relação humano-animal especial A maior proximidade com os animais de companhia despertou no íntimo dos seres humanos um sentimento especial de compaixão e respeito, com uma sensibilização pública diferenciada para o sofrimento dessas espécies. A incorporação jurídica desta realidade social passou a ser alvo de críticas pela doutrina especializada, por configurar forma injustificável de preconceito em relação às demais espécies, o que ficou conhecido como especismo afetivo[27].

Embora consolidado como fundamento maior do sistema jurídico do animal, o princípio da senciência cede espaço para sentimentos antropocêntricos de preferência afetiva. A crítica ao especismo afetivo tem lugar na medida em que sobrepõe o sentimento humano de afeto com essas espécies à natureza sensível comum dos animais e revela uma incongruência moral e comportamental ao representar a efetiva consideração de uma mínima noção de dignidade apenas para essa classe de seres sencientes não humanos.

---

26 Neste sentido: VILELAA, Daniel A. R. e LOPES, Alice R. S. Destinação de animais silvestres: a reintrodução como melhor alternativa. *In:* **Anais do I Encontro Interinstitucional do Poder Judiciário e do Ministério Público em Proteção ao Meio Ambiente: implementando os ditames constitucionais.** Luciana Imaculada de Paula (org.). Belo Horizonte: CEAF/MPMG, 2018, p. 73/74.

27 Carla AMADO GOMES critica o gradualismo de tratamento no direito português e aponta a hipocrisia na maior tutela dos animais de companhia, por revelar a expressão do sentimento humano em relação a estas espécies. **Direito dos animais: um ramo emergente?** *In:* Revista Jurídica Luso-Brasileira- RJLB. Ano 1. N° 2. Lisboa, 2015, p. 379/380.

Voltar ao índice

Note-se que a relação de dependência decorrente da domesticação, por designar maior vulnerabilidade, constitui fundamento legítimo para uma tutela diferenciada aos animais de companhia, já que a simbiose da domesticação faz com que a sobrevivência e o bem-estar desses animais sejam postos em causa pelo simples fato do abandono pelos humanos. Contudo, não tem sido os elos de dependência e desnaturação que fragilizam esses animais o real fundamento para o tratamento diferenciado, mas sim a proteção do interesse afetivo dos respectivos "donos", o que não se coaduna com a lógica do sistema[28].

O que se verifica, no âmbito do contexto sociocultural predominante, é que o modelo de postura ética calcado no dever de respeito aos animais, enquanto seres sencientes, encontra-se presente, como regra, apenas na relação com os animais de estimação. Os demais animais continuam a ser majoritariamente encarados como meras mercadorias (animais de exploração) ou dotados apenas de valor ecológico (animais selvagens). O sofrimento animal presente nos diversos segmentos de exploração muitas vezes é deliberadamente ignorado pela maioria da população[29]. Não se nota a existência de melindre, comoção social ou mesmo o reconhecimento do fardo moral decorrente do intenso sofrimento provocado aos animais na exploração, mesmo quando voltada

28 ARAÚJO, Araújo. **A hora dos direitos dos animais.** Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 108 e 158.

29 No âmbito da produção animal para fins alimentícios, verifica-se a existência de técnicas de marketing para a ocultação da crueldade envolvida nos métodos de produção industrial e uma espécie de alienação consciente de parcela da população, que deliberadamente prefere não tomar conhecimento dos métodos cruéis envolvidos na produção para poder continuar consumindo sem "culpa". MOSCA GONÇALVES, Monique. **Bem-estar e produção animal no Direito Europeu: estágio atual e novas perspectivas**. *In:* Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional. Vol. 10. Jorge Miranda, Carla Amado Gomes e Susana Borràs Pentinat (coordenadores). Editora *Lumen Juris*. Rio de Janeiro, 2018, p. 369/370.

Voltar ao índice

para finalidades humanas triviais (v.g., mero sabor exótico, no caso da iguaria francesa froie gras). Na prática, é como se apenas o sofrimento de cães e gatos importasse e como se apenas estas espécies fossem seres moralmente relevantes[30].

É verdade que a conscientização pública tem evoluído nos últimos anos e hoje já se nota, especialmente nos países mais desenvolvidos, o incremento da demanda social por melhorias na condição dos animais em diversos segmentos de exploração. Contudo, o especismo elitista ainda representa o modelo social predominante, o que reflete na conformação do sistema jurídico.

Esse fenômeno agora ganhou uma nova vertente na jurisprudência brasileira, que passou a qualificar a relação com os animais de estimação como família, dando origem a uma nova forma de arranjo familiar: a família multiespécie[31]. O entendimento foi construído no âmbito do recorrente conflito pela posse do animal de companhia em demandas de dissolução conjugal e, tomada a relação familiar com essas espécies,

---

30 No dia 17 de dezembro de 2019, o Plenário da Câmara dos Deputados aprovou o PL nº 1095/19 e adotou o texto substitutivo que aumenta a pena do crime de maus-tratos a animais, quando praticado apenas contra cães e gatos, para 02 a 05 anos. Se aprovado no Senado e sancionado, o Direito Penal adotará a versão máxima do especismo afetivo ao respaldar pena privativa de liberdade de forma ampla para violências contra cães e gatos, enquanto considerará o crime contra as demais espécies no âmbito da delinquência de menor potencial ofensivo, com pena de 03 meses a 01 ano. Fonte: https://www.camara.leg.br/noticias/627518-camara-aprova-aumento-de-pena-para-quem-ferir-caes-e-gatos/ Acesso em 20 de jan de 2020.

31 Para Élida SEGUIN, Luciane Martins DE ARAÚJO e Miguel dos Reis CORDEIRO NETO, o que vale nessa nova configuração é a formação do laço social onde se respeite a diferença e a condição de não-humano dos animais quanto aos cuidados e ao carinho que estes necessitam e sabem retribuir. E essa relação contribui tanto para o bem-estar das pessoas como dos animais que integram esta nova constituição familiar. **Uma nova família: a multiespécie**. *In*: Revista de Direito Ambiental. Vol. 82, 2016, S/P.

Voltar ao índice

a posição do animal passou a ser analisada pelas cortes judiciais com base em aplicação análoga das regras sobre guarda e direito de visitas referentes aos filhos menores, o que implica em considerar o bem-estar animal como fator de análise para a decisão, com base em um equiparável "princípio do melhor interesse canino".

Para Celso Antônio Pacheco Fiorillo e Renata Marques Ferreira[32], fica evidenciado que, na cultura brasileira atual, os animais de estimação são encarados como verdadeiros membros da família e a relação estruturada no afeto permite a sua qualificação jurídica como tal. A incidência da tutela constitucional direcionada ao instituto da família faz com quem essa classe de animais seja merecedora de um tratamento jurídico especial, com fundamento no princípio da dignidade humana.

O Superior Tribunal de Justiça já acolheu este entendimento ao reconhecer o direito de visitas ao animal após a dissolução do vínculo conjugal. No julgamento do REsp nº 1.713.167/SP, datado de 19 de junho de 2018, a Corte reconheceu um estatuto especial ao animal de companhia, com base na afirmação de um valor subjetivo único e peculiar destas espécies, decorrente do afloramento de sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada[33].

Se voltarmos os olhos para o julgado em análise, verifica-se que o acolhimento da pretensão da recorrente observou a mesma linha de raciocínio

---

32 FIORILLO, Celso Antônio P. e FERREIRA, Renata Marques. **Tutela jurídica dos animais de estimação em face do Direito Constitucional Brasileiro**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2019, p. 128/130.

33 O Enunciado 11 do IBDFAM, aprovado no X Congresso Brasileiro de Direito de Família, em outubro de 2015, estabelece a possibilidade de custódia compartilhada do animal de estimação em ação de dissolução conjugal. Fonte: http://www.ibdfam.org.br Acesso em: 07 dez 2019.

ao supervalorizar o vínculo afetivo com o animal, de modo a prevalecer até mesmo em face da origem criminosa da conduta. A consolidação da situação irregular do papagaio Verdinho, pela sustentada desnaturação e dependência do convívio com a autora, ganhou maior respaldo que o prejuízo existencial por ele suportado durante mais de duas décadas em que teve tolhido o primordial direito de toda ave: o de viver e voar em liberdade.

No caso específico dos pets, a qualificação familiar da relação segue a tendência pós-moderna de reconhecimento de novos modelos de família, com base na valorização do afeto, como corolário direto do princípio da dignidade humana. Nada há, neste ponto, de objetável. Pelo contrário. A salvaguarda do afeto com o animal de companhia, com base na natureza familiar da relação, só reforça o princípio da dignidade animal, uma vez que, conquanto seja sustentada precipuamente na dignidade humana, tem como premissa básica a consideração do animal como sujeito de direito, sob pena de se afirmar o absurdo da existência de família entre pessoas e coisas.

O que se rechaça, sob o manto do especismo afetivo, é a hipocrisia em se declarar o princípio da senciência e se afirmar um novo paradigma ético na relação com os animais quando tal reformulação tem no seu âmago a proteção direcionada apenas aos animais de companhia, fruto desta especial relação.

Busca-se, com isso, alertar para os riscos de uma compreensão reducionista da dignidade animal, que represente a incorporação do modelo ético elitista de justificação do especismo. O novo estatuto jurídico do animal deve, por isso, alcançar todas as espécies que, a partir de uma base científica sólida, puderem se encaixar na categoria de ser senciente não humano, com o consequente reconhecimento dos seus interesses individuais fundamentais.

Para além do critério supremo da senciência, a distinção de tratamento somente se justificará no princípio da proporcionalidade, como juízo de ponderação para a solução de conflitos de interesses na órbita constitu-

cional, em razão dos diversos interesses humanos no uso dos animais: na ciência, na alimentação, na cultura, etc. No caso específico de ave silvestre em cativeiro irregular, mesmo quando verificado o vínculo de afeto, o juízo de ponderação deve considerar outros interesses jurídicos envolvidos, notadamente o interesse ecológico decorrente da alta lesividade do comportamento à biodiversidade. Sob a ótica do interesse do animal, a avaliação requer análise casuística, ancorada em base técnica, para determinar a solução que melhor atenda ao seu bem-estar, em atenção às preferências contrapostas de manutenção da situação desnaturada e do vínculo afetivo ou de reaquisição dos hábitos silvestres de vida livre.

Voltar ao índice

Súmula 618 do Superior Tribunal de Justiça, de 24 de Outubro de 2018[1]

CAMILA DIAS MARQUES TOZZO[2]

1. INDICAÇÃO DO ASSUNTO

Responsabilidade civil do Estado por omissão. Dano ambiental. Inversão do ônus da prova.

2. INDICAÇÃO DA EMENTA

A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental.

3. DESCRIÇÃO SUMÁRIA DOS FACTOS DO CASO

No dia 24/10/2018, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça - STJ- editou o verbete sumular 618, o qual preconiza que "a inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental."

---

1 Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia=%27DIREITO%20AMBIENTAL%27.mat.#TIT2TEMA0>. Acesso em 20/01/2020.

2 Mestre em Ciências Jurídico-Ambientais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Procuradora Federal na AGU.

Voltar ao índice

Já há algum tempo o Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que o princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório[3] e os julgados que deram ensejo à edição da súmula também entendem que, "tratando-se de ação indenizatória por dano ambiental, a responsabilidade pelos danos causados é objetiva, pois fundada na teoria do risco integral. Assim, cabível a inversão do ônus da prova"[4] e "aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva"[5].

A inversão do ônus da prova é justificada, ainda, sob o argumento de que a coletividade possui o direito em ter eventual lesão ao meio ambiente devidamente reparada ou compensada "que, em verdade, se dá em prol da sociedade, que detém o direito de ver reparada ou compensada a eventual prática lesiva ao meio ambiente- artigo 6º, VIII, do CDC c/c o artigo 18, da lei nº 7.347/85."[6/7] Além disso, a inversão probatória encontra fundamento no princípio in dubio pro natura e no princípio da precaução, transferindo, portanto, ao empreendedor de atividades detentoras de risco de potencial poluição a responsabilidade pela segurança do empreendimento, tudo em conformidade com o 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985.

---

3 AgRg no AREsp 183.202/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJe de 13/11/2015; AgInt no AREsp 779250/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/12/2016; AgInt no AREsp 1090084/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 28/11/2017.

4 AgRg no AREsp 533.786/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Quarta Turma, julgado em 22/9/2015, DJe de 29/9/2015.

5 REsp 1.049.822/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma, julgado em 23/04/2009, DJe 18/05/2009.

6 REsp 1049822/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma, julgado em 23/04/2009, DJe 18/05/2009.

7 Importante esclarecer que a menção ao art. 18 da Lei n. 7.347/85 foi feita para que a inversão do ônus da prova imponha ao requerido os custos da perícia a ser realizada

O presente artigo tem como escopo analisar a Súmula 618 sob o enfoque do poluidor indireto, mais especificamente nas hipóteses de responsabilidade civil do Estado por dano ambiental em caso de omissão. Poluidor indireto é aquele que, embora não tenha efetuado de forma direta a degradação ambiental, contribui de alguma forma para que ela ocorra.

4. COMENTÁRIO

Como é cediço, no ordenamento brasileiro, a responsabilidade civil do Estado por omissão é subjetiva e a obrigação de reparar dano ambiental, por outro lado, objetiva. Destarte, será feito um estudo sobre a aplicabilidade de tal súmula, que inverte o ônus da prova com base no princípio da precaução e da responsabilidade objetiva por dano ambiental, nas hipóteses em que o Estado, por omissão, é poluidor indireto.

O estudo do tema é importante pois, conforme ponderou o Ministro Luis Felipe Salomão em seu voto vista no julgamento do Recurso Especial nº 1.596.081/PR[8], a aplicação do direito ambiental deve levar em consideração não só as normas voltadas à proteção dos recursos naturais, mas também as questões sociais e econômicas,. Outrossim, esclareceu ainda no mesmo voto vista:

> O que se busca é a minimização dos danos ambientais, devendo o direito ambiental ser visto com uma visão abrangente, tomando-se em consideração todo o ordenamento jurídico e a compreensão de que, na base das relações em sociedade está a forma com que essa mesma sociedade se relaciona com o meio natural, de modo

8 REsp 1596081/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Segunda Seção, julgado em 25/10/2017, DJe 22/11/2017.

> a se evitar o também grave equívoco de se examinar preceitos jurídicos voltados à conservação dos recursos naturais, desconsiderando os reais efeitos sobre a dinâmica das relações econômicas e sociais, "por desprezar o fato de que qualquer regulamentação do uso dos recursos naturais é uma regulamentação das relações sociais no seu sentido mais amplo (DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 154-155).

Neste julgado, o STJ ponderou o justo interesse de proteger o meio ambiente frente à complexidade das relações econômicas e sociais, evitando atribuição de responsabilidades indevidas.

É preciso ter em mente que o autor da ação que busca reparação ambiental pode não dispor de recursos econômicos, técnicos, científicos, sociais e jurídicos para se desincumbir de forma adequada do ônus de produzir a prova, não ter o acesso a documentos, perícias, inclusive as judiciais, por exemplo.[9]

Mas a inversão do ônus da prova também pode criar tumulto processual e insegurança jurídica, na medida em que pode impor ao réu o dever de produzir prova de fato negativo, ou seja, o ônus de ter que comprovar que não gerou dano ambiental, além de representar verdadeira isenção da outra parte de se desincumbir de seu ônus, qual seja, demonstrar o fato constitutivo de seu direito.[10]

---

9 SARAIVA NETO, Pery. A PROVA NA JURISDIÇÃO AMBIENTAL. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito, Programa de Mestrado, da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. 2009. Disponível em < https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/93187 > Acesso em 20/01/2020.

10 ANTUNES, Paulo de Bessa; GONÇALVES, Vilmar Luiz Graça. Inversão do ônus da prova judicial e danos ambientais. *Revista Brasileira de Direito Processual– RBDPro*, Belo Horizonte, ano 27, n. 107, p. 241-256, jul./set. 2019

Voltar ao índice

Diferente do que ocorre na legislação consumerista, também usada como fundamento para a inversão, a possibilidade de redistribuição do ônus probatório do Código de Processo Civil não está necessariamente atrelada à vulnerabilidade econômica ou material de uma das partes. Ensinam Paulo de Bessa Antunes, Vilmar Luiz Graça Gonçalves[11]:

> A questão central para a mudança da dinâmica do ônus probatório é a capacidade da parte em produzir a prova, considerando as circunstâncias específicas do caso concreto, como, por exemplo, em demanda que verse sobre documento ou informação comum das partes, mas que esteja em poder ou posse de apenas uma delas. Veja que neste exemplo a inversão do ônus da prova poderá ocorrer mesmo em se tratando de partes material e formalmente iguais.

Sobre o tema, continuam os autores:

> Por outro lado, mesmo que se admita a redistribuição do onus probandi, há que se considerar a impossibilidade de, a pretexto de atribuir maior facilidade de uma parte em produzir a prova, transferir para esta um encargo impossível de ser suportado, seja por dificuldades de cunho material, seja por incidir sobre fato negativo. Trata-se do que a doutrina processualista convencionou chamar de "prova diabólica". O próprio Código de Processo Civil prevê que a regra de redistribuição do ônus da prova "não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil" (cf. art. 373, §2º), circunstância que precisa ser cautelosamente aferida pelo julgador, sob pena de configurar favorecimento de uma das partes e sério comprometimento à promoção da Justiça.

11 ANTUNES, Paulo de Bessa; GONÇALVES, Vilmar Luiz Graça. Inversão do ônus da prova judicial e danos ambientais. *Revista Brasileira de Direito Processual– RBDPro*, Belo Horizonte, ano 27, n. 107, p. 241-256, jul./set. 2019

Voltar ao índice

Alargando a possibilidade de inversão do ônus da prova não apenas para situações de vulnerabilidade econômica ou material, nasce uma questão importante a ser considerada sobre a aplicação da súmula em pauta. Na hipótese de omissão do Estado, corre-se o risco de acioná-lo indiscriminadamente na condição de "poluidor indireto" pelos danos ambientais causados por terceiros quando ausente a fiscalização em face de alguma atividade poluidora, que poderia impedir a ocorrência de um dano ambiental, transformando o ente público em um "segurador universal"[12].

Esta qualidade de segurador universal pode tornar a sociedade, ao mesmo tempo, vítima do dano ambiental e responsável pela degradação, socializando os custos da recuperação do meio ambiente.[13]

Não que o Estado não deva ser responsabilizado solidariamente por omissão quando o autor do dano é um particular. O que deve ser objeto de reflexão é se o Estado deve ou não responder sempre solidariamente. Para Heli Alvez Oliveira, "somente em caso de culpa grave, ou seja, de omissão injustificável das autoridades, é que deveria admitir a responsabilização solidária do Estado pelos danos ambientais praticados por terceiros".[14]

E, nesta perspectiva, o presente artigo tem como escopo analisar o Enunciado n. 618 da súmula do STJ em face da responsabilização civil

---

12 HUPFFER, Haide Maria; NAIME, Roberto; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; CORRÊA, Iose Luciane Machado. Responsabilidade civil do Estado por omissão estatal. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100005> Acesso em: 20/01/2020.

13 Idem.

14 Heli Alvez Oliveira *apud* HUPFFER, Haide Maria; NAIME, Roberto; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; CORRÊA, Iose Luciane Machado. Responsabilidade civil do Estado por omissão estatal. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100005> Acesso em: 20/01/2020.

Voltar ao índice

do estado, quando na condição de poluidor indireto. O que se pretende aqui é abordar os conceitos de ônus da prova, responsabilidade civil do estado e poluidor indireto, para melhor compreensão do alcance do mencionado enunciado sumular.

4.1 Ônus da prova

Nos termos do art. 373 do Código de Processo Civil (CPC/2015), o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Já o § 1º deste artigo[15] estabelece que caso este ônus se revele impossível ou difícil de ser cumprido, o juiz poderá atribuí-lo de forma diversa, desde que devidamente fundamentado.

> Os §§ 2º e 3º preveem:
>
> § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.
>
> § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:
>
> I- recair sobre direito indisponível da parte;
>
> II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.
>
> E, segundo o art. 357, III, do Código de Processo Civil, o juiz deve, em decisão de saneamento e de organização do processo "definir a distribuição do ônus da prova".

15 CPC. Artigo 373, § 1º. "*nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído".*

Voltar ao índice

Em que pese a súmula tenha sido editada em 2018, muitos dos julgados utilizados como fundamento para sua edição são anteriores ao CPC de 2015. E o CPC de 1973 assim dispunha sobre o ônus da prova:

> Art. 333. O ônus da prova incumbe:
>
> I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
>
> II- ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.
>
> Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:
>
> I- recair sobre direito indisponível da parte;
>
> II- tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Perceba-se que não havia dispositivo legal permitindo alteração, pelo magistrado, da atribuição do ônus da prova, tal qual hoje consta no art. 373 , § 1º, do CPC de 2015. Tal fato explica a necessidade de a jurisprudência buscar em outras legislações fundamento legal para permitir a inversão do ônus da prova em ações que discutem reparação por dano ambiental, tendo sido utilizado o Código de Defesa do Consumir para esta finalidade. É o que se constata no trecho do voto do REsp 1049822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 18.5.2009:

> A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, contém comando normativo estritamente processual, o que a põe sob o campo de aplicação do art. 117 do mesmo estatuto, fazendo-a valer, universalmente, em todos os domínios da Ação Civil Pública, e não só nas relações de consumo.

Voltar ao índice

Ainda no julgamento do RESP 883656/RS, realizado sob a égide do CPC de 1973, ponderou-se:

> Em síntese, no processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como de um renovado due process, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda, tendo por aspiração final afastar a probatio diabólica do caminho dos sujeitos vulneráveis.
>
> (...)
>
> Na hipótese dos autos, havendo indícios, como apontado pelo Tribunal de origem, de graves danos ambientais – contaminação com mercúrio –, seria contrassenso admitir que norma instrumental (art. 333, caput), em tese voltada à realização da justiça material, vire obstáculo instransponível à proteção do meio ambiente e sirva de escudo ao potencial poluidor, em detrimento de bens dessa magnitude (a proteção jurisdicional que se busca compreende, simultaneamente, o ambiente e a saúde pública). Não se deve descuidar que, no Direito Processual Civil brasileiro, o juiz não é um ser inerte, de atuação asséptica e indiferente às sutilezas do discurso jurídico, que, se não enfrentadas firme e corretamente, contribuem para apequenar sua autoridade e deslustrar, no conjunto, o prestígio da função jurisdicional.

O Art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90, preconiza que é direito básico do consumidor a "facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências."

Voltar ao índice

Assim, sob a égide do CPC de 1973, a edição da Súmula 618 fazia sentido. Entretanto, com o advento do CPC de 2015, sua necessidade é questionável.

Conforme ensina Fredie Didier, "ônus é o encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito numa situação de desvantagem. Não é um dever e, por isso mesmo, não se pode exigir o seu cumprimento. Normalmente, o sujeito a quem se impõe o ônus tem interesse em observá-lo, justamente para evitar essa situação de desvantagem que pode advir de sua inobservância."[16]

As regras de ônus da prova permitem "dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato"[17], e por esta razão, são chamadas de regra de instrução e devem ser fixadas em momento anterior ao da sentença, de modo a permitir que as partes tenham ciência dos risco da não produção de determinada prova[18].

Realizada a dilação probatória, é possível que as provas produzidas sejam insuficientes para a resolução da demanda. Entretanto, mesmo sem prova, ao juiz é imposto o dever de julgar, pois no ordenamento brasileiro é vedado o non liquet[19]. Neste momento, tem-se a outra perspectiva do ônus da prova: regra de julgamento, pois indica "qual

16 DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11ª edição. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. Vol.2 pag.110

17 CARPES, Artur. Ônus dinâmico da prova. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.52. apud DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11ª edição. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. Vol. 2, pg.111

18 DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11ª edição. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. Vol. 2, pg.11. e 114"O sistema não determina quem deve produzir a prova, mas sim quem assume o risco caso ela não se produza"

19 CPC. Artigo 140: "*O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.*"

Voltar ao índice

das partes deverá suportar as consequências negativas eventualmente advindas da ausência, ao cabo da atividade instrutória, de um determinado elemento de prova".[20]

Como o ônus da prova pode ser utilizado pelo magistrado para dirimir a lide no caso em que as provas produzidas no curso da demanda sejam insuficientes para elucidar os fatos, a distribuição do ônus da prova deve ser fixada em momento anterior à sentença, preferencialmente na fase de saneamento do processo, para que a parte possa se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

A possibilidade de alterar o ônus da prova diante das especificidades do caso concreto é técnica que consagra o princípio da igualdade e da adequação. Segundo Didier, "visa-se ao equilíbrio das partes (art. 7º, CPC): o ônus da prova deve ficar com aquele que, no caso concreto, tem condições de suportá-lo."[21]

Portanto, a previsão hoje contida no art. 373, § 1º do CPC já possibilita que o ônus da prova possa ser distribuído de forma dinâmica, "a partir do caso concreto pelo juiz da causa, a fim de atender à paridade de armas entre os litigantes e especificidades do direito material afirmado em juízo".[22]

---

20 DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, poisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11ª edição. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. Vol. 2, p.111.

21 DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, poisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11ª edição. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. Vol. 2. P.126.

22 MARINONI, Luiz Guilherme. Código de Processo Civil Comentado. 3ª ed. Ver. Atual. E ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. P. 506.

Voltar ao índice

4.2 Responsabilidade civil por dano ambiental

Conforme ensina Rômulo Silveira, a responsabilidade civil pode ser eficiente instrumento para internalização de externalidades negativas, como é o caso do dano ambiental, pois serve de ferramenta de inibição ao tomador de riscos, para que não se arrisque mais que o socialmente desejado pelo regime jurídico vigente[23].

Como é cediço, são três os elementos na responsabilidade civil subjetiva: culpa, dano e nexo de causalidade[24]. Na responsabilidade civil objetiva, elimina-se a culpa, bastando a comprovação do dano e a existência de nexo causal.

No julgamento do REsp 1596081/PR, sob o rito de recursos repetitivos, assim ficou decidido sobre o nexo de causalidade na responsabilidade civil ambiental:

> Recurso especial repetitivo. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Responsabilidade civil ambiental. Ação indenizatória. Danos extrapatrimoniais. Acidente ambiental. Explosão do navio vicuña. Porto de paranaguá. Pescadores profissionais. Proibição de temporária de pesca. Empresas adquirentes da carga transportada. Ausência de responsabilidade. Nexo de causalidade não configurado.
>
> (...)
>
> 3. Consoante a jurisprudência pacífica desta Corte, sedimentada inclusive no julgamento de recursos submetidos à siste-

23 SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. Fundamentos da responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras. 1ªed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. P. 8 e 11.

24 Código Civil. Art. 186: "*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".*

Voltar ao índice

mática dos processos representativos de controvérsia (arts. 543-C do CPC/1973 e 1.036 e 1.037 do CPC/2015), "a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato" (REsp nº 1.374.284/MG).

4. Em que pese a responsabilidade por dano ambiental seja objetiva (e lastreada pela teoria do risco integral), faz-se imprescindível, para a configuração do dever de indenizar, a demonstração da existência de nexo de causalidade apto a vincular o resultado lesivo efetivamente verificado ao comportamento (comissivo ou omissivo) daquele a quem se reputе a condição de agente causador.

   (...)

6. Não sendo as adquirentes da carga responsáveis diretas pelo acidente ocorrido, só haveria falar em sua responsabilização- na condição de poluidora indireta- acaso fosse demonstrado: (i) o comportamento omissivo de sua parte; (ii) que o risco de explosão na realização do transporte marítimo de produtos químicos adquiridos fosse ínsito às atividades por elas desempenhadas ou (iii) que estava ao encargo delas, e não da empresa vendedora, a contratação do transporte da carga que lhes seria destinada.

   (...)

(REsp 1596081/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/10/2017, DJe 22/11/2017)

Voltar ao índice

Contudo, há julgados mais recentes do STJ[25] entendendo que o autor precisará provar apenas que existe um nexo de causalidade provável entre a atividade exercida e a degradação ambiental. Sendo isso provado, fica transferido para o réu o encargo de provar que sua conduta não ensejou riscos ou danos para o meio ambiente.

Embora seja difícil estabelecer qual é a teoria do nexo de causalidade que melhor se adapta ao Direito Ambiental, a teoria da equivalência dos antecedentes causais, em razão de seu apego excessivo à causalidade natural, torna, por exemplo, impossível a responsabilização por omissão, além de tornar dispensável a própria figura do poluidor indireto.[26] Sob o prisma meramente naturalista, seria impossível que uma omissão fosse causa de um dano, ainda que se tenha o dever jurídico de evitá-lo. Assim, a aplicação de tal teoria afasta a responsabilidade por omissão, pois retira do nexo causal a causação por omissão[27].

Na verdade, apenas no caso de falha no dever de fiscalizar e de obrigação propter rem, a jurisprudência reconhece o nexo de causalidade e imputa a responsabilidade ambiental. No caso de falha no dever de fiscalizar, o dano ocorre posteriormente à omissão. No caso da obrigação propter rem, o dano já ocorreu quando da aquisição (conduta). Mas na obrigação propter rem há sempre um descumprimento do dever de

---

25 AgInt no AREsp 1311669/SC, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, julgado em 03/12/2018.

26 FARIAS, Talden Queiroz; BIM, Eduardo Fortunato. O Poluidor Indireto e a Responsabilidade Civil Ambiental por Dano Precedente. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/915>. Acesso em: 20/01/2020.

27 AMORIM, Verônica Vieira. As teorias da causalidade no direito brasileiro comparadas com o *common law.* Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=539fd53b59e3bb12> Acesso em 20/01/2020

Voltar ao índice

cuidado, uma vez que o bem pode não ser adquirido ou ser recusado, se nele houver passivo ambiental. [28]

4.3 Poluidor indireto e responsabilidade civil do Estado por omissão

A Lei nº 6938/81 traz em seu art. 3º, IV, o conceito de poluidor, o qual pode ser direto e indireto:

> Art. 3º Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
>
> (...)
>
> IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

Tanto o poluidor direto quanto o indireto respondem objetivamente por dano ambiental. Contudo, Rômulo Silveira pondera que "com poder de controle do risco das atividades do direto, o indireto passou a responder objetivamente por falhas no controle do risco das atividades do direto". Por isso, o indireto também está sujeito ao regime de responsabilidade objetiva, o que não exclui a necessidade de demonstração do nexo de causalidade. Ocorre que o nexo agora passa a ser medido, no caso do indireto, pela omissão na internalização de um dever de cuidado imposto pela lei sobre a ação do poluidor direto causadora do dano. Há um vínculo causal entre ato omissivo de controle de risco imposto por lei e o dano causado por outrem.[29]

---

28 FARIAS, Talden Queiroz; BIM, Eduardo Fortunato. O Poluidor Indireto e a Responsabilidade Civil Ambiental por Dano Precedente. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/915>. Acesso em: 20/01/2020.

29 SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. Fundamentos da responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras. 1ªed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.P. 17.

A responsabilização civil indireta não é exclusividade do Direito Ambiental, tendo características do Direito Civil, cujos doutrinadores chamam de responsabilidade por fato de outrem. Há quem sugira, inclusive, alterar a nomenclatura para responsabilidade por fato próprio decorrente do dever de vigilância, pois é preciso que o responsável indireto esteja vinculado juridicamente ao autor do ilícito para resultar-lhe dessa condição um dever de guarda, de vigilância ou de custódia.[30]

Omissões só geram responsabilidade para quem tinha o dever de agir, de evitar o dano, criando um limite claro para as interpretações sobre a imposição de responsabilidade civil ambiental por omissão do suposto poluidor. Neste sentido, o STJ decidiu no julgamento do Recurso Especial n. 1.602.106/PR:

> (...) não se revela razoável afirmar também que a responsabilização das recorrentes seria resultado lógico de eventual comportamento omissivo de sua parte, pois este, como consabido, só se verifica nas hipóteses em que o agente (suposto poluidor), tendo o dever de impedir a degradação, deixa mesmo assim de fazê-lo, beneficiando-se, ainda que de forma indireta, do comportamento de terceiro diretamente responsável pelo dano causado ao meio ambiente.[31]

Rômulo Sampaio destaca que, ausente o vínculo jurídico ou o descumprimento do dever de cuidado, exclui-se o necessário nexo de causalidade por não ter concorrido o poluidor indireto com a criação do risco que ensejou o dano.[32]

---

30 FARIAS, Talden Queiroz; BIM, Eduardo Fortunato. O Poluidor Indireto e a Responsabilidade Civil Ambiental por Dano Precedente. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/915>. Acesso em: 20/01/2020.

31 REsp 1.602.106 /PR Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/10/2017.

32 SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. Fundamentos da responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras. 1ªed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 22.

Voltar ao índice

4.4 Responsabilidade do Estado por dano ambiental em caso de omissão

A jurisprudência[33] é pacífica no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público podem poluir por meio de práticas diretas, atos comissivos, ou indiretas, atos omissivos. Assim, poderá haver poluição direta quando o Poder Público explorar diretamente uma atividade econômica, como é o caso da exploração do Petróleo, ou poderá poluir de forma indireta quando for omisso, por exemplo, na fiscalização de atividade que explore os recursos ambientais, na observância das regras informadoras do processo de licenciamento, quando for inerte quanto à instalação de sistemas de disposição de lixo e tratamento de esgotos, etc[34]. Na omissão, além de violar um dever jurídico, o Estado, contribui para a elevação de riscos ambientais.[35]

Também é pacífico atualmente na jurisprudência quanto à responsabilidade civil objetiva do Estado por dano ambiental, com base no risco, inclusive nos casos de omissão:

> Processual civil e ambiental. Ação civil pública. Loteamento clandestino. Área de preservação permanente. Dever de fiscalização do estado. Omissão. Responsabilidade objetiva e solidária. Reexame dos elementos de cognição dos autos. Descabimento. Súmula 7/stj. 1.
>
> (...)

---

33 Por exemplo, vide AgInt no REsp 1326903/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 30/04/2018.

34 CARMO, Wagner. Os danos ambientais e a responsabilidade civil do Estado. Disponível em <https://emporiododireito.com.br/leitura/os-danos-ambientais-e-a-responsabilidade-civil-do-estado> Acesso em: 20/01/2020.

35 HUPFFER, Haide Maria; NAIME, Roberto; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; CORRÊA, Iose Luciane Machado. Responsabilidade civil do Estado por omissão estatal. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100005> Acesso em: 20/01/2020.

Voltar ao índice

5. Tendo a Corte de origem, à luz dos elementos fático-probatórios dos autos, consignado que o Estado de São Paulo, ora recorrente, falhou no dever de prestação do serviço público ao incorrer em omissão, tornando possível a implantação de loteamento clandestino, rever tal entendimento demanda o reexame dos elementos de cognição dos autos, o que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

6. Recurso Especial conhecido parcialmente e, nessa parte, não provido.

(REsp 1666027/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 01/02/2018)

O Brasil, salvo algumas divergências doutrinárias, adota a responsabilidade civil objetiva do Estado pela teoria do risco administrativo (risco que a atividade pública gera para a sociedade, podendo acarretar danos para alguns, em benefício de outros).[36]

Logo, se restar comprovada ausência de inércia do Estado, fica afastada a responsabilização:

Processual civil. Administrativo. Agravo interno no recurso especial. Código de processo civil de 2015. Aplicabilidade. Ação civil pública. Omissão administrativa. Não ocorrência. Revisão. Impossibilidade. Súmula n. 7/Stj. Incidência. Argumentos insuficientes para desconstituir a decisão atacada.

(...)

36 HUPFFER, Haide Maria; NAIME, Roberto; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; CORRÊA, Iose Luciane Machado. Responsabilidade civil do Estado por omissão estatal. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100005> Acesso em: 20/01/2020.

Voltar ao índice

II - In casu, rever o entendimento do Tribunal de origem, que consignou restar comprovado que o Poder Público vem executando programas de contenção, urbanização e reassentamento dos moradores, em áreas de risco, tomando medidas, inclusive, antes da propositura da presente ação civil pública, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 7/STJ. (...)

(AgInt no REsp 1486447/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 21/02/2017)

Embora a sociedade não deva ser duplamente penalizada, pois o cidadão acaba sendo prejudicado tanto pelo dano ambiental sofrido como pelo valor pecuniário que o Estado gasta na reparação[37]. Conforme restou preconizado no julgamento do Resp. 647.493-SC, condenado o Estado, "é certo que a sociedade mediatamente estará arcando com os custos de tal reparação, como se fora auto-indenização. Esse desiderato apresenta-se consentâneo com o princípio da eqüidade, uma vez que a atividade industrial responsável pela degradação ambiental – por gerar divisas para o país e contribuir com percentual significativo de geração de energia, como ocorre com a atividade extrativa mineral – a toda a sociedade beneficia."

4.5 Aplicabilidade da Súmula 618 do STJ nas hipóteses de responsabilização do Estado por dano ambiental em caso de omissão

Conforme já mencionado em tópico anterior, a edição da Súmula 618 fazia mais sentido sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, pois não

37 HUPFFER, Haide Maria; NAIME, Roberto; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; CORRÊA, Iose Luciane Machado. Responsabilidade civil do Estado por omissão estatal. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100005> Acesso em: 20/01/2020.

Voltar ao índice

havia previsão expressa da possibilidade de o juiz alterar o ônus da prova de acordo com as peculiaridades da causa (art. 373, § 1º, do CPC/2015). Daí, para evitar que o ônus da prova recaísse sobre quem não teria condições de suportá-lo, seja pela falta de recursos financeiros, seja pela falta de instrumentos ou pela inviabilidade fática de se provar algum fato, especialmente os negativos, usava-se o Código de Defesa do Consumidor, bem como o princípio da precaução, para solucionar este desequilíbrio processual.

Contudo, a Súmula 618 foi editada em 2018, quando já em vigor, há mais de dois anos, o novo Código processual. No novo contexto legal, a súmula acaba por gerar confusão pois, cria uma regra que pode não ser a melhor no caso concreto, sendo que o próprio CPC já traz a possibilidade de inversão caso seja necessário, bastando que o juiz assim decida de forma motivada. O CPC, inclusive, determina no art. 357, III, que distribuição do ônus da prova seja feita em decisão de saneamento e de organização do processo.

Caso o magistrado vislumbre se o caso de aplicação da súmula no caso concreto, é essencial que seja comunicado às partes na fase de instrução, visando evitar decisão surpresa e, portanto, uma nulidade processual.

Bessa Antunes e Graça Gonçalves alertam que "a súmula não pode ser suficiente a ensejar a inversão do ônus da prova de maneira automática ou impositiva, isentando por completo o autor de demanda judicial de produzir prova que venha servir de suporte para a sua pretensão"[38].

De fato, a aplicação indiscriminada da súmula pode acarretar ajuizamento de ações desprovidas de fundamentos e que, por haver inversão da prova, o réu não consiga se desincumbir de seu ônus. Especialmente no caso

38 ANTUNES, Paulo de Bessa; GONÇALVES, Vilmar Luiz Graça. Inversão do ônus da prova judicial e danos ambientais. *Revista Brasileira de Direito Processual– RBDPro*, Belo Horizonte, ano 27, n. 107, p. 241-256, jul./set. 2019.

Voltar ao índice

de omissão, em que pode ser difícil demonstrar fato negativo, por exemplo, que eventual inércia do Estado não foi causadora de dano, corre-se o risco de se condenar o Estado e, por via oblíqua, a sociedade, indevidamente.

A responsabilidade do Estado nos casos de omissão é objetiva, bastando comprovação do nexo de causalidade e do dano. O STJ tem aceitado mera probabilidade do nexo causal, o que já diminui o ônus probatório do Autor. Com a inversão, na verdade, presumem-se verdadeiras as alegações do autor competindo aos réus demonstrar que não há nexo de causalidade ou dano, o que, por ser fato negativo, pode ser uma prova diabólica.

Mais do que condenar o Estado à reparação em caso de omissão, o que, conforme já explicitado, acaba onerando duplamente a sociedade (dano ambiental em si e os custos da reparação), pondo o ente público, ao fim e ao cabo, como garantidor universal, é preciso penalizar os gestores responsáveis pela inércia ou má prestação de serviço, a fim de que a situação não se repita. Conforme ponderou o Ministro Luis Felipe Salomão, em seu voto vista no julgamento do Recurso Especial nº 1.596.081 – PR[39], a aplicação do direito ambiental não pode cometer o equívoco de desconsiderar as relações sociais e econômicas afetadas pelo caso concreto.

39 REsp 1596081/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/10/2017, DJe 22/11/2017.

Voltar ao índice

Anotação ao acórdão do Superior Tribunal de Justiça de 2 de Junho de 2005 (RESP 628.588/SP)[1]

DANIEL OTAVIANO DE MELO RIBEIRO[2]

1. INDICAÇÃO DO ASSUNTO

Desapropriação indireta. Imóvel inserido em unidade de conservação. Inexistência de apossamento administrativo. Carência de ação.

2. INDICAÇÃO DA EMENTA

Administrativo. Criação de área de proteção ambiental. (Decreto estadual 37.536/93). Desapropriação indireta. Pressupostos: apossamento, afetação à utilização pública, irreversibilidade. Não-caracterização.

---

1 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESP n.º 628.588/SP. Relator: Luiz Fux. Relator para Acórdão: Teori Albino Zavascki. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=549857&numregistro=200400047027&data=20050801&formato=PDF>. Acesso em: 22 jan. 2019.

2 Procurador Federal. Foi Procurador-Geral do ICMBio e Membro Titular da Câmara Especial Recursal do CONAMA. Mestrando em Ciências Jurídico-Ambientais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Voltar ao índice

1. A chamada “desapropriação indireta” é construção pretoriana criada para dirimir conflitos concretos entre o direito de propriedade e o princípio da função social das propriedades, nas hipóteses em que a Administração ocupa propriedade privada, sem observância de prévio processo de desapropriação, para implantar obra ou serviço público.

2. Para que se tenha por caracterizada situação que imponha ao particular a substituição da prestação específica (restituir a coisa vindicada) por prestação alternativa (indenizá-la em dinheiro), com a consequente transferência compulsória do domínio ao Estado, é preciso que se verifiquem, cumulativamente, as seguintes circunstâncias: (a) o apossamento do bem pelo Estado, sem prévia observância do devido processo de desapropriação; (b) a afetação do bem, isto é, sua destinação à utilização pública; e (c) a impossibilidade material da outorga da tutela específica ao proprietário, isto é, a irreversibilidade da situação fática resultante do indevido apossamento e da afetação.

3. No caso concreto, não está satisfeito qualquer dos requisitos acima aludidos, porque (a) a mera edição do Decreto 37.536/93 não configura tomada de posse, a qual pressupõe necessariamente a prática de atos materiais; (b) a plena reversibilidade da situação fática permite aos autores a utilização, se for o caso, dos interditos possessórios, com indubitável possibilidade de obtenção da tutela específica.

4. Não se pode, salvo em caso de fato consumado e irreversível, compelir o Estado a efetivar a desapropriação, se ele não a quer, pois se trata de ato informado pelos princípios da conveniência e da oportunidade.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

Voltar ao índice

3. DESCRIÇÃO SUMÁRIA DOS FACTOS DO CASO

Empresa do ramo de engenharia civil, proprietária de imóvel situado em local onde viria a ser instituído o Parque Estadual Xixová-Japuí, ajuizou, em 1996, ação de desapropriação indireta contra o Estado de São Paulo pleiteando o recebimento de indenização, ao argumento de que o ato instituidor da área protegida, ao impor um regime de proteção integral sem a correspondente desapropriação, estaria a inviabilizar o aproveitamento econômico da propriedade, o que o tornaria ilícito.

Em sede de primeira instância, o processo foi extinto sem julgamento de mérito, por carência de ação, na modalidade falta de interesse de agir, sob o fundamento central de que, no caso, o desapossamento ilegal por parte do Poder Público, requisito para a propositura de ação da desapropriação indireta, não teria se concretizado. Em reforço à sentença, aduziu o juízo monocrático que as limitações administrativas incidentes sobre o imóvel não autorizariam a indenização pretendida, já que consubstanciariam mero condicionamento da propriedade.

Inconformada, a autora interpôs apelação contra a sentença terminativa, tendo o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP, por maioria, dado provimento ao recurso. Todavia, ao apreciar embargos infringentes opostos pelo Estado de São Paulo, a Corte reviu seu posicionamento inicial, decidindo, ao fim e ao cabo, pela manutenção da sentença proferida pelo juízo singular.

A autora, então, interpôs recurso especial em face da decisão do Tribunal Paulista, insistindo na tese da ilicitude do ato instituidor do Parque Estadual. O recurso foi recebido, e sua relatoria atribuída ao Ministro Luiz Fux, então magistrado do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Voltar ao índice

Em seu voto, o Ministro Fux, invocando precedentes do Supremo Tribunal Federal- STF, acolheu as razões apresentadas pela empresa recorrente, aduzindo que eventual "esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade resultante do tombamento" daria, sim, ensejo ao pagamento de indenização. Partindo dessa premissa, posicionou-se pelo retorno do processo à primeira instância, onde eventual esgotamento do direito de propriedade poderia ser perscrutado.

Divergindo desse entendimento, o Ministro Teori Zavascki, em voto-vista, asseverou que o ato de criação do Parque Estadual, tido como ilícito, não alterara a situação real do imóvel, tampouco poderia ser compreendido como ato concreto de apossamento, configurando, na verdade, mera limitação administrativa ao direito de propriedade ou, no limite, servidão administrativa, modalidades interventivas que não teriam o condão de obrigar o Estado a indenizar a propriedade pelo seu valor integral.

O voto-vista foi acompanhado pelos demais magistrados integrantes do órgão julgador, que, por maioria, negaram provimento ao recurso especial.

A empresa autora, numa última tentativa, buscou reverter o julgado mediante a oposição de embargos de divergência contra o acórdão relatado pelo Ministro Zavascki. No entanto, embora conhecido, o recurso foi julgado improcedente, à unanimidade, pela Primeira Seção do STJ, o que pôs um ponto final à discussão do caso no âmbito da Corte.

4. COMENTÁRIO

O acórdão em análise versa, em essência, sobre o cabimento da denominada ação de desapropriação indireta nas situações em que uma unidade de conservação é criada em área onde remanescem imóveis privados.

Voltar ao índice

Todavia, por trás do cariz aparentemente processual do julgado, despontam assuntos de enorme repercussão e complexidade, como questões de direito intertemporal, a dinâmica procedimental do Poder Público para a criação unidades de conservação, as implicações práticas da configuração normativa do Sistema Nacional de Unidades de Conservação - SNUC, os efeitos da criação de unidades de conservação em relação aos imóveis pendentes de expropriação, além de outros pontos não menos relevantes.

Firmes no propósito de revolver os pontos mais controvertidos do julgamento, começaremos por registrar o silêncio do acórdão em relação ao advento da Lei nº 9.985/2000, mais conhecida como Lei do SNUC, não obstante o regime jurídico incidente sobre o imóvel já emanar, à época do julgamento, do novo diploma. Na sequência, nos debruçaremos sobre a intrincada configuração normativa dos regimes de uso das unidades de conservação, cuja compreensão é essencial para se alcançar as filigranas da decisão do STJ. Por fim, analisaremos a adequação da ação de desapropriação indireta para o fim de compelir o Poder Público a expropriar os imóveis afetados pela criação de unidades de conservação designadas sob uma das seis tipologias rotuladas pela lei como "de posse e domínio público.

4.1. O silêncio do STJ quanto ao advento da Lei do SNUC

O Parque Estadual Xixová-Japuí, que abrange uma extensão de 901,00 ha, foi instituído pelo Governador do Estado de São Paulo por meio do Decreto nº 37.536, de 27 de setembro de 1993, com o objetivo expresso de assegurar a proteção integral de um dos mais importantes fragmentos remanescentes de Mata Atlântica do litoral paulista, cuja conservação encontrava-se ameaçada pela forte pressão decorrente da ocupação irregular e da especulação imobiliária que afligiam a área.

De se notar que, quando a área foi classificada, ainda não havia sido

promulgada a Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, instituidora do Sistema Nacional de Unidades de Conservação - SNUC, marco legal que atualmente concentra a disciplina jurídica sobre a criação, o manejo, a categorização, a implementação e a extinção dos espaços territoriais especialmente protegidos, que a partir do diploma passariam a ser designados como unidades de conservação. Por esse motivo, a criação do Parque Estadual Xixová-Japuí fundamentou-se no art. 225, §1º, III, da Constituição Federal 1988, e, no plano infraconstitucional, no Código Florestal então vigente,[3] cujo art. 5º, "a", já previa a possibilidade de criação de Parques Nacionais, Estaduais e Municipais.

Todavia, apesar de a criação do Parque possuir inequívoco amparo legal, a incipiente legislação existente à época nada dispunha sobre como e se o novo regime jurídico advindo do ato de classificação poderia ser conformado com o direito de propriedade dos particulares cujos imóveis foram afetados pela medida. Assim, diferentemente do que ocorre hoje sob a égide da Lei do SNUC, a criação de um Parque naquele contexto jurídico não injungia o Poder Público, per se, a desapropriar os imóveis privados localizados no perímetro protegido, tampouco, sob o prisma inverso, conferia aos proprietários privados o direito de serem indenizados pelo preço integral de suas glebas.

Esse recorte temporal é assaz importante porque explica a sentença terminativa proferida em 1999 pelo juízo de primeira instância, que extinguiu o processo sem sequer adentrar ao mérito por considerar que o apossamento ilícito alegadamente praticado pelo Poder Público, pressuposto fático autorizador da propositura de uma ação de desapropriação indireta, não restara caracterizado no caso. Deveras, como inexistia norma específica a obrigar o Estado de São Paulo a indenizar ou a promover a desa-

3 Lei nº 4.771/1965.

Voltar ao índice

propriação dos imóveis privados localizados no interior do Parque Estadual Xixová-Japuí e, além do mais, a autora não logrou demonstrar o suposto apossamento ilegal perpetrado pelos órgãos públicos estaduais, a decisão referida afigura-se consentânea com o regime jurídico que vigia na ocasião.

No entanto, com o advento da Lei do SNUC no ano de 2000, todas as áreas especialmente protegidas classificadas ao abrigo da legislação anterior passaram a ser regidas pelos dispositivos do novo diploma relativos à categoria correspondente à tipologia de origem,[4] o que, no caso específico, acarretou a submissão do Parque Estadual Xixová-Japuí ao regime jurídico das unidades de conservação da categoria parque nacional. Como, à luz do novo regramento, os imóveis privados localizados no interior de todos os parques ao abrigo do SNUC passaram a ter que, necessariamente, ser desapropriados, uma das premissas sobre a qual se lastreou a sentença de primeira instância deixou de existir, na medida em que o que antes era uma mera possibilidade jurídica transformou-se numa obrigação expressa e inequívoca do Poder Público.

Não é nossa intenção, aqui, enveredar sobre as tortuosas nuances do direito intertemporal, que, no caso vertente, ganham singular complexidade pelo fato de a alteração aludida ter ocorrido no curso de uma ação judicial proposta e sentenciada com base em regime jurídico diverso do hoje vigente. Entretanto, não podemos nos furtar de registrar o absoluto silêncio tanto do TJSP quanto do STJ acerca dessa questão crucial, cujo enfrentamento poderia ter implicações no entendimento que terminou por prevalecer.

4 Nos termos do art. 57 da Lei do SNUC, as "unidades de conservação e áreas protegidas criadas com base nas legislações anteriores e que não pertençam às categorias previstas nesta Lei serão reavaliadas, no todo ou em parte, no prazo de até dois anos, com o objetivo de definir sua destinação com base na categoria e função para as quais foram criadas". Considerando que o Parque Estadual Xixová-Japuí foi criado sob uma tipologia que possuía correspondente no novo marco legal, a área classificada passou a ser regida pelas disposições do diploma aplicáveis à categoria "Parque Nacional".

Voltar ao índice

No que toca ao acórdão proferido pelo STJ, essa omissão findou por dar ensejo a uma asserção particularmente anacrônica. Referimo-nos ao item 4 da ementa, onde se afirma que a desapropriação do imóvel pertencente à autora dependeria do juízo de conveniência e oportunidade da Administração, quando, na verdade, tal medida já consubstanciava obrigação oponível ao Poder Público desde a promulgação da Lei do SNUC, ocorrida cinco anos antes do julgamento.

De toda sorte, consideramos que o acórdão sob anotação, a despeito desse lapso, "escreveu certo por linhas tortas" naquilo que se apresenta mais relevante para a temática. Ademais, ainda que fortuitamente, terminou por suscitar questões jurídicas da mais alta importância para processo de consolidação e implementação das unidades de conservação que integram o SNUC.

4.2. A estrutura normativa do SNUC e a dinâmica de criação de unidades de conservação

No afã de sistematizar a política nacional de conservação in situ da biodiversidade, a Lei do SNUC organizou os espaços territoriais especialmente protegidos, cognominados pelo diploma como "unidades de conservação", em doze categorias distintas, é dizer, em uma dúzia de "tipos ideais, universais e genéricos", a cujas criações racionais devem subsumir-se os espaços concretos, "num processo de racionalização do espaço".[5] Essas doze categorias foram divididas em dois grandes troncos: um primeiro, que concentra as unidades de conservação tidas como de proteção integral, no interior das quais só é admitido, regra geral, o uso indireto de recursos naturais; e um segundo, denominado grupo das uni-

5 DERANI, Cristiane. A Estrutura do Sistema Nacional de Unidades de Conservação - Lei nº 9.985/2000. In: BENJAMIN, Antônio Herman (coord.). **Direito ambiental das áreas protegidas**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 239.

dades de uso sustentável, cujo objetivo básico consiste em assegurar que a exploração do ambiente ocorra de maneira a garantir a perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos.

Compõem o grupo de proteção integral cinco categorias de unidades de conservação, a saber: estação ecológica, reserva biológica, parque nacional, monumento natural e refúgio de vida silvestre. Lado outro, pertencem ao grupo de uso sustentável sete categorias de unidades, quais sejam: área de proteção ambiental, área de relevante interesse ecológico, floresta nacional, reserva extrativista, reserva de fauna, reserva de desenvolvimento sustentável e reserva particular do patrimônio natural.

As premissas de cunho fundiário aplicáveis a essas doze categorias, contudo, não necessariamente emanam do grupo ao qual elas pertencem – proteção integral ou uso sustentável. Apesar disso, consideramos possível organizá-las, no que tange às semelhanças quanto à compatibilidade de seus regimes jurídicos com propriedades privadas, em três classes distintas. Na primeira delas estão as áreas de proteção ambiental, as áreas de relevante interesse ecológico e as reservas particulares do patrimônio natural, que admitem, por princípio, a subsistência de imóveis particulares no perímetro protegido. A segunda, de outra banda, é composta pelos monumentos naturais, refúgios da vida silvestre e reservas de desenvolvimento sustentável, categorias que permitem a existência de propriedades privadas na área classificada somente em caráter excepcional, é dizer, apenas quando o uso conferido à propriedade no caso concreto mostrar-se compatível com os objetivos específicos da unidade de conservação em que se inserem. Por fim, na terceira classe estão as estações ecológicas, as reservas biológicas, os parques nacionais, as florestas nacionais, as reservas extrativistas e as reservas de fauna, às quais a Lei do SNUC atribui o rótulo de unidades “de posse e domínio público”. Importante destacar, ademais, a heterogeneidade desta última

classe, composta por três categorias do grupo de proteção integral e por três categorias pertencentes ao grupo de uso sustentável.

Logo, como a Lei do SNUC predefine o arranjo dominial que deve ser conferido a cada uma dessas tipologias, a categoria de uma unidade de conservação constitui fator primário, no mais das vezes definitivo, a balizar a possibilidade ou a impossibilidade jurídica de subsistirem imóveis privados no interior do espaço classificado. Doutro giro, a essência do tratamento conferido pelo diploma a cada categoria dimana de um juízo de prognose realizado pelo legislador quanto à factibilidade de se compatibilizar os objetivos básicos e o nível de restrição da respectiva tipologia com as prerrogativas imanentes ao direito de propriedade.

Exemplificando, a Lei do SNUC não admite imóveis particulares dentro de reservas extrativistas (categoria pertencente ao grupo de uso sustentável) por considerar que não seria juridicamente possível compelir os proprietários privados a tolerar graciosamente que terceiros – no caso, as populações extrativistas beneficiadas pela criação da unidade – coletassem ou extraíssem os recursos naturais existentes em suas glebas. Ainda a título ilustrativo, o diploma também veda a existência de áreas particulares no interior das reservas biológicas (categoria do grupo de proteção integral), por pressupor que o objetivo básico da categoria, qual seja a "preservação integral da biota",[6] inviabilizaria, de plano, o exercício dos poderes inerentes à propriedade pelos eventuais donos de imóveis alcançados pelo restritivo regime de uso incidente sobre o espaço classificado. Isto posto, é possível asseverar, em arremate, que as disposições da Lei do SNUC que predefinem a estrutura dominial das categorias de unidades de conservação "de posse e domínio público" veiculam presun-

6 Art. 10, *caput*, da Lei 9.985/2000.

Voltar ao índice

ções legais juris et de jure quanto à conciliabilidade entre o direito de propriedade e o regime de uso conferido por lei a cada tipologia.

Assim, em termos práticos, o simples fato de determinada unidade de conservação ser de uma das categorias integrantes da terceira classe acima proposta – que engloba, vale repetir, as estações ecológicas, as reservas biológicas, os parques nacionais, as florestas nacionais, as reservas extrativistas e as reservas de fauna, ou seja, as unidades rotuladas pela Lei do SNUC como "de posse e domínio público" – consubstancia uma presunção legal absoluta de incompatibilidade entre o seu regime de uso e o exercício do direito de propriedade por particulares, impondo ao Poder Público o ônus de expropriar todos os imóveis privados localizados no interior das unidades de conservação dessas categorias.

Trata-se de um desafio colossal: embora não existam dados fiáveis sobre o ponto, é cediço que parte significativa dos 995.504,53 km^2 do território continental brasileiro[7] abrangidos por unidades de conservação dessas categorias – área equivalente aos territórios somados de Espanha, Alemanha, Portugal e Suíça – é composta por terras privadas cujos proprietários ainda não foram desapropriados e indenizados.

A bem da verdade, o gigantismo desse passivo é, em boa parte, resultado da incúria dos próprios órgãos estatais durante o processo de criação de unidades de conservação, já que seu modus operandi nesse tocante guarda uma significativa diferença em relação ao procedimento que sói ser adotado em outras situações nas quais o interesse coletivo envolvido

7 Dado extraído do Cadastro Nacional de Unidades de Conservação. Cfr. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Cadastro Nacional de Unidades de Conservação (CNUC). Disponível em: <http://www.mma.gov.br/areas-protegidas/cadastro-nacional-de-ucs.html>. Acesso em: 29 de jan. 2019.

também vindica a transferência de propriedades particulares para o Poder Público. É que, regra geral, quando o Estado, por razões de utilidade pública ou interesse social, necessita apoderar-se de um imóvel particular ou impor-lhe limitações inconciliáveis com os direitos inerentes à propriedade privada, o efetivo apossamento ou a entrada em vigor dessas limitações são precedidos de regular procedimento expropriatório, no curso do qual, por força do princípio constitucional da justa e prévia indenização,[8] o proprietário percebe quantia financeira equivalente ao valor de mercado do seu imóvel. Em se tratando de unidades de conservação, por outro lado, mesmo daquelas tidas como "de posse e domínio público", o método que terminou por se consagrar entre os órgãos estatais competentes consiste em, primeiramente, "criar" a unidade, ou seja, em classificar uma área determinada de maneira a submetê-la ao regime jurídico prescrito pela Lei do SNUC para a respectiva categoria, para, só depois, num segundo momento – futuro e incerto, promover as desapropriações que a lei impõe.

O Plano de Manejo do próprio Parque Estadual Xixová-Japuí explica o porquê dessa prática tão pouco ortodoxa. Vale conferir:

> A criação dos Parques Estaduais, no estado de São Paulo, teve início com a instituição do Parque Estadual de Campos do Jordão, em março de 1.941 (Decreto nº 11.908). Até início da década de 1960, eram criados em áreas públicas que ou foram reservadas após a arrecadação das terras como devolutas; ou quando a área era desapropriada para a finalidade de preservar a flora e a fauna, ou para os projetos de reflorestamento. Com a degrada-

8 O princípio da justa e prévia indenização deriva do art. 5º, XXIV, da Constituição Federal de 1988, no qual se dispõe: "a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição".

Voltar ao índice

> ção acelerada dos ecossistemas (especialmente de Mata Atlântica), fez-se necessário uma postura mais enérgica do Poder Público Estadual no sentido de estabelecer espaços protegidos em vastas áreas contínuas indicadas em levantamentos técnicos e científicos, sob pena deixar em risco significativa parte da biodiversidade local e regional.
>
> A partir da segunda metade do século passado houve a criação de inúmeras unidades de conservação no estado de São Paulo, e razão da importância e da urgente necessidade de proteger os remanescentes da Mata Atlântica presentes no estado, especialmente na região de ocorrência do contínuo deste bioma que abrange a região costeira e segue pelos estados do Rio de Janeiro e Paraná. Para alcançar o contínuo, a delimitação dos polígonos das UC passou a abranger as referidas reservas e partes de terras particulares. No ato normativo de criação da UC havia um artigo expresso autorizando que, havendo terras identificadas como particulares na área abrangida pela UC, ficavam estas declaradas de utilidade pública para fins de desapropriação.[9]

De fato, o excerto transcrito revela que a estratégia de instituir unidades de conservação sobre imóveis particulares sem prévio procedimento expropriatório, ainda que o regime jurídico prescrito em lei seja incompatível com as faculdades de uso inerentes ao direito de propriedade, é consectário da necessidade premente de se refrear a "degradação acelerada dos ecossistemas", abordagem que exigiria "uma postura mais enérgica do Poder Público" no sentido de tutelar as áreas naturais sob risco de devastação.

O motivo é nobre e a inversão da ordem de fases usualmente seguida em situações análogas de intervenção estatal na propriedade privada até

9 ESTADO DE SÃO PAULO. Plano de Manejo do Parque Estadual Xixová-Japuí. Elaboração: abril de 2010. Disponível em: <http://arquivos.ambiente.sp.gov.br/fundacaoflorestal/2012/01/PE_XIXOVA-JAPUI/PEXJ-Principal.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2020.

encontra respaldo legal, tanto no art. 225 da Constituição Federal quanto no princípio da prevenção, já há muito consagrado no direito brasileiro. Sua prática, contudo, apesar de justificável em situações excepcionais, terminou, provavelmente por facilitismo, sendo adotada pelo Poder Público como procedimento padrão para a criação de espaços especialmente protegidos.

Como é possível imaginar, essa sistemática, além de acarretar severos transtornos para os proprietários não indenizados, também dificulta sobremaneira o trabalho a cargo dos próprios órgãos gestores de unidades de conservação, uma vez que as disposições da Lei do SNUC pertinentes aos regimes de uso das categorias identificadas como "de posse e domínio público" prestam-se a disciplinar unidades de conservação já consolidadas sob o viés fundiário, ou seja, as unidades que já foram factualmente conformadas ao arranjo dominial prescrito pelo diploma. Sem embargo, como sua concepção normativa em relação a tais categorias parte da premissa de que inexistem propriedades privadas no interior das respectivas áreas classificadas, a Lei do SNUC não traz regras de uso específicas para o período compreendido entre o ato de criação de uma unidade e a efetiva incorporação ao patrimônio público dos imóveis particulares nela localizados.

Ocorre, porém, que a ausência na lei de temperamentos mínimos para essa situação específica pode induzir os seus destinatários ao entendimento de que as disposições legais concernentes a essas categorias devem ser aplicadas, independentemente do nível de restrição que acarretam, de maneira literal e indistinta tanto para as áreas já incorporadas ao domínio público quanto para as terras particulares ainda não expropriadas. É essa interpretação especificadora, corroborada por uma vetusta mais ainda presente ideia de legalidade administrativa estrita aplicável de maneira mecanicista, que, num passado não muito distante, levou órgãos ambientais das três esferas da Federação à prática criticada por Paulo de Bessa Antunes de, mesmo nas terras ainda particulares, desenvolver "ati-

vidades administrativas como se, de fato, as áreas tivessem sido desapropriadas e o domínio privado houvesse sido transferido para o público".[10]

O problema ganha contornos ainda mais dramáticos ante a inércia do Poder Público no cumprimento de seu dever de desapropriar os imóveis privados localizados nas unidades de conservação de "posse e domínio público", etapa esta do processo de implementação dessas áreas protegidas que, não custa repetir, deveria, a rigor, ter precedido o próprio ato de criação. Não é sem razão, portanto, a crítica frequente da doutrina no sentido de que o SNUC seria formado por "parques de papel", é dizer, "por parques que ainda não foram implantados e têm apenas uma existência virtual, como linhas desenhadas em mapas oficiais".[11]

Enfim, feita essa contextualização, o julgado objeto do presente comentário tem como pano de fundo esse limbo jurídico, o qual, complexificado perpetuado pela inação do Poder Público no cumprimento de sua obrigação de consolidar fundiariamente as unidades de conservação, dá azo a um cenário absolutamente carente de balizas normativas onde nem os proprietários nem os próprios órgãos ambientais sabem ao certo as atividades que podem ou não ser executadas nas áreas ainda pendentes de desapropriação.

4.3. A desapropriação indireta no contexto de implementação fundiária das unidades de conservação

Como visto, a criação de uma unidade de conservação de "posse e domínio público" sem prévia desapropriação das terras privadas localizadas

10 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Áreas protegidas e propriedade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 60.

11 TERBORGH, John; VAN SCHAIK, Carel. Por que o mundo necessita de parques. In: TERBORGH, John et al (org.). **Tornando os Parques Eficientes**: Estratégias para a conservação da natureza e nos trópicos. Curitiba: UFPR/ Fundação O Boticário, 2002, p. 26.

na área classificada lança tais áreas em um verdadeiro limbo jurídico, haja vista a ausência, na Lei do SNUC, de parâmetros aptos a disciplinar o regime de uso que a elas deve ser aplicado durante o período em que o Estado permanece inerte em seu dever de indenizar os respectivos proprietários.

De outro giro, a incompatibilidade entre o regime de uso dessas categorias e o exercício das faculdades intrínsecas ao direito de propriedade por particulares configura, à luz do paradigma ideal adotado pelo legislador, uma presunção legal absoluta, gerando para o Poder Público a obrigação inconteste de desapropriar as terras privadas situadas no interior desses espaços protegidos. Nesse diapasão, a questão que exsurge é saber se a via eleita pela empresa autora no caso em comento, qual seja a ação de desapropriação indireta, constitui estratégia juridicamente apropriada para que um particular, em situação similar, insurja-se contra a omissão dos órgãos estatais no cumprimento do dever de desapropriar os imóveis particulares alcançados pela criação de uma unidade de conservação "de posse e domínio público".

A desapropriação indireta, de acordo com paradigmático precedente do Supremo Tribunal Federal, é "uma criação pretoriana à base de reinvindicação convertida em indenizatória de esbulho".[12] Dada sua origem jurisprudencial, assevera Kiyoshi Harada que ela "não chega a ser um instituto de direito por ser um mero instrumento processual para forçar o Poder Público a indenizar o ato ilícito, representado pelo desapossamento da propriedade particular, sem o devido processo legal, que é a desapropriação".[13]

---

12 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE nº 75731/PR. Relator: Aliomar Baleeiro. Julgamento: 15 mai. 1973. Publicação: DJ de 15 out. 1973.

13 HARADA, Kiyoshi. Desapropriação: doutrina e prática. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 209.

Voltar ao índice

A partir dessas definições, é possível constatar que o instrumento processual a que se convencionou denominar desapropriação indireta tem como pressuposto o efetivo e irregular apossamento, pela Administração, de um determinado bem privado. Exemplo clássico de situação que levou à construção do mecanismo pelos tribunais é a abertura de estradas por órgãos públicos em propriedades particulares, sem qualquer procedimento prévio: nessa hipótese, como a área em questão termina por ser afetada a um empreendimento jungido de interesse público, a lei não mais permite que ela seja objeto de reivindicação, muito embora garanta ao proprietário o direito de ser indenizado.[14] Desse modo, o apossamento administrativo, ou seja, "o fato administrativo pelo qual o Poder Público assume a posse efetiva de determinado bem",[15] constitui condição sine qua non para o cabimento da ação de desapropriação indireta.

No acórdão objeto do presente comentário, o STJ, nos termos do voto-vista vencedor lavrado pelo Ministro Teori Zavascki, considerou não estar caracterizado, no caso, qualquer ato concreto de apossamento praticado pelo Estado de São Paulo, já que a simples edição do ato normativo que instituiu o Parque Estadual Xixová-Japuí não teve o condão de, por si só, alterar a situação real do imóvel, mas apenas de limitar futuras e eventuais mudanças em sua utilização. Os efeitos do ato de criação da unidade, nesse contexto, consubstanciariam simples limitação administrativa, ou, no extremo, servidão administrativa.

---

14 Sem embargo de, como dito, tratar-se de uma "criação pretoriana", a desapropriação indireta extrai seu fundamento do art. 35 do Decreto-Lei nº 3.341/1941, no qual se dispõe que "os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos".

15 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 894.

Voltar ao índice

Comungamos dessa posição.

A despeito de parcela do Parque Estadual Xixová-Japuí sobrepor-se a imóveis privados, consequência, como se depreende do plano de manejo da unidade, da necessidade de uma resposta urgente do Poder Público à devastação que se anunciava no local, nada no processo indica que o Estado de São Paulo tenha se apossado do imóvel pertencente à empresa autora, tampouco restringido seu aproveitamento econômico para além do tolerável à luz da função socioambiental que a propriedade deve desempenhar por expressa determinação constitucional.

Numa análise perfunctória, as questões atinentes à efetiva configuração do apossamento administrativo e à adequação da ação de desapropriação indireta podem até soar despiciendas, já que, como a expropriação das terras privadas imersas nessa conjuntura é um dever imposto por lei ao Poder Público, eventual acolhimento do pedido formulado na inicial resultaria, na prática, em uma desejável conformação do quadro fático aos ditames legais. Nada obstante, o descabimento dessa via processual decorre não propriamente da pretensão autoral de receber indenização correspondente ao valor de mercado do imóvel, mas sim da incidência de um dos consectários inarredáveis da ação de desapropriação indireta: os juros compensatórios.

Os juros compensatórios são aqueles devidos pelo expropriante ao expropriado a título de compensação pela perda antecipada da posse. Como a "justa indenização" só é paga ao final do procedimento de desapropriação, tal modalidade de remuneração acessória surge como uma forma de compensar financeiramente o expropriado cuja posse foi subtraída antes do efetivo recebimento da indenização, a fim de que ele não seja injustamente onerado pelo fato de ter sido privado antecipadamente da posse de seu bem.[16]

16 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 901.

Voltar ao índice

Em verdade, é justamente o pressuposto comum consubstanciado no apossamento administrativo ilícito que une de forma tão imanente a ação de desapropriação indireta aos juros compensatórios. Nessa toada, se o apossamento é a pedra de toque da questão, perscrutar sua efetiva ocorrência no caso concreto está longe de ser uma questão secundária, posto que eventual pagamento de juros compensatórios a um proprietário que não foi realmente alijado da posse de seu imóvel configura, a toda evidência, enriquecimento sem causa em detrimento do erário público. E não estamos a falar de valores de pequena monta: em se tratando de unidades de conservação, a aplicação das premissas jurisprudenciais concernentes à desapropriação indireta, em especial aquelas pertinentes aos juros compensatórios, impulsionam o quantum indenizatório a patamares verdadeiramente astronômicos.

Para demonstrar o ponto, atentemo-nos à Súmula nº 114 do STJ, cujo enunciado dispõe que "os juros compensatórios, na desapropriação indireta, incidem a partir da ocupação, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente".

Pois bem, a despeito da orientação do próprio STJ no sentido de que a desapropriação indireta "só ocorre quando existe o efetivo apossamento [ou a ocupação, para usar a terminologia empregada pela Súmula] da propriedade pelo Poder Público",[17] não raro os tribunais inferiores vão de encontro a esse entendimento e tomam a própria criação da unidade de conservação como sucedâneo do ato de apossamento, numa construção temerária que infla a indenização a valores explicitamente irreais,

17 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESP n.º 1.784.226/RJ. Relator: Herman Benjamin. Julgamento: 12 fev. 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/ mediado/?componente=ITA&sequencial=1792806&num_registro=-201802095900&data=20190312&formato=PDF>. Acesso em: 07 fev. 2019.

Voltar ao índice

sobretudo pelo longo período que costuma decorrer entre a instituição da área protegida e o julgamento da ação de desapropriação indireta.

Foi precisamente isso que ocorreu em julgamento relativamente recente proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região - TRF1 nos autos do Processo nº 2007.38.06.004835-3/MG, quando a Corte, partindo da premissa equivocada de que o autor – proprietário de imóvel localizado no interior do Parque Nacional Grande Sertão Veredas – estaria "privado do uso e gozo livre dos imóveis, de modo irreversível", fixou como marco inicial para incidência dos juros compensatórios o dia 12/04/1989, longínqua data em que o decreto que instituiu a unidade de conservação fora editado.[18] Tendo em conta que até bem pouco tempo os juros compensatórios incidiam à taxa de 12% ao ano,[19] não é difícil perceber que sua aplicação em um período de mais de 30 anos resultará em um valor exorbitante e descolado da realidade.

Com efeito, o acolhimento pelos tribunais da ação de desapropriação indireta como a via processual apropriada para a hipótese vertente

---

18 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Apelação nº 2007.38.06.004835-3/MG. Relator: Ney Bello. Julgamento: 22 jun. 2016. Disponível em: <http://arquivo.trf1.jus.br/AGText/2007/ 0004800/00048242120074013806_3.doc>.

19 O percentual de 12%, fruto da jurisprudência do STF consolidada na Súmula nº 618, foi fixado na conjuntura inflacionária dos anos 80, que deixou de existir em meados da década de 90. A fim de amoldar o percentual à nova realidade econômica, o Governo Federal editou, em 1997, a Medida Provisória nº 1.577, a qual, preenchendo a lacuna normativa colmatada pelo STF, passou a prever, agora no plano legal, que os juros compensatórios não poderiam superar o percentual de 6%. Todavia, a eficácia do dispositivo da Medida Provisória que fixou o novo patamar dos juros compensatórios foi cautelarmente suspensa pela Corte em 2001, em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil. Essa suspensão perdurou até 2018, quando o Tribunal, enfim, reconheceu "a constitucionalidade do percentual de juros compensatórios de 6% (seis por cento) ao ano para remuneração do proprietário pela imissão provisória do ente público na posse de seu bem". Cfr. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 2332/DF. Relator: Luís Roberto Barroso. Julgamento: 17 mai. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339938574&ext=.pdf>.

acarretou o pagamento de quantias tão vultosas e desarrazoadas que a dinâmica, que ficaria conhecida como de "indústria das indenizações", foi classificada como "assalto aos cofres públicos" pelo Promotor de Justiça Marcelo Daneluzzi, que complementa asseverando não haver qualquer "tecnicismo jurídico apto a encapotar o locupletamento", tampouco "filigrana capaz de coonestrar esse lucro fácil".[20]

As consequências financeiras dessas megaindenizações chegaram a tal ponto de gravidade em São Paulo que a Assembleia Legislativa do Estado instaurou Comissão Parlamentar de Inquérito - CPI com o propósito de investigar as razões daquele sorvedouro de dinheiro público. Para além de ter constatado diversas práticas irregulares na técnica utilizada pelos peritos avaliadores, como, por exemplo, a precificação apartada do potencial de exploração da cobertura florestal existente nos imóveis, uma das principais causas para a inflação artificial das indenizações apontadas no Relatório Final da CPI foi a "iniquidade e injustiça" na forma como os juros compensatórios foram calculados, tanto pelo fato de os tribunais considerarem como marco inicial de sua incidência o ato de criação da unidade de conservação – equiparando este último indevidamente a um ato de apossamento,[21] quanto por avalizarem a aplicação plena da exação mesmo para imóveis que nunca abrigaram qualquer tipo de atividade econômica.[22]

---

20 DANELUZZI, Marcelo Duarte. Desapropriação indireta em unidades de conservação. **Revista de Direito Ambiental**, v. 5, 1997, p. 78.

21 No caso específico, o Decreto Estadual nº 10.251/1977, que criou o Parque Estadual da Serra do Mar, unidade originária dos casos mais emblemáticos de superindenizações analisados pela CPI.

22 Cfr. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Relatório Final da CPI das Indenizações Ambientais. Aprovação: 03 mai 2001. Relator: Salvador Khuriyeh. Disponível em: <https:// www.al.sp.gov.br/repositorio/arquivoWeb/com/cpi_indenizacoes_ambientais_relatorio_final.pdf>

Voltar ao índice

Exemplos de como os juros compensatórios podem onerar de forma hiperbólica o quantum indenizatório quando aplicados no âmbito de desapropriações indiretas manejadas em decorrência da criação de unidades de conservação também pululam na esfera federal. Um dos casos mais emblemáticos de que se tem notícia é o de uma propriedade de 3.925,90 ha, composta por duas glebas sobrepostas ao Parque Nacional da Serra da Bocaina, unidade localizada entre os estados de São Paulo e Rio de Janeiro. Em 1987, a empresa proprietária ajuizou ação de desapropriação indireta que, julgada procedente dez anos depois, resultou na condenação do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, então gestor do Parque, ao pagamento de indenização que compreendia cobertura vegetal, expurgos inflacionários, correção monetária, juros compensatórios e, ainda, juros moratórios contados a partir da criação da unidade, em 1971. Confirmada a sentença pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região – TRF2, a empresa autora deu início à execução do julgado, cujo valor, em janeiro de 2000, foi calculado em nada menos do que R$ 1.032.989.574,71 (para que não pairem dúvidas: um bilhão, trinta e dois milhões, novecentos e oitenta e nove mil, quinhentos e setenta e quatro reais e setenta e um centavos). Desse astronômico montante, alavancado pelos percentuais correspondentes aos expurgos inflacionários, R$ 4.011.671,39 (0,39%) correspondem a juros moratórios; R$ 93.908.143,15 (9,09%) a honorários advocatícios; R$ 216.852.963,13 (20,99%) ao próprio valor do imóvel, atualizado monetariamente; e R$ 718.216.797,02 (69,53%) dizem respeito à quantia devida a título de juros compensatórios.[23]

23 Os números citados foram extraídos da Memória de Cálculos apresentada às fls. 1192-1199 da Ação de Execução em comento. Cfr. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. Seção Judiciária do Rio de Janeiro. 24ª Vara Federal. Processo nº 0001815-20.1987.4.02.5101.

Voltar ao índice

A magnitude dessa cifra, bem com a significativa preponderância , em sua composição, da parcela correspondente aos juros compensatórios em sua composição, revela, por si, que a utilização da desapropriação indireta e dos seus corolários na realidade dos imóveis particulares ainda não expropriados localizados em unidades de conservação "de posse e domínio público" ocasiona graves distorções, além de desvirtuar o postulado constitucional da justa indenização, o qual, apesar de erigido como uma garantia do particular frente à Administração, também proscreve o locupletamento do expropriado às custas do Poder Público.

Assim, retomando os apontamentos iniciais deste tópico, a gênese desse descompasso, ou seja, a razão determinante para as megaindenizações provenientes desse contexto não é outra senão o frequente porém equivocado entendimento dos tribunais no sentido de presumir que a simples criação de uma unidade de conservação equipara-se ao ato ilícito de apossamento administrativo que constitui pressuposto tanto para o cabimento da ação de desapropriação indireta quanto para a incidência dos malsinados juros compensatórios.

Com efeito, ainda que excessos tenham sido cometidos no passado, a verdade é que os órgãos ambientais, com o tempo, terminaram por consolidar sua postura no sentido de sempre buscar a conciliação, no caso concreto, entre as faculdades de uso e gozo dos bens imóveis pendentes de desapropriação e a salvaguarda dos atributos ambientais da área classificada, num arranjo muito mais próximo de uma limitação administrativa do que, nas palavras de Gomes Canotilho, de "uma imposição autoritária de natureza ablatória (quase-expropriativa) merecedora de compensação".[24]

24 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Protecção do ambiente e direito de propriedade**: crítica de jurisprudência ambiental. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 86.

Voltar ao índice

Respaldando esse posicionamento, a Advocacia-Geral da União- AGU, órgão legalmente incumbido de "fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos" no âmbito do Poder Executivo Federal,[25] adotou, ainda em 2010, por meio de sua unidade consultiva com atuação perante o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade- ICMBio,[26] o entendimento de que sobre as terras privadas ainda não indenizadas localizadas no interior das unidades de conservação de "posse e domínio público" incidiria um regime de uso transitório apto a "garantir, até o pagamento da justa indenização, a observância de normas e restrições ambientais decorrentes da criação de unidades de conservação, sem prejuízo da compatibilização do exercício de direitos inerentes à propriedade".[27]

Em manifestação posterior proferida naquele mesmo ano, assinalou o órgão não ser dado ao intérprete, "sob pena de flagrante injustiça e de violação a direitos e garantias fundamentais do cidadão, ignorar o fato de que o ICMBio ainda não indenizou o proprietário da área em razão da criação do Parque Nacional do Juruena, não podendo, a pretexto de tratar-se de uma unidade de conservação, esvaziar simplesmente o direito do proprietário sem indenizá-lo previamente". Partindo dessa premissa, recomendou à Administração que se balizasse pela "ideia – lícita, pragmática e assecuratória de todos os direitos constitucionais em jogo – de permitir ao proprietário não-indenizado manter suas atividades no

25 Art. 11, III, da Lei Complementar nº 73/1993.

26 Nos termos do art. 1º, I, da Lei nº 11.516/2007, compete ao ICMBio "executar ações da política nacional de unidades de conservação da natureza, referentes às atribuições federais relativas à proposição, implantação, gestão, proteção, fiscalização e monitoramento das unidades de conservação instituídas pela União".

27 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Procuradoria-Geral Federal. Procuradoria Federal Especializada junto ao ICMBio. Parecer n.º 587/2010/PFE-ICMBIO/GAB. Parecerista: Henrique Varejão de Andrade. Processo n.º 02070.004567/2010-37. 22 set. 2010.

Voltar ao índice

patamar em que se encontravam à época da criação da UC, atendidas as determinações do ICMBio quanto ao estabelecimento de medidas que diminuam ou mesmo evitem a consumação de danos à biota protegida, sendo que quaisquer reformas ou ampliações das estruturas já existentes devem ser precedidas de autorização".[28]

Essas manifestações da AGU só corroboram o fato de que a criação de uma unidade de conservação, mesmo daquelas instituídas sob uma das categorias tidas pela Lei do SNUC como "de posse e domínio público", não equivale nem pode ser tomada como um ato apossamento ilícito perpetrado do Poder Público, tampouco implica a submissão automática dos imóveis particulares inseridos no perímetro classificado a um regime jurídico inconciliável com as prerrogativas de uso que caracterizam o direito de propriedade.

Enfim, transportando essa lógica para o acórdão em apreço, consideramos acertado o posicionamento do STJ de confirmar as decisões dos juízos inferiores, tanto sob um prisma jurídico-formal, posto que a inocorrência do apossamento administrativo torna processualmente incabível a ação de desapropriação indireta, quanto sob um viés pragmático, já que a eventual admissão da referida via no caso concreto elevaria artificialmente o valor da indenização a patamares exorbitantes, proporcionando à empresa autora um enriquecimento sem causa às custas dos cofres públicos.

28 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Procuradoria-Geral Federal. Procuradoria Federal Especializada junto ao ICMBio. DESPACHO Nº. 621/2010/AGU/PGF/PFE-ICMBIO. Subscritor: Henrique Varejão de Andrade. Processo n.º 02070.004742/2010-96. 08 nov. 2010.

Anotação ao acórdão do Superior Tribunal de Justiça de 5 de Abril de 2004, Recurso Especial Nº 588.022/SC[1]

NATHALIE GIORDANO[2]

1. INDICAÇÃO DO ASSUNTO

O presente artigo tem por finalidade abordar um tema frequente na jurisprudência brasileira que é a repartição de competências para o licenciamento ambiental, reconduzindo à União, por meio do Ibama, a avaliação de casos relacionados ao litoral e de empreendimentos em áreas consideradas de patrimônio nacional ou localizadas em bens federais.

Essas notas terão como fio condutor a análise do acórdão em referência, bem como o recurso à bibliografia especializada sobre o tema, de forma a se tratar dos pontos considerados relevantes para a sua avaliação, bem

1 Acórdão disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200301597545&dt_publicacao=05/04/2004, acesso em 30-1-2020.

2 Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Ciências Jurídico-Ambientais pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Ambiental pela PUC-Rio. Membro do Conselho Editorial da Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Foi Assessora Jurídica Chefe da Secretaria de Estado do Ambiente do Rio de Janeiro e Procuradora Assistente do Instituto Estadual do Ambiente – INEA.

Voltar ao índice

como outras questões relacionadas à definição da competência da União que, embora não constantes do acórdão, são comuns em outras demandas.

2. INDICAÇÃO DA EMENTA

Administrativo e ambiental. Ação civil pública. Desassoreamento do rio itajaí-açu. Licenciamento. Competência do ibama. Interesse nacional.

1. Existem atividades e obras que terão importância ao mesmo tempo para a Nação e para os Estados e, nesse caso, pode até haver duplicidade de licenciamento.

2. O confronto entre o direito ao desenvolvimento e os princípios do direito ambiental deve receber solução em prol do último, haja vista a finalidade que este tem de preservar a qualidade da vida humana na face da terra. O seu objetivo central é proteger patrimônio pertencente às presentes e futuras gerações.

3. Não merece relevo a discussão sobre ser o Rio Itajaí-Açu estadual ou federal. A conservação do meio ambiente não se prende a situações geográficas ou referências históricas, extrapolando os limites impostos pelo homem. A natureza desconhece fronteiras políticas. Os bens ambientais são transnacionais. A preocupação que motiva a presente causa não é unicamente o rio, mas, principalmente, o mar territorial afetado. O impacto será considerável sobre o ecossistema marinho, o qual receberá milhões de toneladas de detritos.

4. Está diretamente afetada pelas obras de dragagem do Rio Itajaí-Açu toda a zona costeira e o mar territorial, impondo-se a

participação do IBAMA e a necessidade de prévios EIA/RIMA. A atividade do órgão estadual, in casu, a FATMA, é supletiva. Somente o estudo e o acompanhamento aprofundado da questão, através dos órgãos ambientais públicos e privados, poderá aferir quais os contornos do impacto causado pelas dragagens no rio, pelo depósito dos detritos no mar, bem como, sobre as correntes marítimas, sobre a orla litorânea, sobre os mangues, sobre as praias, e, enfim, sobre o homem que vive e depende do rio, do mar e do mangue nessa região.

5. Recursos especiais improvidos.

(REsp 588.022/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2004, DJ 05/04/2004, p. 217).

3. DESCRIÇÃO SUMÁRIA DOS FACTOS DO CASO

O caso selecionado se refere ao julgamento de Recurso Especial interposto em sede de Ação Civil Pública no qual litigaram o Ministério Público Federal, o Ibama, o empreendedor gestor do porto (Adhoc) e a Fatma, fundação responsável pelo licenciamento ambiental no Estado de Santa Catarina, que emitiu as licenças ambientais.

As atividades objeto do licenciamento impugnado na ação foram as atividades de "dragagem e o desassoreamento do canal do Porto de Itajaí e do local denominado Saco da Fazenda e as obras de recuperação do talude e plataforma da estrutura do molhe sul" (cf. fl. 8), tendo sido os principais pontos discutidos na lide (i) a competência para o licenciamento ambiental e a (i) necessidade ou não de realização de Eia/Rima.

Esse texto se aterá à análise sobre a definição da competência para o licenciamento, estando fora do escopo que se pretende avaliar se o caso prescindia ou não da elaboração de Eia/Rima, ou seja, se estaria configurada uma atividade de significativo impacto ambiental.

A sentença do Juízo de 1º Grau definiu a competência para o Ibama para o licenciamento com base no seguinte fundamento: "está diretamente afetada pelas obras de dragagem do rio Itajaí-Açu toda a zona costeira e o mar territorial, impondo-se a participação do Ibama e a necessidade de prévios Eia/Rima, mormente porque afastado das pressões locais para o deferimento de licenças. A atividade da Fatma, in casu, é supletiva" (cf. fls. 11).

A competência do Ibama foi mantida na 2ª Instância. Quanto ao acórdão, afirma o i. Min. Relator José Delgado que "as assertivas lançadas pelo aresto recorrido, por sua vez, encontram justificativa no interesse da União por o Rio Itajaí-Açu ser federal, sofrendo influência das marés e possuindo em sua foz uma formação estuarina, que abriga vegetação típica de manguezal. Além disso, a exploração da atividade portuária também é de competência da União e, se eventualmente viessem a ocorrer os danos ambientais apontados, eles se revelariam sobre o mar territorial, que é bem da União" (cf. fls. 11).

Esse foi entendimento que também prevaleceu no Superior Tribunal de Justiça. Sobre o ponto, no voto constou que "inobstante o alongado arrazoado sobre o reconhecimento do mesmo (o rio) ser estadual e da sentença e acórdão afirmarem o caráter federal da questão, tenho que, sob essa ótica, não merece grande relevo a discussão. A conservação do meio ambiente não se prende a situações geográficas ou referências históricas, extrapolando os limites impostos pelo homem. A natureza desconhece fronteiras políticas. Os bens ambientais são transacionais. Como exposto na sentença, a preocupação que motiva a presente causa não é unicamente o rio, mas, principalmente, o mar territorial afetado. O

impacto será considerável sobre o ecossistema marinho, o qual receberá milhões de toneladas de detritos" (cf. fls. 18).

A partir de sua análise, o argumento central que justificaria, de acordo com o julgado, a competência do Ibama para o licenciamento seria o impacto regional da atividade atrelado à sua localização em razão da circunstância afirmada de que o mar territorial seria afetado.

Cabe, nesse ponto, no entanto, a ressalva de que o caso é anterior à Lei Complementar nº 140/2011, posterior marco regulatório sobre o tema. Assim, para sua análise jurídica será observada a legislação que a precedia, vigente à época e, posteriormente, será também exposta a regulamentação atual.

4. COMENTÁRIOS

4.1 Algumas premissas

A análise desse julgado merece alguns comentários prévios sobre quatro ordens de razões que parecem estar na origem da multiplicidade de controvérsias judiciais quanto à repartição de competências executivas ambientais.

A primeira é que foi delineado um sistema de repartição pouco claro. Veja-se que o artigo 23, incisos III, VI e VII da Constituição Federal estabeleceu uma competência comum aos três entes federativos para a proteção do ambiente e para o combate à poluição, sem qualquer indicação objetiva da forma de repartição, tendo sido o trabalho remetido ao legislador, por força da previsão do parágrafo único, para a edição de lei complementar que fixaria normas de cooperação entre eles.

E o Poder Legislativo demorou a se desincumbir da tarefa, permanecendo em mora por mais de duas décadas, eis que essa dívida somente foi adimplida quando editada a Lei Complementar nº 140/2011. Nesse período, sob

o manto do princípio da predominância do interesse e do critério da dominialidade, da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei Federal nº 6.938/1980) e da Resolução Conama nº 237/1997 os conflitos e a insegurança jurídica relacionados à competência para o licenciamento ambiental se multiplicaram.

O advento da Lei Complementar nº 140/2011 trouxe um cenário melhor delineado e constituiu uma esperança para um ambiente de maior estabilidade e segurança jurídicas, mas passados nove anos, diante do que se assiste na persistente judicialização de licenciamentos ambientais[3], trata-se de tema que necessita ser revisitado.

Em segundo lugar, há uma verdadeira atuação desconcertada[4] entre as administrações públicas ambientais dos respectivos entes, que apesar de terem a seu dispor instrumentos de parceria como os consórcios[5] e os convênios[6], salvo honrosas exceções[7], deles fez pouco uso, fomentando esse cenário de incertezas.

---

3 No sentido do texto, v. Dantas, Marcelo Buzaglo e Souza, Lucas Dantas Evaristo de, **Considerações Acerca do licenciamento ambiental: evolução histórica e perspectivas futuras** *in* O Novo em Direito Ambiental: Estudos dos especialistas do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB sobre temas atuais, (p. 177-199), Org. Marcelo Buzaglo Dantas *et al*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018, p. 183.

4 Expressão de Volotão, Romilson de Almeida, **Direito Regulatório, Governança e Licenciamento Ambiental: Soluções para o Aperfeiçoamento do Licenciamento Ambiental Brasileiro**, Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 66. Nas palavras do autor, tratar-se-ia da "ausência de uma lógica de coordenação, informando o funcionamento de cada unidade, e do sistema como um todo, no exercício da função executiva do Estado pelos inúmeros órgãos e entidades que compõem a estrutura da Administração Pública", p. 68.

5 Disciplinados na Lei Federal nº 11.107/2005.

6 Cf. artigo 116 da Lei 8.666/93 e artigo 5º da Lei Complementar nº 140/2011.

7 Uma delas é do Estado do Rio de Janeiro que anteriormente à Lei Complementar nº 140/2011, com base no artigo 6º da Lei Estadual nº 5.101/2007 de criação Instituto Estadual do Ambiental – Inea, celebrou convênios de cooperação com os Municípios de modo a definir a atribuição de cada um dos entes no licenciamento. Foi prevista a possibilidade de descentralização, estabelecendo diversos requisitos mínimos que os Municípios deveriam cumprir, tais como a existência e funcionamento de Conselho de Meio Ambiente, de Fundo de Meio Ambiente, de profissionais especializados nas respectivas áreas de conhecimento, entre outros.

Voltar ao índice

Uma medida que merece ser destacada é a Instrução Normativa Ibama nº 08/2019, que prevê no artigo 2°, §§ 2º e 3º[8] a possibilidade de delegação cautelar ao órgão estadual ou municipal quando houver controvérsia judicial ou extrajudicial quanto à competência para o licenciamento ambiental que possa causar mora administrativa, inclusive quando o Ibama não se considerar, a princípio, competente. A possibilidade de delegação entre os entes federativos não é nova, mas o instrumento, que é um estímulo para tanto, parece buscar reduzir as consequências negativas da litigiosidade nos licenciamentos ambientais.

A terceira razão é que a realidade que se viu implantada após a Constituição Federal de 1988, apesar da inspiração descentralizadora, que se evidencia pela própria criação dos Municípios como entes federativos autônomos e ao contrário do que orientaria o princípio da subsidiariedade[9], assistiu-se, na prática, a um progressivo fortalecimento da União. Um exemplo é a apropriação de receitas tributárias, diminuindo-se, de certo modo, a força dos Estados e dos Municípios.

---

8 Cf. artigo 2º da Instrução Normativa Ibama nº 08/2019 "São passíveis de delegação, mediante avaliação de oportunidade e conveniência e ato específico da Administração, os processos de licenciamento ambiental cuja competência originária seja federal. (...)

§ 2º Em casos de controvérsia judicial ou extrajudicial quanto à competência para o licenciamento, cujo deslinde puder causar mora administrativa, poderá o Ibama realizar a delegação cautelar do licenciamento ambiental ao OEMA ou ao OMMA, ainda que não se entenda, a priori, competente, nos termos do artigo 7º da Lei Complementar nº 140/2011.

§ 3º A delegação cautelar subsistirá até o deslinde final da controvérsia, convertendo-se em definitiva, caso definida a competência do Ibama, ou perderá seu objeto, caso entendido que a OEMA ou o OMMA detém a competência para o licenciamento."

9 Aplicado ao ambiente, o princípio da subsidiariedade conduziria à "descentralização do sistema de competências e o fortalecimento da autonomia dos entes federativos inferiores (ou periféricos) naquilo em que representar o fortalecimento dos instrumentos de proteção ambiental e dos mecanismos de participação política, sob o marco jurídico-constitucional de um *federalismo cooperativo ecológico*", cf. SARLET, INGO WOLFGANG *et al*, **Constituição e Legislação Ambiental Comentadas**, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 72.

Voltar ao índice

Aliás, muitos desses estão atualmente com o pires na mão e eventualmente sem meios financeiros para realizar os pagamentos de seus funcionários[10].

De outro lado, os órgãos e autarquias federais, com recursos mais abundantes, contrataram servidores, se estruturaram de forma mais organizada, num conjunto de circunstâncias que dão a impressão de que estariam "mais aptos" a avaliar os licenciamentos ambientais, e, por conseguinte, assegurar uma maior proteção ao meio ambiente.

De fato, desenvolveu-se uma certa desconfiança em relação à capacidade de atuação e a habilidade dos órgãos estaduais. Esse fato é, inclusive, perceptível em trecho da sentença citado no voto do I. Ministro Relator: "estão diretamente afetados pelas obras de dragagem do Rio Itajaí-Açu toda a zona costeira e o mar territorial, impondo-se a participação do IBAMA e a premente necessidade de prévios EIA/RIMA, mormente porque é órgão afastado das pressões locais para o deferimento de licenças, sendo a atividade da FATMA, in casu, supletiva" (fl. 9 do voto, grifos nossos).

Trata-se de questão sensível que deve ser pontualmente enfrentada com a eventual anulação de licenças concedidas ilicitamente, mas a possibilidade de desvios não é causa para modificação da competência para o licenciamento ambiental. Subtrair a competência constitucionalmente atribuída de Estados e Municípios atingiria sua autonomia federativa. Ademais, os problemas de corrupção na esfera federal demonstram que nenhum dos entes está a salvo do problema.

E a quarta razão, que, na realidade, é uma derivação da terceira, é que entre os órgãos que foram estruturados e fortalecidos após a Constituição

10 Veja-se a grave situação financeira de Estados como o Rio de Grande do Sul e o Rio de Janeiro, o primeiro em regime de recuperação fiscal com fundamento na Lei Complementar nº 159/2017.

de 1988 está o Ministério Público Federal, importantíssimo na tutela dos interesses difusos e coletivos no país, dentre eles a tutela do ambiente.

Ocorre que a atuação do MPF é atraída quando há um interesse da União, de sorte que sua competência para atuar em determinado caso depende da configuração de tal interesse. E a referência mais comum em relação ao licenciamento ambiental costuma ocorrer quando há bens da União ou o mar envolvidos.

Expostos esses grupos de razões que parecem estar no centro da origem desses conflitos, depende a análise do acórdão de desenvolvimentos e um aprofundamento a respeito do próprio sistema de repartição de competências executivas ambientais para o licenciamento. Para tanto, tratar-se-á (i) do histórico e do atual marco regulatório sobre a competência para o licenciamento ambiental (ii) dos critérios da dominialidade/localização e da predominância do interesse, (iii) sobre a importância da definição dos conceitos envolvidos no mar e suas consequências em relação à competência da União.

4.2 A divisão do bolo – concorrência e desconcertação (?) - A repartição das competências executivas no licenciamento ambiental.

A competência[11] executiva atribuída aos entes federativos para a tutela do ambiente abrange a aplicação da legislação ambiental, a formulação e a implementação de políticas públicas ambientais, a gestão ambiental, o licenciamento, a fiscalização, a prevenção de danos ambientais e a busca pela reparação de danos, entre outras.

11 Competência seria a "quantidade ou qualidade do poder que a lei atribui às entidades, órgãos ou agentes públicos para manifestar a vontade estatal", cf. Neto, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, **A Competência Legislativa e Executiva do Município em Matéria Ambiental** *in* Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, nº 44: p. 88-105, Rio de Janeiro: Centro de Estudos Jurídicos, 1992, p. 89.

Voltar ao índice

Para Ingo Wofgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, o exercício dessa competência corresponderia a "estabelecer a mediação entre o marco legislativo ambiental e a efetivação da proteção ambiental"[12], existindo uma verdadeira responsabilidade solidária no cumprimento dessa tarefa estatal[13]. Tal como é possível observar no artigo 23, parágrafo único da Constituição Federal, o propósito foi o de que os entes federativos agissem por meio de um espírito cooperativo[14], ou seja, num ambiente de colaboração para a sua consecução[15].

Ao longo dos anos, contudo, ao menos em relação ao licenciamento ambiental, ao invés de cooperarem, os entes federativos passaram a concorrer[16], litigando frequentemente, tendo se tornado premente a necessidade de averiguar previamente com algum grau de segurança jurídica qual ente seria competente para o licenciamento de um determinado empreendimento.

O artigo 10º da Lei Federal nº 6.938/1981 previa em seus parágrafos, hoje revogados pela Lei Complementar nº 140/2011, a competência para o licenciamento ambiental, estabelecendo uma competência geral dos Estados e a competência da União, por meio do Ibama para os casos de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de

---

12 Cf. Sarlet, Ingo Wofgang e Fensterseifer, Tiago, **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**, 4ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 185.

13 Expressão cf. Sarlet, Ingo Wofgang e Fensterseifer, Tiago, **Direito Constitucional Ambiental...**, p. 185.

14 Cf. Sarlet, Ingo Wofgang e Fensterseifer, Tiago, **Direito Constitucional Ambiental...**, p. 194.

15 Uma aplicação de federalismo cooperativo na tutela do ambiente, que é explicitada nos instrumentos de cooperação previstos no artigo 4º da Lei Complementar nº 140/2011.

16 Expressão de Dantas, Marcelo Buzaglo e Souza, Lucas Dantas Evaristo de, **Considerações Acerca do licenciamento ambiental: evolução histórica e perspectivas futuras...,** p. 183.

Voltar ao índice

âmbito nacional ou regional – essa última aplicado ao caso. Posteriormente, foi editada a Resolução Conama nº 237/1997 dispondo nos artigos 4º, 5º e 6º acerca da competência para o licenciamento ambiental dos três entes federados[17].

Para solucionar os debates que surgiram, a começar pela própria unicidade ou multiplicidade da competência para o licenciamento, a Lei Complementar nº 140/2011 previu no artigo 13 que o licenciamento ambiental será de atribuição de somente um ente federativo[18/19].

---

17 A Lei Federal nº 6.938/1981 não previu a competência para o licenciamento dos Municípios – que então sequer eram entes federativos autônomos, fato que decorreu da Constituição Federal de 1988. Tal competência foi, contudo, posteriormente prevista no artigo 6º da Resolução Conama nº 237/1997 ("Compete ao órgão ambiental municipal, ouvidos os órgãos competentes da União, dos Estados e do Distrito Federal, quando couber, o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e daquelas que lhe forem outorgadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio"). Os dois diplomas geraram controvérsia acerca do reconhecimento da competência municipal para o licenciamento ambiental. Defendendo que os Municípios não a deteriam – apesar de possuírem outras competências executivas em matéria ambiental-, e afirmando a ilegalidade do artigo 6º por divergir da Política Nacional, vide, por todos, MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar, **A Lei do Instituto Estadual do Ambiente "Anotada"** *in* D´Oliveira, Rafael Lima Daudt (coord.), Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, nº XXI, p. 215-235, Direito Ambiental Estadual, Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009, p. 220. Em sentido contrário, afirmando a competência municipal por não haver sido recepcionada pela Constituição Federal a Política Nacional do Meio Ambiente ao silenciar acerca da competência municipal, v. Machado, Paulo Affonso Leme, **Direito Ambiental Brasileiro**, 19ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 296.

18 A regra estava antes prevista no artigo 7º da Resolução Conama n° 237/1997.

19 De modo divergente, Paulo Affonso Leme Machado, considera inconstitucional a previsão – reiterando entendimento anterior quanto à referida disposição da Resolução Conama nº 237/1997-, pois a competência comum não poderia ser privatizada, defendendo que "O exame conjunto, não apenas opinativo, mas vinculante por diversos entes federativos pode propiciar o aporte de um maior e melhor conhecimento sobre o empreendimento a ser licenciado ou autorizado e a utilização de tecnologias não degradadoras do meio ambiente" e acerca do argumento no sentido de que seria ineficiente a sobreposição de atuações, afirma que "Confiar a tarefa de licenciamento ambiental a Municípios desprovidos de pessoal e de laboratórios habilitados em regiões, infelizmente, ainda marginalizadas, é tornar ineficiente esse licenciamento, contribuindo para a degradação ambiental", cf. Machado, Paulo Affonso Leme, **Legislação Florestal (Lei 12.651/2012) e Competência e**

Além disso, a competência dos entes para o licenciamento foi estabelecida de forma mais objetiva, entre outras ações administrativas de cooperação, nos artigos 7º, 8º e 9º da Lei Complementar nº 140/2011, revogando disposições tanto da Lei Federal nº 6.938/1981, quanto da Resolução Conama nº 237/1997 sobre a matéria, com o notável mérito de buscar afastar incertezas.

Para tanto, foi atribuída à União a atuação em licenciamentos relativos a empreendimentos e atividades em curso também em país limítrofe, em dois ou mais estados, aqueles localizados ou desenvolvidos no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva, em terras indígenas, de caráter militar em razão da segurança nacional e que envolvam materiais radioativos[20].

Aos Municípios, foi definida a atribuição para o licenciamento das atividades de impacto local – afastando também os questionamentos quanto à sua autonomia para o licenciamento, enquanto em relação aos Estados, estabeleceu-se uma competência residual, exercida quando não se tratar de competência dos demais entes[21].

Licenciamento Ambiental (Lei Complementar 140/2011), São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 66, 80-81. Com a devida vênia ao autor, não concordamos com a inconstitucionalidade do dispositivo, sendo importante uma organização das competências para evitar a sobreposição e a ineficiência, mas compartilhamos a preocupação quanto à capacidade técnica de alguns Municípios para o licenciamento. Considerando, contudo, que sua competência se voltará em larga medida às atividades de impacto local (artigo 9º, XIV "a" da Lei Complementar nº 140/2011) que se supõem menos complexas tecnicamente e, ainda, a possibilidade de organização consorciada ou por meio de convênios que possibilitem aos Municípios entre si ou com o Estado, por exemplo, o compartilhamento de informações e recursos técnicos, há esses e outros instrumentos para buscar superar essas dificuldades. Além, por certo, de uma eventual atuação supletiva do Estado quando inexistente a estrutura municipal (cf. artigo 15, II da Lei Complementar nº 140/2011).

20 Cf. Artigo 7º, XIV, da Lei Complementar nº 140/2011. Tais hipóteses encontram similitude com aquelas antes previstas no artigo 4º da Resolução Conama nº 237/1997.

21 Cf. Artigos 8º, XIV e 9º, XIV, "a" da Lei Complementar nº 140/2011

Voltar ao índice

Relacionada à localização da atividade, foi determinada a competência do ente da federação responsável pela instituição da unidade de conservação para o licenciamento de atividades nela localizadas ou desenvolvidas, com a exceção das áreas de proteção ambiental em razão de suas peculiaridades[22].

As unidades de conservação são espaços territoriais a serem especialmente protegidos[23] de forma que a previsão da lei promove seu fortalecimento, permitindo um licenciamento comprometido com a preservação dos atributos que justificaram sua proteção, já que o gestor da unidade integrará o ente da federação competente para o licenciamento[24].

Uma alteração substancial da Lei Complementar foi conferir à Comissão Nacional Tripartite e aos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente atribuição para o estabelecimento de tipologias considerando os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento de modo a definir os impactos das respectivas atividades, por consequência, permitir a fixação da competência da União e dos Municípios, respectivamente[25]. Por meio da previsão, altamen-

22 Cf. Artigos 7º, XIV, "d", 8º, XV e 9º, XIV, "b" da Lei Complementar nº 140/2011.

23 Cf. artigo 225, III da Constituição Federal.

24 Esse critério de localização relacionado às unidades de conservação estava já antes previsto na Resolução Conama nº 237/1997, que somente não excetuava as áreas de proteção ambiental com a ressalva de que não havia substrato na Lei Federal nº 6.938/1981 para a hipótese.

25 São três as hipóteses previstas na lei (artigos 7º, XIV, "h" e parágrafo único e 9º, XIV, "a"). A Comissão Tripartite Nacional: (a) estabelecerá tipologia para as hipóteses em que será de competência exclusiva da União o licenciamento dos empreendimentos localizados concomitantemente em áreas das faixas terrestre e marítima da zona costeira, tendo em vista os mesmos critérios; (b) proporá ao executivo federal, que estabelecerá por ato seu, tipologia para a definição do impacto nacional, considerando os critérios acima citados. Por seu turno, os Conselhos Estaduais de Meio Ambiente definirão tipologia para a definição das atividades e empreendimentos que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, também considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade.

Voltar ao índice

te controversa[26], na prática, houve uma delegação casuística a outros órgãos para a definição de novas hipóteses de competência.

Como visto, o legislador optou não por um, mas por diversos critérios para disciplinar o sistema: a dimensão do impacto ambiental do empreendimento (quanto ao Município e seu interesse local e à União e nos casos definidos pela Comissão e pelos Conselhos), a dominialidade (nos casos de terras indígenas e no mar territorial) e a localização (nas unidades de conservação em relação a todos os entes), seja mantendo o sistema anterior, seja alterando regras para reduzir a subjetividade[27].

Esse é um histórico e o atual desenho regulatório das competências ambientais para o licenciamento[28]. A partir desses parâmetros, serão

---

26 Para Paulo Affonso Leme Machado, essa delegação seria inconstitucional. Isso porque caberia a essas Comissões o estabelecimento de novas tipologias, o que para o autor vulneraria a liberdade de iniciativa (artigo 170, parágrafo único da Constituição Federal) com a criação de novos tipos ou licenças ambientais sem atenção à legalidade, além de elas não serem integradas pela sociedade civil ou membros do Parlamento, mas somente por integrantes do Poder Executivo, cf. Machado, Paulo Affonso Leme, **Legislação Florestal (Lei 12.651/2012) e Competência e Licenciamento Ambiental...,** São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 74-75. Toshio Mukai considera que a norma é inconstitucional, pois "o Município não poderia obedecer à tipologia ditada por um órgão estadual", cf. Mukai, Toshio, **Direito Ambiental Sistematizado**, 10ª edição, revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 37.

27 Salienta Talden Farias que "a alteração mais significativa foi a troca do critério da extensão geográfica dos impactos ambientais diretos pelo critério da localização de atividade efetiva ou potencialmente poluidora, dado que de uma maneira geral prevaleceram os parâmetros da Resolução nº 237/97 do CONAMA. O Objetivo foi promover maior segurança, porque, muitas vezes, a delimitação dos impactos ambientais diretos só pode ser feita no curso do licenciamento", cf. Farias, Talden, **Licenciamento Ambiental: Aspectos Teóricos e Práticos**, 5ª edição, Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 114

28 Está em curso na Câmara dos Deputados um Projeto de Lei com uma espécie de "Lei Geral de Licenciamento Ambiental", trata-se do Projeto de Lei nº 3.729/2004, de autoria do Deputado Federal Mauro Pereira, para inteiro teor do Projeto e detalhamento sobre sua tramitação, v. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=257161, acesso em 23-1-2020. Contendo medidas polêmicas envolvendo a simplificação do processo de licenciamento, o projeto não tem, entretanto, muitas previsões acerca da competência para o licenciamento, que se restringem ao artigo 4º, § 1º em relação ao órgão federal. O dispositivo tem previsões similares à Lei Complementar nº 140/2011 (artigo 7º, XIV), omitindo apenas algumas hipóteses como o mar territorial e a previsão de tipologias pela Comissão Tripartite Nacional. Para considerações acerca do Projeto de Lei, v. Dantas, Marcelo Buzaglo e Souza, Lucas Dantas Evaristo de, **Considerações Acerca do licenciamento ambiental: evolução histórica e perspectivas futuras...,** p. 189-196.

abordadas duas questões que são recorrentes nas discussões sobre licenciamento ambiental e a União: (i) dominialidade e interesse: competência para o licenciamento das atividades a serem desenvolvidas nas áreas de patrimônio nacional e em bens da União e (ii) a competência para o licenciamento da União relacionada ao mar.

4.3 Patrimônio nacional, bens da União e competência para o licenciamento ambiental

O patrimônio nacional (ambiental) foi reconhecido no artigo 225, § 4º da Constituição Federal, que afirma que a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, da Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional e que sua "utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais".

Com base nessa previsão constitucional, para efeitos de definição de competência para o licenciamento, essas áreas tem sido consideradas uma espécie de patrimônio da União, no sentido de um conjunto de bens federais. Por consequência, quando uma atividade fosse nelas desenvolvida, estaria atraída a competência do IBAMA.

No entanto, tais áreas listadas pela Constituição, no qual estão situados grandes biomas brasileiros, abrangem a maior parte do Brasil. Por certo, não são todas de domínio público seja da União, seja dos demais entes federativos. Além disso, ainda que esse patrimônio nacional tivesse relação com propriedade, este não seria sinônimo de patrimônio exclusivo da União, uma vez que o adjetivo nacional se refere a todos os entes federativos em conjunto.

Voltar ao índice

Neste sentido, a utilização da expressão "patrimônio nacional" tem como escopo salientar a importância ambiental dessas áreas para o país[29], que são reconhecidas como áreas de relevo- tal como os patrimônios mundiais naturais e culturais assim classificados pela Unesco-, exigindo que o legislador infraconstitucional atue ativamente para a sua tutela, sendo vinculada a sua utilização, tanto pelo Poder Público como pela coletividade, como determina o caput do artigo 225 da Constituição Federal, à preservação ambiental.

Foi uma tarefa cumprida pelo artigo 8º, II da Lei Federal nº 6.938/1981, alterado pela Lei Federal nº 8.028/1990, ao determinar ao Conama a realização de estudos de alternativas e consequências ambientais de projetos públicos e privados no caso de obras e significativa degradação ambiental, com poderes para requisição de informações com destaque especialmente nas áreas consideradas patrimônio nacional.

O fato de se tratar de empreendimento desenvolvido em área conceituada como de patrimônio nacional não possui relação com a definição da competência para o licenciamento ambiental e não há fundamento para considerar que apenas à União caberia a tutela ambiental por meio do licenciamento nessas áreas. Em outras palavras, patrimônio nacional não tem relação com a definição da competência para o licenciamento ambiental, não constituindo critério para sua atribuição à União.

---

29 Sobre o dispositivo, Paulo de Bessa Antunes afirma que "O que a Constituição fez foi estabelecer a base normativa capaz de justificar cautelas na utilização do ambiente. Esses cautelas especiais justificam-se e fundamentam-se, na medida em que os bens ambientais estão submetido a um regime jurídico especial, pois a fruição do seus benefícios genericamente considerados (que é de toda a coletividade) não pode ser limitada pelos detentores de um dos diversos direitos que sobre eles incidem.", cf. Antunes, Paulo de Bessa, **Direito Ambiental**, 18ª edição, São Paulo: Atlas, 2016, p. 1020.

Do mesmo modo e pelas mesmas razões, a circunstância de se tratar de empreendimento localizado em bem da União[30], salvo quando a lei assim o determinar, não tem relação com a competência para o licenciamento ambiental.

Com a extensão desses bens, a se adotar um entendimento de competência da União pela dominialidade, mesmo nos empreendimentos de baixíssimo impacto ambiental, ainda que tal impacto esteja restrito a um único Município, a competência seria da União, que, contrariando o princípio da subsidiariedade, seria a responsável pela grande maioria dos licenciamentos ambientais.

Como já dito, o fato de se tratar de atividade desenvolvida em área do patrimônio nacional ou em bem da União, por si só, não importa na definição da competência dessa última. Por vezes, preocupações quanto à lisura e qualidade/capacidade técnica dos órgãos ambientais dos demais entes federativos podem fomentar o recurso a esse tipo de interpretação.

Contudo, por melhores que sejam as intenções envolvidas e as fundadas preocupações acima, esses desvirtuamentos precisam ser solucionados pelos meios próprios, sem interferir na distribuição legalmente prevista de competência. Do contrário, não há sistema eficiente que possa funcionar dessa forma, com insegurança jurídica decorrente da falta de previsibilidade e o desperdício de recursos decorrentes da sobreposição de atuações.

Uma origem possível para o entrelaçamento entre essa ideia geral de dominialidade e competência para o licenciamento parece ser a jurisprudência que se desenvolveu no Superior Tribunal de Justiça acerca da legitimidade para pleitear a reparação de danos ao ambiente.

30 O rol de bens da União está previsto no artigo 20 da Constituição Federal.

No entendimento daquela Corte, poderá o ente federativo titular do bem pleitear a reparação dos danos a ele causados, atraindo a legitimidade do Ministério Público Federal quando envolvida a União e o IBAMA[31].

---

31 O entendimento do Eg. Superior Tribunal de Justiça tem se estendido até mesmo a danos ocorridos na zona de amortecimento das unidades de conservação. Vide, por todos, a respeito a ementa do seguinte julgado em sede de Conflito de Competência:

"PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. DEGRADAÇÃO AMBIENTAL. CONSTRUÇÕES IRREGULARES. UNIDADE DE CONSERVAÇÃO FEDERAL.

ZONA DE AMORTECIMENTO. ZONA CIRCUNDANTE. PARQUE NACIONAL DOS LENÇÓIS MARANHENSES. ÁREA ADMINISTRADA PELO IBAMA. AUTARQUIA FEDERAL. ART. 109, I, DA CF. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. O Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que a competência da Justiça Federal, prevista no art. 109, I, da Constituição Federal, é fixada, por via de regra, em razão da pessoa (competência ratione personae), levando-se em conta não a natureza da lide, mas, sim, a identidade das partes na relação processual.
2. Hipótese em que a Ação Civil Pública foi ajuizada pelo Ministério Público Federal órgão integrante da União com objetivo de obstar a construção irregular de empreendimento comercial localizado dentro da Zona de Amortecimento do Parque Nacional dos Lençóis Maranhenses.
3. O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis- Ibama é o responsável pela aprovação do Plano de Manejo do Parque Nacional dos Lençóis Maranhenses, conforme se verifica na Portaria Ibama 48, de 15 de setembro de 2003.
4. O Parque Nacional dos Lençóis Maranhenses, na qualidade de Unidade de Conservação federal de proteção integral, é administrado pelo Ibama (Autarquia Federal), o que atrai também a competência da Justiça Federal para o processo e o julgamento da presente demanda, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal.
5. Embora, na perspectiva dos potenciais impactos ambientais negativos, nem todo empreendimento ou atividade que se insira na Zona de Amortecimento (art. 2º, inciso XVIII, da Lei 9985/2000) ou na Zona Circundante (Resolução Conama 013/1990) de Unidade de Conservação federal seja de interesse da União, não há dúvida de que alguns ou muitos, dependendo das circunstâncias do caso concreto e da modalidade de área protegida serão.
6. Compete ao órgão gestor federal zelar não apenas pela salvaguarda direta da Unidade de Conservação e de tudo o que nela se encontra ou se faz, mas também pela sua proteção indireta, pois a ação humana ou antrópica exercida fora das fronteiras da área é capaz, por conta dos chamados efeitos de borda, de ameaçar sua integridade e até mesmo existência.
7. Consoante a Súmula 150 do STJ, "compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas."
8. Diante do exposto, em consonância com o parecer ministerial, conheço do Conflito para declarar a competência do Juízo Federal, suscitado."

(CC 73.028/MA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/09/2008, DJe 10/11/2009)

Voltar ao índice

O entendimento é acertado, já que o proprietário (ou o gestor) tem o dever de zelar pelo bem, não havendo, ainda, prejuízo num amplo rol de titulares ativos, medida empreendida pela própria Lei da Ação Civil Pública. Assim, se num empreendimento licenciado por um Estado num bem federal (ex. terreno de marinha), ocorrer um dano ambiental, poderão pleitear a reparação do dano o próprio Estado, licenciante, ou a União. A conclusão, contudo, não é a mesma para a competência para o licenciamento.

Veja-se novamente passagem do voto do i. Min. Relator acerca do acórdão recorrido da 2ª Instância "as assertivas lançadas pelo aresto recorrido, por sua vez, encontram justificativa no interesse da União por o Rio Itajaí-Açu ser federal, sofrendo influência das marés e possuindo em sua foz uma formação estuarina, que abriga vegetação típica de manguezal. Além disso, a exploração da atividade portuária também é de competência da União e, se eventualmente viessem a ocorrer os danos ambientais apontados, eles se revelariam sobre o mar territorial, que é bem da União" (cf. fls. 11, grifos nossos).

Com a necessária vênia, o dever de pleitear a reparação de danos ambientais, caso esses eventualmente ocorram, não se confunde com a competência de um dos entes federativos para conduzir o licenciamento.

E o licenciamento de um empreendimento num bem da União não será de competência federal unicamente por força da sua localização.[32] Num outro exemplo, um empreendimento situado na zona de amortecimento de uma unidade de conservação federal não será necessariamente de competên-

32 Nesse sentido, mencionando além dos terrenos de marinha, também os recursos minerais, v. FARIAS, TALDEN, **Licenciamento Ambiental: Aspectos Teóricos e Práticos...,** p. 120.

cia do ente gestor para o licenciamento ambiental – a Lei Complementar nº 140/2011 ao prever a competência do ente gestor da unidade de conservação não se referiu à zona de amortecimento e poderia tê-lo feito[33].

É certo que outros entes federativos podem ter um interesse no desenrolar de um licenciamento, para isso foi prevista a possibilidade de sua participação, como dispõe o artigo 13, § 1º da Lei Complementar nº 140/2011, mas participar não se confunde com a competência para conduzi-lo. Aliás, a participação do gestor da unidade de conservação no licenciamento de atividade que afetar a unidade ou sua zona de amortecimento já era antes prevista no artigo 36, § 3° da Lei Federal nº 9985/2000 (Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação – SNUC).

E aqui cabe mais uma observação. Com frequência, quando a atividade a ser licenciada está contida em algumas dessas áreas de patrimônio nacional, numa área que constitui um bem da União ou tem relação com um serviço por ela explorado, afirma-se que haveria um interesse desse ente, como no porto em questão.

E sem dúvida pode haver, pode se tratar de um interesse no sentido de preocupação com o resultado daquela atividade – o interesse do gestor em relação a uma atividade na zona de amortecimento de sua unidade de conservação ou da União acerca da uma atividade de seu terreno de marinha, repita-se –, mas esse não se confunde com o princípio da "predominância de interesse", adotado na repartição de competências comuns.

Uma outra explicação para essa sobreposição de conceitos é que anteriormente à Lei Complementar nº 140/2011, diante da insuficiência e por vezes divergência das previsões da Lei Federal nº 6.938/1981

33 Cf. artigos 7º, XIV, "d", 8º, XV e 9º, XIV, "b" da Lei Complementar nº 140/2011.

e da Resolução Conama nº 237/2997, foram desenvolvidas duas teses acerca da competência do licenciamento: a aplicação do princípio da predominância do interesse[34/35] e a tese da dominialidade[36].

Aplicada ao licenciamento ambiental, seria, em geral, de competência municipal, a avaliação de atividades e obras de impacto estritamente local. E da União, por meio do Ibama, a competência para o licenciamento das atividades ou empreendimento de impacto nacional ou regional (ou supra-estatal). Aos Estados, seria atribuída a competência residual para o licenciamento de todas as demais atividades e obras.

Veja-se que a ideia de predominância do interesse no licenciamento ambiental está relacionada ao potencial impacto ambiental do empreendimento a ser licenciado, ou seja, a predominância do impacto da atividade[37]. Já pelo critério da dominialidade, mais adotado frequentemente

---

34 Para maiores detalhamentos sobre os dois entendimentos, v. Fink, Daniel Roberto e De Macedo, André Camargo Horta, **Roteiro para Licenciamento Ambiental e Outras Considerações** *in* Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental, Daniel Roberto Fink *et al*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, (p. 1-37), p. 18-25.

35 "Pelo princípio da predominância do interesse, à União caberá aquelas matérias e questões de predominância de interesse geral, ao passo que aos Estados referem-se às matérias de predominante interesse regional e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local", cf. Moraes, Alexandre de, **Direito Constitucional**. 13ª Edição. São Paulo, Editora Atlas: 2003. Pág. 287.

36 Para desenvolvimentos sobre o tema com a análise de variados casos na jurisprudência de diversos Tribunais Regionais Federais, ora aplicando-se um critério, ora outro, v. Trennepohl, Curt e Trennepohl, Terence, **Licenciamento Ambiental**, 6ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2016, p. 53-62.

37 Sobre a predominância do impacto, Pedro Arruda Junior e Renato Campos Andrade, afirmam que: "Considerando pertinente a competência dos órgãos federados nos assuntos concernentes ao controle ambiental, incluindo a faculdade jurídica atribuída à entidade para o licenciamento, tem-se o que culmina, na restrição da autonomia constitucional aos Estados Membros. Assim sendo, não há que se auferir a dominialidade da área afetada como parâmetro para se estabelecer a competência ao ente federal. O critério que revela-se correto para demonstrar qual o órgão licenciado é o critério da dimensão do impacto ambiental, tendo em vista o relevante interesse público que deve sobressair", cf.

Voltar ao índice

em relação à União, como acima apontado, seria competente para o licenciamento o "dono da casa", isto é, o ente responsável pela gestão ou proprietário de determinado bem.

Ambas as opções foram acolhidas pela Lei Complementar nº 140/2011, que estabeleceu os limites legais a serem atendidos. Por conseguinte, trata-se de uma avaliação já empreendida pelo legislador que em alguns casos, como acima exposto, optou pela abrangência do impacto e em outras pela localização e dominialidade[38]. Poderia a Lei Complementar haver previsto que a competência para o licenciamento de atividades nos terrenos de marinha, por exemplo, seria da União, mas não o fez.

Desse modo, a localização e a dominialidade não tem relação com a competência ambiental para o licenciamento quando assim não houver previsto a Complementar nº 140/2011, sendo necessária a obediência aos parâmetros legais estabelecidos.

Arruda Junior, Pedro e Andrade, Renato Campos**, Licenciamento Ambiental: aspectos gerais sobre o instituto e a (in)eficaz Lei Complementar nº 140/2011** *in* Licenciamento Ambiental: Herói, Vilão ou Vítima?, Org. José Cláudio Junqueira Ribeiro, (p. 110-128), Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 121. No mesmo sentido, "Tem-se que a fixação do órgão licenciador competente dependerá da área de influência direta que o empreendimento atingir, seja na sua construção (instalação), seja quando utilizado (em funcionamento). O interesse ambiental preponderante indicará o ente federativo competente(...)", cf. Alonso Jr., Hamilton, **Da Competência para o Licenciamento Ambiental** *in* Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental, Daniel Roberto Fink *et al*, (p. 38-50), 2ª edição, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2002, p. 45 e sgs.

38 Para mais desenvolvimentos, v. Nascimento, Silvia Helena Nogueira, **Competência para o Licenciamento Ambiental na Lei Complementar nº 140/2011**, São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 129 e seguintes.

Voltar ao índice

4.4 A competência da União ao sabor da maré: mar territorial, zona costeira, plataforma continental e zona econômica exclusiva

A atividade objeto do licenciamento ambiental da decisão em comento foi a dragagem e desassoreamento do Canal do Porto de Itajaí. Tanto a sentença quanto os acórdãos utilizaram como um dos argumentos para fundamentar a competência do IBAMA a circunstância de que a atividade licenciada afetaria o mar territorial, como acima explicitado.

À época, o artigo 10, § 4º da a Lei Federal nº 6.938/1981, aplicado ao caso, dispunha a respeito dos empreendimentos de significativo impacto de âmbito nacional ou regional como de competência do IBAMA. Já o artigo 4º, I da Resolução CONAMA nº 237/1997 previa que competia ao IBAMA o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional quando "localizadas ou desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; no mar territorial; na plataforma continental; na zona econômica exclusiva; em terras indígenas ou em unidades de conservação do domínio da União"[39].

Dessa forma, sob tal regulamentação, considerando as circunstâncias e a legislação vigente então, apenas se a atividade se revestisse de significativo impacto de âmbito, no mínimo, regional, ou estivesse localizada no mar territorial – zona adjacente à costa- é que seria atraída a competência da União.

---

39 Sobre as correntes que se alinharam alternativamente entre a aplicação da Lei Federal e da Resolução Conama, v. Dantas, Marcelo Buzaglo e Souza, Lucas Dantas Evaristo de, **Considerações Acerca do licenciamento ambiental: evolução histórica e perspectivas futuras...**, p. 181. Afirmando a constitucionalidade da Resolução Conama, v. Nascimento, Silvia Helena Nogueira, **Competência para o Licenciamento Ambiental na Lei Complementar nº 140/2011...**, p. 86-87.

Voltar ao índice

Em relação à referência constante no acórdão anotado de que a atividade licenciada estaria situada no mar territorial, cabe o alerta de que se trata de área que possui uma delimitação legal, a qual sua aplicação deve se circunscrever, o que se estende também às demais áreas relacionadas ao mar[40].

Isso porque litoral, orla, zona costeira, mar e mar territorial não são todos sinônimos, mas por vezes são citados sem critério para atrair a competência da União. A dificuldade foi bem sinalizada por Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas ao tratar sobre a competência para o licenciamento da exploração e produção de petróleo no mar[41]

E a regulamentação marítima, que traz a definição de tais conceitos, tem por cerne a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 10 de dezembro de 1982, conhecida por Convenção de Montego Bay, internalizada no direito nacional pelo Decreto Federal nº 1.530/1995, em vigor para o Brasil desde 16 de novembro de 1994 (cf. artigo 1º), bem como a Lei Federal nº 8.617/1993, que dispõe sobre o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental brasileiros" e foi norteada pela Convenção.

---

40 Para outros detalhamentos sobre o tema, v. Farias, Talden, **Licenciamento Ambiental: Aspectos Teóricos e Práticos...**, p. 116-117.

41 Afirma o autor que "(...) as expressões "mar territorial; plataforma continental e zona econômica exclusiva" devem ser entendidas segundo o direito internacional. A disposição que costuma gerar mais conflitos é a expressão "mar territorial", que tem sido utilizada para justificar a competência licenciatória federal em qualquer empreendimento localizado no 'mar', ou mesmo em qualquer "água salgada". A questão é que o conceito de mar territorial é distinto do conceito de "águas interiores" (que também inclui "mar" ou "água salgada")." O Autor destaca, ainda, o artigo 3º da Lei 9.966/2000, a respeito da prevenção e fiscalização de poluição no mar, cujo artigo 3º, I, "a" prevê que águas interiores são aquelas compreendidas entre a costa e a linha-de-base reta, a partir de onde se mede o mar territorial, cf. Mascarenhas, Rodrigo Tostes de Alencar, **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, ano 11, nº 40, jan./mar. 2013, Belo Horizonte: Biblioteca Digital Fórum de Direito Público, 2013, p. 5.

Voltar ao índice

Definições importantes estão estabelecidas nos artigos 1º, 6º, e 11, caput da Lei Federal nº 8.617/1993, tais como mar territorial[42], zona econômica exclusiva[43] e plataforma continental[44/45], sendo necessário que no licenciamento se defina se o empreedimento se localiza em algumas dessas áreas. Quanto ao mar territorial, de acordo com o que prescreve o artigo 1º, será preciso o recurso a cartas náuticas para delimitar as "12 milhas marítimas a partir da linha de baixa-mar" onde está localizado ou, ainda, as 12 milhas a partir das linhas de base, no caso do parágrafo único.

Diante da tecnicidade dessas definições e dos limites legais, quando houver dúvida sobre a competência submetida ao Poder Judiciário, pa-

---

42 Cf. artigo 1º da Lei Federal nº 8.617/1993: "O mar territorial brasileiro compreende uma faixa de doze milhas marítimas de largura, medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral continental e insular, tal como indicada nas cartas náuticas de grande escala, reconhecidas oficialmente no Brasil.

Parágrafo único. Nos locais em que a costa apresente recorte profundos e reentrâncias ou em que exista uma franja de ilhas ao longo da costa na sua proximidade imediata, será adotado o método das linhas de base retas, ligando pontos apropriados, para o traçado da linha de base, a partir da qual será medida a extensão do mar territorial."

43 Cf. artigo 6º da Lei Federal nº 8.617/1993: "A zona econômica exclusiva brasileira compreende uma faixa que se estende das doze às duzentas milhas marítimas, contadas a partir das linhas de base que servem para medir a largura do mar territorial."

44 Cf. artigo 11 da Lei Federal nº 8.617/1993: "A plataforma continental do Brasil compreende o leito e o subsolo das áreas submarinas que se estendem além do seu mar territorial, em toda a extensão do prolongamento natural de seu território terrestre, até o bordo exterior da margem continental, ou até uma distância de duzentas milhas marítimas das linhas de base, a partir das quais se mede a largura do mar territorial, nos casos em que o bordo exterior da margem continental não atinja essa distância.

Parágrafo único. O limite exterior da plataforma continental será fixado de conformidade com os critérios estabelecidos no art. 76 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, celebrada em Montego Bay, em 10 de dezembro de 1982."

45 Cf. artigo 76 da Convenção de Montego Bay "1. A plataforma continental de um Estado costeiro compreende o leito e o subsolo das áreas submarinas que se estendem além do seu mar territorial, em toda a extensão do prolongamento natural do seu território terrestre, até ao bordo exterior da margem continental, ou até uma distância de 200 milhas marítimas das linhas de base a partir das quais se mede a largura do mar territorial, nos casos em que o bordo exterior da margem continental não atinja essa distância."

Voltar ao índice

rece ser necessária a realização de perícia especializada para verificar a localização da atividade.

E a importância do respeito à definição técnico-jurídica desses conceitos persiste relevante, pois o artigo 7º, XIV, "b" da Lei Complementar nº 140/2011 também utiliza o recurso à localização do empreendimento nas diferentes zonas do mar para fixar a competência da União para o licenciamento.

Há, ainda, um novo fator a ser considerado, pois segundo o artigo 7º, parágrafo único, quando a localização compreender concomitantemente áreas da faixa terrestre e marítima da zona costeira[46], será de competência da União exclusivamente quando as atividades forem definidas por tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional.

Deve-se analisar com cautela essa norma, já que a previsão poderia subtrair de Estados e Municípios competências constitucionais que lhe são próprias em violação à sua autonomia[47]. Para tanto, é preciso avaliar em concreto a tipologia estabelecida e se há fundamentos que justifiquem a

46 A Zona Costeira, de acordo com o artigo 2º, parágrafo único da Lei Federal nº 7.661/1988, que institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, é assim definida: "Para os efeitos desta lei, considera-se Zona Costeira o espaço geográfico de interação do ar, do mar e da terra, incluindo seus recursos renováveis ou não, abrangendo uma faixa marítima e outra terrestre, que serão definidas pelo Plano." Sobre a delimitação e regime jurídico da Zona Costeira, v. FREITAS, MARIANA ALMEIDA PASSOS DE, **Zona Costeira e Meio Ambiente**, Curitiba: Juruá, 2005, p. 23 e seguintes.

47 Vide a respeito a crítica de PAULO AFFONSO LEME MACHADO, "abre-se uma oportunidade para ampliar-se indevidamente o poder federal de licenciar, criando-se uma atribuição "exclusiva" (o termo "exclusivamente" consta do texto da lei complementar, no parágrafo único do artigo 7º), afastando-se do processo de licenciamento, o Município litorâneo e o Estado, cf. MACHADO, PAULO AFFONSO LEME, **Legislação Florestal (Lei 12.651/2012) e Competência e Licenciamento Ambiental...,** p. 71. Para TALDEN FARIAS "Na prática, a despeito da referência aos critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento, isso significa que o Poder Executivo federal poderá avocar atividades específicas para fazer o licenciamento, o que atenta claramente contra a autonomia administrativa e política dos demais entes federativos, de maneira a incidir também em inconstitucionalidade", cf. FARIAS, TALDEN, **Licenciamento Ambiental: Aspectos Teóricos e Práticos...,** p. 120.

Voltar ao índice

atribuição da competência à União, bem como se não foram ultrapassados os limites estabelecidos pelo Poder Legislativo na Lei Complementar.

Regulamentando a previsão do artigo 7º, parágrafo único da Lei nº 140/2011, o Decreto Federal nº 8.437/2015 elencou várias tipologias. Dentre eles, em relação a portos e instalações portuárias privadas, foi prevista no artigo 3º a competência da União para o licenciamento ambiental quando movimentem volume superior a 450.000 TEU[48]/ano ou a 15.000.000 ton/ano. A previsão é pertinente, eis que portos estão abrangidos na expertise da União, a quem compete explorar o serviço, diretamente ou por delegação conforme artigo 21, XII, "f" da Constituição Federal.

A especificação do volume do porto se coaduna com o espírito da Lei Complementar nº 140/2011 da dimensão do impacto, eis que não haveria justificativa atribuir à União o licenciamento de uma atividade de menor complexidade.

48 "TEU - Twenty-foot Equivalent Units (Unidades Equivalentes a Vinte Pés) - unidade utilizada para conversão da capacidade de contêineres de diversos tamanhos ao tipo padrão International Organization for Standardization - ISO de vinte pés", cf. artigo 2º, XXV do Decreto Federal nº 8.437/2015".

Voltar ao índice