

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Camilo Machado de Miranda Porto

**MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL:
exploração econômica por meio de atividades minerárias em áreas de
preservação permanente**

Belo Horizonte
2012

Camilo Machado de Miranda Porto

**MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL:
exploração econômica por meio de atividades minerárias em áreas de
preservação permanente**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial de obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Orientador: José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior.

Belo Horizonte

2012

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

P853m Porto, Camilo Machado de Miranda
Meio ambiente e desenvolvimento sustentável: exploração econômica por meio de atividades minerárias em áreas de preservação permanente / Camilo Machado de Miranda Porto. Belo Horizonte, 2012.
135f.

Orientador: Rodrigo Almeida Magalhães
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Meio ambiente. 2. Sustentabilidade. 3. Preservação. 4. Mineração - Exploração. 5. Direito ambiental. I. Magalhães, Rodrigo Almeida. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 577.4

Camilo Machado de Miranda Porto

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial de obtenção do título de mestre em Direito Público.

José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior (Orientador) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG)

Giovani Clarck – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG)

Paulo Affonso Leme Machado – Universidade Metodista de Piracicaba UNIMEP

Belo Horizonte, 25 de janeiro de 2012.

RESUMO

A questão ambiental revela-se um tema de grande sensibilidade no estágio em que se encontra o homem moderno e a atual concepção de preservação do ecossistema do planeta. Em vista disso, por meio de uma análise sistemática da estrutura normativa da questão minerário-ambiental brasileira, buscou-se o enfoque da importância das Áreas de Preservação Permanente no contexto ambiental, bem como de sua necessidade para o desenvolvimento das atividades minerárias, de forma a clarear as obscuridades e inflamadas discussões que envolvem o tema, sem dar as costas ao comprometimento vital com o desenvolvimento sustentável no paradigma de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Meio Ambiente; Sustentabilidade; Politização do Direito.

ABSTRACT

The environmental issue turns out to be a highly sensitive issue at the stage where we find the modern man and the current concept of preserving the planet's ecosystem. In view of this, through a systematic analysis of the normative structure of the Brazilian environmental-mining issue, we sought to focus the importance of permanent preservation areas in the environmental context, as well as their need for the development of mining activities in order to clarify the obscurities and heated discussions that involve the theme without giving away the vital commitment to sustainable development in the paradigm of a democratic state.

Key-words: Environment; Sustainability; Politicization of Law.

À minha esposa Thais e minha filha Maria Luíza, razões de todos os meus esforços, pelo apoio e pela compreensão do tempo a elas abdicado. A meus pais, pelo estio e pelo amor incondicional que me conferem, bem como a meus avós, Camilo e Leda, pelo legado do exemplo que sempre me motivou.

AGRADECIMENTOS

Agradeço expressamente a todos os que contribuíram para a consecução deste trabalho, especialmente:

Ao meu orientador Professor José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, pela confiança e pela atenção sempre reservadas e, sobretudo, pela mudança na minha perspectiva de enxergar o Direito.

Aos demais professores e colegas do programa de Pós-Graduação da PUC Minas, pela amizade deixada, pelos constantes aprendizados, pelas valiosas conversas e pelo constante companheirismo.

O senhor vê: existe cachoeira; e pois? Mas cachoeira é barranco de chão, e água se caindo por ele, retombando; o senhor consome essa água, ou desfaz o barranco, sobra cachoeira alguma? Viver é negócio muito perigoso [...] (ROSA, 2001, p. 26)

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

APPs- Áreas de Preservação Permanente;
Art- Artigo
Cit- Citação;
CMMAD- Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento
CONAMA- Conselho Nacional de Meio Ambiente;
DNPM- Departamento Nacional de Produção Mineral;
EIA- Estudo de Impacto Ambiental
EMBRAPA- Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária;
IAS-ONU- Instituto de Estudos Avançados da Universidade das Nações Unidas
IBAMA- Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis;
IBRAM- Instituto Brasileiro de Mineração
ONGs- Organizações não Governamentais
ONU- Organização das Nações Unidas
Org. Organizador
PCA- Plano de Controle Ambiental
PIB- Produto Interno Bruto
PRAD- Plano de Recuperação das Áreas Degradadas
RCA- Relatório de Controle Ambiental
RIMA- Relatório de Impacto Ambiental
SISNAMA: Sistema Nacional de Meio Ambiente;
SNIS- Sistema Nacional de Informação sobre Saneamento
SNUC: Sistema Nacional de Unidades de Conservação.
STF: Supremo Tribunal Federal
Trad.- Tradução

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	21
2 ESPAÇOS AMBIENTAIS PROTEGIDOS E O EQUILÍBRIO DOS RECURSOS NATURAIS (Política Nacional do Meio Ambiente) EM FACE DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO (CONSTITUIÇÃO DE 1988 E RELATÓRIO BRUNDTLAND).....	29
2.1 A evolução do Direito Ambiental no Brasil e a crise da sociedade industrial	29
2.2 Os métodos para a interpretação das disposições constitucionais e a eficácia e aplicabilidade das suas normas.....	34
2.3 A proteção ao equilíbrio dos recursos naturais na Constituição de 1988 e aos espaços territoriais ambientais.....	28
3 A PROTEÇÃO ÀS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E O ANACRONISMO NORMATIVO: OS DESAFIOS IMPOSTOS PELA LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA EM UMA SOCIEDADE DE RISCOS	46
3.1 O conceito das Áreas de Proteção Permanente, a sua função ambiental desempenhada e a previsão no ordenamento jurídico	46
3.2 A proteção das Áreas de Preservação Permanente e a produção de riquezas em uma sociedade de riscos	40
3.3 A legislação simbólica na definição das Áreas de Preservação Permanente e a proposta de um novo modelo para a efetiva tutela desses espaços especialmente protegidos	56
4 MINERAÇÃO EM ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.....	65
4.1 A previsão normativa para a mineração em Áreas de Preservação Permanente e a vinculação aos casos de utilidade pública e interesse social	655
4.2 O tratamento diferenciado dos produtos minerais utilizados nas atividades cerâmicas e na construção civil.....	70
4.3 As aplicações dos princípios da Prevenção, da Precaução e Compensação nas atividades minerárias em face da regulamentação normativa.....	63
5 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O EXERCÍCIO DE ATIVIDADES MINERÁRIAS EM ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E A INSEGURANÇA JURÍDICA DECORRENTE DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO	83
5.1 A concessão da liminar na ADIN nº 3.540-1 (STF) e a competência legal do órgão administrativo em autorizar e licenciar os empreendimentos minerários em áreas de preservação permanente	83

5.2 A revogação da liminar na ADIN nº 3.540-1 (STF) e o posicionamento conflitante do Supremo Tribunal Federal sobre a mineração em áreas de preservação permanente	90
5.3 A judicialização da política e as consequências da implantação de reformas político-administrativas pelo poder judiciário	98
6 CONCLUSÃO	120
REFERÊNCIAS.....	128

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo visa a discutir as circunstâncias da exploração econômica nas Áreas de Preservação Permanente (APPs) no Brasil, com análise de caso em especial nas atividades minerárias, a fim de destrinchar retóricos argumentos ou discursos ideológicos com grande teor de demagogismos e consolidar uma efetiva produtividade coadunada ao desenvolvimento sustentável. Fato este que determina grande impacto nos números da balança comercial deste País tocado pela variabilidade de seus recursos naturais, o que por si só, ao revés, alardeia para uma fundamental concepção de sua preservação.

Para tal, faz-se mister confrontar os contornos da ação do homem junto ao meio em que se situa, bem como suas interações e repercussões, na medida da visão antropocêntrica que delimita o objeto no campo do Direito, herança da tradição judaico-cristã que sempre norteou a supremacia do homem sobre os demais seres.

O homem vive, certamente, uma crise sem precedentes em sua relação estrutural com o meio em que vive, seguramente porque o ritmo em que sempre desempenhou as suas tarefas e funções, carecedoras de uma frenagem consciente, restou a defrontá-lo com todo o tipo de intempéries que não podia conceber ou, ao invés, não queria conceber.

Nessa relação de um constante “devir” aos moldes do pensamento grego e, na sentença angustiante da concepção de liberdade para Sartre, que coloca o homem como sujeito de seus atos, construtor de sua história e responsável por suas ações, é que se situa o meio ambiente.¹

¹ Sartre desenvolve a sua obra pautada na concepção de liberdade. Seja quando aborda a origem da negação, da finitude da vida corpórea, da temporalidade ou das relações com os outros. Isso porque para ele, o mero fato da existência é contingencial. O nascimento corpóreo, o em-si, não encontra correspondência com o nascimento da consciência, o para-si. (SARTRE, 2002). A existência precede a essência, não existe determinismo. Mas a discussão é que decorrente disso, a tomada de consciência sobre a existência e o conteúdo das ações a serem perpetradas leva a um grau de responsabilidade muito grande aos indivíduos. Com essa abordagem, toda a carga das ações recai sobre eles, que vivem em liberdade, fato que os colocam como sujeitos dos seus atos e escolhas, que são feitas livremente e, portanto, os homens devem ter a consciência da responsabilidade pelas decisões tomadas em um futuro indeterminado, o porvir, que é resultado justamente de tais decisões, além de um passado ineficaz, posto que já transcorrido. Não há liberdade sem responsabilidade. O dilema, então, é inevitável, quando se tem a consciência dessa liberdade perturbadora, que é o vazio, é o nada, que apenas encontra limite na liberdade de outrem, o que gera a angústia diante da liberdade. O homem está condenado a ser livre. Angústia está definida como a liberdade tomando a consciência de si mesma como sendo o nada, sobretudo pela finitude e a temporalidade da vida, em que pode não haver espaço para escolhas mal realizadas. Essa angústia, de acordo com Sartre, sempre estará presente na vida do homem e poderá levar a dois caminhos distintos: O primeiro é o engajamento em suas ações, a consciência plena da sua condição de sujeito dos seus atos e das

Assim, a realidade atual aponta para desdobramentos antes não previstos ou, pelo menos, não almejados, fato que, de uma forma ou de outra desloca o centro de análise do homem como objeto central de seu desenvolvimento e o insere no ambiente que o circunda e é palco para as suas aspirações.

Isso acontece, porque é solar o comprometimento da perenidade de seus recursos, bem como a sua irreversibilidade decorrente de medidas desastrosas e irresponsáveis colacionadas durante os séculos de exploração desenfreada e a ausência de conhecimentos técnico-científicos como parâmetros para o exercício das atividades antrópicas.

Não obstante, como resultado da perenidade dos recursos naturais, bem como da irreversibilidade de alguns resultados a que eles são impingidos, poderá haver a perda do patrimônio genético das espécies animais e vegetais, por vezes ainda não catalogados, o que possui consequências incomensuráveis para a avaliação da extensão dos danos, dado o atual contexto do conhecimento humano sobre a matéria.

Para Sasson (1986)²:

Cuida-se de preservar o patrimônio genético animal e vegetal, esta fonte inesgotável de fármacos e nutrientes, cuja comercialização dá conta da sua extrema relevância, da qual ainda não nos apercebemos. Aí a importância da Amazônia, não como produtora de oxigênio – missão das algas – porém como sítio onde esse patrimônio encontra-se localizado e no âmbito do qual intensamente se processa a dinâmica do ecossistema, produzindo novas variedades e eliminando as antigas. (SASSON, 1986, p. 1282).

No entanto, como resultado das atividades do homem, no contexto fático e político pelo qual passou o mundo a partir da segunda metade do século passado,

suas repercussões e consequências. O segundo caminho é o de se recusar a assumir tal responsabilidade, embora, em seu íntimo, a considere, buscando desculpas e culpando o imponderável pelos atos e rumos da sua vida. Portanto, ainda nesse caso haverá a presença da angústia pela consciência da liberdade, o que Sartre define como o agir de má-fé, que se revela má-fé consigo próprio, com a sua existência, bem como com os outros, com os quais se interage. Pode-se extrair daí que a liberdade gera, para Sartre e Elkaim-Sartre (2002), uma ação que deverá ser purificadora, reflexiva para a composição de uma ética, na tomada de decisões em face dos valores que atormentam o para si. “O essencial não é o que fizeram do homem, mas o que ele faz daquilo que fizeram dele.”. De acordo com Jacques Colette, “A era do existencialismo está encerrada. Ela coincidiu com a época das guerras mais selvagens, das violências mais bárbaras nas quais se lançaram as nações européias” (COLETTE, 2009, p. 115 e 116). Será?

²Albert Sasson: Doutor em ciências naturais pela Universidade de Paris e integrante do Instituto de Estudos Avançados da Universidade das Nações Unidas (IAS-ONU) vinculado, desde 1974, à UNESCO, no Programa sobre o Homem e a Biosfera. Desenvolve as suas pesquisas nas áreas de Microbiologia de Solo, Agrobiologia, Alimentação, Nutrição, Meio Ambiente e Desenvolvimento.

sobretudo de ordem ambiental, vieram a ser geradas sensíveis transformações na estruturação social, econômica e jurídica, a fim de se adequar a humanidade aos contornos da nova e inesperada realidade.

Transformações que solaparam o pensamento do início do século XX de que o avanço da tecnologia alicerçaria o progresso da humanidade e de que o domínio absoluto sobre os recursos naturais seria um simples meio para catalisar o processo produtivo era uma condição necessária para o seu êxito.

Nesse contexto, assevera Baracho Júnior:

Porém, os problemas ambientais foram apresentados com tal magnitude e imprevisibilidade quanto às conseqüências, que exigiu-se dos Estados, tanto no plano interno quanto internacional, uma atuação que pudesse ser mais eficaz, inclusive através da edição de normas jurídicas. (BARACHO JÚNIOR, 2000, p. 216).

Atentos a esse paradigma, os Estados começam a reformular os seus arcabouços jurídico-normativos, juntamente com políticas conjuntas entre eles, a fim de regulamentarem suas ações, adequarem-nas às novas circunstâncias e variáveis que surgem a cada momento e se prepararem para uma nova condição de progresso, o sustentável.

Também, importante papel cumpre a sociedade organizada, bem como a construção doutrinária, com a elevação da discussão a campos mais abrangentes, de forma a propiciar uma fundamentação racional, da mesma forma como agente limitador das políticas estatais a serem adotadas.

Em dissertação sobre esse tema, pondera Baracho Júnior:

A discussão de problemas ambientais só é possível em uma sociedade industrializada, seja porque nelas a organização de interesses metaindividuais se torna viável, seja porque os problemas ambientais se tornam mais acentuados com a industrialização. (BARACHO JÚNIOR, 2000, p. 179).

Parte, então, o presente trabalho da premissa de que o Brasil, por seu atual contexto e crescente industrialização, não obstante a vastidão territorial e a diversidade de recursos naturais, é campo propício para tais discussões, com aumento gradativo, embora ainda não satisfatoriamente aos níveis dos países desenvolvidos, do acesso à informação e das alternativas tecnológicas para a atuação de seus agentes e setores produtivos.

Situação atípica até meados da década de 1970, em que havia no País apenas o embrião de um tímido processo de industrialização e afirmação de direitos metaindividuais, com grande atenção aos direitos trabalhistas, ainda em processo de consolidação. Isso ressalta sua inquestionável e importante vocação para a exploração dos recursos primários da natureza, de forma que não se pode quedar por preteri-los.

Por meio desse enfoque, Baracho Júnior correlaciona a visão de Habermas, que coloca a moderna questão ambiental como uma crise sistêmica, que há muito ultrapassa os limites econômicos (BARACHO JÚNIOR, 2000, p. 183)

As normas jurídicas passaram a ser instrumentos efetivos para a inserção do princípio da qualidade ambiental, ao mesmo tempo como mecanismo de regulação da vida social e como produto das ações da vida em sociedade.

Dessa forma, perde-se o cunho eminentemente pecuniário da concepção da tutela ambiental e inicia-se a preocupação com sua proteção de forma integrada, buscando o seu equilíbrio e harmonia na interação com o homem. Equilíbrio esse ainda hoje em fase de implantação, posto que permanece no campo ideário a realização de um desenvolvimento sustentável, conquanto reste a resignação da busca, inicialmente, de uma sustentabilidade no desenvolvimento.

Nova realidade observada por Baracho Júnior (2000):

[...] o paradigma do Estado Democrático de Direito nos permite identificar pretensões de validade intersubjetivas que nascem e se desenvolvem no âmbito da sociedade civil; e por outro lado, permite-nos também reconhecer atuações do Estado que representam simplesmente o interesse privado de grupos e/ou pessoas.

A aposta no Estado como ente capaz de solucionar os atuais problemas ambientais nos parece já perdida. Seja porque o Estado é um dos responsáveis pela degradação da qualidade ambiental, seja porque o Estado não monopoliza as pretensões intersubjetivas de validade. (BARACHO JÚNIOR, 2000, p. 237)

Essa visão está em consonância com a ideia de Dworkin (2003) do Direito como integridade, pela qual é necessária uma racionalidade na organização de uma comunidade política, com a validade de princípios entre seus integrantes. Fator que requer o “[...] reconhecimento de uma responsabilidade comum de todos os cidadãos no sentido da conservação, recuperação e melhoria da qualidade ambiental”, e contribui para uma “[...] compreensão adequada do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado [...]” (BARACHO JÚNIOR, 2000, p. 127).

Realidade que logra em também se distanciar de teses que colocam o objeto do Direito Ambiental apenas como vertente do Direito Administrativo, com demasiadas atribuições apenas ao Poder Público.

Inserido o Direito Ambiental no panorama geral do Direito, é propícia a abordagem da possibilidade de desenvolvimento de atividades econômicas em áreas especialmente protegidas, especificamente nas áreas de preservação permanente, com foco na mineração, por sua própria vinculação como atividade econômica exploradora dos recursos naturais.

Dessa forma, é inarredável a formulação de indagações sobre até que ponto vale a busca do desenvolvimento e os seus limites, ou mesmo qual a medida de equilíbrio entre o desenvolvimento econômico-social e um ambiente saudável?

Perguntas impossíveis de serem respondidas, sem que haja uma análise sistêmica do ordenamento jurídico vigente, do papel dos entes públicos na edição e na execução das leis, não obstante a responsabilidade ao se julgar a constitucionalidade desses instrumentos normativos e as condutas neles previstas.

Julgamentos esses, pautados na premissa da correlação entre o desenvolvimento e o progresso econômico, com a promoção dos direitos sociais, difusos e coletivos, de igual maneira balizados por uma divisão e por uma autonomia das funções estatais em um espaço de democracia deliberativa.

Assim, a mineração é, sem dúvida, uma das mais importantes atividades econômicas desempenhadas pelo homem ao longo de sua História, desde o primeiro manejo racional de metais e pedras, à época das cavernas, quando superou a sua fragilidade física e inaugurou a “Era da Pedra Lascada”, até os dias atuais, com o seu uso na quase integralidade dos produtos fabricados. Do garfo e faca nas refeições, aos adubos, fertilizantes, insumos agrícolas, agrotóxicos e corretivos do solo, sem os quais não seria possível a produção de alimentos em larga escala, bem como sua estocagem; dos remédios e instrumentos clínico-cirúrgicos, aos modernos foguetes espaciais. Afora o seu efeito “Social Multiplicador”, como cita Carlos Luiz Ribeiro (2006, p.334), com a produção de milhares de empregos ao longo de sua cadeia de produção, na qual para cada emprego direto somam-se quatorze indiretos.

Para se ter uma ideia da força de tal segmento produtivo na economia brasileira, de acordo com o Instituto Brasileiro de Mineração (IBRAM), no ano de 2010, o setor mineral representou 5% (cinco por cento) do PIB brasileiro, estimado em US\$ 800 bi (oitocentos bilhões de dólares), com uma produção de US\$ 40 bi

(quarenta bilhões de dólares). (INSTITUTO BRASILEIRO DE MINERAÇÃO, 2010)

Considerando que no ano de 2010 o Brasil obteve um saldo positivo em sua balança comercial US\$ 20 bi (vinte bilhões de dólares), são relevantes os números da produção mineral brasileira, que alcançou um saldo positivo no mesmo ano-base de 2010, no valor de US\$ 27,6 bi (vinte e sete bilhões e seiscentos milhões de dólares), afora os empregos diretos e indiretos: para cada posto de trabalho, são gerados outros treze empregos diretos, que, somados aos indiretos, evidenciam que o setor mineral brasileiro manteve empregados dois milhões de trabalhadores diretos. (BRASIL, 2010).

Soma-se a isso a previsão de investimento de US\$ 68,5 bi (sessenta e oito bilhões e quinhentos milhões de dólares) entre 2011 e 2015, além dos tributos gerados ao fisco. (INSTITUTO BRASILEIRO DE MINERAÇÃO, 2010)

Em outras palavras, trata-se de uma atividade produtiva que, pelos investimentos em tecnologia, pelos empregos e pela produção, não pode ser desprezada, sem que haja, contudo, sérios debates acerca da viabilidade de determinada extração, respeitadas as imposições normativas. Tudo isso, a partir de análise e de abordagem principiológica dos danos gerados, bem como do interesse social presente.

O fato a ser considerado é que não há prática minerária sem impacto no ambiente. Impacto esse que pode ser tanto positivo, quanto negativo, em razão das circunstâncias do meio em que se situa a atividade, considerada, especialmente, a condição desse meio antes da implantação do projeto e, após a sua conclusão, posterior às ações do Plano de Recuperação das Áreas Degradadas.

Dessa feita, é plenamente concebível que um empreendimento minerário que se desenvolva em uma área já extremamente degradada, resulte, ao final de suas atividades, em um impacto positivo no meio ambiente em questão.

Como exemplo, pode-se remeter a uma área extremamente degradada em decorrência de sua utilização na atividade de pecuária extensiva, com desmatamento indiscriminado da vegetação nativa para a abertura de pastagens e conseqüente perda gradativa dos seus recursos hídricos. Nessa mesma área, desenvolvido um empreendimento de mineração, ao final das atividades, poderá haver a sua recuperação segundo o PRAD, restituindo-se a vegetação nativa, construindo-se um lago no local da extração, da mesma forma que pode haver a inserção de espécies da fauna local, protegidas com a criação de um parque ecológico.

Com essas ações, ao final da atividade, essa área antes degradada por uma sucessão de atividades pretéritas terá obtido um ganho ambiental resultante do impacto positivo, no caso específico, da atividade minerária. Mas, para tal, é necessária a atuação dos órgãos ambientais na avaliação e na aprovação do PRAD, bem como a fiscalização do seu efetivo cumprimento pelos empreendedores.

Isso posto, tal prática não é incompatível com o desenvolvimento sustentável, uma vez que, com a citada recuperação das áreas degradadas, não se busca a restauração do ambiente à forma como ele se encontrava, mas o seu equilíbrio. E, uma vez em equilíbrio, saudável estará.

Ademais, pela importância estratégica de tal atividade, seus efeitos deverão ser suportados pela coletividade em virtude dos benefícios dela acarretados, de acordo com o princípio do ônus social.

Importante também se faz a menção de que como todas as atividades sociais, a mineração possui vertentes nem sempre atentas aos padrões legais. Contudo, haverá aquela responsável, legalmente constituída, planejada e organizada, pautada por normas e padrões técnicos, bem como por projetos de recuperação e de compensação ambiental das áreas utilizadas e degradadas.

Caberá, segundo Carlos Luiz Ribeiro (2006), a culpa aos

maus mineradores e à inércia do D.N.P.M., incumbido da vigilância ao cumprimento do Plano de Aproveitamento Econômico da jazida que aprovou e, especialmente, aos órgãos ambientais encarregados de zelar pela preservação do meio ambiente (RIBEIRO, 2006, p.337).

Tal fato remete ao princípio da participação, extraído a partir do art. 225º, § 1º CF/88 (BRASIL, 1988), que trata do direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, ressaltando os deveres do poder público para sua efetividade.

Da mesma forma, o princípio da cooperação dispõe que a proteção ambiental é dever de todos, portanto, responsabilidade conjunta, pois todos dela se beneficiam, motivo pelo qual políticas integradas, redução da pobreza e, sobretudo, engajamento social contribuem substancialmente para a maior proteção dos recursos naturais.

Atente-se ainda ao fato de que a mineração ocupa áreas bem mais restritas do que outras atividades econômicas, como as indústrias ou a agropecuária, além de ocorrer, geralmente, em áreas afastadas das povoações. E, por não usar ou produzir,

na maioria das vezes, produtos que gerem algum mal ou poluição às pessoas e ao ambiente, não afeta diretamente a qualidade de vida da região.

Portanto, inarredável a importância da proteção do meio ambiente e de seus recursos, ao passo que, da mesma forma, não se pode desconsiderar a necessidade e a carência do homem dos produtos das atividades minerárias.

Assim sendo, enquanto não se encontra alternativa mais viável do que a própria mineração para a alimentação do consumo e para a estruturação de toda a sociedade, importante será a inserção dessas atividades em padrões técnicos e em modelos normativos racionalmente elaborados, para que se almeje o tão celebrado desenvolvimento sustentável do manejo e de tutela dos recursos naturais.

2 ESPAÇOS AMBIENTAIS PROTEGIDOS E O EQUILÍBRIO DOS RECURSOS NATURAIS (POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE) EM FACE DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO (CONSTITUIÇÃO DE 1988 E RELATÓRIO BRUNDTLAND)

2.1 A evolução do Direito Ambiental no Brasil e a crise da sociedade industrial

Com o advento da lei nº 4.771/65 (BRASIL, 1965), foi instituído o atual Código Florestal. A partir de então, por intermédio desse instrumento, foi consolidada a proteção à vegetação, nativa ou não, e às demais formas de cobertura vegetal que revestem o território nacional, uma clara expansão da proteção efetivada não apenas às florestas, como acontecia com o Código anterior.

Da maneira similar, o seu comando normativo definiu uma patente limitação ao direito de propriedade, vinculando-o ao cumprimento do interesse social, como atesta o seu art. 1º:

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

§ 1º: As ações ou omissões contrárias às disposições deste Código na utilização e exploração das florestas e demais formas de vegetação são consideradas uso nocivo da propriedade [...] (BRASIL, 1965).

Também, com o advento do Código Florestal de 1965, (BRASIL, 1965) foi definida, pela primeira vez, a proteção aos diversos Espaços Especialmente Protegidos e às demais formas de vegetação, nativas ou não, portanto, Áreas de Proteção Ambiental.

Ocorre que o sistema de proteção instituído pelo Código Florestal, anterior à lei nº 9.985/00 (BRASIL, 2000) que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), em que pese o avanço promovido pela limitação da fruição da propriedade privada, encontra-se ainda demasiadamente rígido e inflexível. Não abarca, por sua vez, a moderna concepção de desenvolvimento sustentável, que possui um conceito mais amplo do que apenas a limitação da propriedade particular, o que o torna objeto de constantes reformas, a fim de adequá-lo à nova realidade e, agora, encontra-se na iminência de revogação por um novo Código Florestal, já

aprovado pela Câmara Federal e em tramitação no Senado.

Não inclui o atual Código Florestal, por exemplo, as Unidades de Conservação, consistentes nas Estações Ecológicas; Reservas Biológicas; Parques; Monumentos Naturais; Refúgios da Vida Silvestre; Áreas de Proteção Ambiental; Áreas de Relevante Interesse Ecológico; Florestas Nacionais; Reservas Extrativistas; Reservas de Fauna; Reservas de Desenvolvimento Sustentável; e Reservas particulares do Patrimônio Natural, instituídas pela lei nº 9.985/00 (BRASIL, 2000) e que alteram significativamente o convívio humano com as novas formas de proteção natural.

Dada a proteção sistêmica dos recursos naturais e concebido o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, previsto em várias Cartas Constitucionais modernas, como as da Espanha, de Portugal e da Itália (ALENCAR; CERQUEIRA, 1987), é importante ressaltar a relação ambiental e o estágio de proteção dos seus recursos, com o nível de estruturação social do homem, mais especificamente, com a tutela dos direitos humanos.

Segundo Paulo Henrique Faria Nunes (2006):

[...] é comum que, em lugares onde há intensa degradação ambiental, haja flagrante desrespeito aos direitos humanos e vice-versa. Infiere-se, portanto, que meio ambiente e direitos humanos são temas convergentes, fato cada vez mais aparente nas declarações internacionais voltadas para a proteção ambiental. (NUNES, 2006, p. 31).

Percebe-se, pois, o estreito terreno em que se figuram a conservação ambiental e os direitos humanos, questão de difícil percepção e de enfoque atual, haja vista que a carência de saneamento básico, a falta de planejamento habitacional, com moradias precárias e ocupação desordenada, bem como a poluição decorrente desses indicadores compromete sensivelmente o meio ambiente. Tudo isso aliado aos fatores industriais e de aproveitamento econômico das atividades humanas, que podem ser potencializados de acordo com o modelo de Estado adotado e a possibilidade de concentração de riqueza nas mãos de um pequeno grupo, com a democratização da pobreza na parcela remanescente da população.

Essa distorção no equilíbrio da distribuição de riquezas, entre elas a informação e o poder econômico para escolher um produto em detrimento de outro, irá desencadear um processo de significativa degradação da natureza. Dessa feita,

pode-se concluir que a “preservação da natureza está intimamente ligada à erradicação da pobreza. Só é viável iniciar a execução da primeira, eliminando do mapa terrestre, a segunda” (CLARCK, 2001, p. 132).

Como corolário dessa conjugação entre a preservação do meio ambiente e o resguardo dos direitos humanos, surge a necessidade de consolidação de um desenvolvimento sustentável. Conceito este desenvolvido pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD), na Organização das Nações Unidas (ONU), no relatório Brundtland, para o qual o desenvolvimento sustentável é aquele “que satisfaz as necessidades da geração atual sem comprometer a capacidade das gerações futuras para satisfazerem as suas próprias necessidades”³ (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1987, tradução nossa).

Dentro do panorama constituído pela pós-modernidade nas disposições de direitos fundamentais, pode-se contextualizar o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado como de terceira geração, consistente nos denominados direitos de solidariedade (FERREIRA FILHO, 1997, p. 102).

Entretanto, a ideia de desenvolvimento sustentável envolve questões mais amplas e, entre elas, a noção de consumo sustentável, por meio do qual a sociedade consumidora dos produtos, de bens e de serviços também assume o seu papel na conservação ambiental.

Por essa razão, ressalta-se a necessidade de uma frenagem no consumo de determinados produtos nocivos ao ambiente, por meio da valorização do papel do consumidor, primando sempre para aqueles bens, produtos e serviços cuja produção e comercialização se adéque às normas e padrões ecologicamente sustentáveis.

Essa é mais uma razão em que não haverá a sua concretização sem uma justa distribuição de riquezas em que se possa colocar o cidadão consumidor na posição de optante entre um ou outro produto.

Considerados tais fatores, assevera Ivan Illich, citado por Andri Werner Stahel e colacionado por Nunes que “a crise ecológica é apenas uma das facetas de uma crise mais geral da sociedade industrial, englobando a crise social, econômica, político-ideológica e moral” (ILLICH; STAHEL apud NUNES, 2006, p. 40).

Portanto, o desenvolvimento sustentável constitui-se uma finalidade em longo prazo, por meio de planejamento de políticas coesas e responsáveis, conquanto até

³ Que satisfice las necesidades de la generación actual sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propia necesidades

que se efetive, deve-se primar pela busca de uma sustentabilidade. Ideia esta que, em virtude de seu atual enfoque, ainda gera dúvidas quanto à sua aplicação. Mas até que ponto o desenvolvimento afetaria ou não o ambiente e, uma vez promovida a concepção da sustentabilidade, como conciliá-la com a inflexível estrutura jurídico-normativa do Código Florestal?

Para Robert Percival et al., “A complexa arquitetura do direito ambiental reflete não apenas as circunstâncias do seu nascimento, mas a complexidade dos problemas que aborda e a dificuldade de conciliar a competição de valores que implica a política ambiental.”⁴ (PERCIVAL et al., 2009, p. 71-72, tradução nossa).

Justamente pela proximidade entre os temas inerentes à tutela ambiental, o resguardo dos direitos fundamentais e o desenvolvimento econômico, nos Estados Unidos o Direito Ambiental, que não é disciplina autônoma, além de estreita vinculação ao Direito Administrativo, é objeto das *commerce clauses* previstas no art. I, seção 8ª da Constituição dos Estados Unidos (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 2011), com crescente regulamentação do Governo Federal norte americano, a partir da década de 1960. (STEWART apud MORRISON, 1996, p. 481).

Essas *commerce clauses* conferem ao Congresso norte-americano “o poder de regular o comércio entre os Estados” (SUSTEIN, 2009, p. 40), ensejando tanto uma autorização ao Parlamento no exercício das suas prerrogativas de regramento das atividades interestaduais, quanto uma proibição a determinadas práticas que oneram o comércio entre os mesmos.

Com esse entendimento, no constitucionalismo norte-americano qualquer norma estadual que se proponha, sem fundamento pertinente, a limitar as atividades comerciais é inconstitucional, sendo compreendido que a legislação que versa sobre o meio ambiente produz efeitos diretos nessas atividades.

Esse fato justifica o seu regramento pela via das cláusulas comerciais, com fixação da competência na esfera federal, mas também pulverizadas em leis estaduais e locais, além das construções jurisprudenciais típicas da *common law*, sempre visando a conciliação entre a tutela dos recursos naturais e o crescimento econômico. (SULLIVAN; STEINWAY apud SULLIVAN, 1999, p. 1)

Isso posto, a proteção do meio ambiente nos Estados Unidos baseia-se,

⁴ The complex architecture of environmental law reflects not only the circumstances of its birth, but also the complexity of the problems it addresses and the difficulty of reconciling the competing values environmental policy implicates.

essencialmente, em três vertentes. A regulamentação do uso da terra, infraestrutura e desenvolvimento; o gerenciamento de recursos naturais; e o controle de poluição, de dejetos e de resíduos decorrentes do desenvolvimento industrial. (STEWART apud MORRISON, 1996, p. 481).

No caso específico do Brasil, com o avanço gradativo do seu processo de industrialização a partir da década de 50 (cinquenta) e o conseqüente amadurecimento e incremento das relações sociais, houve, por conseqüente, uma série de transformações sofridas, entre as quais a sua compreensão da natureza. Nesse período, notou-se a edição de várias legislações esparsas que versavam sobre os recursos naturais, tomados isoladamente.

Com a entrada da década de 1970, se observa uma preocupação do legislador pátrio em normatizar o uso dos recursos naturais não mais de forma pontual, como o era tratado para a satisfação das finalidades produtivas, mas de maneira sistêmica, a fim de se corrigir distorções em uma análise de “custo/benefício [...] pois os recursos se integram em relações de interdependência, e assim sendo a proteção isolada de um recurso pode gerar desequilíbrio ecológico” (BARACHO JÚNIOR, 2000, p. 181).

Assim, no ano de 1975, por meio da edição do Decreto-Lei nº 1.413 (BRASIL, 1975), que dispôs sobre o controle da poluição do meio ambiente provocada por atividades industriais, houve a utilização no País, pela primeira vez, do termo “meio ambiente”.

O emprego do referido termo surgiu no contexto da necessidade da formulação de um conceito jurídico de meio ambiente que abrangesse de forma global o ordenamento jurídico, o que ainda não havia sido feito, obstaculizando o estabelecimento do equilíbrio ecológico.

Atendendo ao propósito da abordagem sistêmica da tutela ambiental e da consciência sobre os elementos naturais, a Lei Federal nº 6.938/81, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, definiu em seu art. 3º, I o conceito de “meio ambiente”, segundo o qual é “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981).

Não há mais o tratamento eminentemente pecuniário dos recursos ambientais, agora vistos como um espaço no qual há a permanente interação com o homem e mantenedor das condições mínimas para a sua existência digna.

Busca-se, dessa maneira, a sua proteção consubstanciada no equilíbrio entre os diversos recursos da natureza.

Portanto, segundo Baracho Júnior (2008), já na primeira metade da década de 1980, houve a estruturação concatenada da legislação ambiental, cuja base estava estabelecida para a posterior previsão da nova Constituição que seria promulgada:

As linhas mestras do direito ambiental brasileiro estavam traçadas antes da Constituição. A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente não apenas tornou sistêmica a abordagem jurídica sobre o meio ambiente, mas também fixou os três principais instrumentos do direito ambiental brasileiro: a prevenção do dano ao meio ambiente, através da exigência de licenciamento ambiental de atividades potencialmente poluidoras ou degradantes e do respectivo estudo de impacto ambiental, obrigação de reparação do dano causado ao meio ambiente ou a sua indenização e a repressão administrativa e criminal ao poluidor/degradador. (BARACHO JÚNIOR, 2008, p. 17-18).

Contudo, o grande ponto de inflexão do Direito Ambiental nacional ocorreu com a promulgação da Constituição da República de 1988, que passou a tratar o meio ambiente não apenas por meio de um enfoque adstrito aos limites do País, como observado na Constituição Portuguesa (art. 66), mas também pela perspectiva de um bem indisponível, ou seja, com o *status* de direito fundamental, de uso comum do povo e em condições para a fruição das gerações futuras (PORTUGAL, 1976).

Entretanto, se considerada a Magna Carta a grande responsável pela evolução do Direito Ambiental no Brasil, como deve ela ser interpretada para que se efetivem as disposições nela contidas?

2.2 Os métodos para a interpretação das disposições constitucionais e a eficácia e aplicabilidade das suas normas

É grande a complexidade que se reveste a interpretação das normas das Constituições contemporâneas, sobretudo pelo elevado grau de abstração que as mesmas assumem, revelando múltiplas possibilidades e, da mesma maneira, um elevado risco se não observados determinados procedimentos, de forma que:

O sentido concreto de algumas normas constitucionais não é dado em princípio por seu enunciado, mas obtido através de sua interpretação.

Embora venha esta interpretação atribuir significado às normas, não é facultado ao intérprete avançar além do sentido constitucional primário conferido pelo texto escrito, pois desta forma estaria-se violando o sistema, em um processo de usurpação da vontade do constituinte. (BARACHO JÚNIOR, 2008, p. 59).

E prossegue o jurista destacando que “Conferir ao intérprete a faculdade de adaptar a Constituição a cada caso concreto pode significar conferir-lhe um poder constituinte ilegítimo.” (BARACHO JÚNIOR, 2008, p. 62).

A Constituição, como de resto qualquer outra norma jurídica, tenciona-se à concretização dos seus dispositivos, que, em um sistema jurídico maduro, não podem seguir apenas a vontade do legislador que, em alguns casos torna-se inócua, dada a evolução do próprio ambiente que lhe é envolto. Tal fato seria desconsiderar os avanços da experiência constitucional norte-americana consistente no fenômeno da mutação constitucional.

Todavia, uma vez assumindo a forma rígida e escrita, a Constituição prima por constituir uma unidade sistemática, sendo necessária a apreciação das normas que a compõem e refutadas as interpretações autônomas.

Na busca por essa unidade interpretativa, devem ser considerados tantos os elementos jurídicos, que visam à estabilidade do ordenamento e a segurança jurídica, quanto os elementos inerentes aos outros ramos do conhecimento, como, no caso da matéria ambiental, a Biologia, a Química, a História, no caso dos patrimônios culturais, e mesmo a Ciência Política.

Vários são os métodos de interpretação constitucional elaborados pela doutrina, sendo que não é o objetivo deste estudo adensar sobre os mesmos, mas tão-somente distinguir, entre os principais, o que se entende por satisfatório para a melhor compreensão do tema dissertado e o enfrentamento da problemática que sobre ele insurge.

Aponta-se, então, o método científico-espiritual, que se consubstancia na análise valorativa que está por trás do texto. O seu inconveniente é que pode resultar subversão da imposição da natureza jurídica das normas constitucionais à sua compreensão meramente axiológica. (CANOTILHO, 1991).

Para o método hermenêutico-concretizador, o intérprete da norma, iniciando a leitura do texto já com uma pré-concepção do que este dispõe, posiciona-se na figura de um mediador entre o texto e o contexto, concretizando-a na realidade em que se insere. (CANOTILHO, 1991, p. 220). O simples fato de se iniciar um trabalho

interpretativo com prévio posicionamento pode comprometer todo o seu desfecho, com excessiva discricionariedade.

Por fim, o método normativo-estruturante se alicerça na investigação do texto constitucional considerando a sua unidade sistêmica visando a reduzir a subjetividade das interpretações, sem desconsiderar o seu caráter criador. (CANOTILHO, 1991, p. 221).

Com isso, utilizam os precedentes jurisprudenciais e as legislações aplicáveis, a praticidade das decisões no caso concreto, a estrutura do texto normativo, a realidade em que está contextualizada, conjugando dois elementos, quais sejam a norma em seu sentido literal e a sua concretização decorrente da investigação implementada.

Por sua vez, quanto à eficácia e aplicabilidade das normas, a doutrina clássica com referência norte-americana classificava as normas entre *self executing provisions*, que seriam as normas aplicáveis por si mesmas, sem que necessitassem de alguma complementação e *not self executing provisions*, que seriam as normas não-bastantes em si. (BARBOSA apud SILVA, 2009, p. 73).

Inserindo novos elementos para a consideração, José Afonso da Silva (2009) estrutura a sua teoria classificando as normas quanto à sua eficácia e aplicabilidade como sendo normas constitucionais de eficácia plena, contida ou limitada.

Assim conceituando, seriam normas constitucionais de eficácia plena as que produzem os seus efeitos desde a data em que entram em vigor e possuem aplicabilidade direta, plena e integral. (SILVA, 2009).

As normas de eficácia contida também produzem os seus efeitos a partir da data em que entram em vigor, mas preveem ou fazem remissão a uma legislação futura que lhes restringirá a eficácia. A sua aplicabilidade é, nesses termos, direta, plena, mas não integral. (SILVA, 2009).

As normas de eficácia limitada, ao contrário das demais, não produzem os seus efeitos pelo fato de que o legislador constituinte deixou que o legislador ordinário ou o órgão competente dispusesse sobre a sua matéria. (SILVA, 2009).

Podem ainda essas normas se subdividir em dois tipos: as de princípio institutivo, que possuem esquemas gerais de “estruturação de instituições, órgãos ou entidades” (SILVA, 2009); e as de princípio programático, em que o legislador ao invés de dispor direta ou indiretamente sobre um tema “limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos [...] como programas das

respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”. (MEIRELLES TEIXEIRA, apud SILVA 2008, p. 138) Possuem, por essa razão, aplicabilidade indireta, mediata e reduzida.

Há, ainda, as tipologias apresentadas por Carlos Ayres Britto, Luís Roberto Barroso e Celso Antônio Bandeira de Mello (2007). Todavia, a que será adotada por este estudo é a percorrida por Gomes Canotilho (1991), que faz a distinção entre regras e princípios de forma a valorizar as circunstâncias práticas em detrimento das formais, o que confere uma maior dinamicidade à aplicação e efetividade das normas constitucionais.

Segundo essa teoria, os princípios são agrupados em quatro categorias, a saber: Princípios Jurídicos Fundamentais (os princípios que possuem recepção expressa ou implícita no texto constitucional); Princípios Políticos–Constitucionalmente Confirmadores (encerram valores políticos representativos da forma de governo); Princípios Constitucionais Impositivos (determinam aos agentes políticos a realização de fins e execução de tarefas) e Princípios de Garantia (objetivam a instituição de garantias aos cidadãos). (CANOTILHO, 1991, p. 177; 179).

No que concerne à classificação das regras, Canotilho (1991) expõe que poderão ser agrupadas em: 1- Regras Jurídico-Organizatórias, subdivididas em: A - Regras de Competência (que reconhecem determinadas atribuições e órgãos de competência ou então “esferas de competência” entre diversos órgãos constitucionais); B - Regras de Criação de Órgãos (disciplinam a criação ou instituição constitucional de determinados órgãos) e C - Regras de Procedimento (disciplinam os procedimentos que serão seguidos pelos agentes públicos, como por exemplo o procedimento legislativo). (CANOTILHO, 1991, p. 181-182).

E, por fim, agrupam-se as regras em: 2 - Regras Jurídico-Materiais, subdivididas em: A - Regras de Direitos Fundamentais (englobam os dispositivos constitucionais que reconhecem, garantem ou conformam direitos fundamentais); B - Regras de Garantias Institucionais (visam a proteção das instituições públicas e privadas); C - Regras Determinadoras de Fins e Tarefas do Estado (estabelecem, de forma genérica, os escopos do Estado, bem como as suas tarefas prioritárias); e D - Regras Constitucionais Impositivas (as quais vinculam-se às normas que estabelecem fins e tarefas Estatais e aos princípios constitucionalmente impositivos). (CANOTILHO, 1991, p. 183-185).

Canotilho ainda separa as normas constitucionais impositivas em sentido amplo (estabelecem encargos materiais ao Estado) e normas materiais em sentido restrito (determinações de cunho permanentes e concretas). De resto que essas normas materiais em sentido restrito se subdividem em: A - Imposições Legiferantes (determinam o cumprimento, de maneira permanente e concreta pelos órgãos estatais, de determinadas tarefas, com fixação de diretrizes materiais); e B - Ordens de Legislar (determinações do texto constitucional para que o legislador emane leis que busquem a instituição e funcionamento de órgãos constitucionais) (CANOTILHO, 1991, p. 185).

2.3 A proteção ao equilíbrio dos recursos naturais na Constituição de 1988 e aos espaços territoriais ambientais

Entendida a compreensão dos métodos de interpretação das normas, bem como a eficácia e aplicabilidade delas, se considerada a forma sistêmica das disposições da CR/88 (BRASIL) e a maneira pela qual normatiza a defesa do meio ambiente, pode-se afirmar a presença de um subsistema de normas constitucionais, com especificidade material e individualização de tratamento.

Este subsistema está plasmado em normas constitucionais que possuem natureza e funções diversas - normas de organização, normas que conferem e garantem direitos individuais e sociais, normas programáticas -, mas todas elas tendentes a um único fim. (BARACHO JÚNIOR, 2008, p. 78).

Todavia, deve-se assentar que esse subsistema de normas constitucionais ambientais, que cumpre importante papel no resguardo e promoção dos recursos naturais, não vem a constituir, per si, uma Constituição Ambiental isolada hermeticamente do restante dos dispositivos constitucionais. Se assim fosse, a própria concepção de unicidade constitucional e a sua estruturação alicerçada em um sistema que impõe, a sua análise e aplicação com base no conjunto de todas as normas constitucionais, de acordo com a posição doutrinária moderna, estaria impedida de realizar-se.

Sobre a questão de sistematicidade da Constituição de 1988 (BRASIL), diversos autores discorrem sobre a existência de vários outros subsistemas, como

por exemplo, o que envolve o tratamento dos assuntos econômicos, pelo qual vieram a conceber a existência de uma Constituição Econômica⁵. Subsistemas estes que se interagem e mesmo convergem de forma a elidir qualquer pretensão de uma possível autonomização.

Dessa maneira, Eros Roberto Grau assim enfatiza:

Ademais, a pretensão de autonomização, no interior da Constituição, de uma Constituição Econômica supõe a possibilidade de, dentro daquela, isolar-se o econômico de modo que este, fechado em si mesmo, se desvincule do social. Isso, no entanto, não é factível.

[...] nem todas as disposições abarcadas pelo Título da Ordem Econômica se compõem no quadro da ordem econômica (constitucional); há disposições, constitucionais, que não obstante não estejam englobadas nesse título, compõe-se no quadro da ordem econômica. (GRAU, 2010, p. 84;88)

Souza (1999) também analisa a existência da juridicização dos temas econômicos na Constituição de 1988, de forma pontual ou concatenados em local específico da Magna Carta:

A presença de temas econômicos, quer esparsos em artigos isolados por todo o texto das Constituições, quer localizados em um dos seus “títulos” ou “capítulos”, vem sendo denominada Constituição Econômica. Significa, portanto, que o assunto econômico assume sentido jurídico, ou se “juridiciza”, em grau constitucional. (SOUZA, 1999, p. 218).

A saber, para por fim a qualquer especulação que vá de encontro à abordagem da unicidade do texto constitucional, os próprios dispositivos econômicos e ambientais nele elencados mesclam-se e interagem formando o que se pode aludir como uma amálgama. Por essa razão, não é cabível a análise do desenvolvimento

⁵ Diversos autores analisam a presença de uma Constituição Econômica no seio do ordenamento jurídico pátrio, bem como promovem a conceituação deste conjunto normativo que versa sobre os temas e assuntos econômicos, seja de forma esparsa ou aglutinada na Constituição de 1988 (BRASIL), seja de forma esparsa na legislação infraconstitucional. Nesse sentido, para Grau, a Constituição Econômica compreende o “conjunto de preceitos que institui determinada ordem econômica (mundo do ser) ou conjunto de princípios e regras essenciais ordenadoras da economia, é de se esperar que, como tal, opere a consagração de um determinado sistema econômico.” (GRAU, 2010, p. 79).

Por sua vez, Clark conceitua a ““Constituição Econômica”, consistente na “parte da Magna Carta que estabelece o dever/ser para a vida econômica dentro das diretrizes da ‘ideologia constitucionalmente adotada, ditando, assim, normas e princípios constitucionais para as políticas econômicas executadas pelos particulares e pelo Estado. Contudo, a Constituição Econômica não restringe seus comandos normativos a um título ou capítulo, apesar de parte significativa desses comandos estarem reunidos em um núcleo próprio, como no caso da Constituição brasileira de 1988 (Da Ordem Econômica e Financeira)””. (CLARK, 2001, p. 107)

econômico sem a consideração das normas ambientais, da mesma maneira que os recursos naturais, desde que mantidos em equilíbrio, são suscetíveis de aproveitamento econômico.

Nessa esteira, a defesa do meio ambiente impõe, em uma análise da Constituição Econômica por meio dos arts. 170, VI; 174, § 3º e 186, II (BRASIL, 1988), que o Estado oriente as suas políticas econômicas, bem como as ações dos agentes privados, as quais devem ser elaboradas e executadas com vistas à preservação dos recursos naturais. Daí, também, a importância da utilização de instrumentos denominados “planos” para racionalizar as políticas públicas para a consecução dos seus fins, sem que ocorram desvirtuamentos imprevistos ou imponderáveis.

Grau (2010) insere a própria temática ambiental entre os fins da política econômica constitucional, para a promoção da justiça social:

O princípio da *defesa do meio ambiente* conforma a ordem econômica (mundo do ser), informando substancialmente os princípios da *garantia do desenvolvimento* e do *pleno emprego*. Além de objetivo, em si, é instrumento necessário – e indispensável- à realização do fim dessa ordem, o de *assegurar a todos existência digna*. Nutre também, ademais, os ditames da *justiça social*. Todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo - diz o art. 225, *caput*.

O *desenvolvimento nacional* que cumpre realizar, um dos objetivos da República Federativa do Brasil, e o *pleno emprego* que impede assegurar supõe economia auto-sustentada, suficientemente equilibrada para permitir ao homem reencontrar-se consigo próprio, como ser humano e não apenas como um dado ou índice econômico.(GRAU, 2010, p. 256-257).

Isso posto, a conjugação não apenas dos temas ambientais e econômicos, mas também dos sociais, culturais, educacionais, entre outros, compõe o que acima se conceituou como a busca de um desenvolvimento sustentável.

No âmbito da Constituição Ambiental o conteúdo das suas disposições não se exaure no texto Constitucional. Ao revés, se disseminam por todas as legislações esparsas infraconstitucionais, como ocorre com a Constituição Econômica, o que se infere quando Clark, ao analisar a eficácia dessa na realidade social, discorre que ela “necessita de uma série de normas jurídicas (leis, decretos, portarias, resoluções), advindas dos Poderes Legislativo e Executivo, inclusive para viabilizar algumas de suas normas programáticas” (CLARK, 2001, p. 107).

Integram, assim dizendo, o conteúdo normativo da Constituição Ambiental,

todas as disposições que versam sobre a matéria ambiental, o que aumenta a complexidade da ação estatal em um sistema federativo de distribuição de competências, bem como no exercício das funções estatais.

Nesses termos, ainda em alusão à Constituição Econômica, Chenot (1965, p. 93, tradução nossa) aponta “Que ela sendo escrita ou consuetudinária, deixa o vasto campo das iniciativas individuais ou que lhes governa uma Constituição econômica existente em qualquer Estado”⁶.

Por essa razão, Grau (2010) distingue a Constituição Econômica Material da Constituição Econômica Formal, utilizando-se dos preceitos do professor Souza Franco:

Daí porque se impõe distinguirmos *Constituição Econômica material* - que, na dicção de Souza Franco, “integra o núcleo essencial de normas jurídicas que regem o sistema e os princípios básicos das instituições econômicas, quer constem quer não do texto constitucional: máxime, quer seja ou não datada da particular estabilidade que caracteriza as normas nos textos constitucionais” - da *Constituição Econômica formal* - que, na dicção de Souza Franco, “compreenderá apenas as normas, tal como acima definidas, que estejam integradas no texto constitucional e dotadas dos seus requisitos e características formais: outras normas constantes do texto constitucional formal com incidência econômica, ainda que desprovidas, de per si, daquela particular relevância material. (FRANCO apud GRAU, 2010, p. 78).

Estabilizado o conceito da existência de um subsistema de normas ambientais dentro da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) o qual pode ser denominado Constituição Ambiental, definitivamente esse subsistema não se encontra destacado do restante da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988). Ao contrário, ele está em conformidade com todo o restante dos dispositivos da Magna Carta em respeito à sua unicidade e interagindo com todos eles.

Contudo, outro esclarecimento deve ser realizado para o prosseguimento deste estudo. O objeto da tutela conferida pela Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988) não são os elementos integrantes do meio ambiente em sua forma absoluta, consistentes na atmosfera; as águas interiores; superficiais e subterrâneas; o solo; o subsolo; as cavidades naturais; as florestas; a fauna; a flora; as ilhas; o mar territorial; os estuários; os sítios arqueológicos, pré-históricos, paleontológicos ecológicos, paisagísticos; e os Espaços Territoriais Protegidos.

O que é efetivamente protegido é o equilíbrio dos recursos ambientais de

⁶ Qu'elle soit écrite ou coutumiere, qu'elle laisse le champ large aux initiatives individuelles ou qu'elle les gouverne une constitution économique existe en tout État.

modo que possam propiciar a qualidade da vida no planeta. Assim, a qualidade do meio ambiente é que constitui o conceito de patrimônio ambiental e será protegida pelo Direito, se posicionando no núcleo normativo do art. 225 da CR/88 o qual declara que:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988).

Especificamente, dois são os objetos de tutela, “um imediato, que é a qualidade do meio ambiente; e outro mediato, que é a saúde, o bem-estar e a segurança da população, que se vem sintetizando na expressão “qualidade de vida”” (SILVA, 2011b, p. 83).

Nesse sentido, o mais significativo avanço na tutela do meio ambiente implementado pela Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), que iniciou no País as bases de um Estado Democrático de Direito, foi a inserção dos recursos naturais como direitos difusos e indisponíveis da coletividade, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo para as presentes e futuras gerações.

Com essa referência, libertou-se da antiga concepção do Estado como o único mediador e protetor dos recursos naturais, ainda que o fizesse de forma tímida.

A partir de então, torna-se imperioso o enfrentamento da questão ambiental também pela sociedade, bem como a assunção de parte de sua responsabilidade, em contraposição com a até então relação intersubjetiva dessa com Poder Público, na medida em que estivesse antes apenas preocupada na satisfação de seus interesses particulares e individualmente definidos, além do já analisado conceito de Direito Sustentável.

Resta, pois, superada a antiga dicotomia entre o Estado, que seria o espaço para efetivação do interesse público e a sociedade, onde se desenvolviam os interesses particulares, confluindo as suas relações, especialmente com o papel propício da própria sociedade civilmente organizada em desempenhar com exmo práticas de natureza coletiva, entre as quais se encontram as questões ambientais.

Passa, portanto, a sociedade a ser corresponsável pela tutela ambiental, legitimada a interagir com as diversas formas e instrumentos para o resguardo de

tais bens indisponíveis, despolarizando, por conseguinte, as interações entre os diversos e novos agentes “institucionalizados” e reestruturando o manejo e a forma de se lidar com a natureza.

Também decorrente do caráter difuso do direito a um meio ambiente equilibrado é a inferência que deve ser feita quanto à interpretação e aplicação do texto constitucional (art. 225, BRASIL, 1988). Há a associação tanto dos indivíduos, especificamente, quanto da coletividade em uma perspectiva solidária dos Direitos Fundamentais de terceira geração.

Observa-se uma estrita conjugação entre direitos individuais e coletivos, na medida em que o objetivo da tutela ambiental é a busca e manutenção do equilíbrio entre os recursos naturais para que seja propícia a manutenção da vida. Logo, a defesa da vida, seja quando colocada em risco de forma concreta ou hipotética, poderá ser objeto de amparo nas vias administrativas ou judiciais por qualquer indivíduo, grupo ou comunidade, requerendo um posicionamento do Estado.

Por essa razão, em que pese a previsão normativa estar situada no título da ordem social da Magna Carta de 1988 (BRASIL), o seu alcance é mais abrangente do que a perspectiva dos direitos sociais. Assim é dado o seu caráter difuso.

Para visar assegurar a efetividade dos seus dispositivos, estabeleceu a Constituição de 1988 uma série de deveres ao Poder Público, estabelecidos no parágrafo 1º do seu art. 225, (BRASIL, 1988), entre os quais se destacam a proteção e restauração do equilíbrio aos recursos naturais, o fomento à educação ambiental e o controle, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que afetem a qualidade do meio ambiente em seu sentido *lato*. Deveres esses extensivos à coletividade em proceder com respeito e zelo na conservação dos elementos naturais.

A Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) dispôs ainda, detidamente, sobre os direitos sociais, difusos e da coletividade, restringindo o uso da propriedade privada ao cumprimento de sua função social e, logo adiante, assegurando a proteção do meio ambiente, ao colocá-lo como direito de todos.

Mas, especificamente em seu art. 170 (BRASIL, 1988), a Constituição correlaciona o desenvolvimento econômico com a proteção ambiental, impondo que propriedade privada terá a restrição de sua fruição e tratamento diferenciado para a tutela dos recursos naturais.

Esse tratamento especial insere-se dentro do conceito da “Constituição

Econômica”, já abordado.

Nesse sentido, estão previstos no art. 170 da Constituição (BRASIL, 1988) os princípios norteadores da política econômica brasileira, os quais e em específico o contido em seu inciso VI, consistente na defesa do meio ambiente, podem ser classificados como princípios constitucionais impositivos, nos termos da teoria de interpretação e aplicação do texto constitucional proposta por Canotilho (1991).⁷

Pelo exposto, a defesa do meio ambiente e o exercício da função social da propriedade passam a constituir condições de validade para o exercício de qualquer atividade econômica.

Há uma limitação aos direitos fundamentais considerados de primeira geração, consistente na exploração da propriedade privada e do processo produtivo, o que pode ensejar a imposição de ações positivas do Poder Público pelo uso e exploração não apenas dos bens naturais, mas da própria propriedade privada que, de alguma forma incida efeitos sobre aqueles.

Nesse contexto, um dos mais caros deveres previstos ao Poder Público pelo § 1º do art. 225, é o expresso em seu inciso III, que determina a definição dos espaços territoriais e seus atributos a serem especialmente protegidos. (BRASIL, 1988).

Para fins metodológicos, considerar-se-ão esses espaços não como territoriais, mas como ambientais para que, em uma interpretação expansiva do texto Constitucional, se possa conferir maior efetividade à proteção que o texto busca lograr e que o seu objeto merece.

Para o professor José Afonso da Silva, a expressão “Espaços Ambientais” define “toda e qualquer delimitação geográfica, toda e qualquer porção do território nacional, estabelecida com o objetivo de proteção ambiental, integral ou não, e,

⁷ Art. 170º: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I- soberania social;

II- propriedade privada;

III- função social da propriedade;

IV- livre concorrência;

V- defesa do consumidor;

VI- defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII- redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII- busca do pleno emprego;

VIII- tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (BRASIL, 1988).

assim, submetida a um regime especialmente protecionista.” (SILVA, 2011b, p. 236).

E termina o eminente constitucionalista por conceituar esses Espaços Especialmente Protegidos como:

áreas geográficas públicas ou privadas (porção do território nacional) dotadas de atributos ambientais que requeiram sua sujeição, pela lei, a um regime jurídico de interesse público que implique sua relativa imodificabilidade e sua utilização sustentada, tendo em vista a preservação e proteção da integridade de amostras de toda a diversidade de ecossistemas, a proteção ao processo evolutivo das espécies, a preservação e proteção dos recursos naturais. (SILVA, 2011b, p. 239).

É textualmente vedada nesses espaços a alteração e a supressão, salvo se permitidas por meio de Lei e desde que não comprometa a integridade dos seus atributos que justifiquem a sua proteção.

Possuem, portanto, um regime jurídico especial no que concerne à sua modificabilidade e quanto à sua fruição, bem como são instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente (BRASIL, 1981), pela alteração realizada pela Lei Federal nº 7.804/89 (BRASIL, 1989b) para conformar a legislação ambiental ao comando da nova Constituição da República. (BRASIL 1988)

Há, por conseguinte, a necessidade de se ressaltar que os Espaços Especialmente Protegidos são gêneros e cujas espécies podem ser todas as demais Áreas de Proteção Ambiental, como as Áreas de Preservação Permanente, as Unidades de Conservação, o Zoneamento Ambiental e as demais áreas assim definidas pelo Poder Público.

Distinção essa importante para a utilização da terminologia adequada, como tomada pela CR/88, mas que não é observada pela legislação esparsa, a qual, por vezes, incorre no equívoco de confundir esses institutos, como o fez a Lei Federal nº 9.985/00 (BRASIL, 2000).

Em decorrência da abordagem sistêmica do meio ambiente e a estruturação de um complexo arcabouço jurídico-normativo para regular as atividades antrópicas na tutela dos recursos naturais em equilíbrio, institucionalizadas por meio da repartição de competências própria do Estado Federal Cooperado brasileiro, pode-se afirmar que, diferentemente de outros Estados, como o norte-americano, houve, no Brasil, a completa separação e autonomia entre os Direitos Ambiental e Administrativo, o que deve ser pré-requisito para a abordagem que se pretende fazer.

3 A PROTEÇÃO ÀS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E O ANACRONISMO NORMATIVO: OS DESAFIOS IMPOSTOS PELA LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA EM UMA SOCIEDADE DE RISCOS

3.1 O conceito das Áreas de Proteção Permanente, a sua função ambiental desempenhada e a previsão no ordenamento jurídico

Não há dúvida de que a tutela ambiental possui elevada importância, estando prevista nas legislações de praticamente todos os países, motivo pelo qual a proteção e a possibilidade de supressão das Áreas de Proteção Ambiental, em especial as Áreas de Proteção Permanente, por sua própria gênese, proporciona grande polêmica, colocando de um lado fervorosos ambientalistas e, de outro, defensores da possibilidade de supressão incondicional em tais áreas, não obstante a grande parcela da população, mal informada, que gravita claudicante entre um e outro polo.

Todavia, uma vez já discorrido sobre os Espaços Especialmente Protegidos e a tutela que a Constituição da República (BRASIL, 1988) lhes confere, tendo-se em vista o papel ecológico e até mesmo econômico que cumprem, em que, efetivamente, consistem as Áreas de Preservação Permanente e como se inserem na legislação nacional?

Essas considerações passam a ser analisadas, a fim de se possibilitar o prosseguimento do estudo sobre o exercício das atividades minerárias nesses citados espaços protegidos.

A questão ambiental, como cediço, é de suma relevância para o equilíbrio do ecossistema terrestre e, por conseguinte, do desenvolvimento das atividades humanas, razão da atualidade do enfoque em políticas de sustentabilidade que, embora acarretem uma frenagem nos lucros obtidos, propiciam, de certa maneira, uma sustentabilidade essencial para que se prossiga de forma digna no planeta.

É nesse contexto que se eleva o tema da proteção às Áreas de Preservação Permanente, que são uma espécie dentro gênero dos Espaços Especialmente Protegidos, mas com tal singularidade e relevância em relação aos demais Espaços para a tutela dos recursos naturais, que motivaram uma construção normativa própria.

Isso posto, as Áreas de Preservação Permanente são aquelas, exploradas ou não, que recobrem as margens dos rios, nascentes, ou qualquer corpo d'água, topos e encostas de morros, tão numerosos nesse País, mangues e dunas. Ressalta-se que, por essa concepção genérica, tais áreas se estendem por diversas paisagens, até mesmo em propriedades urbanas ou rurais.

Como decorrência, pela densidade do tema e amplitude de cobertura, tais áreas envolvem polêmicas questões devido à sua estratégica localização, além da sua função de guardiã dos recursos hídricos, de proteção do solo, fauna e flora para a conservação ambiental e também desenvolvimento econômico, servindo como suporte em quase todas as práticas do homem, que são possibilitadas pela atividade da mineração.

Nas palavras de William Freire (2005, p. 63) “Área de Preservação Permanente é a área de vegetação, nativa ou não, ainda que desmatada”.

Foram essas áreas definidas pelo Código Florestal em 1965, por meio da Lei nº 4.771/65, artigos 2º e 3º (BRASIL, 1965) e, posteriormente, de acordo com a Lei nº 6.938 de 1981 (BRASIL, 1981), consideradas como reserva ecológica.

Em consonância com o disposto no art. 225, da CR/88 (BRASIL, 1988), bem como no Código Florestal (BRASIL, 1965), com a finalidade de maior efetividade da tutela ambiental por meio da inserção de novas variáveis em sua conceituação, o Conselho Nacional do Meio Ambiente editou a Resolução nº 369 (BRASIL, 2006) que assim conceituou sobre as Áreas de Preservação Permanente:

Área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de conservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico da fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas. (BRASIL, 2006).

Observa-se pelo exposto que, mais que proteger a vegetação nativa, as Áreas de Preservação Permanente protegem as bacias hidrográficas, recarregam os lençóis freáticos, combatem lixiviações, inundações, estiagens e secas prolongadas e obstam eventuais contaminações químicas.

São, portanto, espaços protegidos com função ambiental própria e definida. Entretanto, o que os difere de outras áreas de proteção ambiental é o grau de abstração e, ao mesmo tempo, alcance que atinge conteúdo normativo que as

preveem, podendo, inclusive, haver APPs em todos os demais espaços especialmente protegidos e em variadas extensões.

Dessa forma, embora mereça aplausos a iniciativa de se conceituarem essas áreas ambientais que tanto contribuem para um salutar equilíbrio ambiental, tal medida restou, *data venia*, equivocada, uma vez que, por seu conceito, o Estado de Minas Gerais em quase toda a sua integralidade estaria inserido em APPs, dado o fato de significativa parte de seu terreno ser recoberto por montanhas e encostas rochosas.

Por esse motivo, estaria obstaculizada a viabilidade de substantiva porção de sua atividade produtiva, bem como a licitude de quase toda a sua habitação, que estaria irregular em tais “áreas protegidas”. Desse equívoco surge a necessidade de um esforço legislativo dos estados-membros para a regularização das atividades nele desenvolvidas as quais, em grande maioria, passaram a estar no estreito terreno da ilegalidade.

É o caso do Estado de Minas Gerais, cuja legislação regulamentou a ocupação antrópica consolidada nas APP's, nos seguintes termos:

Art. 11. Nas áreas de preservação permanente, será respeitada a ocupação antrópica consolidada, vedada a expansão da área ocupada e atendidas as recomendações técnicas do poder público para a adoção de medidas mitigadoras e de recuperação de áreas degradadas.

§ 1º Para fins do disposto neste artigo, considera-se ocupação antrópica consolidada o uso alternativo do solo em área de preservação permanente estabelecido até 19 de junho de 2002, por meio de ocupação da área, de forma efetiva e ininterrupta, com edificações, benfeitorias e atividades agrossilvipastoris, admitida neste último caso a adoção do regime de pousio.

§ 2º Considera-se pousio a prática de interrupção de atividades agrícolas, pecuárias ou silviculturais por até cinco anos, para possibilitar a recuperação da capacidade de uso ou da estrutura física do solo, o que será comprovado por laudo técnico de profissional habilitado acompanhado da anotação de responsabilidade técnica.

§ 3º Nas áreas de ocupação consolidada com culturas agrícolas anuais e perenes, incluídas as pastagens, serão adotadas práticas de conservação do solo e da água.

§ 4º A comprovação da ocupação consolidada será realizada por meio de laudo técnico emitido pelo IEF, pela Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural de Minas Gerais - EMATER-MG, ou por profissional habilitado, neste caso acompanhado da anotação de responsabilidade técnica.

§ 5º Nas áreas de preservação permanente previstas nos incisos II, III, IV e XI do art. 10 desta Lei, as áreas de ocupação consolidada com culturas agrícolas anuais e perenes serão convertidas progressivamente em vegetação nativa, de forma compatível com o uso consolidado e com sua importância para a manutenção da renda familiar, mediante condução da regeneração natural ou plantio, admitida a implantação de sistemas agroflorestais que mantenham a finalidade ambiental da área.

§ 6º No caso de vereda ocupada por agricultura familiar, o manejo previsto no § 5º deste artigo será feito com a observância das seguintes condições:

I - manutenção da função de corredor ecológico e de refúgio úmido exercida pela vereda no bioma cerrado e nos ecossistemas associados;

II - proibição do uso do fogo e da criação de gado, admitido o acesso para a dessedentação de animais.

§ 7º Até que as áreas de que trata o § 5º deste artigo sejam integralmente convertidas em vegetação nativa, a aplicação de defensivos agrícolas será restrita às situações previstas em regulamento.

§ 8º Nas encostas e nos topos de morros caracterizados como de preservação permanente, a ocupação consolidada com culturas agrícolas anuais ou pastagens será substituída, progressivamente, pelo cultivo de espécies arbustivas ou arbóreas, inclusive exóticas, que assegure a proteção das áreas de recarga hídrica, sendo permitida a implantação de sistemas agroflorestais, admitidos os que incluam a integração entre pastagem e floresta.

§ 9º Nas áreas de ocupação consolidada, a implantação e a continuidade de empreendimentos florestais ficam condicionadas ao uso de técnicas de baixo impacto e à adoção de técnicas de manejo que protejam o solo contra processos erosivos.

§ 10. Para a aplicação das medidas previstas nos §§ 5º e 8º deste artigo, o órgão ambiental competente observará a sustentabilidade das atividades agrícolas desenvolvidas na propriedade ou posse e a capacidade de investimento do proprietário ou posseiro rural.

Art. 11-A Nas áreas de preservação permanente localizadas em área urbana com plano diretor ou projeto de expansão aprovados pelo Município, será respeitada a ocupação consolidada, atendidas as recomendações técnicas do poder público.

Parágrafo único. Para fins do disposto no *caput*, considera-se ocupação antrópica consolidada o uso alternativo do solo em área de preservação permanente estabelecido até 19 de junho de 2002, por meio de ocupação da área com edificações, benfeitorias ou parcelamento do solo. (MINAS GERAIS, 2002).

Do mesmo modo, essa é a realidade das populações da região amazônica, que habitam, em sua maioria, áreas ribeirinhas e, sobretudo, povoados do nordeste, os quais, em uma tentativa de atenuar os efeitos da seca, se instalam na beira de escassos rios perenes, como o São Francisco

Ocorre que não se pode deixar de considerar uma delicada questão. Se um determinado espaço (no caso as APPs) cumpre uma relevada função ambiental, que ensejou uma discriminação textual dos recursos naturais que tutela e cujo manejo é objetivamente vedado, ressalvados apenas os casos de utilidade pública e interesse social, que também são tipificados, não seria lícito ao Poder Público estabelecer a anistia a quem se encontra em estado irregular, ainda que sob o argumento de ocupação já consolidada.

Afinal, não há diferença, para o meio ambiente, se a ocupação é ou não consolidada, mas, sim, se foram ou não suprimidos os seus recursos naturais, afetando o equilíbrio, como um rio poluído e com vegetação desbastada que, ao

longo dos anos obliterou, substantivamente, o seu volume hídrico ou a densidade das suas espécies endêmicas.

Não se pode, contudo, questionar os entes federativos que legislam para que possam regularizar as situações consolidadas nos seus territórios, a fim de regularizá-las. O problema, portanto, parece ser conceitual quanto à definição desse tão importante instituto que são as Áreas de Preservação Permanente.

Para sanar essa irregularidade haverá, como já informado, um ônus consistente em um esforço legislativo dos entes da federação mais afetados. Ônus que poderá, ou não, ser assumido, optando-se pela omissão.

Não obstante, para que haja o saneamento das ocupações irregulares nas APPs dos centros urbanos, em que pese o interesse social textualmente previsto no art. 2º, II, 'c' da Resolução CONAMA nº 369 (BRASIL, 2006), é condição de validade a realização de políticas públicas de regularização fundiária sustentável da área urbana.

Regularização urbana essa quase que inexistente, mesmo nos casos dos entes federativos que legislaram sobre a matéria, como Minas Gerais. Até porque cumpre apenas com o propósito de repassarem aos Municípios o ônus de, por sua vez, legislarem sobre o tema, elaborarem e implantarem as propaladas políticas públicas de regularização fundiária urbana nos seus territórios, onde, efetivamente encontram-se as APPs. Essas políticas públicas são um mito no Brasil.

Percebe-se, então, a sensibilidade da questão e uma necessidade instantânea de flexibilização de algumas normas ambientais, demasiadamente rígidas e, como não era de se esperar, inaplicáveis ou que entravam o crescimento do País, mesmo o sustentável.

Essa realidade é de fácil constatação pelos dados acima descritos, que, por si só, afastam os argumentos de que teses nesse sentido possuem caráter meramente econômico e irresponsável, quando, ao revés, buscam apenas uma adequação das condutas normativas em relação à realidade fática, de forma a propiciar um melhor meio de se estruturar socialmente e dignamente em seu campo de incidência.

3.2 A proteção das Áreas de Preservação Permanente e a produção de riquezas em uma sociedade de riscos

No Brasil, vale a máxima de que, quanto maior é o rigor da legislação, maior

será a sua efetividade, ou pelo menos, maior será a satisfação que o Poder Público trará à sociedade com a edição desses instrumentos normativos simbólicos, rígidos e inflexíveis e não raras vezes, para camuflar os próprios desvios dos seus representantes públicos.

Ocorre que o sistema jurídico opera dentro de um código binário “direito/não direito”, de forma que cada decisão de aplicação do direito resulta em uma escolha de proibição ou permissão. Os atuais conceitos jurídicos, cunhados pelos movimentos constitucionais dos séculos XVIII e XIX e baseados na liberdade contratual, nunca consideraram os danos causados àqueles que aceitavam a sua própria regulação. A proibição de comportamentos danosos pressupõe, necessariamente, a capacidade de estabelecer com segurança o que é danoso.

Todavia, a discussão dos problemas ambientais de forma efetiva apenas é propiciada em uma sociedade industrializada; em seus primórdios, a sociedade industrial era caracterizada pela previsibilidade das consequências das atividades antrópicas, na qual antigos conceitos eram apresentados distintamente com seus sentidos condensados. “Essas distinções eram caracterizadas por valores: tratava-se sempre de um valor positivo e de um valor negativo” (DE GIORGI, 1998, p. 187).

Dessa forma, sobretudo no período pós- Segunda Guerra Mundial, um Estado mais interventivo na economia e na sociedade significava menos mercado, mais riqueza e menos pobreza, não obstante, mais segurança, significava menos risco. Assim, instaurou-se um consenso de normalidade das relações. Nas palavras de Raffele de Giorgi (1998):

A regularidade que opera na estrutura seletiva dos acontecimentos fornece segurança à ação e, ao mesmo tempo, possibilita o tratamento do desvio, ou seja, torna possível a normalização. A regularidade permite a construção de conexões entre os acontecimentos, imputar causalidade e elaborar descrições que tornam manifesta a rede de conexões entre os acontecimentos. A calculabilidade das imputações na construção de conexões confere a estas caráter de razoabilidade. (DE GIORGI, 1998, p. 188).

Isso posto, o que não era passível de cálculo ou previsão não pertencia à normalidade. Todavia, o avanço da tecnologia, a globalização das relações econômicas e as novas formas de produção acarretaram em alterações nas formas de organização e de relacionamentos da sociedade.

A normalidade, que antes parecia ser constituída de acontecimentos

determinados e regulares, passou a ser vista como indeterminada. Os avanços tecnológicos e operacionais, ao revés, permitem surgir danos ambientais que não respeitam fronteiras ou limites. Dessa forma, cria-se um paradoxo: quanto mais há a tentativa de controle das indeterminações, mais se produz indeterminações.

Nessa nova organização e estruturação da sociedade, a normalidade, antes consubstanciada na relação de previsibilidade entre fatos e resultados, foi suplantada por um contexto no qual há riscos que não são sequer

perceptíveis aos afetados, manifestando-se muitas vezes apenas em momentos temporalmente distantes daquele em que foram gerados, prejudicando severamente a visibilidade das relações de causalidade e de imputação (LEITE; AYALA, 2004, p. 15-16).

Trata-se, portanto, de riscos invisíveis, transtemporais, transnacionais e intergeracionais. Esses riscos chamaram a atenção da opinião pública quando ficaram claros os danos incontroláveis que podem ser produzidos pela tecnologia moderna, sobretudo danos ambientais de consequências planetárias inimagináveis. Logo se constatou que, na atual fase de desenvolvimento, a segurança não é uma alternativa.

Reconheceu-se a impossibilidade de previsão de todas as consequências das decisões. O conceito de risco passou a ter feições que ultrapassaram qualquer pretensão de controlabilidade e cognoscibilidade. Restou à sociedade, bem como às instituições, admitir a incapacidade de prever, controlar e evitar esses riscos, como preconizam José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala (2004):

Nesse novo modelo de organização social, o perfil dos riscos distancia-se dos riscos profissionais e empresariais do Estado nacional, identificando-se agora as ameaças globais, supranacionais, sujeitas a uma nova dinâmica política e social. Os macroperigos dessa nova sociedade caracterizam-se: a) por não encontrarem limitações espaciais ou temporais; b) por não se submeterem a regras de causalidade e aos sistemas de responsabilidade e, sobretudo, c) por não ser possível sua compensação, em face do potencial de irreversibilidade de seus efeitos, que anula as formas de reparação pecuniária. (LEITE; AYALA, 2004, p.18).

Dessa maneira, a produção de riqueza passou a ser acompanhada, sistematicamente, da produção de riscos, enquanto que o dilema da repartição de riquezas vem sendo paulatinamente substituído pelo problema da repartição de riscos.

Todavia, essa lógica é de difícil inserção no ambiente econômico, para o qual “O mercado, anota Irti, é uma ordem no sentido de regularidade e previsibilidade de comportamentos, cujo funcionamento pressupõe a obediência, pelos agentes que nele atuam, de determinadas condutas”. (GRAU, 2010, p. 29).

Difícil inserção essa exposta ao se analisar a clássica concepção de mercado de teorizada por Webber (1969):

As exigências de calculabilidade e confiança no funcionamento da ordem jurídica e na administração constituem uma exigência vital do capitalismo racional.

O capitalismo industrial depende da possibilidade de previsões seguras – deve contar com estabilidade, segurança e objetividade no funcionamento da ordem jurídica e no caráter racional e, em princípio, previsível das leis e da administração. (WEBER, 1969, p. 238;834).

No plano estrutural, o sistema econômico rapidamente passou a servir-se de seu código “ter/não ter” em âmbito global, o que leva a “considerar que, nos ambientes dos diversos sistemas parciais da sociedade mundial (moderna), a economia (associada à técnica e à dimensão da ciência a essa vinculada) constitui o mais relevante fator, a ser observado primariamente” (NEVES, 2009, p. 28-29). E é essa economia que utiliza dos recursos naturais como fonte primeira da sua produção de riquezas.

Nas palavras de Ulrich Beck (1998):

Como podemos evitar, minimizar, dramatizar, canalizar, os riscos e perigos que são produzidos sistematicamente no processo avançado de modernização e limitar-los ali onde tenham visto a luz do mundo na figura de efeitos secundários latentes de tal modo que não obstaculizem o processo de modernização nem sobrepassem os limites do suportável (ecológica, medica, psicológica, socialmente) (BECK, 1998, p. 26, tradução nossa).⁸

Entretanto, o fato de os riscos atingirem a todos indiscriminadamente criou uma nova relação de desigualdade, que atinge mais claramente os países em desenvolvimento, por suas próprias estruturação e organização social, grau de

⁸ ¿Cómo se pueden evitar, minimizar, dramatizar, canalizar los riesgos y peligros que se han producido sistemáticamente en el proceso avanzado de modernización y limitarlos allí donde hayan visto la luz del mundo en La figura de ,<<efectos secundarios latentes>> de tal modo que ni obstaculizen el proceso de modernización ni sobrepasen los limites de lo soportable (ecológica, médica, psicológica, socialmente)?

proteção e resguardo dos direitos humanos, bem como utilização dos produtos do desenvolvimento econômico em benefício da sustentabilidade de seu crescimento. “Há uma força de atração sistemática entre a pobreza e os riscos extremos.” (BECK, 1998, p. 47, tradução nossa)⁹.

Como esse pressuposto, na sociedade de risco em que se vive, na qual diversas atividades se interligam com o crescimento da tecnologia e do poder econômico, sendo que é no contexto ambiental onde todas essas atividades se estruturam e desenvolvem, seja no ambiente urbano, no rural, no cibernético, no cultural ou mesmo no eletromagnético, a tentativa de regular juridicamente todos esses riscos, aliada ao desconhecimento dessas atividades e do próprio meio ambiente, pode resultar em proibições sem sentido.

É premente e racionalmente concebível a pressão social sobre medidas e ações do Estado que tutelem o meio ambiente, pois é esse espaço que propicia as condições para a vida humana na terra. Mas, pela própria importância do tema, o que se percebe é a utilização da tutela ambiental como objeto de discursos falaciosos e fundamentados em razões outras, as quais se materializam em ações de ONGs, grupos políticos, setores sociais e econômicos que se posicionam de maneira maniqueísta na tentativa de justificar condutas extremadas. Posicionamentos esses ora a favor de uma proteção objetiva e essencialmente proibitiva na utilização dos recursos naturais, ora a favor da liberação inescrupulosa de atividades ambientalmente lesivas, sem qualquer benefício social, a não ser para quem as desenvolvem.

Entre um extremo e outro transita o Poder Público, que, em uns casos desconhecendo de forma sistêmica e efetiva a matéria ambiental ou mesmo em outras situações não possuindo recursos e instrumentos para tutelá-la, mas em todas essas conjecturas, imerso às pressões dos agentes sociais que procuram o seu posicionamento.

O sistema jurídico, por sua vez, também não oferece soluções, uma vez que a proibição de um risco nada mais faz do que criar um risco diferente. Nesse sentido, assevera Raffaele De Giorgi (1998):

No tratamento político de novas situações de risco [...] parece óbvio recorrer ao instrumento de regulamentação jurídica. Na prática isto significa proibir

⁹ Hay una fuerza de atracción sistemática entre la pobreza y los riesgos extremos.

um comportamento cujos riscos não são esclarecidos, ou são percebidos, apenas politicamente, como relevantes. Mediante uma prática deste tipo, no entanto, o risco, num sentido entendido só abstratamente, não pode ser transportado a um nível de segurança, só pode ser transformado. O resultado a que se chega é que as instâncias políticas são constringidas ao risco de uma regulação provavelmente desnecessária, de uma proibição desnecessária (DE GIORGI, 1998, p. 245).

Não obstante a isso, há notadamente a ausência de uma construção jurisprudencial consolidada e harmônica, por vezes conflitante, pelo Poder Judiciário sobre a tutela dos recursos naturais e, em especial, sobre as Áreas de Preservação Permanente, da mesma maneira que é patente o conflito entre as normas que regulam a matéria.

Para Grau: “a exigência de um sistema de normas jurídicas uniforme e de um sistema de decisões políticas integrado em relação a determinado território é essencial para o funcionamento e o desenvolvimento dos mercados”. (GRAU, 2010, p. 30)

É cediço que essa distorção do cumprimento da função jurisdicional compromete não apenas as atividades econômicas e as distribuições de riquezas que utilizam os recursos naturais como fontes de suas ações, mas também estes terão a ausência de uma proteção que resguarde o seu equilíbrio. Talvez esse fato seja explicado pela dificuldade em se estabelecer uma análise sistêmica da matéria ambiental, que se revela de premente complexidade, posto que é objeto de uma intrincada repartição de competências entre os entes da federação.

Entretanto, também pode revelar uma abstenção em se proceder ao necessário esforço da busca pelo conhecimento das matérias que estão sob julgamento ou mesmo que tais julgamentos estão sob pressão social, com os seus provimentos não sendo decididos com base no mérito e sim, para satisfazerem determinados grupos de interesse.

Independente de qual seja a razão para essa realidade, a conclusão a que se chega é que não há pelo Poder Judiciário a assunção da atribuição de guardião dos recursos naturais com a efetividade que dele se espera, constituindo um retrato que se estende aos demais agentes públicos em todas as esferas do Poder, seja no Legislativo, seja no Executivo.

3.3 A legislação simbólica na definição das Áreas de Preservação Permanente e a proposta de um novo modelo para a efetiva tutela desses espaços especialmente protegidos

Objetivando atingir um nível de segurança, o sistema político força o aumento das proibições impostas pelo sistema jurídico. Segundo Marcelo Neves: “há uma expansão da esfera do político em detrimento do desenvolvimento autônomo de um código de diferença entre lícito e ilícito” (NEVES, 2007, p. 148), fato esse que ocasiona o rompimento da *autopoiese* do sistema jurídico, passando-se a uma sobreposição do sistema político frente ao sistema jurídico.

Todavia, apesar de essa legislação buscar um nível de segurança satisfatório, ela nunca o obterá, à medida que tal fato fica claro para os agentes sociais, decai a efetividade dessa legislação, ao passo em que aumenta a sua função meramente simbólica.

Essa legislação simbólica pode ser definida como textos “cuja referência manifesta a realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificadamente normativo-jurídico” (NEVES, 2007, p. 30). É legislação sem eficácia real, voltada a atender interesses políticos. É frequentemente utilizada como instrumento para a confirmação de valores sociais, adiamento de soluções de conflitos sociais por meio de compromissos dilatórios e, finalmente, demonstração da capacidade de ação do Estado.

Esse último tipo, chamado de legislação-álibi, é o mais adequado quando se trata de regulamentação do risco ou de matérias polêmicas na sociedade moderna, em especial o risco de danos ambientais. Seu objetivo é fortificar a confiança do cidadão no Estado.

O legislador, sob pressão da opinião pública temerosa dos riscos que corre e inconsciente da incapacidade do Estado em alcançar a segurança, elabora diplomas normativos que proíbem comportamentos considerados arriscados e assim satisfazem as expectativas dos cidadãos. Essas proibições, na maioria das vezes, não resultam em qualquer benefício social ou ambiental. Não há real efetividade nessas normas. Entretanto, o legislador e o julgador se descarregam das pressões políticas que sofrem. Os políticos se apresentam como ágeis e atuantes e, não raro,

o juiz é o braço forte da lei e dos anseios sociais. O Estado responde à demanda da sociedade, pouco importando se a norma posta tem capacidade de se concretizar. Um exemplo de legislação - álibi é apontado por Marcelo Neves (2007):

Kindermann refere-se ao caso de peixes acometidos por nematódeos que, conforme reportagem da TV alemã (1987), estariam sendo comercializados, provocando doenças intestinais nos consumidores. Os problemas econômico-sociais resultantes da redução do consumo provocado pela reportagem levaram o Governo Federal da Alemanha a expedir um Decreto muito abrangente e detalhado, que deveria garantir o não acesso ao comércio de todo e qualquer peixe acometido, tendo sido recebido com satisfação pelo público e servido para mostrar que o Estado 'tinha os problemas sobre controle'. Com isso, obtinha-se efeitos positivos para a regularização do comércio de pescados, embora sob o ponto de vista instrumental, o problema ou risco da comercialização e consumo de peixes contaminados permanecesse fora do controle estatal, dependendo antes das medidas dos comerciantes de pescados. (NEVES, 2007, p.37-38).

Todavia, esses tipos de legislações simbólicas são percebidos quase que exclusivamente nos países com fragilidade em suas instituições democráticas, por vezes pautados em regimes com características, ainda que fragmentadas, autocráticas e com administrações pautadas na personalidade de quem ocupa o poder. Razão pela qual, notadamente, florescem em grande número nos países latino-americanos.

No caso específico da legislação brasileira sobre as Áreas de Preservação Permanente, é claro o exemplo de legislação-álibi realizado, ao mesmo tempo, pela esfera federal e estadual. É o caso estudado no tópico 3.1 deste trabalho.

Trata-se da conceituação de APPs já estudada que, por sua generalidade se estende por grande parcela do território nacional. A referida norma possui rigidez proporcional à sua amplitude, de forma que apenas é permitida a supressão ou o seu manejo nos casos de utilidade pública, interesse social ou atividade de baixo impacto. Casos esses todos expressos na Resolução CONAMA nº 369 (BRASIL, 2006).

Assim sendo, para tentar sanar o problema resultante da extensão e rigidez do conceito de Área de Preservação Permanente, o art. 2º, II, 'c' da referida Resolução (BRASIL, 2006) previu que será de interesse social a ocupação humana consolidada nas APPs (caso de quase a integralidade do território de Minas Gerais), sendo condição para a sua regularização a realização de políticas públicas de regularização fundiária sustentável da área urbana.

Políticas públicas urbanas de regularização fundiária de difícil concretização, haja vista o alto valor para a sua implantação, não obstante o elevado número de municípios que seriam obrigados a realizá-las (por exemplo, no caso de Minas Gerais), além das divergentes situações socioeconômicas desses municípios. Isso tudo sem consideração ainda do histórico político brasileiro de inércia na instrumentalização de políticas públicas e sociais.

Por sua vez, o Estado de Minas Gerais, sensivelmente afetado pela conceituação das APPs, editou a Lei nº 14.039, que em seu art. 11 previu a ocupação antrópica nessas áreas, anistiando a população envolvida, desde que “atendidas as recomendações técnicas do poder público para a adoção de medidas mitigadoras e de recuperação de áreas degradadas” (MINAS GERAIS, 2002)

Essas recomendações se referem à citada política urbana de regularização fundiária, que, por sua vez, são transferidas aos Municípios, que, em sua maioria não a implantaram até o momento e sequer a implantarão pelas razões acima elencadas, constituindo, assim, um jogo entre os entes da federação e um exemplo de legislação-álibi.

Agradam-se tanto os grupos ambientais, com a previsão legal rígida, quanto as populações envolvidas, com a promessa de regularização, enquanto até que se cumpram, fica paralisada a situação, sem consequências para as partes em questão.

A legislação torna-se um álibi, decorrente da tentativa de dar aparência de solução a um problema, ou, pelo menos, convencer a opinião pública das boas intenções e da capacidade do Estado.

Na sociedade moderna, a busca pela segurança leva à tentativa de regular os riscos via formas jurídicas. O resultado é uma legislação que serve apenas para sustentar as próprias ilusões de segurança, enquanto se continua a correr riscos imperceptíveis.

Outro exemplo desse tipo de legislação foi a injustificável alteração, sem critério técnico algum que embasasse, da metragem mínima das Áreas de Preservação Permanente de cinco metros para trinta metros, de forma objetiva. De igual maneira, injustificáveis os seus limites máximos no patamar de quinhentos metros. Medidas essas variáveis progressivamente de acordo com a largura dos cursos d'água e estabelecidas pelo Código Florestal (BRASIL, 1965).

Art. 2º da Lei nº 4.771/65: Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será:

1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura

2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;

3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;

4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;

5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;

c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura;

d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;

e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45°, equivalente a 100% na linha de maior declive;

f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;

g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;

h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação. (BRASIL, 1965).

Inúmeras novas pesquisas têm sido realizadas com resultados que indicam que a melhor forma para se fixar as Áreas de Preservação Permanente e, com isso, cumprir o seu propósito de proteção dos recursos hídricos, não é unicamente por meio de metragem objetiva e estática da vegetação da mata ciliar a ser preservada de acordo com a largura dos seus respectivos cursos d'água. Ao revés, essa fixação pode, inclusive, ser insuficiente para a proteção desses reservatórios de água, embora com razoável metragem de vegetação.

Sebastião Renato Valverde et al. (2001)¹⁰ destacam que:

No tocante, particularmente, às APP, o absurdo é maior quando grande parte dos operadores do Direito entende que nestas áreas reina o princípio

¹⁰ Professor Associado do Departamento de Engenharia Florestal da Universidade Federal de Viçosa, Minas Gerais.

da intocabilidade, proibindo, assim, o seu manejo sustentável e inviabilizando, ainda mais, a observância da Lei. Isto sem falar na dificuldade de se definir o tamanho e o formato destas áreas, uma vez que a sua largura mínima ao longo dos cursos d'água alterou, sem qualquer critério técnico, de 5 metros para 30. (VALVERDE et al., 2001, p. 2).

Para se ter uma base da relevância do problema e da inadequação da legislação causando insegurança jurídica na cadeia produtiva, encontra-se a região do Pantanal, cuja paisagem é complexa, com interferência de outros biomas, como o cerrado e o amazônico, o que faz com que as APPs sejam de difícil localização, uma vez que os seus cursos de água são sazonais, com grande variação nos seus níveis pelos períodos de chuva.

Esse quadro natural resulta em um intrincado problema quanto às áreas que deveriam ou não ser de preservação permanente, obstaculizando o próprio uso da terra pela grande incerteza do critério de metragem utilizado.

Assim, se confundem não apenas os proprietários rurais na destinação das áreas de suas pastagens, ou as empresas mineradoras que lá atuam, mas também os próprios administradores públicos na apreciação das licenças para as atividades minerárias, pois não conseguem delimitar com exatidão onde há ou não as APPs. Até mesmo o legislador ordinário se perde em meio à incerteza conceitual que subjaz ao tema.

Nesse sentido, observa-se que a definição dos limites métricos das APPs é obtida a partir da borda dos cursos das águas quando estes se encontram em seu nível mais elevado. Mas esse padrão legal instituído pelo Código Florestal (BRASIL, 1965) não é harmônico entre os entes da federação.

Para fins de alusão, enquanto a Resolução CONAMA nº 303 (BRASIL, 2002) dispõe em seu art. 2º, I que os limites das APPs serão definidos pelo nível mais alto alcançado por ocasião da cheia sazonal do curso d'água perene ou intermitente, o Estado do Mato Grosso adota como parâmetro para a medida das APPs na região do Pantanal, o curso das águas em seu nível mais baixo. (Art. 7º, §§ 1º e 2º da Lei nº 8.830 (MATO GROSSO, 2008).

Para assim dispor em desconformidade com a legislação Federal, o Estado do Mato Grosso utilizou o subterfúgio de instituir como parâmetro o nível mais alto dos rios e demais cursos d'água, entretanto, considerados no período sazonal da seca, quando há baixo volume dos cursos d'água. Logo, considerando, um nível inferior ao adotado pelo órgão federal.

Por essa razão, visando a solucionar os pontos de inflexão do conceito de APP, pesquisadores do EMBRAPA Pantanal sugerem a criação de Áreas de Conservação Permanente, conforme discorre o pesquisador da referida instituição, Walfrido Tomás, citado por Ana Maio (2010):

Sob o ponto de vista do pesquisador, as ACPs seriam as áreas campestres em trechos inundáveis, utilizados para produção pecuária, e onde não seria permitida a alteração da vegetação nativa, nem mudanças na hidrologia (uso de diques e canais de drenagem). Na verdade, estas são as áreas tradicionalmente utilizadas no Pantanal para bovinocultura extensiva, e sua inclusão na legislação seria uma incorporação do que os pantaneiros fazem há mais de 200 anos. (MAIO, 2010).

A pertinência e viabilidade da criação das ACPs (Áreas de Conservação Permanente) ensejou a realização de um *Workshop* no ano de 2004 pela Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA) na cidade de Cuiabá/MT, oportunidade que resultou na edição da Lei Estadual nº 8.830/08 (MATO GROSSO, 2008) a qual instituiu tais áreas especiais na região do Pantanal.

Na mesma esteira, conforme Fonseca (2009) o EMBRAPA Florestas apresentou um projeto ao Senado Federal, de autoria de Gustavo Ribas Curcio¹¹, que propõe que para a determinação das Áreas de Preservação Permanente em ambientes fluviais deve-se considerar aspectos geomorfológicos, pedológicos, hidrológicos, florísticos, faunísticos, climáticos, geológicos, bem como as formas e a intensidades de manejo nas APPs.¹²

Assim, para Gustavo Ribas Curcio citado por Fonseca (2009), a largura da mata ciliar deve considerar a natureza do terreno da margem e do solo que a constitui, de modo que quanto maior o declive do terreno, maior deverá ser a largura da mata ciliar que o envolve e, ainda, quanto mais frágil for o solo, como os arenosos, maior deverá ser, também, a largura de sua mata ciliar.

Em sentido contrário, um terreno plano e de solos consistentes, como o argiloso, a Área de Preservação Permanente poderá ser proporcionalmente reduzida, sem prejuízo algum ao resguardo dos recursos hídricos locais.

Esse modelo atenderia, portanto, à finalidade de maior proteção e efetividade das medidas do Poder Público para o resguardo dessas áreas protegidas e seus

¹¹ Engenheiro Agrônomo, Mestre em Ciências do Solo e doutor em Engenharia Florestal pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisador III da Embrapa Florestas (PR).

¹² Proposta para a legislação brasileira: APP fluvial. Embrapa, Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

respectivos recursos hídricos. Proteção que não necessariamente se deve basear na largura dos cursos d'água, como é o caso da ocorrência de enxurradas, mas também ao declive das encostas, à textura e espessura dos solos, à fragilidade em topos de morros decorrente do aclive do terreno, à dimensão da área do topo e à sua geologia da área.

Estes fatores é que são os responsáveis pela tensão ecológica nessas áreas e determinam a adoção de medidas de proteção (SENADO FEDERAL, 2009). A adoção do atual modelo para a delimitação das APPs se fundamenta no fato de que, à época da edição do Código Florestal (Brasil, 1965), o País não dispunha de sistemas e instrumentos para a mensuração e delimitação das APPs, o que justificou a sua fixação por critérios objetivos. Todavia, essa não é mais a realidade atual: o Brasil possui tecnologia para análise por satélite que propicia a identificação específica das APPs existentes em dada região, com as suas respectivas particularidades, bem como a possibilidade de análise das propriedades do solo com a devida correção, o que permite um zoneamento efetivo das diversas áreas especialmente protegidas e a máxima utilização dos seus recursos de forma sustentável.

No Direito Comparado, torna-se flagrante a rigidez em demasia da legislação brasileira no tocante às APPs, oportunidade em que se torna singular a extensão dessas áreas até o excessivo limite de 500 (quinhentos) metros. Mensuração essa tomada objetivamente pelo legislador e sem qualquer critério que a justifique, ocupando significativas parcelas de propriedades produtivas.

Sebastião Renato Valverde et al. (2001) em estudo sobre o tema observaram que:

Em países como Suécia, Finlândia, Austrália, Canadá, EUA, China, Argentina e África do Sul praticamente não há paralelo algum com os excessos exigidos pela legislação brasileira. Independente das condições sócio-econômicas, políticas, climáticas, topográficas, de extensão territorial, em nenhum dos países estudados se notou que a largura das APP varia tanto como ocorre no Brasil, cuja extensão, partindo de 30m pode atingir 500m. Do mesmo modo, não foi observada, em nenhum destes países, a exigência de intocabilidade destas áreas e de seus recursos, tal qual o são no Brasil. Vale salientar, aliás, por oportuno, que, em nenhum dos países acima, as APP chegam a ocupar tamanho tão significativo da propriedade como acontece no Brasil, principalmente nas regiões acidentadas, onde elas alcançam, aproximadamente, 50% da área da propriedade, parcela esta considerada as mais agricultáveis. (VALVERDE et al., 2001).

O fato é que, embora algumas esparsas legislações brasileiras que visam a compensar aos proprietários, como o próprio Decreto Estadual nº 43.710/94 em seus arts. 39, 40 e 42 (MINAS GERAIS, 2004), com exceção da isenção do ITR em relação às áreas de APPs, prevista no art. 104 da Lei nº 8.171/91 (BRASIL, 1991), estes benefícios são irrisórios e, portanto, inócuos.

A única alternativa realmente efetiva para viabilizar a proteção ambiental com o desenvolvimento de forma sustentável e, por conseguinte, rentável, é a noção de que os proprietários de áreas especialmente protegidas contribuem com a limitação de sua propriedade em prol de toda a coletividade e das gerações futuras. São assim entendidos como verdadeiros prestadores de serviços ambientais e, portanto, devem receber compensações efetivas como pagamento por tais serviços prestados.

Até porque, qual o fundamento válido para apenas um proprietário, individualmente, ter a sua propriedade limitada, tanto em extensão como em rentabilidade, com perda significativa de suas melhores áreas produtivas em face da existência de APPs em benefício de toda a coletividade, sem que essa lhe estabeleça uma contrapartida, subvertendo, dessa maneira, o teor do princípio do usuário pagador?

E mais, qual será a contribuição dessas Áreas de Preservação Permanente em resguardar os recursos hídricos a elas subjacentes, protegidas herculeamente e sem nenhum benefício efetivo e razoável pelo proprietário de suas áreas se, 200 (duzentos) metros adiante, o próprio Poder Público descarrega todos os dejetos provenientes do seu sistema de esgoto sem submissão a qualquer tratamento para atenuar a impactação desses mesmos recursos hídricos?

Problema agravado em virtude não haver efetividade nas sanções que deveriam ser aplicadas ao Poder Público, mas que não o são, justamente por ser ele mesmo o julgador dos seus atos, incorrendo na tentativa de se eximir por meio da aplicação do princípio da reserva do possível diante de ausência de condições financeiras e técnicas para o caso concreto.

Para se ter uma ideia do descaso do Poder Público, de acordo com o Ministério das Cidades, em relatório publicado no ano de 2010 pelo Sistema Nacional de Informação sobre Saneamento (SNIS), tomado como base o ano de 2008, apenas 34,6% dos esgotos gerados no Brasil são tratados, atingindo a marca de apenas 43,2 % da população global brasileira atendida pelo sistema de coleta,

consideradas a urbana e a rural¹³.

Essa situação existe e é corriqueira porque, no Brasil, há um temerário histórico de supremacia do interesse público em face do privado, sujeitando toda a população às iras de seu regramento, sem qualquer contrapartida da sua parte ou qualquer responsabilização dos seus agentes¹⁴.

Enquanto não houver uma alteração da ótica de se analisar a questão ambiental de forma inflexível e utópica, promovendo uma supremacia absoluta e quase ditatorial de direitos fundamentais coletivos em face de direitos fundamentais privados, e sempre *a priori*, não haverá, em absoluto, o alcance de um desenvolvimento sustentável e este continuará sendo, somente, o maior jargão dos discursos demagógicos.

Por todo o observado, tendo em vista a importância estratégica das práticas minerárias nas Áreas de Preservação Permanente, passa-se a uma análise mais aguda do debate, por meio da qual é imprescindível o estudo de sua previsão legal, excludentes e os institutos de prevenção, recuperação e compensação, sem os quais, impossível se chegar a uma conclusão válida sobre o tema.

¹³ Ministério das Cidades, Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS). DIAGNÓSTICO DOS SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTOS – 2008: Tabelas de Informações e Indicações, tabela iii

¹⁴ Sobre o assunto, recomenda-se a leitura de “Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo a supremacia do Interesse Público”. Coordenação, Daniel Sarmento

4 MINERAÇÃO EM ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

4.1 A previsão normativa para a mineração em Áreas de Preservação Permanente e a vinculação aos casos de utilidade pública e interesse social

Não há atividade minerária sem que haja impacto ambiental. Impactos ambientais são inerentes ao processo de extração mineral, independente da forma e a maneira como é conduzido, em decorrência do uso direto dos recursos minerais. O que, contudo, muda, de acordo com as técnicas e padrões adotados, será o grau da impactação ou a magnitude da extensão dos danos.

Dado o caráter dos impactos ambientais, eles podem ser positivos ou negativos. Assim, uma área hipoteticamente considerada, com grande passivo ambiental em virtude do manejo irresponsável de atividades econômicas preteritamente nela desenvolvidas, o que não é raro de se acontecer no Brasil, pode vir a sofrer significativos impactos ambientais positivos, com o advento da implantação de um empreendimento minerário, por meio da elaboração criteriosa do Plano de Recuperação de tal área após o término da mineração. Nesse caso, terá havido um ganho na qualidade ambiental da área em questão após o término das atividades minerárias.

Ainda, é sensível o fato de que não se pode escolher a localização para a exploração dos recursos minerais, sendo tal fator determinado pela própria natureza, independente se dentro ou não de unidades de uso direto ou indireto de seus recursos. Em outros termos, não há alternativa locacional.

Respaldado na Decisão do plenário do STF na reconsideração do deferimento de uma liminar na ADIN 3.540-1/2005 (BRASIL, 2005), que será posteriormente analisada, o CONAMA editou a Resolução nº 369 (BRASIL, 2006) que regulamentou o art. 4º do Código Florestal (BRASIL, 1965), elencando os casos de utilidade pública e interesse social que permitirão a supressão de vegetação nas Áreas de Preservação Permanente:

Assim, de acordo com o artigo 2º da supracitada Resolução CONAMA, será considerada:

I - utilidade pública:

- a) as atividades de segurança nacional e proteção sanitária;
- b) as obras essenciais de infra-estrutura destinadas aos serviços públicos

- de transporte, saneamento e energia;
 - c) as atividades de pesquisa e extração de substâncias minerais, outorgadas pela autoridade competente, exceto areia, argila, saibro e cascalho;
 - d) a implantação de área verde pública em área urbana;
 - e) pesquisa arqueológica;
 - f) obras públicas para implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e de efluentes tratados; e
 - g) implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e de efluentes tratados para projetos privados de aqüicultura, obedecidos os critérios e requisitos previstos nos §§ 1º e 2º do art. 11, desta Resolução.
- II - interesse social:
- a) as atividades imprescindíveis à proteção da integridade da vegetação nativa, tais como prevenção, combate e controle do fogo, controle da erosão, erradicação de invasoras e proteção de plantios com espécies nativas, de acordo com o estabelecido pelo órgão ambiental competente;
 - b) o manejo agroflorestal, ambientalmente sustentável, praticado na pequena propriedade ou posse rural familiar, que não descaracterize a cobertura vegetal nativa, ou impeça sua recuperação, e não prejudique a função ecológica da área;
 - c) a regularização fundiária sustentável de área urbana;
 - d) as atividades de pesquisa e extração de areia, argila, saibro e cascalho, outorgadas pela autoridade competente;
- III - intervenção ou supressão de vegetação eventual e de baixo impacto ambiental (BRASIL, 2006).

O Código Florestal determina ainda que a intervenção ou supressão somente será autorizada quando o requerente comprovar inexistência de alternativa técnico-locacional, ou seja, em *ultima ratio*, motivo pelo qual torna patente a sua imprescindibilidade e inescusável vedação de tais intervenções:

Art. 4º A supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto. (BRASIL, 1965).

Vê-se, pois, que o manejo econômico de tais áreas não está submetido ao puro arbítrio do aplicador da norma e, sim, vinculado quanto à sua incidência, qual seja o eminente interesse público ou utilidade social, devidamente caracterizado e motivado mediante procedimento administrativo próprio.

A autorização de uma atividade minerária em Área de Preservação Permanente é, portanto, um ato administrativo motivado, suscetível ao mérito administrativo, com procedimento próprio, de competência do Poder Executivo, por meio do seu órgão ambiental e cuja referida atribuição decorreu de uma norma editada pelo Poder Legislativo, que é o Código Florestal (BRASIL, 1965).

Bandeira de Mello (2007) assim conceitua o exercício do mérito administrativo:

Mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada. (MELLO, 2007, p. 928-929).

Lado outro, decorrente da previsão legal, a ausência de motivação da decisão que negar autorização para a extração de recursos minerais em uma APP, ou ainda que esteja motivada, poderá ser anulada, caso esteja demonstrada a possibilidade de recuperação ambiental por meio do EIA/RIMA ou PCA, bem como a ausência de alternativa técnico-locacional.

Logicamente, a existência no caso concreto de áreas de relevante interesse natural e social, como locais com espécies em extinção ou só lá existentes; nascente de um corpo d'água frágil e de importante bacia hidrográfica; ou área de proeminente valor histórico-cultural ou paisagístico, serão objeto de devida fundamentação pelo órgão administrativo, denegando a autorização para a mineração na Área de Preservação Permanente local.

Aliás, esse é um assunto de grande sensibilidade que reflete, inclusive, distorções de uma política ambiental por vezes alicerçada em fundamentos autoritários e míopes, que tomam os fatos por uma ótica restritiva, sem uma maior acuidade com o todo do campo de atuação e efeitos que a atividade produtiva seria capaz de desempenhar.

Nesse sentido, os órgãos ambientais, comprometidos, como ideal seriam, com um crescimento sustentável efetivo, devem atuar não apenas de maneira repressiva atrofiando a iniciativa privada, mas, sobretudo de forma educativa e, paralelamente, com pesquisas para aprimorar as extrações minerais com menores danos e custos.

Um exemplo a ser seguido, no âmbito dos próprios órgãos públicos, é a atuação do EMBRAPA, sem a qual não haveria, a partir de sua criação, os avanços gerados na agropecuária, inclusive no tocante à socialização e disseminação de tecnologias, estímulos para o crescimento das taxas de emprego e de produtividade. Isso porque, estima-se, de todo o segmento minerário no Brasil, em torno de 7.000 empreendimentos, apenas por volta de 300 constitui grandes mineradoras; a maioria

é integrada por pequenos e médios mineradores (FREIRE, 2007).

Mister ressaltar que os casos previstos na Resolução CONAMA nº 369 (BRASIL, 2006) como de utilidade pública e interesse social não são taxativos, ou *numerus clausus*, o que pode ser facilmente inferido na análise do artigo 44º da Lei nº 9.605 (BRASIL, 1998), que sujeita a pena de detenção aquele que extrair pedra, areia, cal ou qualquer espécie de minerais de florestas de domínio público ou consideradas de preservação permanente, sem prévia autorização.

Para Freire (2005):

a interpretação desse dispositivo autoriza concluir que a extração de pedra, areia, cal ou qualquer espécie de minerais em Área de Preservação Permanente é consentida. A sanção, compreensível, é para a hipótese de exploração sem prévia autorização do órgão competente (FREIRE, 2005, p. 69).

Ainda, em Minas Gerais, o tema é tratado de forma clara pela Lei nº 14.309, especialmente nos seus artigos 12 e 13 (MINAS GERAIS, 2002) e pelo Decreto nº 43.710, (MINAS GERAIS, 2004) senão vejamos o que este dispõe:

Decreto nº 43.710/04:

Art. 47: O licenciamento de empreendimentos minerários causadores de significativos impactos ambientais, como supressão de vegetação nativa, deslocamento de populações, utilização de áreas de preservação permanente, reserva legal, cavidades subterrâneas e outros, fica condicionada à adoção, pelo empreendedor, de estabelecimento de medida compensatória que inclua a criação unidade de conservação integral.

§ 1º: A área utilizada para a compensação, nos termos do *caput* deste artigo, não poderá ser inferior em tamanho e relevância ambiental àquela utilizada pelo empreendimento para a extração do bem mineral, construção de estradas, construções diversas, beneficiamento de estradas ou estocagem, embarque e outras finalidades.

§ 2º: Para os casos de empreendimentos minerários com significativos impactos ambientais que, a critério técnico, não possuam tamanho significativo para viabilizar a criação das unidades de conservação, conforme previsão no *caput* deste artigo, será permitida a compensação através da criação, implantação ou manutenção de unidades de conservação já existentes em áreas na bacia hidrográfica ou de ordem imediatamente superior, de preferência no mesmo Município, isoladamente ou em comum.

§ 3º: A compensação de que trata este artigo será feita, obrigatoriamente, na bacia hidrográfica e, preferencialmente, no Município onde está instalado o empreendimento, mediante aprovação do IEF. (MINAS GERAIS, 2004).

Em complemento, a Deliberação Normativa nº 76 (MINAS GERAIS, 2004) estabelece os critérios para a classificação, segundo o porte e potencial poluidor, dos empreendimentos e atividades modificadoras do meio ambiente passíveis de

autorização ambiental de funcionamento ou de licenciamento ambiental no âmbito estadual e determina as normas para a indenização dos custos de análise dos pedidos de autorização ambiental e de licenciamento ambiental.

Portanto, as hipóteses de permissibilidade são decorrentes de fatores que legitimam a exploração por sua própria associação a valores maiores e constitucionalmente previstos, notadamente o direito ao direito fundamental a livre exercício de atividade econômica, disposto no art. 170 (BRASIL, 1988), cumprida a função social da propriedade privada, e em atenção à manutenção do ambiente ecologicamente equilibrado, outro direito fundamental expresso no art. 225 da mesma Carta (BRASIL, 1988).

Não há como se imaginar o cotidiano sem os proventos da mineração, como, por exemplo, utensílios metálicos como garfo e panela ou a produção de alimentos em larga escala com a utilização de pesticidas e agrotóxicos.

Do mesmo modo, a ocorrência mineral não cabe ao minerador e, sim, à natureza, inexistindo poder de escolha, motivo pelo qual o legislador deve considerar o princípio da rigidez locacional dos recursos minerários na normatização de sua extração. Devido a isso, não se podem desprezar as riquezas de determinada área fecundada pela natureza, constituindo um verdadeiro “Capital Natural” ou ecológico, tão pródigo neste País. (HAWKEN; LOVINS; LOVINS apud NUNES, 2006, p. 28).

A isso, soma-se o fato de que nessas Áreas de Preservação Permanente estão grande parte de alguns minérios, como é o exemplo da produção mineral do ferro no Brasil, realizada substancialmente em Áreas de Preservação Permanente. (AGOSTINHO, 2007).

Seguindo essa análise da vinculação estrita do local onde se encontram as substâncias minerais, por razões óbvias de sua inamovibilidade, bem como a importância estratégica das APPs, Freire assevera que “se houver proibição de atividade mineral em Áreas de Preservação Permanente, o setor pára, definitivamente. O Brasil passará a importar até brita”. (FREIRE, 2005, p.68).

Assim, extrai-se a conclusão de que a supressão da vegetação nativa das APPs estará vedada apenas por motivos meramente econômico-financeiros, sem o exercício da função socioambiental da propriedade.

Isso posto, se não demonstrado o interesse social ou utilidade pública, não será autorizada a mineração, como ocorre nos casos de concentração irrisória de mineral, ou concentração de minerais sem valores econômicos expressivos, cujo

custo-benefício da extração não compensem a degradação do ambiente.

Utilizando-se o mesmo raciocínio, uma vez ocorrendo a utilidade pública ou o interesse social e não havendo alternativa técnico-locacional, será permitida a extração mineral, por meio da qual, em virtude de um proveito ou benefício maior da coletividade, se abre mão de recursos ambientais disponíveis e em espaços especialmente protegidos para que se atinja tal fim.

4.2 O tratamento diferenciado dos produtos minerais utilizados nas atividades cerâmicas e na construção civil

Importante ressalva merece a pesquisa e exploração de areia, argila, saibro e cascalho e a extração de rochas na construção civil.

A Resolução CONAMA nº 369 (BRASIL, 2006), ao incluir em seu art.2º como de “utilidade pública” as atividades de pesquisa e de extração mineral, representou um significativo ganho para a mineração. No entanto, este não foi pleno, uma vez que foram excepcionados dessa classificação a areia, a argila, o saibro e o cascalho.

Ocorre que o uso dessas substâncias é essencial para o segmento da construção civil, para a fabricação de vidros, espelhos, cimentos, abertura de vias de rodagens e sua manutenção, sobretudo na área rural, com a utilização do cascalho, atividades revestidas de grande utilidade pública.

Embora tal diferenciação possa passar despercebidamente, ela pode acarretar transtornos de diversas ordens, como por exemplo, a menção expressa da Lei Estadual nº 14.309 (MINAS GERAIS, 2002), que prevê a possibilidade de intervenções nas áreas de veredas, que são todas compostas por áreas de preservação permanente (Resolução CONAMA nº 303, art. 2º, III, BRASIL, 2002) apenas para os casos de utilidade pública, restringidas as modalidades de interesse social, como se pode observar:

Art. 13: A supressão de vegetação nativa em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizado e motivado em procedimento administrativo próprio, quando não existir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto.

§ 10º. São vedadas quaisquer intervenções nas áreas de veredas, salvo em caso de utilidade pública, dessedentação de animais ou de uso doméstico. (MINAS GERAIS, 2002).

Tal restrição para os casos de interesse social se estende também às normas federais, além dos casos das veredas, aos de dunas e manguezais.

A solução mais adequada para o controle da exploração de tais substâncias nas APPs, consideradas a sua importância e inegável utilidade pública para a construção civil, não parece ser a vedação prévia e objetiva. Ao contrário, deveria ocorrer a análise do caso concreto, observados os instrumentos do EIA e RIMA, o PRAD ou no caso, observada a área a ser utilizada e a forma como o empreendimento se dará, bem como outras exigências de estudos complementares pela autoridade administrativa para que, de maneira fundamentada e motivada, ocorra a restrição ou a autorização, não obstante a responsabilidade de tal ato e atividade pelos agentes envolvidos, sejam esses agentes públicos ou privados.

Apesar da clara utilidade pública dessas substâncias, sua vedação prévia e objetiva fere frontalmente o princípio da isonomia preceituado no art. 5º da Magna Carta (BRASIL, 1988), uma vez que se a toda atividade mineradora foi possibilitada se exercer em APPs, qual razão assiste à Resolução CONAMA nº 369 (BRASIL, 2006), em vedar apenas o segmento das atividades cerâmicas, deslocando-as para os casos de interesse social e não para os de utilidade pública, como nos demais segmentos?

Dessa maneira, está o referido dispositivo normativo eivado de vício pela inconstitucionalidade da diferenciação não isonômica de qualificação das mencionadas substâncias, sem que tenha havido pertinente fundamentação, o que acarreta flagrantes distorções para os segmentos envolvidos e compromete o desenvolvimento do seu setor econômico.

Outro fator relevante para o debate refere-se ao artigo 7º, §§ 4º e 5º da mesma Resolução do CONAMA:

Art. 7º:

[...]

§ 4º A extração de rochas para uso direto na construção civil ficará condicionada ao disposto nos instrumentos de ordenamento territorial em escala definida pelo órgão ambiental competente.

§ 5º Caso inexistam os instrumentos previstos no § 4º, ou se naqueles existentes não constar a extração de rochas para o uso direto para a construção civil, a autorização para intervenção ou supressão de vegetação em APP de nascente, para esta atividade estará vedada a partir de 36 meses a partir desta Resolução (BRASIL, 2006).

O dispositivo, com redação confusa, impôs à extração de rochas para uso direto na construção civil uma condicionante para o seu exercício, consistente na existência de previsão legal do estado-membro em que se situa, sendo que, inexistindo dispositivo normativo que a regule, será vedada, de plano, tal atividade econômica.

Todavia, é inadmissível que o poder público, diante da sua incapacidade de cumprir com as suas atribuições normativas na tutela, viabilização e fiscalização da iniciativa privada, repasse para essa o ônus de sua inércia legislativa, terminando por inviabilizar as atividades produtivas, em desrespeito ao direito constitucional da livre iniciativa em face da ausência de vedações legais.

Em que pese o entendimento deste estudo de que as atividades ligadas à construção civil deveriam ser de utilidade pública, se a própria Resolução CONAMA nº 369, em seu art. 2º (BRASIL, 2006) as definiram como atividades de interesse social, a simples inércia legislativa não é razão suficiente para obstaculizar a sua atividade.

Qualquer entendimento ao contrário seria o mesmo que assentir que a omissão legislativa, que revela nada mais do que a falha do Poder Público em assumir os seus compromissos institucionais, possui maior valor do que o interesse da sociedade reconhecido por norma sobre a referida atividade de construção civil.

Não há, em um Estado de Direito pós-moderno, com valores democráticos, a prevalência de interesses públicos em face dos particulares de forma objetiva. E o fato de se repassar o ônus da inércia legislativa à iniciativa privada nada mais é que considerar que o Estado, diante da saturação das agendas do seu Executivo e Legislativo, deve ter flexibilizados os seus compromissos com a sociedade.

Isso, não obstante o fato de que, pelo princípio da legalidade, é pacífico o entendimento de que ao Estado é lícito exercer as suas atribuições estritamente nos limites previstos pela Lei, enquanto aos particulares, é lícito o desempenho de qualquer atividade, ato ou conduta, desde que não prescrita em Lei.

O art. 7º, §§ 4º e 5º (BRASIL, 2006), deliberadamente, subverteu esse preceito fundamental, sendo, portanto, inconstitucional. Sem dúvida, esse fato constitui mais uma perda para o setor empregatício em um País com pujança de recursos, mas com um sistema normativo extremamente rígido e que parece pressupor a existência de uma variedade industrial e econômica consolidada que justifique a negação dos benefícios sociais de tal atividade minerária.

4.3 As aplicações dos princípios da Prevenção, da Precaução e Compensação nas atividades minerárias em face da regulamentação normativa

Uma vez destacada a relevância dos impactos ambientais da mineração, sejam eles positivos ou negativos, eles devem ser analisados na concessão da autorização ambiental pelo critério da função social que desempenham, na apreciação da imprescindibilidade ou não dos recursos constantes nas jazidas, dos recursos ambientais existentes na região em que se concentrará a extração, bem como do plano de recuperação das áreas degradadas. Tudo isso de forma fundamentada e motivada pelo órgão administrativo competente, dentro dos limites que lhe foram atribuídos pelo legislador.

Será o passivo ambiental nos casos de viabilidade da concessão da autorização ambiental, um ônus social, ou seja, suportado pela sociedade em decorrência dos serviços por ela usufruídos e que são prestados pela mineração, enquanto não houver a substituição do modelo econômico atualmente adotado, sensivelmente dependente dos recursos naturais.

Contudo, tais atividades deverão ser promovidas de acordo com padrões técnico-científicos adequados na busca de menor impactação ao ambiente. Essa deve ser a regra, além da responsabilização conjunta entre Estado e empreendedor.

O Estado atual, mantenedor de diversas áreas de prioridade, como a saúde, a segurança, a educação, o transporte e a previdência social, não suporta mais o controle integral das atividades desenvolvidas em seu âmbito, aos moldes de como era feito no período do pós-guerra, a partir de 1945. Seja pelo excesso de burocracia, corrupção e ineficiência que este modelo gerou, seja pela ausência de recursos disponíveis para a manutenção desses serviços em níveis satisfatórios.

Aliás, o modelo de Estado provedor, paternalista, na conjuntura histórica da sociedade e do constitucionalismo moderno, encontra-se ultrapassado e objeto apenas de argumentos de retóricos saudosistas.

Tal tipo de estruturação estatal nada mais acarreta do que um excesso de gastos públicos e um campo fértil para políticas de cunho populista, cujo resultado inarredável constitui na formação de uma população ociosa e dependente do papel do Estado para se desenvolver, tolhendo, dessa forma, a iniciativa privada em sua expansão, como é o caso evidenciado em muitos dos países europeus antes de recentes reformas implementadas, bem como da América Latina como um todo.

Assim, deve o empreendedor assumir a responsabilidade pelo risco de suas atividades, para que, descumprido o comando legal a que essa se vincula, o Estado atue com o emprego do seu poder de polícia por meio de seus órgãos responsáveis.

Nesse sentido, um dos fundamentos da proteção ambiental orientadora da ação do empreendedor, é o princípio da Prevenção, uma regra de bom senso com a qual se busca evitar o cometimento de danos ao invés de contabilizá-los, uma vez que podem gerar estragos irreversíveis ou de difícil reparação.

Na mesma linha incorre o princípio da Precaução, que sugere que a obrigação de se adotar medidas específicas para evitar o dano e, da mesma forma, o ônus de que sua atividade não incorrerá em acidentes ambientais, caberá ao potencial poluidor.

Dessa maneira, o art. 225, § 1º, IV e V CF/88 (BRASIL, 1988) remete à necessidade de realização de um estudo prévio de impacto ambiental, previsão de controle de produção, comercialização e emprego de técnicas adequadas para a realização dos empreendimentos que possam causar impactação ao ambiente.

Atento a tais circunstâncias, o CONAMA, em observância ao art. 17, §§ 1º a 4º do Decreto nº 99.274/90 (BRASIL, 1990) elaborou a Resolução nº 001/86 (BRASIL, 1986), na qual, especificamente em seus artigos 2º e 4º, fixou os critérios básicos a serem exigidos nos estudos de Impacto Ambiental (EIA) para fins de licenciamento. Entre esses critérios está a necessidade do diagnóstico ambiental da área, descrição da ação proposta e suas alternativas e identificação, prevenção e análise dos impactos significativos, sejam positivos ou negativos e definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos.

Legitimando, mais uma vez a possibilidade de mineração em Áreas de Preservação Permanente, o CONAMA, em sua Resolução nº 369/06, asseverou:

Art. 7º: A intervenção ou supressão de vegetação em APP para a extração de substâncias minerais, observado o disposto na Seção I desta Resolução, fica sujeita à apresentação de Estudo Prévio de Impacto Ambiental-EIA e respectivo Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente-RIMA no processo de licenciamento ambiental, bem como a outras exigências, entre as quais:
I - demonstração da titularidade de direito mineral outorgado pelo órgão competente do Ministério de Minas e Energia, por qualquer dos títulos previstos na legislação vigente;
II - justificação da necessidade da extração de substâncias minerais em APP e a inexistência de alternativas técnicas e locacionais da exploração da jazida;
III - avaliação do impacto ambiental agregado da exploração mineral e os efeitos cumulativos nas APP's, da sub-bacia do conjunto de atividades de lavra mineral atuais e previsíveis, que estejam disponíveis nos órgãos

competentes;

IV - execução por profissionais legalmente habilitados para a extração mineral e controle de impactos sobre meio físico e biótico, mediante apresentação de Anotação de Responsabilidade Técnica - ART, de execução ou Anotação de Função Técnica - AFT, a qual deverá permanecer ativa até o encerramento da atividade minerária e da respectiva recuperação ambiental;

V - compatibilidade com as diretrizes do plano de recursos hídricos, quando houver;

VI - não localização em remanescente florestal de mata atlântica primária. (BRASIL, 2006).

Assim, o EIA será de responsabilidade do proponente, uma vez que é sua a obrigação de se provar a viabilidade do projeto, bem como mensurar os impactos ambientais provenientes de sua atividade, como se constata na análise dos arts. 2º, § 4º e 3º da Resolução CONAMA nº 369/06:

Art.2º, § 4º: A autorização de intervenção ou supressão de vegetação em APP depende da comprovação pelo empreendedor do cumprimento integral das obrigações vencidas nestas áreas.

Art. 3º: A intervenção ou supressão de vegetação em APP somente poderá ser autorizada quando o requerente, entre outras exigências, comprovar:

I - a inexistência de alternativa técnica e locacional às obras, planos, atividades ou projetos propostos;

II - atendimento às condições e padrões aplicáveis aos corpos de água;

III - averbação da Área de Reserva Legal; e

IV - a inexistência de risco de agravamento de processos como enchentes, erosão ou movimentos acidentais de massa rochosa. (BRASIL, 2006).

Como produto do EIA, o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) deverá conter, minuciosamente, todas as circunstâncias e variáveis que envolvem direta ou indiretamente o seu projeto.

Dispõem os arts. 6º e 8º da Resolução CONAMA nº 001/86 (BRASIL, 1986) sobre a obrigatoriedade do RIMA em descrever os objetivos e justificativas do projeto; sua relação e compatibilidade com as políticas setoriais, planos e programas governamentais; descrição do projeto e suas alternativas tecnológicas e locacionais; os empregos diretos e indiretos a serem gerados; a síntese dos resultados dos estudos de diagnósticos ambientais da área de influência do projeto; a descrição completa e minuciosa dos impactos prováveis decorrentes da implantação e operacionalização da atividade; a caracterização da futura qualidade ambiental da área de influência, conjugando com as diferentes alternativas a serem adotadas, bem como a hipótese de sua não realização; a descrição do resultado esperado e do efeito das medidas mitigadoras previstas; programa de monitoramento e

acompanhamento dos impactos; e a recomendação da alternativa escolhida, fundamentando-a.

Sem a realização do EIA e seu respectivo RIMA não há que se falar na aprovação da extração de minérios e combustíveis fósseis pelo órgão ambiental competente, seja o estadual, seja o IBAMA em caráter supletivo.

A esse respeito assevera o art. 5º, §1º da Resolução CONAMA 369/06:

Art. 5º: O órgão ambiental competente estabelecerá, previamente à emissão da autorização para a intervenção ou supressão de vegetação em APP, as medidas ecológicas, de caráter mitigador e compensatório, previstas no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 4.771, de 1965, que deverão ser adotadas pelo requerente.

§ 1º: Para os empreendimentos e atividades sujeitos ao licenciamento ambiental, as medidas ecológicas, de caráter mitigador e compensatório, previstas neste artigo, serão definidas no âmbito do referido processo de licenciamento, sem prejuízo, quando for o caso, do cumprimento das disposições do art. 36, da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. (BRASIL, 2006).

Entretanto, exceção à regra, não haverá necessidade de apresentação do EIA e do seu RIMA se a intervenção ou supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente não causar, potencialmente, significativo impacto ambiental, senão vejamos o art. 7º, § 1ª da Resolução CONAMA nº 369/06:

No caso de intervenção ou supressão de vegetação em APP para a atividade de extração de substâncias minerais que não seja potencialmente causadora de significativo impacto ambiental, o órgão ambiental competente poderá, mediante decisão motivada, substituir a exigência de apresentação de EIA/RIMA pela apresentação de outros estudos ambientais previstos em legislação. (BRASIL, 2006).

Reitera-se, contudo, que não será mediante simples aprovação do órgão ambiental competente, mas, sim, aquela devidamente motivada e fundamentada. Não ocorrendo tais requisitos, o ato administrativo padecerá de vício em sua estrutura e poderá ser objeto de apreciação judicial. Ademais, nos casos de dispensa do EIA e do seu RIMA, haverá a necessidade da substituição pela apresentação de um Relatório de Controle Ambiental (RCA).

Outro ponto que merece análise na Resolução CONAMA nº 369, é em relação ao seu art. 7º, § 2º (BRASIL, 2006) no que impõe a necessidade de realização de EIA e de RIMA para a concessão de licença ambiental para fins de pesquisa, caso potencialmente causadoras de significativo impacto ambiental.

Não foi definido se o impacto ambiental é positivo, negativo ou ambos. Em todos os casos, Machado observa que “A dispensa do EIA/RIMA não é automática, pois necessita de motivação do órgão ambiental, explicando a natureza, a localização e o porte do empreendimento.” (2000, p. 627).

Assim, serão necessários o EIA e o RIMA apenas para os casos excepcionais de pesquisas que degradem o ambiente, analisados por técnicos competentes junto ao órgão responsável quando da autorização para a licença com os fins da pesquisa. Até porque o ônus pela degradação ambiental da atividade recairá sobre o particular que a exerceu.

Aliás, esse é o posicionamento e aplicação normativa dominantes em todo o território brasileiro, adotado por todos os Estados-membros. Mas há a exceção do Pará, em que vigora o dispositivo dos arts. 93 e 94 da Lei Estadual nº 5.887/1995 (PARÁ, 1995). Imposição essa que se observa justo no estado-membro que se notabiliza pelo extensivo passivo da inaplicabilidade de suas leis ambientais. Trata-se do já estudado caso de legislação simbólica.

É inconcebível que haja previsão normativa nos termos do observado no Pará. Isso porque, na maioria das vezes, a atividade de pesquisa, por realizar-se em áreas reduzidas e com pequeno número de extração mineral, não degrada o ambiente a ponto de estabelecer uma situação de desequilíbrio. Isso considerada a finalidade apenas para fins de análise sobre a viabilidade econômica de se instalar ou não atividades extrativas.

Na verdade, a imposição de EIA e RIMA para a concessão de licença para fins de pesquisa apenas entrava a sua concessão, já demasiadamente morosa, o que termina por inviabilizar diversos projetos de plano ou em sua fase de implantação e configura um grande prejuízo para todo o setor econômico-social envolvido, sobretudo aos pequenos e médios empreendedores.

Ultrapassada a noção da prevenção e precaução, se faz imperiosa a análise do instituto da compensação, para a qual é importante o prévio esclarecimento das técnicas empregadas para a tutela ambiental. São elas, a da tutela específica, de caráter preventivo; e a técnica da tutela reparatória, que regula a adoção de procedimentos de compensação em razão da incidência de fatores que alteraram o equilíbrio ambiental existente preteritamente ao empreendimento desenvolvido.

Em matéria ambiental, sempre prevalecerá a tutela específica, destacada a possível irreversibilidade de alguns danos, bem como suas consequências

catastróficas, não obstante algumas sequer serem previsíveis. Assim, busca-se a prevenção e a adoção de procedimentos alternativos e menos danosos ao ambiente.

Mas, uma vez não sendo possível sua utilização, parte-se para a tutela reparatória, fundada no princípio do poluidor-pagador, a qual ordena a utilização de medidas mitigatórias e reparatórias, objetivando a reparação pelos danos gerados pelo empreendimento, bem como reduzir os seus impactos negativos em sua área de influência.

O instituto da compensação ambiental é um mecanismo financeiro, regulado pelo art. 36 da Lei nº 9.985/00, que dispõe:

Art 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.

§ 1º O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento.

§ 2º Ao órgão ambiental licenciador compete definir as unidades de conservação a serem beneficiadas, considerando as propostas apresentadas no EIA/RIMA e ouvido o empreendedor, podendo inclusive ser contemplada a criação de novas unidades de conservação.

§ 3º Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento a que se refere o caput deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo. (BRASIL, 2000).

Portanto, versará a compensação pelos efeitos de impactos não mitigáveis ocorridos quando da implantação de empreendimentos e identificados no processo de licenciamento ambiental. Importante salientar que, mesmo a compensação por danos ocasionados às APPs, não exclui a responsabilidade de cumprimento a este artigo.

A compensação deverá ser, segundo o definido no artigo em tela, em área equivalente à do empreendimento, preferencialmente na mesma sub-bacia ou bacia hidrográfica à do dano gerado e em sua área de influência ou na cabeceira de rios, pois parte do princípio da recuperação integral, devendo, por isso, buscar proporcionar funções equivalentes às conjunturas naturais afetadas.

Sobre este ponto, claro está o § 2º do art. 5º da Resolução CONAMA nº

369/06:

§ 2º: As medidas de caráter compensatório de que trata este artigo consistem na efetiva recuperação ou recomposição de APP e deverão ocorrer na mesma sub-bacia hidrográfica, e prioritariamente:

I - na área de influência do empreendimento, ou

II - nas cabeceiras dos rios. (BRASIL, 2006).

Seu valor é definido na fase inicial do licenciamento, de acordo com o limite e a amplitude da impactação e sempre a partir de 0,5 % (meio por cento) do valor total da obra.

Ocorre que daí eleva-se um ponto falho da legislação, uma vez que ao usar como parâmetro para a recuperação, um percentual mínimo sobre o valor gasto no empreendimento, há o cometimento de flagrante abuso contra os empreendedores e à própria proteção ambiental.

Isso porque terá o empreendedor responsável, que investiu em pesquisas para o emprego de tecnologias mais limpas, para, justamente, diminuir o grau de impactação ambiental, que suportar a penalidade (pois nesse caso terá, sim, caráter de pena) de pagar o índice mínimo de 0,5 % (meio por cento) sobre o valor total da obra, mesmo que não atinja tais valores em decorrência da utilização de tais tecnologias e pesquisas.

Afora que não há o que compensar antes do dano efetivo e a mensuração da sua extensão.

Nada mais ocorre, senão a desestímulo à procura de maneiras menos danosas ao ambiente e valorização de empreendimentos irresponsáveis, com menos custos de produção, o que eclode, em sentido inverso do almejado, no estímulo à degradação ambiental. Embora este seja um valor percentual pequeno, pode atingir elevadas proporções em virtude do tamanho de determinado empreendimento.

Há, ainda, outro contrassenso da legislação sobre esse instituto, consistente no pagamento prévio pela compensação quando do licenciamento, pois é inadmissível o pagamento por um dano possível ainda não ocorrido, se é que venha a ocorrer.

Para Marcelo Abelha Rodrigues (2007), a questão “trata de flagrante desrespeito ou desconhecimento do Código Civil, para o qual o lucro cessante, ou o dano, no caso, deve ser certo”. Para a avaliação em torno de sua ocorrência deve-se ter como base o EIA e respectivo RIMA, devidamente instruído para aí sim,

prevendo o dano, pagá-lo previamente.

O fato da imprevisibilidade de alguns danos não se configura escusa para o pagamento prévio de dano incerto sob a alegação estatal de dificuldade póstuma para a aplicação da medida. Uma vez resguardado o princípio da segurança jurídica, o Estado é que deve implantar medidas para que se tornem efetivas as suas disposições, mas nunca de forma arbitrária e invertendo a ordem das disposições cominatórias de penas do ordenamento jurídico.

No que tange à recuperação das áreas degradadas, grande valor deve-lhe ser atribuído, pois não obstante a sua correlação ao próprio princípio da recuperação ou reabilitação do meio degradado, bem como ao princípio do poluidor-pagador, seu tema é objeto específico de tutela pelo art. 225, parágrafo 2º da Magna Carta (BRASIL, 1988), tendo em vista a sua relevância para o equilíbrio ambiental e o desenvolvimento sustentável.

O dispositivo normativo que versa sobre o instituto da recuperação das áreas degradadas pela mineração é o Decreto nº 97.632/89 (BRASIL, 1989a), que dispõe sobre a regulamentação do art. 2º, VIII da Lei nº 6.938/81 (BRASIL, 1981).

Segundo o Art. 1º e seu parágrafo único, do Decreto supra:

Os empreendimentos que se destinam à exploração de recursos minerais deverão, quando da apresentação do Estudo de Impacto Ambiental - EIA e do Relatório de Impacto Ambiental - RIMA, submeter à aprovação do órgão ambiental competente, plano de recuperação de área degradada.

§ Único: Para os empreendimentos já existentes, deverá ser apresentado ao órgão ambiental competente, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, a partir da data de publicação deste Decreto, um plano de recuperação da área degradada. (BRASIL, 1989a).

Portanto, aclarado está o dever de, na apresentação pelos empreendimentos minerários do estudo de impacto ambiental e relatório de impacto ambiental, submeter à aprovação do órgão competente um plano de recuperação da área degradada (PRDA), mesmo nos casos de empreendimentos que já existiam antes de tal instrumento normativo.

Ainda, o Art. 3º do mesmo Decreto, acrescenta que “A recuperação deverá ter por objetivo o retorno do sítio degradado a uma forma de utilização, de acordo com um plano preestabelecido para o uso do solo, visando à obtenção de uma estabilidade do meio ambiente” (BRASIL, 1989a).

Sobre isto, entende Américo Luís Martins da Silva, que:

Este dispositivo não exige, pois, o retorno ao *status quo ante* do sítio degradado (represtinação ambiental); ele exige, tão-somente, que a recuperação da área degradada seja suficiente para o retorno de 'uma forma de utilização' (compensação ambiental) (SILVA, 2006, p. 84).

O próprio art. 225, caput, da CR (BRASIL, 1988) dispõe que o objetivo da tutela ambiental não é propriamente os elementos da natureza, propriamente considerados, mas sim a manutenção do equilíbrio entre os mesmos, assunto já largamente debatido e que não carece de novo debate.

Ressalva-se, por fim, que é atribuída ao DNPM a competência para as questões atinentes às atividades de mineração e, por tal, a responsabilidade pela aprovação do EIA e seu respectivo RIMA. Dessa maneira, não é prudente apenas atribuir responsabilidades ao empreendedor pelos danos gerados por seu empreendimento, muitas vezes em razão de um estudo de avaliação mal feito dos impactos de sua atividade, quando o próprio órgão ambiental o aprovou sem qualquer análise criteriosa quanto ao seu conteúdo.

Não se quer, com este argumento, eximir o empreendedor dos seus atos praticados e consequências por eles geradas. Deve este se responsabilizar, integralmente e de forma objetiva pelos danos causados ao meio ambiente, seja por ato ilícito ou em conformidade com os padrões legais e técnicos estabelecidos.

Mas, entende-se que a Constituição (BRASIL, 1988), ao impor ao Poder Público o dever de zelar pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado, lhe confere responsabilidades inerentes a essa tutela e toda responsabilidade pressupõe um ônus e responsabilidades no caso de omissão ou de fiscalização precária. Sobretudo em uma matéria tão suscetível à corrupção como o é a exploração dos recursos naturais e a sua sindicância pelos órgãos ambientais.

Dessa forma, deve o Poder Público se equipar com equipamentos e profissionais habilitados e em número suficiente para a análise dos EIAs e RIMAs oferecidos pelos empreendedores, sem a escusa de carência de recursos para cumprir com tal finalidade a contento. A responsabilidade é objetiva para o empreendedor, mas a sociedade espera também uma atuação eficiente do Estado, até porque, uma vez ocorrido o dano, dependendo da sua extensão, pode-se ocorrer de não haver mais o retorno do equilíbrio em um dado ambiente, perdendo-se recursos naturais sequer estudados.

Portanto, se faz mister a atuação e distribuição conjunta de responsabilidades entre o setor privado, desenvolvedor das atividades econômicas e o Poder Público, responsável normativamente pela autorização, fiscalização e controle dessas atividades e que será analisada na estrita conformidade com o exercício dessa atribuição.

Em outros termos, ambos são partícipes na exploração de atividades revestidas de interesse social e de utilidade pública e, da mesma maneira, responsáveis, ainda que fundamentos diversos, pelos danos gerados em decorrência de tais atividades. Atuação essa, sem que haja interferência e ingerência entre as partes, mas tão-somente no cumprimento de suas responsabilidades legais.

Assim, caberá ao Poder Público a autorização, ou não, e a fiscalização das atividades minerárias, fornecendo, para tanto, instrumentos normativos adequados para a viabilidade da iniciativa privada em realizar e implantar as suas atividades propostas, sendo ambos vinculados aos planos e projetos de estudo, viabilidade e controle ambiental previamente elaborados e aprovados, os quais devem ser rigorosamente cumpridos.

5 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O EXERCÍCIO DE ATIVIDADES MINERÁRIAS EM ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E A INSEGURANÇA JURÍDICA DECORRENTE DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

5.1 A concessão da liminar na ADIN nº 3.540-1 (STF) e a competência legal do órgão administrativo em autorizar e licenciar os empreendimentos minerários em áreas de preservação permanente

Uma grande polêmica se instaurou no País, em específico entre os setores envolvidos com os segmentos econômicos ligados às atividades minerárias, em decorrência do ajuizamento da ADI nº 3.540-1 (BRASIL, 2005), pelo Procurador-Geral da República, cujo relator é o Ministro Celso de Mello.

Motivou, inclusive, a posterior edição da Resolução CONAMA nº 369 (BRASIL, 2006), já discutida detalhadamente.

Nessa ação, foi argüida a inconstitucionalidade do art. 1º da Medida Provisória nº 2.166-67/2001 (BRASIL, 2001), na parte em que alterou o art. 4º, caput e §§ 1º a 7º da Lei 4.771/65 (BRASIL, 1965), que dispõe sobre a permissibilidade do órgão ambiental para, em situações especiais, nos casos de interesse social e utilidade pública, autorizar a supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente.

Ato contínuo, foi deferida a liminar pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Nelson Jobim, durante o recesso das férias forenses, suspendendo a competência do CONAMA de autorizar, nos casos previstos, “o gestor ambiental local a suprimir a vegetação de uma área de preservação permanente, para fins de “empreendimentos de mineração””. (BRASIL, 2005).

O fundamento utilizado para a concessão da liminar foi que a atribuição conferida ao CONAMA era proveniente de uma Medida Provisória e este órgão permitiria os gestores ambientais locais a autorizarem a supressão da vegetação das APPs.

Prossegue o Ministro Jobim em suas razões que o *caput* do art. 225 da CR (BRASIL, 1988) impõe ao Poder Público o dever de promover a tutela do meio ambiente para a atual e posteriores gerações, sendo que o *fumus boni iuris* estaria caracterizado no § 3º, III do referido art. 225, da CR/88, que autoriza a supressão de

área de preservação permanente somente por meio de lei.

Por sua vez, o *periculum in mora* estaria consubstanciado na própria extração de minério, que, por si só, gera “danos irreversíveis e irreparáveis ao meio ambiente, eis que a área em que for desenvolvida não voltará ao seu estado anterior” (BRASIL, 2005).

Em que pese o respeitado entendimento do então Ministro Jobim, esse não parece ser a mais adequada posição. Isso porque vale elencar o que dispõe o art. 225, § 1º, III da CF/88:

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:
[...]

III- definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem a sua proteção. (BRASIL, 1988).

Percebe-se que o dispositivo constitucional adota o amplo conceito para proteção dos “espaços territoriais especialmente protegidos”, sem distinção entre os mesmos, conforme o proposto no capítulo 2.2 desse estudo. Por essa razão, entre esses espaços integram não apenas as Áreas de Preservação Permanente, como também as Unidades de Conservação e até mesmo as Reservas Legais, para nos quais a alteração e a supressão somente serão permitidas por meio de lei.

Logo, se o próprio legislador constitucional não discriminou as APPs entre estes espaços especialmente protegidos, não é razoável que assim o faça o Poder Judiciário, nos termos da liminar concedida pelo então Ministro Jobim. Haveria, em sentido contrário, o exercício de um poder constituinte originário por parte do STF, o que seria temerário.

Ademais, para o início do raciocínio interpretativo do dispositivo em tela é preciso estabelecer a clara premissa de que o corte, no todo ou em parte, da vegetação constante em Área de Preservação Permanente não gera a supressão da própria Área de Preservação Permanente, pois são institutos distintos e que não se confundem. Esse é o principal objeto de análise.

A vegetação de uma APP é um atributo da mesma e não o próprio espaço

especialmente protegido. Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos é que se sujeitam ao amparo da cláusula do art. 225, §1º, inciso III da Constituição, como matéria que deve respeitar o princípio da legalidade.

Situação essa que não constitui argumento meramente justificante, na medida em que o próprio Código Florestal, em seu art. 1º, §2º, II reconhece a ocorrência de Área de Preservação Permanente em espaços nos quais inexistente vegetação:

Art. 1º, § 2º – Para os efeitos deste Código, entende-se por:
[...]

II – área de preservação permanente: área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas; (BRASIL, 1965).

Outro fato que merece pontuação no fundamento utilizado para o deferimento da liminar é a grave afronta cometida ao equilíbrio entre os poderes da federação. Em sua concessão, o embasamento de que a supressão de APP somente poderia ocorrer em virtude de lei, conferiu um poder exacerbado ao Legislativo em detrimento do Poder Executivo.

Este, diga-se de passagem, é um fato curioso, pois vai a sentido contrário do que se percebe ao longo das construções jurisprudenciais do próprio STF, que se revelam notórias em desprestigiar a democracia e a forma federal do Estado brasileiro, sempre acentuando as atribuições do Poder Executivo, sobretudo as da União e, do mesmo modo, esvaziando a autonomia e soberania do Legislativo e demais órgãos estaduais e locais. Contudo, nenhuma dessas duas posições apontadas consagra o verdadeiro papel a que se espera consagrar o Supremo Tribunal Federal.

A questão é que o Ministro Jobim, ao deferir a liminar que suspendeu a competência do CONAMA de autorizar o gestor ambiental local a suprimir a vegetação de uma APP, nos casos previstos em lei, sob o fundamento de que essa atribuição é exclusiva do Poder Legislativo, fere a competência delegada do Poder Executivo pelo próprio Poder Legislativo.

Isso porque a atribuição do órgão administrativo ambiental federal, no caso o CONAMA, de autorizar o gestor ambiental local a suprimir a vegetação de uma APP, não depende da existência de outra lei, uma vez que está em conformidade com o

art. 225, §1º, III da CR (BRASIL, 1988), que dispôs que para que haja a supressão da vegetação destas áreas, basta que haja a concomitância de duas condições, são elas:

1- A existência de lei prévia autorizativa, no caso, o art. 1º. §2, II da Lei Federal nº 4.771/65 (Código Florestal) e;

2- A vedação de qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem a sua proteção.

Para uma correta elucidação e análise dessa questão, se faz mister a conceituação de ato administrativo e, por extensão, duas de suas espécies, consistentes na autorização e no licenciamento.

Partindo-se do pressuposto de que o ato administrativo é um ato jurídico estatal, contrapondo-se aos atos civis e aos atos dos Poderes Legislativo (lei) e Judiciário (sentença), estando os mesmos sujeitos ao cumprimento de pressupostos fáticos, como objeto, forma e formalização, competência, motivo e motivação, finalidade e causa, Celso Antônio Bandeira de Mello (2007) assim os conceituam como:

[...] declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

d) Autorização – é o ato unilateral pelo qual a Administração, discricionariamente, faculta o exercício de atividade material, tendo, como regra, caráter precário. É o caso de autorização para exploração de jazida mineral.

[...]

f) Licença – é o ato vinculado, unilateral, pelo qual a Administração faculta a alguém o exercício de uma atividade, uma vez que demonstrado pelo interessado o preenchimento dos requisitos legais exigidos. [...] Uma vez cumpridas as exigências legais, a administração não pode negá-la. Daí seu caráter vinculado, distinguindo-se, assim, da autorização. (MELLO, 2007, p. 368;420)

Isso posto, delimitado o conceito de ato administrativo, bem como as suas espécies de autorização e licença, importante a conjugação desses institutos na seara do Direito Ambiental, a fim de se adequar ao caso proposto para análise, oportunidade em que contribui com pertinente clareza de Édis Milaré:

Como ação típica e indelegável do Poder Executivo, o licenciamento

ambiental constitui importante instrumento de gestão do ambiente, na medida em que, por meio dele, a Administração Pública busca exercer o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais, de forma a compatibilizar o desenvolvimento o desenvolvimento econômico com o equilíbrio ecológico.

Se assim é, se a competência licenciatória dos três níveis de governo dimana diretamente da Constituição, não pode o legislador ordinário estabelecer limites ou condições para que qualquer um deles exerça sua competência implementadora da matéria. (MILARÉ, 2007, p. 406; 413).

Não obstante, a Lei Federal nº 6.938 (BRASIL, 1981) que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, com alteração dada pela Lei Federal nº 7.804 (BRASIL, 1989b), em seu art. 10º prevê a realização do licenciamento ambiental por órgão ambiental, nos seguintes termos:

Art. 10 - A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão ambiental estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis. (BRASIL, 1989b).

A principal distinção entre os institutos da Autorização e da Licença é, portanto, a vinculação do ato Administrativo. Enquanto para a concessão da Licença ambiental basta o cumprimento dos requisitos da atividade, para a concessão da Autorização haverá maior margem para a discricionariedade do Órgão Ambiental no ato de decisão, por meio da motivação.

Embora pareça que essa maior discricionariedade resulte em insegurança jurídica e redução da proteção aos recursos naturais, ela existirá para, ao revés, assegurar-lá. Por meio dela, poderá o gestor ambiental avaliar a presença de melhor alternativa técnico-locacional, insuficiência ou não das jazidas que justifiquem a supressão da vegetação e as particularidades da área em que ocorrerá o empreendimento, com a peculiaridade dos atributos dos seus atributos que serão afetados, como uma espécie endêmica apenas nessa região ou ameaçada de extinção.

Portanto, resta claro que o ato em questão de autorizar a supressão de vegetação de uma APP constitui um ato administrativo, ou seja, de competência indelegável do Poder Executivo, em sua modalidade "Autorização".

Resta agora apenas a delimitação de a qual órgão é atribuída a competência

para a concessão do ato administrativo de autorização ambiental.

O art. 1º, § 2º, II da Lei Federal nº 4.771-65 (Código Florestal) é enfático ao determinar, textualmente, a competência do CONAMA para definir os casos de utilidade pública e interesse social como excludentes permissivos da supressão de vegetação de uma APP para que o gestor ambiental, da esfera a que for de direito, possa autorizar a atividade:

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

§ 2º Para os efeitos deste Código, entende-se por:

IV - utilidade pública:

- a) as atividades de segurança nacional e proteção sanitária
- b) as obras essenciais de infraestrutura destinadas aos serviços públicos de transporte, saneamento e energia e aos serviços de telecomunicações e de radiodifusão;
- c) demais obras, planos, atividades ou projetos previstos em resolução do Conselho Nacional de Meio Ambiente - CONAMA;

V - interesse social:

- a) as atividades imprescindíveis à proteção da integridade da vegetação nativa, tais como: prevenção, combate e controle do fogo, controle da erosão, erradicação de invasoras e proteção de plantios com espécies nativas, conforme resolução do CONAMA;
 - b) as atividades de manejo agroflorestal sustentável praticadas na pequena propriedade ou posse rural familiar, que não descaracterizem a cobertura vegetal e não prejudiquem a função ambiental da área;
 - c) demais obras, planos, atividades ou projetos definidos em resolução do CONAMA;
- [...]

Art. 4º A supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto.

§ 1º A supressão de que trata o **caput** deste artigo dependerá de autorização do órgão ambiental estadual competente, com anuência prévia, quando couber, do órgão federal ou municipal de meio ambiente, ressalvado o disposto no § 2º deste artigo. (BRASIL, 1965, grifo nosso).

Isso feito, percebe-se pela análise que o instrumento normativo consistente na Lei Federal nº 4.771-65 (Código Florestal), complementando o comando constitucional do art. 225, § 1º, III dispôs que o órgão ambiental que será competente para permitir que o gestor ambiental da esfera a que for de direito,

autorize a supressão de vegetação de uma APP, é o CONAMA.

O que a Medida Provisória questionada efetivamente introduziu foi o art. 4º acima transcrito, que determinou que a realização de procedimento administrativo próprio, com motivação e caracterização de inexistência de alternativa técnica e locacional, bem como a vinculação do empreendimento minerário aos casos de utilidade pública ou interesse social previstos em norma. Ou seja, um maior resguardo à tutela dos recursos naturais.

Ademais, a referida Medida Provisória não versa sobre a alteração ou a supressão em APPs, que, nos termos do art. 225, § 1º, III da CR/88 (BRASIL, 1988) necessitaria de Lei prévia autorizativa, mas tão-somente da supressão e intervenção da vegetação que compõe estes institutos.

Cumpra, dessa forma, a exigência de lei prévia autorizativa, estando, portanto, regular a atribuição de competência para este ato administrativo do Poder Executivo, o que revela carecer de fundamento a ADI nº 3.540-1 (BRASIL, 2005) proposta e a respectiva liminar concedida.

Temeroso seria a necessidade de edição de uma lei para cada ato específico que acarretar a supressão de vegetação de uma APP, independente do grau de impactação. Se isso procedesse, haveria de se promulgar lei para cada sitiante que desejasse abrir trilha em nascentes ou cursos d'águas para obtenção de água em sua propriedade para consumo próprio ou mesmo para a hidratação de seus animais. E pior, estes atos considerados de subsistência sujeitariam os mesmos às sanções de ordem penal prescritas na Lei 9.605/98 (BRASIL, 1998), promovendo, ao revés, grande insegurança jurídica.

Até mesmo para a construção de pontilhões para se atravessar um pequeno córrego haveria a necessidade de uma lei específica, quanto mais para a retirada de uma árvore apodrecida e isolada de madeira comum, que ameaça cair na própria nascente.

Exemplos estes que evidenciam o absurdo do entendimento de uma reserva absoluta de lei, como é o caso, com hipertrofia do Poder Legislativo em detrimento do Executivo, em descompasso com o próprio sistema jurídico, não obstante as consequências de tal medida, com o ônus que inarredavelmente traria ao Legislativo com a sobrecarga e engessamento de sua pasta.

Lado outro, considerando que no sistema de atribuição de competências do

Poder Público a este só é lícito o que for prescrito no ordenamento jurídico e aos civis há a liberdade para a realização de qualquer ato desde que não defeso em lei, a medida provisória impugnada, ao autorizar o órgão ambiental prever as situações para a supressão de vegetação em APP estaria subvertendo essa ordem. Todavia, este fato encontra guarida no fundamento de uma proteção a um Direito Fundamental Difuso e Meta-Individual, que é o de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Com isso, houve a limitação do exercício de propriedade do cidadão, com a possibilidade de supressão e alteração de vegetação das APPs apenas nos casos estabelecidos pela Administração Pública, sendo em todos os demais vedado o manejo.

Dessa forma, a Medida Provisória impugnada, muito ao contrário do que flexibilizar a tutela dessas áreas especialmente protegidas, propiciou ao órgão público a efetivação de um maior controle e rigor sobre as mesmas por meio de fiscalização e exercício do seu poder de polícia, nos casos de infração.

Além disso, deve-se arrazoar que a mera proibição de atividades e condutas dos civis não significa, necessariamente, maior controle dos seus atos pela ação estatal, como é uma crença enraizada na práxis político-normativa brasileira e já debatida no capítulo 3 desse estudo.

Em determinadas situações, a legalização dessas atividades e condutas permitem uma maior interação e presença do Estado entre os particulares, que nunca deixaram de praticá-las, mas antes de forma marginalizada, não obstante o maior alcance das políticas públicas em razão dessa interação, como um regramento até mesmo rígido para a sua consecução ou mesmo a realização de campanhas de conscientização e difusão de métodos de manejo adequados.

Situação essa que resulta em um amadurecimento dos agentes econômicos envolvidos em determinado segmento produtivo, agora também responsáveis pela preservação dos recursos naturais, de caráter metaindividual e que interferem na manutenção de suas atividades, com ganhos para o processo democrático brasileiro.

Há, nesses termos, uma efetivação da compreensão de solidariedade que deve conter esse direito fundamental de 3ª (terceira) geração, com a maior participação e envolvimento da sociedade.

5.2 A revogação da liminar na ADIN nº 3.540-1 (STF) e o posicionamento

conflitante do Supremo Tribunal Federal sobre a mineração em áreas de preservação permanente

A referida liminar da ADI nº 3.540-1 (BRASIL, 2005) foi, posteriormente, revogada em *referendum* pelo plenário do STF, por 07 (sete) votos a 02 (dois), com o próprio Ministro Nelson Jobim reformulando o seu voto para acompanhar o Relator Ministro Celso de Mello.

Os ministros Carlos Ayres de Britto e Marco Aurélio de Mello votaram referendando a medida liminar, constituindo voto vencido.

Dessa maneira, foi proferido o seguinte acórdão, que segue elencado com os seus principais trechos:

E M E N T A: MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) - ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELES PERTINENTE - MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI - SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL - RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) - A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) - DECISÃO NÃO REFERENDADA - CONSEQÜENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. [...] QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. [...] (BRASIL, 2005).

Com esse acórdão, percebe-se uma evolução na concepção da tutela

ambiental, ao relacionar, expressamente, ecologia e economia como direitos fundamentais, de forma que um não sobrepõe o outro, na expedição da licença pelo órgão ambiental competente, de forma fundamentada, o que resguarda tanto o direito do cidadão em se estruturar e desenvolver as suas atividades econômicas, quanto à coletividade, na proteção e promoção do direito a um meio ambiente equilibrado.

Nessa ocasião foi decidido que a norma impugnada, ao contrário de lesar o meio-ambiente, promove a sua tutela, ao permitir que o Poder Público exerça um efetivo controle sobre o procedimento de supressão de vegetação em APP.

O que é vedado e, portanto, sujeita-se ao princípio da reserva legal contido no art. 225, §1º, inciso III da Constituição (BRASIL, 1988) é a alteração ou a supressão do regime jurídico dos espaços especialmente protegidos, entre estes, as APPs. Não é o caso se a supressão ocorrer de apenas um dos atributos desses espaços, como a sua a vegetação, que não os descaracterizariam.

É uma decisão que envolve estritamente a definição conceitual desses institutos ambientais, discernindo a sua essência da sua função e conjugando-as com proteção instituída pelo núcleo normativo do art. 225 da Constituição (BRASIL, 1988).

Ocorre que, embora tenha chegado a essa conclusão, que se entende por acertada, o Supremo não o fez por meio de uma correta fundamentação.

O voto do relator Ministro Celso de Mello, que foi acompanhado integralmente pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Cezar Peluso e Ellen Gracie, estruturou-se com base na ponderação de valores entre o direito ao desenvolvimento econômico contido no art. 3º, II da CR (BRASIL, 1988) e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, expresso no art. 225 da Constituição (BRASIL, 1988).

Assim considerando, expôs o relator:

[...] torna-se essencial reconhecer que a superação desse antagonismo, que opõe valores constitucionais relevantes, dependerá da ponderação concreta, em caso concreto ocorrente, dos interesses e direitos postos em situação de conflito, em ordem a harmonizá-los e a impedir que se aniquilem reciprocamente, tendo-se como vetor interpretativo para efeito da obtenção de um justo e perfeito equilíbrio entre as exigências econômicas e as da ecologia, o princípio do desenvolvimento sustentável, tal como formulado nas confederações internacionais. (BRASIL, 2005, p. 565).

E prossegue o Ministro Celso de Mello com as suas razões:

[...] a superação dos antagonismos existente entre princípio e valores constitucionais há de resultar da utilização de critério que permitem, ao poder público (e, portanto, aos magistrados e tribunais), ponderar e avaliar, *hic et nunc*, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto – tal como adverte o magistério da doutrina na análise da delicadíssima questão pertinente ao tema da colisão de direitos –, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe no esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, dentre os quais avulta, por sua significativa importância, o direito à preservação do meio ambiente. (BRASIL, 2005, p. 566-567).

Por meio do seu voto, o Ministro Celso de Mello utiliza o método interpretativo da ponderação de valores entre princípios fundamentais, colocando-os inicialmente na mesma posição axiológica *prima facie*, buscando o conteúdo essencial dos mesmos por meio da abstração dos seus enunciados e, no caso concreto, fazendo a colisão entre os mesmos a fim de se chegar a uma decisão, destacando, ainda a importância do papel político que as decisões da Corte acarretam.

Ainda que o desenvolvimento do raciocínio do relator revele similitude ao que Robert Alexy propõe em sua “Teoria da Argumentação Jurídica” (ALEXY, 2008), essa posição parece guardar estrita correspondência ao posicionamento político que Dworkin (2001) prescreve, segundo que:

Um juiz que segue a concepção de Estado de Direito centrada nos direitos tentará, num caso controverso, estruturar algum princípio que, para ele, capta, no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas pelo caso. (DWORKIN, 2001, p. 15).

Entretanto, merece aplausos a relação desenvolvida entre meio ambiente e economia, direito à solidariedade intergeracional e o afastamento do *periculum in mora* alegado na concessão da liminar ao desenvolver o preceito disposto pelo art. 225, § 2º da CR (BRASIL, 1988), referente ao instituto da compensação ambiental como responsável pela manutenção do equilíbrio ambiental.

O Ministro Eros Grau discorre o seu voto analisando que o efetivo objeto da tutela da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) são os espaços especialmente protegidos e não os seus elementos particularmente considerados, como a vegetação, sendo possibilitada a supressão dessa, nos termos do art. 4º da Medida Provisória nº 2.166. (BRASIL, 2001).

Para o Ministro Grau, apenas a supressão de espaços territoriais especialmente protegidos depende realmente da manifestação do legislativo, o que não é preciso quando se trata de apenas atributos seus, como no caso da vegetação, podendo ser de competência do Poder Executivo por meio dos seus órgãos ambientais e mesmo por meio de Medidas Provisórias. (BRASIL, 2005, p. 573).

Grau analisa a questão do cabimento ou não de Medida Provisória para regular a matéria, trazendo conceitos da doutrina alemã, assim expondo:

Aqui trata mesmo de lei em sentido formal, ainda que não em sentido material. Lei, em sentido formal, que permita a supressão de espaços territoriais especialmente protegidos consubstanciará uma autêntica lei-media, que a doutrina alemã chama de "massnahmegesetze", produto do movimento que Vincenzo Spagnuolo Vigorita refere como "amministrativizzazione" do direito público: aí a fratura entre hierarquia formal e substancial e a divergência entre força e valor jurídico-formal e relevância efetiva dos atos legislativos e administrativos. (BRASIL, 2005, p. 573).

Por sua vez, o Ministro Presidente Nelson Jobim, que antes havia concedido a medida liminar à ADIN, reconsidera sua decisão que havia antes proferido e formula o seu voto, embora de maneira simples, mas que melhor atende às razões que devem ser consideradas.

Isso porque passa a entender que o objeto de apreciação é apenas sobre se o procedimento tomado pela Medida Provisória (BRASIL, 2001), em atendimento ao disposto pela Constituição (BRASIL, 1988) viabiliza ou legitima a exploração de área estabelecida de preservação ambiental, conforme voto do Min. Nelson Jobim que proferiu:

[...] as alterações e a supressão referidas no inciso III do §1º do artigo 225 dizem respeito à própria constituição do espaço geográfico, abrangido pela área de preservação.

[...] aqui se trata, meramente, da forma pela qual se *viabiliza* ou se *legitima* a exploração de área estabelecida de preservação ambiental. Porque, evidentemente, a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado não significa a sua estagnação; significa, sim, que os atos de exploração não serão aqueles permitidos na forma do direito comum, mas sim, através de uma série de medidas de preservação. (BRASIL, 2005, p. 571-572).

Quanto aos votos dos dois ministros vencidos, entende-se não merecerem

considerações, sob pena de prolixidade deste estudo, uma vez que as razões em que se combateu a concessão da Liminar na ADI nº 3.540-1 (BRASIL, 2005) estão exaustivamente expostas no item 5.1, no entanto, com uma única consideração ao voto do Ministro Carlos Ayres de Britto.

De acordo com Britto, a Medida Provisória nº 2.166. (BRASIL, 2001) é “frouxa” e “leniente”, à medida que confere enorme discricionariedade ao Poder Executivo, por seus órgãos administrativos, mediante ato administrativo próprio, sujeitado ao atendimento de duas situações, utilidade pública ou de relevante interesse social. (BRASIL, 2005, p. 578)

Reitera-se o entendimento, *data venia* o voto do Ministro Ayres de Britto, que a Medida Provisória impugnada cumpre a finalidade inversa ao por ele decidido. Ao permitir a análise do caso em concreto, por meio de procedimento administrativo motivado pelo órgão administrativo, atribui a este a possibilidade de efetivação de um maior controle e rigor sobre as mesmas por meio de fiscalização e exercício do seu poder de polícia, nos casos de infração.

Eventuais análises conjecturais sobre corrupção ou possível tratamento leniente futuro pelos órgãos ambientais não podem ser objeto de análise do Poder Judiciário, que apenas deve versar sobre casos concretos e delimitados, sob pena de se incorrer em decisionismo. Não são os magistrados formuladores e executores de políticas públicas ou mesmo paladinos de um ideal de engajamento e republicanismo cívico do governo.

No caso concreto, verificadas ações do Poder Público contrárias ao interesse da sociedade e *contra legem* devem, aí sim, ser as mesma sujeitadas ao firme posicionamento punitivo do Judiciário, como se espera a população.

Portanto, analisado o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, a melhor regra para se aplicar no caso em análise deveria ter como cerne o respeito ao exercício das funções estatais, de forma harmônica e independente.

Atendendo ao critério de classificação normativa proposto por Canotilho descrita no capítulo 2.2 dessa dissertação, o *caput* do art. 225 da CR/88 (BRASIL, 1988) constitui uma Regra Jurídico-Material de Direitos Fundamentais, pois reconhece e garante direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por sua vez, o inciso III do parágrafo 1º (primeiro) do referido artigo, bem

como os arts. 2º e 4º do Código Florestal (BRASIL, 1965) classificam-se como Regras Jurídico-Organizatórias, da espécie Regras de Competência, pois conferem atribuição ao órgão administrativo federal CONAMA para definir os casos de utilidade pública e interesse social que permitirão a supressão da vegetação nas APPs para que os órgãos administrativos estaduais autorizem tais atividades.

E foi atendendo a esse comando que o CONAMA editou a posterior Resolução nº 369 (BRASIL, 2006).

Dentro do critério de distribuição de competências entre os poderes no exercício de suas funções, a ingerência jurídica ocorrerá quando houver o cometimento de alguma ilegalidade, no caso, vício de ato administrativo pelo administrador público, o que não houve.

Em outros termos, da análise dos comandos normativos dos arts. 2º e 4º do Código Florestal (BRASIL, 1965) e o inciso III, §1º, do art. 225 da Constituição (BRASIL, 1988), se conclui que autorização da supressão da vegetação de uma APP constitui em ato administrativo, de competência do Poder Executivo, instituída por norma do Poder Legislativo e que, portanto, não cabe ao Judiciário coibir a conduta, salvo, como dito, se houver ilegalidade do ato.

Todavia, essa análise não é de fácil mensuração, motivo porque não há dúvida de que um dos maiores desafios impostos à sociedade, e a construção jurídica se insere nesse panorama, é a concepção de que desenvolvimento econômico e meio ambiente são conceitos inteiramente harmônicos.

O que destoará serão apenas as práticas para a tutela tanto de um quanto de outro, as quais, quando exercidas de forma inflexível, sem a observância de critérios e padrões adequados, fora de um contexto sistêmico, resultam em prejuízo imensurável para a toda a humanidade. Desafio este que até o momento não foi superado.

Neste sentido, colaciona-se recente decisão do Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, o qual proferiu decisão monocrática no Recurso Extraordinário nº. 413815 (BRASIL, 2010).

Permissa venia, essa decisão possui fundamentação equivocada e completamente divergente da adotada pelo Plenário do próprio STF na revogação da concessão de liminar na ADIN nº. 3.540-1 (BRASIL, 2005), supra analisada, bem como destoante da própria legislação, da mesma forma já estudada.

Em seu provimento sobre um caso de mineração em um Município do estado

de Santa Catarina exatamente em Áreas de Preservação Permanente, sem entrar no mérito da previsão de lei municipal que regula o tema e da ausência de pré-questionamento considerada na decisão em questão para o recurso extraordinário, o Ministro Dias Toffoli apresentou a seguinte fundamentação:

[...] No caso, as leis editadas não eram necessárias para suprir aspecto algum das já existentes, motivo que apenas as fez repetir dispositivos da lei federal. Desta forma, quando, posteriormente, a Lei 1.138/96 restringiu as áreas de proteção ambiental, **não atentou contra qualquer artigo do Código Florestal, o qual continua em plena vigência e dando o suporte necessário para que as áreas ambientais que devam ser preservadas continuem imunes a quaisquer tipos de exploração**

[...]

O apelante postula, também, a condenação das empresas carboníferas à obrigação de não fazer para que não sejam iniciadas atividades de extração nas referidas áreas e sejam paralisadas as porventura já existentes. Tal pedido deve ser atendido em parte, **com fundamento na lei federal 4.771/65. É que, conforme já explicitado acima, tal diploma legal está em plena vigência, servindo de amparo para que as áreas existentes no município de Siderópolis enquadráveis em seu art. 2º sejam poupadas das atividades das mineradoras, justamente por nunca terem elas deixado de ser de proteção permanente.**

[...]

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação para determinar que as rés **não iniciem qualquer atividade nas áreas do município de Siderópolis consideradas de proteção permanente pela Lei 4.771/65 bem como para que paralitem as porventura já iniciadas.** (BRASIL, 2010, grifo nosso).

Observa-se o equívoco e a fragilidade dessa decisão, sobretudo pela própria interpretação do Código Florestal (BRASIL, 1965), que, ao contrário do que arrazoou o Ministro Dias Toffoli, em momento algum imuniza as Áreas de Preservação Permanente quanto a qualquer tipo de exploração.

Confunde assim o referido ministro o instituto da APP com a sua vegetação, a qual é apenas um dos seus atributos, bem como revela ausência de análise e interpretação sistemática dos dispositivos normativos que envolvem o tema na aplicação de um caso concreto e mesmo com a posição adotada pelo plenário do STF na ADIN Nº 3.540-01 (DITRITO FEDERAL, 2005). Não cumpre, dessa maneira, a decisão com a dimensão de adequação que deveria atender, se considerada a teoria de Dworkin (2003, p. 277) para os casos difíceis.

Em última análise, tamanha a discricionariedade em que se está submetida a matéria, objeto de interferência do Poder Judiciário nas demais esferas de Poder e reflexo do que ocorre com a prática da judicialização da política, entende-se que o magistrado ao decidir de forma diversa do entendimento anteriormente adotado pela

Suprema Corte e no exercício da sua independência, deveria ao menos justificar a mudança de posicionamento.

Seria o que Chaïm Perelman e Olbrechts-Tyteca denominam de “princípio da inércia”, pela concepção de que o critério da racionalidade exige um ônus argumentativo ou de justificação para fundamentar a alteração de um entendimento adotado em consonância com a manutenção da segurança jurídica (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 1996, p. 221-223).

Assim procedendo, resta clara a insegurança jurídica e a fragilidade do posicionamento do Poder Judiciário frente à exploração econômica e manejo em Áreas de Preservação Permanente, refletindo a mesma posição de toda a sociedade, o que obstaculiza a implantação de um desenvolvimento realmente sustentável.

Realidade essa inconcebível em um País com dimensões territoriais e recursos naturais tão vastos, para os quais não soube, até o momento, potencializar em geração de renda e emprego na proporção de sua capacidade, preso a um arcaico dicotomismo entre desenvolvimento econômico e proteção ambiental.

5.3 A judicialização da política e as consequências da implantação de reformas político-administrativas pelo poder judiciário

A judicialização da política e o ativismo judicial são dois dos mais debatidos temas no âmbito do direito e da prática política acerca do papel que devem desempenhar os magistrados no exercício de suas funções jurisdicionais ao interpretar e aplicarem as leis. Todavia, os mesmos não se confundem, embora possuam premente similitude axiológica, o que impõe a diferenciação dos seus conceitos para o melhor estabelecimento do debate.

Nesse ponto discorre Cittadino (2001-2002):

É importante ressaltar, em primeiro lugar, que esse processo de “judicialização da política” – por mais distintas que sejam as relações entre justiça e política nas democracias contemporâneas – é inseparável da decadência do constitucionalismo liberal, de marca positiva, exclusivamente voltado para a defesa de um sistema fechado de garantias da vida privada. O crescente processo de “juridificação” das diversas esferas da vida social só é compatível com uma filosofia constitucional comprometida com o ideal da igualdade-dignidade humanas e com a participação político-jurídica da sociedade. Em segundo lugar, ainda que o processo de judicialização da política possa evocar um vínculo entre “força do direito” e “fim da política” – ou seja, a ideia de que as democracias marcadas pelas paixões políticas estariam sendo substituídas por democracias mais jurídicas, mais

reguladoras –, é preciso não esquecer que a crescente busca, no âmbito dos tribunais, pela concretização dos direitos individuais e/ou coletivos também representam uma forma de participação no processo político. (CITTADINO, 2001-2002).¹⁵

A judicialização da política pode ser analisada, tendo-se em vista o processo institucional no qual está inserido o Brasil, como decorrente da concepção da Supremacia da Constituição e adoção do modelo de controle abstrato de constitucionalidade das leis por meio de uma comunidade de intérpretes.¹⁶

Outra abordagem sobre a sua ocorrência consiste, em que pese a realidade da adoção constitucional do modelo de controle abstrato de constitucionalidade das normas, na assunção de novos papéis institucionais por parte do Poder Judiciário, com destacada tentativa de se implantar um engajamento republicano após o longo período de inflexão da ditadura militar. Engajamento este realizado de forma paulatina em razão de um possível amadurecimento democrático da sociedade, o que justificaria a acentuação da judicialização da política após a primeira década da promulgação da nova Carta Fundamental.

Por sua vez, o ativismo judicial pode ser definido como a atuação dos magistrados em que há a ultrapassagem dos limites do texto constitucional e possui como resultado a criação de novas soluções para os casos decididos. O ativismo judicial se constitui em uma de politização do Direito.

A judicialização da política e o ativismo no Brasil é uma realidade que ocorre em todas as instâncias do Poder Judiciário e de forma crescente, fazendo como corolário a imersão nas atribuições do Poder Legislativo.

Elival da Silva Ramos define o ativismo judicial como:

O exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Legislativo fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

¹⁵ Trabalho apresentado no Seminário Temático Controles Democráticos e Responsabilidade Pública, no XXV Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS), Caxambu, Minas Gerais, 16 a 20 de outubro de 2001. Posteriormente publicado na Revista da Faculdade de Direito de Campos e na Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça (BDJur – STJ).

¹⁶ A comunidade de intérpretes a que se faz referência é a definida pelo artigo 103 da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) discrimina os legitimados para a propositura da ação de inconstitucionalidade, consistentes no Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa, o Governador de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

(RAMOS, 2010, p. 129).

Esses fenômenos são constatados por meio da análise da decisão monocrática do Ministro Dias Toffoli no recurso extraordinário nº 413815 (BRASIL, 2010), como também na análise da ADIN nº 3.540-1 do STF (BRASIL, 2005), ambos já estudados no tópico anterior desse capítulo, tanto nas razões da decisão do Ministro Jobim que concedeu a liminar, como nas razões dos votos da maioria dos ministros que no plenário a revogaram.

Para Dworkin (2003), os juízes possuem na consecução de suas atribuições destacada função de desempenho de políticas públicas, por meio de uma interpretação e aplicação das regras e princípios do ordenamento jurídico, considerado como um sistema coeso, a partir do qual se deve buscar uma melhor solução com base na integridade desse ordenamento.

Seria uma espécie de construção do Direito tomando-se como base as decisões que lhe são precedentes, os princípios e regras aplicáveis ao caso, não obstante os valores que lhe são atribuíveis e a consideração pelos tribunais do nível de generalização do dispositivo legal, como se cada juiz integrasse a realização de um “romance em cadeia”. (DWORKIN, 2003, p. 276)

Portanto, o direito não seria uma questão de fato, mas sim o resultado de diversos esforços para se obter uma melhor configuração do material jurídico.

Em claro desafio ao ceticismo jurídico, para Dworkin (2003) haverá respostas certas até mesmo para os casos difíceis e controversos, uma vez que não há empate em questões de direito, sendo necessária ainda uma argumentação simples para facilitar a sua justificação.

Nesse sentido discorre o jurista norte-americano sobre o método da interpretação construtiva:

A interpretação das obras de arte e das práticas sociais, como demonstrarei, na verdade, se preocupa essencialmente com o propósito, não com a causa. Mas os propósitos que estão em jogo não são (fundamentalmente) os de algum autor, mas os do intérprete. Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam. Daí não se segue, mesmo depois dessa breve exposição, que um intérprete possa fazer dessa prática ou de uma obra de arte qualquer coisa que se desejaria que fossem [...] (DWORKIN, 2003, p. 62).

E prossegue:

“Um participante que interpreta uma prática social propõe um valor a essa

prática ao descrever algum mecanismo de interesses, objetivos ou princípios ao qual, se supõe, que ela atende, expressa ou exemplifica”. (DWORKIN, 2003, p. 64)

Para a melhor realização de sua função e se atingir um grau satisfatório na interpretação e aplicação nas normas, Dworkin alude à necessidade da figura ideal de um juiz Hércules, que seria “um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas” (2003, p. 165).

Habermas, abordando a teoria de Dworkin, que pretende superar a tensão interna ao direito entre segurança jurídica e justiça, assim a sintetiza:

“A teoria do juiz Hércules reconcilia as decisões racionalmente reconstruídas do passado com a pretensão à aceitabilidade racional no presente, ou seja, reconcilia a história com a justiça”. (HABERMAS, 1997, p. 264).

Todavia, Dworkin (2001), ao aproximar as esferas da Literatura e do Direito, não enfrenta de forma satisfatória o fato de que os legisladores, autores do primeiro capítulo, não são os mesmos tipos de autoridades dos capítulos subsequentes, no caso os juízes. Além disso, não há exatidão na investigação literária, com caráter e rigor científicos, mas, ao contrário, o seu êxito se dará na mesma proporção em que alcançar maior generalidade de sentidos e interpretações. No campo do Direito poderiam ser classificadas as consequências desse propósito como uma insegurança jurídica.

Por essa razão, o resultado inexorável da politização do direito, cujo Poder Judiciário intervém nos atos de discricionariedade e escolhas do legislador, bem como em polêmicos *law reviews* seria um amálgama da teoria substantiva e refreamento institucional.

E é exatamente nesse sentido que Richard Posner (2007) discorre críticas à teoria de Dworkin, para a qual, nos termos debatidos, os magistrados teriam acentuado papel na consecução de políticas públicas judiciais e cuja interpretação e aplicação do Direito, em determinadas matérias, por serem desprovidas de rigor científico, deveriam ser objeto de outras searas das funções estatais, que não a jurisdicional.

Para Posner (2007):

A ideia de que existem respostas corretas para todas, ou para a maioria das questões morais, é chamada de “realismo moral”, e numa sociedade heterogênea isso tende a parecer ainda menos plausível do que uma crença de que existem questões respostas corretas inclusive para as questões jurídicas mais complexas. Dworkin é um realista moral. Ou pelo menos é o que parece quando a sua crença de que existem respostas corretas para as questões jurídicas se justapõe à sua crença de que os juízes devem “identificar os direitos e deveres jurídicos, na medida do possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada -, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade”. O que temos aqui são justiça e moral. (POSNER, 2007, p. 269)

Dessa maneira, as “consequências previsíveis para um juiz equipado apenas com formação e experiências jurídicas, experiências de vida e algum bom senso serão fortemente influenciadas pelos valores pessoais do juiz” (POSNER, 2007, p. 403).

É interessante o posicionamento de Posner (2010b), que analisa profundamente o conceito e a prática política na democracia, dessacralizando-a na medida em que a distingue em Democracia no Conceito 1 e Democracia no Conceito 2.

A Democracia no Conceito 1, segundo ele inspirada pela teoria de John Dewey, pela primazia essencialmente da deliberação majoritária, possui forte carga de idealismo e utopia, com engajamento cívico de toda a população, politizada, despojada de interesses egoísticos e comprometida com a realização do bem-público (POSNER, 2010, p. 102).

Por sua vez, a Democracia no Conceito 2, inspirada originalmente pela teoria de Schumpeter, possui forte cunho pragmático. Os partidários desse conceito veem na política uma competição entre políticos que buscam o interesse próprio, corporificando uma classe regente do povo que, no mesmo compasso, age orientado em sua maioria por interesses próprios, de maneira desinteressada da política e sequer objetivando se informar dela. A deliberação consensual conduziria a um discurso propenso ao infinito, posto que impraticável, ao passo que o critério majoritário conduziria à injustiças, entre as quais, a exclusão das minorias. (POSNER, 2010b).

Assim, não há, nesse conceito, a concepção de autogoverno, mas, sim, de governo exercido pelos representantes oficiais, especialistas na arte da política, eleitos pelo povo, que, delegando àqueles tais atribuições se torna livre para desenvolver as suas aspirações individuais. Isso feito, os políticos que não

atenderem às expectativas ratificadas pelo voto, são afastados ao final de seu mandato fixo pelo exercício do mesmo voto. Até porque delegação não é abdicação. (POSNER, 2010b, p. 111;298).

Percebe-se que na concepção da Democracia no Conceito 2, Schumpeteriana, há o entendimento de que os adeptos da Democracia no Conceito 1, Deweyniana exagera nas capacidades morais e intelectuais, tanto dos cidadãos-médios, quanto dos representantes oficiais, incluindo nesses casos, os juízes no exercício da adjudicação da política.

E por essa razão, embora paradoxalmente o ativismo judicial, que é quase sempre conceituado de forma pejorativa como uma mera agressividade judicial, pareça estar mais suscetível aos juízes adeptos ao Conceito 2 de Democracia, tal fato não é o que se percebe na prática. Os democratas no Conceito 2, para Richard Posner, “valorizam a democracia mais do que os democratas no Conceito 1 o fazem, e isso deve torná-los mais relutantes a apoiar o uso do poder judicial para dar um xeque-mate na escolha democrática” (POSNER, 2010b, p. 163).

Argumenta Posner (2010b) que se a adjudicação judicial da política for utilizada de maneira pragmática, desincumbida dos vícios idealistas e, por tal, inoperáveis do modelo utópico adotado por Dworkin (2001; 2003), essa se torna compatível com os democratas no Conceito 2 (POSNER, 2010b). Isso porque assente que, mesmo no Direito, a discricionariedade será sempre existente, portanto, deve-se ter o cuidado sobre quais papéis desempenharão os magistrados, definindo-os em sentido estreito para que possam operar dentro das suas atribuições e a discussão sobre a sua legitimidade não serão específicas à adjudicação pragmática.

Ocorre que, em uma sociedade democrática o caráter deliberativo de suas ações, entre as quais se encontram as escolhas políticas, deve ser um valor a ser buscado. Nesse contexto, o Poder Legislativo, além das próprias prerrogativas constitucionais, parece ser o foro que reúne as condições mínimas para o exercício desse diálogo.

É no parlamento que podem ser canalizados os movimentos sociais, os agentes se mostram suscetíveis às pressões políticas da população, à realização dos acordos partidários e à formação de maioria parlamentar. O próprio *iter* cujos projetos de lei são submetidos dentro do processo legislativo, favorece o decurso temporal e o amadurecimento das discussões, sendo que, no caso brasileiro, ainda

há a previsão da casa revisora, no caso das emendas à Constituição.

Mas esses mesmos instrumentos atinentes ao Legislativo, que favorecem o estabelecimento amplo das deliberações que são neste espaço tomadas, podem obstaculizar a sua pauta já saturada e tomada de decisões caso haja a interferência desequilibrada dos outros poderes. Esse é o caso do excesso de medidas provisórias, criadas para serem exercidas em um contexto parlamentarista, sujeitas a reedições sucessivas e que caracterizam o denominado “ativismo legislativo pelo Executivo” (VIANNA et al., 1999, p. 143), além das constantes revisões judiciais pelas Cortes tendo como objeto a suas leis votadas e aprovadas.

Cappelletti (1993) denomina como *overload* a ocorrência de obstruções legislativas resultadas pelo aumento dos encargos do Poder Legislativo, especialmente nos Estados modernos que não compartilham dos ideais de regimes autoritários e plurais. Esses Estados possuem em sua agenda uma extensa pauta para deliberação de políticas público-partidárias, o que lhes impedem a celeridade para o atendimento à demanda elevada decorrente da legislação e práticas sociais, legitimando a transferência de grande parte das suas atribuições ao Poder Judiciário. (CAPPELLETTI, 1993).

A regular morosidade dos procedimentos legislativos, como o complexo processo de emenda Constitucional, a instabilidade da formação de maioria parlamentar e as análises das comissões temáticas sobre os projetos apresentados dificultam a re-análise das matérias que foram revistas pelas decisões judiciais, frustrando a possibilidade de revogação legislativa.

Em decorrência “os tribunais desfrutam de uma enorme discricionariedade no que diz respeito às leis e à Constituição; são eles os principais criadores do direito legislado e constitucional”. (POSNER, 2007, p. 405).

Dessa maneira, a discricionariedade constitui um elemento basilar em que se estrutura o Poder Legislativo, o que não pode ocorrer no Poder Judiciário.

Richard Posner (2007) acrescenta sobre essa realidade que:

Os juízes não podem consultar os legisladores e falta-lhes tempo, temperamento e formação para conduzir uma investigação completa dos antecedentes e propósitos legislativos – o tipo de investigação que um historiador profissional ou um cientista político poderia levar a cabo. (POSNER, 2007, p. 366-367).

Diante de um caso difícil ou mesmo na apreciação de matérias de competência do Poder Executivo, como é a do CONAMA para a tipificação dos

casos de utilidade pública e interesse social permissivos de mineração com intervenção ou supressão em APPs, os juízes, agindo com base em sua liberdade, independência e autonomia, poderão decidir tão ausentes de regras e ou discricionariamente quanto um legislador, o que é problemático.

Entretanto, essa conduta será agravada pela ausência de um controle efetivo sobre os seus atos, como estão sujeitos os legisladores e administradores públicos nos casos de ilegalidade de seus procedimentos. Controle esse que é exercido pelo próprio Judiciário.

Tais atribuições dos magistrados podem ser temerárias, uma vez que a isenção e imparcialidade absolutas das suas decisões é uma concepção utópica e deve ser vista com receio. Não pode ser difícil tal raciocínio quando o próprio ordenamento jurídico cria regras de impedimento e suspeição, como os previstos nos arts. 134 a 138 do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973).

Se as decisões judiciais fossem suficientemente transparentes ou mesmo em sua maioria impassíveis de erros e de incorreções, não seria necessário que o próprio sistema jurídico dispusesse de tais mecanismos aplicados objetivamente nos casos de incompetência e suspeição ou mesmo na distribuição do ônus da prova para orientar as sentenças nos casos de dúvidas e distribuir a carga argumentativa, como está no art. 333, do CPC¹⁷. (BRASIL, 1973).

Não há dúvida de que o Poder Judiciário é falível, assim como também o são os Poderes Executivos e Legislativos. Da maneira similar é indubitável que quanto mais maduro um determinado Estado, mais sólidas serão as suas instituições, mais complexos serão os seus sistemas de distribuição e exercício de poder, bem como o controle dos atos agentes públicos e o resguardo dos direitos e liberdades dos cidadãos, com o emprego de técnicas jurídicas apuradas.

Todavia, sempre haverá margem para erros e injustiças mesmo nesses Estados mais desenvolvidos, os quais ainda que posteriormente sanados, terão produzidos os seus efeitos indesejáveis.

Portanto, é razoável que, na tentativa de se minorar a ocorrência de tais erros

¹⁷ Faoro discorre, com a sua peculiar acidez, sobre o proeminente papel assumido pelo Poder Judiciário no Brasil após a instituição da República, em uma tarefa na qual tentou implantar as bases para a sua consolidação, justificado por argumentos de imparcialidade dos seus atos, com base na supremacia da Constituição. "O judiciarismo brasileiro corporificaria, na desordem do império caído, o trono sem soberano, na impossível continuação de situar, sobre os poderes, um estamento altamente qualificado, composto de anjos". Mais à frente, denomina essa realidade como "Estado burguês de Direito". (FAORO, 2008, p. 749;820).

e injustiças, haja divisão e respeito entre os poderes e funções estatais, pautados na repartição de competências em que o Judiciário se dedique mais à tutela dos direitos e garantias individuais, sociais e meta-individuais, como no caso do meio ambiente, mas sem assumir o papel de instituidor de políticas públicas, para o qual não possui nem capacidade, nem legitimidade, não sendo o foro apropriado.

Mesmo em sistemas jurídicos com maior grau de mais sofisticação e de estabilidade do que o brasileiro, a politização do Direito poderia ganhar contornos imprevisíveis e indesejáveis, além de se alterar a distribuição dos Poderes no sistema de freios e contrapesos de um regime democrático.

Mas não apenas isso. Os juízes, além de se preocuparem em promover e fazer a justiça material nos casos concretos, devem inserir em seus provimentos uma estrutura jurídica que englobe análises dos precedentes, dos fatos que estão adstritos nos autos, a articulação e fundamentação das questões por deliberação, além do respeito e integração com a autoridade legislativa.

Uma vez não satisfeitos tais requisitos, podem surgir consequências nefastas na relação de poder, como observa Posner (2007):

Os juízes não querem ser manipulados pelos poderosos. Contudo, se independência significa apenas que os juízes decidem seus casos como melhor lhes parece que devam fazê-lo, imunes à pressão de outras autoridades, não é óbvio que um judiciário independente seja de interesse público; as pessoas podem estar trocando um tipo de tirania por outro. [...] seremos forçados a escolher entre o direito natural em um sentido forte e o ponto de vista jurídico niilista de que o direito nada mais é que a vontade dos juízes. (POSNER, 2007, p. 11).

Portanto, o que esse estudo pretende alcançar, é a concepção de que uma atuação incisiva das Cortes em sede de *law reviews* nas matérias de competência dos outros Poderes não é o caminho mais apropriado na tutela dos interesses da sociedade, tampouco dos valores e direitos resguardados pela Constituição.

Este é o caso específico da delegação do Poder Legislativo, por meio do art. 4º, § 1º, II da Lei Federal nº 4.771 (BRASIL, 1965), atendendo ao comando do art. 225, § 1º, III da CF/88, ao Poder Executivo, na figura do CONAMA, que editou a Resolução nº 369/06 (BRASIL, 2006).

Aclarado que por essa razão, o referido órgão administrativo possui atribuição para definir os casos de utilidade pública e interesse social que possibilitarão a

supressão e intervenção da vegetação de uma APP, que serão devidamente autorizadas, ou não, pelo gestor ambiental da esfera a que for de direito, por meio de procedimento administrativo motivado.

É a situação típica da atuação conjunta entre duas esferas de Poder, o Legislativo e o Executivo, dentro do sistema federativo cooperado, na consecução de suas funções e elaboração de políticas públicas.

Essa posição viria em corroboração ao que Zippelius (2006) entende que deve nortear a atividade estatal e a participação democrática da população nos foros de debate:

No Estado de Direito, a atividade estatal deve se consumir de acordo com regras que impeçam um abuso de poder (cap. 10, a) e conduzir a decisões justas e razoáveis. Sabemos agora que o resultado das decisões são co-determinados pelos processos nos quais foram obtidos. Assim, no Estado de Direito, todos os interessados devem ter a oportunidade de participar do processo e expor a sua versão dos fatos e sua opinião jurídica. (ZIPPELIUS, 2006, p. 141).

Não é razoável e nem desejável que o Poder Judiciário, uma vez atendidos os requisitos legais do ato em questão, por sua atuação valorativa do que entende que deveria ser a previsão normativa do Legislativo, anule tal dispositivo com a utilização da arguição direta de inconstitucionalidade. Há, nesse caso, um desvio no equilíbrio dos Poderes e uma hipertrofia do Judiciário em detrimento dos demais.

A razão precípua de uma organização social estruturada em um regime democrático, na qual há a valorização dos dissídios e materialização dos conflitos e posicionamentos divergentes na esfera da liberdade de expressão, é a realização de consensos que podem não ser sólidos, que podem ser acordos superficiais e mínimos.

A gênese da instabilidade desses acordos, dos quais as leis aprovadas pelo Parlamento são um exemplo, é resultado de que são frutos de acirrados debates, de composição entre grupos com posições distintas, mas que têm acesso à tribuna e peso relevante nas deliberações, pertencentes a uma minoria ou maioria parlamentar, ou seja, resultado do exercício da democracia.

Por essa razão, tais acordos, com conteúdos altamente discricionários, devem ser respeitados e sustentados, ainda que deixem as coisas sem decisão, caso tenham sido firmados dentro da observância dos requisitos legais.

Em que pese o enunciado de Cittadino (1999, p. 19), para que “é, portanto,

pela via da participação político-jurídica [...] que se processa a interligação entre os direitos fundamentais e a democracia participativa”, os magistrados devem respeitar valores como a autonomia pública do povo e dos seus representantes eleitos para a sua representação indireta, não decidindo matérias atinentes a deliberações com conteúdos eminentemente políticos.

Em análise sobre a teoria proposta por Dworkin para a atuação dos juízes, o jurista Cass Sustein (2009) discorre sobre os problemas que podem ser ocasionados por uma posição ativista, ainda que na tentativa de se adotar critério de correição e justificação, pautados na boa vontade se efetivar a justiça e tornar o direito “o melhor possível”:

Até esse ponto o nosso julgamento do positivismo se aproxima daquele apresentado por Dworkin, mas há diferenças importantes. Dissemos que o significado é uma função dos princípios interpretativos e que é preciso contar com os princípios bons, descartando os que não se encaixam nesse tipo. No entanto, isso é bastante diferente de dizer que os juízes fazem e devem fazer do direito “o melhor possível”. Essa teoria assume uma distinção extremamente aguda ao se indagar o que é o “melhor” e o que é o “ser” relevante. No que concerne ao direito, não existe um “ser” a flutuar sem qualquer controle e fora de contexto. O direito existente não constitui um fato bruto, mas sempre e forçosamente o produto de princípios de interpretação. A descrição que Dworkin faz desse “ser” parece repetir o equívoco positivista de enxergar o direito como algo a ser descoberto. Tampouco tentam os juristas, de uma forma bem abstrata, tornar o direito “o melhor possível”. O questionamento que fazem sobre o que vem a ser “melhor” é de fato avaliativo, ainda que muito disciplinado, no sentido de que resulta de princípios já orgânicos da cultura jurídica. Dworkin algumas vezes se expressa como se o questionamento sobre o “melhor” fosse uma questão de filosofia política. Para os juristas, é algo completamente distinto, ou seja, consideram-no um pré-questionamento mais de foro íntimo, muito embora impregnado de juízo de valor, sobre que posições podem agora, dentro da cultura jurídica, ser sustentadas por argumentos pertinentes.” (SUSTEIN, 2009, p. 142).

A discussão que Sustein (2009) propõe se materializa na indagação se é preferível juízes atuantes, politicamente orientados, engajados em um republicanismo cívico por meio da utilização de princípios substantivos na orientação de suas decisões ou, ao revés, se o melhor seria a adoção de uma interpretação restritiva, valorizando os participantes dos debates democráticos em seus foros apropriados.

Dessa maneira, ele se posiciona no sentido de que os magistrados não são sujeitos a regras que disciplinam e valorizam o processo político. Do mesmo modo,

não possuem legitimidade para declararem leis não interpretáveis sob o argumento teleológico de promoverem um programa político originário do Poder Judiciário na criação de um Estado melhor.

O próprio critério da representatividade estaria afetado, com apenas onze ministros, no caso do STF, deliberando sobre políticas públicas, nos termos do fundamento do voto do relator Ministro Celso de Mello na ADI nº 3.540-1 (BRASIL, 2005).

Quando há uma confusão entre o direito e a política, a existência do que Luhmann denomina de acoplamento estrutural entre essas esferas, cuja ação judicial seja permeada de princípios de cunho políticos, serão questionáveis os benefícios de sua atuação, em prejuízo ao Estado de Direito e ainda que um mínimo de formalismo necessário para a sua estruturação. (LUHMANN, apud NEVES e SAMIOS, 1997, p.49-59).

Sustein (2009) ainda tece críticas a Dworkin, mas com a análise propriamente vinculada à realidade norte-americana como fundo, sobre o papel ativo do Judiciário dentro da representabilidade social que desempenha, para que:

Em um livro de bastante influência (A Matter of Principle/1985), Ronald Dworkin defendeu um papel ativo para o judiciário com a teoria de que a Suprema Corte é o “foro dos princípios”, contrariando as características de barganhas comerciais da política de grupos de interesse. Porém, a Corte nunca foi projetada para ser a única instituição com princípios dentro do governo norte-americano, e nem foi ela a única instituição assim na nossa história. Pelo contrário, os maiores reflexos de deliberações com base em princípios vieram do Congresso e do Presidente, não das cortes. (SUSTEIN, 2009, p. 187).

O excesso de discricionariedade nas decisões dos juízes em suas formulações de políticas públicas poderia, não obstante a própria insegurança jurídica que lhe seria produto, resultar em uma superveniente dependência da sociedade no Poder Judiciário na implantação de sua agenda de reformas políticas e até mesmo sociais.

Há autores que defendem a assunção pelo Poder Judiciário desse papel social, nele enxergando um ambiente propício para a criação de uma agenda cívica para que os indivíduos que jamais conheceram qualquer arena pública possam deliberar e apresentar as suas razões:

O Judiciário, nessa circunstância particular, porque regulado pela lei e livremente aberto à exposição da controvérsia entre as partes, pode-se apresentar à falta de um ou de outro, como um espaço republicano para o homem comum brasileiro, ainda sujeito ao estatuto da dependência pessoal. (VIANNA et al., 1999, p. 258).

Todavia, mesmo na consecução dessa atribuição há diferença patente com relação ao modelo do Juiz Hércules proposto por Dworkin (2003), que envolveria uma concentração heroica de esforços em aspectos estratégicos da sociedade, por meio de uma seleção sobre qual matéria incidirá a sua ação. Ação essa decorrente de uma ação reflexiva e desinteressada operada por meio de uma criação jurisprudencial do direito, na forma de um engenheiro social. (VIANNA et al., 1999, p. 145).

Segue então, por esses autores, a conclusão de um modelo de Juiz, também inegavelmente idealizado, mas contrapondo-se ao Dworkiano:

O nosso Hércules [...] não é um engenheiro, mas um arquiteto [...]. O que se espera dele não é tanto a criação do direito, mas a guarda dos direitos fundamentais inscritos na Constituição, onde estaria indicada a via de mudança do mundo, tal como ele existe. Ao contrário do previsto em Dworkin, o seu movimento como ator não é o da plena e despejada imersão na sociedade [...]. Dele se espera, precisamente, que se eleve sobre ela, sinalizando como e porque a sociedade deve se transformar segundo o plano previamente traçado pela Constituição.

Da natureza peculiar do nosso Hércules – decerto que menos aristocrático que o de Dworkin, dado que a sua identidade se confunde mais com a do guardião do que a do inovador[...] no rol das suas esferas, como se viu, desde aquelas referidas à defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana à organização democrática da Federação, passando por matérias comezinhas, como a regulação de estatutos profissionais, de planos de carreira, de remuneração de servidores, e de pequenas questões de âmbito local, mas que são estratégicos para a fixação de um padrão racional-legal na administração pública.

[...]

Sua natureza é mais prosaica, uma vez que a sua tarefa se restringe a guardar os direitos definidos na Constituição, impondo-os “de cima” à sociedade, em um exercício a que não falta um caráter ético-pedagogo. (VIANNA et al., 1999, p. 145-146).

O fato é que a constituição do Brasil na forma de um Estado Federal, ao contrário de outros países, destacadamente os Estados Unidos da América que foi utilizado como modelo para a organização federação brasileira, não ocorreu decorrente de agregação por livre consenso dos Estados-membros, ou mesmo da população simbolicamente, em um pacto fundacional. Ao contrário, eles se mantiveram alijados do processo revolucionário que institui a República, que foi devidamente arquitetado por um seletivo grupo composto pelas forças armadas,

políticos e intelectuais.

A partir de então, para fins de manutenção da unidade nacional, o poder foi exacerbadamente concentrado na esfera da União na busca de uma homogeneidade, não obstante as enormes diversidades regionais. Até 1988, foram as razões de Estado que orientaram as políticas públicas, e nunca as razões da população, dos cidadãos. Esses, por sua vez também nunca existiram efetivamente, a não ser na simbologia das normas e ideais legitimadores da república.

Diversamente do proposto, os cidadãos são aqui transpostos à condição de clientes dessas mesmas políticas públicas, receptores passivos das benesses do grande Estado de inspiração Keynesiana que, diga-se, possui densidade e relevância para a condução das atribuições do Estado Social, com benefícios de sua população. Todavia, no caso brasileiro essa política nunca foi implantada satisfatoriamente, sendo marcada pelos propósitos dos governantes na manutenção subserviente dos cidadãos, tolhendo qualquer iniciativa dos mesmos na construção de uma cultura cívica para a nação.

A invasão na política e na sociedade pelo Direito, bem como o próprio gigantismo superveniente do Poder Judiciário, coincidem com o desestímulo para um agir orientado para fins cívicos da população, com o juiz e a lei tornando-se as derradeiras referências de esperança para indivíduos isolados, socialmente perdidos. (GARAPON, 1996, p. 20).

Portanto, no caso da politização do Direito com acentuado ativismo judicial, embora a relação seja fundamentada em elevados valores, como a consecução de políticas públicas pelos magistrados como forma de se contraporem à inércia do Poder Legislativo, em última instância, não sendo chamada a população para o debate e participação, essa seria instada apenas para a alteração de sua posição. De clientelista passiva, receptora das políticas públicas dos Poderes Legislativo e Executivo, para clientelista passiva, receptora das políticas públicas do Poder Judiciário, com a assunção desse novo papel institucional.

Para Garapon citado por Vianna et al. (1999, p. 26), "A judicialização da sociedade desinstitucionalizaria a democracia, marginalizando as instituições de mediação - as associações e os partidos políticos.

Prossegue o autor, discorrendo que a justiça não deveria procurar encontrar a cura salvadora dos indivíduos, mas sim prover os meios para auxiliar para que estes mesmos as encontrem, incrementando as suas relações sociais. (GARAPON, 1996,

p. 243).

Nesse contexto, o papel inédito dos juízes não estaria na política, mas sim na reestruturação do tecido da sociabilidade, especialmente em pontos estratégicos, como os dos menores, das drogas e da exclusão social nesses pontos socialmente estratégicos, os magistrados assumiriam o papel de engenheiro ou de terapeuta social, comportando-se como foco de irradiação da democracia deliberativa. (GARAPON, 1996, p. 241).

Entretanto, mesmo autores como Vianna et al. (1999, p. 26), que postulam por um engajamento social do Poder Judiciário por meio da judicialização das políticas públicas, reconhecem uma falha em sua consecução no Brasil. Para eles, o STF, que fora criado inicialmente em 1891 para cumprir com o papel de corte constitucional guardião dos direitos fundamentais e dos dispositivos Constitucionais, nos moldes da Suprema Corte norte-americana, assume, com o passar dos tempos, nova feição com atribuições similares às dos Tribunais europeus continentais, mas, nesse *iter*, também foi apossado de um desvirtuamento de suas finalidades.

Isso porque, reconhecem os autores, o STF ao exercer o controle abstrato das normas, o que se percebeu foi a monopolização nos seus julgamentos de temas referentes ao Direito Administrativo, objeto das corporações, como os serviços de carreiras, remuneração e organização do serviço público, bem como conflitos de competências e atribuições, todos estes no âmbito dos três Poderes. Temas estes longe de lograrem êxito em efetivarem o propósito das aspirações sociais nas políticas públicas:

O comprometimento da agenda das Adins com o tema da Administração Pública, na escala em que se descreveu, provavelmente repercute negativamente sobre as possibilidades de o STF se identificar mais claramente com a filosofia da Carta de 1988, cuja intenção era a de favorecer a efetivação dos seus grandes princípios programáticos, e não a de criar mais uma instância para as controvérsias das diferentes corporações sobre questões de Direito Administrativo. (VIANNA et al., 1999, p. 66).

Aprofundando a sua análise sobre o teor dos julgamentos das ADINs pelo STF, Vianna et al (1999), que concebem o processo de judicialização da política no Brasil por meio de um caráter dúplice, consistente na provocação da Suprema Corte, na maioria das vezes pelo Poder Executivo e pelo Ministério Público, identificam a singularidade desse processo na realidade brasileira.

Essa singularidade, embora o controle de constitucionalidade tenha como propósito basilar a proteção às minorias e manutenção do equilíbrio federativo entre os entes públicos, este instrumento vem sendo utilizado contra a representação parlamentar dos estados federados pelos agentes do Poder Executivo:

Essa modelagem centrípeta da federação brasileira, como inevitável, se faz presente na nossa história de controle constitucional das leis: não é o Estado que, em defesa da sua autonomia, recorre à Suprema Corte contra o Executivo, mas exatamente o oposto [...]

Não se chega, portanto, ao controle abstrato das normas pelo imperativo da defesa da autonomia da Federação e da cidadania, mas, diversamente, pela necessidade de preservar o papel da União no exercício de funções reguladoras e homogeneizadoras do sistema político e da sociedade civil. (VIANNA et al., 1999, p. 72).

Isso posto, o Poder Judiciário com todos esses vícios que lhe incorrem ou são suscetíveis de ocorrerem, posiciona-se em paridade de (des)-virtuosidade cívica com os demais Poderes Executivo e Legislativo, deslegitimando o argumento de foro privilegiado para a adjudicação das políticas públicas.

Tribe, Dorf e Moreira (2007) se posicionam de forma clara no sentido de que não há uma fórmula que seja capaz de eliminar por completo a necessidade de escolhas judiciais, não obstante haja, por conseguinte, fórmulas que busquem esconder essa necessidade atrás de declarações de “intenção original” ou do “significado claro” do texto.

Assim, rejeitando as reivindicações do Juiz Scalia, que procura uma medida de valor neutro para as suas decisões, asseveram que:

O primeiro ponto é que o fato de buscar os direitos fundamentais nas tradições da sociedade não é uma medida de valor neutro mais forte do que o fato de buscar tais direitos fundamentais nos precedentes legais; o segundo ponto é que não existe uma medida de especificidade universal com a qual se possa medir um direito declarado; e em terceiro lugar, mesmo que o programa do Juiz Scalia fosse viável, ele só poderia assumir uma semelhança com a neutralidade judicial, perante o custo inaceitavelmente alto de se aproximar de uma completa abdicação da responsabilidade que os juízes têm, de dar proteção aos direitos individuais. (TRIBE; DORF; MOREIRA, 2007, p. 130).

Em razão disso, é válida a premissa de que não existe a possibilidade de se eliminarem as escolhas na interpretação e aplicação do Direito, que podem revelar margem para a discricionariedade, que sempre haverá. Com isso, não se quer negar a possibilidade de alteração no sentido de uma norma, mas, ao contrário, esse

fenômeno conhecido como mutação constitucional é altamente válido e eficaz, consubstanciando em uma concreta possibilidade de evolução e adequação dos ordenamentos jurídicos por parte do Poder Judiciário.

Quando uma jurisprudência ou uma legislação encontra-se defasada em face dos fatos da sociedade moderna, que possui uma dinamicidade exponencial, o surgimento de uma nova interpretação criativa ou evolutiva, com o emprego de técnicas normativas e critérios de racionalidade, cumpre o propósito de adequação desse instrumento, antes obsoleto ou precarizado em razão da evolução social.

Entretanto, essa técnica hermenêutica que traz uma nova interpretação criativa para a norma no caso em específico possui limites claros, quais sejam, o próprio texto constitucional.

Ultrapassar os limites do texto normativo para além das simples lacunas legais constitui um ato de criação normativa, de legislar sobre fatos sociais, rompendo o equilíbrio entre os Poderes e mesmo o da segurança jurídica determinada por este equilíbrio. Toda criação legal envolve atos de escolhas políticas as quais devem ser devidamente deliberadas, discutidas largamente envolvendo o maior número possível da parcela da população, inclusive as minorias em condições de paridade, fato este que deslegitima tais tomadas de decisões por parte do Judiciário.

Não se pode negar que o atraso no Congresso é uma das causas propícias que resultam no ativismo judicial, nem que algumas, a maioria ou mesmo a totalidade das decisões políticas ativistas tomadas pelo Judiciário foram benéficas. Todavia, não há garantias de que as próximas decisões também o sejam. Pode até ocorrer de que essas venham a ser todas benéficas, sem exceção. O fato é que esse não é o ponto que deve ser considerado, não é o resultado dessas decisões que deve ser mensurado.

As decisões judiciais, como quaisquer outras do Parlamento são suscetíveis de interpretações. Além disso, haverá a agravação dos problemas pelos quais passa o Congresso, antes obstruído pelo ativismo legislativo do Executivo e agora também pelo dos magistrados.

Isso porque o fenômeno da politização do Direito altera o equilíbrio e acentua a situação em que se encontra justamente do Poder mais fragilizado do Estado, mais desmoralizado, que é o Legislativo, cuja uma das razões para este fato é o inchamento e engessamento de sua pauta, sobrando espaço apenas para

deliberações de cunho político-partidário e matérias advindas do Poder Executivo. Em um futuro próximo, as consequências disso podem ser difíceis de serem contornadas.

Parece parcimonioso que um dos modos para se ultrapassar a morosidade do Legislativo sem a dependência do Judiciário para a consecução das políticas públicas seja o fortalecimento do próprio Legislativo. Fortalecimento que pode resultar nos mesmos benefícios sociais a que se aspira com a politização do Direito, por meio do ativismo judicial.

Uma das maneiras para se lograr o seu fortalecimento e valorização é a realização da reforma política, a mais urgente das reformas de que necessita o Brasil, antes de qualquer outra, seja a previdenciária, a tributária ou a trabalhista.

Entre as medidas a serem tomadas em seu bojo, por exemplo é a urgente redução dos partidos políticos, que em número excessivo terminam por fragmentar orientações ideológicas, acirrar o loteamento dos cargos públicos e colocar em posição de subserviência o Parlamento em face do Executivo, prejudicando a sua eficiência.

Por tudo o exposto, o Poder Judiciário é suscetível de enfrentamento de diversos problemas e vícios, como o Executivo e o Legislativo o são. Não obstante o emprego de técnicas modernas para a interpretação e aplicação do Direito, a isenção e a imparcialidade dos provimentos judiciais é de difícil obtenção, para não se falar de um fim idealizado. Contudo, não se vislumbra a não obtenção desse fim como um problema.

O exercício dos princípios interpretativos que orientam os provimentos judiciais deve ser a manutenção da neutralidade do “status quo” e esse sendo a linha base para a tomada de decisões. “Se os princípios interpretativos de uma maneira geral devem decorrer dos compromissos democráticos, segue que um papel judicial nas reformas sociais será frequentemente desprovido de justificativas”. (SUSTEIN, 2009, p. 186)

Não se quer falar com esse argumento que todas as desigualdades e incorreções em que se estrutura a sociedade sejam frutos de um determinismo ou direito natural. Ao contrário, são originários de distorções paulatinas no seio comunidade e de práticas por essa adotadas. Em outras palavras, constituem uma situação artificial.

Por essa razão, para se conferir maior imparcialidade ao Poder Judiciário no cumprimento de suas atribuições, as suas decisões devem ser justificadas com base na manutenção do *status quo*, em oposição ao autoritarismo e baseada em razões de âmbito público que possam ser compreendidas por todos os cidadãos. Qualquer desigualdade, injustiça, omissão ou ilegalidade de atos praticados por indivíduos ou agentes públicos deve ser objeto da atuação judicial, a fim de se retornar a uma situação de equilíbrio.

Assim, Sustain (2009) considera que “as cortes não devem se intrometer nos processos legislativos estaduais e federais nos quais o texto e a história são ambíguos e onde os argumentos a partir de princípios básicos são tão obscuros”. (SUSTEIN, 2009, p. 193).

O ponto de equilíbrio em que se sustenta o *status quo* seriam as deliberações democráticas, que estivessem em conformidade com os princípios fundamentais tutelados pela Constituição e promovessem o fortalecimento, no caso do Brasil, dos Poderes e funções Estatais, com o equilíbrio do federalismo.

De acordo com Sustain (2009):

um sistema no qual as distribuições de propriedade existentes sejam ininterruptamente examinadas provavelmente se partirá ao longo das suas linhas fracionais e também debilitará tanto a segurança individual como o planejamento para o futuro. Cidadãos inseguros não têm probabilidade de fazer qualquer planejamento. Não por acaso, eles provavelmente não realizarão investimentos, e o investimento de vários tipos é indispensável para a prosperidade, que vem a ser claramente um bem para a humanidade. (SUSTEIN, 2009, p. 163).

Embora o caso discutido no presente estudo não verse sobre a distribuição de propriedade, conforme aborda o citado trecho da obra de Sustain (2009), o que é efetivamente analisado é a possibilidade ou não do manejo por meio de atividades minerárias nas propriedades privadas integradas por APPs, sendo pertinentes as mesmas considerações feitas por aquele jurista.

No caso em análise, não haveria a quebra do equilíbrio do *status quo* pela competência decorrente de Lei do CONAMA definir os casos de utilidade pública e interesse social que permitirão a supressão da vegetação das APPs, autorizadas pelo órgão ambiental da esfera administrativa a que for de direito e por meio de procedimento administrativo motivado.

A maior razão para isso é que não há o desvirtuamento do conceito de Área

de Preservação Permanente e sequer a supressão das mesmas, mas tão-somente da sua vegetação, que é um dos seus vários elementos. O equilíbrio dos seus recursos naturais é que deverá ser analisado no caso em concreto e o órgão administrativo é o mais indicado, pois possui a discricionariedade desejável para tal análise, no cumprimento da proteção ambiental estabelecida para o Poder Público pela Constituição.

Dessa forma, ao se adotar um sistema jurídico orientado pelo respeito às distribuições existentes como linha básica, às funções estatais e autonomia dos demais Poderes, estabelecidos como representantes legítimos da população para as deliberações democráticas estabelecidas pela Constituição e cuja essência é a discricionariedade, busca-se a criação de uma estabilidade para os indivíduos e a sociedade como um todo.

Haverá, por conseguinte, a segurança jurídica apropriada para o estabelecimento de relações comerciais, investimentos, transações, aumento dos postos de trabalho, bem como maior circulação de capitais e, em um aspecto global, das riquezas produzidas.

É uma postura interpretativa para a questão do objeto da ADIN nº 3.540-1 do (BRASIL, 2005) analisada pela correlação entre o direito e a economia, visando a maximização de riquezas e também no que preceitua Sustain, para quem:

a criação de um direito para a poluição pode ter uma variedade de efeitos prejudiciais e não intencionais, inclusive um maior desemprego, mais pobreza e preços mais altos.

Ideias dessa espécie fornecem algum apoio para a aversão da Suprema Corte ao reconhecimento dos assim chamados “direitos positivos”. A exigência judicial do cumprimento desses direitos teria efeitos prejudiciais sobre outros programas, muitos dos quais bastante importantes. (SUSTEIN, 2009, p. 190).

Esse posicionamento reflete a apreensão da tomada de decisões por juízes que, embora organizados em turmas e em câmaras especializadas que adjudicam determinadas matérias para as decisões, nunca se tornarão especialistas nessas áreas em questão, a exemplo, pode-se citar o Direito Ambiental, como o narrado direito para a poluição e mesmo especificamente a mineração.

Isso porque parece patente que a compreensão dos efeitos da mineração em APPs decorre e promove efeitos complexos, com imprevisão segura que oriente a decisão judicial na consecução de políticas públicas genéricas, como é o caso da

proibição de supressão e intervenção de APPs nessas atividades de mineração, ainda que permitidas por Lei (art. 4º, § 1º, II da Lei Federal nº 4.771 (BRASIL, 1965), atendendo ao comando do art. 225, § 1º, III da CR/88 (BRASIL, 1988), bem como pela atuação do Poder Executivo nos termos da Resolução CONAMA nº 369/06 (BRASIL, 2006)).

Portanto, a proposta de Cass Sustein (2009) indica que os magistrados possam decidir e mesmo criar regras substantivas ou pressupostos para atenderem às matérias que são postas pelas leis, mas às quais o Poder Legislativo não dispôs elementos adequados para respondê-las.

Não havendo, por conseguinte, a pretensão de que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário possuam os mesmos valores e atribuições, de modo que as cortes sejam mais propícias a manterem e valorizarem os atos legais que não interfiram nas distribuições existentes, ao passo que sejam propensas a validarem os atos normativos que visem transformá-las. Tal posicionamento seria uma deferência ao governo representativo no exercício de suas deliberações democráticas.

Isso posto, esse não parece ser o caminho adotado pelo Supremo Tribunal Federal, que possui uma jurisprudência oscilante e desuniforme sobre mesmas matérias, o que se percebe pela análise realizada ao longo desse capítulo dos julgamentos ainda parciais do Recurso Extraordinário nº 413815 (BRASIL, 2010), sob relatoria do Ministro Dias Toffoli e da ADIN nº 3.540/2005 (BRASIL, 2005), que teve a sua liminar revogada.

Ambas as decisões com resultados conflitantes, embora tendo como objeto intervenções em Áreas de Preservação Permanente, o que reflete o grau de incerteza e insegurança jurídica que reveste o tema, bem como a parcialidade dos provimentos, mais visível à medida que o Judiciário tenta implantar um engajamento político nas reformas as quais entende ser necessária a sua intervenção.

Logicamente, uma consequência inevitável será a cada vez mais acentuada instabilidade econômica, política e social dos segmentos que, direta ou indiretamente, atuam ou se beneficiam com a mineração nas Áreas de Preservação Permanente. Seja com os postos de empregos gerados, com o recebimento dos “royalties”, das medidas compensatórias ou dos investimentos e lucros obtidos, movimentando a economia local.

Data venia o posicionamento do STF em ambos os julgamentos, pelas razões expostas, o presente estudo diverge das suas justificativas e fundamentações, pelo que não obtiveram a correção necessária. Todavia, a revogação da liminar concedida na ADI nº 3.540-1 (BRASIL, 2005), por vias indiretas, obteve um resultado satisfatório, com o emprego mais amplo e sistêmico das regras, princípios e conceitos dos institutos que abordou, embora com a utilização de uma instável técnica decisória consubstanciada na ponderação de valores.

6 CONCLUSÃO

É solar a abrangência semântica do assunto ora tratado, com enfoque constitucional destinado à proteção dos recursos naturais de forma equilibrada.

Não obstante, é também indubitável a situação emergencial do ambiente em decorrência da sucessão histórica de como foi tratado de maneira subsidiária ao desenvolvimento desenfreado dos meios de produção e consumo, a tal monta que, pela primeira vez, encontra-se o homem diante da incerteza da manutenção dos níveis satisfatórios das condições e variáveis ambientais para seu seguro prosseguimento no planeta.

De igual maneira, está fora de qualquer questionamento a importância dos espaços especialmente protegidos, entre os quais se destacam as Áreas de Preservação Permanente, para a manutenção do equilíbrio ambiental.

Cumprem essas áreas, como observado ao longo do texto, a função precípua de guardiãs dos recursos hídricos e são objeto central da exposição de efeitos resultados pelas mazelas ambientais. Fato que não deve ser secundarizado se houver a estabilização do entendimento de que os recursos hídricos provavelmente serão a maior moeda de troca em um futuro próximo e já denominados por muitos como o “petróleo azul”, guardadas as devidas proporções. Além, logicamente, do seu papel ambiental, que é a principal abordagem a ser realizada.

Assim, foi debatida a questão da sustentabilidade e a importância da integração do seu conceito à forma em que se estrutura o desenvolvimento humano, constituindo um modelo seguro para se superar as distorções causadas pelo atual sistema capitalista.

Isso porque há estreita relação e vinculação da proteção dos recursos naturais com o nível de complexidade social de um dado Estado e o resguardo dos direitos humanos que este promove, de maneira que onde há intensa degradação ambiental, haverá patente acinte aos direitos humanos. Por outro lado, quanto maior for o nível de estruturação industrial de uma sociedade, mais propício será o campo para a abordagem dos temas substantivos, como o ambiental.

Considerado, por oportuno, que a própria complexidade da sociedade industrial pós-moderna elide a previsibilidade dos seus fatos e resultados, podendo haver riscos sequer perceptíveis ou imagináveis, sendo, assim, a proteção ambiental uma imposição e até uma atitude não de vanguarda, mas conservadora na

minimização do imponderável.

A conclusão que se chega é que a crise ecológica, como também a social, a moral, a política, compõe apenas uma de várias outras partes de um intrincado e complexo sistema em que se insere a sociedade industrial.

Isso posto, o desenvolvimento sustentável revela-se uma finalidade em longo prazo, por meio do planejamento de políticas concretas e responsáveis. Até que se efetive, deve-se primar pela busca de uma sustentabilidade, inclusive do consumo, na perspectiva de distribuição de responsabilidades entre a própria sociedade no desdobramento do que veio a se primar pelo direito à solidariedade intergeracional, como um direito fundamental de terceira geração da pós-modernidade e inserção do seu caráter difuso e meta-individual.

A própria gênese desse direito, com alcance maior do que os antigos direitos sociais, possibilita a superação da antiga dicotomia entre o Estado e sociedade, diluindo os espaços públicos e privados em um único foro de propensão universalizante. Mas não será fácil a superação dessa dicotomia na ainda incipiente democracia brasileira e talvez seja esse o principal empecilho para a assunção pela sociedade do seu efetivo papel para a proteção dos recursos naturais.

Para tanto, é necessário o rompimento de antigas relações culturais que remontam ao berço da civilização do Brasil; Raymundo Faoro (2008, p. 40;62) aponta que, desde o embarque lusitano em terras americanas, o mercantilismo e, posteriormente, o capitalismo foram tarefas do Estado, “capitalismo de Estado”, o que ele designou como um capitalismo politicamente orientado ou “Estado patrimonial de estamento”.

Nessa forma de capitalismo, marcado por uma forte relação organicista, vinculada aos valores e ao fetiche dos cargos públicos, a burguesia domesticada cumpria o mero papel de intermediária entre o Estado brasileiro, sócio e ao mesmo tempo patrão, e os demais países nas trocas comerciais. O Estado patrimonial era o centro das ações alicerçadas nas diretrizes do Direito Romano. Não havia espaço para a livre iniciativa, para o empreendedorismo e para a autonomia social, em uma cômoda relação tanto para o Poder Público, que tudo provê, quanto para a sociedade, que de tudo é provida, sem que seja necessário assumir certas responsabilidades. (FAORO, 2008, p. 26-27).

Quatro séculos de hesitações e de ação, de avanços e recuos, de grandeza e de vacilação serão a resposta de um passado teimosamente fixado na alma da nação. Estado e nação, governo e povo, dissociados e em velado antagonismo, marcham em trilhas próprias, num equívoco renovado todos os séculos, em contínua e ardente procura recíproca. (FAORO, 2008. p.114)

Para explicar esse fato, Faoro destaca que ele é decorrente da ausência da consolidação de uma estrutura feudal tanto no Brasil, quanto em Portugal. Para ele, “O serviço ao rei e o serviço aos senhores, por meio do conceito de vassalagem, não constitui uma obrigação ou um dever - forma um apoio livre, suscetível de ser retirado a qualquer tempo”. (FAORO, 2008, p. 37).

Dessa maneira, pela ausência de uma relação vinculativa de direitos e de obrigações entre a vassalagem e os senhores feudais e o próprio Estado, os países em que houve o desenvolvimento do feudalismo efetivaram a ampliação das relações sociais e de solidariedade, elementos celulares para o que posteriormente se observou na implantação do modelo de democracia dos Estados modernos.

Junte-se a isso o histórico de governos repressivos no Brasil que sempre inibiram o desenvolvimento, ainda que incipiente, de um ativismo social e se terá o quadro da organização social brasileira.

Para superar esse quadro sociocultural e institucional brasileiro, não obstante a mudança da perspectiva e de a própria sociedade ocupar um papel político ativo ao invés do passivo que há tanto ocupa, é necessária a elaboração de um arcabouço jurídico-institucional que possibilite a defesa desse direito, seja de forma individual, seja de forma coletiva.

Um importante passo para a consolidação desse desenvolvimento econômico, político e social que seja sustentável, com emprego de maior racionalidade na tutela dos recursos naturais, foi o caráter sistêmico que o ordenamento jurídico brasileiro, paulatinamente, passou a adotar e cujo grande marco foi a Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988).

Ao realizar uma interligação entre os diversos recursos que integram o conceito de meio ambiente, que não se resume apenas nos elementos da natureza, como o meio ambiente cultural é exemplo, o que passou a ser efetivamente protegido foi a manutenção ou o estabelecimento do equilíbrio entre os mesmos. Tal procedimento, por conseguinte, propicia que haja uma maior interação entre os atributos ambientais e o desenvolvimento das atividades humanas, com a utilização inteligível daqueles.

Nesse contexto, a própria limitação da propriedade privada ao cumprimento de sua função socioambiental é um apêndice da relação não apenas entre distintos recursos da natureza, mas entre as áreas das relações humanas, como o Direito, a Economia e Meio Ambiente, além da instituição de espaços especialmente protegidos, públicos ou privados, entre os quais, as Áreas de Preservação Permanente.

Ainda, em que pese o avanço normativo da tutela ambiental no Brasil, foi possível com esse estudo observar que há no País a concepção de que quanto maior for o rigor da legislação, maior será a sua efetividade. Esse entendimento orienta a atuação tanto do Poder Público, a fim de se legitimar perante a sociedade, quanto dela própria, que cobra firmes medidas dos governantes, independente das consequências que lhe serão advindas.

Esse é o caso das Áreas de Preservação Permanente, como um exemplo de legislação-álibi realizada, ao mesmo tempo, pela esfera federal e estadual com grande generalidade conceitual, concebida de forma métrica e objetiva, por meio unicamente da largura dos corpos d'água, com resultante rigidez aplicativa e, não raro, sendo insuficientes na proteção dos recursos hídricos e suas matas ciliares. Foi citado que o Brasil é o único País em que tais áreas podem chegar a quinhentos metros de extensão, em cada lado do leito dos rios

Com base nisso, foi proposto a superação do atual conceito dessas áreas especialmente protegidas por meio da criação de Áreas de Conservação Permanente, para as quais deveriam ser considerados os aspectos geomorfológicos, pedológicos, hidrológicos, florísticos, faunísticos, climáticos, geológicos, bem como as formas e a intensidades de manejo nas APPs.

A largura da mata ciliar observaria tanto a natureza do terreno da margem, como do solo que a constitui, de maneira que quanto maior o declive do terreno, maior deverá ser a largura da mata ciliar que o envolve e, quanto mais frágil for o solo, maior será a largura de sua mata ciliar.

Foram analisadas, no caso concreto, as disposições normativas acerca do desenvolvimento de atividades minerárias nas Áreas de Preservação Permanente, com as suas compreensíveis restritas possibilidades, bem como as medidas mitigadoras dos seus efeitos, salientado que não há possibilidade de haver mineração sem que impactação ambiental, que é inerente ao processo de extração mineral, independente da forma e a maneira como é conduzida. Mas esses impactos

ambientais poderão ser positivos ou negativos.

Todavia, o principal aspecto que envolve a mineração em Áreas de Preservação Permanente é que, embora haja previsão legal expressa regulando-a, houve o estabelecimento de grande insegurança jurídica decorrente da apreciação do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Nessa oportunidade, houve o deferimento de uma medida liminar na ADI nº 3.540 (BRASIL, 2005) durante o recesso forense vedando, objetivamente, qualquer supressão ou intervenção nas APPs. Em outros termos, estaria vedada qualquer possibilidade de mineração nas Áreas de Preservação Permanente. Medida essa que resultou grande mobilização social, especialmente nos setores envolvidos.

Esse fato polêmico logo resultou na apreciação da matéria pelo Plenário do STF, revogando a liminar concedida. A nova votação se posicionou no sentido que não poderia ser confundido o instituto das Áreas de Preservação Permanente, objeto da tutela legal, com a sua vegetação, sendo ela apenas um dos seus elementos constituintes. A proteção constitucional visaria assegurar não o resguardo dos elementos ambientais individualmente considerados, mas sim o estabelecimento e manutenção do equilíbrio entre os mesmos.

Isso considerado, a realização e cumprimento do Plano de Recuperação das Áreas Degradadas (PRAD) seria o instrumento que deveria ser o balizador sobre a autorização, ou não, dos empreendimentos minerários.

Contudo, pelo fato de não se ter chegado ao provimento final dessa ADI, ainda não há a segurança jurídica para a mineração e para a sociedade beneficiária dos seus produtos, especialmente por ter o Supremo recentemente decidido, novamente de forma contrária, no Recurso Extraordinário nº 413815, sob relatoria do Ministro Dias Toffoli. (BRASIL, 2010).

Foi nesse recurso entendido que a proteção conferida pela Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) se refere aos elementos e recursos naturais individualmente considerados, confundindo-os com as próprias áreas que integram. Decisão essa que se considera rasa de fundamentos e de definição conceitual.

Contudo, não é de se estranhar a falta de critérios técnicos e domínio conceitual evidenciados na decisão do Ministro Dias Toffoli. Aliás, é até compreensível.

Por mais que se tente estabelecer uma especialização interna nas Varas, Câmaras ou Turmas Julgadoras do Judiciário, para que os magistrados tenham um

razoável conhecimento sobre as matérias analisadas, os mesmos nunca atingirão o pleno domínio, com exatidão terminológica e rigor científico, que demandam esforços de tempo e dedicação integral, como o faz os profissionais que se formam em cada área do conhecimento.

Esse é o ponto frágil que se entende da teoria proposta por Dworkin, na qual assumem juízes acentuado papel na consecução de políticas públicas judiciais e durante a interpretação e aplicação do Direito, com eminente engajamento cívico-republicano.

O exercício da democracia por uma sociedade pressupõe o caráter deliberativo de suas ações, escolhas e decisões, entre as quais políticas estabelecidas. O Poder Legislativo, por suas próprias prerrogativas constitucionais se apresenta como o foro que reúne as condições mínimas para o exercício desse diálogo, pois possibilita a existência das discussões e tensões políticas dos movimentos sociais, dos acordos partidários, da apresentação de pareceres técnicos e aprofundamento das pautas.

Não obstante, a isenção e a imparcialidade absolutas das decisões judiciais é um mito ingênuo, que deve ser analisado com parcimônia, sob pena de conferir exacerbados poderes aos magistrados, desestruturando a relação do equilíbrio federativo.

Os provimentos judiciais, visando a maior segurança jurídica e evitar decisões conflitantes em curto espaço de tempo, como as duas tomadas pelo STF no que tange à mineração nas Áreas de Preservação Permanente, deveriam preocupar-se em fazer a justiça material nos casos concretos. Procederiam, dessa forma, com a inserção de uma estrutura jurídica que englobe análises dos precedentes, dos fatos que estão adstritos nos autos, a articulação e fundamentação das questões por deliberação, além do respeito e integração com a autoridade legislativa. O que não é feito.

Por essa razão, o presente estudo no intuito de tentar ultrapassar essa instabilidade jurídica, concebe a adoção da concepção de Sustain como uma alternativa à manutenção da harmonia entre os Poderes e melhor desempenho das suas funções estatais.

Para tanto, o Judiciário deve se dedicar à proteção dos direitos e garantias constitucionais individuais, sociais e meta-individuais, como o meio ambiente, mas sem a formulação de políticas públicas, que devem ser criadas e desempenhadas

pelos Poderes Legislativo e Executivo, por meio da pertinente e necessária discricionariedade que possuem visando a esse fim.

O ponto em que se equilibraria essa divisão de poderes e funções estatais seria a manutenção do *status quo*, por meio das deliberações democráticas em conformidade com os princípios fundamentais tutelados pela Constituição.

No que concerne ao objeto desse trabalho, não há afetação ao equilíbrio do *status quo* pela competência decorrente de Lei para o CONAMA definir os casos de utilidade pública e interesse social que permitirão a supressão da vegetação das APPs, autorizadas pelo órgão ambiental da esfera administrativa a que for de direito e por meio de procedimento administrativo motivado.

Essa atribuição do órgão ambiental não acarreta esvaziamento ou mesmo o desvirtuamento do conceito de Área de Preservação Permanente. Da mesma forma, não há a previsão de supressão dessas áreas, mas apenas da sua vegetação, que é um dos seus vários elementos.

O equilíbrio dos seus recursos naturais é que deverá ser analisado no caso em concreto e os órgãos administrativos são os mais indicados para a sua manutenção, pois possuem a discricionariedade de atuação condizente para a apreciação de estudos em cada situação, indicando medidas mitigadoras e até vetando a realização dos empreendimentos minerários por várias razões que apenas poderão ser inferidas diante de cada situação específica.

Não é razoável, entretanto, que em um País com grande parte de sua população abaixo da linha da pobreza, com significativos índices dos empregos na economia informal, se prive do seu enorme potencial ambiental, entre eles, o minerário, em que, para cada posto de trabalho direto, agregam-se treze empregos diretos até o produto final (INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS RENOVÁVEIS, 2010).

De maneira racional, equilibrada e sustentável, pode-se realizar a prática razoável e equilibrada da mineração, não observadas as reações descomprometidas e inconsequentes de alguns ambientalistas ou desnecessários entraves burocráticos e estagnantes por parte do ordenamento jurídico pátrio.

Isso posto, a mineração e seus impactos ambientais são, indubitavelmente, um ônus social em virtude de uma sucessão de benefícios econômico-sócio-culturais, oferecidos à sociedade, sendo, portanto, imprescindível a sua fomentação e desenvolvimento, sustentavelmente e desde que atendidos todos os requisitos legais

nas áreas em que a natureza assim alocou os seus preciosos recursos.

Abdicar ou apenas criar empecilhos injustificados a uma atividade milenar, tão inerente ao próprio desenvolvimento do homem apenas por retóricos discursos ou ideologismos fisiológicos sem que, contudo, reste uma análise contundente sobre o papel de tão importante segmento econômico, se não constitui uma renúncia ao progresso e desenvolvimento sustentáveis, inevitavelmente constitui uma renúncia à própria história e organização social humana.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Rodrigo. **Acesso à informação e participação popular nos processos ambientais no Brasil**: a experiência do CONAMA. palestra proferida no 12º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, promovido pelo Instituto o Direito por um Planeta Verde, 30 de maio - 1 de junho de 2007, São Paulo, SP.

ALENCAR, Ana Valderez Ayres Neves de; CERQUEIRA, Laudicene de Paula. **Constituição brasileira e constituições estrangeiras**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987. 1313 p.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2008. 334 p.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Proteção do meio ambiente na Constituição da República**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, 340 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS; Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paídos, 1998.

BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução 001 de 23 de janeiro de 1986. Dispõe sobre os critérios básicos e diretrizes gerais para o Relatório de Impacto Ambiental – RIMA. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 fev. 1986.

BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambient. Resolução 303, de 20 de março de 2002. Dispõe sobre parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 maio 2002.

BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução 369, de 28 de março de 2006. Dispõe sobre os casos excepcionais, de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em Áreas de Preservação Permanente – APP. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 mar. 2006. Disponível em: < http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/9/docs/conama_res_cons_2006_369_supressao_de_vegetacao_em_app.pdf,> Acesso em: 12 jan. 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>.> Acesso em: 14 jan. 2012.

BRASIL. Decreto n. 97.632 de 10 de abril de 1989, que regulamentou o art. 2º, inc. VIII, da Lei nº 6.938 de 02 de setembro de 1981, no que se refere à recuperação de áreas degradadas pela atividade minerária **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 abr. 1989a.

BRASIL. Decreto n. 99.274 de 06 de junho de 1990. Regulamenta a Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981, e a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõem, respectivamente sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental e sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 07 jun. 1990.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.413, de 14 de agosto de 1975: Dispõe sobre o controle da poluição do meio ambiente provocada por atividades industriais. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 ago. 1975. Disponível em: < http://4ccr.pgr.mpf.gov.br/institucional/grupos-de-trabalho/gt-aguas/docs_legislacao/decreto_lei_1413.pdf> Acesso em: 12 jan. 2012.

BRASIL. Lei n. 4.771, de 15 setembro de 1965. Institui o novo Código Florestal. **Diário Oficial da União**, Diário Oficial. Brasília, 15 de setembro de 1965. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4771.htm> Acesso em: 12 jan. 2012.

BRASIL. Lei nº. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Diário Oficial. Brasília, 17 jan. 1973.

BRASIL. Lei n. 6.938/81, de 02 de setembro de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 ago. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm> Acesso em: 12 jan. 2012.

BRASIL. Lei n. 7.804 de 18 de julho de 1989. Altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, a Lei nº 7.735, de 22 de fevereiro de 1989, a Lei nº 6.803, de 2 de junho de 1980, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 de julho de 1989 1991e retificado no dia 04 de janeiro de 1990. 1989b. Disponível em: < <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1989/lei-7804-18-julho-1989-366151-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em: 12 jan. 2012.

BRASIL. Lei n. 8.171, de 17 de janeiro de 1991. Dispõe sobre a Política Agrícola. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 de janeiro de 1991e retificado no dia 12 de março de 1991.1991. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8171.htm> Acesso em: 14 jan. 2012.

BRASIL. Lei n. 9.605/98, 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 de fevereiro de 1998 e retificado no dia 17 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm> Acesso em: 12 jan. 2012.

BRASIL. Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III, e IV da Constituição Federal de 1988, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 de setembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9985.htm> Acesso em: 14 jan. 2012.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. **Mineração e Transformação Mineral do Ministério de Minas e Energia**, 2011. Disponível em: <<http://www.mme.gov.br/mme>> Acesso em: 14 jan. 2012.

BRASIL. Medida provisória nº. 2.166/01 de 25 de agosto de 2001. Altera os arts. 1º, 4º, 14, 16 e 44, e acresce dispositivos à Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, que institui o Código Florestal, bem como altera o art. 10 da Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996, que dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 de agosto de 2001. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/MPs/mp2166-67.htm>> Acesso em: 14 jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar) 3540-1/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Distribuído: 01 ago. 2005. **Diário de Justiça**, Brasília, 03 fev. 2006. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3540&processo=3540>> Acesso em: 20 nov. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 413815 / SC. Rel. Min. Dias Toffoli. Divulgado: 03 fev. 2010. **Diário de Justiça Eleitoral**, Brasília, 03 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28413815%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>> Acesso em: 13 jan. 2012.

BRÜSEK, Franz Josef. O problema do desenvolvimento sustentável. In: CAVALCANTI, Clóvis (Org.). **Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável**. São Paulo: Cortez; Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5 ed., totalmente refun. e aum. Coimbra: Almedina, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CHENOT, Bernard. **Organisation économique l'état**. 2. Ed. Paris: Dalloz, 1965.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1999

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano II, nº. 2 e ano III, nº. 3, 2001-2002. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/25512/poder_judiciario_ativismo_judicial.pdf?sequence=1>. Acesso em: 03 jan. 2012.

CLARCK, Giovani. **O município em face do direito econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 266 p.

COLETTE, Jacques. **Existencialismo**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2009. 128 p.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 513 p.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 593 p.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008. 931 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2. ed. atual. e reformulada. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

FONSECA, Laura. **Lei sobre área de preservação desconsidera condições geológicas, diz especialista**. 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/lei-sobre-area-de-preservacao-desconsidera-condicoes-geologicas-diz-especialista.aspx>> Acesso em: 20 abr. 2010.

FREIRE, William. **Direito ambiental aplicado à mineração**. Belo Horizonte: Ed. Mineira, 2005.

FREIRE, William. **O Direito minerário brasileiro: o idealizado e a realidade**. In: CICLO DE ESTUDOS DE DIREITO AMBIENTAL, 4, 2007. Universidade Federal de Minas Gerais, 22 – 23 out., Belo Horizonte, MG.

GARAPON, Antoine. **Le gardien de promesses**. Paris: Ed. Odile Jacob, 1996.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica da Constituição de 1988**. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2010. 391 p.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 706 p. 2 v.

INSTITUTO BRASILEIRO DE MINERAÇÃO. **Informações e análises da economia mineral brasileira**. <<http://www.ibram.org.br>>. Brasília: Profissionais do Texto, 2010. Acesso em: 17 jul. 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE MINERAÇÃO. **Investimento estrangeiro no Brasil soma US\$ 3,5 Bl. mineração é o setor que mais recebeu recursos**. Disponível em: <<http://www.ibram.org.br/noticias>>. Acesso em: 24 ago. 2007.

LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LUHMANN, Niklas. **Novos desenvolvimentos na teoria dos sistemas**. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. (Org.) LUHMANN, Niklas. **A nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Ed. Universitária, 1997.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 8 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MAIO, Ana. **Embrapa propõe abordagem diferenciada para legislação ambiental no Pantanal**. Disponível em: <<http://www.cpap.embrapa.br/destaques/2010materia15.html>> Acesso em: 20 abr. 2010.

MATO GROSSO. Lei nº. 8.830 de 21 de janeiro de 2008. Dispõe sobre a Política Estadual de Gestão e Proteção à Bacia do Alto Paraguai no Estado de Mato Grosso e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado de Mato Grosso**, Cuiabá, 21 de janeiro de 2008. Disponível em: <http://www.micheliniconsultoria.com.br/files/informativo/10/Sema_Lei_do_Pantanal_8.830_de_21.01.2008.pdf> Acesso em: 14 jan. 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco**. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 1.280 p.

MINAS GERAIS. Decreto nº. 43.710 de 08 de janeiro de 2004. Regulamenta a Lei nº. 14.309 de 19 de junho de 2002, que dispõe sobre as políticas florestal e de proteção à biodiversidade no Estado. **Diário do Executivo**, Belo Horizonte, 03 de fevereiro de 2005. Disponível em: <<http://www.siam.mg.gov.br/sla/download.pdf?idNorma=5609>> Acesso em: 14 jan. 2012.

MINAS GERAIS. Conselho Estadual de Política Ambiental. Deliberação Normativa nº. 76 de 09 de setembro de 2004. Estabelece critérios para classificação, segundo o porte e potencial poluidor, de empreendimentos e atividades modificadoras do meio ambiente passíveis de autorização ambiental de funcionamento ou de licenciamento ambiental no nível estadual, determina normas para indenização dos custos de análise de pedidos de autorização ambiental e de licenciamento ambiental, e dá outras providências. **Diário do Executivo**, Belo Horizonte, 02 de outubro de 2004 e retificado no dia 05 de fevereiro de 2005. Disponível em: <<http://www.siam.mg.gov.br/sla/download.pdf?idNorma=5532>> Acesso em: 14 jan. 2012.

MINAS GERAIS. Lei nº. 14.309 de 19 de junho de 2002. Dispõe sobre as políticas florestal e de proteção à biodiversidade no Estado. **Diário do Executivo**, Belo Horizonte, 20 de junho de 2002. Disponível em: <<http://www.siam.mg.gov.br/sla/download.pdf?idNorma=5306>> Acesso em: 14 jan. 2012.

MINAS GERAIS. Lei nº. 18.365 de 01 de setembro de 2009. Altera a Lei nº 14.309, de 19 de junho de 2002, que dispõe sobre as políticas florestal e de proteção à biodiversidade no Estado, e o art. 7º da Lei Delegada nº 125, de 25 de janeiro de 2007, que dispõe sobre a estrutura orgânica básica da Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável - SEMAD, e dá outras providências. **Diário do Executivo**, Belo Horizonte, 02 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.siam.mg.gov.br/sla/download.pdf?idNorma=10490>> Acesso em: 14 jan. 2012.

MORRISON, Alan B. **Fundamentals of American Law**. Ed. Oxford University Press. Oxford: 1996. 736 p.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Ed. da Universidade/UFRGS - Goethe-Institut/ICBA, 1997, 111p.

NUNES, Paulo Henrique Faria. **Meio ambiente e mineração: o desenvolvimento sustentável**. Curitiba: Juruá, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Comisión sobre el desarrollo sostenible**. Disponível em: <<http://www.un.org/depts/dhl/spanish/resguids/specenvsp.htm#commission>>. Acesso em: 11 set. 2010.

PARÁ. Lei nº5.887 de 09 de maio de 1995. Dispõe sobre a Política Estadual do Meio Ambiente e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado do Pará**, Belém, 11 de maio de 1995. Disponível em: <<http://www.ambienteterra.com.br/paginas/legislacao/paraense/leisestaduais/leis/lei5887P1.html>>. Acesso em: 11 set. 2010.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERCIVAL, Robert et al.. **Environmental regulation: Law, Science, and Policy**. 6. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business: 2009. 1.344 p.

PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> Acesso em: 02 dez. 2011.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Trad. de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010a.492 p.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Trad. de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010b. 299 p.

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 647 p.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva: 2010. 590 p.

RIBEIRO, Carlos Luiz. **Direito minerário: escrito e aplicado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Aspectos jurídicos da compensação ambiental do art. 36, § 1º do Sistema Nacional da Unidades de Conservação**. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO AMBIENTAL, 12, São Paulo. Anais..., São Paulo: SNUC, 2007, 30 maio a 01 jun.

ROSA, João Guimarães. **Grande sertão: veredas**. 19. ed. Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, 2001. 624 p.

SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. 248 p.

SARTRE, Jean-Paul. **O existencialismo é um humanismo**. Trad. de Daniela Barbosa Henriques. Lisboa: Ed. Vozes, 2010.

SARTRE, Jean Paul; ELKAÏM-SARTRE, Arlette. **Crítica da razão dialética: precedido por questões de método**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica**. Tradução e notas de Paulo Perdigão. 11ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002. 782 p.

SASSON, Albert. **La conservation des ressources végétales**. In La Recherche, nº. 181, out. 1986, p. 1.282 e segs.

SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do meio ambiente e dos recursos naturais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. 488 p. v.3.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito ambiental internacional: meio ambiente, desenvolvimento sustentável e os desafios da nova ordem mundial**. Rio de Janeiro: Thex; Biblioteca Estácio de Sá, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, 319 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso constitucional de direito positivo**. 34. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011a, 928 p.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011b.

SOUZA, Washington Peluso Albino. **Primeiras linhas de direito econômico**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999, 614 p.

STAHEL, Andri Werner. Capitalismo e entropia: os aspectos ideológicos de um contradição e a busca de alternativas sustentáveis. In: CAVALCANTI, Clóvis (Org.). **Desenvolvimento e natureza**: estudos para uma sociedade sustentável. São Paulo: Cortez; Recife, Fundação Joaquim Nabuco, 1995. p. 118.

SULLIVAN, Thomas F.P. **Environmental Law Handbood**. 15. ed. Rockville, MD: Government Institutes Inc 1999. 700 p.

SUSTEIN, Cass R. **A constituição parcial**. Trad. de Manassés Teixeira Martins e Rafael Trignelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, 462 p.

TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C.; MOREIRA, Luiz. **Hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 158 p.

UNIVERSIDADE SÃO PAULO. **Constituição dos Estados Unidos da América**. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>> Acesso em: 4 dez. 2011.

VALVERDE, Sebastião Renato et al. **Comparação entre as legislações sobre áreas de preservação permanente no Brasil, EUA, Canadá, Suécia e Finlândia**. Belo Horizonte: CEMIG, 2001 (Boletim Técnico).

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan, 1999. 272 p.

WEBER, Max. **Economia y sociedad**. Trad. de José Medina Echeverria. México: Fondo de Cultura Económica, 1969.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Introdução ao estudo do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 158 p.)